
DROIT ADMINISTRATIF

6^e édition

Patrice Garant, M.S.R.C.
Professeur émérite, Université Laval

Avec la collaboration de
Philippe Garant, avocat, M.Sc.Pol.,
Jérôme Garant, avocat, LL.M.,

ÉDITIONS YVON BLAIS

Library/Bibliothèque - Gowlings - Mt

© 2010 Thomson Reuters Canada Limitée

MISE EN GARDE ET AVIS D'EXONÉRATION DE RESPONSABILITÉ : Tous droits réservés. Il est interdit de reproduire, de mémoriser sur un système d'extraction de données ou de transmettre, sous quelque forme ou par quelque moyen que ce soit, électronique ou mécanique, photocopie, enregistrement ou autre, tout ou partie de la présente publication, à moins d'en avoir préalablement obtenu l'autorisation écrite de l'éditeur, Éditions Yvon Blais.

Ni Éditions Yvon Blais ni aucune des autres personnes ayant participé à la réalisation et à la distribution de la présente publication ne fournissent quelque garantie que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de celle-ci. Il est entendu que la présente publication est offerte sous la réserve expresse que ni Éditions Yvon Blais, ni l'auteur (ou les auteurs) de cette publication, ni aucune des autres personnes ayant participé à son élaboration n'assument quelque responsabilité que ce soit relativement à l'exactitude ou au caractère actuel de son contenu ou au résultat de toute action prise sur la foi de l'information qu'elle renferme, ou ne peut être tenu responsable de toute erreur qui pourrait s'y être glissée ou de toute omission.

La participation d'une personne à la présente publication ne peut en aucun cas être considérée comme constituant la formulation, par celle-ci, d'un avis juridique ou comptable ou de tout autre avis professionnel. Si vous avez besoin d'un avis juridique ou d'un autre avis professionnel, vous devez retenir les services d'un avocat, d'un notaire ou d'un autre professionnel. Les analyses comprises dans les présentes ne doivent être interprétées d'aucune façon comme étant des politiques officielles ou non officielles de quelque organisme gouvernemental que ce soit.

Catalogage avant publication de Bibliothèque et Archives nationales du Québec et Bibliothèque et Archives Canada

Garant, Patrice, 1937-

Droit administratif

6^e éd.

Comprend des réf. bibliogr. et un index.

ISBN 978-2-89635-453-5

1. Droit administratif – Canada. 2. Droit administratif – Québec (Province).

I. Garant, Philippe. II. Garant, Jérôme, 1970- . III. Titre.

KE5015.G37 2010

342.71'06

C2010-941776-3

Nous reconnaissons l'aide financière du gouvernement du Canada accordée par l'entremise du Programme d'aide au développement de l'industrie de l'édition (PADIÉ) pour nos activités d'édition.

Dépôt légal : 3^e trimestre 2010

Bibliothèque et Archives nationales du Québec

Bibliothèque et Archives Canada

ISBN : 978-2-89635-453-5



THOMSON REUTERS

Éditions Yvon Blais, une division de Thomson Reuters Canada Limitée

C.P. 180 Cowansville
(Québec) Canada
J2K 3H6

Service à la clientèle
Téléphone : 1-800-363-3047
Télécopieur : 450-263-9256
Site Internet : www.editionsyvonblais.com

rons. Et finalement tout manquement ou faute de l'Administration ou d'un soumissionnaire au cours du processus jusqu'à la conclusion du contrat définitif se soldera par la mise en cause de leur responsabilité pour faute, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle¹⁷⁵. La majorité des arrêts ne qualifient pas précisément la faute, certains parlent de faute délictuelle d'autres de faute contractuelle, de bris de contrat découlant de ce que la Cour suprême a appelé une « obligation contractuelle implicite »¹⁷⁶.

La jurisprudence s'est prononcée à plusieurs reprises sur la raison d'être et la finalité de cette technique d'adjudication des contrats : protection de la collectivité, choix du meilleur marché possible entre plusieurs offrants des prestations de même qualité, assurance d'une concurrence loyale entre les soumissionnaires, transparence de l'Administration, prévention des conflits d'intérêts et de la corruption administrative, etc.¹⁷⁷.

La nature particulière de cette procédure a une incidence directe sur les engagements de l'Administration et du soumissionnaire, comme nous le verrons plus loin. Il ne faut pas oublier aussi que plusieurs obligations découlent directement de la loi ou des règlements.

Concrètement, quelle forme prend cette procédure ? Disons qu'elle varie suivant les lois et les règlements qui s'appliquent, comme nous le verrons plus loin.

B. Cas où l'Administration doit procéder par voie d'appel d'offres

Ce n'est qu'en examinant minutieusement les lois et règlements se rapportant aux différentes affaires que l'on sera en mesure de dire avec certitude quand l'Administration doit procéder obligatoirement par voie d'appel d'offres. En principe, un organisme public peut toujours contracter de gré à gré à moins qu'il soit expressément obligé de procéder autrement¹⁷⁸. Cette obligation qui

175. *Gardex Ltée c. P.G. Québec*, J.E. 98-2041 (C.A.) : acheminement tardif de la soumission par la faute des fonctionnaires.

176. *Martel Building*, *supra*, note 14, par. 92.

177. *L'Archevesque et Rivest c. Beaucage et la Paroisse de St-Roch de l'Achigan*, J.E. 83-856 (C.A.) ; *Piché c. Ville de Ste-Foy*, C.S. Québec, n° 200-05-000124-805, J.I.D.M., 06-02-1980 ; *Grandchamps c. Denoncourt*, J.E. 85-991 (C.S.) ; *Transport Fafard c. Corp. mun. St-Eugène*, C.S. Drummond, n° 405-05-001183-889, J.I.D.M., 26-10-1988 ; *Gestion de construction Novel c. Commission scolaire St-Jérôme*, *supra*, note 160 ; *W.M.I. Waste Management of Canada c. Lasalle (Ville)*, [1993] R.J.Q. 190 (C.S.).

178. *Trans Ad Ltd. c. C.T.C.U.M.*, [1976] C.S. 1687, confirmé par C.A. Mtl, n° 500-09-000014-779, J.I.D.M., 21-08-1978 ; *Cie de Feuille d'érable Ltée c. Association montréalaise d'action récréative et culturelle*, [1986] R.J.Q. 549 (C.S.), confirmé par J.E. 89-75 (C.A.) ;

déroge à la liberté contractuelle est interprétée de façon stricte¹⁷⁹. Mais même lorsqu'elle n'est pas obligée de procéder par appel d'offres, le législateur souhaite que l'Administration y songe : ainsi la *Loi sur les contrats des organismes publics* québécoise énonce ceci :

L'adjudication ou l'attribution par un organisme public d'un contrat comportant une dépense inférieure au seuil d'appel d'offres public doit être effectuée dans le respect des principes de la présente loi. Afin d'assurer la saine gestion d'un tel contrat, un organisme public doit notamment évaluer la possibilité, selon le cas :

- 1° de procéder par appel d'offres public ou sur invitation ;
- 2° d'instaurer, sous réserve de tout accord intergouvernemental applicable, des mesures favorisant l'acquisition de biens, de services ou de travaux de construction auprès de concurrents ou de contractants de la région concernée ;
- 3° d'effectuer une rotation parmi les concurrents ou les contractants auxquels cet organisme fait appel ou de recourir à de nouveaux concurrents ou contractants ;
- 4° de mettre en place des dispositions de contrôle relatives au montant de tout contrat et de toute dépense supplémentaire qui s'y rattache, plus particulièrement lorsqu'il s'agit d'un contrat conclu de gré à gré ;
- 5° de se doter d'un mécanisme de suivi permettant d'assurer l'efficacité et l'efficience des procédures utilisées à l'égard de tout contrat dont le montant est inférieur au seuil d'appel d'offres public.¹⁸⁰

L'appel d'offres public a pour objet de rejoindre en même temps tous ceux qui désirent contracter avec l'Administration publique. L'idée est d'obtenir un vaste éventail de personnes compétentes et disposant de l'expertise recherchée, tout en suscitant une plus grande concurrence. D'où la nécessité de publier un avis dans les journaux ou sur un site Internet. Cette procédure a donc un double effet sur la liberté contractuelle de l'Administration publique puisqu'elle affecte à la fois le choix de ceux à qui elle désire offrir de contracter et celui de cocontractant. Comme le précisait la Cour fédérale :

Considérant l'importance de la liberté contractuelle en droit commun des contrats, en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires l'imposant, l'administration publique n'est pas tenue de procéder par voie de soumissions publiques.

Sofidal c. Commission scolaire St-Eustache, J.E. 92-112 (C.S.) ; *Boisvert c. Baie du Fèbvre (Mun.)*, J.E. 93-25 (C.S.) ; *Foisy c. Garage Raymond Ouellette*, J.E. 2000-1682 (C.A.).

179. *Commission des écoles catholiques de Verdun c. Construction Leblanc*, J.E. 92-863 (C.A.) ; *Collège d'enseignement général et professionnel de Victoriaville c. Marois*, J.E. 98-2043

Elle peut opter pour l'appel d'offres sur invitation, c'est-à-dire choisir de n'inviter à soumissionner que certaines personnes.¹⁸¹

Lorsqu'elle procède volontairement par voie d'appel d'offres, l'Administration n'a pas toutes les contraintes qui sont le propre de cette procédure ; néanmoins elle doit toujours agir de bonne foi et traiter équitablement les soumissionnaires éventuels¹⁸² ; elle doit idéalement respecter les règles applicables à ce genre de processus¹⁸³.

Au Québec, la *Loi sur les contrats des organismes publics* précise qu'un organisme public doit recourir à la procédure d'appel d'offres public pour la conclusion des contrats suivants : 1^o tout contrat d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction comportant une dépense égale ou supérieure au seuil minimal prévu dans tout accord intergouvernemental applicable pour chacun de ces contrats et organismes publics ; 2^o tout contrat de partenariat public-privé ; 3^o tout autre contrat déterminé par règlement du gouvernement. Trois règlements complètent cette disposition¹⁸⁴. Ils précisent ce que doivent contenir les documents d'appel d'offres, les conditions d'admissibilité, les conditions de conformité, les modes de sollicitation et d'ouverture des soumissions, les modalités d'évaluation et d'adjudication, etc.

Au fédéral, on retrouve dans le *Règlement sur les marchés de l'État* des dispositions comparables¹⁸⁵.

-
181. *Transport Lavoie c. Société canadienne des postes*, 2002 CFPI 612, par. 19 (souligné du juge).
182. *Arneg Canada c. Fédération des commissions scolaires du Québec*, B.E. 99BE-655 (C.S.) ; *Groupe Sofidal c. Commission scolaire St-Eustache*, J.E. 92-112 (C.S.) ; *Yves Germain Construction c. Hydro-Québec*, J.E. 2000-1658 (C.A.).
183. *Dion c. Régie intermunicipale d'assainissement des eaux de Ste-Thérèse et Blainville*, [1998] R.J.Q. 2731 (C.S.).
184. *Règlement sur les contrats de travaux de construction des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 3 ; *Règlement sur les contrats de services des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 2 ; *Règlement sur les contrats d'approvisionnement des organismes publics*, L.R.Q., c. C-65.1, r. 1.
185. *Règlement sur les marchés de l'État*, DORS/87-402 : « 5. Avant la conclusion d'un marché, l'autorité contractante doit lancer un appel d'offres de la façon prévue à l'article 7. 6. Malgré l'article 5, l'autorité contractante peut conclure un marché sans lancer d'appel d'offres dans les cas suivants : a) les cas d'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public ; b) les cas où le montant estimatif de la dépense ne dépasse pas selon le cas : (i) 25 000 \$, (ii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché portant sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance de la construction, de la réparation, de la rénovation ou de la restauration d'un ouvrage, (iii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché que doit conclure le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada responsable de l'Agence canadienne de développement international et qui porte sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'ar-

Deux situations justifient habituellement une dérogation à l'obligation de recourir aux appels d'offres ; l'urgence, la nature ou la faible importance des travaux. Dans ce dernier cas, il faut souligner l'importance de la fixation du seuil ou des montants au-dessous desquels le recours aux appels d'offres ne sera pas obligatoire. S'il est trop élevé, la porte risque d'être ouverte au patronage. Dans les cas où la loi requiert le recours aux appels d'offres, l'adjudication publique devient une formalité essentielle à la validité du contrat¹⁸⁶.

Dans d'autres lois importantes, telle la *Loi sur les cités et villes*, par exemple, l'article 573 prescrit que :

1. Ne peut être adjugé qu'après demande de soumissions publiques faite par annonce dans un journal, s'il comporte une dépense de 100 000 \$ ou plus :

1^o un contrat d'assurance ;

2^o un contrat pour l'exécution de travaux ;

3^o un contrat pour la fourniture de matériel ou de matériaux ;

4^o un contrat pour la fourniture de services autres que des services professionnels :

a) visés à l'article 573.3.0.2 ;

b) nécessaires dans le cadre d'un recours devant un tribunal, un organisme ou une personne exerçant des fonctions judiciaires ou juridictionnelles.

[...]

Une demande de soumissions publiques relative à un contrat de construction, d'approvisionnement ou de services comportant une dépense de 100 000 \$ et plus doit être publiée dans un système électronique d'appel d'offres approuvé par le gouvernement pour l'application de la *Loi sur les contrats des organismes publics* (chapitre C-65.1) et dans un journal qui est diffusé sur le territoire de la municipalité ou, à défaut d'y être diffusé, qui est une publication spécialisée dans le domaine et vendue principalement au Québec.¹⁸⁷

Quand le contrat dûment exécuté contient une clause prévoyant le renouvellement automatique de l'entente à moins d'un avis contraire, un second appel

cas où la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public ; d) les cas où le marché ne peut être exécuté que par une seule personne.

7. L'autorité contractante lance l'appel d'offres pour tout marché : a) soit en donnant un avis public à cet effet conformément aux pratiques commerciales généralement reconnues ; b) soit en s'adressant aux fournisseurs dont le nom figure sur la liste de fournisseurs. »

186. R. c. *Woodburn*, (1898) 29 R.C.S. 112, 122 et jurisprudence constante ; *Giasson c. Duchesne*, J.E. 95-248 (C.S.).

d'offres ne s'avère pas nécessaire si la loi n'exige généralement pas de soumissions publiques pour le type de convention visé¹⁸⁸.

Lorsque intervient une modification au contrat original pour un montant ou pour un objet de quelque importance, l'autorité doit-elle procéder de nouveau par soumission publique ? Ce problème a été soulevé devant la Cour suprême. Cette dernière s'exprime ainsi au sujet notamment de l'article 573 de la *Loi sur les cités et villes* :

Il ne résulte pas de cette disposition que toute modification du contrat original, même si elle entraîne une dépense de 10 000 \$ et plus, constitue nécessairement un nouveau contrat lui-même soumis aux formalités prescrites par l'article 610. Une telle interprétation rendrait impraticable l'exécution d'un grand nombre de travaux publics et je ne puis me convaincre que telle soit la volonté du législateur. Il faut considérer les circonstances particulières de chaque affaire tel le caractère accessoire de la modification par rapport à l'ensemble du contrat, la présence 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.¹⁸⁹

Sur la base de cet arrêt, la Cour d'appel a admis des modifications imposées par l'Administration si « rien ne permet d'inférer que les parties ont voulu altérer la nature forfaitaire du contrat pour en tirer avantage »¹⁹⁰. Il faut toutefois bien distinguer s'il s'agit d'ajouts de travaux supplémentaires ou d'un nouveau contrat qui requiert de procéder par appel d'offres¹⁹¹. Les lois ou règlements peuvent prévoir cette situation : ainsi la *Loi (québécoise) sur les contrats des organismes publics* énonce qu'un contrat peut être modifié lorsque la modification en constitue un accessoire et n'en change pas la nature. Toutefois, dans le cas d'un contrat comportant une dépense supérieure au seuil d'appel d'offres public, une modification qui occasionne une dépense supplémentaire doit de plus être autorisée par le dirigeant de l'organisme public. Le dirigeant peut, par écrit et dans la mesure qu'il indique, déléguer le pouvoir d'autoriser une telle modification. Dans le cadre d'une même délégation, le total des dépenses ainsi autorisées ne peut cependant excéder 10 % du montant initial du contrat.

188. *Service sanitaire de la Rive-Sud Inc. c. St-Hubert (Ville)*, J.E. 80-522 (C.S.) et J.E. 84-343 (C.A.).

189. *Adricon c. East Angus*, [1978] 1 R.C.S. 1107, 1117.

190. *Nord construction c. St-Rémi*, [1983] C.A. 220, 222 ; *Barré et al. c. Gatineau*, [1981] C.S. 474 ; *Roberge c. Ville de Marieville*, J.I.D.M., C.S., 27-06-1980 ; *Giasson c. Duchesne*, J.E. 95-248 (C.S.) : « simple modification accessoire qui n'altère pas la nature forfaitaire du contrat » ; *Entreprises Nord Construction (1962) Inc. c. St-Hubert (Ville de)*, J.E. 96-2188 (C.A.) : « modification accessoire au contrat, compte tenu des circonstances particulières ».