

COUR D'APPEL

CANADA
PROVINCE DE QUÉBEC
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-020939-104
(500-05-075056-026)
(500-05-075486-025)

DATE : 29 JUIN 2012

**CORAM : LES HONORABLES FRANÇOIS DOYON, J.C.A.
JACQUES A. LÉGER, J.C.A.
JACQUES VIENS, J.C.A. (AD HOC)**

C.S. : 500-05-075056-026

AXOR CONSTRUCTION CANADA INC.
APPELANTE - Demanderesse
c.
BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC
INTIMÉE- Défenderesse

ET

C.S. : 500-05-075486-025

AXOR CONSTRUCTION CANADA INC.
et
COMPAGNIE D'ASSURANCE LONDON GARANTIE
APPELANTES-Défenderesses
c.
BIBLIOTHÈQUE ET ARCHIVES NATIONALES DU QUÉBEC
INTIMÉE-Demanderesse

ARRÊT

[1] Les appelantes Axor Construction Canada inc. (Axor) et Compagnie d'assurance London Garantie (London) se pourvoient contre un jugement rendu le 14 juillet 2010 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Michèle Monast), qui rejette l'action intentée par Axor contre l'intimée Bibliothèque et archives nationales du Québec (BNQ) dans le dossier no 500-05-075056-026 et condamne les appelantes solidairement à payer 2 095 000 \$ à l'intimée dans le dossier no 500-05-075486-025.

Le contexte

[2] En 1997, le gouvernement du Québec annonce son intention de construire une grande bibliothèque et, en 1998, adopte la *Loi sur la Grande bibliothèque du Québec*¹. Les plans et devis sont réalisés à la suite d'un concours d'architecture et, en 2000, le gouvernement autorise la BNQ à emprunter jusqu'à 90 636 310 \$ pour financer le projet de construction².

[3] La construction est divisée en trois étapes. En juin 2002, les travaux des deux premières étapes sont complétés et la BNQ procède à un appel d'offres public pour la troisième étape (le lot 3), la plus coûteuse, qui comprend la réalisation de la structure, de l'enveloppe, de la mécanique, de l'électricité et de la finition intérieure.

[4] La clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres est ainsi rédigée :

11. CONDITIONS RELATIVES À L'ADJUDICATION DU CONTRAT

1. Dépassement du budget

1. Le montant du contrat ne peut excéder le coût estimatif des travaux autorisés. Aussi, lorsque le montant de la plus basse soumission conforme excède le coût estimatif des travaux, le Propriétaire peut négocier avec le plus bas soumissionnaire si les modifications apportées n'excèdent pas 10% du prix de sa soumission, auquel cas le contrat à signer sera au montant de sa soumission, le tout accompagné d'un avenant au contrat sous forme d'ordre de changement établissant les modifications à apporter au contrat dans le but d'en réduire le prix.

[5] Le 3 septembre 2002, Yan Dupont, président d'Axor, qui souhaite obtenir des explications concernant cette clause, communique avec Claude Rhéault, directeur de construction de la BNQ et ancien employé d'Axor, qui lui aurait dévoilé lors de la conversation que le coût estimatif des travaux était de 54 577 357 \$ (54,6 M \$).

¹ L.Q. 1998, c. 38.

² D. 36-2000, 19 janvier 2000, G.O.Q. 2000.II.1055.

[6] M. Rhéault en informe Jean Roy, le directeur du projet, et, dès le lendemain, la BNQ modifie la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres en y ajoutant la mention qu'on retrouve en caractères gras et italiques dans le texte original :

11. CONDITIONS RELATIVES À L'ADJUDICATION DU CONTRAT

1. Dépassement du budget

1. Le montant du contrat ne peut excéder le coût estimatif des travaux autorisés. Aussi, lorsque le montant de la plus basse soumission conforme excède le coût estimatif des travaux ***du Lot 3 (ceci diffère du coût de construction du bâtiment pour les lots 1, 2 et 3, ainsi que du coût de réalisation de l'ensemble du projet de la Grande Bibliothèque du Québec)***, le Propriétaire peut négocier avec le plus bas soumissionnaire si les modifications apportées n'excèdent pas 10% du prix de sa soumission, auquel cas le contrat à signer sera au montant de sa soumission, le tout accompagné d'un avenant au contrat sous forme d'ordre de changement établissant les modifications à apporter au contrat dans le but d'en réduire le prix.

[7] Axor dépose ensuite, pour la réalisation des travaux du Lot 3, une soumission au montant de 57,4 M \$ à laquelle est joint un cautionnement émis par l'appelante London.

[8] À l'ouverture des soumissions le 10 septembre 2002, il s'avère qu'Axor est le plus bas soumissionnaire conforme, suivi par Hervé Pomerleau inc. (Pomerleau) qui offre de réaliser les travaux pour un prix de 59 495 000 \$.

[9] Mais la soumission d'Axor excède de 2,8 M \$ le coût estimatif des travaux.

[10] Des échanges et des rencontres ont lieu entre les représentants de la BNQ et d'Axor dans le but de réduire le coût des travaux. Toutefois, les modifications proposées par Axor sont substantielles et paraissent inacceptables aux yeux des architectes qui estiment qu'elles risquent de dénaturer le projet. L'intimée BNQ demande alors au gouvernement du Québec d'augmenter son budget afin de lui permettre d'accepter la soumission d'Axor telle quelle, sans avoir à modifier le projet.

[11] Dès le 9 octobre, la BNQ informe Axor de ses démarches pour obtenir une augmentation de budget et, en conséquence, lui demande de cesser de travailler sur des ébauches de modifications dans le but de réduire le coût du projet puisqu'elle compte accepter sa soumission initiale.

[12] Toutefois, le 15 octobre, par l'entremise de ses avocats, Axor exprime son désaccord. Elle considère que la BNQ s'apprête à violer la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres et « refuse d'entreprendre un projet exposé à des poursuites

en regard du processus d'adjudication ou même seulement à se prêter à un processus contractuel illégal ».

[13] Malgré la réticence exprimée par Axor, le 29 octobre 2002, par lettre de ses avocats, la BNQ invite Axor à signer un contrat de construction conforme aux documents d'appel d'offres ainsi qu'à sa soumission. Axor refuse et exige à nouveau que la BNQ reprenne les négociations pour la conclusion du contrat.

[14] Le 6 novembre 2002, la BNQ est officiellement autorisée par décret à contracter les emprunts nécessaires au financement du projet jusqu'à concurrence de 97 636 310 \$³ et, le 12 novembre 2002, puisque Axor maintient son refus de signer le contrat conformément aux documents d'appel d'offres et à sa soumission, elle octroie le contrat à Pomerleau, le deuxième plus bas soumissionnaire, au prix de sa soumission, soit 59 495 000 \$.

[15] Axor intente alors une action pour perte de profits ou, subsidiairement, pour le remboursement des dépenses encourues lors de la préparation de sa soumission et sa participation aux négociations subséquentes à l'ouverture des soumissions.

[16] De son côté, se fondant sur la clause 12.2 des documents d'appel d'offres, l'intimée BNQ réclame 2 095 000 \$ solidairement d'Axor et de London, sa caution, soit la différence entre le montant de la soumission d'Axor et celle de Pomerleau :

12. ADJUDICATION DU CONTRAT

1. [...]

2. Le plus bas soumissionnaire conforme, en cas de défaut de signer un contrat conforme à sa soumission ou de fournir les garanties requises dans les quinze (15) jours **ouvrables** de la date d'acceptation, est tenu de payer au Propriétaire la différence entre le montant de sa soumission qui avait été acceptée et celui de la soumission subséquemment acceptée par le Propriétaire. Ce paiement est toutefois limité au montant de la garantie de soumission fixé dans l'appel d'offres.

Le jugement de première instance

[17] La juge de première instance retient de la preuve que le coût estimatif des travaux autorisés pour le lot 3 était effectivement de 54,6 M \$ au moment de l'émission de l'appel d'offres. Cette information ne faisait toutefois pas partie des documents d'appel d'offres, quoiqu'elle était facilement accessible à quiconque souhaitait l'obtenir.

³ D. 1292-2002, 6 novembre 2002, G.O.Q. 2002.II.8185.

[18] Selon Axor, en vertu de la clause 11.1.1, le contrat ne pouvait être octroyé pour un montant supérieur au coût estimatif de 54,6 M \$. Étant le plus bas soumissionnaire à 57,4 M \$, soit moins de 10 % en haut du coût estimatif, M. Dupont croyait qu'Axor avait obtenu le droit de négocier une réduction de 2,8 M \$ du coût des travaux, réduction dont il comptait tirer profit.

[19] La juge de première instance rejette cette interprétation de la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres et conclut que rien n'empêchait l'intimée BNQ de modifier le coût estimatif des travaux autorisés avant l'adjudication du contrat. Elle considère qu'un tel changement ne rompait pas l'équilibre entre les soumissionnaires et que si la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres donnait à l'intimée la faculté de négocier avec le plus bas soumissionnaire, elle ne créait toutefois pas une obligation de le faire. Elle résume ainsi les options qui s'offraient à l'intimée :

[144] Après avoir constaté lors de l'ouverture des soumissions que les prix soumis excédaient le coût estimatif des travaux qu'elle avait approuvé, la BNQ pouvait, à son choix, augmenter son budget et accorder le contrat au plus bas soumissionnaire conforme, négocier une réduction de coûts pour respecter son budget, ou rejeter toutes les soumissions et retourner en appel d'offres.

[20] La juge de première instance retient que l'intimée a bel et bien d'abord tenté de négocier une réduction des coûts avec Axor avant de l'aviser qu'elle allait plutôt tenter d'obtenir une augmentation de son budget. Elle s'exprime ainsi :

[152] En se prévalant de la faculté de négocier une réduction de coûts avec le plus bas soumissionnaire, la BNQ s'est, par le fait même, engagée à avoir une conduite raisonnable, à négocier de bonne foi, et à ne pas rompre les négociations de manière intempestive ou abusive.

[153] Cependant, en invitant Axor à négocier, la BNQ ne s'est pas obligée à poursuivre les négociations jusqu'à ce qu'une entente soit conclue. Elle avait le droit de mettre un terme aux négociations pour un motif valable, à condition de le faire de manière raisonnable, et c'est ce qu'elle a fait.

[154] La preuve a révélé qu'elle avait suspendu les négociations sur la réduction des coûts parce qu'à la suite de ses échanges avec ses professionnels, elle avait réalisé que les modifications proposées par Axor pour réduire le prix du contrat à 54,6 M \$ étaient susceptibles de compromettre la qualité architecturale du bâtiment. Elle a informé Axor de ses démarches en vue d'obtenir l'autorisation de contracter des emprunts additionnels et l'a prévenue qu'elle avait l'intention de l'inviter à signer le contrat au prix de sa soumission.

[21] Même si la juge de première instance reconnaît qu'Axor a interprété erronément les documents d'appel d'offres, elle ne retient pas que cette erreur puisse donner ouverture à l'annulation de la soumission :

[155] Axor prétend qu'elle n'était pas tenue de signer le contrat parce que les conditions du marché ont été changées après le dépôt de sa soumission. Cette prétention est fondée sur une interprétation erronée des documents d'appel d'offres.

[156] Or, l'erreur de droit sur l'interprétation des documents d'appel d'offres ne donne pas ouverture à l'annulation du contrat et l'erreur économique ne peut être assimilée à un vice de consentement qui donnerait ouverture au droit de retirer ou d'annuler la soumission.

[22] La juge affirme aussi qu'Axor a déposé sa soumission dans l'unique but de se qualifier comme plus bas soumissionnaire et « *d'acquérir le droit de négocier* », sans avoir l'intention de se conformer à cette soumission en cas d'acceptation, manquant ainsi à son obligation de bonne foi :

[157] D'autre part, la preuve est claire à l'effet qu'Axor a déposé une soumission uniquement dans le but de se qualifier comme le plus bas soumissionnaire conforme afin « *d'acquérir le droit de négocier* » les conditions du marché.

[158] Ce faisant, elle a manqué à son obligation de bonne foi. Elle s'est engagée à réaliser les travaux prévus aux plans et devis pour le prix indiqué dans sa soumission mais, en réalité, elle n'avait aucune intention d'exécuter les travaux au prix demandé et de signer le contrat à ces conditions.

[23] Par ailleurs, la juge de première instance conclut qu'en refusant clairement de signer le contrat lorsqu'elle fut invitée à le faire, Axor a implicitement renoncé au délai de 15 jours dont elle bénéficiait. La BNQ pouvait dès lors octroyer le contrat au deuxième plus bas soumissionnaire :

[159] Axor plaide aussi que la BNQ a contrevenu aux conditions de l'appel d'offres en adjugeant le contrat à un autre soumissionnaire avant l'expiration du délai de 15 jours ouvrables qui lui était accordé pour signer le contrat.

[160] L'échange de correspondance entre les procureurs des parties témoigne que la BNQ a invité Axor par écrit à signer le contrat à au moins deux reprises le 21 et le 29 octobre 2002. Axor a refusé de signer le contrat.

[161] En opposant ce refus, Axor a implicitement renoncé au délai de 15 jours mentionné dans les documents d'appel d'offres.

[24] Quant aux dommages-intérêts, la juge applique la clause 12.2 des documents de l'appel d'offres et condamne solidairement les appelantes à verser 2 095 000 M\$ à l'intimée, soit la différence entre le montant de la soumission d'Axor et celui de la soumission subséquentement retenue, celle de Pomerleau.

Les questions en litige

[25] Les appelantes formulent trois questions que nous examinerons dans l'ordre suivant :

1. La juge de première instance a-t-elle erré en concluant que l'intimée pouvait augmenter le coût estimatif des travaux autorisés après l'ouverture des soumissions?
2. La juge de première instance a-t-elle erré en concluant que l'intimée n'avait pas manqué à son obligation de bonne foi à l'occasion des négociations?
3. La juge de première instance a-t-elle erré en concluant qu'Axor a manqué à son obligation de bonne foi en déposant une soumission qu'elle n'aurait pas eu l'intention de respecter?

Analyse**1. L'augmentation du coût estimatif des travaux**

[26] Le *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*⁴ (ci-après, le « *Règlement sur les contrats de construction* ») définit ainsi les termes « soumission » et « appel d'offres » :

Art. 4. Dans le présent règlement, on entend par : [...]

« soumission » : une offre présentée par un fournisseur qui consiste à soumettre exclusivement un prix pour la réalisation d'un contrat;

[...]

Art. 10. Dans le présent règlement, on entend par « appel d'offres » une procédure d'appel à la concurrence entre plusieurs fournisseurs, les invitant à présenter une soumission ou une offre de services en vue de l'obtention d'un contrat.

[27] Ce règlement confère aussi à l'organisme public qui émet l'appel d'offres la possibilité, dans certaines circonstances, de négocier avec un soumissionnaire avant l'adjudication du contrat :

Art. 84. Le ministère ou l'organisme peut, à la suite d'un appel d'offres public, négocier le prix avec le seul fournisseur ayant présenté une soumission

⁴ D. 961-2000, 30 août 2000, G.O.Q. 2000.II.5635. Ce règlement était en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2000 (art. 184) et remplaçait le *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics*, édicté par le décret D.1166-93, 18 août 1993, G.O.Q. 1993.II.6191 (art. 182).

conforme ou une offre de services conforme et acceptable, lorsque ce prix accuse un écart important avec l'estimation initiale.

[28] Le but de l'appel d'offres public est effectivement de protéger les contribuables en permettant à l'organisme public de choisir l'offre la plus avantageuse⁵. Plus spécifiquement, l'obligation de procéder par appel d'offres a pour but d'obtenir le meilleur produit au meilleur prix, d'éliminer le patronage et le favoritisme et de reconnaître le droit à l'égalité devant le service public⁶. Ce dernier élément est essentiel au bon déroulement d'un appel d'offres. Tous les soumissionnaires doivent être traités sur le même pied afin d'avoir les mêmes chances de succès dans un climat de concurrence loyale⁷.

[29] Outre les dispositions législatives et réglementaires, ce sont les documents d'appel d'offres qui déterminent les droits et obligations des parties⁸. L'appel d'offres n'étant qu'une invitation à soumissionner, il ne crée pas d'obligations tant et aussi longtemps qu'une soumission n'est pas déposée⁹. Se crée alors un lien de droit entre le donneur d'ouvrage et le soumissionnaire. En common law, ce lien sera généralement qualifié de « contrat A », le « contrat B » étant par la suite formé lors de l'acceptation de la soumission par le donneur d'ouvrage¹⁰. Ce mode d'analyse inspiré de la common law a également été repris en droit civil¹¹, bien qu'il soit également possible de considérer la soumission plutôt comme une offre de contracter assortie d'un délai (art. 1390 C.c.Q.).

[30] Ainsi, l'organisme public lançant un appel d'offres s'oblige à traiter tous les soumissionnaires équitablement¹², mais il a également le droit de « stipuler des conditions et des restrictions et de s'accorder des privilèges »¹³. De son côté, l'entrepreneur qui dépose une soumission s'oblige à conclure le contrat en conformité avec sa soumission et les documents d'appel d'offres et ne peut retirer sa soumission durant un certain délai préétabli. S'il retire son offre, il risque d'encourir les sanctions prévues aux documents d'appel d'offres¹⁴.

[31] En l'espèce, le litige concerne l'interprétation de la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres. Cette clause empêchait-elle l'intimée BNQ de modifier le coût estimatif

⁵ Patrice Garant, *Droit administratif*, 6^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 382.

⁶ Olivier F. Kott et Claudia Déry, « Les appels d'offres » dans Olivier F. Kott et Claudine Roy, dir., *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, p. 179.

⁷ *Acier Mutual Inc. c. Fertek Inc.*, SOQUIJ AZ-96011390, J.E. 96-602, p. 6 du texte intégral (C.A.).

⁸ Olivier F. Kott et Claudia Déry, *supra*, note 6, p. 178.

⁹ *Ibid.*, p. 177.

¹⁰ *La Reine (Ont.) c. Ron Engeneering*, [1981] 1 R.C.S. 111, 119, juge Estey.

¹¹ Par exemple: *Revêtements Alexander Craig inc. c. Société de construction D.C.L. Itée*, SOQUIJ AZ-97011350, J.E. 97-639, juge Delisle (C.A.); *MYG Informatique inc. c. Commission scolaire René-Lévesque inc.*, J.E. 2006-1920 (C.A.), 2006 QCCA 1248, paragr. 34 et 35, juge Morissette.

¹² *Double N Earthmovers Ltd. c. Edmonton (Ville)*, [2007] 1 R.C.S. 116, 2007 CSC 3, paragr. 52.

¹³ *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860, 2000 CSC 60, paragr. 89.

¹⁴ Patrice Garant, *supra*, note 5, p. 410 et 411.

des travaux autorisés après l'ouverture des soumissions et avant l'adjudication du contrat?

[32] Ici, le montant exact du coût estimatif des travaux n'est pas inscrit dans les documents d'appel d'offres. Si l'intimée BNQ avait réellement voulu fixer une limite budgétaire péremptoire, comme le suggèrent les appelantes, elle aurait spécifié explicitement ce montant dans les documents d'appel d'offres afin d'en informer tous les soumissionnaires.

[33] Au contraire, elle a choisi de ne pas révéler ouvertement cette information aux soumissionnaires. Or, parmi les soumissions déposées, seulement deux se situent à l'intérieur d'une marge de 10 % du coût estimatif initial des travaux (54,6 M \$). Si le coût estimatif des travaux autorisés ne pouvait être augmenté par l'intimée après l'ouverture des soumissions, tous les autres soumissionnaires auraient investi temps et argent en ignorant que leur soumission serait nécessairement jugée non conforme. Seuls les soumissionnaires ayant effectué des recherches informelles afin de connaître le véritable budget de l'intimée auraient eu l'avantage de déposer une soumission conforme. Manifestement, il s'agirait alors d'une sérieuse entorse au principe de l'égalité entre les soumissionnaires.

[34] Selon les appelantes, l'augmentation du coût estimatif des travaux autorisés après l'ouverture des soumissions représente une modification d'une condition essentielle de l'appel d'offres et l'intimée aurait dû, en pareilles circonstances, lancer un nouvel appel d'offres. Or, une telle façon de faire s'apparenterait plutôt à du marchandage de soumissions. L'auteur Patrice Garant s'exprime ainsi à ce sujet :

Une fois toutes les soumissions reçues et étudiées, l'Administration peut, si elle ne juge aucune des soumissions satisfaisantes, abandonner le projet. Mais peut-elle sans abandonner le projet recommencer les appels d'offres ? [...] Si, par ailleurs, l'Administration a d'autres raisons valables de rejeter toutes les soumissions reçues et de procéder à un nouvel appel d'offres, elle peut le faire en invoquant l'intérêt public. Les cas les plus fréquents sont ceux où aucune des soumissions n'est conforme ou si toutes présentent des prix trop élevés pour le budget envisagé. Hors ces cas, elle ne peut faire un second appel d'offres comportant exactement les mêmes exigences car alors cette tactique est « susceptible de mettre en cause l'intégrité du système des soumissions »¹⁵.

[Soulignements ajoutés, références omises.]

[35] Ainsi, si le montant de toutes les soumissions outrepassé le budget prévu, un organisme public peut lancer un nouvel appel d'offres. Mais, d'autre part, si le budget envisagé peut être augmenté, rien n'empêche l'organisme public de contracter avec le plus bas soumissionnaire sans avoir à lancer un nouvel appel d'offres. En effet, forcer

¹⁵ Patrice Garant, *supra*, note 5, p. 404.

un organisme public à lancer un nouvel appel d'offres alors qu'il pourrait obtenir le budget nécessaire pour accepter la soumission du plus bas soumissionnaire irait définitivement à l'encontre de l'intérêt public.

[36] La conclusion de la juge de première instance sur cette question est bien fondée et l'appelante n'a fait valoir aucun motif justifiant l'intervention de la Cour.

2. L'intimée a-t-elle manqué à son obligation de bonne foi dans le cadre des négociations avec Axor?

[37] Selon les appelantes, la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres conférait un droit de négocier à Axor et une obligation de négocier de la part de la BNQ.

[38] Or, comme le souligne la juge de première instance, le libellé de la clause 11.1.1 est clair : « [...] le Propriétaire peut négocier avec le plus bas soumissionnaire [...] ».

[39] Par contre, dans la mesure où la BNQ décidait d'entamer des négociations avec Axor, elle devait agir de bonne foi. Cependant, outre le devoir de négocier de bonne foi, peut-on imposer à une partie l'obligation de négocier?

[40] Le principe de la liberté contractuelle suppose que rien n'oblige, en principe, deux parties à conclure un contrat¹⁶. Elles peuvent rompre les négociations en tout temps, pourvu que ce soit fait de bonne foi. Selon la clause 11.1.1 des documents d'appel d'offres, l'intimée est tenue de négocier avec le plus bas soumissionnaire, si elle souhaite négocier. Cependant, rien ne l'oblige à conclure un contrat avec ce dernier à la suite des négociations. Au contraire, la clause 12.3 des documents d'appel d'offres est sans équivoque : « Le Propriétaire ne s'engage à accepter ni la plus basse ni aucune des soumissions reçues ».

[41] Étant acquis que l'intimée n'avait que la faculté de négocier et non l'obligation de le faire, se pose alors la question de savoir si elle a exercé ce droit de bonne foi.

[42] Les appelantes invoquent que l'intimée n'a jamais été ouverte à la négociation et que, dès le début, elle était décidée à refuser toute proposition de modification.

[43] Le récit des faits dans le jugement de première instance est complet et très détaillé. La juge réfère amplement aux témoignages ainsi qu'aux divers documents. Elle conclut que les représentants de la BNQ ont agi de bonne foi tout au long du processus d'appel d'offres ainsi qu'au cours des négociations avec Axor après l'ouverture des soumissions.

[44] À la suite de l'ouverture des soumissions, la BNQ a entrepris des négociations avec Axor afin de réduire les coûts du projet et il est vrai qu'elle a rapidement eu des

¹⁶ Didier Lluellas et Benoît Moore, *Droit des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2006, n° 249, p. 110.

réticences à accepter toute proposition de modification qui risquerait de dénaturer le concept architectural du projet. En réalité, la BNQ a vite constaté qu'elle ne pourrait assurer l'intégrité du concept architectural sans obtenir des fonds supplémentaires et, dès le 9 octobre 2002, elle en informe Axor. Effectivement, en pareilles circonstances, les chances de succès des négociations étaient sans doute fort minces. S'agit-il pour autant de mauvaise foi de la part de l'intimée?

[45] La juge de première instance a conclu que les représentants de la BNQ ont agi de bonne foi pendant les négociations avec Axor et, en l'absence d'erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve, il n'y a pas lieu d'intervenir.

[46] D'ailleurs, il faut aussi tenir pour acquis que, pendant tout ce processus de négociation, la BNQ était tout à fait justifiée de considérer qu'Axor accepterait de signer un contrat conforme à sa soumission si le gouvernement autorisait une augmentation de son budget.

La renonciation implicite

[47] Les appelantes prétendent aussi que l'intimée n'a pas respecté le délai de 15 jours ouvrables prévu aux documents d'appel d'offres et que la juge commet une erreur en affirmant qu'Axor avait renoncé implicitement à ce délai.

[48] Or, dès le 15 octobre 2002, puis les 24 et 31 octobre 2002, Axor informe la BNQ qu'elle ne compte pas signer un contrat au prix de sa soumission. Ainsi, la date à partir de laquelle le délai commençait à s'écouler importe peu car Axor avait déjà clairement annoncé son refus. De toute façon, que l'intimée ait attendu plus longtemps avant d'adjuger le contrat à Pomerleau n'aurait rien changé, puisqu'il était évident qu'Axor était bien campée sur sa position, position qu'elle défend d'ailleurs encore aujourd'hui.

[49] C'est pourquoi, tout comme dans l'affaire *Beaurivage et Méthot inc. c. Corporation de l'Hôpital de St-Sacrement*¹⁷, le délai n'avait conséquemment aucune pertinence.

3. Axor a-t-elle manqué à son obligation de bonne foi?

[50] Voici comment s'exprime la juge de première instance au sujet de la mauvaise foi d'Axor :

[157] D'autre part, la preuve est claire à l'effet qu'Axor a déposé une soumission uniquement dans le but de se qualifier comme le plus bas soumissionnaire conforme afin « *d'acquérir le droit de négocier* » les conditions du marché.

¹⁷ *Beaurivage & Méthot inc. c. Corporation de l'Hôpital de St-Sacrement*, [1986] R.J.Q. 1729, 1736, juge Chouinard (C.A.).

[158] Ce faisant, elle a manqué à son obligation de bonne foi. Elle s'est engagée à réaliser les travaux prévus aux plans et devis pour le prix indiqué dans sa soumission mais, en réalité, elle n'avait aucune intention d'exécuter les travaux au prix demandé et de signer le contrat à ces conditions.

[51] La Cour est toutefois d'avis que la bonne ou mauvaise foi d'Axor n'a pas vraiment d'incidence sur l'issue principale du litige, qui ne dépend en réalité que de l'interprétation de certaines clauses des documents d'appel d'offres.

[52] Certes, la preuve révèle effectivement qu'Axor n'a jamais eu l'intention de signer un contrat au prix indiqué dans sa soumission. Pourtant, en signant et en déposant sa soumission, l'engagement d'Axor est le suivant :

2. Je m'engage, en conséquence, si acceptation de ma soumission :
 1. à signer le contrat et à respecter toutes les conditions et spécifications apparaissant aux documents d'appel d'offres, et à exécuter tous les travaux exigés par les plans et devis, ainsi que tous ceux qui, bien que non spécifiquement mentionnés, sont requis conformément à l'esprit des plans et devis;
 2. à exécuter tous ces travaux pour la somme forfaitaire de Cinquante sept millions quatre cents mille dollars (57 400 000 \$) [...];
 3. [...]
3. Je certifie que le prix soumis est valide pour une période de soixante (60) jours à partir de la date limite fixée pour la remise des soumissions.

[53] Les appelantes prétendent que cet engagement était conditionnel à la diminution du coût des travaux à la suite de négociations tenues en vertu de la clause 11.1.1 et que, si les représentants d'Axor se sont trompés en interprétant cette clause, il s'agit d'une erreur de droit commise de bonne foi. Selon la Cour, cette erreur se rapproche plutôt de l'aveuglement volontaire ou de l'erreur inexcusable, puisqu'il est bien établi qu'un soumissionnaire est lié par la soumission qu'il dépose, tel que l'explique l'auteur Patrice Garant :

Le dépôt d'une soumission lie le soumissionnaire aussi longtemps que l'Administration n'aura pas pris sa décision dans les délais prévus par le règlement ou le document d'appel d'offres. Même s'il se rend compte qu'il a commis une erreur, il ne peut retirer son offre à moins que l'erreur rencontre les conditions de l'article 1400 C.c.Q., soit l'erreur sur la nature même du contrat, la substance de la chose qui en fait l'objet ou sur quelque chose qui soit une considération principale. Le cocontractant qui voudrait invoquer l'erreur devrait

remplir les conditions fixées par une jurisprudence abondante, qui exclut la simple erreur économique. Il est souvent question de l'erreur inexcusable¹⁸.

[54] En l'espèce, la stratégie employée par Axor afin d'acquérir un droit de négociation va à l'encontre des principes régissant les appels d'offres publics. En fait, ce n'est pas tant l'espoir d'obtenir des profits supplémentaires à la suite de négociations qui est reproché à Axor, c'est plutôt son refus d'accepter les conséquences du processus d'appel d'offres, c'est-à-dire que sa soumission soit acceptée telle quelle. Une entreprise agissant de bonne foi peut sans doute espérer hausser ses profits grâce à des négociations subséquentes au dépôt d'une soumission, mais elle doit également être prête à honorer l'offre de contracter qu'elle soumet au donneur d'ouvrage.

[55] Les motifs d'appel invoqués par les appelantes ne sont donc pas fondés.

POUR CES MOTIFS, LA COUR :

[56] **REJETTE** l'appel avec dépens.

FRANÇOIS DOYON, J.C.A.

JACQUES A. LÉGER, J.C.A.

JACQUES VIENS, J.C.A. (AD HOC)

Mes Pierre Cimon et Maxime Cantin
Norton Rose Canada
Pour les appelantes

Mes Jean-Pierre Dépelteau , Claude Morency
et Catherine Dagenais
Fraser Milner Casgrain
Pour l'intimée

Date d'audience : 13 mars 2012

¹⁸ Patrice Garant, *supra*, note 5, p. 410 et 411.

