PEUT-ON UTILISER UNE CLAUSE D'ACHAT LOCAL?



Me Philippe Asselin
Morency, société d'avocats, s.e.n.c.r.l.

L'idée de recourir à une clause d'achat local pour encourager les entreprises situées sur son territoire germe dans l'esprit des décideurs municipaux depuis plusieurs années. En effet, certains élus et dirigeants municipaux veulent ainsi favoriser les entrepreneurs locaux ou certaines entreprises de l'extérieur qui ont bien voulu s'établir sur leur territoire. L'insertion d'une clause d'achat local est-elle possible lors de la rédaction d'un devis ou de documents d'appel d'offres?

QUE PRÉVOIT LA LOI?

Dans le cadre de la présente chronique, nous ne pouvons évidemment passer en revue toutes les dispositions législatives applicables en matière d'achat local. Signalons cependant l'article 936.0.4 *du Code municipal du Québec*[1] qui prévoit qu'aucune demande de soumissions publiques ni aucun document auquel elle renvoie ne peuvent faire de discrimination basée sur la province ou le pays d'origine des biens, services, assureurs, fournisseurs ou entrepreneurs.

À la lumière de cette disposition, force est de constater que celle-ci n'interdit pas explicitement toute discrimination basée sur la municipalité ou la région d'origine. Cependant, un auteur nous indique que si la législation municipale interdit toute discrimination basée sur la province ou le pays d'origine, cette interdiction devrait en toute logique inclure la discrimination faite en fonction de la région ou de la municipalité d'origine[2].

Un autre auteur souligne d'ailleurs certains objectifs poursuivis par les règles d'adjudication des contrats publics : obtenir les meilleures conditions, remplacer la négociation par la concurrence, éliminer le favoritisme, dépolitiser la distribution des contrats, assurer une concurrence loyale, permettre aux contribuables d'avoir les meilleurs prix possibles[3]. Lorsqu'une municipalité favorise l'achat local en écartant la libre concurrence et la possibilité d'obtenir de meilleurs prix auprès de fournisseurs extérieurs, est-ce que les objectifs précédemment énoncés sont respectés? En outre, à la lumière des *Codes d'éthique et de déontologie* applicables aux élus et aux employés municipaux, ceux-ci pourraient-ils se faire reprocher de favoriser les intérêts de manière abusive de toute autre personne, en l'occurrence un entrepreneur local? Ces questions nous démontrent certains enjeux à considérer par les élus et les dirigeants municipaux qui désirent utiliser une clause d'achat local lors de l'octroi d'un contrat.

L'OUVERTURE DÉMONTRÉE PAR UNE CERTAINE JURISPRUDENCE

Pour les élus et les dirigeants municipaux qui désireraient tout de même aller de l'avant, mentionnons que certaines décisions de la Cour d'appel du Québec[4] ont conclu à la validité de clauses protectionnistes, dans la mesure où les faits de ces affaires le justifiaient et où certaines conditions étaient respectées. Dans le cas où une clause d'achat local pourrait être considérée comme étant une clause de nature protectionniste, un tribunal pourrait peut-être confirmer sa validité.

À la lumière de ces décisions ainsi que de la doctrine s'étant penchée sur le sujet, la validité d'une clause protectionniste pourra dépendre du respect de certaines conditions :

- Elle ne doit pas être imposée de mauvaise foi, de façon arbitraire ou frivole;
- L'exigence doit être rationnelle et doit pouvoir s'expliquer par la nature du contrat, l'ordre normal des choses et par des exigences d'ordre scientifique ou technique;
- Cette exigence doit être explicite dans les documents d'appel d'offres.

Nous devons toutefois mentionner que bon nombre d'autorités indiquent que l'insertion d'une clause protectionniste est contraire aux principes poursuivis par les dispositions régissant les appels d'offres publics.

En ce sens, avant d'insérer une clause d'achat local dans un devis ou un document d'appel d'offres, une municipalité doit s'interroger sur le but réellement recherché par une telle disposition. Si, malgré les réserves émises dans la première partie de cette chronique, la clause d'achat local demeurait tentante, les décideurs municipaux devront alors s'assurer de respecter les conditions établies par la jurisprudence et la doctrine. Dans un contexte où le législateur québécois apparait prôner la libre concurrence, l'ouverture des marchés et la transparence dans l'octroi des contrats municipaux, le recours à une clause d'achat local est-il souhaitable? M

[1] Voir au même effet l'article 573.1.0.4 de la *Loi sur les cités et villes*.
[2] André LANGLOIS, *Les contrats municipaux par demande de soumissions*, 3e édition, Éd. Yvon Blais, 2005, page 273.
[3] Jean HÉTU et al, *Droit municipal – Principes généraux et contentieux*, Éd. CCH, pages 9 204 et ss.
[4] *Construction Yvan Boisvert inc. c. Ville de Drummondville*, 2004 CanLII 73066 (QC CA) et *MYG informatique inc. c. Commission scolaire René-Lévesque*, 2006 QCCA 1248.