



REVUE JURIDIQUE THÉMIS

de l'Université de Montréal

Section thématique : le droit des marchés publics

Introduction

Marie-Hélène Dufour, Gabriel Jobidon,
Nicholas Jobidon, Derek McKee et Antoine Pellerin

Les piliers du droit des marchés publics québécois

Nicholas Jobidon

Le système de plaintes de l'Autorité des marchés publics et les
exigences des accords de libre-échange en matière de recours internes

Derek McKee

L'appel d'offres en droit civil québécois et en
common law canadienne

Catherine Valcke

Réflexions sur les fondements de l'obligation de coopération
en droit de la construction au Québec

Marie-Hélène Dufour

L'histoire mouvementée du droit comparé au Québec

Pierre-Gabriel Jobin

Les fondements de la filiation en droit québécois :
triomphe de la réalité biologique ou de la volonté?

Andréanne Malacket

Les modifications et les codifications dont a fait l'objet
la Constitution du Canada : une liaison dangereuse

Danielle Pinard

Les incertitudes de la participation citoyenne face
au droit : le cas de la commission délibérative
du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale

Mao Lin et Jacques Commaille



L'appel d'offres en droit civil québécois et en common law canadienne

Catherine VALCKE*

Calls for Tender at Quebec Civil Law and at Canadian Common Law

La licitación en el derecho civil quebequense y en el *common law* canadiense

Os editais de licitação no direito civil quebequense
et na *common law* canadense

魁北克民法和加拿大普通法视角下的招标

Résumé

Depuis la décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* par la Cour suprême du Canada en 1981, les tribunaux canadiens ont eu tendance à analyser l'appel d'offres comme un processus mettant en cause deux contrats consécutifs distincts. Cette analyse a été reprise par la Cour d'appel du Québec, de même que par la Cour fédérale d'appel en matière de droit québécois, sans que l'un ou l'autre de ces tribunaux ne s'interroge sur la nécessité, voire la seule opportunité, de cet emprunt, la cohérence d'une telle analyse au sein du droit civil québécois ayant apparemment été simplement tenue pour acquise. C'est cette interrogation qui est ici proposée. Dans

Abstract

Since the 1981 decision of the Supreme Court of Canada in *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, Canadian courts have tended to analyze the tendering process as involving two distinct consecutive contracts. This analysis has been adopted by the Quebec Court of Appeal, as well as by the Federal Court of Appeal in matters of Quebec law, without either court questioning the necessity – or even the appropriateness – of that borrowing, the coherence of such an analysis within Quebec civil law seemingly being simply taken for granted. It is that very questioning that we propose to undertake here. Having first reviewed the various reasons that led Canadian judges to adopt the

* L'auteure est professeure à la Faculté de droit de l'Université de Toronto.

un premier temps, les diverses raisons qui ont poussé les juges canadiens à recourir à cette analyse dans le cadre de litiges régis par la common law sont passées en revue. Il est ensuite démontré, en seconde partie, que ces raisons ne trouvent aucune application dans le cadre du droit civil québécois. Il est conclu que, comme toute forme de surabondance juridique donne matière à confusion, il y a tout lieu de croire que cet emprunt se révélera, à long terme, non seulement superflu mais délétère. Concernant l'élaboration du droit civil québécois, dès lors, les juges auraient mieux fait de puiser dans ce droit même le matériel nécessaire à la résolution de litiges entourant des processus d'appel d'offres tombant sous sa gouverne.

Resumen

Desde el caso *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, resuelto por el Tribunal Supremo de Canadá en 1981, los tribunales canadienses han tendido a interpretar el proceso de licitación como un proceso compuesto por dos contratos sucesivos y distintos. Este enfoque fue adoptado posteriormente tanto por el Tribunal de Apelación de Quebec, como por el Tribunal Federal de Apelación en el contexto del derecho quebequés, sin que ninguno de ellos cuestionara la necesidad ni la pertinencia de esta transposición. La coherencia de dicho análisis dentro del marco del derecho civil quebequés se asumió como evidente. Es precisamente esta suposición la que se pone en tela de juicio en el presente análisis. En primer lugar, se examinan las razones que llevaron a los jueces canadienses a adoptar este enfoque en litigios regidos por el *common law*. En la segunda parte, se demuestra que dichas razones carecen de aplicación en el con-

two-contract analysis in tendering process cases governed by common law, we thereafter argue that these reasons have no application in Quebec civil law. We then conclude that, as any form of legal redundancy inevitably yields confusion, there is every reason to believe that this borrowing will prove, in the long run, not only superfluous but harmful. Regarding the development of Quebec civil law, the judges would have done better to find in that law the tools necessary to resolve disputes surrounding tendering processes falling under their purview.

Resumo

Desde o acórdão *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.*, proferido pela Corte Suprema do Canadá em 1981, os tribunais canadenses tiveram a tendência de analisar os editais de licitação como um processo que envolve dois contratos consecutivos distintos. Esta análise foi retomada pela Corte de Apelação do Quebec, assim como pela Corte Federal de Apelação em matéria de direito quebequense, sem que um ou outro desses tribunais se interrogassem sobre a necessidade, ou a propriedade desse empréstimo, tendo sido simplesmente dada como certa a coerência de tal análise no marco do direito civil quebequense. É esta interrogação que se propõe aqui. Primeiramente, são passadas em revista as diversas razões que conduzem os juízes canadenses a recorrer a esta análise no quadro de litígios regidos pela *common law*. Em seguida, demonstra-se que essas razões não encontram nenhuma aplicação no quadro do direto

texto del derecho civil quebequés. Se concluye que, dado que cualquier forma de sobreabundancia jurídica tiende a generar confusión, hay motivos para creer que este préstamo podría resultar, a largo plazo, no solo innecesario, sino incluso perjudicial. En consecuencia, en lo que respecta al desarrollo del derecho civil quebequés, habría sido mejor que los jueces recurrieran directamente a los principios y herramientas de este derecho para resolver los litigios relacionados con los procesos de licitación que se encuentran bajo su jurisdicción.

civil quebequense. Conclui-se que, como toda forma de superabundância jurídica se apresta a confusão, há motivo para crer que esse empréstimo se revelará, a longo prazo, não somente supérfluo, mas deletério. Com vistas à elaboração do direito civil quebequense, os juízes fariam melhor buscando nesse mesmo direito o material necessário para a resolução de litígios sobre os editais de licitação que se apresentem para sua apreciação.

摘要

自从加拿大最高法院于1981 年对 Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd. 案作出判决以来,加拿大法院倾向于将招标过程分析为涉及两个独立但连续的合同。魁北克上诉法院和联邦上诉法院在涉及魁北克法律的问题上都采用了这一分析方式,上述两个法院都没有质疑借用这种分析方式的必要性及妥当性。这种分析方式与魁北克民法的一致性似乎也被视为理所当然。本文所进行的正是这个分析方式的质疑。通过回顾在受普通法管辖下的加拿大法官对招标程序案件中采用双合同分析的各种原因,我们可以认为这些原因不适用于魁北克民法。因此,我们得出结论:任何形式的法律冗余都不可避免地会造成混淆。因此,我们有充分的理由相信,这种借用从长远来看不仅多余、而且有害。关于魁北克民法的发展,法官们可能会更好地从该法律中汲取必要的方法,以解决其管辖范围内的招标程序纠纷。

Plan de l'article

Introduction.....	525
I. L'appel d'offres en common law canadienne	527
A. La conception objective du contrat	528
B. Les limites du recours extracontractuel	534
C. L'opportun recours contractuel sous <i>Ron Engineering</i>	541
II. L'appel d'offres en droit civil québécois.....	545
A. La conception subjective du contrat	546
B. L'éventail des possibilités extracontractuelles.....	547
C. L'inopportun recours contractuel sous <i>Ron Engineering</i>	550
Conclusion.....	552

Depuis la décision rendue dans l'affaire *Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* par la Cour suprême du Canada en 1981¹, les tribunaux canadiens ont eu tendance à analyser l'appel d'offres comme un processus mettant en cause deux contrats consécutifs distincts². Un premier, le célèbre « contrat A », serait d'abord conclu entre le donneur d'ouvrage (« l'auteur de l'appel d'offres ») et les divers soumissionnaires, lequel régirait le processus par lequel le second, le « contrat B », sera adjudgé à l'un ou l'autre de ces soumissionnaires. Le contrat B est donc celui qui est ultimement ciblé par l'appel d'offres – le contrat d'exécution de l'ouvrage souhaité (construction, service ou autre) –, et dont le mode d'attribution est décrit au contrat A, celui-ci élaborant les conditions et les exigences applicables aux soumissions (leur forme, leur contenu, les délais applicables), les critères de sélection du soumissionnaire gagnant et tout autre disposition pouvant être jugée opportune dans le cadre d'un appel d'offres, concernant par exemple la possibilité de révocation, de clause pénale, d'appel ou d'arbitrage, entre autres matières. C'est dire que, alors que le contrat B lie l'auteur de l'appel d'offres et le seul soumissionnaire choisi, le contrat A intervient entre l'auteur et l'ensemble des soumissionnaires, avant même que l'un d'eux ait été choisi pour exécuter le contrat B.

On constate cependant que, au-delà des territoires de common law canadienne dont elle est issue, cette analyse est désormais également solidement implantée en sol québécois, puisqu'elle a été maintes fois reprise par la Cour d'appel du Québec³ comme par la Cour fédérale d'appel en

¹ *La Reine (Ont.) c. Ron Engineering*, [1981] 1 R.C.S. 111.

² *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 R.C.S. 619; *Martel Building Ltd. c. Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860; *Double N Earthmovers Ltd c. Edmonton (Ville)*, [2007] 1 R.C.S. 116. La question de savoir si le « contrat A » est un *unilateral contract* (ne comportant d'obligations que pour le donneur d'ouvrage) ou un *bilateral contract* (comportant des obligations pour le donneur d'ouvrage comme pour le soumissionnaire) a fait couler beaucoup d'encre : John SWAN, « Comment on *The Queen v. Ron Engineering & Construction (Eastern) Ltd.* », (1981) 15 *U.B.C. L. Rev.* 447, 455; Gerald H. L. FRIDMAN, « Tendering Problems », (1987) 66 *R. du B. can.* 582, 591; Jost BLOM, « Mistaken Bids: *The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd.* », (1981-82) 6 *Can. Bus. L.J.* 80, 91. Quoique le juge Estey ait qualifié ce contrat de « unilateral », dans *Ron Engineering*, le juge Iacobucci a laissé entendre en obiter, dans *M.J.B. Enterprises*, qu'il n'endossait pas cette qualification (*M.J.B. Enterprises* ne mettant en cause que les obligations du propriétaire, cette affaire ne permettait pas à la Cour de corriger la qualification du juge Estey).

³ *MYG Informatique inc. c. Commission scolaire René-Lévesque inc.*, 2006 QCCA 1248; *Tapitec c. Ville de Blainville*, 2017 QCCA 317; *Beaurivage & Méthot Inc. c. Corp. de*

matière de droit civil québécois⁴. Or, ni l'un ni l'autre de ces deux tribunaux n'a cru bon de s'interroger sur l'opportunité d'un tel emprunt. La cohérence de l'analyse de l'appel d'offres en deux contrats au sein du droit civil québécois semble avoir été tenue pour acquise⁵, peu importe que de nombreuses différences opposent par ailleurs les droits contractuels civiliste et de souche anglo-saxonne⁶. Cela est fort surprenant, étant donné la longue histoire de dualité juridique qui a encadré l'évolution du droit civil québécois de même que, quoique dans une moindre mesure, celle de la common law canadienne, une histoire de bijuridicité dont les juges québécois et canadiens se sont, pour la plupart, longtemps fait un devoir de tenir compte, certains allant jusqu'à participer activement à sa célébration, voire son enrichissement⁷.

C'est cette interrogation qui est ici proposée, la question particulière qui est explorée dans les pages qui suivent étant celle de savoir s'il était

l'hôpital de Saint-Sacrement, [1986] R.J.Q. 1729 (C.A.), p. 1729-1731; *Bau-Québec ltée c. Sainte-Julie (Ville)*, [1999] R.J.Q. 2650, par. 23; 9071-8214 *Québec inc. c. Roch Lessard 2000 inc.*, REJB 2001-25544 (C.A.), par. 15; *Société Parc-Auto du Québec c. Fondation du Centre hospitalier universitaire de Québec* [2003] J.Q. n° 14781.

⁴ *Monit International Inc. c. Canada*, [2004] F.C.J. No. 59, par. 65, 123, 125.

⁵ Dans l'affaire *Société Parc-Auto du Québec*, la Cour d'appel se refuse à considérer *M.J.B. Entreprises* en ce qui concerne la demande d'exécution en nature (par. 8), mais ne soulève aucune question quant à l'applicabilité de l'analyse contractuelle adoptée dans cette affaire.

⁶ Pour un bon aperçu de ces différences, voir les contreparties civiliste et de common law du chapitre sur les obligations contractuelles dans Yan CAMPAGNOLO, Louise BÉLANGER-HARDY et Aline GRENON (dir.), *Éléments de common law canadienne: comparaison avec le droit civil québécois*, 2^e éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2024. Voir également Anne-Françoise DEBRUCHE, Sébastien GRAMMOND et Yan CAMPAGNOLO (dir.), *Contract Law in Quebec*, Brossard, Wolters Kluwer CCH, 2012; Catherine VALCKE, « Contractual Consent », dans Jan SMITS, Jaakko HUSA, Catherine VALCKE et Madalena NARCISO (dir.), *Encyclopedia of Comparative Law*, 3^e éd., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 371. Si plusieurs auteurs considèrent que l'avènement d'instruments transnationaux tels que UNIDROIT laisse présager d'une inexorable, quoique graduelle, harmonisation des droits nationaux (e.g. Konrad ZWIEGERT et Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3^e éd., traduit par Tony WEIR, Oxford, Oxford University Press, 1998), d'autres ne partagent pas cet avis (Pierre LEGRAND, « European Legal Systems are not Converging », (1996) 45 *Int'l & Comp. L. Q.* 52).

⁷ Pour un aperçu général, voir Michel MORIN, « Des juristes sédentaires? L'influence du droit anglais et du droit français sur l'interprétation du Code civil du Bas Canada », (2000) 60 *R. du B.* 247.

réellement nécessaire, ou même seulement opportun, de transposer, en droit civil québécois, l'analyse du processus d'appel d'offres mise de l'avant en common law canadienne⁸. N'y a-t-il pas lieu de penser, au contraire, que le droit québécois se serait très bien passé d'une telle transposition ? En effet, tel que nous le verrons en première partie, diverses raisons ont poussé les juges canadiens à recourir à cette analyse dans le cadre de litiges régis par la common law, lesquelles seront révélées, en deuxième partie, comme demeurant foncièrement étrangères au droit civil québécois. Il sera conclu que, comme toute surabondance juridique donne inévitablement matière à confusion, cette transposition risque fort de se révéler, à long terme, aussi délétère que superflue. En ce qui concerne l'élaboration du droit civil québécois, les juges auraient dès lors mieux fait, comme en toutes matières, de puiser dans ce droit même les ressources nécessaires à la résolution de litiges entourant des processus d'appel d'offres tombant sous sa gouverne.

I. L'appel d'offres en common law canadienne

Il importe d'abord de se replacer dans un contexte historique plus large, pour se rappeler, en particulier, que la question de la responsabilité précontractuelle a, de tout temps, donné bien de fil à retordre au droit anglais⁹. Ce droit, au départ foncièrement commercial et économique¹⁰, est connu pour avoir toujours favorisé la sécurité des transactions, donc des règles claires et faciles à administrer, quitte à sacrifier au besoin une certaine dose de

⁸ Fidèle à la grande tradition continentale du droit comparé, la présente étude se limite au droit privé applicable en la matière, dont l'intérêt comparatif est évident dans le cadre de la fédération canadienne. L'importance pratique du volet de droit public statutaire n'en est pas moins indéniable, lequel est détaillé ailleurs, notamment : Pierre GIROUX, Denis LEMIEUX et Nicholas JOBIDON, *Contrats des organismes publics : loi commentée*, 2^e éd., Brossard, Québec, Wolters Kluwer CCH, 2013. On notera cependant une piste d'analyse comparative prometteuse, celle-ci avec le droit français, concernant le fait que ce dernier régit séparément les contrats avec l'État, dits « administratifs », et les contrats entre individus, alors qu'une telle distinction est absente en droit québécois, tous les contrats y étant, comme dans les systèmes de common law, en principe assujettis aux mêmes règles (art. 1376 C.c.Q.). Bien sûr, on s'attendra à ce que l'identité des parties, en tant qu'organe public ou individu, soit naturellement prise en compte par le tribunal lorsqu'il s'agit d'interpréter le contrat (voir ci-dessous, note 14).

⁹ Francis N. BOTCHWAY et Kartina A CHOONG, « Not Ready for Change – The English Courts and Pre-Contractual Negotiations », (2011) 45 *Int. Lawyer* 625.

¹⁰ Paul GAIARDO, *Les théories objective et subjective du contrat. Étude critique et comparative (droits français et américains)*, Paris, LGDJ, 2020, par. 192 et suiv.

souplesse ou même de justice contractuelle¹¹. Or, il s'adonne que la ligne entre le contractuel et le non-contractuel est singulièrement claire en droit anglais, principalement dû au fait que ce droit ait adopté une conception objective du contrat.

A. La conception objective du contrat

Contrairement au droit français, qui fonde l'obligation contractuelle sur la volonté individuelle subjective – volonté interne, psychologique, donc essentiellement impalpable et fugace –, le droit anglais a longtemps préféré faire valoir la volonté externe, celle qui, émergeant des « faits et gestes » objectifs du promettant, est susceptible d'être établie au vu de tous, et donc d'être opposable aux tiers autant qu'aux parties elles-mêmes¹². À cet égard, on se souviendra de la réponse cinglante de Lord Denning à l'argument selon lequel l'une de deux parties engagées dans un processus contractuel, n'aurait pas eu, en réalité, l'intention subjective que l'autre tentait de convaincre le tribunal de lui attribuer. Dans la célèbre affaire anglaise *Storer v. Manchester City Council*, qui mettait en cause le rachat éventuel d'un immeuble par son locataire, le grand juriste avait effectivement déclaré sans ambages :

There is nothing in this point. In contracts, you do not look into the actual intent in a man's mind. You look at what he said and did. A contract is formed when there is, to all outward appearances, a contract. A man cannot get out of a contract by saying: "I did not intend to contract," if by his words he has done so. His intention is to be found only in the outward expression which his letters convey. If they show a concluded contract that is enough.¹³

¹¹ John H. LANGBEIN, Renée LETTOW LERNER et Bruce P. SMITH, *History of the Common Law: The Development of Anglo-American Legal Institutions*, New York, Aspen Publishers, 2009, p. 271-275.

¹² Tel qu'il est discuté plus loin dans le texte (« B. Les limites du recours extracontractuel »), les motifs personnels et la volonté interne, de même que, de façon plus générale, les considérations d'ordre moral, ont en revanche toujours eu leur place devant Cour de la chancellerie, dont émergea l'*Equity*, juridiction établie en concurrence à celle des cours royales, précisément pour leur faire contrepoids.

¹³ *Storer c. Manchester City Council*, [1974] 1 W.L.R. 1403 (CA), p. 1408. Dans l'affaire *Gibson v. Manchester City Council*, [1979] 1 W.L.R. 294 (H.L.) le tribunal arriva à la conclusion inverse, mais sur la base de faits différents, le principe demeurant inchangé. Il semble généralement accepté que le premier jugement à cristalliser cette théorie objective du contrat aura été *Freeman v. Cooke*, (1848) 2 Ex. 654, 154 E.R. 652, dont le passage central fut, dans la fameuse affaire *Smith v. Hughes*, (1871) LR 6 QB 597, repris

Certes, le droit anglais rejoint ici certains systèmes civilistes, particulièrement ceux de souche allemande, qui font également prévaloir la *Erklärungstheorie* sur la *Willenserklärung*¹⁴. Pour autant, les approches objectivistes anglaise et allemande demeurent très différentes, notamment en ce qui concerne le poids accordé à l'un, en particulier, de ces « faits et gestes » des parties, soit, celui-là même d'entreprendre de mettre le contrat par écrit – comme le sont la quasi-totalité des contrats d'exécution d'ouvrage ou de service faisant l'objet d'appels d'offres. En de tels cas, le droit anglais considère que les parties ont signalé, d'un point de vue objectif – donc l'une à l'autre et au monde entier –, leur volonté commune que leur transaction soit en principe exclusivement régie par cet écrit, avec pour résultat que tous ceux de leurs « faits et gestes » qui échapperaient au cadre étroit de leur contrat écrit devraient, de leur propre accord, être tout simplement ignorés par le droit.

comme suit : « If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms. » Cette théorie objective du contrat, par la suite réitérée à de nombreuses reprises, fut récemment confirmée dans *Tesco Stores Ltd c. Union of Shop, Distributive and Allied Workers*, [2024] UKSC 28, par. 32-36. Pour des aperçus plus généraux, voir Stephen M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, 8^e éd., Toronto, Thomson Reuters, 2022, par. 25 ; John D. McCAMUS, *The Law of Contracts*, 3^e éd., Toronto, Irwin Law, 2020, p. 39-40.

¹⁴ À tout le moins pour les déclarations de volonté appelant à une réception : Claude WITZ, *Droit privé allemand*, Paris, Litec, 1992, p. 79-85. Sur la conception allemande du consentement contractuel, voir Frédérique FERRAND, *Droit privé allemand*, Paris, Dalloz, 1997, p. 214-224 (§1. La déclaration de volonté (*Willenserklärung*)). On notera par ailleurs que, l'article 1386 du *Code civil du Québec* parlant de « manifestation » du consentement, le droit civil québécois pourrait de même se trouver à être un peu plus objectif que son cousin français. Il n'y aurait là rien de très surprenant, étant donné qu'en sol canadien, le droit québécois fraye avec la common law depuis plus d'un siècle. Mais on pourrait se demander, en outre, si le simple fait que le droit québécois n'ait, contrairement au droit français, jamais prévu de régime contractuel particulier pour les contrats avec l'État puisse avoir contribué à cet état de chose (voir ci-dessus, note 8). En effet, si une théorie subjective du contrat, axée sur la volonté réelle des parties, se conçoit aisément dans le cadre de contrats entre individus, une telle conception est plus difficile à envisager s'agissant de contrats conclus par des personnes publiques. On pourrait effectivement être tenté de croire que l'intention « réelle » d'une telle personne ne peut que revenir, au final, à une quelconque intention « idéale », qu'on voudrait bien lui attribuer d'un point de vue... objectif!

C'est en tout cas ce que prévoit la *Parol Evidence Rule* – règle phare du droit privé anglais –, qui rend inadmissible, à quelques exceptions près, la preuve verbale portant sur des faits et gestes des parties demeurant périphériques à la formation de leur contrat écrit, en particulier ceux concernant leur compréhension subjective de ce contrat¹⁵. On rétorquera, avec raison, qu'il y a tout lieu de croire qu'on pourrait trouver une disposition équivalente dans le droit de la preuve d'à peu près tous les systèmes nationaux¹⁶. Le droit anglais se démarque néanmoins de ces autres droits, en ce que la *Parol Evidence Rule* y est bien davantage qu'une simple règle de preuve, dont l'objectif serait de conférer une quelconque valeur probante (même très élevée) à l'écrit, pour ce qui est de déterminer le contenu de l'intention des parties. On ne parle pas ici de *prouver* l'intention des parties mais de l'*incarner*, ni plus ni moins. C'est ce qui explique que cette règle, qui appartenait jadis au droit anglais de la preuve, ait pu survivre à la disparition du jury en matières civiles, lequel justifiait pourtant son existence à prime abord. Dès lors que le règlement des litiges contractuels fut transféré au tribunal agissant seul, c'est en règle du droit substantif des contrats que s'est réincarnée la *Parol Evidence Rule*, celle-ci n'étant autre, finalement, que le

¹⁵ *Pym c. Campbell* (1856), 119 E.R. 903. Quoique la liste de ces « exceptions » puisse paraître très longue à prime abord, on a souligné, avec raison à notre avis, que la grande majorité de celles-ci font davantage office de « précisions », quant au champ d'application de la règle, que d'« exceptions » proprement dites. Voir Mindy CHEN-WISHART, *Contract Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 398-399. Ainsi cette règle n'exclut-elle pas la preuve verbale visant, par exemple, à établir que les parties n'entendaient pas confiner leur accord à leur seul contrat écrit. (Voir *Gallen c. Allstate Grain Co.*, (1984) 9 D.L.R. (4th) 496 (BCCA)), où le tribunal détermina que les parties avaient également conclu un contrat oral, collatéral à leur contrat écrit.) De même, la preuve verbale demeure admissible lorsqu'il s'agit (a) d'établir que le contrat est invalide pour cause de fraude, de fausse représentation, d'erreur, d'incapacité, d'absence de *consideration* ou d'absence d'intention contractuelle; (b) de lever des ambiguïtés, d'établir l'existence d'une clause conventionnelle implicite, ou de reconstruire le cadre factuel de l'accord; (c) de soutenir une demande de *rectification*; (d) d'établir l'existence d'une condition préalable à l'accord; [...]; (f) d'appuyer une allégation selon laquelle les parties n'entendaient pas que l'écrit constitue la totalité de leur accord; (g) de soutenir une demande de sanction en *Equity*, telle que l'exécution en nature ou l'annulation de l'accord [...]; ou enfin (h) de soutenir une réclamation délictuelle voulant que la déclaration orale aurait enfreint un devoir de diligence. (*Gallen, id.*) Pour une plus récente itération de ces principes par la Cour suprême du Canada, voir *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53. Pour l'équivalent québécois, voir *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43.

¹⁶ Voir, par exemple, art. 2863 et 2864 C.c.Q.

corollaire immédiat de la théorie objective du contrat¹⁷. En effet, la détermination de toute question litigieuse contractuelle par référence exclusive au contrat écrit paraît s'imposer naturellement dès lors qu'il est considéré que les parties en ont (objectivement) voulu ainsi. C'est dire que le pouvoir accordé aux parties concernant la détermination de leurs droits contractuels réciproques serait, en droit anglais, plus large que ce qu'il est dans la tradition civiliste, celles-ci ayant leur mot à dire, non seulement quant au contenu du contrat, mais également quant au processus de son adjudication¹⁸.

L'exceptionnalisme¹⁹ objectiviste anglais va cependant plus loin encore. Sa consécration ultime réside en effet dans la doctrine de la *consideration*, selon laquelle seules les promesses données en échange d'une contrepartie de la part de leur bénéficiaire peuvent être qualifiées de « contractuelles »²⁰. Cette conception, voulant qu'il ne puisse y avoir de contrat sans échange, est effectivement objectiviste à l'extrême, puisqu'elle a pour effet de constituer le contrat – tout contrat, écrit ou non – en une entité autonome, au final presque entièrement détachée de la volonté de l'une et l'autre des

¹⁷ Tel que l'énonça le juge Lambert dans l'affaire *Gallen*, préc., note 15, au paragraphe 33, « [t]he parol evidence rule is not only a rule about admissibility of evidence. It reaches into questions of substantive law ». Voir aussi S. M. WADDAMS, préc., note 13, par. 323-329.

¹⁸ Ce pouvoir paraît aller encore plus loin, puisqu'il s'étendrait aux sanctions applicables en cas d'inexécution des obligations. Voir la discussion de l'affaire *The Achilles* proposée par C. VALCKE, préc., note 6). Cela ne devrait pas surprendre outre mesure, étant donné les systèmes politiques individualiste et davantage collectiviste respectivement adoptés par l'Angleterre et les systèmes continentaux européens.

¹⁹ Le terme « exceptionnalisme » est utilisé en droit comparé pour dénoter les traits caractéristiques des différents systèmes de droit. Voir Helge DEDEK et Henry COOMES, « Exceptionalism », dans J. SMITS *et al.* (dir.), préc., note 6, vol. 2, p. 92. Sur l'exceptionnalisme anglais, en particulier, voir Catherine VALCKE, « Comparing Legal Styles », dans Peter CSERNE (dir.), *The Many Faces of Style in Law and Legal Scholarship*, (2019) 15 *Int. J. Law in Context* 274.

²⁰ S. M. WADDAMS, préc., note 13, par. 18-26; J. D. McCAMUS, préc., note 13, p. 215-222. Le contraste avec le droit civil, québécois ou autre, est ici frappant, puisque ce dernier conçoit la donation comme pouvant constituer un contrat en bonne et due forme. Voir par exemple les articles 1381, 1806-1841 C.c.Q. Quoique le sceau ait pour effet de rendre justiciable la promesse scellée, il ne la transformerait pas pour autant en une promesse « contractuelle » proprement dite; elle demeurerait une promesse de don, laquelle lierait cependant désormais son auteur. C'est en tout cas l'avis de plusieurs auteurs de common law, dont Alan BRUDNER dans « Reconstructing Contracts », (1993) 43 *U. Toronto L.J.* 1, 34-35. Voir cependant M. CHEN-WISHART, préc., note 15, p. 124, diagramme 4A.

parties. On fait ici référence à nulle autre que cette fameuse notion de *bargain* (« marché », « *quid pro quo* »), fleuron du droit contractuel anglais, dont on peut dire qu'il se situe en quelque sorte *entre* les deux parties contractantes, à distance égale de l'une et l'autre, étant ainsi susceptible de les régir toutes deux, également et en toute objectivité²¹. En comparaison, alors que les promesses échangées par les parties dans le cadre d'un contrat synallagmatique ne sont, en droit français, que *reliées* l'une à l'autre à travers la notion de cause²², la doctrine de la *consideration* du droit anglais aurait ni plus ni moins pour effet d'*imbriquer* ces deux promesses l'une dans l'autre, de les fondre en une seule et même, nouvelle volonté commune, constituant ainsi ledit *bargain*²³. Les frontières du domaine contractuel correspondraient donc à celles-là même du *bargain* : toute réclamation est, ou non, contractuelle, en common law, selon qu'elle tombe, ou non, à l'intérieur de l'enceinte objective constituée par l'échange des parties²⁴.

Il s'ensuit que toute représentation orale ou écrite qui aurait émané de l'auteur d'un appel d'offres *préalablement* à la conclusion du contrat envisagé (le contrat B) – toute représentation « *précontractuelle* », donc – ne saurait, *a priori*, fonder sa responsabilité contractuelle, dans les systèmes

²¹ Peter BENSON, *Justice in Transactions: A Theory of Contract Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 2019, p. 40 et suiv.

²² Jean PINEAU, Serge GAUDET, Danielle BURMAN et Catherine VALCKE, 5^e éd., *Théorie des obligations*, Montréal, Éditions Thémis, 2023, par. 611-612. Si cette notion est censée avoir été éliminée des éléments constitutifs du contrat lors de la réforme française de 2016, plusieurs auteurs considèrent que son esprit demeure. Voir par exemple Gaël CHANTEPIET et Mathias LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Dalloz, 2016, par. 283-284.

²³ C'est ce qui explique que, s'agissant d'interpréter un contrat, le juge de droit civil fera couramment intervenir le témoignage des parties quant à leur compréhension respective de cet accord, par exemple, une telle intervention étant impensable en common law. Particulièrement frappant, à cet égard, est le jugement dissident du juge Devlin dans *Ingram v. Little*, [1961] 1 Q.B. 31 (C.A.), à la p. 52, qui qualifie de tout simplement « non pertinente » (« *irrelevant* ») l'intention des vendeurs au moment de la vente en cause.

²⁴ C'est dire qu'une promesse gratuite, un transfert unilatéral, d'une partie à une autre, sans que l'autre fasse ou promette quoi que ce soit en échange – une promesse de don, par exemple – ne lie pas son auteur, en common law, à tout le moins pas à titre de promesse contractuelle, sans l'accomplissement de formalités additionnelles. Seuls les « *bargain* » (les marchés), les échanges, les *quid pro quo* – les contrats synallagmatiques, donc – y constituent des contrats en bonne et due forme. Le don n'étant pas un contrat, il est effectivement régi par un ensemble de règles distinctes de celles qui régissent les contrats.

de common law²⁵. En effet, quand bien même une telle représentation serait elle-même écrite, et ne poserait donc aucun problème de preuve, et quand bien même elle présenterait, en outre, les degrés de fermeté et de complétude requis d'une offre contractuelle en bonne et due forme²⁶, il faudrait, en plus, qu'elle ait été donnée en échange d'une quelconque contrepartie de la part des soumissionnaires, quitte à se trouver dépourvue de cette *consideration* nécessaire à la formation de tout *bargain*, sans laquelle le droit lui refuserait la qualité de représentation *contractuelle*. C'est ce qui explique que, traditionnellement, les juges anglais n'aient pu voir dans l'« appel d'offres » autre chose que, littéralement, un simple *appel* de la part de son auteur à ce que *d'autres* entreprennent de lui soumettre des offres pour l'exécution des travaux visés – une simple *invitation to treat* (« invitation à transiger ») –, offres qu'il se réserve donc naturellement le droit d'accepter, de refuser, ou même de carrément ignorer (puisque c'est là même la définition d'une offre), une telle « invitation » ne l'engageant à rien, en tant que tel, à tout le moins dans une perspective contractuelle²⁷.

Mais il faut bien comprendre que ce n'est pas la seule responsabilité contractuelle du donneur d'ouvrage qui était ainsi exclue. Tel que nous le

²⁵ Voir cependant l'excellente analyse de Robert Yalden soulignant que la phase précédant la formation d'un contrat principal s'accompagne souvent de la conclusion de nombreux « early-stage agreements », par lesquels les parties s'assurent du respect de certaines obligations rattachées au processus de négociation, notamment concernant la confidentialité, l'exclusivité et le maintien du statu quo (« standstill agreements »): Robert M. YALDEN, « New Perspectives on Good Faith in Contractual Negotiation », (2023) 67 *Can. Bus. L. J.* 165.

²⁶ À cet égard, les droits anglais et français des contrats sont relativement bien alignés. Le droit allemand se démarque cependant de l'un et l'autre, en ce qu'il prévoit, d'une part, que seules les propositions de contracter faites à une personne déterminée peuvent être qualifiées d'« offres » contractuelles proprement dites (F. FERRAND, préc., note 14, par. 255) et, d'autre part, que seule l'offre qui contient une mention expresse à cet effet ne lie pas son auteur (Steven A. MIRMINA, « A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, focusing on its origins in Roman, German, and French Law as well as Its Application in American Law », (1992) 8 *Connecticut J. of Int'l Law* 77, 79).

²⁷ *Harris v. Nickerson*, (1873) LR 8 QB 286, le juge Archibald à la p. 289: « This is an attempt on the part of the plaintiff to make a mere declaration of intention a binding contract. »; *Spence et al v. Harding et al*, (1870) LR 5 CP 561, le juge Willes à la p. 564: « It is a mere attempt to ascertain whether an offer can be obtained within such a margin as the sellers are willing to adopt. ». Le droit américain va dans le même sens: S. A. MIRMINA, *id.*, 78. Sur la question controversée de savoir si le droit anglo-canadien antérieur à *Ron Engineering* différait du droit anglais sur la question, voir R. B. PATTISON, « Overview of the Law of Bidding and Tendering », (2004) 83 *Can Bar Rev.* 715.

verrons maintenant, sa responsabilité extracontractuelle se voyait écartée du même coup, en tout cas en ce que celle-ci correspondrait au *tort law* anglais, équivalent approximatif de la responsabilité délictuelle de facture civiliste²⁸.

B. Les limites du recours extracontractuel

On notera d'emblée que la responsabilité « délictuelle » de common law (si tant est qu'on puisse même la qualifier ainsi) est, à la base, considérablement plus restreinte que sa contrepartie civiliste française fondée sur la « faute », notion abstraite pouvant prendre des formes aussi nombreuses que variées²⁹. De fait, les « délits » de la common law sont quant à eux étroitement circonscrits et, de surcroît, confinés à une liste close (*numerus clausus*) et quelque peu figée dans le temps³⁰ – rappelant, ici encore, le droit allemand³¹.

Surtout, la faute précontractuelle ne figure tout simplement pas sur cette liste de délits préétablis. Certes, on y trouvera le chef délictuel de l'action en *negligent misrepresentations* (« représentations trompeuses négligentes »), lequel pourrait à prime abord sembler utile pour sanctionner le genre de gestes répréhensibles qui sont couramment posés dans le cadre d'un appel d'offres. On aura tôt fait de découvrir, cependant, que cette action n'est, en réalité, disponible en principe qu'à l'égard de représentations fau-

²⁸ Y. CAMPAGNOLO, L. BÉLANGER-HARDY et A. GRENON (dir.), préc., note 6. Le droit privé anglais tirant son origine du *writ system*, toute forme d'action judiciaire tient davantage du droit procédural que du droit substantif et donc, ultimement, du droit public. C'est ce qui explique que la distinction entre les droits public et privé soit bien moins marquée du côté anglais qu'elle ne l'est sur le continent européen. Voir René DAVID et John E. C. BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World Today: An Introduction to the Comparative Study of Law*, 3^e éd., Toronto, Stevens, 1985, p. 81-83; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, par. 46.

²⁹ Henri MAZEAUD, Léon MAZEAUD et François CHABAS, *Leçons de droit civil*, 8^e éd. de François CHABAS, t. II, vol. 1, Paris, Montchrestien, 1991, par. 424 et suiv.; Jean-Louis BAUDOUIN, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1994, par. 106-108.

³⁰ Cette liste s'est, certes, quelque peu renflouée au fil du temps. Voir par exemple *Hedley Byrne & Co. Ltd. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465, qui marqua la naissance du chef délictuel de « *negligent misrepresentation* »; antérieurement à cette affaire, seules les représentations frauduleuses étaient passibles de sanction délictuelle : *Derry v. Peek*, 14 App. Cas. 337.

³¹ Voir F. FERRAND, préc., note 14, chap. 2 (« Le droit allemand des faits juridiques : La responsabilité civile délictuelle (*Deliktsrecht*) »), p. 365-444.

tives portant sur des états de fait existants (« ce cheval, que je m'apprête à vous livrer, est en bonne santé »), non pas sur des actions à venir (« je vais vous livrer un cheval en bonne santé »)³². Or, la plupart des représentations faites par l'entremise d'un document d'appel d'offres ou de proposition de contrat donnant lieu à litige tiennent de ces dernières (actions à venir concernant la façon dont le contrat sera adjudgé par le donneur d'ouvrage, le prix qui devra être payé par ce dernier, la possibilité pour le soumissionnaire de modifier sa proposition postérieurement à sa soumission, etc.).

D'autre part, quand bien même la faute précontractuelle figurerait sur la liste des délits justiciables du droit anglais, il s'ensuit de la discussion ci-dessus, concernant l'application de la conception objective du contrat dans le cadre de contrats écrits, que deux des conditions générales de la responsabilité délictuelle de common law seraient ici difficilement satisfaites, soit, celles de la faute et du lien de causalité³³. En ce qui concerne la faute, on notera d'abord qu'en common law celle-ci doit nécessairement impliquer un manquement à une *duty of care* (« devoir de diligence ») préalable entre les parties³⁴. Or, si on ne saurait exclure *a priori* la possibilité qu'un juge puisse voir la relation du donneur d'ouvrage au soumissionnaire comme étant de celles qui donnent lieu à un tel devoir mutuel, on ne saurait pas davantage la tenir pour acquise³⁵. En effet, les tribunaux anglais ont traditionnellement plutôt eu tendance à considérer que, s'agissant de parties déjà engagées dans un processus visant à conclure un contrat commun,

³² Cet exemple est tiré de Stephen M. WADDAMS, *The Law of Contracts*, Toronto, Canada Law Books Inc., 1999, p. 310-311. Waddams explique que le recours en garantie, fondé sur la *misrepresentation* portant sur un état de fait, était effectivement considéré, à l'origine, comme un recours délictuel : *id.*, p. 293. La plus célèbre illustration de cette distinction est sans doute celle offerte dans *Hedley Byrne*, préc., note 3030, p. 469. Dans cette affaire, l'état de fait en cause concernait la situation financière d'une société, dont le défendeur avait déclaré, sans vérifier outre mesure, qu'elle était une « [r]espectably constituted company, considered good for its ordinary business engagements ». Voir également *Westcom TV Group Ltd. c. CanWest Global Broadcasting Inc.*, [1997] 1 W.W.R. 761 (BCSC), où le juge Lowry confirme (à la p. 767) son interprétation de « misrepresentations » comme ne pouvant référer qu'à des « misrepresentations about the subject of the contract, not about the party's true intentions ». Voir cependant la critique de J. D. McCAMUS, préc., note 13, p. 155.

³³ Sur les conditions générales de la responsabilité délictuelle en common law, voir *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562.

³⁴ *Anns c. Merton LBC*, (1978) A.C. 728 ; *Home Office c. Dorset Yacht Co Ltd*, [1970] UKHL 2.

³⁵ *Hedley Byrne*, préc., note 3030, p. 470.

c'est à elles seules qu'il revient de convenir expressément de l'existence d'un devoir mutuel de diligence applicable à leur processus particulier, si tant est qu'elles le désirent, à défaut de quoi il conviendrait de conclure à son absence³⁶.

En outre, on voit mal comment, de façon plus générale, on pourrait seulement parler ici de *faute*, de représentations *fautives*, ou d'actes *répréhensibles*, s'agissant de faits et gestes dont les parties auraient tacitement convenu qu'ils doivent être dépourvus d'incidence juridique: comment considérer comme étant *fautif* l'acte de poser des gestes dont leurs auteurs se sont entendus qu'ils ne *compteraient pas*, sur le plan juridique³⁷ ?

Enfin, advenant même que de tels faits et gestes puissent être considérés comme se méritant le qualificatif de « fautifs », c'est le lien de causalité qui serait alors problématique, puisque, si on s'accorde avec la common law pour considérer que, dans tout contexte où les parties envisagent de conclure un contrat écrit, il serait déraisonnable pour celles-ci de se fier sur quoi que ce soit qui ait pu passer entre elles avant, après, ou en parallèle avec ce contrat écrit, tout dommage subi par l'une d'elles qui aurait fait fi de ce diktat – qui aurait, par exemple, encouru des frais sur la base de fausses représentations faites oralement par l'autre partie préalablement au contrat – devrait être considéré comme étant le fait de la victime, non pas celui de l'auteur des représentations. C'est donc le lien de cause à effet entre la faute et le dommage qui serait alors brisé³⁸.

En somme, il semble que le recours délictuel du droit anglais soit peine perdue pour ce qui est de sanctionner des faits et gestes répréhensibles posés dans le cadre d'un processus d'appel d'offres. Le chef délictuel justiciable préétabli le plus prometteur apparaissant sur la liste fermée, et très limitée, de la common law est celui de l'action en *negligent misrepresentations*, or celle-ci est inapplicable pour les fausses représentations portant

³⁶ *Tai Hing Cotton Mill Ltd c. Liu Chong Hing Bank Ltd.* [1985] 2 All E.R. 947, [1986] A.C. 80.

³⁷ Catherine VALCKE, « *Bhasin v. Hrynew*: Why a General Duty of Good Faith Would Be Out of Place in English Canadian Contract Law », (2019) 1 J. *Commonwealth Law* 1.

³⁸ Dans l'affaire *Hedley Byrne*, préc., note 3030, le tribunal a considéré que le lien de causalité avait été brisé du fait que le défendeur avait spécifié dans son rapport que celui-ci était « for your private use and without responsibility on the part of this bank or its officials », la présence de cette clause ayant exclu la possibilité que le prêteur puisse raisonnablement se fier sur son contenu pour accorder le prêt demandé.

sur des actions à venir. En outre, autant la faute que le lien causal posent problème dans le cadre de la conception objective du contrat, qui emporte que la partie qui se fierait sur des fausses représentations extracontractuelles faites par l'autre agirait à ses risques et périls.

Aucune possibilité de recours délictuel, donc, mais pas davantage de possibilité de recours fondé sur ce qui s'apparenterait à « la bonne foi » ou « l'abus de droit » du droit civil, la common law étant en fait connue pour sa traditionnelle méfiance à l'égard de telles notions³⁹. Force est d'admettre que la Cour suprême du Canada s'est, au cours des dernières années, appliquée à battre en brèche cette résistance, en tentant d'importer, au sein de la common law anglo-canadienne, certaines notions clés du droit civil québécois⁴⁰. Mais le succès de ces efforts reste à voir⁴¹. On peut en effet douter de la longévité de telles importations, puisque, selon certains, c'est l'écologie même de la common law – notamment, sa pierre angulaire de la conception objective du contrat – qui y serait réfractaire⁴². D'une part, comme la bonne foi évoque à prime abord l'état d'esprit de l'individu – ce qu'il savait, voulait, visait, espérait dans son for intérieur – elle tient davantage de la volonté interne, subjective, que de la volonté qui est manifestée objectivement⁴³. D'autre part, alors qu'en droit civil l'obligation de bonne foi survient pour compléter le contenu normatif relativement restreint du contrat en tant que volonté réelle des parties, on notera que le contenu normatif du contrat de common law est bien plus étoffé, de par sa qualité objective, puisqu'il correspond non pas tant à ce que les parties ont *réellement* voulu qu'à ce qu'elles auraient *pu*, voire même *dû*, prévoir et vouloir, au

³⁹ J. D. McCAMUS, préc., note 13, p. 153-159.

⁴⁰ *Bhasin c. Hrynew*, 2014 CSC 71 ; *CM Callow Inc. c. Zollinger*, 2020 CSC 45 ; *Wastech Services Ltd c. Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*, 2021 CSC 7.

⁴¹ Dans l'affaire *Bank of Montreal c. Javed*, (2016) 344 O.A.C. 237 (Ont. C.A.), la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que cette doctrine n'avait pas pour effet d'élargir le champ d'application de la défense d'*unconscionability* (refus du tribunal de mettre en œuvre un contrat résultant de l'exploitation, par une partie dominante, de l'exploitation de la vulnérabilité de l'autre des parties) : *Lloyds Bank Limited c. Bundy*, [1975] 1 Q.B. 326.

⁴² C. VALCKE, préc., note 37.

⁴³ Si tant est qu'on a soutenu que la notion de bonne foi comprenait une dimension objective (Brigitte LEFEBVRE, *La bonne foi dans la formation du contrat*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 114-117), elle se rapprocherait de la faute délictuelle, dont nous avons vu qu'elle n'a pas été d'une grande assistance au droit, pour ce qui est de sanctionner des actes répréhensibles posés par l'une ou l'autre des diverses parties à un appel d'offres.

regard de la loi, au vu de l'entreprise commune incarnée dans leur contrat⁴⁴. En vérité, le contrat de droit anglais est tellement lourd de contenu normatif intrinsèque que les juges anglais n'ont que très rarement eu besoin d'en dépasser le cadre pour disposer de litiges le concernant. C'est dire que des notions telles la bonne foi ou l'abus de droit, extrinsèques au contrat et donc imposées aux parties par la loi, leur sont, dans la grande majorité des cas, tout simplement inutiles.

De fait, la plupart des litiges contractuels qui se voient réglés, en droit civil, par référence aux doctrines de la bonne foi ou de l'abus de droit sont traités, par le juge anglais, comme de simples questions d'interprétation du contrat⁴⁵. Celle-ci dénote en effet, en droit anglais, un exercice herméneutique très large, allant bien au-delà du simple décodage d'une quelconque volonté empirique, auquel il a davantage tendance à se limiter en droit civil. Tel que nous l'avons déjà évoqué, l'interprétation du contrat emprunte couramment un ton normatif, versant aisément dans la reconstitution, par le tribunal, du contrat que les parties auraient *idéalement* conclu, étant donnés leurs objectifs communs, les juges ne se gênant guère pour relever, notamment, de nombreuses stipulations contractuelles implicites, ou pour adopter une vision quelque peu élastique de l'objet du contrat⁴⁶. À tel point que l'un des plus grands juges anglais en est venu à accuser ouvertement ses collègues de se cacher derrière l'« arme secrète » (« *secret weapon* ») de l'interprétation contractuelle pour éviter d'admettre que telle ou telle règle, non envisagée par les parties elles-mêmes, puisse s'imposer à celles-ci de l'extérieur, heurtant ainsi de plein fouet les valeurs individualistes anglaises⁴⁷.

Mais faut-il encore qu'il y ait contrat pour que le processus de son interprétation, si large et malléable soit-il, puisse même être déclenché : sans contrat, il ne peut y avoir de clauses contractuelles, de quelque nature que ce soit ! Si, donc, le libre recours aux clauses implicites du juge anglais laisse entrevoir la possibilité que des obligations s'apparentant à celle du respect de la bonne foi soient imposées aux parties sans devoir pour autant sortir du cadre contractuel, ces obligations ne sauraient intervenir en phase pré-

⁴⁴ Pour un argument détaillé à cet effet, voir C. VALCKE, *préc.*, note 6.

⁴⁵ « The English do through implied terms what the French do through rules. » : Barry NICHOLAS, *The French Law of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 48-49. Pour un exemple récent, voir l'affaire *Tesco*, *préc.*, note 13.

⁴⁶ B. NICHOLAS, *id.*

⁴⁷ Lord Denning, dans *George Mitchell Ltd c. Finney Lock Seeds Ltd*, [1983] Q.B. 284 (C.A.).

contractuelle, soit, *avant même* qu'un tel cadre ne vienne à exister. Or, l'invitation à contracter est, redisons-le, *précontractuelle* par définition.

C'est dire que l'espace juridique non contractuel est, s'agissant de bonne foi et d'abus de droit, tout aussi réduit, en comparaison de sa contrepartie civiliste, qu'il ne l'est s'agissant de responsabilité délictuelle. En somme, si tant est qu'il pourrait même y avoir « faute » dans le cadre de l'attribution d'un contrat par appel d'offres, une faute qui serait dès lors *précontractuelle*, il est fort peu probable qu'une telle faute puisse être sanctionnée, en common law, par la voie de la responsabilité délictuelle ou d'une quelconque responsabilité légale s'apparentant à la bonne foi ou à l'abus de droit.

Enfin, qu'en est-il de l'*Equity*? On se souviendra que la *Chancellor's Court*, dont est issue la juridiction anglaise de l'*Equity*, a été constituée au 14^e siècle à titre de juridiction d'exception, concurrente à celle de la common law des cours royales, précisément dans le but de répondre à ce genre de problèmes, c'est-à-dire, pour que justice soit rendue là où la rigidité de la *Common Law* l'en empêcherait⁴⁸. C'est donc par la voie détournée de l'*Equity* qu'aurait pu s'immiscer, au sein du droit anglais, tout ce qui pourrait s'apparenter à des exigences liées à la bonne foi de facture civiliste. Cela, à tout le moins sur le plan institutionnel; encore aurait-il fallu que les juges anglais soient disposés à saisir cette occasion, ce qu'ils ont négligé de faire⁴⁹.

Le principal outil mis à leur disposition par l'*Equity* fut bien sûr l'*estoppel*, institution phare du droit anglais, tributaire du pouvoir discrétionnaire inhérent des juges en matière d'administration judiciaire. L'*estoppel* visait au départ à faire taire (« *to estop* ») toute partie à un litige dont le comportement était considéré comme étant, pour une raison ou une autre, indigne d'un individu s'adressant à une cour de justice⁵⁰. Comme la raison d'être de la juridiction d'*Equity* était de faire contrepoids à la rigueur de la *Common Law*, son administration était à l'origine laissée à la discrétion de l'officier de justice, celui-ci n'étant lié par nulle règle préétablie outre son

⁴⁸ Sur la relation entre les juridictions d'*Equity* et de droit commun en droit anglais, voir Wesley HOHFELD, « The Relations Between Equity and Law », (1913) 11 *Mich. L. Rev.* 537.

⁴⁹ S. M. WADDAMS, préc., note 13, par. 17.

⁵⁰ Selon l'expression anglaise, seuls les individus « aux mains propres » (*with clean hands*) pouvaient être entendus par une cour de justice. Pour un ouvrage général sur l'*estoppel*, voir Elizabeth COOKE, *The Modern Law of Estoppel*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

jugement « en conscience ». Pourtant, la sempiternelle frilosité anglaise à l'égard de tout ce qui pourrait s'apparenter à de l'arbitraire judiciaire⁵¹ a eu tôt fait de prendre le dessus, de sorte que le terrain d'application de l'*estoppel*, qui se voulait à l'origine très vaste, a bien vite, comme ce fut le cas pour la plupart des institutions de l'*Equity*⁵², fondu comme neige au soleil, laissant dans sa foulée une autre de ces maigres listes closes de chefs bien définis, dont la justiciabilité est conditionnée par une foule d'exigences très strictes. Certes, parmi ces chefs on retrouvera le « *promissory estoppel* », dont l'objet premier était justement de protéger les attentes légitimes des récipiendaires de « promesses » dépourvues de *consideration* – et donc de promesses non contractuelles à proprement parler –, mais dont le contexte avait raisonnablement pu laisser croire que leurs auteurs entendaient qu'elles soient prises au sérieux.

Ici encore les chances de succès d'un recours éventuel seraient pour le moins limitées, cependant, quand bien même l'invitation à contracter émise par appel d'offres pourrait être qualifiée de « promesse » d'adjuger le contrat conformément aux modalités y énoncées. En effet, l'une des nombreuses exigences venues se rattacher au recours en *promissory estoppel* au fil du temps concerne la présence d'une quelconque relation juridique préalable entre les parties⁵³, relation dont il n'y aurait aucune raison de présumer qu'elle existe d'office entre le donneur d'ouvrage et le soumissionnaire, préalablement à l'appel d'offres en cause. En outre, une seconde exigence, tout aussi problématique ici, prévoit que le *promissory estoppel* doit être invoqué en réponse à une réclamation contractuelle de la partie adverse ; il ne saurait fonder un recours contractuel autonome. En d'autres termes, il doit servir de « bouclier » (*shield*), pour se défendre, non pas « d'épée » (*sword*),

⁵¹ Cette frilosité fut cristallisée dans la célèbre « règle du précédent », selon laquelle le juge rendant jugement dans une cause nouvelle est lié par toute décision judiciaire antérieure applicable aux mêmes faits. L'absence de règle de précédent dans la juridiction d'*Equity* avait fait l'objet de vives critiques, notamment celle selon laquelle les conclusions des juges y étaient déterminées par la longueur de pied du Chancellor (« the length of the Chancellor's foot ») : J. H. LANGBEIN, R. LETTOW LERNER et B. P. SMITH, préc., note 11, à la p. 316.

⁵² Eric DESCHEEMAER, « La question de la fusion de la common law et de l'*equity* en droit anglais. À propos de l'ouvrage *Equity* de Sarah Worthington », (2007) 41 R.J.T. 631, 647.

⁵³ *Hughes c. Metropolitan Railway Co*, (1877) 2 App. Cas. 439 ; *Canadian Superior Oil Ltd. c. Paddon-Hughes Development Co. Ltd.*, [1970] R.C.S. 932 ; *Co-operative Trust Co. of Canada and Atlantic Steel Buildings (Re)*, (1982) 134 D.L.R. (3d) 316 (C.A.).

pour attaquer⁵⁴. Et si l'une et l'autre de ces deux exigences ont été remises en question dans certaines juridictions anglo-saxonnes, elles demeurent solidement implantées en sol canadien⁵⁵.

Il y a dès lors tout lieu de conclure qu'un recours en *Equity* serait de peu d'assistance aux soumissionnaires ou au donneur d'ouvrage lésés dans le cadre d'un processus d'appel d'offres.

C. L'opportun recours contractuel sous *Ron Engineering*

Dans ce contexte, on comprendra aisément que les tribunaux anglo-canadiens aient pu vouloir recourir au contrat – le plus puissant des outils figurant dans leur arsenal de droit privé – pour venir en aide aux parties lésées dans le cadre d'un processus d'appel d'offres⁵⁶. Ainsi, le changement opéré par *Ron Engineering* aura été de faire que – n'en déplaise à la grande majorité des donneurs d'ouvrage procédant par appel d'offres⁵⁷ – leur invitation à se faire

⁵⁴ *Combe c. Combe*, [1951] 2 K.B. 215 (C.A.); *Gilbert Steel Ltd c. University Construction Ltd*, (1976) 67 D.L.R. (3d) 606 (Ont. C.A.), à la p. 610.

⁵⁵ Pour la Nouvelle-Zélande, voir *Burberry Mortgage Finance & Savings Ltd. c. Hindsbank Holdings Ltd.*, [1989] 1 N.Z.L.R. 356 (C.A.). Pour l'Australie, voir *Waltons Stores (Interstate) Ltd. c. Maher*, (1988) 164 C.L.R. 387, affaire dans laquelle les juges abandonnent la distinction *shield / sword*, permettant ainsi le *promissory estoppel* fondant un recours principal. Pour les États-Unis, voir §90 du *Restatement of the Law Second, Contracts 2d* (1981) (« A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires. ») Un tribunal canadien a cependant réaffirmé l'importance de la distinction *shield / sword* en droit canadien : *N.M. c. A.T.A.*, (2003) 13 B.C.L.R. (4th) 73 (C.A.). Les autres conditions d'application du *promissory estoppel*, quant à elles facilement satisfaites dans le cadre d'un processus d'appel d'offres, sont (3) que la promesse ait été faite avec l'intention de créer des attentes chez son / ses destinataire(s); et que ce(s) destinataire(s) ai(en)t agi (4) sur la foi de la promesse et (5) équitablement : *Hughes c. Metropolitan Railway Co*, préc., note 53; *Owen Sound Public Library Board c. Mial Developments Ltd*, (1979) 102 D.L.R. (3d) 685 (Ont. C.A.).

⁵⁶ Ceci est également vrai des individus qui recourront plus naturellement au contrat, en common law comparé à en droit civil, pour protéger leurs attentes dans le cadre de négociations contractuelles. Voir R. M. YALDEN, préc., note 25.

⁵⁷ Noah Arshinoff rapporte qu'en pratique, depuis le jugement de la Cour suprême dans *Ron Engineering*, la très grande majorité des donneurs d'ouvrage prennent soin de se dégager de toute responsabilité contractuelle envers les soumissionnaires, quant aux représentations faites dans leur appel d'offres, en y incluant une clause expresse selon

soumettre des offres pour l'exécution des ouvrages en question puisse, malgré son libellé⁵⁸, représenter davantage qu'une simple « invitation » à transiger (*invitation to treat*) dénuée d'incidence juridique intrinsèque⁵⁹; elle pourrait très bien elle-même constituer plutôt une offre en bonne et due forme, concernant le mode d'adjudication du contrat d'exécution de l'ouvrage envisagé par son auteur, laquelle lierait celui-ci contractuellement aux divers soumissionnaires, dès lors que ces derniers l'auraient acceptée et procuré en retour une quelconque contrepartie. C'est dire qu'en l'absence de vice de consentement ou de violation de l'ordre public, l'appel d'offres, en tant que tel, pourrait désormais fonder un premier contrat (ledit « contrat A ») entre le donneur d'ouvrage et l'ensemble des soumissionnaires, distinct et antérieur au « contrat B », qui interviendrait ensuite, le cas échéant, entre le donneur d'ouvrage et l'unique soumissionnaire gagnant, pour régir l'exécution de l'ouvrage ou la fourniture des services désirés.

Il convient cependant de préciser davantage chacun des éléments de ce contrat A. En ce qui concerne l'offre, tout d'abord, il faut souligner qu'on ne saurait tenir pour acquis que *tout* appel d'offres, quel qu'il soit, constitue nécessairement une offre de contracter, donnant donc lieu à un contrat dès lors qu'elle est considérée comme étant acceptée. Tel que l'a fort justement fait remarquer la Cour suprême dans *MJB Enterprise c. Défense Construction*⁶⁰, affaire rendue subséquemment à *Ron Engineering*, la qualification de l'appel d'offres demeure une question de faits, laissée à l'appréciation du tribunal, au même titre que l'est toute proposition dont il est allégué devant un tribunal qu'elle constitue une offre. Les propos du juge Iacobucci à cet effet sont sans équivoque:

The submissions of the parties in the present appeal appear to suggest that *Ron Engineering* stands for the proposition that Contract A is always formed

laquelle cet appel ne saurait constituer une « offre » proprement dite, dont l'acceptation par les soumissionnaires aurait pour effet de constituer un contrat A, au sens de cette affaire (conversation privée lors du *Colloque sur les marchés publics*, tenu à l'Université de Montréal le 31 mai 2024). C'est dire le schisme qui sépare, dans un tel contexte, la véritable intention des parties de l'intention qui leur est objectivement attribuée par le droit!

⁵⁸ Et malgré l'adage *expressio unius est exclusio alterius*!

⁵⁹ Sur la question de savoir si l'offre, davantage que la simple invitation à transiger, constitue un acte juridique au sens du droit civil, voir Didier LLUELLES et Benoît MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, par. 327-328.

⁶⁰ *M.J.B. Enterprises Ltd. c. Construction de Défense (1951) Ltée*, [1999] 1 R.C.S. 619, 170 D.L.R. (4th) 577.

upon the submission of a tender [...]; indeed, most lower courts have interpreted *Ron Engineering* in this manner. There are certainly many statements in *Ron Engineering* that support this view. However, other passages suggest that [Estey J.'s] analysis was in fact rooted in the terms and conditions of the tender call at issue in that case [...]. Therefore it is always possible that Contract A does not arise upon the submission of a tender [...] this depending upon the terms and conditions of the tender call. To the extent that *Ron Engineering* suggests otherwise, I decline to follow it.⁶¹

Ainsi reviendra-t-il au tribunal de déterminer, dans chaque cas, si l'appel d'offres en l'espèce est suffisamment complet et précis pour qu'un soumissionnaire raisonnable puisse y voir une intention ferme de contracter de la part de son auteur⁶². Ce rappel à l'ordre de la Cour est fort heureux, puisqu'elle se trouve à réitérer la définition de principe de l'offre de contracter solidement établie en common law, de même qu'en droit civil, les deux droits étant étroitement alignés sur ce point⁶³.

Pour ce qui est de l'acceptation, elle serait ici tacite, puisqu'elle résiderait dans l'acte du soumissionnaire de déposer sa soumission après avoir pris connaissance des termes de l'appel d'offres⁶⁴. Cela semble tomber sous le sens : un tel soumissionnaire serait bien mal venu de tenter de convaincre un tribunal qu'il n'entendait pas, par ce geste, se conformer aux termes de l'appel d'offres, ou qu'il entendait se conformer à des termes différents. Ni l'offre ni l'acceptation ne pose ici problème, dès lors.

⁶¹ *Id.*, par. 17.

⁶² Même l'affirmation selon laquelle *Ron Engineering* aurait établi une simple présomption de faits voulant qu'un appel d'offre constitue une offre de contracter paraît aller trop loin ; la seule chose qui puisse être ici affirmée avec certitude est que le tribunal a jugé que les faits justifiaient la conclusion que l'appel d'offres en l'espèce constituait une offre de contracter.

⁶³ Voir note 24. On comparera, d'une part, la position du droit anglais sur la question, décrite par Corbin (Arthur L. CORBIN, *Corbin on Contracts*, St Paul (Minn.), West Publishings, 1952, §11 : « An offer is an expression by one party of his assent to certain definitive terms, provided that the other party involved in the bargaining transaction will likewise express his assent to the identically same terms. [...] It must be an ace that leads the offeree reasonably to believe that a power to create a contract is conferred upon him. »), avec, d'autre part, le texte de l'article 1388 C.c.Q. (« Est une offre de contracter, la proposition qui comporte tous les éléments essentiels du contrat envisagé et qui indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. »)

⁶⁴ « In submitting its tender, the appellant accepted this offer [contained in the call for tenders]. » : *MJB Enterprise*, préc., note 60, par. 23.

C'est davantage en ce qui concerne l'exigence de la *consideration* que les juges ont dû faire preuve d'imagination. Si on peut aisément concevoir que les soumissionnaires s'engagent à se conformer aux termes de l'appel d'offres (notamment concernant l'impossibilité de modifier leur soumission après son dépôt, qui était au cœur du débat dans *Ron Engineering*) en échange de la chance d'être sélectionné pour le contrat B, la contrepartie consentie par les soumissionnaires est moins claire. Certes, chaque nouvelle proposition de contrat B mise de l'avant par un soumissionnaire élargit d'autant l'éventail des choix ouverts au donneur d'ouvrage pour en arriver à obtenir l'exécution de cet ouvrage, ce qui n'est pas sans constituer un bénéfice certain pour ce dernier. On pourrait donc considérer que c'est en échange de ce bénéfice que le donneur d'ouvrage s'est engagé, envers les soumissionnaires, à se conformer aux diverses stipulations contenues dans l'appel d'offres. Alternativement, et de façon plus abstraite, on pourrait même considérer que le donneur d'ouvrage et les soumissionnaires se sont engagés réciproquement à se conformer aux règles apparaissant dans l'appel d'offres, c'est-à-dire que chacun a pris cet engagement en échange de ce que l'autre fasse de même. En effet, la common law a longtemps reconnu que les promesses mutuelles constituent des contreparties valables, pour fins de satisfaction de l'exigence contractuelle de la *consideration*⁶⁵.

Mais ni l'un ni l'autre de ces deux arguments concernant la *consideration* ne fut retenu par la Cour dans *Ron Engineering*. Le juge Estey en formula plutôt un troisième, selon lequel la promesse du donneur d'ouvrage, en l'occurrence le gouvernement de l'Ontario, de se conformer aux règles d'attribution du contrat B formulées dans le document d'appel d'offres aurait été donnée aux soumissionnaires en échange du travail, de l'énergie, des ressources qu'ils allaient investir, le cas échéant, dans la production et le dépôt de leurs soumissions respectives. Réciproquement, les soumissionnaires auraient entrepris d'engager ces investissements en contrepartie des promesses du gouvernement formulées dans l'appel d'offres⁶⁶. Il y aurait

⁶⁵ *Thorp c. Thorp*, (1702) 12 Mod. 455, 88 E.R. 1448 (K.B.); *Harrison c. Cage*, (1698) 5 Mod. 411, 87 E.R. 736 (K.B.); *Nichols c. Raynbred*, (1615) Hobart 88, 80 E.R. 88 (K.B.).

⁶⁶ Dans *MJB Enterprise*, préc., note 6060, la défenderesse avait prétendu que les soumissionnaires avaient effectué ces investissements, non pas sur la foi, et en échange, des représentations apparaissant dans l'appel d'offres, mais en toute conscience du fait qu'ils seraient perdus si leur soumission n'était pas choisie, bref, à leurs risques et périls. Si cette prétention était avérée, les dépenses encourues par les soumissionnaires dans la production de leurs soumissions respectives ne pourraient être rattachées aux engagements du gouvernement, et ces engagements, n'étant dès lors soutenus par aucune

donc bel et bien ici échange, un marché conclu entre et par les parties, peu importe que celui-ci puisse par ailleurs se qualifier de « *bilateral* » ou d'« *unilateral* » au sens de la common law⁶⁷.

II. L'appel d'offres en droit civil québécois

Le civiliste averti aura d'ores et déjà compris, de la seule lecture de ce qui précède, que les raisons qui ont poussé les tribunaux anglo-canadiens

consideration de la part des soumissionnaires, il n'y aurait eu aucun échange ou marché, mais simplement des engagements et agissements unilatéraux de chaque côté, indépendants les uns des autres, de chaque côté.

⁶⁷ Quoique le juge Estey ait suggéré que le contrat A était un « *unilateral contract* », cette qualification a fait l'objet de vives critiques, quant à nous entièrement justifiées. Voir G. H. L. FRIDMAN, « *Tendering Problems* », (1987) 66 *Can. Bar Rev.* 582, 591 ; Joost BLOM, « *Mistaken Bids: The Queen in Right of Ontario v. Ron Engineering & Construction Eastern Ltd.* », (1981-82) 6 *Can. Bus. L.J.* 80, 91. Alors qu'en droit civil, le contrat « unilatéral », défini comme celui qui fait naître des obligations à la charge d'une seule des deux parties (art. 1380 C.c.Q.), comprend plusieurs sous-catégories de contrats, notamment, le prêt, le dépôt et le gage – contrats dits « réels », en ce que leur « formation est subordonnée à la remise de la chose » (J. PINEAU *et al.*, préc., note 22, par. 129) –, de même que les contrats à titre gratuit (vg. la donation), le bassin des « *unilateral contracts* » de common law est plus restreint, ne fût-ce que parce que l'exigence de la *consideration* a pour effet que tout accord à titre gratuit ne puisse même se qualifier de « contrat ». En conséquence, les « *unilateral contracts* » de la common law se limitent aux accords formés sur le modèle du contrat réel de droit civil, soit, ceux « where the same act is at once sufficient for both acceptance and performance » (le juge Isaacs dans *Crown c. Clarke*, (1927) 40 C.L.R. 227 (Aus. H.C.)). C'est dire qu'en common law, alors que tous les *unilateral contracts* sont nécessairement des contrats impliquant une offre acceptée par un geste, il ne s'ensuit aucunement que les contrats impliquant une offre acceptée par l'accomplissement d'un geste soient tous des *unilateral contracts*. En effet, c'est bien par un geste – celui de déposer une soumission – que les soumissionnaires acceptent ici l'offre du donneur d'ouvrage contenue dans son document d'appel d'offres, mais on ne saurait pour autant qualifier le contrat A d'« unilatéral » (au sens de la common law) – n'en déplaise au juge Estey –, puisque ce même geste ne représente pas la pleine performance des obligations contractuelles des soumissionnaires, ceux-ci demeurant tenus de respecter les autres termes de l'appel d'offres (non-modification de la soumission subséquemment à son dépôt, conclusion du contrat B si sélectionné, etc.). En revanche, le geste d'insérer une pièce de monnaie dans une distributrice à friandises a bien pour effet de conclure un contrat unilatéral avec la compagnie distributrice, puisque, par ce seul geste, l'acheteur exprime son acceptation de l'offre de cette dernière, en même temps qu'il s'acquitte de toutes les obligations ainsi contractées envers elle. Voir *Carlill c. Carbolic Smoke Ball Company*, [1893] 1 Q.B. 256 (C.A.).

à analyser le processus d'appel d'offres comme comportant une succession de deux contrats ne trouvent nullement application en droit civil québécois.

A. La conception subjective du contrat

Contrairement à la common law, le droit civil⁶⁸ a eu tendance à endosser une conception subjective du contrat, comme émanant de la volonté réelle des parties⁶⁹, conception qui irradie les droits des obligations civilistes et explique que ces systèmes puissent avoir adopté des positions diamétralement opposées à celles de la common law sur de nombreuses questions, notamment en matière de preuve, d'erreur dans le consentement, d'imprévision et de sanction de l'inexécution contractuelle. Cette étude comparative ayant été détaillée ailleurs⁷⁰, on se limitera à rappeler ici sommairement que, dès lors que le consentement des parties se limite à ce qu'elles ont réellement prévu ou pu prévoir, on ne saurait leur prêter une quelconque intention concernant des questions dont il est clair qu'elles sont difficilement envisageables au moment de la formation d'un contrat. Les personnes qui entreprennent de contracter visent d'abord l'obtention de telle ou telle prestation désirée, et s'encombreront rarement, dès lors, de négociations portant sur des scénarios hypothétiques périphériques à cet objet, concernant, par exemple, la procédure à suivre en cas de problèmes dans la conclusion ou dans l'exécution de leur contrat; elles auront plutôt tendance à présumer de l'absence de tels problèmes, pour concentrer leurs énergies sur la description de ce qui est attendu de l'autre partie. En particulier, il sera rarement question de prévoir l'effet que devrait avoir, sur la validité ou la mise en œuvre du contrat, une erreur commise par l'une ou l'autre des parties au moment de sa formation, ou un important changement de circonstances qui aurait lieu ultérieurement; ne sera pas davantage envisagée la question de l'allocation entre les parties du risque que survienne de tels problèmes, ou celle de la sanction qui devrait être imposée, le cas échéant.

⁶⁸ Quoiqu'il y ait peut-être lieu de nuancer quelque peu cette affirmation concernant le droit québécois, tel qu'il est indiqué ci-dessus (note 14), il n'en reste pas moins que l'écart entre ce dernier et le droit de common law est infiniment plus grand que celui qui le sépare du droit français, lequel demeure, au final, marginal.

⁶⁹ William BARNES, « The French Subjective Theory of Contract: Separating Rhetoric from Reality », (2008) *Tul. L. Rev.* 359.

⁷⁰ C. VALCKE, préc., note 6; Catherine VALCKE, « Les différentes configurations de l'espace juridique contractuel en droit français et en droit anglais », (2015) 7 *Droit et philosophie – Annuaire de l'Institut Michel Villey* 47.

En conséquence, il n'y aura pas lieu pour le juge civiliste de rechercher la solution à ces diverses questions dans un quelconque contenu contractuel même implicite, attribuable aux parties seulement de façon alambiquée, par la voie d'exercices herméneutiques tenant de la haute voltige. Au lieu de cela, le litige devra être résolu par appel aux nombreuses règles que le droit civil a échafaudées en *parallèle* au consentement des parties – règles légales, non pas conventionnelles –, précisément parce qu'elles ne sauraient être dérivées de la maigre ressource que constitue ce consentement, du côté civiliste⁷¹.

B. L'éventail des possibilités extracontractuelles

Les plus importantes de ces règles non conventionnelles sont probablement celles que nous avons évoquées concernant la responsabilité civile délictuelle. Alors que la common law n'a eu d'autre choix, nous l'avons vu, que de recourir à d'astucieuses contorsions de son régime contractuel pour parvenir à protéger adéquatement les parties en cours de négociations précontractuelles, c'est dans la responsabilité délictuelle que le juge civiliste a longtemps puisé le matériel nécessaire. Étant donné la notion abstraite de faute initialement codifiée à l'article 1382 du *Code Napoléon* de 1804, et reprise dans le *Code civil du Québec* autant que dans le *Code civil* français de 2016⁷², une reconnaissance de principe de la possibilité de sanctionner la faute précontractuelle n'était nullement nécessaire, à tout le moins pas en droit civil français : toute situation de faits cadrant avec une telle sanction se la méritait, peu importe le contexte en cause, qu'il s'agisse ou non de négociations précontractuelles. Tel n'était cependant pas le cas du droit allemand, pour lequel la faute précontractuelle ne pouvait, nous l'avons vu, être sanctionnée sans avoir préalablement été légalement reconnue comme un chef délictuel sanctionnable. Or, Rudolph von Ihering se chargea de cette reconnaissance dans le cadre de ses célèbres travaux sur la *culpa in contrahendo* (« faute dans le processus de négociation »)⁷³, doctrine du droit romain selon laquelle « une partie à des pourparlers contractuels, dont le comportement répréhensible aurait empêché la conclusion du contrat envisagé, se devait

⁷¹ Sur l'épineuse question de la nature – légale ou conventionnelle – des articles du Code constituant les divers contrats nommés, voir J. PINEAU *et al.*, préc., note 22, par. 861-867.

⁷² Aux articles 1457 C.c.Q. et 1240 C.c.fr.

⁷³ Rudolf VON IHERING, 4 *Jahrbucher for die Dogmatik des Heutigen Romischen und Deutschen Privatrechts* I (1861).

de compenser l'autre partie pour toute dépense investie par elle en préparation de ce contrat »⁷⁴. Que l'on se situe en droit français, québécois ou allemand, dès lors, il ne fait aucun doute que l'auteur d'un appel d'offres qui dérogerait aux règles d'attribution d'un contrat d'ouvrage énoncées dans son document d'appel d'offres engagerait, envers les soumissionnaires déçus, sa responsabilité délictuelle pour les sommes investies par eux dans la production et le dépôt de leurs soumissions respectives. En effet, il ne fait aucun doute qu'une telle dérogation puisse constituer une « faute », passible de compensation pour le préjudice subi en résultant, au sens de l'article 1457 C.c.Q.

Les règles concernant la bonne foi et l'abus de droit vont dans le même sens⁷⁵. S'il ne fait aucun doute que la dérogation du donneur d'ouvrage à ses propres règles quant à l'attribution du contrat d'ouvrage constituerait une « faute » au sens de l'article 1457 C.c.Q., il n'en fait pas davantage que cette même dérogation constituerait également un manque de bonne foi et un abus de droit, au sens des articles 6 et 1375 C.c.Q. En outre, ce dernier article établit, désormais clairement, que l'obligation de se conformer aux exigences de la bonne foi sévit « tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction ». Préalablement à l'adoption du *Code civil du Québec*, la responsabilité délictuelle du donneur d'ouvrage était, certes, tout aussi bien établie sous l'ancien article 1053 C.c.B.C., mais il pouvait subsister un doute quant à l'applicabilité de l'obligation de la bonne foi en dehors du cadre contractuel⁷⁶. Ce doute est dorénavant éliminé, mais le débat perdure quant à la nature de la responsabilité découlant du manquement à cette obligation : contractuelle, si les règles de l'appel d'offres peuvent être vues comme constituant une forme d'« avant-contrat » ; délictuelle, ou même seulement légale, dans le cas contraire ?

⁷⁴ S. A. MIRMINA, préc., note 26, à la p. 77 (notre traduction).

⁷⁵ Le *jus commune*, à l'origine de tous les systèmes civilistes européens, étant lui-même issu de la fusion médiévale des droits romain et canonique (Alan WATSON, *The Making of the Civil Law*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1981, à la p. 88), il n'est pas question, en droit civil contrairement au droit anglo-saxon, d'une quelconque juridiction d'Équité, qui serait distincte du droit de principe. Depuis cette fusion historique, le droit civil se targue en effet de ce que l'ensemble de son droit de principe est empreint d'équité de part en part, tel qu'en atteste le fait que l'exigence de la bonne foi puisse s'y être imposée à titre de principe général, plutôt que de simple exception.

⁷⁶ *Banque nationale du Canada c. Soucisse*, [1981] 2 R.C.S. 339 ; *Houle c. Banque canadienne nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122.

À tout événement, l'incidence pratique de cette qualification demeure négligeable puisque l'incertaine ligne de démarcation tracée par le droit civil⁷⁷ entre les domaines délictuel et contractuel fait en sorte que le montant des dommages qui seront exigés du donneur d'ouvrage ne variera pas selon que la réclamation du soumissionnaire lésé soit délictuelle, légale ou contractuelle; dans tous les cas, la compensation ordonnée par le juge correspondra au préjudice réellement subi par le soumissionnaire, cette détermination demeurant une question de faits dans chaque cas⁷⁸. Le contraste avec la common law est ici frappant, puisque cette dernière rattache aux responsabilités contractuelle et délictuelle, historiquement issues de *writs* distincts, des formes différentes de compensation, la première correspondant au paiement d'*expectation damages* (le manque à gagner de l'occasion perdue); la seconde se limitant au paiement des seuls *reliance damages* (la diminution de valeur véritablement subie, ou *Negative Interesse* en droit allemand)⁷⁹. Outre cette différence dans le calcul de leurs montants, il s'ensuit de la qualification contractuelle ou extracontractuelle des dommages que différentes règles leur seront applicables concernant, notamment, la compensation du préjudice indirect ou l'octroi de dommages-intérêts punitifs⁸⁰.

C'est dire que si le recours contractuel des parties lésées dans le cadre d'un appel d'offres se révélait déterminant en common law – en ce qui concerne autant la possibilité que la forme d'une compensation –, ce même recours n'était nullement nécessaire en droit civil québécois, dont les recours extracontractuels possibles ont toujours été amplement suffisants pour assurer la pleine protection des intérêts des parties à un appel d'offres.

⁷⁷ Pour un argument à l'effet qu'en droit civil, la responsabilité contractuelle constituerait une forme particulière de responsabilité délictuelle, voir J. PINEAU *et al.*, préc., note 22, par. 1622.

⁷⁸ Les articles 1457 et 1458 C.c.Q., traitant respectivement de responsabilité civile générale et contractuelle, réduisent tous deux l'obligation résultant de ces responsabilités à celle de «réparer le préjudice causé», sans autre forme de précision.

⁷⁹ *Hawkins v. McGee*, 84 NH 114, 146 A 641 (1929). Pour un aperçu général, voir Lon FULLER et William PERDUE, «The Reliance Interest in Contract Damages», (1936) 46 *Yale L.J.* 52.

⁸⁰ Concernant le dommage indirect, la responsabilité de l'auteur du dommage est plus étendue en *torts* qu'en *contracts*: *Koufos c. Czarnikow, Ltd (The Heron II)*, [1969] 1 A.C. 350 (H.L.). De même, l'octroi de dommages punitifs est moins fréquent, voire carrément exceptionnel, dans le cadre de litiges contractuels: *Whiten v. Pilot Ins. Co.*, [2002] 1 R.C.S. 595.

C. L'inopportun recours contractuel sous *Ron Engineering*

Non seulement le recours contractuel des soumissionnaires lésés contre le donneur d'ouvrage, établi depuis la transposition de *Ron Engineering* en droit civil québécois, était-il inutile, mais il y a lieu de craindre qu'il ne se révèle délétère pour la cohérence interne de ce droit – et donc, ultimement, pour la notion même d'État de droit⁸¹.

On se contentera de faire ici deux observations. La première concerne un important avantage socioéconomique propre à la conception subjective du contrat, soit, qu'elle permette l'alignement de la règle contractuelle avec les attentes réelles des acteurs sur le terrain, avantage dont le Québec aura été privé du fait de l'emprunt irréfléchi, par ses juges, de l'analyse objectiviste « contrat A/contrat B » de la common law. La seconde a trait à la confusion générée par la difficile articulation de ce « contrat A » dans le cadre de l'analyse plus fine, parce qu'ajustée aux différents rôles en présence, proposée par les institutions contractuelles québécoises préexistantes, notamment, la promesse de contrat de l'article 1396 C.c.Q.

Il faut d'abord savoir en effet que si la conception contractuelle objectiviste de la common law s'est révélée un instrument inestimable dans l'atteinte des objectifs de justice et d'équité dont le droit civil s'acquitte par l'entremise des notions de faute, de bonne foi et d'abus de droit, elle n'est pas sans présenter son lot de désavantages. Le principal d'entre eux est probablement sa tendance à provoquer un décalage entre les normes juridiques et les attentes socioéconomiques des acteurs sur le terrain. Dans l'affaire *WN Hillas Co. c. Arcos*, le juge Wright invoqua la nécessité d'aligner les règles de droit avec les attentes informelles des citoyens pour assouplir la règle préalable, selon laquelle seules les ententes individuelles présentant un très haut degré de précision et de complétude pouvaient être qualifiées de contractuelles⁸². Le caractère hautement contre-intuitif de cette règle avait

⁸¹ Pour une analyse détaillée de l'importance de la cohérence juridique dans un État de droit, voir Gerald J. POSTEMA, *Law's Rule: The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2022, à la p. 113 (relatant, entre autres, la conception de la justice du philosophe écossais David Hume, selon laquelle « les actions justes sont liées les unes aux autres telles les pierres dans une arche gothique. Chaque action sert la justice en se joignant à une structure coordonnée d'actions justes; sans le support des autres, une action particulière visant à servir la justice ne peut accomplir son objectif. » (notre traduction).

⁸² *WN Hillas Co. c. Arcos*, (1932) 38 Com. Cas. 23 (H.L.).

eu pour effet, selon lui, d'en prendre plusieurs de court, notamment ceux qui, croyant bénéficier de la protection d'un « contrat » en bonne et due forme, si informel soit-il, n'avaient pas pris la peine d'en formaliser davantage les divers éléments – si tant est, bien sûr, qu'ils eussent bénéficié de la lucidité et des moyens financiers pour le faire. Pour éviter ce genre de confusion, et les iniquités socioéconomiques y afférentes, mieux valait-il, selon le magistrat, tenter d'aligner les règles de droit privé sur les comportements sociaux, plutôt que de simplement attendre qu'à l'inverse, les comportements en viennent à s'aligner avec les règles.

Or, le cas qui nous occupe semble être précisément de ceux qui mettent en cause un tel clivage malheureux entre le juridique et le social. S'il devait être statistiquement confirmé que la très grande majorité des appels d'offres comprennent désormais une clause écartant toute forme de responsabilité contractuelle de leurs auteurs pour les représentations y contenues⁸³, il y aurait lieu de conclure que ces derniers n'entendent aucunement faire ainsi des « offres » en vue de la conclusion d'un éventuel « contrat A », avec l'ensemble des soumissionnaires. On devrait plutôt y voir une simple expression d'intérêt à prendre en compte les propositions de contrat B de ceux qui pourraient vouloir en faire, sans engagement aucun de la part de l'auteur, le tout demeurant aux risques et périls des soumissionnaires. L'intention réelle des auteurs d'appels d'offres se réduirait donc bien à celle d'émettre ainsi une simple « invitation à transiger », non pas l'« offre » qui leur est attribuée dans la perspective contractuelle objectiviste de la common law.

C'est dire que, comme c'est bien sur l'intention réelle des parties que se fonde, en général, le droit contractuel québécois, le problème de clivage entre le juridique et le social, propre à la conception contractuelle objective, et que la common law s'efforce effectivement de pallier, aurait été épargné au droit québécois, si ses juges s'en étaient remis à ce droit, et à ce droit seul, pour régler les litiges tombant sous sa gouverne. En décidant plutôt d'importer de la common law son analyse objectiviste de l'appel d'offres en deux contrats, c'est ce problème qu'ils importaient du même coup, assujettissant ainsi les acteurs québécois, inutilement, aux mêmes frais élevés de transaction et d'iniquité sociale subis par leurs confrères anglo-canadiens.

Il faut ensuite comprendre que le droit anglais lui-même prévoit que l'analyse contrat A / contrat B ne saurait être appliquée en concurrence avec

⁸³ N. ASHINOFF, *préc.*, note 57.

une réglementation de source législative⁸⁴ ; or il semble que le *Code civil du Québec* ait effectivement prévu une autre solution, et bien plus fine, pour les litiges entourant les appels d'offres. On notera d'emblée que rien ne milite en faveur de traiter tous ces litiges de la même façon, peu importe que les faits reprochés soient ceux du donneur d'ouvrage ou d'un soumissionnaire. En effet, alors que le fait au centre de l'affaire *MJB Enterprise* était celui du donneur d'ouvrage (qui avait sélectionné un soumissionnaire hors concours), celui qui était contesté dans *Ron Engineering* était plutôt celui du soumissionnaire (qui avait voulu modifier sa soumission postérieurement à son dépôt). Or, le codificateur québécois semble avoir prévu des règles différentes pour régler ces situations différentes, puisque la promesse de contracter de l'article 1396 C.c.Q., applicable à la seule « offre de contracter faite à une personne déterminée », emporte que le soumissionnaire soit contractuellement lié par sa soumission envers le donneur d'ouvrage, sans que ce dernier ne soit lié par son appel d'offres envers le soumissionnaire. Il ne s'ensuit pas que le donneur d'ouvrage puisse agir n'importe comment, puisque sa responsabilité extracontractuelle serait engagée par tout comportement fautif de sa part. Mais, contrairement au soumissionnaire, le donneur d'ouvrage ne pourrait voir sa responsabilité engagée qu'extracontractuellement, par une faute dont la détermination demeure, nous l'avons vu, une question de fait laissée à l'appréciation du tribunal au cas par cas. On ne pourra s'empêcher de constater que cette analyse différentielle des comportements des donneurs d'ouvrage et des soumissionnaires présente le grand avantage de s'aligner avec leurs attentes véritables respectives, reflétées dans le fait que les appels d'offres, bien davantage que les soumissions, fassent l'objet d'une exemption quasi systématique de responsabilité contractuelle.

*
* *

En consacrant l'intention réelle des parties, la conception contractuelle subjectiviste du droit civil permet d'épargner aux citoyens québécois le

⁸⁴ *JBW Group Ltd. c. Ministry of Justice*, [2012] 2 C.M.L.R. 10, au par. 60 ; *J Varney & Sons Waste Management Ltd. c. Hertfordshire CC*, [2010] E.W.H.C. 1404 (Q.B.), aux par. 232-235 ; *Lion Apparel Systems Ltd. c. Firebuy Ltd*, [2007] E.W.H.C. 2179 (Ch.), au par. 212. Lorsqu'une telle réglementation existe, l'analyse contrat A / contrat B doit, selon les juges, céder le pas à la réglementation législative, précisément pour éviter la confusion qui serait provoquée autrement.

problème de décalage entre le juridique et le social qui afflige les systèmes de common law. En important l'analyse objectiviste de l'appel d'offres déployée par les juges de ces systèmes, c'est aussi ce problème que les juges québécois ont importé en sol québécois. Cette importation était inutile, puisque le droit québécois des obligations extracontractuelles offrait déjà aux soumissionnaires une protection adéquate contre les actes intempestifs des donneurs d'ouvrage, alors que ces derniers bénéficiaient de la protection contractuelle attachée aux propositions des soumissionnaires en tant que promesses de contracter au sens de l'article 1396 C.c.Q., protection sans laquelle c'est tout le système d'appels d'offres qui perdrait son efficacité. Qui plus est, l'articulation de cette promesse de contracter, applicables aux seuls soumissionnaires dans le cadre plus large du contrat A, qui doit en principe régir autant les soumissionnaires que le donneur d'ouvrage, risque de se révéler fort difficile, voire résolument bancal. Il est dès lors difficile de voir autre chose, dans cette importation qu'un nouvel exemple de droit comparé « à la pièce », de greffe juridique intempestive parce qu'effectuée sans égard aux différences notables qui opposent les contextes d'origine et de destination des règles greffées⁸⁵ – avec tout ce que cela comporte de déstabilisation pour l'ordre juridique interne du système récepteur.

⁸⁵ Pour un aperçu général, voir William B. EWALD, « The American Revolution and the Evolution of Law », (1994) 42 *Am. J. Comp. L. Supp.* 1701 ; Pierre LEGRAND, « The Impossibility of “Legal Transplants” », (1997) 4 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 111 ; Yves DEZALAY et Bryant GARTH, « The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars », dans David NELKEN et Johannes FEEST (dir.), *Adapting Legal Cultures*, London, Hart Publishing, 2001, p. 241.

