

Revue de Droit

Vol. 16 numéro 2

**FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE
QUÉBEC, CANADA**

LES RÉCENTS DÉVELOPPEMENTS EN MATIÈRE DE CONTRATS DE L'ADMINISTRATION

par Pierre LEMIEUX*

Les relations contractuelles des autorités publiques se caractérisent par une législation et réglementation fort abondantes. Ainsi, pour l'administration, la liberté de contracter n'existe pas dans son intégralité. L'opération contractuelle est la mise en oeuvre d'une compétence et cette dernière n'est pas entièrement discrétionnaire. L'autorité publique ne bénéficie pas, soit en ce qui concerne la compétence pour contracter et le choix du cocontractant, soit en ce qui concerne les formes du contrat, d'une liberté analogue à celle dont les particuliers disposent dans leurs rapports contractuels. Pour ces raisons, le contrat en tant qu'instrument de l'action des administrations modernes tant étatique que des unités décentralisées et des entreprises publiques, appartient de plus en plus à un régime juridique spécifique.

Contractual dealings with public authorities are the object of a multitude of statutory provisions and regulations. Indeed, for public administrations, freedom of contract does not fully exist. Valid contract formation can only be the result of the exercise of legal power. In addition, public authorities do not enjoy the same contractual freedom as do others in matters of contract form or of choice of contract partner. For these reasons, Contract, as an instrument of public policy, increasingly refers to a specific juridical institution.

* Avocat, Ministère de la Justice et professeur à la Faculté de droit l'Université Laval (en congé).

SOMMAIRE

INTRODUCTION	543
1 - LES CARACTÈRES ACTUELS DES RELATIONS CONTRACTUELLES	544
1.1 L'habilitation législative	544
1.1.1 La Couronne	545
1.1.2 L'administration décentralisée	549
1.2 Les formalités essentielles	549
1.3 La rédaction unilatérale	552
1.3.1 Les réclamations pour des travaux supplémentaires demandés	554
1.3.2 Les réclamations pour des travaux imprévus	555
2 - LE PROBLÈME PARTICULIER DE L'ADJUDICATION PUBLIQUE	561
2.1 Le processus obligatoire	562
2.2 Le mécanisme des soumissions	563
2.3 La confection des documents d'appel d'offres	564
2.4 Le précontrat et l'affaire <i>Ron Engineering</i>	565
2.5 La modification du contrat	570
2.6 La détermination de l'éventuel cocontractant	572
2.6.1 Le plus bas soumissionnaire conforme	572
2.6.1.1 L'absence de discrétion	572
2.6.1.2 Le concept de conformité	574
2.6.2 Le rejet des soumissions et un nouvel appel d'offres	585
CONCLUSION	589

s'appuyant sur *Belle river*⁹³, arrêt discuté mais non rejeté par la Cour suprême dans *Ron Engineering*.

Précisons, de plus, qu'à quelques reprises, l'arrêt *Ron Engineering* fut suivi au Québec⁹⁴.

2.5 La modification du contrat

Comme nous l'avons vu précédemment, les cahiers de charges prévoient ce pouvoir de modification unilatérale de l'Administration⁹⁵. De plus, même en l'absence de clauses inscrites au contrat, celui-ci peut généralement être modifié par un nouvel accord de volontés des parties. La modification unilatérale ne pose pas, en règle générale, de problème en droit privé mais il en va autrement dans les contrats de l'Administration. En effet, dans la plupart des cas, une procédure doit être strictement suivie sinon ils sont entachés d'illégalités.

Sans perdre de vue cette nécessité d'adapter les contrats à des faits imprévus⁹⁶, la jurisprudence a posé le principe suivant: les modifications doivent s'effectuer dans les limites du pouvoir contractuel de l'agent administratif⁹⁷ et lorsqu'un contrat est assujéti

93. (1978) 20 O.R. (2d) 447.

94. *La Commission Scolaire Montcalm c. Prévost et Frères Construction*, J.E. 83-220 (C.S.); *Corporation de l'Hôpital du St-Sacrement c. Beaurivage et Méthot*, Cour supérieure, no 200-05-000596-79, le 1er mars 1982; *R. Desjardins Auto Ltée c. Ville de Blainville*, J.E. 88-832: pour éviter les conséquences dramatiques de cette théorie du contrat unilatéral, le juge tente de nuancer avec l'arrêt *Ron Engineering*.

95. Par exemple, l'article G-30 des conditions générales de la formule normalisée des marchés de construction stipule que l'ingénieur peut (...)

30.1.1 exiger des travaux ou des matériaux en sus de ceux qui ont été prévus dans les plans et devis; et

30.1.2 supprimer ou modifier les dimensions, le caractère, la quantité, la qualité, la description, la situation ou la position de la totalité ou d'une partie des travaux ou matériaux prévus dans les plans et devis ou exigés en conformité de l'alinéa CG 20.1.1, à condition que ces travaux ou matériaux supplémentaires ou que ces suppressions ou modifications soient, selon la loi, compatibles avec l'intention du contrat; voir aussi R. DUSSAULT et L. BORGÉAT, *op. cit.*, note 4, 742 et ss.

96. *R. c. Starrs*, (1889) 17 R.C.S. 118;

97. *R. c. Henderson*, (1897-98) 28 R.C.S. 425; *National Dockar and Dredging Corp. Ltd. c. R.*, (1929) R.C.E. 40; *Olivier c. Corporation du village de Wattonville*, (1943) R.C.S. 118; *Corporation municipale de la Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction*, (1974) C.A. 411.

à un processus obligatoire, toute modification doit également l'être⁹⁸.

Il demeure cependant possible de modifier le contrat sans reprendre toutes les formalités exigées lors de la formation de celui-ci, à la condition que cette modification demeure accessoire⁹⁹. À ce sujet, le juge Beetz dans l'affaire *Adricon*¹⁰⁰ précisait:

“Il faut considérer les circonstances particulières de chaque affaire tels le caractère accessoire de la modification par rapport à l'ensemble du contrat, la présente ou l'absence de contrepartie et surtout l'intention des parties, car il ne leur est évidemment pas permis de contourner la loi en altérant par exemple la nature forfaitaire du contrat”.

Il est bien important de donner une interprétation restrictive du caractère accessoire en regardant dans chaque cas le pourquoi et la nécessité d'une telle modification¹⁰¹. Prenons l'exemple de l'adjudication publique imposée par la loi. Une concurrence a été organisée par l'Administration entre plusieurs industriels, entrepreneurs, commerçants; celle-ci s'est élaborée sur des critères nettement définis concernant la nature des travaux, les modalités d'exécution, les délais... Ce sont sur ces données que les soumissionnaires ont établi leur offre de prix. Il serait certainement injuste pour les entrepreneurs évincés que l'Administration modifie par la suite, avec le candidat choisi, les bases de la conclusion du contrat. En somme, en présence d'une modification substantielle, une obligation d'appliquer les formalités essentielles à la formation initiale du contrat se trouve alors exigée sous peine de nullité de celle-ci. De même, parfois des règles législatives ou réglementaires visent le cas spécifique de la modification de certains contrats notamment les règlements québécois concernant les contrats de construction ou de services¹⁰².

98. *R. c. The Toronto Terminals Railway Co.*, (1978) R.C.E. 563.

99. *Adricon c. Ville d'East Angus*, (1978) 1 R.C.S. 1107.

100. *Id.*, 1118.

101. *Nord Construction (1962) Ltée c. Ville St-Rémi*, (1983) C.A. 220; *Québec Labrador Construction Inc. c. Municipalité de Rivière St-Jean-Magpie*, C.A. Québec, no 200-09-000167-830, le 10 juin 1985; *Ville de Montréal c. Procureur général du Québec*, C.S. Montréal, no 500-05-018888-782, le 1er mai 1984; *Barre et al. c. Ville de Gatineau*, (1981) C.S. 474.

102. *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, C. A-6, r. 7, a. 6; *Règlement concernant les contrats de services du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 8 et modifications, a. 21.

2.6 La détermination de l'éventuel cocontractant

En l'absence de dispositions législatives et réglementaires, l'Administration choisit librement et discrétionnairement son cocontractant. Si aucun texte n'impose l'obligation de choisir le plus bas soumissionnaire, nous nous retrouvons sur le terrain du droit privé, c'est-à-dire le consensualisme. Par contre, ce libre choix est devenu de nos jours de plus en plus rare. Presque tous les règlements ou lois créant un processus obligatoire d'adjudication publique édictent que le contrat doit être accordé au plus bas soumissionnaire conforme¹⁰³. Ces textes s'interprètent restrictivement avec comme toile de fond la liberté contractuelle¹⁰⁴.

2.6.1 Le plus bas soumissionnaire conforme

À la lecture des textes¹⁰⁵ sur les soumissions par voie d'appel d'offres, deux idées maîtresses ressortent: l'obligation de choisir l'offre la plus basse et la possibilité de l'écarter en obtenant la permission d'une autorité supérieure.

2.6.1.1 L'absence de discrétion

Lorsque le choix du plus bas soumissionnaire conforme est imposé par la législation ou la réglementation, l'autorité publique se voit retirer toute discrétion dans le choix de son contractant. Celle-ci n'a pas seulement l'obligation de contracter avec le plus bas soumissionnaire mais plutôt d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire conforme¹⁰⁶. La conformité de la soumission est son respect des exigences contenues notamment dans les lois, règlements, cahiers de charges, instructions aux soumissionnaires, devis. En somme, pour examiner la conformité, nous sommes en présence d'une analyse objective et non discrétionnaire¹⁰⁷. C'est un

103. Voir par exemple l'article 23 du *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 7: "Le contrat doit être accordé au plus bas soumissionnaire conforme à moins que le lieutenant-gouverneur en conseil ou le Conseil du Trésor n'en décide autrement pour des raisons d'intérêt public".

104. *L'Écuyer c. Cité de Carignan*, J.E. 84-799 (C.S.).

105. *Supra*, note 23.

106. R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *op. cit.*, note 4, 664 et ss; P. LEMIEUX, *op. cit.*, note 4, 177 et ss.

107. *La Cie de Pavage d'Asphalte Beaver Ltée c. Procureur général du Québec et al.*, C.S. Montréal, no 500-05-011903-844, le 7 novembre 1984, p. 5: Le