

**LA CARACTÉRISATION D'UN PROCESSUS
D'APPROVISIONNEMENT EN TANT QU'APPEL OU
DEMANDE D'OFFRES OU DE SOUMISSIONS EN VERTU
DE L'ARTICLE 47 DE LA LOI SUR LA CONCURRENCE**

Pierre-Christian Collins Hoffman, Guy Pinsonnault

Courts have recently recognized that the law of tenders can provide useful indications as to what a “call or request for bids or tenders” should consist in for the purpose of section 47 of the Competition Act. In two preliminary inquiry judgments rendered in Quebec (Al Nashar/Industries Garanties) and Ontario (Dowdall) involving bid-rigging charges, courts have made reference to the contract A/contract B scheme of the law of tenders. They also had to assess the weight of “privilege clauses” (i.e. no obligation upon the owner to accept the lowest bid or any tender submitted) and post-selection negotiations in the characterization of a procurement process as an RFP. This paper aims to review these two decisions, along with other case law rendered under section 47 and the law of tendering, in an attempt to propose basic general criteria and a non-exhaustive set of indicia to determine whether a procurement process is contemplated under section 47 of the Competition Act. In particular, the authors assess the weight of the contract A/contract B paradigm, privilege clauses and negotiations in the characterization of a tendering process as a “call or request for bids or tenders”.

Les tribunaux ont récemment reconnu que le droit des appels d'offres peut fournir des indications utiles afin de déterminer en quoi consiste un « appel ou une demande d'offres ou de soumissions » en vertu de l'art. 47 de la Loi sur la concurrence. Dans deux décisions rendues à l'issue d'enquêtes préliminaires au Québec (Al Nashar/Industries Garanties) et en Ontario (Dowdall) relatives à des accusations de truquage d'offres, les tribunaux ont fait référence à l'analyse du contrat A/contrat B du droit des appels d'offres. Ils ont également eu à évaluer l'incidence, dans la caractérisation d'un processus d'approvisionnement en tant qu'appel d'offres, des « clauses de réserve » (c.-à-d. une disposition ne prévoyant aucune obligation de la part du propriétaire d'accepter l'offre du soumissionnaire le moins-disant ou d'accepter toute soumission) et des négociations suite à la sélection. Le présent article vise à passer en revue ces deux jugements ainsi que d'autres décisions rendues sous l'art. 47 et suivant le droit

des appels d'offres, et ce, dans l'optique de proposer des critères de base généraux et une série d'indices non exhaustifs afin de déterminer si un processus d'approvisionnement tombe sous l'égide de l'art. 47 de la Loi sur la concurrence. En particulier, les auteurs évaluent l'incidence du modèle du contrat A et du contrat B, des clauses de réserve et des négociations dans la caractérisation d'un processus d'offres comme étant un « appel ou une demande d'offres ou de soumissions ».

I. Introduction

La *Loi sur la concurrence*¹ (la « Loi ») qualifie d'acte criminel l'accord entre personnes à ne pas présenter ou à retirer une offre ou une soumission en réponse à un « appel ou à une demande d'offres ou de soumissions » (« appel d'offres ») ou à présenter des offres ou des soumissions en réponse à un appel d'offres lorsque ces offres ou ces soumissions résultent d'un accord entre plusieurs enchérisseurs ou soumissionnaires². Par contre, aucune infraction n'est commise lorsqu'une partie à un tel accord le divulgue à la personne qui a amorcé l'appel d'offres (le « propriétaire »), au plus tard au moment de la présentation ou du retrait de l'offre ou de la soumission³, ou lorsque l'accord intervient entre des personnes morales affiliées⁴. L'art. 47 crée une infraction dite *per se*, en ce que la poursuite n'a pas à prouver d'effets anticoncurrentiels sur l'économie canadienne, ce qui nécessiterait normalement une preuve d'expert. Les infractions de l'art. 47(1) sont punissables d'une amende discrétionnaire et d'un emprisonnement⁵. Lorsque l'un des cadres supérieurs d'une organisation est fautif, la responsabilité criminelle de l'organisation risque également d'être engagée⁶.

En 2009, le Parlement a modifié la *Loi* en augmentant la peine maximale d'emprisonnement de 5 à 14 ans pour une infraction à l'art. 47, reconnaissant ainsi la nécessité d'une peine plus sévère pour ceux qui participent à un truquage d'offres de grande envergure. Cette augmentation de la peine maximale a éliminé la possibilité d'absolution conditionnelle/inconditionnelle prévue à l'art. 730 du *Code criminel*. En outre, avec l'entrée en vigueur de la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*⁷, anciennement le Projet de loi 10, l'emprisonnement avec sursis n'est plus possible pour les infractions de truquage des offres commises postérieurement au 20 novembre 2012⁸. À la lumière de cette peine plus sévère, la Cour fédérale a observé que « [p]ar

conséquent, les ententes de cartel injustifiables telles que les accords de fixation des prix doivent être traitées au moins aussi sévèrement, sinon plus, que la fraude et le vol »⁹.

Au cours des dernières années, le Bureau de la concurrence a pris des mesures de plus en plus énergiques afin de traduire en justice les individus ayant participé à la fixation de prix et au truquage d'offres. Dans les 5 dernières années, plus de 70 personnes ont été accusées en vertu des arts. 45 et 47 de la *Loi*. Depuis l'adoption des amendements de 2009, de tels délinquants courent des risques plus élevés de condamnation et d'emprisonnement. Récemment, une amende record de 30 millions de dollars a été imposée à un fabricant de pièces d'automobiles japonais, ce dernier ayant plaidé coupable à trois chefs d'accusation de truquage d'offres selon l'art. 47(1)b)¹⁰. Au Québec, le Bureau de la concurrence a étroitement suivi les révélations faites durant la « Commission Charbonneau »¹¹, une enquête publique sur la corruption dans la gestion de contrats publics dans l'industrie de la construction. Ceci incitera certainement le Bureau de la concurrence à investiguer et à tenter des poursuites pénales contre plusieurs individus et entreprises soupçonnés de collusion dans l'obtention de contrats de construction du gouvernement du Québec et des municipalités.

Puisque la *Loi sur la concurrence* ne fournit pas de définition à l'expression « demande d'offres ou de soumissions », les tribunaux ont récemment emprunté au droit des contrats et aux principes développés dans la jurisprudence canadienne en matière d'appels d'offres afin de déterminer si un processus d'approvisionnement est un appel d'offres au sens que l'entend l'art. 47. Les tribunaux ont récemment eu à déterminer si l'absence d'une obligation d'accepter des offres conformes ou l'option de négocier les termes du contrat final pouvait faire échec à la qualification d'un processus d'approvisionnement comme « appel ou une demande d'offres ou de soumissions ».

Dans la récente décision *R c Dowdall*¹², la Cour d'appel de l'Ontario a confirmé un jugement rendu à l'étape de l'enquête préliminaire par la Cour de justice de l'Ontario. Le juge qui présidait l'enquête préliminaire a estimé qu'une preuve suffisante avait été fournie pour appuyer la conclusion que les appels d'offres du gouvernement fédéral étaient des appels d'offres ou de soumissions au sens de l'art. 47 de la *Loi*. Cette décision a été maintenue par la Cour supérieure de l'Ontario. La Cour

d'appel a confirmé le point de vue de la Cour supérieure voulant qu'une disposition donnant à la partie qui émet l'appel d'offres la discrétion de ne pas retenir des travaux ou des services ne constitue qu'un aspect de l'analyse¹³. La Cour a estimé qu'une preuve suffisante avait été présentée afin d'assurer qu'un juge des faits, convenablement instruit, serait en mesure de conclure que les appelants avaient présenté des soumissions en réponse à un appel d'offres en vertu de l'art. 47.

Fait intéressant, une décision apparemment contradictoire de la Cour du Québec avait été rendue environ deux mois auparavant lors d'une enquête préliminaire concernant un appel d'offres privé dans l'industrie de la construction¹⁴. Le juge Despots avait estimé qu'il ne peut y avoir d'appel d'offres en vertu de l'art. 47 lorsqu'aucune obligation de conclure un contrat ne résulte de l'envoi d'une offre ou d'une soumission (c.-à-d. une simple invitation à négocier). Une clause de réserve stipulant que l'entreprise ayant initié le processus d'offres n'a pas l'obligation d'accepter une offre et des témoignages voulant que les contrats n'étaient pas nécessairement octroyés au plus bas soumissionnaire ont convaincu la Cour qu'un jury raisonnablement instruit ne pourrait conclure à l'existence d'un appel d'offres. La Cour supérieure du Québec a cassé cette décision en avril 2014 suite à une requête en *certiorari* fructueuse de la Couronne¹⁵. Le juge Vauclair a estimé que le juge de l'enquête préliminaire avait outrepassé sa compétence en concluant qu'une documentation détaillée d'appel d'offres n'entraîne pas automatiquement la conclusion que les parties avaient l'intention de conclure le « contrat A »¹⁶.

Le présent article vise à passer en revue ces deux jugements ainsi que d'autres décisions antérieures rendues en vertu de l'art. 47 et suivant le droit des appels d'offres, et ce, dans l'optique de proposer des critères généraux et des indices non exhaustifs afin de déterminer si un processus d'approvisionnement tombe sous l'égide de l'art. 47 de la Loi. Entre autres, les auteurs évaluent le poids de la théorie du contrat A/contrat B du droit des appels d'offres, des clauses de réserve et des négociations dans la caractérisation d'un processus de soumissions comme étant un « appel ou une demande d'offres ou de soumissions ».

II. L'article 47 de la Loi sur la concurrence

Généralement, l'objectif d'un appel d'offres est d'obtenir des

soumissions concurrentielles pour un contrat, pour lequel les conditions essentielles ont été spécifiées par le propriétaire, le tout aux termes d'un processus d'approvisionnement structuré destiné à ses besoins spécifiques. Lorsque les soumissionnaires s'entendent pour arranger leurs offres, la finalité concurrentielle et économique du processus d'approvisionnement se voit compromise. Tel que l'a noté la Haute Cour de justice de l'Ontario, le défaut d'empêcher une telle conduite ne peut que contribuer au détriment financier de la société¹⁷. Dans le contexte d'un litige civil, la Cour suprême du Canada a affirmé que le fondement logique de l'appel d'offres est de remplacer la négociation entre les parties par de la concurrence¹⁸, ce qui explique pourquoi le droit de la concurrence régleme les appels d'offres. L'art. 47 de la *Loi* se lit comme suit:

47. (1) Au présent article, « truquage des offres » désigne :

a) l'accord ou arrangement entre plusieurs personnes par lequel au moins l'une d'elles consent ou s'engage à ne pas présenter d'offre ou de soumission en réponse à un appel ou à une demande d'offres ou de soumissions ou à en retirer une qui a été présentée dans le cadre d'un tel appel ou d'une telle demande;

b) la présentation, en réponse à un appel ou à une demande, d'offres ou de soumissions qui sont le fruit d'un accord ou arrangement entre plusieurs enchérisseurs ou soumissionnaires,

lorsque l'accord ou l'arrangement n'est pas porté à la connaissance de la personne procédant à l'appel ou à la demande, au plus tard au moment de la présentation ou du retrait de l'offre ou de la soumission par une des parties à cet accord ou arrangement.

(2) Quiconque participe à un truquage d'offres commet un acte criminel et encourt, sur déclaration de culpabilité, l'amende que le tribunal estime indiquée et un emprisonnement maximal de quatorze ans, ou l'une de ces peines.

(3) Le présent article ne s'applique pas à un accord, un arrangement ou une soumission intervenu exclusivement entre des personnes morales qui, considérées individuellement, sont des affiliées de chacune des autres personnes morales en question.

Il est à noter qu'avant 2009, le retrait d'une soumission à la suite d'un arrangement avec un autre soumissionnaire ne constituait pas une infraction¹⁹. Le Parlement a pallié à cette insuffisance en modifiant l'art. 47(1) afin d'énoncer expressément qu'un arrangement avec un autre soumissionnaire de retirer une offre déjà déposée en réponse à un appel d'offres constitue une infraction. La Haute Cour de justice de l'Ontario a qualifié le truquage d'offres comme étant une « infraction en soi »²⁰. Il incombe à la Couronne de démontrer cinq éléments hors de tout doute raisonnable²¹ afin que soit condamnée une personne à l'infraction de truquage des offres en vertu de l'art. 47 :

- (1) l'existence d'un accord ou d'un arrangement entre deux personnes ou plus ;
- (2) conclu de manière intentionnelle²² ;
- (3) soit de ne pas soumettre ou de retirer des offres ou des soumissions, ou de soumettre des offres ou des soumissions arrangées à l'avance ;
- (4) en réponse à un appel ou à une demande d'offres ou de soumissions ; et
- (5) sans que la personne qui émet l'appel d'offres en ait connaissance.

La *Loi* utilise des termes larges qui englobent dans son champ d'application un éventail étendu de circonstances et d'industries. Les appels d'offres privés et gouvernementaux sont tous deux susceptibles de mener à une condamnation en vertu de l'art. 47(2) en présence de truquage des offres. La généralité des termes de l'art. 47 semble nécessaire afin de fournir suffisamment de flexibilité en vue d'inclure les processus d'offres initiés autant dans les provinces de droit civil que dans celles de common law et de s'adapter aux évolutions constantes des pratiques commerciales et industrielles. La constitutionnalité du truquage des offres comme infraction criminelle a été reconnue par la Haute Cour de justice de l'Ontario eu égard à une prétendue entrave à la compétence législative provinciale. Aux termes de l'affaire *R c Charterways Transportation Ltd.*²³, le juge Dupont a estimé que l'infraction tombait sous le coup de la compétence législative du gouvernement fédéral de définir les infractions criminelles²⁴.

La généralité des termes de l'art. 47 ne doit pas, toutefois, être utilisée de manière à dénaturer l'infraction. Pour qu'il y ait truquage des offres, il doit y avoir une relation directe ou un lien entre la personne émettant l'appel d'offres ou de soumissions et la personne présentant des soumissions²⁵. Les paragraphes *a*) et *b*) de l'art. 47 prévoient que l'entente à soumettre, ne pas soumettre ou à retirer doit avoir été « en réponse » à un appel d'offres. Ainsi, dans les cas d'une soumission ou d'un retrait, la soumission ou l'offre doit avoir été envoyée à la personne qui a demandé les propositions. Dans l'arrêt *Coastal Glass*²⁶, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu l'acquiescement de deux sous-traitants accusés de truquage d'offres qui avaient soumis des offres de prix arrangées à des candidats pour le rôle d'entrepreneur général aux termes d'un projet de construction, au lieu du promoteur immobilier qui avait émis l'appel d'offres. La pratique de l'industrie consistait en la circulation par la *Amalgamated Construction Association* de la Colombie-Britannique d'un bulletin immobilier listant les candidats pour le rôle d'entrepreneur général qui avaient recueilli des demandes de soumissions pour l'appel d'offres du promoteur. Les sous-traitants soumettaient ensuite leurs offres de prix aux entrepreneurs généraux, qui en retour utilisaient celles-ci dans la présentation de leur soumission scellée au promoteur du projet²⁷. Il semblait donc que l'entrepreneur général n'avait pas mis en place un appel d'offres dans le but d'obtenir des offres de la part des sous-traitants, et que les sous-traitants n'avaient pas présenté de soumissions en réponse à l'appel d'offres du promoteur immobilier.

Comme plusieurs autres pratiques interdites énoncées aux termes de la *Loi*, le truquage des offres requiert la conclusion d'un « arrangement » ou d'un « accord » entre deux parties ou plus. Il incombe à la Couronne de démontrer la conclusion d'un arrangement mutuel de truquer des offres, étant donné que la seule accommodation d'un autre soumissionnaire risque de ne pas suffire à constituer un arrangement ou un accord²⁸. Or, cela ne signifie pas que le poursuivant doit démontrer la présence de tous les éléments nécessaires à l'existence d'un contrat tel qu'il est défini sous le droit civil ou en vertu de la common law. La « rencontre de volontés » de truquer des offres inférée des circonstances est suffisante pour établir l'existence d'un arrangement ou un accord²⁹.

L'art. 47(1) prévoit que de porter à la connaissance du propriétaire

l'existence de l'arrangement ou de l'accord constitue un moyen de défense. La Haute Cour de justice de l'Ontario a observé que le truquage des offres tombe dans la catégorie de la responsabilité stricte, en ce que la défense de notification peut être soulevée lorsque la personne a pris toutes les mesures raisonnables afin que l'arrangement soit porté à la connaissance du propriétaire³⁰. Ne constitue pas une défense valable le fait que le propriétaire ait été mis au fait de l'accord ou de l'arrangement de manière implicite par une inférence logique suivant l'ouverture de soumissions ou d'offres identiques³¹. Une notification expresse est nécessaire³².

L'aspect de l'article qui comporte le degré le plus élevé d'incertitude est la portée de l'expression « un appel ou une demande d'offres ou de soumissions ». Puisqu'aucune définition n'est fournie aux termes de la *Loi*, les praticiens et les tribunaux se sont récemment appuyés sur le droit des appels d'offres afin de déterminer si une infraction de truquage des offres avait été commise.

III. Le droit des appels d'offres

Les principes applicables au droit des contrats relatif aux appels d'offres ont été établis dans six arrêts clés rendus par la Cour suprême du Canada entre 1981 et 2010³³. Dans l'arrêt *The Queen (Ont.) c Ron Engineering*³⁴, la Cour suprême a reconnu pour la première fois, en conformité avec les pratiques commerciales, qu'un contrat préliminaire peut être « immédiatement formé sans autre formalité à la présentation de la soumission »³⁵. Avant *Ron Engineering*, une soumission en réponse à un appel d'offres ne pouvait entraîner de contrat susceptible d'exécution³⁶. Une annonce de soumissions était généralement considérée comme une simple invitation à soumettre des offres afin de conclure un contrat. La personne qui demandait les soumissions pouvait donc, à sa seule discrétion, rejeter ou accepter toutes ou certaines offres soumises à son attention et aucun accord contraignant n'existait jusqu'à ce que l'annonceur ait accepté une offre.

Depuis *Ron Engineering*, un appel d'offres est souvent décrit comme comprenant une relation contractuelle à deux phases, soit un contrat préliminaire, le « contrat A » et un contrat final, le « contrat B ». Le contrat A naît par la présentation d'une offre conforme, lorsque l'intention des parties est d'engendrer des relations contractuelles. Il

peut y avoir autant de contrats A que d'offres valides³⁷. Dans l'affaire *M.J.B. Enterprises Ltd. c Defence Construction (1951)*³⁸, la Cour suprême a décrit la nature du contrat A de la manière suivante :

[19] L'important, donc, c'est que la présentation d'une soumission en réponse à un appel d'offres peut donner naissance à des obligations contractuelles tout à fait distinctes des obligations découlant du contrat d'entreprise qui doit être conclu dès l'acceptation de la soumission, selon que les parties auront voulu établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission. Advenant la formation d'un tel contrat, ses modalités sont régies par les conditions de l'appel d'offres³⁹. [soulignements ajoutés]

Les termes du contrat A sont variables et spécifiques à chaque appel d'offres. Ils peuvent être inférés de toute circonstance pertinente, incluant les termes des documents de l'appel d'offres, les pratiques antérieures entre les parties, les témoignages ou même la correspondance par courriel⁴⁰. La coutume et les usages de l'industrie peuvent également être pris en compte⁴¹, mais ne peuvent avoir préséance sur des termes clairs et non ambigus⁴². En outre, le simple titre d'un document peut constituer un indice, mais n'est pas le facteur déterminant⁴³. La « substance et les termes du contrat » sont les indices les plus pertinents⁴⁴. Le contrat A est régi autant par les conditions explicites qu'implicites de la documentation d'appel d'offres. Les conditions implicites peuvent être considérées lorsque le test suivant se trouve satisfait :

Toutefois, le contrat A peut aussi contenir des conditions implicites si elles satisfont au critère énoncé à cet égard par la Cour dans *Société hôtelière Canadien Pacifique Ltée c Banque de Montréal*, 1987 CanLII 55 (CSC), [1987] 1 RCS 711 (para 27 de *M.J.B. Enterprises*). Les conditions implicites peuvent être fondées sur l'existence de l'un des éléments suivants : (1) la coutume; (2) les particularités juridiques d'une catégorie ou d'un type particulier de contrats; (3) l'existence d'une intention présumée des parties, lorsque la condition est nécessaire pour donner à un contrat de l'efficacité commerciale⁴⁵.

La présentation d'une soumission valide consiste également une offre

de conclure le contrat B⁴⁶, qui est formé lorsque le propriétaire accepte formellement la proposition d'un soumissionnaire. Le contrat B est l'entente ultime voulue par les parties à la suite d'un processus d'approvisionnement (p. ex. un contrat de construction, de fourniture ou de service)⁴⁷. Dans *Ron Engineering*, la Cour suprême a énoncé que l'objet principal du contrat A était l'irrévocabilité de l'offre conforme. Toutefois, il s'agissait d'une conclusion fondée sur les faits spécifiques de l'affaire. Tel que l'a par la suite expliqué la Cour suprême dans l'arrêt *MJB Enterprises*, le contrat A peut naître même lorsque l'irrévocabilité n'est pas une condition expresse ou implicite. Dépendamment des conditions de l'appel d'offres, le contrat A et l'irrévocabilité de l'offre ne sont pas toujours engendrés par l'envoi d'une soumission :

[17] [...] Par conséquent, il est toujours possible que le contrat A ne soit pas formé dès la présentation d'une soumission, ou qu'il y ait formation du contrat A mais que l'irrévocabilité de la soumission n'en soit pas une condition; cela dépend des conditions de l'appel d'offres. Dans la mesure où l'arrêt *Ron Engineering* donne à penser le contraire, je m'abstiens de le suivre⁴⁸.

Dans l'arrêt *Double N Earthmovers Ltd. c Edmonton (City)*⁴⁹, la Cour suprême a étayé un résumé succinct de l'analyse du contrat A/contrat B :

[2] L'appel d'offres est un mécanisme par lequel une partie (souvent le « propriétaire ») lance une invitation à présenter des soumissions en vue de la réalisation d'un projet donné. Si les parties veulent établir des liens contractuels, la soumission présentée en réponse à l'appel d'offres peut donner lieu à la formation d'un contrat A. En sollicitant des soumissions, le propriétaire offre d'examiner les soumissions qu'il reçoit et, s'il en accepte une, de conclure un contrat pour la réalisation du projet. Le soumissionnaire accepte cette offre en déposant une soumission conforme aux exigences formulées dans les documents d'appel d'offres. Les obligations et droits contractuels des parties au contrat A sont dictés par les conditions prévues expressément ou implicitement dans les documents d'appel d'offres.

[3] La soumission constitue également une offre en vue de la formation du contrat B, c'est à dire le contrat portant sur la réalisation du projet visé par l'appel d'offres. Si elle est acceptée,

les conditions de l'appel d'offres et les modalités de la soumission deviennent les conditions du contrat B⁵⁰.

Dans certaines décisions, les tribunaux ont déterminé que le régime du contrat A/contrat B n'est pas applicable lorsque le processus d'approvisionnement ne donne pas naissance à des relations contractuelles ayant force obligatoire dès la présentation d'une offre (c.-à-d. une simple invitation à initier des négociations). Dans l'affaire *Buttcon Ltd. c Toronto Electric Commissioners*⁵¹, la Cour supérieure de l'Ontario a déterminé qu'un appel d'offres émis par Toronto Hydro n'avait pas donné naissance au contrat A. Entre autres, le juge a considéré l'absence d'un nombre spécifique d'emplacements et la présence d'une clause de réserve pour conclure à l'absence d'un contrat A⁵². Le tribunal a également pris en compte le fait que deux mois et demi étaient réservés pour la négociation du contrat final⁵³. De surcroît, les documents prévoyaient que les offres devaient être évaluées selon leur niveau de compatibilité avec les spécifications⁵⁴, ce que la Cour a interprété comme n'étant rien de plus qu'une « instruction générale ». Le juge MacFarland en est ultimement venu à la conclusion suivante :

[49] On the whole of the evidence, I am satisfied that the RFP was exactly that -- a request for proposals and nothing more. The prize at the end of the exercise was, for the successful proponent, the opportunity to negotiate for a contract to build the services centre. There was no intention by the issuance of this document to create contractual relations, and Contract A did not arise on the facts here presented. Consequently, the plaintiffs have no claim for breach of contract in the circumstances⁵⁵. [soulignements ajoutés]

Dans l'arrêt *Mellco Developments Ltd. c Portage la Prairie (City)*⁵⁶, la Cour d'appel du Manitoba a fourni des motifs semblables :

[73] When these principles are applied to the facts before us, I have no difficulty in concluding that the RFP was not intended to create a binding contractual relationship between the city and the "winning bidder." A simple examination of para. 4.2 of the RFP (see para. 6 of these reasons) provides many examples of the city's intention to negotiate rather than to enter into a binding agreement with the successful proponent. [...] The fact

that the proposal reads in para. 4.2-1 that “[T]his is an invitation for proposals and not a tender call” is not a statement made in isolation. It is but one of the many factors militating against the applicability of *Ron Engineering* on the facts before us.

[74] As we have seen, where the final terms of the contract are contained in the bid (i.e. there is no need for negotiation), courts will readily find a valid tender and not a mere invitation to treat. [...] But these are not the facts before us. It is not possible to identify the terms of any Contract B. As set forth in the RFP, subsequent discussions and negotiations were required respecting fundamental detail. Cases such as this do not fall to be decided under the law of tenders as articulated in *Ron Engineering*⁵⁷.
[soulignements ajoutés]

Finalement, il est à noter que le modèle du contrat A/contrat B n’est pas un cadre strict qui est mécaniquement imposé par les tribunaux aux termes de litiges en matière de responsabilité contractuelle. Son objectif est de fournir une explication à la relation légale qui naît entre les parties à un processus d’approvisionnement. Tel que l’a énoncé la Cour suprême dans *Tercon Contractors*, « [i] ne s’agit pas d’une conception artificielle imposée par les tribunaux, mais d’une description des conséquences juridiques des échanges intervenus entre les parties »⁵⁸.

IV. Caractérisation des appels d’offres en vertu de l’article 47 de la Loi

1. *R c Dowdall*

En 2005, Travaux publics et services gouvernementaux Canada (« TPSGC ») a contacté le Bureau de la concurrence relativement à un truquage d’offres soupçonné pour des contrats avec le gouvernement du Canada. Le 17 février 2009, le Bureau de la concurrence a annoncé le dépôt d’accusations contre des consultants en matière de technologies de l’information et de logiciels opérant dans la région d’Ottawa pour des allégations de truquage d’offres et de complot pour dix contrats pour des services de TI⁵⁹. Le Bureau de la concurrence a indiqué qu’il avait découvert que les compagnies accusées avaient « conclu en secret et au préalable une entente sur les propositions techniques et financières qu’ils soumettraient »⁶⁰.

Huit des appels d'offres avaient été émis par l'Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC »), alors que les deux autres étaient respectivement placés par Services en ligne du Canada (« SELC ») et Transport Canada (« TC »). Les appels d'offres d'ASFC et de SELC étaient tous deux gérés par TPSGC et étaient donc très similaires. L'appel d'offres de TC partageait certaines caractéristiques des appels d'offres de SELC et de TPSGC, mais était géré par TC et rédigé différemment.

Les accusés, comprenant autant des individus que des sociétés, ont opté pour une enquête préliminaire. La juge Alder de la Cour de justice de l'Ontario a conclu que l'affaire devait aller à procès, estimant que la Couronne avait produit suffisamment de preuve pour démontrer que les dix appels d'offres tombaient sous le coup de l'art. 47 de la *Loi*. Cette décision a été confirmée autant par la Cour supérieure que par la Cour d'appel. La Cour suprême a refusé d'accorder l'interjection en appel de la décision rendue par la Cour d'appel⁶¹.

En appel, les accusés plaidaient que la juge Alder avait commis une erreur de compétence dans sa décision à l'enquête préliminaire en concluant qu'il y avait suffisamment de preuve pour conclure que les appels d'offres étaient des appels ou demandes d'offres ou de soumissions en vertu de l'art. 47 de la *Loi*.

Les appels d'offres énonçaient tous un ensemble standardisé de conditions, de même qu'un processus d'offres. Les soumissionnaires choisis concluaient un contrat avec l'organisme gouvernemental pour la prestation de services sur une certaine période. À l'expiration de la période déterminée, les contrats offraient la possibilité de mécanismes d'« autorisation de tâches » et de « demande de tâches », qui permettaient aux organismes de requérir des services sur demande. Ainsi, les organismes gouvernementaux pouvaient établir une liste de fournisseurs préapprouvés pour recevoir des autorisations de tâches (ou l'équivalent) si et au moment où TC ou TPSGC décidaient qu'ils nécessitaient de tels services⁶².

Suite à une analyse des conditions des appels d'offres, des témoignages et des échanges de courriels, la juge de l'enquête préliminaire a déterminé qu'il y avait suffisamment d'indices contractuels pour qu'un jury raisonnablement instruit puisse conclure que les dix appels d'offres tombaient sous l'égide de l'art. 47 de la *Loi* et que les

accusés devaient aller à procès. Le tribunal a fait référence à la structure du contrat A/contrat B de la jurisprudence en matière de droit des appels d'offres afin d'arriver à la conclusion préliminaire que les relations entre les organismes et les accusés pourraient faire partie d'un « appel ou demande d'offres ou de soumissions ». La Cour a noté que l'acceptation de la soumission avait engendré des obligations contractuelles pour les deux parties⁶³. Pour arriver à cette conclusion, la juge Alder a examiné les conditions des documents d'offres et les circonstances entourant le processus d'approvisionnement.

Pour l'appel d'offres d'ASFC, le tribunal a estimé que les courriels entre les parties démontraient leur intention de participer à des appels d'offres et a noté que les autorisations de tâches constituaient des « demandes complexes et détaillées du gouvernement à des entreprises préqualifiées pour soumettre des propositions, conformément à des exigences clairement définies » [TRADUCTION]⁶⁴. Entre autres, la juge a pris en considération l'anonymat du processus (l'autorité adjudicatrice ne pouvait communiquer avec les soumissionnaires). Elle a également noté que les adjudicataires recevaient un contrat de service, bien que ce dernier était astreint à une étape supplémentaire (c.-à-d. une autorisation de tâches)⁶⁵, et que les termes du contrat final reflétaient ceux de l'appel d'offres⁶⁶. En ce qui concerne l'appel d'offres de TC, la Cour a fourni moins de détails. Le tribunal a souligné la présence d'une preuve contradictoire, mais a néanmoins décidé que les chefs d'accusations de truquage d'offres devraient être envoyées à procès :

[88] [...] numerous terms including proposals, bids, tenders, offers. It does however clearly state that by submitting a proposal the “bidder” for lack of a better word is offering to enter into a contract with Her Majesty on the terms set out therein. [...]

[89] While there is evidence to suggest this RFP is not a request for bid or tender and the proposals not bids or tenders there is nevertheless some evidence from which an inference could be made that they are. Given that it is not for this court to weigh competing inferences and where there are competing inferences, the most favourable for the crown must prevail I find there is some evidence that the Transport Canada RFP is a request for bid or tender⁶⁷ and the submissions are bids and tenders⁶⁷.

L'accusé a présenté une requête en *certiorari* afin de faire casser la décision de la Cour de justice. Après examen de la jurisprudence en matière de droit commercial, la Cour supérieure a fait une distinction entre invitations non contraignantes à négocier et appels d'offres⁶⁸. La juge Hackland a décrit la question principale comme suit :

[30] In my opinion, the central question in the present application is whether the preliminary inquiry judge was precluded from finding that the evidence could support the existence of a tendering contract (Contract A) on the basis that there was no certainty of a Contract B (the actual call up or engagement of I.T. services) coming into existence⁶⁹.

La Cour a observé que le processus d'autorisation de tâches/de demande de tâches déclencherait un second processus d'offres entre les fournisseurs approuvés pour lequel les organismes n'avaient aucune obligation d'utiliser les services des fournisseurs approuvés⁷⁰. La juge Hackland a conclu que la juge de première instance avait eu raison d'affirmer que les nombreux indices contractuels étaient suffisants pour potentiellement caractériser le processus d'approvisionnement comme créant un contrat d'appel d'offres⁷¹. La Cour a ultimement conclu que le mécanisme d'autorisation de tâches, pour lequel il n'y avait aucune garantie que les services des entreprises accusées allaient être retenus, ne constituait qu'un aspect de l'analyse pour déterminer s'il y avait présence d'un appel d'offres au sens de l'art. 47 :

[39] The applicants' position is that, in circumstances where the fundamental nature or goal of the procurement process is merely to create a list of potential qualified suppliers with no specific or clearly identified project nor commitment to engage any services at all, any proposals to obtain such work are simply proposals and not contractual bids or tenders. They argue with some force that, without the likelihood of a Contract B as discussed in the jurisprudence, there is no Contract A and any proposals furnished in a procurement process structured in that manner are not bids or tenders within s. 47(2) of the *Competition Act*. I respectfully disagree with this submission. The controlling appellate jurisprudence requires the court to make a finding as to whether the parties intended a contract in the sense of creating binding rights and obligations with respect to the procurement

process. Such an intention is to be inferred from the terms of the RFP and all other relevant circumstances. A term permitting the party issuing the RFP to retain the discretion not to proceed to call up work or services is but one aspect of the analysis. [...] ⁷² [soulignements ajoutés]

La Cour d'appel a endossé ces commentaires, à une réserve près. Celle-ci a noté qu'il n'était pas entièrement clair qu'il n'y avait pas de contrat B en raison de la structure d'autorisation de tâches, et que d'autres facteurs pouvaient être considérés pour inférer la présence d'un modèle d'offres et de soumissions en vertu de l'art. 47 :

[5] With one caveat, we accept the analysis and conclusions of Hackland R.S.J. To the extent that his reasons may be taken to suggest that there was no "Contract B", in the parlance of bid/tender jurisprudence, we do not agree. In our view, it does not follow, simply because there was no final binding contract for the actual purchase and sale of IT services under the rubric of the procurement process in question, that there is no "Contract B" or that there is no "call or request for bids or tenders" as contemplated by s. 47 of the *Competition Act* on the facts. Other factors - depending upon how the evidence develops and is interpreted at trial - may lead to the conclusion the appellants and the Government intended to enter into contractual arrangements that complied with a bid/tender paradigm as the evolving jurisprudence on that concept, and s. 47, envisage⁷³. [soulignements ajoutés]

2. *R c Al Nashar et al./Industries Garanties ltée*

Les accusations de truquage d'offres dans l'affaire *Al Nashar* ont été portées dans le cadre de quatre appels d'offres dans le secteur privé pour la construction de cinq immeubles résidentiels à Montréal. Dans son annonce publiée en 2010, le Bureau de la concurrence a déclaré que l'objectif des soumissionnaires était « de déterminer au préalable les gagnants des contrats, tout en faisant obstacle aux concurrents extérieurs au complot »⁷⁴. Six sociétés opérant dans l'industrie de l'installation de systèmes de ventilation et trois employés furent l'objet d'une enquête préliminaire présidée par la juge Despots de la Cour du Québec. Contrairement à la juge Alder dans l'affaire *Dowdall*, la Cour

du Québec a conclu qu'il y avait absence totale de preuve d'un appel d'offres au sens de l'art. 47 et a ordonné le rejet des accusations.

Bien que la Couronne et la défense aient présenté des arguments similaires, les appels d'offres analysés dans l'affaire *Al Nashar* étaient différents de ceux présents dans *Dowdall*. Dans *Al Nashar*, trois des quatre appels d'offres comprenaient une clause stipulant que le propriétaire était en droit de rejeter toute offre⁷⁵. Aucun des appels d'offres ne contenait de mécanisme d'autorisation de tâches, contrairement à l'affaire *Dowdall*. En outre, un témoin a déclaré que pour trois des projets de construction, il n'y avait pas d'obligation d'accepter la plus basse soumission conforme et aucune garantie que le contrat serait octroyé⁷⁶. Un autre témoin a affirmé que dans le secteur privé, le contrat n'est pas toujours octroyé au plus bas soumissionnaire et que des négociations peuvent avoir lieu entre les deux plus bas soumissionnaires⁷⁷.

Les accusés avançaient que les appels d'offres constituaient des invitations non contraignantes à commencer des négociations, et n'étaient par conséquent pas des demandes ou appels d'offres ou de soumissions aux termes de l'art. 47. Trois des appels d'offres portaient le titre « document d'appel d'offres » et prévoyaient, entre autres :

- un processus d'approvisionnement détaillé (incluant des instructions aux soumissionnaires, un formulaire précis et obligatoire, les conditions du contrat final et des spécifications détaillées) ;
- que les offres devaient être soumises dans une enveloppe scellée ;
- que les questions devaient être soumises par écrit ;
- que les offres étaient irrévocables pour une durée de 60 jours ; et
- qu'une garantie d'exécution était obligatoire.

Après un bref aperçu du droit des appels d'offres, la juge Despots a statué qu'un appel d'offres ne constituera pas une simple invitation à négocier lorsqu'une soumission donne naissance à des obligations entre les parties⁷⁹. La Cour a ajouté que le fait qu'un appel d'offres soit détaillé et contienne des conditions d'exécution strictes ne signifie pas nécessairement que les parties avaient l'intention de conclure le

contrat A. En outre, la Cour a jugé que la présence de négociations suite à l'ouverture des soumissions n'était pas un facteur pertinent afin de déterminer l'intention des parties⁸⁰.

Le tribunal a considéré la présence d'une clause de réserve dans trois des appels d'offres et le fait que deux témoignages avaient démontré une absence de garantie que le contrat serait accepté comme étant une preuve convaincante que les parties n'avaient pas l'intention d'instaurer des relations contractuelles et qu'il y avait donc absence de contrat A. À la lumière de sa conclusion que la Couronne n'avait pas réussi à démontrer une intention d'établir des relations contractuelles pour tous les appels d'offres, la Cour a jugé qu'aucun n'était visé par l'art. 47 de la *Loi*⁸¹.

Insatisfaite de la décision, la Couronne a intenté une requête en *certiorari* devant la Cour supérieure, plaidant que la juge de l'enquête préliminaire avait erré en faisant défaut d'effectuer une analyse complète de la preuve présentée devant elle, telle que requise aux termes de l'art. 548(1)*b*) du *Code criminel*. Dans l'affaire *Industries Garanties*⁸², le juge Vaclair, siégeant désormais à la Cour d'appel du Québec, a infirmé la décision de la Cour du Québec, estimant que la juge Despots avait excédé sa compétence en appréciant la preuve au mauvais niveau⁸³. Selon la Cour supérieure, la Couronne avait présenté une preuve circonstancielle suffisante pour permettre les inférences voulues par la poursuite, soit l'intention des parties de former le contrat A⁸⁴.

Le juge Vaclair a estimé qu'en concluant que la documentation spécifique et détaillée de l'appel d'offres ne signifiait pas automatiquement que le contrat A avait été conclu, la Cour du Québec a omis de considérer la possibilité que le contrat A ait pu être formé⁸⁵. Aux dires de la Cour, les clauses de réserve et la négociation post sélection peuvent être utiles afin de réfuter la présence de certains aspects du processus d'approvisionnement, mais leur appréciation est une question tombant sous la compétence du juge des faits⁸⁶. La Cour supérieure a ultimement renvoyé l'affaire au juge de paix. Le jugement fait présentement l'objet d'un appel.

3. Incidence des clauses de réserve

Les formulaires et documents d'offres stipulent souvent que le

propriétaire n'entend pas s'engager à accepter l'offre la plus basse ou quelque soumission que ce soit. Les tribunaux ont dénommé de telles stipulations « clauses de réserve »⁸⁷. Leur objectif est de conférer au propriétaire le droit de refuser des offres ou des soumissions, même lorsque ces dernières sont conformes, afin d'éviter toute obligation de conclure un contrat dont il ne peut tirer bénéfice. Par exemple, une clause de réserve pourrait permettre au propriétaire de refuser des offres résultant d'un arrangement illégal entre entrepreneurs. Les tribunaux ont systématiquement estimé que les clauses de réserve ne font pas échec au devoir du propriétaire de traiter toutes les offres de manière « juste et équitable »⁸⁸.

Une telle clause était comprise dans les documents d'appel d'offres révisés par la Cour suprême dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises*, aux termes duquel les instructions aux soumissionnaires énonçaient que « la soumission la plus basse ne sera pas nécessairement retenue »⁸⁹. L'appelante *M.J.B. Enterprises Ltd.* plaidait, entre autres, qu'il pouvait être implicitement présumé de l'intention des parties que l'offre du soumissionnaire le moins-disant allait être retenue. Le juge Iacobucci a rejeté cet argument, mais a néanmoins reconnu l'existence d'une condition implicite que seule une offre conforme pouvait être retenue. Concernant la clause de réserve, la Cour a ajouté qu'elle n'avait pas pré-séance sur l'engagement implicite de ne retenir que les soumissions conformes, puisque les deux notions sont compatibles :

[45] Je ne conclus pas que la clause de réserve écarte l'obligation de n'accepter que les soumissions conformes, puisque, au contraire, il y a compatibilité entre la clause de réserve et cette obligation. [...] En d'autres termes, la décision de rejeter la soumission «basse» peut en fait être motivée par la prise en compte de facteurs qui ont une incidence sur le coût final du projet.

[46] Par conséquent, même dans les cas où, comme en l'espèce, presque rien d'autre que les prix respectifs proposés ne distingue les soumissionnaires, le rejet de la soumission la plus basse ne voudrait pas nécessairement dire que la décision de retenir une soumission peut être fondée sur un critère de sélection non divulgué. Le pouvoir discrétionnaire de ne pas retenir nécessairement la soumission la plus basse que s'est ménagé le propriétaire grâce à la clause de réserve, est un pouvoir qui lui permet d'avoir

une vision plus nuancée des «coûts» qui ne s'arrête pas aux prix établis dans les soumissions. [...]Toutefois, la nécessité d'envisager les «coûts » de cette manière n'exige pas et ne signifie pas qu'on doive être investi du pouvoir discrétionnaire d'accepter une soumission non conforme⁹⁰. [soulignements ajoutés]

Nous sommes d'avis que la simple insertion d'une clause de réserve ne devrait pas en soi nier la formation du contrat A et automatiquement conduire à la conclusion que l'art. 47 est inapplicable. Les clauses de réserve peuvent en fait constituer une des clauses du contrat A. À cet effet, les commentaires de la Cour suprême dans *M.J.B. Enterprises* sont particulièrement pertinents :

[44] [...] la clause de réserve n'est qu'une condition du contrat A et elle doit être interprétée de façon à s'harmoniser avec le reste du dossier d'appel d'offres. Agir autrement, ce serait saper le reste de l'entente entre les parties⁹¹. [soulignements ajoutés]

Une clause de réserve était également présente dans l'appel d'offres analysé par la Cour suprême aux termes des arrêts *Martel Building*, *Double N Earthmovers* et *Tercon Contractors*. Dans ces trois décisions, la Cour a conclu que les parties avaient l'intention d'initier des relations contractuelles et, par conséquent, que le contrat A avait été conclu. Tel que l'a observé la Cour supérieure de l'Ontario dans *R c Dowdall*, la présence d'une clause de réserve n'est qu'un aspect de l'analyse⁹². La Cour supérieure du Québec a également reconnu leur utilité afin de déterminer si un processus d'approvisionnement peut être considéré comme un appel d'offres au sens de l'art. 47⁹³.

Bien qu'elle ne soit pas le facteur déterminant, une clause de réserve rédigée en termes clairs constitue un des facteurs pouvant, dans certains cas, militer en faveur de l'argument qu'un processus d'approvisionnement est une invitation non contraignante à commencer des négociations plutôt qu'un appel d'offres au sens de l'art. 47. Dans les jugements en matière de responsabilité contractuelle, les tribunaux ont parfois considéré les clauses de réserve comme étant une indication que le contrat A n'a pas été formé⁹⁴. Dans tous les cas, la substance des documents d'appel d'offres et l'intention des parties demeurent les facteurs primordiaux.

Les effets néfastes du truquage des offres sur l'économie ne sont pas nécessairement éliminés par le fait que le propriétaire ne soit pas soumis à une obligation d'accepter une offre valide. La présentation d'offres pratiquement identiques peut soulever des doutes quant à l'intégrité des entrepreneurs et convaincre le propriétaire de rejeter les offres ou d'annuler le processus d'approvisionnement en vertu de la clause de réserve, mais un truquage d'offres orchestré de manière plus minutieuse peut tout de même duper le propriétaire et l'amener à conclure un contrat économiquement inefficace. Conclure que la simple inclusion d'une clause de réserve s'oppose à l'application de l'art. 47 sur la base que le processus d'offres ne constitue pas un appel d'offres pourrait mener à des conséquences absurdes. Les propriétaires pourraient être incités à retirer les clauses de réserve de leurs documents d'appel d'offres pour prévenir la collusion. Cela constituerait une contrainte injustifiée aux pratiques commerciales et à la liberté contractuelle. L'inclusion d'une clause de réserve ne doit pas équivaloir à une licence pour truquer des offres.

4. Facteurs pertinents et impact des négociations

Bien qu'utile afin de déterminer les éléments qui se retrouvent généralement aux termes d'appels d'offres, les principes développés dans la jurisprudence sur le droit des appels d'offres doivent être appliqués avec prudence. Dans les arrêts clés de la Cour suprême relatifs à l'analyse du contrat A/contrat B, la question n'était pas de déterminer si un « appel ou une demande d'offres ou de soumissions » avait eu lieu entre les parties. La question était plutôt de savoir si le propriétaire avait une obligation de retenir l'offre du soumissionnaire le moins-disant, ou si son devoir d'impartialité avait été violé aux termes du processus d'offres. La caractérisation du processus d'approvisionnement comme étant un « appel ou une demande d'offres ou de soumissions » n'est pas une question que les tribunaux ont eu à trancher à l'occasion de disputes contractuelles. Au surplus, le mécanisme du contrat A/contrat B n'est pas une condition stricte de validité, mais simplement une explication de la relation contractuelle entre les parties⁹⁵.

Fait intéressant, dans les décisions plus anciennes sur le truquage des offres, tel que les affaires *Charterways* (1981), *Travelways* (1982) et *Coastal Glass* (1986), les tribunaux n'ont pas fait référence au droit des appels d'offres afin de déterminer si le processus d'approvisionnement

pouvait être qualifié d'appel d'offres au sens de l'art. 47. Toutefois, la décision *Charterways* semble être la seule où la qualification du processus d'approvisionnement en tant qu'appel d'offres était centrale dans le litige. Il semble que l'utilisation des principes propres au droit des appels d'offres constitue une « innovation » récente apportée par les affaires *Dowdall* et *Al Nashar/Industries Garanties*. Le fait que les tribunaux aient été en mesure d'appliquer l'art. 47 de la *Loi* sans se référer au modèle du contrat A/contrat B appuie la position que ce dernier ne devrait pas être appliqué mécaniquement dans les cas de truquages d'offres.

Dans *Charterways*, la Cour supérieure de l'Ontario a condamné une entreprise de transport de truquage d'offres en vertu de l'art. 32.2 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*⁹⁶ (nom sous lequel la *Loi* était alors connue) pour avoir arrangé ou convenu de soumettre des soumissions identiques à une commission scolaire qui avait invité des entrepreneurs à soumettre des offres pour un contrat de service de transport scolaire. La Cour n'a fait aucune référence au droit des appels d'offres (ce qui peut être expliqué en partie par le fait que l'arrêt *Ron Engineering* a été rendu seulement quatre mois plus tôt).

La défense plaidait alors que l'appel d'offres n'en était pas un au sens de l'art. 32.2, mais plutôt une « invitation à commencer des négociations » [TRADUCTION]⁹⁷. Bien que le propriétaire avait l'intention d'entrer en négociations avec les soumissionnaires, la Cour a tout de même conclu que « le fait que des négociations suivaient généralement l'ouverture des offres pour arriver à des compromis n'empêchait pas les actions de Mme Britten de constituer un appel ou une demande d'offres » [TRADUCTION]⁹⁸. Pour arriver à cette conclusion, la Cour a pris en considération les conditions de l'appel d'offres dans la lettre envoyée aux soumissionnaires, qui prévoyaient, entre autres, un délai spécifique pour soumettre des offres et une obligation qu'elles soient scellées. Le juge Dupont a également noté que le représentant du propriétaire, Mme Britten, avait « annoncé les offres au bénéfice du public » [TRADUCTION] et que tous les soumissionnaires s'étaient conformés au délai spécifié et à l'obligation de soumettre les offres dans des enveloppes scellées⁹⁹.

Afin de supporter son argument que le processus d'approvisionnement n'était qu'une étape des négociations, la défense avançait également

que l'offre soumise manquait de détails, notamment qu'elle n'indiquait pas le nombre d'autobus ou de routes desservies par l'entrepreneur. La Cour a rejeté l'argument et inféré la présence d'un appel d'offres sur la base des facteurs suivants :

- Les opérateurs d'autobus avaient eu des relations avec la commission scolaire par le passé et il y avait une certaine entente quant aux termes implicites de l'invitation à présenter des offres. Il était entendu par les pratiques antérieures que les entreprises soumissionnaient sur les mêmes routes que l'année précédente, et que le nombre d'autobus allait être déterminé plus tard à la suite de l'appel d'offres ; et
- Il y avait des « conditions détaillées de soumissions et les conditions générales étaient incluses dans l'invitation à présenter des offres » [TRADUCTION, soulignements ajoutés]¹⁰⁰.

De plus, des négociations étaient possibles, mais non nécessaires. Les parties avaient admis la possibilité qu'une soumission soit adjugée sans négociations, si les exigences de budget de la commission étaient remplies¹⁰¹. Ainsi, le processus d'approvisionnement n'était définitivement pas une simple invitation à commencer des négociations, puisqu'il fournissait une structure et des conditions suffisamment détaillées et était de ce fait capable de mener à une adjudication sans la nécessité de négociations.

La jurisprudence en matière de droit criminel a également déterminé que les termes « offre » et « soumission » ne devraient pas être interprétés restrictivement. Par exemple, ceux-ci pourraient, dépendamment des circonstances, comprendre des prix soumis aux termes d'une demande de prix. Dans l'arrêt *Coastal Glass*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a indiqué que les mots « offre » et « soumission » sont capables d'une large interprétation :

[8] The words “bid” and “tender” are capable of being defined as the trial judge defined them. However, it is plain that the word “bid” is also capable of a broader meaning. This is illustrated by the fact that in the course of the proceedings many witnesses and the judge in his reasons referred to the price quotations at issue in counts 2 and 4 as bids¹⁰². [soulignements ajoutés]

Selon la jurisprudence en matière de droit des appels d'offres, un appel d'offres typique peut généralement être décrit comme étant une « invitation lancée afin d'obtenir des offres de conclure le contrat B, selon les conditions stipulées par le propriétaire et à un prix établi par l'entrepreneur »¹⁰³. Un appel d'offres implique généralement (a) une offre d'évaluer les offres soumises en conformité avec une invitation à soumettre des offres et (b) l'engagement irrévocable de conclure un contrat lorsqu'une soumission valide a été acceptée. Dans les arrêts *MJB Construction* et *Martel Building*, la Cour suprême a respectivement trouvé que le propriétaire était astreint aux conditions implicites (1) d'accepter seulement une offre conforme¹⁰⁴ et (2) d'être juste et cohérent dans son évaluation des soumissions reçues¹⁰⁵. Les tribunaux pourraient considérer de telles conditions implicites comme un indice quant à la présence d'une structure d'offres ou de soumissions tel que l'entend l'art. 47 de la *Loi*.

Or, nous sommes d'avis que l'art. 47 de la *Loi* a une portée plus large. Les tribunaux devraient déterminer s'il y a présence d'un « bid/tender paradigm »¹⁰⁶ au lieu d'effectuer une application stricte des principes développés sous le droit des appels d'offres. Le fait que le contrat A ou le contrat B ait été formé ou non n'est pas pertinent. L'art. 47 ne contient aucune indication que l'appel d'offres ou que son truquage doivent avoir réussi. Lorsqu'aucune offre n'a été présentée ou qu'aucune n'est acceptée, les soumissionnaires qui s'entendent à ne pas présenter d'offres peuvent néanmoins commettre l'infraction de truquage des offres. Dans de tels cas, les tribunaux pourraient considérer la simple intention du propriétaire d'initier une relation contractuelle sur la réception d'une offre valide comme étant une indication suffisante que le processus d'approvisionnement est un appel d'offres. Tel que la Cour d'appel l'a noté dans l'affaire *Dowdall*, la formation d'une entente finale ayant force obligatoire n'est pas nécessaire pour qu'il y ait présence d'un appel d'offres au sens de l'art. 47 :

[5] [...] In our view, it does not follow, simply because there was no final binding contract for the actual purchase and sale of IT services under the rubric of the procurement process in question, that there is no "Contract B" or that there is no "call or request for bids or tenders" as contemplated by s. 47 of the Competition Act on the facts. Other factors – depending upon how the evidence develops and is interpreted at trial – may lead to

the conclusion the appellants and the Government intended to enter into contractual arrangements that complied with a bid/tender paradigm as the evolving jurisprudence on that concept, and s. 47, envisage¹⁰⁷. [soulignements ajoutés]

À notre sens, quoiqu'une application rigide du mécanisme du contrat A et du contrat B devrait être évitée, la condition pour la création du contrat A, soit l'intention de faire naître des relations contractuelles, est une bonne indication de la présence d'un « appel ou d'une demande d'offres ou de soumissions » au sens de l'art. 47. La possibilité que le contrat A, dans sa forme la plus simple, ait pris naissance en raison du processus d'approvisionnement devrait donc être pertinente afin de déterminer la présence d'un appel d'offres en matière de truquages d'offres.

L'existence du contrat A ou la possibilité que celui-ci ait pu être formé devrait être abordée suivant une analyse détaillée des rapports entre les parties¹⁰⁸. Le contrat A n'implique pas nécessairement l'obligation irrévocable de s'engager à conclure le contrat B. Tel que la Cour suprême l'a observé dans l'arrêt *M.J.B. Enterprises*, il est suffisant, pour la formation du contrat A, que la personne qui a émis l'appel d'offres se soit engagée à considérer les offres soumises :

[23] Comme je l'ai déjà dit, la naissance du contrat A est subordonnée à la volonté des parties d'établir des rapports contractuels par la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres. En l'espèce, je suis convaincu que c'était bien l'intention des parties. En sollicitant des soumissions au moyen d'un processus officiel d'appel d'offres comportant de la documentation et des conditions complexes, l'intimée a, à tout le moins, offert d'examiner des soumissions en vue de la conclusion du contrat B. [...] La présentation de la soumission est une contrepartie valable de la promesse de l'intimée, puisque la soumission, préparée à grands frais par l'appelante et accompagnée de la garantie de soumission, représentait un avantage pour l'intimée. [...] ¹⁰⁹ [soulignements ajoutés]

Pour être qualifié d'appel d'offres, le processus d'invitation devrait également imposer une certaine structure quant aux obligations des parties. Il doit y avoir plus qu'une « simple invitation à négocier », mais

le processus d'approvisionnement ne doit pas nécessairement correspondre de manière stricte au modèle du contrat A/contrat B avec des conditions telles que l'irrévocabilité des offres, l'obligation de conclure un contrat B ou l'engagement d'accepter l'offre la plus basse.

Dans les décisions concernant le droit des contrats, les tribunaux ont reconnu que des dispositions précises et détaillées sont des indices pertinents que le contrat A est né à la suite des rapports entre les parties¹¹⁰. Des conditions détaillées ont également été considérées comme constituant une indication possible de la présence d'un appel d'offres en matière de truquages d'offres¹¹¹. Dans une invitation non contraignante à négocier, la conclusion du contrat final découlera essentiellement des négociations plutôt que du processus d'offres en soi. Or, la possibilité ou la survenance de négociations ne devrait pas en soi faire obstacle à la présence d'un appel d'offres au sens de l'art. 47. Le dépôt d'une offre valide n'a pas à constituer l'étape finale du processus d'approvisionnement pour qu'il y ait un « appel ou une demande d'offres ou de soumissions ». Plus les aspects fondamentaux et les critères du processus d'approvisionnement sont normalisés et non-négociables, plus il sera probable que les parties aient eu l'intention de faire naître une relation contractuelle à la suite du dépôt de l'offre.

D'autre part, lorsque le processus d'approvisionnement prévoit l'imposition de peu d'obligations aux soumissionnaires, n'est pas suffisamment détaillé ni structuré, est rédigé de manière vague et offre la possibilité de négocier pleinement les éléments essentiels du contrat final, la probabilité que le contrat A soit né est grandement réduite. Par exemple, dans *Tercon Contractors*, la Cour suprême a déterminé que malgré la présence de négociations limitées, le contrat A avait été formé, puisque celles-ci n'avaient pas affecté les éléments fondamentaux :

[20] En résumé, comme le conclut la juge, la DP décrivait un projet précis, invitait un certain nombre de proposants admissibles à soumissionner et indiquait que les propositions seraient considérées au regard de critères établis. Il devait y avoir négociation de l'accord de construction en partenariat, mais à l'intérieur de certaines limites et elle ne devait pas porter sur les éléments fondamentaux du processus d'appel d'offres ou du contrat final¹¹². [soulignements ajoutés]

La seule condition pour la création du contrat A est l'intention des parties d'initier une relation contractuelle dès la présentation d'une offre. Ses termes exprès ou implicites varieront dépendamment des circonstances spécifiques de chaque cas d'espèce et des pratiques de l'industrie. Sans cette intention, le processus d'approvisionnement risque davantage d'être qualifié d'une invitation non contraignante à commencer des négociations, qui ne peut, à notre sens, correspondre au cadre de l'art. 47 de la *Loi*. Il doit y avoir, minimalement, un élément exécutoire à l'étape de la soumission, qui peut être rempli par la formation du contrat A. Alors que la Cour suprême a clairement observé que le contrat A ne naît pas toujours dans un contexte contractuel¹¹³, nous sommes d'avis que lorsqu'il n'y a pas d'intention de créer des relations contractuelles dès la présentation d'une offre, il ne peut y avoir d'appel d'offres au sens de l'art. 47. Ce point de vue est supporté par les commentaires du juge Hackland dans *Dowdall*:

[35] In my opinion, the court's reasons in *Tercon* suggest that in order for a bidding contract (Contract A) to exist, the parties must be found to have intended to enter into contractual relations with respect to the proposal. Only then will the proposal constitute a bid or tender. On the other hand, such an intention will likely not be inferred when there is no specific project and no likelihood that work will be awarded to any of the successful proponents. In the court's words, "the fundamental details... of the ultimate contract" must be known¹¹⁴. [soulignements ajoutés]

V. Conclusion

Les tribunaux ont reconnu que le droit des appels d'offres peut fournir des indications utiles quant à la portée d'« un appel ou une demande d'offres ou de soumissions » au sens de l'art. 47 de la *Loi*. Cependant, tout comme l'analyse du contrat A/contrat B n'est pas une condition artificielle que les tribunaux doivent appliquer mécaniquement aux termes de disputes contractuelles, le cadre strict du contrat A/contrat B n'a pas à être satisfait afin de conclure qu'un processus d'approvisionnement constitue un appel d'offres au sens de l'art. 47.

À notre avis, les tribunaux devraient inférer l'existence d'« un appel ou d'une demande d'offres ou de soumissions » en vertu de l'art. 47 de la *Loi* lorsqu'il y a présence (a) d'une offre d'évaluer des

offres ou des soumissions présentées conformément à un processus d'approvisionnement suffisamment structuré et détaillé, (b) de l'intention des parties de faire naître des relations contractuelles par la présentation d'une offre ou d'une soumission, et (c) de l'absence d'une possibilité de négocier les éléments fondamentaux du processus d'approvisionnement et du contrat final.

À cette fin, les tribunaux devraient considérer toute la preuve pertinente, incluant autant les conditions implicites qu'explicites du processus d'approvisionnement. Les conditions des documents d'offres, les correspondances, les témoignages, les coutumes et les pratiques de l'industrie peuvent tous être des éléments pertinents pour juger si les parties avaient l'intention de s'engager dans des relations contractuelles. Selon la jurisprudence sur le droit des appels d'offres et sur le truquage d'offres, nous estimons que les indices suivants peuvent être pertinents afin de déterminer qu'un processus d'approvisionnement se qualifie comme étant « un appel ou une demande d'offres ou de soumissions » au sens de l'art. 47 de la Loi :

- une intention d'entrer dans des relations contractuelles dès la présentation d'une offre ;
- une condition implicite ou explicite que le propriétaire retiendra uniquement une offre conforme ;
- une condition implicite ou explicite que le propriétaire sera juste et équitable dans le processus d'approvisionnement ;
- un processus de présentation d'offres détaillé, structuré et non négociable (p. ex., délais de rigueur) ;
- des conditions strictes de validité des offres ;
- l'irrévocabilité des offres ;
- l'anonymat des soumissionnaires (p. ex., offres scellées) ;
- des spécifications et des critères d'évaluation détaillés ;
- une obligation de fournir un cautionnement dans le cadre du processus d'offres ; et

- l'absence d'option de négocier les éléments essentiels du contrat final après la sélection.

Cela dit, la caractérisation d'un processus d'approvisionnement en tant qu'appel d'offres au sens de l'art. 47 demeure une question mixte de droit et de fait dépendant des circonstances uniques de chaque cas d'espèce. Il sera intéressant de voir dans quelle mesure le juge du procès dans l'affaire *Dowdall*, maintenant saisi de la question, fera référence au droit des appels d'offres et au modèle du contrat A/contrat B afin de décider si des offres ou des soumissions ont été soumises en réponse à un « appel ou une demande d'offres ou de soumissions ».

Notes en fin de texte

¹ LRC 1985, c C-34 [*Loi sur la concurrence*].

² *Ibid* à l'art 47(1)a)b).

³ *Ibid* à l'art 47(1) *in fine*.

⁴ *Ibid* à l'art 47(3).

⁵ *Ibid* à l'art 47(2).

⁶ *Code criminel*, LRC 1985, c C-46, art. 22.2.

⁷ LC 2012, c 1.

⁸ Les amendements ne sont pas rétroactifs, art. 11i) de la *Loi constitutionnelle* de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11.

⁹ *Canada c Maxzone Auto Parts (Canada) Corp.*, 2012 CF 1117 au para 56.

¹⁰ *R c Yazaki Corp.*, 2013 CarswellOnt 15673 (ONSC).

¹¹ Officiellement la *Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction*.

¹² 2013 CarswellOnt 3600, 2013 ONCA 196, 107 WCB (2d) 91 [*Dowdall*].

¹³ *Ibid* au para 6.

¹⁴ *R c Al Nashar et al.*, non répertoriée, no. 500-73-0035350-104, 500-73-0035350-102 (QC CQ) 1^{er} février 2013 (Despots J.) [*Al Nashar*].

¹⁵ *R c Industries Garanties ltée*, 2014 QCCS 1582 [*Industries Garanties*].

¹⁶ *Ibid* aux paras 21-22.

¹⁷ *R c Charterways Transportation Ltd.*, 1981 CarswellOnt 1226, 32 OR (2d) 719, 123 DLR (3d) 159, 60 CCC (2d) 510, 57 CPR (2d) 230 au para 73 [*Charterways*].

¹⁸ *M.J.B. Enterprises Ltd. c Defence Construction (1951)*, [1999] 1 RCS 619 au para 41 [*M.J.B. Enterprises*].

¹⁹ *R c Rowe*, 2003 CanLII 64246 (ONSC) au para 17.

²⁰ *Charterways*, *supra* note 17 au para 73.

²¹ *Ibid* au para 74; *R c McLellan Supply Ltd.*, 1986 CarswellAlta 512, 69 A.R. 132, 12 CPR (3d) 53 au para 23.

²² *Charterways*, *supra* note 17 au para 74.

²³ *Charterways*, *supra* note 17.

²⁴ *Ibid* au para 17.

- ²⁵ *R c Coastal Glass & Aluminium Ltd.*, 1986 CanLII 1160 (BCCA) au para 12 [*Coastal Glass*].
- ²⁶ *Ibid.*
- ²⁷ *Ibid* au para 4.
- ²⁸ *Coastal Glass*, *supra* note 25 au para 18.
- ²⁹ *R c Bugdens Taxi*, 2006 CanLII 31901 (NLPC), application de *certiorari* avec mandamus decline et refusé : 2007 CarswellNfld 286, 2007 NLTD 167, 269 Nfld & PEIR 233, 54 MVR (5th) 282, 817 APR 233 (truquage d'offres); *R c Cominco Ltd.*, 1979 CanLII 1196 (ABQB) au para 37 (fixation de prix).
- ³⁰ *Charterways*, *supra* note 17 au para 73.
- ³¹ *Ibid* au para 55; *R c Travelways School Transit Ltd.*, 1982 CarswellOnt 1353 au para 6 (ONCA) [*Travelways*].
- ³² *Travelways*, *supra* note 31 au para 6.
- ³³ *The Queen (Ont.) c Ron Engineering*, [1981] 1 RCS 111 [*Ron Engineering*]; *M.J.B. Enterprises supra* note 18; *Martel building Ltd. c Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 RCS 860 [*Martel Building*], *Naylor Group Inc. c Ellis-Don Construction Ltd.*, 2001 CSC 58, [2001] 2 RCS 943, *Double N Earthmovers Ltd. c Edmonton (City)*, 2007 CSC 3, [2007] 1 RCS 116 [*Double N Earth Movers*]; *Tercon Contractors Ltd. c British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 RCS 69 [*Tercon Contractors*].
- ³⁴ *Ron Engineering*, *supra* note 33.
- ³⁵ *Ibid* à la p 121.
- ³⁶ *Calgary (City) c Northern Construction Company Division*, 1985 ABCA 285 au para 27, appel rejeté: [1987] 2 RCS 757.
- ³⁷ *Revêtements Alexander Craig inc. c Société de construction D.C.L. ltée*, 1997 CanLII 10481 (QCCA).
- ³⁸ *M.J.B. Enterprises*, *supra* note 18.
- ³⁹ *Ibid* au para 19.
- ⁴⁰ *Dowdall*, *supra* note 12.
- ⁴¹ *Industries garanties*, *supra* note 15 au para 23.
- ⁴² *M.J.B. Enterprises*, *supra* note 18 au para 44.
- ⁴³ *Ibid.*
- ⁴⁴ *Mellco Developments Ltd. c Portage La Prairie (City)*, 2002 MBCA 125 au para 38 [*Mellco Developments*].
- ⁴⁵ *Double N Earthmovers*, *supra* note 33 au para 30.
- ⁴⁶ *Ibid* au para 2.
- ⁴⁷ *Ron Engineering*, *supra* note 33 aux pp 122-123.
- ⁴⁸ *M.J.B. Enterprises*, *supra* note 18 au para 17.
- ⁴⁹ *Double N Earthmovers*, *supra* note 33.
- ⁵⁰ *Ibid* aux paras 2-3.
- ⁵¹ 2003 CanLII 9258 (ON SC) [*Buttcon*].
- ⁵² *Ibid* au para 33.
- ⁵³ *Ibid* au para 34.
- ⁵⁴ *Ibid* au para 36.
- ⁵⁵ *Ibid* au para 49 [nos soulignements].

⁵⁶ *Mellco Developments*, *supra* note 44.

⁵⁷ *Ibid* aux paras 73-74.

⁵⁸ *Tercon Contractors*, *supra* note 33 au para 17.

⁵⁹ Canada, Bureau de la concurrence, « Le Bureau de la concurrence annonce le dépôt d'accusations contre des entreprises soupçonnées de truquage d'offres relativement à des contrats du gouvernement du Canada », 17 février 2009, Ottawa, en ligne : < <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/02984.html> >.

⁶⁰ *Ibid*.

⁶¹ *R c Dowdall*, 2013 CarswellOnt 13696, 2013 CarswellOnt 13697 (SCC Oct 03, 2013).

⁶² *R c Dowdall*, 2012 CarswellOnt 9939, 2012 ONSC 3945, 219 ACWS (3d) 810, 103 WCB (2d) 557 au para 36 [*Dowdall SC*].

⁶³ *R c Dowdall*, Ontario Court of Justice (unreported) au para 80.

⁶⁴ *Ibid* au para 81.

⁶⁵ *Ibid* au para 80.

⁶⁶ *Ibid* au para 77.

⁶⁷ *Ibid* aux paras 88-89.

⁶⁸ *Dowdall SC*, *supra* note 62 au para 27.

⁶⁹ *Ibid* au para 22.

⁷⁰ *Ibid* au para 36.

⁷¹ *Ibid* au para 38.

⁷² *Ibid* au para 39.

⁷³ *Dowdall*, *supra* note 12 au para 5.

⁷⁴ Canada, Bureau de la concurrence, « Des accusations sont portées relativement à un truquage d'offres dans le domaine de la construction résidentielle à Montréal », 21 décembre 2010, Ottawa, en ligne : < <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03328.html> >.

⁷⁵ *Al Nashar*, *supra* note 14 au para 83.

⁷⁶ *Ibid* au para 24.

⁷⁷ *Ibid* au para 48.

⁷⁸ *Ibid* au para 79.

⁷⁹ *Ibid* au para 81.

⁸⁰ *Ibid* au para 82.

⁸¹ *Ibid* aux paras 85, 88 et 89.

⁸² *Industries garanties*, *supra* note 15.

⁸³ *Ibid* au para 21.

⁸⁴ *Ibid* au para 23.

⁸⁵ *Ibid* au para 21.

⁸⁶ *Ibid*.

⁸⁷ *M.J.B. Enterprises*, *supra* note 18 au para 3.

⁸⁸ Par exemple: *Martel Building*, *supra* note 33 au para 89; *Double N Earthmovers*, *supra* note 33 au para 32, *Tercon Contractors*, *supra* note 33 au para 67; *9075-5719 Québec inc. c Longueuil (Ville de)*, 2012 QCCA 246 au

para 6; *MYG Informatique inc. c Commission scolaire René-Lévesque inc.*, 2006 QCCA 1248 au para 35.

⁸⁹ *M.J.B. Enterprises*, *supra* note 18 au para 3.

⁹⁰ *Ibid* aux paras 45-46.

⁹¹ *Ibid* au para 44.

⁹² *Dowdall SC*, *supra* note 62 au para 39.

⁹³ *Industries garanties*, *supra* note 15 au para 23.

⁹⁴ *Buttcon*, *supra* note 51 au para 48; *Leeds Transit Sales Ltd. c Ottawa (City)*, 2004 CanLII 31377 (ON SC) aux paras 26 et 28.

⁹⁵ *Tercon Contractors*, *supra* note 33 au para 17.

⁹⁶ RSC, 1985, c 19 (2nd Supp.).

⁹⁷ *Charterways*, *supra* note 17 au para 36.

⁹⁸ *Ibid* au para 40.

⁹⁹ *Ibid* au para 39.

¹⁰⁰ *Ibid* aux paras 45-46.

¹⁰¹ *Ibid* au para 30.

¹⁰² *Coastal Glass* *supra* note 25 au para 8.

¹⁰³ *M.J.B Enterprises*, *supra* note 18 au para 37.

¹⁰⁴ *Ibid* au para 30.

¹⁰⁵ *Martel Building*, *supra* note 33 au para 88.

¹⁰⁶ *Dowdall*, *supra* note 12 au para 5.

¹⁰⁷ *Ibid*.

¹⁰⁸ *Tercon Contractors*, *supra* note 33 au para 19.

¹⁰⁹ *M.J.B Enterprises*, *supra* note 18 au para 23.

¹¹⁰ *Tercon Contractors*, *supra* note 33 au para 19.

¹¹¹ *Charterways*, *supra* note 17 au para 46.

¹¹² *Tercon Contractors*, *supra* note 33 au para 20 [nous soulignons].

¹¹³ *M.J.B Enterprises*, *supra* note 18 au para 17.

¹¹⁴ *Dowdall SC*, *supra* note 62 au para 35.