

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

INTRODUCTION

L'administration par voie contractuelle, faite de négociations et d'accords conclus entre l'autorité publique et le citoyen, est devenue un style d'intervention aussi usuel que l'administration par voie réglementaire ou d'action unilatérale. Dans tous les secteurs aussi bien économique que social, culturel ou scientifique, les organismes publics contractent sur autant de sujets que les marchés de travaux publics, de services, les contrats relatifs aux fournitures mobilières et immobilières, à la vente ou à la location d'immeubles ou de meubles. On assiste ainsi, dans la vie administrative actuelle, à un développement considérable du procédé de l'accord conventionnel comme moyen de procurer à l'administration publique des collaborations de plus en plus variées.

Cette procédure contractuelle même si elle se trouve soumise aux règles du droit privé s'exerce souvent à l'intérieur d'une structure déjà fixée par voie unilatérale. C'est ce qu'on pourrait qualifier de consensualisme organisé.

Parfois, la relation administration-citoyen s'insère dans un cadre réglementaire tellement important que le caractère contractuel disparaît. L'administré, adhérent à un service public, tel qu'un service de santé, possède une liberté de contracter purement illusoire ne pouvant renoncer à ce service essentiel¹. C'est ce qu'on pourrait appeler des contrats forcés. Vu cette absence de choix, l'administré-bénéficiaire se trouve dans une situation statutaire de caractère objectif² dont il peut se prévaloir. Celle-ci se trouve alors non contractuelle mais plutôt une situation où deux actes unilatéraux se rencontrent: (...) "un acte-règle qui est la loi du service et un acte-condition qui est la marque de la manifestation de volonté de l'usager"³.

1. *Le statut juridique de l'administration fédérale*, Commission de réforme de droit, document de travail 40, p. 70; voir aussi: André LAJOIE, Patrick A. MOLINARI et Jean-Louis BAUDOIN, "Le droit aux services de santé: Légal ou contractuel?", (1983) *R. du B.* 675.

2. *Pfizer Corporation c. Ministry of Health*, (1965) A.C. 512, 536.

3. J. DU BOIS DE GAUDUSSON, *L'usager du service public administratif*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, p. 68.

Notre étude portera sur les problèmes engendrés par ce consensualisme encadré qui crée de plus en plus pour les contrats de l'administration, un régime juridique spécifique⁴.

1 — LES CARACTÈRES ACTUELS DES RELATIONS CONTRACTUELLES

Les relations contractuelles des autorités publiques se caractérisent par une législation et réglementation fort abondantes. Les contractants tant publics que privés se voient prescrire l'accomplissement d'un certain nombre de formalités permettant un contrôle adéquat de l'activité contractuelle. De plus, des clauses obligatoires sont souvent imposées dans le contrat.

1.1 L'habilitation législative

Pour l'administration comme pour les corporations privées, l'opération contractuelle est la mise en oeuvre d'une compétence qui n'est pas illimitée ou totalement discrétionnaire. La force et la valeur juridique d'un acte accompli par un organisme privé ou public découlent de la compétence dont la législation, la réglementation ou même les clauses d'un contrat ont investi l'auteur. Ce dernier agit alors dans un cadre déterminé par le droit. En somme, la validité d'un acte posé par un agent public est un rapport de comptabilité entre une norme supérieure et l'acte en question. Ainsi, toute administration publique contracte par l'intermédiaire d'agent, de fonctionnaire, d'officier public dont la compétence est encadrée par des habilitations législatives, réglementaires et aussi les grands principes de droit public.

Lorsqu'on parle de compétence limitée, une différence doit être faite entre la Couronne et les administrations décentralisées.

4. Pour une étude complète sur les contrats de l'administration, voir: René DUSSAULT et Louis BERGEAT, *Traité de droit administratif*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1984, 2e édition, pp. 601 à 744; Patrice GARANT, *Droit administratif*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1985, pp. 335 à 399; Pierre LEMIEUX, *Les contrats de l'Administration: fédérale, provinciale et municipale*, Sherbrooke, Les Éditions de la Revue de droit, Université de Sherbrooke, 1981; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson et Lafleur/Sorej, 1982; André LAJOIE, *Contrats administratifs, jalons pour une théorie*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984.

1.1.1 La Couronne

On peut se demander si pour les contrats passés par le gouvernement ou par un ministre, la loi est à la fois la source et la limite du pouvoir contractuel. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Ernest Labrecque*⁵, le juge Beetz écrit à ce sujet en développant le point de vue du juge Pigeon dans *Verreault et Fils Ltée*⁶:

"La Couronne c'est également le Monarque, une personne physique qui, en plus de la prérogative, jouit d'une capacité générale de contracter selon les règles du droit commun. Cette capacité générale de contracter, tout comme la prérogative, est aussi l'un des attributs de la Couronne du Chef de la Province"⁷.

Dans cette affaire *Verreault*, qui fut abondamment commentée par la doctrine⁸, la Cour suprême a rendu une décision particulièrement significative à l'effet de reconnaître à la Couronne un pouvoir de contracter sans qu'aucun décret exprès, aucune loi expresse, ni aucune disposition légale expresse ne soit nécessaire. Dans cette cause cependant, le juge Pigeon rattachait cette compétence à contracter avec la théorie du mandat. Un décret signé par le lieutenant-gouverneur du Québec, autorisait le ministre du Bien-Être social à signer un contrat d'achat d'un bien-fonds. Le terrain devant servir à la construction d'un foyer pour personnes âgées, le Ministère contracta avec *Verreault et Fils* pour la construction du foyer. Des élections provinciales eurent lieu et le gouvernement décida de se retirer du contrat faisant valoir la nullité de celui-ci vu l'absence de dispositions légales expresses permettant de conclure pour la construction d'un foyer. Le juge Pigeon affirma qu'en l'absence de restrictions législatives un contrat signé par un représentant du gouvernement agissant dans les limites de son mandat apparent est valide et oblige le gouvernement. Sa Majesté, écrit le juge "est une personne physique, et je cherche en vain le principe d'après lequel

5. (1980) 2 R.C.S. 1057.

6. *Verreault et fils Ltée c. Procureur général du Québec*, (1977) 1 R.C.S. 41.

7. (1980) 2 R.C.S. 1057, 1082.

8. W.J. ATKINSON et M.C. LÉVESQUE, "Délégation de pouvoirs et délégation de signature", (1982) 42 *R. du B.* 327; P. GARANT, "La formation des contrats administratifs: Théorie du mandat apparent ou théorie de la délégation de pouvoir", (1978) 38 *R. du B.* 178; René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *op. cit.*, note 4, 619 à 642; Pierre LEMIEUX, *op. cit.*, note 4, 87 à 94.

les règles générales du mandat, y compris celles du mandat apparent, ne lui seraient pas applicables”⁹.

La confusion qu’a engendré l’arrêt *Verreault* réside dans le fait d’insérer en droit public une théorie de droit privé, soit les règles du mandat. D’autant plus, que l’application de cette théorie est tout à fait inutile pour arriver au résultat escompté. Si l’on étudie de près l’arrêt *Verreault*, il est facile d’en venir à la conclusion que le ministre du Bien-Être social avait par la *Loi facilitant l’établissement de foyers pour personnes âgées*¹⁰ et la *Loi constituant le département du Bien-Être social*¹¹ la compétence pour accorder un contrat de construction d’un immeuble destiné à servir de foyer pour personnes âgées, sinon une apparence certaine de compétence. Cette théorie du mandat applicable à sa Majesté n’est pas autre chose que la reconnaissance de la compétence générale à contracter de la Couronne.

En somme, la question que les juges se posent ou doivent se poser est celle de l’existence d’un pouvoir de contracter. Celui-ci peut découler d’une loi, d’un règlement ou bien d’une compétence “générale de passer des contrats (...) relatifs à cette partie de l’activité du gouvernement (...) qui est assigné à (un) ministère”¹².

Le fondement du pouvoir du ministre réside en réalité, dans la représentation de Sa Majesté. Cette dernière possédant une capacité générale de contracter¹³, il n’est alors nullement obligatoire de rattacher la compétence d’un ministre à un texte législatif ou réglementaire. Sa compétence n’est pas le monopole exclusif de la règle législative. Même si aucune disposition législative n’existe, il lui appartient de prendre pour son ministère, les mesures nécessaires au bon fonctionnement de l’administration placée sous son autorité¹⁴. Cette compétence du ministre se trouve par contre limitée par une législation restrictive ou bien par la Constitution. Il est important de préciser que la compétence du ministre ne peut dépasser le cadre de son mandat soit les activités prévues dans les lois des ministères. Prétendre le contraire, comme le soulignent les

9. *Verreault et Fils Ltée c. Procureur général du Québec*, (1977) 1 R.C.S. 41.

10. L.Q. 1958-59, c. 6, a. 1.

11. L.Q. 1958-59, c. 27, a. 8.

12. *La Reine c. Transworld Shipping Ltd.*, (1976) 1 C.F. 159, 163.

13. *Procureur général du Québec c. Ernest Labrecque*, (1980) 2 R.C.S. 1057.

14. *C.A.E. Industries Ltd. c. La Reine*, (1983) 2 C.F. 616.

professeurs Dussault et Borgeat "serait vider de tout leur sens les lois des ministères"¹⁵. En effet, comme tout mandataire, le ministre a un mandat limité. Il possède ainsi une compétence générale de contracter qui doit être exercée dans cette partie de l'activité gouvernementale assignée à son ministère.

Le ministre mandataire de Sa Majesté et détenteur de cette compétence contractuelle peut déléguer une partie de ses pouvoirs à un sous-ministre ou à d'autres fonctionnaires.

Dans *Transworld Shipping Ltd.*, le juge déclarait:

"Si l'on admet *a priori* que le ministre a légalement le pouvoir de passer des contrats dans le cadre de son ministère, il s'ensuit, à mon avis, que sauf disposition légale contraire, ce pouvoir peut être et sera dans le cours normal des choses, exercé par les fonctionnaires de son ministère. Cet aspect de notre système gouvernemental a été décrit comme suit dans l'arrêt *Carltona Ltd. c. Commissioners of Works*, (1943) 2 All E.R. 56.

Dans le régime d'administration publique de ce pays, les fonctions qui sont conférées aux ministres (à bon droit du point de vue constitutionnel puisque les ministres sont constitutionnellement responsables) sont si variées qu'aucun ministre ne pourrait jamais personnellement les remplir. Pour prendre l'exemple du cas présent, chaque ministère a sans aucun doute soumis des milliers de réquisitions dans ce pays. On ne peut pas supposer que ce règlement impliquait que, dans chaque cas, le ministre en personne devait s'occuper de l'affaire. Les tâches imposées aux ministres et les pouvoirs qui leur sont conférés sont normalement exercés sous leur autorité par les fonctionnaires responsables du ministère. S'il en était autrement, tout l'appareil de l'État serait paralysé. Constitutionnellement, la décision d'un tel fonctionnaire représente naturellement la décision du ministre. Le ministre est responsable. C'est lui qui doit répondre devant le Parlement de tout ce que ses fonctionnaires ont fait sous son autorité et si, pour une affaire importante, il a choisi un fonctionnaire subalterne dont on ne peut s'attendre qu'il exécute le travail avec compétence, le ministre devra en répondre devant le Parlement. Tout le système d'organisation et d'administration ministérielles s'appuie sur l'idée qu'étant responsables devant le Parlement, les ministres feront en sorte que les tâches importantes soient

15. René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *op. cit.*, note 4, 628: ils citent à l'appui de leur dire un *obiter* du juge Boudreault dans *Commission scolaire Le Gardeur c. P.-G. du Québec*, (1979) C.S. 519, 522: "Il n'est pas nécessaire pour les fins de la présente affaire de décider le sens qui doit être donné à cette lettre (du sous-ministre adjoint du Ministère de l'éducation) sauf pour dire qu'elle ne peut être considérée comme un engagement du gouvernement à subventionner l'allocation. En effet, les matières de transport d'élèves et de subventions à cet égard relèvent du Ministère des transports et de ses officiers autorisés et non du Ministère de l'éducation ou de ses officiers".

confiées à des fonctionnaires expérimentés. S'ils ne le font pas, c'est au Parlement qu'on devra se plaindre de leurs agissements"¹⁶.

Vu la complexité du régime de l'administration publique moderne, les pouvoirs du ministre, dans la mesure où ils revêtent un caractère administratif, sont exercés en leur nom par les instances du ministère. Dans la mesure où les fonctionnaires "peuvent ou doivent agir ainsi dans les cas particuliers est une question qui relève de l'organisation interne et les tiers n'ont pas de qualité pour contester les pouvoirs d'un fonctionnaire dans un cas particulier"¹⁷.

Le gouvernement ne peut invoquer contre un tiers de bonne foi l'absence de délégation de pouvoirs, c'est-à-dire qu'un fonctionnaire n'aurait pas été préalablement autorisé et abuse alors de sa fonction, cela n'entache pas la validité du contrat. C'est ce qu'on appelle la délégation implicite. En l'absence de dispositions législatives expresses obligeant le ministre à contracter en personne¹⁸, le mot ministre dans un texte de loi doit être lu comme signifiant ministre ainsi que ses fonctionnaires.

Le législateur, pour protéger l'administration et par le fait même les deniers publics, a limité considérablement la portée de cette délégation de pouvoirs à l'intérieur d'un ministère par des clauses semblables à celles-ci:

"Nul acte, document ou écrit n'engage le ministère, ni ne peut être attribué au ministre, s'il n'est signé par lui, par le sous-ministre ou un fonctionnaire mais uniquement dans le cas de ce dernier, dans la mesure déterminée par règlement du gouvernement publié dans la Gazette Officielle du Québec"¹⁹.

Ces formalités ont été jugées obligatoires entraînant en leur absence la nullité absolue de l'acte²⁰. Le gouvernement ne peut alors être lié si le contrat ne porte pas la signature de la ou les personnes mentionnées dans la loi ou dans le règlement de délégation de signature.

16. *La Reine c. Transworld Shipping Ltd.*, (1976) 1 C.F. 159, 164; *Fredic Michael Lennarson and Socio-Technical Systems c. La Reine*, Cour fédérale, no T-1956-76, 2 février 1984.

17. *K.Q. Ahmad c. Comité d'appel établi par la Commission de la fonction publique*, (1974) 2 C.F. 644, 651; *La Reine c. Harrison*, (1977) 1 R.C.S. 238.

18. *Procureur général du Québec c. Carrières Ste-Thérèse*, Cour suprême, 13 juin 1985.

19. *Loi sur le Ministère du tourisme, de la chasse et de la pêche*, L.R.Q., c. M-32, a. 10.

20. *Inter-Ex Inc. c. Procureur général du Québec*, (1980) C.A. 18; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Québec*, J.E. 82-764, (C.S.).

1.1.2 L'administration décentralisée

L'administration décentralisée ne possédant pas comme Sa Majesté une capacité à contracter, les règles du mandat avancées dans l'arrêt *Verreault* ne peuvent s'appliquer à elle. Le juge Pigeon écrivait:

“À cet égard, la situation des ministres et autres fonctionnaires du gouvernement est fondamentalement différente de celle des fonctionnaires municipaux. Dans notre système, les municipalités sont des créatures de la loi par conséquent, la doctrine de l'*ultra vires* doit recevoir sa pleine application”²¹.

Ainsi, toute administration décentralisée est soumise à cette règle de l'habilitation expresse.

1.2 Les formalités essentielles

En principe, pour être juridiquement valables, les contrats conclus par l'administration n'ont même pas besoin d'être constatés par écrit. Dès qu'il y a accord de volontés, cela suffit pour que les obligations et les droits juridiques prennent naissance. Dans la pratique, vu l'importance de ces contrats soit par la valeur pécuniaire, un formalisme rigoureux devient exigé. La conclusion d'un contrat avec l'administration s'exprime alors sous la forme d'une opération complexe décomposée en un certain nombre de phases plus ou moins nombreuses. La liberté contractuelle s'en trouve restreinte par toute une série de formalités²² qui conditionnent la validité du contrat. Elles sont variées et prennent leur source dans les règles législatives, réglementaires et administratives. Il devient alors difficile de présenter un tableau complet et exhaustif de ces conditions de forme²³. Soulignons qu'il en existe quatre types principaux:

21. *Verreault et Fils Ltée c. Procureur fédéral du Québec*, (1977) 1 R.C.S. 41, 47.

22. Voir Pierre LEMIEUX, *op. cit.*, note 4, 94 à 133; René DUSSAULT et Louis BORGEAT, *op. cit.*, note 4, 703 à 738; G. ANDERSON, “Formalities in Municipal Contracts”, (1977) 35 *U.T. Fac. Law Review* 69.

23. Voir par exemple au niveau fédéral: *Règlement sur l'achat de terrains par le gouvernement*, 25/8/78, DORS/78-482, G.O.C. Partie II, 14/6/78, 2702 et modifications; *Règlement sur location à bail d'ouvrages publics*, C.R.C., vol. VII, c. 701, 4715 et modifications.

— Au niveau du Québec: *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 7; *Règlement concernant les contrats de services du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A. 6, r. 8 et modifications; *Règlement sur les baux et les contrats de location et de concession*, R.R.Q. 1981, c. R-7, r. 1; *Règlement sur les subventions à des fins de construction*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 293.

l'approbation budgétaire, l'autorisation de tutelle, l'adjudication publique par voie d'appels d'offres ou de concours et enfin la signature. Lorsque ces formalités sont imposées de façon expresse dans les textes, leur non-respect entraîne la nullité du contrat. À ce sujet, il est intéressant de citer le juge de l'arrêt *Beaudry et al. c. Cité de Beauharnois*²⁴:

"Il a toujours été reconnu par la doctrine et la jurisprudence que ceux qui contractent avec une municipalité doivent s'assurer que non seulement celle-ci agit dans les limites de ses pouvoirs, mais aussi que toutes les conditions requises par la loi ont été observées; autrement, la municipalité n'est pas liée envers eux".

Les contrats de l'administration sont en présence d'un formalisme rigide dont dépend la validité du contrat²⁵. Par contre, il doit émaner d'un texte législatif ou réglementaire. Sinon, on revient au consensualisme du droit privé. De plus, l'exigence devra être rédigée en termes impératifs pour que son défaut reçoive la sanction de nullité absolue du contrat ou la non-existence de celui-ci. Comme ces formalités sont exorbitantes du droit commun, les tribunaux²⁶ ont toujours donné une interprétation restrictive de ces clauses.

Analysant le *Règlement sur les marchés de l'État*²⁷ et plus particulièrement la disposition suivante: "Sous réserve des dispositions du présent règlement, nul marché ne doit être conclu sans l'agrément du Conseil du Trésor", le juge Jackett écrivait:

"(...) à moins que (...) le *Règlement sur les marchés de l'État* ne contienne une disposition spéciale que je n'ai pas été en mesure de retrouver, précisant qu'aucun contrat "n'aura vigueur ou effet" sauf si la conclusion en a été autorisée par le Conseil du Trésor, au cas où le contrat porte sur un montant supérieur à celui prescrit par le Règlement, je doute fort que le défaut d'obtenir cette autorisation ne constitue rien d'autre que la violation d'une obli-

24. (1962) B.R. 738; voir aussi *Corporation municipale de St-Honoré c. Corporation municipale de Canton Tremblay*, J.E. 84-268, p. 7.

25. *Gravel c. Cité de St-Léonard*, (1978) 1 R.C.S. 660; *Lalonde c. Ville de Montréal-Nord*, (1978) 1 R.C.S. 672; *Commission scolaire St-Pierre c. Bourbonnais*, (1975) C.A. 405; *Inter-Ex c. Procureur général du Québec*, (1980) C.A. 18.

26. Voir à titre d'exemple: *La Reine c. Transworld Shipping*, (1976) 1 C.F. 159; *Ville d'Iberville c. Leblanc*, (1978) C.A. 216; *Plourde c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de Rivière-Ouelle*, (1974) C.A. 47; *Compagnie Miron Ltée c. Ville de Lemoyne*, (1979) C.S. 787; *Procureur général de la province de Québec c. Commission scolaire Champlain*, (1982) C.A. 200; *Montar Construction Inc. c. Ville de St-Hubert*, J.E. 81-308 (C.S.); *La Reine c. Phoenix Assurance Company Ltd.*, (1976) 2 C.F. 649.

27. *Supra*, note 23.

gation existant entre les fonctionnaires du ministère et leurs supérieurs hiérarchiques et, à mon avis, il ne s'ensuit pas qu'un tel défaut vicie nécessairement un contrat par ailleurs valable"²⁸.

Ainsi, l'expression "doit" employée seule, n'est pas suffisante à rendre une formalité essentielle à la conclusion du contrat. Par contre, a été considérée par les tribunaux²⁹ comme une disposition d'ordre public, l'expression "doit pour lier cette municipalité".

Les formulations "Nul acte n'engage le ministère, ni ne peut être attribué au ministre..."³⁰, "nul contrat ne lie ni n'est réputé lié...", "tout transport fait en contravention avec le présent article est radicalement nul entre les parties...", "les contrats sont nuls et de nul effet jusqu'à ce qu'ils aient été ratifiés par...", "un contrat ne sera conclu ou n'aura vigueur ou effet sauf..."³¹, montrent bien l'intention du législateur d'assujettir le pouvoir de contracter à des restrictions d'ordre public.

Nous constatons que le principe "nul n'est censé ignorer la loi" apparaît lourd de conséquences pour le particulier contractant³². Étant placé dans une situation de contrat *nul ab initio*, chaque partie peut en effet en déclarer l'inexistence. L'autorité publique peut même invoquer sa propre turpitude³³. Ne pouvant être indemnisé des frais encourus sur la base du contrat vu sa nullité soit par absence de formalités ou défaut d'habilitation de l'agent, le cocontractant ne peut recourir à l'enrichissement sans cause. Comme

28. *La Reine c. Transworld Shipping Ltd.*, (1976) 1 C.F. 159, 163.

29. *Gravel c. Cité de St-Léonard*, (1978) R.C.S. 660, *Lalonde c. Ville de Montréal-Nord*, (1978) 1 R.C.S. 672.

30. *Inter-Ex Inc. c. Procureur général du Québec*, (1980) C.A. 18; *Commission des droits de la personne c. Procureur général du Québec*, J.E. 82-764 (C.S.).

31. *La Reine c. Transworld Shipping Ltd.*, (1976) 1 C.F. 159, 163.

32. *Inter-Ex Inc. c. Procureur général du Québec*, (1980) C.A. 18; *Olivier c. La Corporation du village de Wattonville*, (1943) R.C.S. 118, 124; *Corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, (1973) C.A. 832; *Plourde c. Prescott*, J.E. 83-1163; *Construction Hydrex Inc. c. Corporation municipale de Havre St-Pierre*, (1980) C.S. 1038.

33. *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, (1978) 1 R.C.S. 1107, 1116, Le juge Beetz soulignait: "Lorsqu'une municipalité est partie à un contrat qui est exécuté et dont elle profite, que ce contrat n'est ni manifestement *ultra vires* ni intrinsèquement illégal et que le motif invoqué pour la libérer de ses obligations en vertu du contrat est le défaut d'accomplir les formalités administratives, c'est à cette municipalité qu'il incombe de plaider et d'établir son propre défaut ainsi que la nature des nullités qui peuvent en résulter".

l'affirmait le juge Pigeon dans l'arrêt *Lalonde c. Cité de Montréal-Nord*³⁴:

"Il nous faut donc appliquer la loi dans toute sa rigueur sans qu'il y ait lieu à l'application du principe de l'enrichissement sans cause que la justice nous commanderait d'appliquer à un particulier ou à une société. La ville est, à l'égard de son pouvoir de contracter, assujettie à des restrictions d'ordre public que l'exécution du contrat ne peut avoir pour effet d'écarter".

Cette jurisprudence³⁵ nous paraît être la seule qui puisse être approuvée car la doctrine de l'enrichissement sans cause n'a pas pour but de contourner les dispositions législatives d'ordre public. En effet, l'enrichissement ne peut être considéré comme étant dépourvu de cause juridique dès le moment que la cause résulte d'actes transgressant les dispositions de la loi. La cause de l'acte juridique, c'est "son caractère licite, soit pour un contrat, sa conformité aux lois impératives et d'ordre public"³⁶.

De plus, l'exécution des travaux ne peut être un obstacle à une défense basée sur le défaut de respecter les formalités essentielles puisqu'en cette matière, aucune théorie du fait accompli ne peut exister³⁷.

1.3 La rédaction unilatérale

Au point de vue de la forme, les documents constatant les contrats de l'administration sont plus ou moins complexes. Tantôt, nous sommes en présence d'un document unique contenant toutes les clauses. Tantôt, les clauses du contrat sont contenues dans plusieurs documents qu'il faut rapprocher et combiner pour connaître toutes les obligations et droits respectifs des parties. C'est ainsi que pour les contrats de travaux publics, on y retrouve des cahiers de charges incorporés. Ces clauses types deviennent alors toutes contractuelles et font partie intégrante du contrat même si celui-ci ne

34. (1978) 1 R.C.S. 695.

35. *Clermont c. Ville de Montréal*, (1970) C.A. 456; *La Corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, (1973) C.A. 832; *Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Contraction*, (1974) C.A. 411; *Olivier c. Corporation du village de Watterville*, (1943) R.C.S. 118; *Lalonde c. Cité de Montréal-Nord*, (1978) 1 R.C.S. 695.

36. M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1975, no 476, p. 314.

37. *Goulet c. Corporation de la Paroisse de St-Gervais*, (1931) 50 B.R. 513, 517; *Fernand Leblanc et al. c. Sa Majesté La Reine du Chef du Canada*, Cour fédérale, no T-5441-79, 9 mars 1982.

fait qu'y référer³⁸. En l'absence de clause expresse incorporant ces documents précontractuels au contrat, ceux-ci pourraient servir à interpréter le contrat au cas d'ambiguïtés et déterminer la véritable intention des parties³⁹.

L'administration croit de plus en plus à l'uniformisation des procédures. Elles sont pour cette dernière un instrument de choix qui tente de réglementer de la façon la plus efficace possible certaines activités que l'on a cru bon de ne pas laisser entièrement libres. Le contrat type qui en découle offre un modèle déjà prêt qu'il suffit de reproduire et de signer. La rédaction unilatérale est ainsi devenue la règle et la négociation l'exception.

Pour pallier à d'éventuels problèmes d'exécution du contrat, des clauses d'indemnité pour des travaux supplémentaires ou imprévus y sont incorporées.

Il est important de noter que le cocontractant n'ayant eu rien à dire dans la préparation des plans et des cahiers de charges, les tribunaux sont portés à donner aux clauses du contrat une interprétation restrictive⁴⁰. De plus, même si par sa soumission, le cocontractant s'est déclaré prêt à accepter d'effectuer des travaux imprévus conformément à ces documents, la soumission conforme aux cahiers des charges n'est pas encore le contrat conclu. Des modifications restent toujours possibles et il appartient aux parties de vérifier attentivement le contenu de la convention finale qui peut déroger sensiblement à certaines propositions écrites antérieurement. La convention et les conditions générales "auxquelles elle renvoie ne sont pas une simple ratification des documents rédigés antérieurement, même si ces documents sont considérés comme partie du contrat sauf dérogation"⁴¹. Souvent, les règles en matière d'interprétation des contrats d'assurance peuvent nous servir de guide⁴².

38. *Procureur général du Québec c. Commission scolaire Champlain*, (1982) C.A. 200; *Ville de Granby c. Désourdy Construction Ltée*, (1973) C.A. 971.

39. *Faucher c. Corporation municipale de la Paroisse de St-François de Sales de la Rivière du Sud*, J.E. 85-580 (C.A.).

40. *Ciment Indépendant Inc. c. C.U.M.*, J.E. 82-1182 (C.S.); *Sotramont Inc. c. Le Centre Hospitalier Sacré-Coeur de Hull et al.*, J.E. 80-84 (C.A.).

41. *Sotramont Inc. c. Le Centre Hospitalier Sacré-Coeur de Hull et al.*, J.E. 80-84 (C.A.), 29, notes du juge Mayrand.

42. *Ibid.* La Cour suprême s'est penchée à plusieurs reprises sur ce problème d'interprétation des contrats d'assurance: *Exportations Consolidated Bathurst c. Mutual Boilers Insurance*, (1980) 1 R.C.S. 889; *Arrow Transfer*

1.3.1 Les réclamations pour des travaux supplémentaires demandés

Le cocontractant a droit au remboursement des coûts des travaux supplémentaires imposés par l'administration. Le paiement sera alors relié aux dispositions de l'article 1690 C.c. ou aux termes exprès du contrat.

Souvent, dans les cahiers de charges, on prévoit que l'administration pourra exercer toute modification aux plans, devis et clauses que les circonstances peuvent rendre nécessaire⁴³. Ces dépenses occasionnées à l'entrepreneur du fait de nouvelles obligations exigées sont souvent rémunérées par des prix unitaires à forfait prévus au contrat ou bien fixés unilatéralement par l'administration. Un point important est à souligner, c'est que dans presque tous les documents contractuels, ces demandes de travaux supplémentaires doivent être exigées par ordre écrit.

Malgré les termes léonins dans lesquels sont rédigés les contrats de l'administration, il demeure, comme le soulignait le juge Lajoie⁴⁴, "que si le ministre impose à l'entrepreneur des changements dans l'exécution des travaux qui les rendent plus onéreux que ce qui était originalement prévu, il doit en payer le coût supplémentaire et ne peut rejeter arbitrairement la réclamation de l'entrepreneur ou ne l'accueillir que pour les sommes qu'il détermine".

En cas de défaut d'entente entre les parties sur le bien-fondé d'une réclamation ou sur la quotité des suppléments à accorder, il

Company c. Royal Bank of Canada, (1972) R.C.S. 845; *Indemnity Insurance Company of North America c. Excel Gleaning*, (1954) R.C.S. 169; *Stevenson c. Alliance Petroleum et al.*, (1956) R.C.S. 949; Voir aussi J.-G. BERGERON, "L'interprétation d'un contrat d'assurance au-delà de la lettre du contrat", (1981) *R. du B.* 306; Dans *Agence de sécurité générale Inc. c. La Reine*, (1980) 2 C.F. 223, 229. Le juge Marceau écrivait: "Un contrat (...) doit s'interpréter de façon à donner effet à la commune intention des parties, et c'est à cette commune intention qu'elle s'en remet. (...) Il ne saurait être question d'interpréter autrement que dans son sens littéral une clause non équivoque d'un contrat; c'est là un principe fondamental d'interprétation que l'article du Code civil québécois (...) l'article 1063, ne manque pas justement de confirmer; *Cloves Survey & Yachting Co. Ltd. c. La Corporation de disposition des biens de la Couronne et La Reine*, (1982) 22 C.F. 128".

43. Voir par exemple: *Cahier des charges et devis généraux*, Ministère des transports, Gouvernement du Québec, a. 4.05 et ss.

44. *Procureur général du Québec c. Labrador Excavating Ltd.*, Cour d'appel, no 200-09-000104-783, 8 août 1980, p. 14.

appartiendra au tribunal compétent de juger de la valeur juridique des prétentions opposées des contractants⁴⁵.

1.3.2 Les réclamations pour des travaux imprévus

Parfois, des circonstances imprévues au moment de la conclusion du contrat viennent en modifier l'économie sinon en rendre l'exécution beaucoup plus onéreuse sans qu'elle soit devenue impossible. Des bouleversements économiques telles que des augmentations très considérables et subites du coût de la main-d'oeuvre, des matériaux ou les deux, des découvertes de données ou de faits imprévus non révélés dans les documents d'appel d'offres, des informations erronées dans les plans et devis, des conditions climatiques exceptionnelles peuvent augmenter considérablement le coût d'exécution et même aboutir à la faillite du cocontractant et finalement à l'inexécution du contrat.

Dans la plupart des cas où il s'agit de contrat à forfait suivant plans et devis, l'article 1690 C.c. doit s'appliquer. En effet, celui-ci dispose que:

"... (l'entrepreneur ou l'architecte) ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de changement dans les plans et devis ni sous celui d'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, à moins que ces changements ou augmentations ne soient autorisés par écrit, et le prix arrêté avec le propriétaire, ou à moins que la convention sur les deux points, ne soit établie par le serment décisoire du propriétaire".

Ainsi, si l'administration n'a pas autorisé l'augmentation du prix du contrat, le cocontractant ne peut être indemnisé⁴⁶. Cette position fut toujours maintenue par les tribunaux.

En 1942, dans un arrêt désormais célèbre⁴⁷, la Cour suprême avait à déterminer le bien-fondé d'une réclamation d'un entrepreneur pour une indemnité additionnelle basée sur le fait que celui-ci avait été obligé pour exécuter l'ouvrage prévu au contrat, de faire du travail supplémentaire et d'encourir des dépenses additionnelles parce que les conditions du sol s'étaient avérées beaucoup plus dif-

45. *Ibid.* Houle et Dauphenais Construction Inc. c. Procureur général du Québec, J.E. 80-835 (C.S.); Nord Construction (1962) Ltée c. Ville de St-Rémi, (1983) C.A. 220.

46. Boissonneault et Bisson Inc. c. Commission scolaire Rouyn-Noranda, J.E. 82-978; Cartier Building Inc. c. E. Seguin & Fils Ltée, J.E. 85-637 (C.A.); Construction Maxum c. R., Cour fédérale, T-2792-29, le 23 juin 1983; Voir aussi P. LEMIEUX, *op. cit.*, note 4, 356 à 367.

47. Paradis c. The King, (1942) R.C.S. 10.

ficile qu'elles avaient été prévues et décrites dans les plans et devis fournis par la Couronne à l'époque de la soumission. Le juge Taschereau écrivait alors:

"As I have already pointed out, it is true that the borings indicate the soil as being 'sand, gravel, few stones, loose clay, stiff and sticky clay, tough clay' but the tenderers were requested to visit the place and make their own estimates of the facilities and difficulties attending the execution of the works, including all contingencies whatever. It is also said in the specifications, that if the suppliant did find any obstructions not shown on the plans, it is its obligation to remove them at its own cost. And in order to facilitate its task, additional information was made available as to the conditions of the soil, but one of the officers of the suppliant refused this information stating that he had a perfect knowledge of the soil at that particular place. Then, come clause 56 of the contract in which it is stated that the information given in the plans and the boring sheet is not 'guaranteed or warranted by or on behalf of His Majesty' and a further stipulation that the contractor will make no claim against His Majesty 'for loss or damage sustained or on account of unforeseen difficulties of any kind'.

The suppliant tendered to furnish and drive these piles in a soil the nature of which it agreed to investigate, and which the appellant did not guarantee, but merely indicated with the reserves above mentioned as being of 'sand, gravel, few stones, loose clay, stiff and sticky clay, tough clay'. The risk was upon the suppliant and having assumed it, it must necessarily bear all the consequences, financial and others, if it misjudged the works to be performed and miscalculated the cost of the enterprise. Expenses incurred for unforeseen difficulties must be considered as being included in the amount of the tender, and the respondent has the legal obligation to execute the contract for the price agreed upon, ... The Court is bound by the terms of the contract, which is the law of the parties"⁴⁸.

L'entrepreneur, lorsqu'il contracte avec l'administration, doit évaluer avec le plus grand soin le coût des travaux car c'est sur lui que reposent toutes les dépenses additionnelles⁴⁹. Ne pouvant se

48. *Id.*, 16; voir au même effet: *Atlas Construction Co. Ltd. c. City of Montreal*, (1954) R.C.S. 350; *Eastern Construction Ltd. c. City of Montreal*, (1936) 74 C.S. 196; *National Dock and Dredgany Corp. Ltée c. The King*, (1929) R.C.E. 40; *J.E. Brazeau Ltée c. Ville de Pierrefonds*, (1970) C.S. 282; *Bernier c. Procureur général du Québec*, (1975) C.S. 1201; *A. Cardinal Construction Inc. c. Dollard-Des-Ormeaux (Ville de)*, J.E. 83-449 (C.S. Montréal).

49. Il est important de signaler que par l'article 14h du *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 7, la responsabilité du cocontractant de se renseigner a été établie. On retrouve aussi dans les cahiers de charges des clauses par lesquelles "l'entrepreneur assume tous les risques d'erreurs dans les documents remis aux soumissionnaires et reconnaît avoir pris connaissance des lieux et des difficultés particulières de l'entreprise: voir par exemple article 2061, Cahier

retirer unilatéralement du contrat⁵⁰, il devra en assumer tous les risques⁵¹ à moins d'un cas de force majeure⁵². Il est important de préciser que le cocontractant ne pourrait recourir à l'enrichissement sans cause pour obtenir compensation pour les dépenses non prévues. Dans un tel cas, c'est la convention elle-même qui s'oppose à un tel recours. En effet, l'expression sans cause signifie absence de justification juridique. Les coûts supplémentaires pour des travaux même utiles et nécessaires sont justifiés par le contrat⁵³.

Par contre, le contrat prévoit souvent des clauses d'indemnisation pour des travaux dont le coût dépasse les prévisions. Par exemple, l'article 12(1) de la formule fédérale des marchés de construction⁵⁴ dispose que:

"Nul paiement ne sera fait par Sa Majesté à l'entrepreneur en sus du paiement expressément promis par le contrat, en raison de quelque dépense supplémentaire engagée ou quelque perte ou dommage subi par l'entrepreneur pour quelque raison que ce soit, y compris un malentendu de la part de l'entrepreneur quant à tout fait, que ce malentendu soit ou non attribuable directement ou indirectement à Sa Majesté (...) à moins que, de l'avis de l'ingénieur, la dépense supplémentaire, la perte ou le dommage ne soit directement attribuable

des charges et devis généraux, Ministère des transports; voir *H. Cardinal Construction Inc. c. Ville de Dollard-des-Ormeaux*, J.E. 83-443 (C.S.); *Carman Construction Ltd. c. Canadian Pacific Railway Co.*, (1982) 1 R.C.S. 958.

50. *The Corporation of the Town of Fort Frances c. Boise Cascade Canada et al.*, (1983) 1 R.C.S. 171; *Procureur général du Québec c. Armand Sicotte et Fils Ltée*, Cour supérieure Québec, no 200-05-004399-775, 14 janvier 1983, le juge René Letarte.
51. *Cité de Lachine c. Rivermont Construction Co.*, J.E. 84-649 (C.A.); *Vermont Construction Inc. c. Beatson*, (1977) 1 R.C.S. 758.
52. *Théberge Ltée c. La Reine*, (1970) R.C.E. 648; *Entreprises Netco Inc. c. C.S.R. de l'Outaouais*, J.E. 83-634 (C.S.).
53. *Joe's Co. Ltd. c. The King*, (1951) R.C.E. 246; *Paradis c. The King*, (1942) R.C.S. 10; *Dufresne Construction Co. Ltd. c. The King*, (1935) R.C.E. 77.
54. *Formule fédérale des marchés de construction, conditions générales*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, Catalogue no 3614 (1963); voir aussi au même effet, l'article 9.10 du Cahier des charges et devis du Ministère des transports qui prévoit une procédure de réclamation au cas de travaux imprévus ou de conditions manifestement différentes: "Si l'entrepreneur croit qu'il est lésé d'une façon quelconque par rapport aux termes de son contrat, il doit transmettre directement au ministre une lettre recommandée avec copie au maître d'oeuvre dans laquelle il expose et motive son intention de réclamer. Cette lettre doit être transmise dans un délai maximum de 15 jours à compter du début des difficultés qui, selon lui, justifie sa réclamation.

a) à un écart considérable entre les renseignements sur les conditions du sol à l'emplacement des travaux, ou une hypothèse raisonnable fondée sur lesdits renseignements, consignés dans les plans et devis (...) communiqués à l'entrepreneur par Sa Majesté pour servir à l'établissement de sa soumission et les conditions réelles du sol constatées par l'entrepreneur à l'emplacement des travaux dans l'exécution des travaux, ou

b) auquel cas, si l'entrepreneur a donné à l'ingénieur avis par écrit de sa réclamation, avant l'expiration de trente jours depuis la constatation des conditions du sol donnant lieu à la réclamation... Sa Majesté paiera à l'entrepreneur à l'égard de la dépense supplémentaire engagée ou la perte ou dommage subi en raison de cet écart...".

Ce genre de clause donne ainsi à l'entrepreneur le droit à une réclamation pour des travaux imprévus lorsqu'un écart substantiel existe entre les renseignements fournis dans les plans et devis et les conditions réelles rencontrées. On permet alors une renégociation du contrat en excluant l'annulation pour cause d'erreur. L'un de ces buts est "d'éviter l'interruption des travaux et de favoriser leur parachèvement"⁵⁵. Selon la jurisprudence⁵⁶, le cocontractant de l'administration doit arrêter les travaux et demander l'annulation pour cause d'erreur lorsque des travaux importants doivent être effectués dus à des difficultés majeures et imprévues. Mais aucune rémunération supplémentaire n'est recevable s'il a complété les travaux sans conclure une nouvelle entente⁵⁷. L'application de ces principes au contrat d'entreprise soit l'interruption des travaux comporte des dangers considérables tel que perdre le bénéfice de sa caution, de se voir poursuivre par ses sous-traitants et même de s'exposer à la faillite⁵⁸.

55. *Corpex (1977) Inc. c. Sa Majesté La Reine du chef du Canada*, (1982) 2 R.C.S. 643; voir le commentaire de Mme Thérèse ROUSSEAU-HOULE dans (1983) *R. du B.* 1123; *Sa Majesté La Reine aux droits du Canada c. Construction JRL Ltée*, Cour fédérale, no A-426-81, le 3 mars 1983.

56. *Eastern Construction Ltd. c. City of Montreal*, (1936) 74 C.S. 196; *J.E. Brazeau Ltée c. Ville de Pierrefonds*, (1970) C.S. 282; *Sera Inc. c. Hydro-Semence Inc.*, (1976) C.S. 331.

57. *United Shoe Machinery Company of Canada c. Brunet*, (1909) A.C. 330; *La Cie J.A. Gosselin Ltée c. J.G. Pélouquin et al.*, (1957) R.C.S. 15; ces jugements appliquent le principe suivant "lequel, l'erreur et la fraude, n'étant cause que d'une nullité relative, ne peuvent plus être invoquées par la victime qui, les ayant découvertes, a continué à exécuter le contrat"; *Corpex (1977) Inc. c. Sa Majesté du chef du Canada*, (1982) 2 R.C.S. 643; Par contre, si l'administration refuse d'effectuer les paiements prévus au contrat, ce défaut pourrait dégager l'entrepreneur de son obligation de continuer: *Hurst c. Downard*, (1921) O.H.R. 35.

58. *Corpex (1977) Inc. c. Sa Majesté du chef du Canada*, (1982) 2 R.C.S. 643.

Ainsi, l'administration et l'entrepreneur trouvent des avantages mutuels à ce type de clauses. L'entrepreneur se trouve presque assuré d'être payé pour les coûts excédentaires et l'administration sait que la continuation des travaux est pratiquement assurée malgré des conditions manifestement différentes survenues lors de l'exécution du contrat. Cette expression "conditions manifestement différentes" ou "écart considérable" n'a presque pas été analysée par nos tribunaux. Le juge Lajoie dans "*Procureur général du Québec c. Labrador Excavating Limited*"⁵⁹ sans définir l'expression précitée, émit l'opinion suivante:

"L'on voit dès lors qu'il s'agit ici de décider si, en fait, la Cour supérieure a bien ou mal jugé que les travaux prévus au contrat furent modifiés, durent être exécutés 'dans des conditions manifestement différentes de celles indiquées dans les documents de soumissions...', plus onéreuse et si tel est le cas, si la compensation additionnelle adjugée est le fruit d'une erreur manifeste dans l'appréciation de la preuve ou d'une erreur de droit".

L'appréciation de ce qui constitue des conditions manifestement différentes pour justifier une réclamation de la part de l'entrepreneur est une question de faits⁶⁰. Ce problème de preuve est d'autant plus complexe que l'entrepreneur assure tous les risques d'erreur prévus dans les documents contractuels.

Par contre, ce régime d'indemnisation est soumis à une procédure rigide. Aussi bien au niveau fédéral que québécois, un avis donné par l'entrepreneur dans un délai fixe constitue une condition essentielle à l'exercice d'une réclamation⁶¹. En l'absence de celui-ci, toute demande doit être rejetée que la "réclamation soit fondée sur une hypothèse raisonnable fondée sur les renseignements qu'on lui avait fournis ou sur la faute des ingénieurs-conseils"⁶². Cet avis a pour effet de remettre les parties dans la situation où elles se trouvaient au moment de la conclusion du contrat. Sans cet avis, le

59. *Supra*, note 44.

60. *Procureur général du Québec c. Armand Sicotte et fils*, Cour supérieure, no 200-05-004399-775, 14 janvier 1983, p. 67; Dans *Robert McAlpine c. Caribou Construction Inc.*, C.A. Québec, no 200-09-000439-79, le 21 octobre 1983, p. 16, le juge Turgeon mentionna qu'en présence d'une soumission dûment acceptée, il est possible de considérer la signature du contrat comme une simple formalité et de croire que celui-ci sera basé sur cette soumission.

61. *Corpex (1977) Inc. c. Majesté du chef du Canada*, (1982) 2 R.C.S. 643, 645.

62. *Id.*, 26.

droit à être indemnisé prévu par les cahiers de charges ne peut prendre naissance. Son absence constitue une fin de non-recevoir⁶³. L'entrepreneur ne peut, comme l'écrivait le juge Beetz "une fois les travaux terminés, réclamer dans un procès des avantages semblables à ceux que lui garantit l'article 12 des conditions générales s'il n'a pas lui-même observé cet article en donnant l'avis qu'il prévoit. Autrement, il priverait le propriétaire des avantages que lui garantit l'article 12"⁶⁴.

Les tribunaux ont souvent procédé par analogie avec l'avis imposé dans d'autres lois telles que la *Loi des cités et villes*⁶⁵ ou le *Code municipal*⁶⁶. Interprétant l'article 525 de la Charte de la Cité de Québec, le juge Rinfret dans l'arrêt *Cité de Québec c. Alphonse Barbeau*, écrivait⁶⁷:

"En effet, l'avis qui est exigé ne constitue pas une simple mesure de procédure. Il fait partie de la formation même du droit d'action contre la Cité... Il ne s'agit pas, en effet, d'une simple formalité sans importance, dont le réclamant peut être dispensé ou que l'on peut remplacer par une autre formalité quelconque que le Tribunal jugera suffisante pour y tenir lieu.

63. *La Société d'entreprises générales Ltée c. P. gén. du Québec*, Cour supérieure, no 200-05-002779-754, 1er octobre 1981; *Morin Inc. et al. c. P. gén. du Québec*, Cour supérieure, no 200-05-002397-789, 12 juillet 1982; *Procureur général du Québec c. Armand Sicotte et Fils Ltée*, Cour supérieure Québec, no 200-05-004399-775, 14 janvier 1983, le juge Letarte. Ces arrêts ont analysé l'avis prévu dans l'article 9.10 du Cahier des charges du Ministère des transports qui se lit: "Si l'entrepreneur croit qu'il est lésé d'une façon quelconque par rapport aux termes de son contrat, il doit transmettre directement au ministre une lettre recommandée, avec copie au maître d'oeuvre dans un délai maximum de 15 jours à compter du début des difficultés qui, selon lui, justifie sa réclamation. (...) Si l'avis d'indention ou la réclamation n'est pas produit dans les délais prescrits dans le présent article ou si l'entrepreneur n'accorde pas au maître d'oeuvre la facilité de tenir un compte rigoureux des moyens mis en oeuvre pour l'exécution des travaux en litige, l'entrepreneur convient par les présentes qu'un tel comportement est considéré comme son désistement de tout droit qu'il aurait pu avoir".

64. *Corpex (1977) Inc. c. Sa Majesté La Reine du chef du Canada*, (1982) 2 R.C.S. 643, 25.

65. L.R.Q., c. C-19.

66. L.R.Q. c. 27.1.

67. (1934) R.C.S. 622, 624; voir au même effet: *Méthot c. Commission des Transports de Montréal*, (1972) R.C.S. 387; *Ville de Mont-Royal c. Dame Leibowith*, (1970) C.A. 322; *Samson c. Côté de Québec*, (1971) C.S. 713; dans *Procureur général du Québec c. Armand Sicotte et Fils Ltée*, Cour supérieure Québec, no 200-05-004399-775, 14 janvier 1983, le juge Letarte analyse toute cette jurisprudence.

Cette exigence de la loi, par exemple, ne peut être mise de côté sous prétexte d'absence de préjudice... mais si, ... l'avis est un élément de la formation du droit d'action, c'est au poursuivant qu'il incombe d'invoquer dans son action la réception de cet avis par la Cité. Il doit nécessairement l'alléguer et la prouver. S'il est dispensé de l'envoi de l'avis, c'est également à lui qu'il importe d'alléguer et de prouver la force majeure ou *l'existence d'autres raisons analogues qui le font tomber dans l'exception*".

Ainsi, le seul tempérament au défaut d'avis est la force majeure ou des raisons jugées satisfaisantes par le juge⁶⁸. De plus, le juge Letarte, dans *Procureur général du Québec c. Armand Sicotte et al.*⁶⁹ reconnu que si "l'impossibilité d'agir est susceptible d'être appréciée par le Tribunal, à plus forte raison doit-il en être ainsi d'une dispense ou d'une renonciation en provenance du procureur général..."⁷⁰. Ainsi, de longs pourparlers entre les parties relatifs à des difficultés rencontrées, soit par échange de correspondance ou tout autre moyen, pourraient parfois dispenser l'entrepreneur de cette formalité d'avis écrit. Il est, en effet, possible de conclure par une situation de faits à une renonciation tacite de cette exigence par l'administration.

2 — LE PROBLÈME PARTICULIER DE L'ADJUDICATION PUBLIQUE

Le choix du cocontractant peut être libre. L'administration s'adresse alors à la personne de son choix sans être obligée de recourir à un particulier plutôt qu'à un autre. C'est ce qu'on appelle le contrat de gré à gré⁷¹. Même si cette expression ne s'applique qu'à l'hypothèse du choix du cocontractant, la liberté en ce domaine entraîne une importante conséquence quant à la détermination des clauses du contrat. Une certaine liberté de discussion existe alors. Plus fréquemment, par contre, l'administration ne peut choisir librement et discrétionnairement la personne de son cocontractant. Des textes législatifs et réglementaires l'obligent de lier le

68. *Ibid.*

69. *Supra*, note 50.

70. *Id.*, 17.

71. R. DUSSAULT et Louis BORGEAT, *op. cit.* note 4, 668 ss; P. LEMIEUX, *op. cit.*, note 4, 136 ss; il est important de mentionner que parfois même dans les contrats de gré à gré existent une procédure obligatoire telle que le concours: voir à cet effet, le *Règlement concernant les contrats de services du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A.6, r. 8.

contrat avec le particulier qui lui est désigné par une procédure imposée. Le contrat est alors conclu par adjudication publique.

2.1 Le processus obligatoire

Si le pouvoir discrétionnaire quant au choix du cocontractant doit être la règle, il existe de nos jours pour un très grand nombre de contrats une procédure obligatoire. La compétence de l'administration est alors liée. En l'absence de textes, celle-ci est toujours libre de son choix. De même, lorsqu'un texte législatif ou réglementaire, pour une catégorie de contrat⁷² prescrit l'adjudication par voie d'appels d'offres, ces mêmes règlements ou lois autorisent, par exception, le contrat de gré à gré pour certaines situations énumérées. Une étude attentive de loi s'impose donc. En effet, dans le silence des textes, le contrat ne doit pas nécessairement être conclu après adjudication⁷³. De plus, les dispositions statutaires restreignant le principe général de la liberté contractuelle doivent être interprétées de façon restrictive.

Mais, si un texte prescrit l'adjudication, cela signifie que son non-respect entraîne la nullité du contrat. Toute cette procédure constitue une formalité essentielle à la conclusion du contrat. Ainsi, une adjudication entachée d'un vice de forme est considérée comme entraînant l'annulation⁷⁴. Bien sûr, le vice doit être substantiel. C'est, en effet, tout le problème des simples illégalités et de l'*ultra vires*.

72. Voir par exemple, le *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 7.

73. Dans *Trans Ad Ltd. c. C.T.C.U.M.*, (1976) C.S. 1687, le juge écrivait: "il appert de la loi que pour le genre de contrat intervenu, l'autorité administrative n'avait pas à demander de soumissions. Il aurait fallu que cela apparaisse clairement dans la loi".

74. *Corporation municipale de la Cité de St-Romuald D'Etchemin c. S.A.F.*, (1974) C.A. 411; *Ruel c. Cité de Lauzon*, Cour d'appel Québec, no 8906, le 23 juin 1973; il est intéressant de lire l'arrêt *Breton c. Corporation de la paroisse de St-Gédéon*, (1956) B.R. 442: le juge écrivait: "that one extremely important formality was omitted, namely that there was no public call for tenders issued as required by the above cited article, but that there was nothing surreptitious or clandestine about the matter, seeing that three tenders were obtained, that in the notice calling the meeting which was published at the church door it was stated that the purpose of the meeting was to arrive at a decision in regard to the winter roads, that two previous meetings of the council had been held for that purpose within two months, and that, furthermore, plaintiff brought no evidence to show that there was any fraud and collusion in the negotiation of the contract...".

Aussi, il est bien clair que "l'appel d'offres n'est pas lui-même une pollicitation dont l'acceptation par l'un des soumissionnaires donnera naissance au contrat. Il s'agit, comme son nom l'indique, d'une invitation faite par le ministre à des entrepreneurs et à des sous-traitants de lui faire une offre"⁷⁵. En somme, la portée juridique d'une demande de soumission n'est pas autre chose qu'une invitation à présenter des offres en vue de l'exécution des travaux projetés.

2.2 Le mécanisme des soumissions

Les différentes administrations centralisées ou décentralisées tenues de procéder par adjudication publique sont soumises à des règles dont les formes de détail sont plus ou moins compliquées. Toute cette procédure est dominée par les trois idées essentielles suivantes: la publicité, la concurrence et l'égalité.

La publicité est la garantie que tout se déroulera correctement. L'ouverture des soumissions se fait donc publiquement en présence des intéressés. À ce moment-là, la conformité de celles-ci sera vérifiée.

En principe, il faut appeler le plus grand nombre possible de concurrents. Par cet appel à la concurrence, les chances de trouver la personne la plus apte et le prix le plus bas sont ainsi augmentées. Sur le plan pratique, cette concurrence ne se trouve pas illimitée. Des conditions particulières peuvent être exigées telles qu'une place d'affaires au Québec, des garanties de solvabilité, une certaine expérience. De plus, les conditions doivent être les mêmes pour tous et tous doivent être mis sur un pied d'égalité. Il ne doit exister aucun motif de préférence. Aucune négociation ne doit avoir lieu avec un concurrent en particulier; ce qui fait dire au juge Bernier dans la *Corporation municipale de la Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction Inc.*⁷⁶:

"La loi, en imposant aux corporations municipales la procédure d'appel d'offres, a écarté, si ce n'est pas cette procédure d'appel d'offres, toute

75. *Ascenseurs Alpin Otis Cie Ltée c. Procureur général du Québec*, (1971) C.S. 243; voir aussi *Ben Lance & Sons Ltée c. La Reine*, Cour fédérale, T-4057-76, le 30 juin 1977; *Janin Construction Ltée c. Le Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield*, Cour supérieure Beauharnois, no 760-05-000393-80, le 15 octobre 1980; *F. Vigneron Construction Générale Inc. c. La Corporation de l'Hôpital des Monts*, Cour supérieure Rimouski, no 34-289, le 4 août 1969.

76. *Supra* note 74: voir aussi *Community Enterprises Limited c. La Corporation de la Ville d'Acton Vale*, (1970) C.A. 411.

faculté de pollicitation et de négociation des modalités essentielles du contrat d'entreprise entre la corporation municipale et l'un ou plusieurs des soumissionnaires; ces modalités sont établies d'une part par l'appel d'offres et les documents qui en font partie et d'autre part, par la soumission acceptée".

Cette procédure d'adjudication publique demeure donc, comme le précisa le juge Moisan⁷⁷:

"Le meilleur moyen de protéger l'intérêt de la collectivité, en éliminant d'une part, tout danger d'entrave, de restriction et de favoritisme, et en faisant jouer d'autre part, les forces économiques de l'offre et de la demande, le jeu de la libre concurrence et la liberté de commerce".

2.3 La confection des documents d'appel d'offres

Même en présence d'un processus obligatoire et l'exigence de choix du plus bas soumissionnaire, l'administration possède un large pouvoir discrétionnaire. En effet, elle prépare elle-même dans le détail le contenu de l'appel d'offres. Elle peut alors éviter par une préparation minutieuse des cahiers de charges, des devis, des instructions aux soumissionnaires d'avoir la désagréable surprise de choisir un cocontractant n'offrant pas le produit voulu⁷⁸. Dans l'arrêt *Équipements Diesel Abitibi Inc. c. Corporation municipale de la Ville de Val d'Or*, le juge Bergeron concluait que:

"(...) le Conseil a le libre exercice de ses moyens administratifs et qu'il peut choisir un appareil d'une marque particulière en autant qu'il fasse appel, par avis public, à tous ceux qui pourraient l'offrir"⁷⁹.

Par contre, une fois la préparation des documents de soumission terminés et le processus d'adjudication publique débuté, l'administration perd alors toute liberté et devra se conformer en tout point à ce processus obligatoire qui peut conduire au choix du plus bas soumissionnaire. L'autorité publique se devra, pour se protéger, être très minutieuse dans l'élaboration des instructions aux soumissionnaires⁸⁰. Bien que la loi n'exige rarement des restric-

77. *Achille Houde c. Cité de Sept-Iles et al.*, Cour supérieure Mingan, no 650-05-000138-79, le 10 décembre 1979.

78. Richard BEAULIEU, *Les soumissions municipales*, conférence prononcée devant l'Union des municipalités régionales et de comté et des municipalités locales du Québec Inc., Congrès de 1983, pp. 18-19.

79. J.E. 81-595.

80. Voir à titre d'exemple: *Beaver Underground Structures et al. c. Spino Construction Compagnie Limitée*, C.A. Québec, no 200-09-000116-845, le 30 mars 1984: Le devis prévoyant la possibilité de proposer des alternatives, le soumissionnaire peut modifier la formule de bordereau de soumission.

tions, des contraintes dans les demandes de soumissions outre évidemment les spécifications nécessaires à la nature du contrat, l'offrant dans la confection des appels d'offres, verra quand même son pouvoir discrétionnaire limité, par la règle de la concurrence et de l'égalité des participants. Une discrétion n'étant jamais illimitée, celle-ci a comme paramètre l'intégrité du processus d'adjudication c'est-à-dire le respect des trois conditions essentielles: la publicité, la concurrence et l'égalité⁸¹.

2.4 Le précontrat et l'affaire *Ron Engineering*

Le soumissionnaire s'engage lors du dépôt de sa soumission à maintenir son offre pendant une certaine période. Si, à l'expiration de ce délai, l'autorité publique n'a pas conclu la convention et notifié son acceptation opérant conclusion du contrat, celui-ci pourra se retirer et son offre deviendra nulle, de nul effet. Si par contre, le soumissionnaire se trouve choisi par l'administration, il pourra quand même se retirer mais une pénalité lui sera alors exigée. En effet, dans la plupart des cas, un cautionnement de soumission est imposé⁸². L'administration se trouvera alors indemnisée si l'entrepreneur qui se voit attribuer le contrat refuse de contracter. Celle-ci conserve ces garanties et ne les retourne au soumissionnaire que si son offre est rejetée ou bien si le contrat est valablement conclu⁸³.

Il peut arriver que l'entrepreneur refuse de signer le contrat lorsqu'il se rend compte d'une erreur grave dans l'offre proposée. Ne pouvant conclure d'entente avec l'administration dû à une erreur soit sur la nature ou la substance même du contrat, constatée après l'ouverture des soumissions, le soumissionnaire pourra-t-il se retirer sans perdre le montant donné en garantie?

En 1981, la Cour suprême dans *R. c. Ron Engineering*⁸⁴ eut à répondre à cette question.

81. Voir à ce sujet: *Achille Houde c. Cité de Sept-Iles et al.*, Cour supérieure Mingan, no 650-05-000138-79 le 10 décembre 1979; *Pierre Desgagnés et al. c. Cité de Joliette et al.*, Cour supérieure Joliette, no 705-05-000674-807, le 16 septembre 1981.

82. Voir à titre d'exemple le *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 7, a. 14(a); au fédéral: *Règlement sur les marchés de l'État*, C.R.C., vol. VII, c. 701, 4715 et modifications, a. 39 et ss.

83. *Règlement sur les contrats de construction du gouvernement*, R.R.Q. 1981, c. a. 14(j); Voir aussi *Baynes and Horie c. Board of School Trustees of Vancouver*, (1927) 2 D.L.R. 698.

84. (1981) 1 R.C.S. 111.

L'entrepreneur avait présenté une soumission à laquelle était joint un chèque de 150 000\$ à titre de garantie. Par erreur, le contracteur avait omis d'inclure dans le prix global, le coût du travail de ses équipes et ses frais généraux qui se chiffraient à 750 000\$. Après l'ouverture des soumissions et avant l'acceptation de son offre par le sollicitant, l'entrepreneur envoyait un télégramme pour signaler l'erreur et demander la permission de retirer son offre. Le propriétaire expédia quand même au contracteur un contrat d'entreprise pour signature. Ce dernier refusa de signer le document alléguant qu'il avait donné avis de son erreur à la propriétaire, avant l'acceptation de la soumission. De ce fait, il soutenait que l'offre n'était pas susceptible en droit d'acceptation. La propriétaire prétendait quant à elle, son droit de retenir le dépôt, en vertu des termes et conditions générales de l'appel d'offres incluses dans le document "*Renseignements à l'usage des soumissionnaires*". On y retrouve les clauses suivantes:

Clause 13: "Sauf exception prévue aux présentes, le soumissionnaire convient que si sa soumission est *retirée...* ou si, pour une raison quelconque la Commission ne reçoit pas dans *les sept jours ...* le *contrat signé par le soumissionnaire ...*, la Commission pourra conserver le dépôt de soumission..."

Clause 14: "Le soumissionnaire convient que si la Commission ou quiconque agissant pour elle, l'exige dans les *90 jours* suivant la date d'ouverture des soumissions, il signera en triplicata et fera parvenir à la Commission, le contrat dans les *sept jours* d'une telle réquisition".

La Cour suprême élaborera la théorie de l'existence de deux contrats et déterminera l'irrévocabilité de l'offre:

"Il ressort manifestement de l'examen des conditions auxquelles la soumission a été faite que sa présentation a donné lieu à un contrat entre l'entrepreneur et la propriétaire, en vertu duquel le soumissionnaire ne pouvait retirer la soumission pendant les soixante jours suivant la date d'ouverture des soumissions. Plus loin dans les présents motifs, j'appellerai ce premier contrat le contrat A pour le distinguer du contrat d'entreprise lui-même qui résulte de l'acceptation de la soumission et que j'appellerai le contrat B. Parmi les autres conditions de ce contrat unilatéral qui découle de la présentation d'une soumission en réponse à l'appel d'offres aux conditions susmentionnées, se trouve le droit de recouvrer le dépôt de soumission soixante jours après l'ouverture des soumissions si la propriétaire n'a pas accepté la soumission. Ce contrat prend naissance automatiquement par la présentation d'une soumission"⁸⁵.

85. *Id.*, 119.

De plus:

“La soumission présentée par l'intimée a donné naissance au contrat A. Celui-ci est parfois appelé en droit contrat unilatéral, c'est-à-dire un contrat qui résulte d'un acte fait en réponse à une offre (...) Quand une entreprise de construction répond à un appel d'offres, comme l'intimée l'a fait en l'espèce, elle le fait en présentant une soumission ou une enchère comme on l'appelle parfois. L'aspect important de l'enchère, en droit, est qu'elle devient immédiatement irrévocable si elle est présentée conformément aux conditions générales de l'appel d'offres et si ces conditions le prévoient. (...) La condition principale du contrat A est l'irrévocabilité de l'offre, et la condition qui en découle est l'obligation pour les deux parties de former un autre contrat (le contrat B) dès l'acceptation de la soumission”⁸⁶.

Ainsi, le soumissionnaire avait droit de récupérer le dépôt sous certaines conditions, dont aucune n'ont été remplies; par ailleurs, en vertu de d'autres dispositions, le sollicitant pouvait confisquer ce dépôt, et ces conditions se sont réalisées. Indépendamment, si le contrat B ne peut être formé, et ne l'a jamais été, le contrat né de la présentation de la soumission est irrévocable⁸⁷. Comme le juge Estey le soulignait:

“La question en litige (...) ne relève pas des règles de l'erreur, mais de l'application des dispositions relatives à la confiscation stipulée aux pièces de soumissions. Les conséquences possibles d'une erreur sur le caractère exécutoire ou l'interprétation d'un contrat postérieur, constituent une toute autre question et ce n'est pas celle qui nous est soumise”.

Le problème serait différent en présence d'une erreur apparente à la lecture de la soumission. Celle-ci ne pourrait alors être acceptée⁸⁸ et le contrat A, par le fait même, ne pourrait se former. Mais il en va autrement comme nous l'avons vu précédemment de l'erreur cachée, non apparente. Cette théorie appliquée par la Cour suprême, renversant la jurisprudence antérieure⁸⁹ fut beaucoup cri-

86. *Id.*, 122 et 123.

87. *Id.*, 121.

88. *McMaster University c. Wilchar Construction Ltée*, (1971) 22 D.L.R. (3d) 3: Le soumissionnaire avait oublié d'inclure la première page dans son cahier de soumission; cet arrêt fut repris par le juge Estey dans *Ron Engineering*, (1981) 1 R.C.S. 111; *P.C.L. Construction c. Alta*, (1984) C.L.R. 204.

89. Par exemple, au même moment où la Cour d'appel de l'Ontario se prononçait sur l'affaire *Ron Engineering*, cette même Cour rendait une décision au même effet dans *Toronto c. Pool Construction Ltd. et al.*, (1979) 10 M.P.L.R. 157 (La Cour suprême rejeta la permission d'en appeler): Dans cette affaire, Poole Construction se rend compte immédiatement après l'ouverture des soumissions d'une erreur substantielle. Elle en avise dans l'heure qui suit le sollicitant et demande la permission de retirer son offre.

tiquée par la doctrine⁹⁰. En effet, les auteurs mettent en doute l'existence véritable d'un contrat unilatéral au moment du dépôt de la soumission. Il ne peut alors y avoir de considération au contrat du fait que le sollicitant ne s'engage à aucune obligation en retour de l'engagement du soumissionnaire à déposer son offre. Pour le professeur R.S. Nozick:

"A unilateral offer is normally described as an offer of a promise in exchange for an act. The contract is formed when the requested act is performed in response to the offer, there being no obligation on the offerer to perform the act".

Il importe de mentionner que la notion de contrat unilatéral ou de précontrat avancée par le juge Estey n'est qu'une interprétation restrictive de dispositions contenues dans les documents contractuels. Par contre, cet arrêt a, sur le plan pratique, une portée considérable vu la présence de textes similaires à ceux étudiés dans l'arrêt *Ron Engineering* dans la majorité des contrats passés par les administrations fédérale, provinciale et même décentralisées. Pour cette raison, avant d'appliquer cette théorie de l'irrévocabilité du contrat A, une analyse des dispositions contractuelles devra être faite dans chaque situation.

Dans *Calgary c. Northern Construction*⁹¹, un contracteur se rendant compte d'une erreur de 181 000\$ dans une offre, quelques

Malgré cela, le comité exécutif vote l'octroi du contrat à Poole Construction. Poole refuse de signer le contrat. La ville négocie avec le deuxième plus bas soumissionnaire et poursuit Poole et sa caution en dommages-intérêts pour la différence de prix. Dans le formulaire de la soumission, on y lit à la clause (6d) l'irrévocabilité de l'offre jusqu'à la signature du contrat par le soumissionnaire choisi, à la clause (6e), que l'octroi du contrat par le comité exécutif ou le conseil, équivaut à l'acceptation de l'offre sans autre avis au soumissionnaire, et à la clause (7) que toute soumission doit être accompagnée d'un cautionnement. On retrouve également, au paragraphe 17 du cahier d'informations générales aux soumissionnaires, que la Corporation se réserve le droit de rejeter une ou toutes les soumissions ou d'accepter quelque soumission et qu'il est dans son intérêt d'accepter. On y précise également que l'offre ne pouvait être valide au-delà de 60 jours. La Cour d'appel applique alors les principes énoncés dans *Belle River c. W.J.C. Kaufman*, (1978) 20 O.R. (2d) 447 à l'effet que l'erreur commise par Poole vaut pour la caution et que le propriétaire ne pouvait accepter de soumissions qu'il savait erronées et dont l'erreur affectait une clause fondamentale du contrat.

90. Voir notamment R.S. NOZICK, (1982) 60 *R. du B. Can.* 345; John SWAN, (1981) 15 *B.C. Law Rev.* 447; Joost BLOOM, (1981-82) 6 *Canadian Business Law Journal* 80.

91. (1982) 23 *Atla L.R.* 338.

heures après l'ouverture des soumissions, en avise immédiatement la propriétaire; la mauvaise foi n'est pas en cause. Toutefois, la ville accepte la soumission et envoie le contrat pour qu'il soit signé. Le contracteur refuse de signer le contrat à moins que l'on corrige l'erreur. La ville attribue le contrat au deuxième plus bas soumissionnaire et réclame au contracteur des dommages-intérêts pour la différence de prix. De l'aveu même du juge Waite, cette affaire a plusieurs faits similaires avec l'affaire *Ron Engineering*⁹².

- 1.- Le contracteur a fait une erreur cléricale en transcrivant officiellement sa soumission;
- 2.- L'erreur n'était pas apparente à la face même du dossier;
- 3.- L'erreur a été rapportée rapidement à la propriétaire;
- 4.- C'était une erreur honnête, faite involontairement et dénuée de toute mauvaise foi;
- 5.- La soumission était irrévocable pour un certain temps.

Mais, ajoute-t-il, il y a deux points importants qui distinguent le présent cas de *Ron Engineering*:

1° En l'espèce, la Ville de Calgary avait accepté la soumission. Ce qui a pour effet de soustraire le contracteur des obligations engendrées sous le contrat "A" pour le placer sous les obligations du contrat "B" situation qui n'a pas été considérée dans *Ron Engineering*.

2° Même si la Ville avait choisi de poursuivre en vertu des pénalités prévues sous le contrat "A" comme cela s'est fait dans *Ron Engineering*, cette dernière n'aurait pas pu. Dans *Ron Engineering*, les clauses 13 et 14 du cahier intitulé "Renseignements généraux aux soumissionnaires" permettaient à la propriétaire de retenir le dépôt si le contracteur ne signait pas le contrat dans les 7 jours après que la Ville l'eut soumis au contracteur. La clause équivalente en l'espèce (clause no. 8) autorisait la Ville à retenir le dépôt à titre de dommages-intérêts liquides si la soumission était retirée avant que le Conseil de ville puisse la prendre en considération ou avant la recommandation d'acceptation par les commissaires. En l'espèce, le contracteur n'avait pas retiré sa soumission à cette époque.

Dans cette affaire, le juge Waite en arrive à la conclusion que la solution est en fonction de l'erreur dans le droit des contrats en

92. (1981) 1 R.C.S. 111.

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. Beurivage 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 Dackar 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 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”.

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. BERGEAT, *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

examen de compatibilité entre deux textes, soit les documents d'appel d'offres et la soumission présentée¹⁰⁸. L'Administration peut écarter une soumission non conforme mais non une considérée comme non avantageuse, soit par exemple parce que les qualités réelles, techniques ou financières du soumissionnaire sont mises en doute. L'appréciation revient à l'autorité de tutelle et non à l'autorité administrative contractante. En effet, l'objection que l'autorité publique se voit contrainte de traiter avec des entrepreneurs ou des fournisseurs inexpérimentés et insolvables s'estompe vu qu'il est possible d'écarter la plus basse soumission avec la permission d'une autorité supérieure.

De plus, même lorsque l'Administration est liée par la loi et doit choisir l'offre la plus basse, l'adjudication ne peut aboutir à lui imposer un cocontractant indésirable. Une demande de soumission ne saurait lier l'autorité envers le plus bas soumissionnaire si une clause de réserve, comme le soulignait la Cour d'appel, est incluse à la demande par laquelle, elle ne s'engage "ni à accepter la plus basse ni aucune soumission"¹⁰⁹. Même en l'absence d'une telle clause, l'Administration n'est jamais obligée de contracter et reste toujours libre de refuser tous les soumissionnaires¹¹⁰. C'est seulement si elle contracte, qu'elle se voit dans l'obligation de choisir le plus bas soumissionnaire.

juge Vaillancourt écrivait: "Je crois qu'il faut que cela en soit ainsi, dans le domaine des soumissions en général et dans celui des soumissions publiques surtout. Les règles doivent être précises et pour qu'elles soient équitables, être appliquées sans discrimination. Je ne suis pas d'accord avec le procureur de la requérante à l'effet que les fonctionnaires chargés d'examiner les soumissions doivent avoir, dans le cas qui nous occupe, une discrétion. Cette discrétion leur a été enlevée à bon escient car c'est là le gage d'une justice équitable".

108. Il est important de mentionner que le contrat qui sera conclu suite à l'appel d'offres devra être conforme aux modalités de la soumission qui a été acceptée: voir à cet effet: *C.E.G.E.P de Trois-Rivières c. Procureur général du Québec*, Cour supérieure Trois-Rivières, no 400-05-000263-769, le 4 juin 1979, p. 6; *Corporation municipale de la Cité St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction*, (1974) C.A. 411.
109. *Community Enterprises Ltd. c. La Corporation de la Ville d'Acton Vale*, (1970) C.A. 747; voir aussi *Camille Fontaine & Fils Inc. c. Ville de St-Hyacinthe*, (1981) 11 M.P.L.R. 51; *L'Écuyer c. Cité de Carignan*, J.E. 84-799; *Desfossés c. Corporation municipale de la paroisse de Ste-Clothilde*, J.E. 85-388.
110. *Valiquette c. Municipalité La Pêche*, J.E. 82-1200 (C.S. Hull).

2.6.1.2 Le concept de conformité

Le terme *conforme* juxtaposé aux mots *plus bas soumissionnaire* soulève sur le plan pratique d'énormes difficultés. C'est tout le problème des irrégularités substantielles susceptibles d'entraîner le rejet des soumissions irrégulières¹¹¹. À la lecture des règlements¹¹², il apparaît toute une série de conditions pour qu'une soumission soit acceptée par l'Administration. De plus, les cahiers des charges, les instructions aux soumissionnaires précisent certaines exigences de conformité. Celles-ci peuvent parfois varier d'un document à l'autre et sont même susceptibles de se contredire. À ce sujet, le professeur Thérèse Rousseau-Houle écrivait:

"Quant aux contradictions susceptibles d'être découvertes entre, par exemple, l'avis et les instructions aux soumissionnaires, ou encore entre la formule de soumission et les cahiers de charges, il semble que les instructions aux soumissionnaires doivent avoir priorité puisqu'elles édictent des dispositions plus particulières, et que la formule de soumission prive les cahiers de charges parce que la formule est un document qui est présenté pour l'adjudication"¹¹³.

Malgré cette difficulté de cerner exactement ce concept de conformité, il est toutefois possible de dégager dans la jurisprudence à défaut de règles bien établies, certains critères qui guident maîtres d'oeuvre et juges dans leur évaluation de la conformité d'une soumission¹¹⁴.

2.6.1.2.1 Les irrégularités affectant la conformité

Des irrégularités ou omissions dans une soumission seront considérées comme les rendant non conformes et par conséquent, non acceptables pour l'Administration, si celles-ci touchent la substance même de l'appel d'offres. Autrement dit, si le défaut porte sur un élément essentiel ou sur une disposition obligatoire des divers documents de la soumission, il entraînera le rejet de celle-ci. Agir autrement serait aller à l'encontre de l'esprit du système des

111. Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson et Lafleur/ Sorej, 1982, p. 109.

112. Voir par exemple, *Le Règlement sur les contrats de construction du Québec*, R.R.Q. 1981, c. A-6, r. 1.

113. *Op. cit.*, note 1, 99-100; voir aussi *T.G.C. Inc. c. Ville de Plessisville*, C.S. Arthabaska, no 415-05-000180-901, 24 février 1984.

114. René DUSSAULT et Louis BERGEAT, *op. cit.*, note 4, 659: "Pour être légalement admissible, une soumission n'a pas à être en tout point conforme aux conditions et exigences stipulées par l'administration".

soumissions en brisant l'égalité entre les concurrents. Les conditions doivent être les mêmes pour tous les soumissionnaires et tous doivent être mis sur un pied d'égalité. C'est la conséquence de la concurrence. Il serait absurde d'exiger de faire des appels d'offres si l'autorité publique contractante pouvait par la suite accepter à son gré une soumission qui ne répond pas à des exigences expresses ou qui en modifie certaines autres. Par contre, celle-ci peut valablement choisir une soumission nettement irrégulière s'il a pris la précaution d'obtenir la permission d'une autorité de tutelle¹¹⁵.

Par contre, en présence d'une formalité essentielle, aucune discrétion n'est laissée aux fonctionnaires chargés d'examiner les soumissions¹¹⁶. Dans ce domaine, les règles sont précises et pour qu'elles soient équitables, elles doivent être appliquées avec rigueur. Aucune discrétion ne peut alors exister. Il en va autrement pour une irrégularité jugée non substantielle¹¹⁷. Soulignons en outre qu'une fois que l'autorité publique accepte une soumission contenant une simple irrégularité sous condition de régularisation et que le soumissionnaire a effectivement remédié aux défauts, elle ne peut par la suite revenir en arrière et refuser d'accorder le contrat en invoquant la non-conformité¹¹⁸.

Quels sont les éléments considérés comme essentiels?

— Garanties et cautionnement

L'irrégularité quant au cautionnement ou à la garantie apparaît être une des exigences de la conformité. Tout d'abord, il semble acquis que l'absence totale de cautionnement ou de chèque cer-

115. *J.H. Dupuis c. Ubald Blouin et Fils*, (1972) C.S. 605: Dans cette affaire le maître d'oeuvre avait obtenu un arrêté ministériel afin de permettre à l'intimé plus bas soumissionnaire, de fournir l'attestation de garantie qu'il n'avait pas présentée avant l'ouverture des offres.

116. *Cie de pavage d'asphalte Beaver Ltée c. Procureur général du Québec*, C.S. Montréal, no 500-05-011903-844, 7 novembre 1984.

117. *Germain Lépine c. Ville de Québec*, C.A. Québec, no 200-09-000343-787, le 25 avril 1983; *Richard Piche Inc. c. Ville de Ste-Foy*, C.S. Québec, no 200-05-000124-805, le 6 février 1980; *Entreprises Jarbec Inc. c. Corporation municipale du Canton de Stoke*, J.E. 84-726 (C.S.); *Construction Napoléon Brochu Inc. c. La Cité de Sept-Iles*, C.S. Mingan, no 650-05-000319-78, le 23 octobre 1978; *Jos Pelletier Ltée c. C.E.G.E.P. de l'Outaouais*, J.E. 473 (C.S.).

118. *Cie Miron Ltée c. Ville de Lemoyne*, (1979) C.S. 787.

tifié rend la soumission non conforme et automatiquement reje-table¹¹⁹.

La règle n'est toutefois plus aussi claire lorsque la garantie jointe à la soumission ne respecte pas en son intégralité toutes les conditions exigées. Dans *Diversified Engineering Equipment c. A.G. of N.-S.*¹²⁰, le premier appel d'offres demandait que les soumissions soient accompagnées d'un cautionnement pour au moins 10% de la valeur de la soumission ainsi que d'une lettre de la caution. Or, bien que conforme en tout autre point, la soumission du demandeur avait été écartée au motif de sa non-conformité, car celui-ci avait présenté un chèque certifié au montant de 10% de la valeur de sa soumission plutôt qu'un cautionnement. Le maître d'oeuvre préférant s'en tenir strictement aux exigences des documents remis aux soumissionnaires, rejeta la soumission et décida de procéder à un nouvel appel d'offres. Le juge considéra qu'il s'agissait d'une discrétion du maître d'oeuvre dans laquelle il ne devait pas intervenir.

Dans *Germain Lépine c. Ville de Québec*¹²¹, la Cour d'appel avait à traiter une situation similaire quant à la discrétion de l'autorité publique d'admettre ou de refuser une soumission contenant certaines irrégularités dans le défaut de cautionnement. Elle confirma la discrétion du contractant soit pour corriger une simple irrégularité, soit pour rejeter la soumission. L'appelant avait fourni tel qu'exigé un engagement écrit d'une compagnie d'assurance autorisée à se porter caution judiciaire. Quant au soumissionnaire choisi, il avait accompagné sa soumission d'un chèque certifié et d'une lettre de la Banque provinciale dans laquelle celle-ci s'engage à cautionner si l'offre est acceptée. Selon le juge, la ville pouvait accepter cette soumission vu que l'exigence quant au cautionnement à donner d'un assureur en était une qui pouvait être modifiée par la ville.

119. Voir *Paquin c. Prescott*, (1983) C.S. 1053; *Lorenzo Lavoie c. Comm. d'école pour la mun. de paroisse Ste-Jeanne-d'Arc*, (1962) R.L. 82; *Fontaine (Camille) et Fils c. Ste-Hyacinthe*, (1979) 11 M.P.L.R. 51; *Richard Piché Inc. c. Corp. mun. de Ste-Foy*, C.S. Québec, no 200-05-000124-805, le 6 février 1980.

120. (1980) 76 A.P.R. 513.

121. C.A. Québec, no 200-09-000343-787, 25/04/1983.

— Erreurs de calcul

Dans *Municipality of Metropolitan Toronto v. Poole Construction*¹²², le prix global soumis était de plus de 500 000\$ inférieur à ce qu'il aurait dû être n'eut été de l'erreur. La Cour décida que le maître d'oeuvre ne pouvait pas accepter une soumission en sachant qu'elle contenait une erreur qui affectait un terme fondamental du contrat et ce, même s'il s'agissait d'une erreur unilatérale et non évidente.

Par ailleurs, si l'appel d'offres stipule que le prix total soumis doit être la somme du prix stipulé (stipulated price) et de montants supplémentaires (extended amount), le maître d'oeuvre pourra rejeter toute soumission qui ne se conforme pas à cette clause¹²³.

— Déposées en retard

Le retard dans la livraison de la soumission semble entraîner le rejet automatique de celle-ci¹²⁴. Par ailleurs, les employés du maître d'oeuvre n'ont pas l'autorité pour accorder une extension de temps pour le dépôt de la soumission. C'est ce qui a été décidé dans *A.J. Diamond Associates v. City of Halifax*¹²⁵. Le demandeur voulait obtenir une injonction afin de forcer la Cité d'Halifax à recevoir et considérer sa soumission sous prétexte qu'un employé de la Cité d'Halifax lui aurait accordé une extension de temps pour acheminer sa soumission. Or, la Cour jugea que l'employé n'avait pas accordé cette extension et que de toute façon, il n'avait pas l'autorité pour le faire et ainsi lier la Cité. Il aurait fallu, pour ce faire, une ratification du Conseil municipal.

— Dérogations aux exigences expresses des documents remis aux soumissionnaires

Le défaut de fournir certaines pièces justificatives constitue une omission sur un élément essentiel qui justifie le rejet d'une soumission. Dans *Lepage c. Ste-Brigitte-des-Saults*¹²⁶, la municipalité a rejeté la soumission du demandeur car il avait omis de dépo-

122. (1979) 10 M.P.L.R. 157 (S.C. Ont.).

123. *PCL Construction c. The Queen in right of Alberta*, (1984) 5 C.L.R. 204.

124. *Richard Piché Inc. c. Corp. mun. de Ste-Foy*, C.S. Québec, no 200-05-000124-805, le 6 février 1980.

125. (1979) 3 N.S.R. (2d) 510.

126. J.E. 83-109.

ser des pièces justificatives quant à une souffleuse à neige et il ne mentionnait rien d'une machine à épandre le sable et le sel. Ceci fut considéré comme un défaut de preuve à l'effet qu'il possédait effectivement l'équipement requis à la demande de soumissions pour faire les travaux qui y étaient décrits. L'injonction que demandait le soumissionnaire pour faire déclarer valide sa soumission et d'obtenir le contrat fut rejetée. De même, le défaut de respecter les spécifications et devis en mécanique a aussi été considéré comme rendant une soumission non conforme¹²⁷.

Par ailleurs, lorsqu'un article des instructions aux soumissionnaires prévoit expressément que certaines clauses ne pourront pas faire l'objet d'une correction, l'omission de répondre adéquatement à ces clauses entraînera le rejet automatique de la soumission. Dans *Cie de pavage d'asphalte Beaver Ltée c. P.G.Q.*¹²⁸, un des articles stipulés non corrigeable mentionnait que le ministère n'accepterait aucune soumission qui ne serait pas signée aux endroits prévus à cet effet par une personne autorisée. Or, la requérante n'avait pas signé, tel qu'exigé, la première page de sa soumission. Selon le juge, ce défaut ne peut pas être assimilé à une simple erreur de style. "Il y a de ces formalités qui sont essentielles et qui constituent des éléments essentiels de la formation d'un contrat"¹²⁹. Le soumissionnaire est, en effet, toujours libre de soumissionner donc lorsqu'il le fait, il doit "lire avec précaution les documents de soumission et se conformer aux instructions qui lui sont données"¹³⁰.

— Défaut de se conformer au Code du B.S.D.Q.¹³¹

Lorsque les parties sont soumises au système des soumissions déposées, elles doivent respecter fidèlement les dispositions du Code du B.S.D.Q.:

"En adhérant à cet organisme, l'appelante et les intimées se sont engagées à se conformer aux règles du Code relatives aux soumissions et à la passation des contrats envisagés. Les engagements réciproques pris librement par le donneur d'ordre et les soumissionnaires forment à mon avis un contrat col-

127. *Jos Pelletier Ltée c. CEGEP DE l'Outaouais*, (1983) C.S. 185.

128. *Supra*, note 116.

129. *Id.*, 3.

130. *Ibid.*

131. B.S.D.Q.: Bureau des soumissions déposées du Québec.

lectif qui, loin d'être contraire à l'ordre public, favorise l'honnêteté et le maintien d'une saine concurrence dans le domaine de la construction"¹³².

Le défaut de se conformer au Code du B.S.D.Q. constituera donc une infraction contractuelle. C'est pourquoi la bonne foi, l'absence de fraude et de manoeuvres discriminatoires ne pourront pas être une défense valable pour pallier à ce défaut.

Dans *Henri Paquette Inc.*¹³³, le sous-traitant avait omis de déposer son cautionnement au B.S.D.Q. en même temps que sa soumission. Après un appel téléphonique de l'entrepreneur-général l'avisant de ce fait, il fournit le cautionnement en le remettant directement à la ville plutôt qu'au B.S.D.Q. Il fut jugé que le défaut d'accompagner la soumission du cautionnement était fatal et le sous-traitant ne pouvait pas la rendre conforme en agissant comme il l'a fait. De même, dans *Ébénisterie Beaubois Ltée c. J.M. Meunier Inc.*¹³⁴, la soumission du sous-traitant Meunier était, au départ, conforme. Toutefois, après l'ouverture des soumissions, celui-ci a accordé un avantage ayant pour effet d'en changer le prix véritable, contrevenant aux dispositions du Code du B.S.D.Q. et rendant ainsi sa soumission non conforme. Par conséquent, l'entrepreneur-général ne pouvait retenir cette soumission. "Les défenderesses (entrepreneur-général et sous-traitant choisi), en ne respectant pas leurs obligations découlant du Code du B.S.D.Q., l'une en accordant et l'autre en acceptant un sous-contrat qui aurait dû être confié à la demanderesse, sont responsables des dommages subis par cette dernière"¹³⁵.

Il ne faudrait cependant pas croire que le plus bas soumissionnaire conforme, écarté au profit d'un autre dont la soumission était non conforme, ait automatiquement droit à des dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Hervé Houde Ltée c. Laurent Gagnon Inc.*¹³⁶, la défenderesse dont la soumission fut acceptée, avait oublié d'y inclure l'addenda MC-2 tel qu'exigé par les prescriptions du B.S.D.Q. Celle-ci a d'ailleurs été condamnée à une amende pour ne pas s'être conformée aux règles du Code et pour avoir soumis une offre illégale. Mais, souligne le juge, une telle sanction ne signifie

132. *Benoît & Kersen Ltd. c. Magis Construction Ltd.*, (1979) C.A. 301, 303.

133. *Henri Paquette Inc. c. Trois-Rivières*, J.E. 83-263, p. 16.

134. L'article 1.2 du Code du B.S.D.Q. dispose qu'un soumissionnaire ne peut contracter autrement qu'aux prix et conditions d'une soumission qu'il a déposée au B.S.D.Q.

135. *Id.*, 8.; Voir aussi *Léon Electric c. Les Entreprises Claude Laprise Inc. et al.*, C.S. Mtl, no 500-05-010817-771, 11/12/1981.

136. C.S.Q., no 200-05-000936-745, 09/12/77.

nullement que la demanderesse doit obligatoirement avoir gain de cause contre la défenderesse. "Pour réussir son action, la demanderesse devait et doit nécessairement établir que c'est elle qui aurait obtenu le contrat de la Corporation de l'hôpital concerné et qu'elle en a été privée par la présence de la défenderesse avec sa soumission nettement irrégulière"¹³⁷. En effet, souligne le juge, même si la demanderesse devenait la plus basse soumissionnaire advenant le retrait de la soumission non-conforme, la Corporation de l'hôpital n'était nullement obligée de lui accorder le contrat et d'ailleurs elle s'était expressément réservée un tel droit dans son appel d'offres. Par conséquent, le recours de la demanderesse de même que les dommages qu'elle réclame reposent, selon le juge, sur un fait aléatoire et hypothétique, ce qui a entraîné le rejet de l'action.

La situation était assez semblable dans *Somec Inc. c. Corporation Immobilière Dallaire et Fc. Inc. et al.*¹³⁸, la soumission choisie était non conforme car le soumissionnaire avait faussement et délibérément indiqué la co-défenderesse comme adjudicataire du sous-contrat. La demanderesse conclut qu'étant la plus basse soumissionnaire, le contrat aurait dû lui être adjugé. Pour satisfaire à l'exigence de preuve exprimée dans *Hervé Houde Inc.*¹³⁹, la demanderesse a établi au moyen de statistiques que, malgré l'article I-1 du Code selon lequel le Code ne peut être interprété comme assurant au plus bas soumissionnaire l'adjudication du contrat concerné, elle était raisonnablement en droit de s'attendre à ce que le contrat lui soit accordé. En effet, ce genre de contrat a été accordé au plus bas soumissionnaire dans une proportion de plus de 80% de 1979 à 1983. Le juge accepte cette prétention et reconnaît qu'il y a un lien de droit entre les fautes de Dallaire Inc. et la perte réclamée par Somec. Des dommages-intérêts pour compenser sa perte de profits furent donc accordés.

On peut donc voir, comme le soulignait le juge dans *J.B. Normand (Québec) Ltée c. Jos Pelletier Ltée que:*

"La jurisprudence n'est pas unanime quant à savoir si un sous-entrepreneur qui n'a pas été choisi en contravention aux règles du Code de la B.S.D.Q. peut intenter une action en dommages-intérêts pour la perte de profit parce qu'il n'a pas eu le contrat"¹⁴⁰.

137. *Id.*, 10.

138. C.P.Q., no 200-02-002597-823, le 13 janvier 1983; cet arrêt fait une revue de la jurisprudence sur ce sujet.

139. *Supra*, note 136.

140. J.E. 83-1072, pp. 4 et 5.

Ainsi, "même si le défendeur était assujéti aux règles de la B.S.D.Q., le demandeur doit établir qu'il avait une probabilité quasi-certaine d'obtenir le contrat et qu'il avait subi un préjudice réel, soit une perte de profit"¹⁴¹.

2.6.1.2.2 Les irrégularités sur des éléments accessoires ou secondaires

Lorsque le défaut contenu dans la soumission ne porte plus sur un élément essentiel et n'affecte pas la substance même de celle-ci, l'autorité publique disposera d'une grande discrétion soit permettre la correction du défaut ou encore de rejet de la soumission; la Cour n'interviendra pas en l'absence de mauvaise foi de sa part¹⁴². Les irrégularités mineures, surtout celles qui peuvent être facilement et rapidement réparées, ne doivent pas entraîner la nullité de l'adjudication du contrat¹⁴³, si elles ne sont pas de nature à porter atteinte aux objectifs fondamentaux inscrits dans les lois ou les règlements. Au sujet de ces objectifs, il s'agit de "protéger les contribuables en obligeant la Ville à choisir le meilleur marché possible, entre plusieurs offrants de prestations de même qualité, tout en assurant entre les soumissionnaires le plein jeu de la concurrence loyale"¹⁴⁴. D'ailleurs, le juge Bernier dans cette décision se base sur un autre, *J.A. Auclair Ltée c. Cité de Giffard et Alex Poulin Excavation Inc.*¹⁴⁵ émit l'opinion suivante:

"(...) le tribunal est d'avis qu'en vertu du texte législatif qui régit ici les parties soit l'article 610 de la *Loi des cités et villes*, une ville ne serait pas tenue de rejeter, pour les fins de l'adjudication du contrat, une soumission substantiellement conforme dont les irrégularités ne porteraient que sur des points accessoires et secondaires facilement remédiables, en l'absence de mauvaise foi de la part du soumissionnaire. Rien dans l'article précité ne requiert qu'une soumission, pour qu'elle soit légalement admissible, soit en tout point conforme aux conditions et exigences de fond et de forme que la ville a incluses dans le document d'appel d'offres et les documents qui en font partie. L'exiger serait ajouter au texte de la loi une condition qui ne s'y trouve pas; ce serait, de la part du tribunal, usurper le rôle du législateur..."

141. *Id.*, 5.

142. *Desfossés c. Ste-Clothilde-de-Horton*, J.E. 85-388; *Richard Piché Inc. c. Ste-Foy*, C.S. Québec, no 200-05-000124-805, le 6 février 1980, p. 8.

143. *Richard Piché Inc. c. Ville de Ste-Foy*, C.S. Québec, no 200-05-000124-805, le 6 février 1980.

144. *Id.*, 7.

145. C.S.Q., no 16-902, le 17 décembre 1973, cité dans *Richard Piché Inc.*, *id.*, 8.

On peut relever, à partir de la jurisprudence, plusieurs éléments qui constituent des irrégularités mineures ou accessoires:

— **Apposition du sceau de la compagnie**

Le défaut d'apposer le sceau de la compagnie sur une formule de cautionnement ne rend pas la soumission non conforme. Dans *M.J. Peddlesten Ltd. v. Liddell Construction Ltd.*¹⁴⁶, on a jugé qu'il s'agissait d'une simple erreur dans la préparation du document qui aurait pu être corrigée immédiatement. Il y a donc eu bris de contrat de la part du défendeur puisque celui-ci a refusé d'accepter la correction et de contracter avec le demandeur. Des dommages-intérêts furent accordés.

— **Mention d'un nom**

L'omission de mentionner le nom d'une personne avec laquelle le maître d'oeuvre peut communiquer a été considérée, dans *Lepage c. Ste-Brigitte-des-Saults*¹⁴⁷, comme n'invalidant pas la soumission. Au lieu de cette mention, le soumissionnaire avait inscrit le nom de la compagnie et deux numéros de téléphone. En l'espèce, il s'agissait de personnes qui habitaient Ste-Brigitte et qui étaient connues de la défenderesse. L'erreur n'a donc pas eu d'incidence.

— **Numéro de téléphone**

L'erreur dans le numéro de téléphone, dans *Lepage c. Ste-Brigitte-des-Saults*¹⁴⁸, dans la soumission du demandeur n'était qu'accessoire. Elle n'a pu produire aucune confusion dans l'esprit de la défenderesse et n'a d'ailleurs pas servi de critère au rejet de cette soumission.

— **Absence de certains documents**

Dans *Rémillard c. St-Hubert*¹⁴⁹, on a jugé que le défaut de fournir la "liste des appareils" exigée dans les documents de soumission ne

146. (1981) 128 D.L.R. (3d) 360.

147. J.E. 83-109.

148. J.E. 83-109.

149. J.E. 82-839.

portait que sur un point accessoire et secondaire. La ville pouvait autoriser la mise-en-cause à corriger sa soumission et lui octroyer le contrat conditionnellement à cette correction, puisque la soumission était déjà "substantiellement conforme aux dispositions du cahier des charges et aux autres exigences de la ville".

Dans *Transport Déchex c. St-Hubert*¹⁵⁰, la mise-en-cause, dont la soumission a été choisie, n'a pas inclus dans celle-ci la liste des équipements, son permis de la Commission des transports du Québec ainsi qu'une attestation ou preuve de conformité à la loi et aux règlements de la C.S.S.T. Le Conseil municipal lui a permis de fournir les documents requis après l'ouverture des soumissions. Selon le juge, ces omissions n'auraient pas dû affecter la validité de la soumission et chacune des exigences auxquelles la mise-en-cause ne s'est pas conformée pouvait être corrigée.

— Résolution du Conseil d'administration

Le fait que la résolution du Conseil d'administration accompagnant la soumission ne soit pas conforme aux exigences, car n'étant pas assez spécifique et datant de plus d'un mois est, selon *Spino Construction Cie Ltée c. Beauce Underground Structures et C.U.Q.*¹⁵¹, un simple vice de forme ou un défaut mineur auquel le maître d'oeuvre peut passer outre.

— Omission de remplir une formalité

Dans *Richard Piché Inc. c. Corp. mun. de Ste-Foy*¹⁵¹, le soumissionnaire choisi, avait omis d'inscrire un crochet d'acceptation (ou de refus) des clauses de garantie dans les colonnes "oui" ou "non" prévues à cet effet. La municipalité a permis la correction de ce défaut. Selon le juge, il est clair que cette irrégularité n'est pas de celles qui vicie fondamentalement une soumission. Il est bien évident que, par son omission, la Cie Forano n'avait pas pour but de concurrencer déloyalement les autres soumissionnaires puisque, ayant tôt constaté son omission, elle s'est empressée d'y remédier. L'omission n'avait pas pour objet de tromper l'intimée puisque le prix proposé par la compagnie Forano n'a en rien été modifié ni par l'erreur qui avait été commise, ni par la correction

150. J.E. 82-855.

151. C.S.Q., no 200-05-000205-844, le 8 juin 1984.

152. C.S. Québec, no 200-05-000124-805, le 6 février 1980.

qui a été subséquemment apportée¹⁵³. Le juge conclut donc que l'erreur sitôt réparée ne pouvait plus donner lieu à l'annulation du contrat.

— Ne constituent pas des irrégularités

Certains éléments ont été jugés ne pas constituer une irrégularité et donc ne pas affecter la conformité de la soumission. Dans *TGC Inc. c. Corp. Mun. de Plessisville*¹⁵⁴, la soumission de la requérante a été considérée non conforme par la ville car elle ne comprenait pas 3 documents exigés par le cahier des charges. Or, une note de l'ingénieur de ville, au bas de la liste des documents à fournir, ne rendait ces documents obligatoires qu'au moment de l'ouverture des soumissions. Par conséquent, la soumission fut jugée conforme.

Par ailleurs, le fait de ne pas remplir la formule type recommandée, pour le cautionnement mais plutôt une autre formule répondant à l'ensemble des exigences des documents fournis par le maître d'oeuvre a été jugé comme n'affectant aucunement la conformité de la soumission¹⁵⁵. De même, le fait de ne pas détenir un permis selon la *Loi sur la qualification professionnelle des entrepreneurs en construction*¹⁵⁶ n'affecte pas la conformité de la soumission¹⁵⁷ à moins que les documents accompagnant l'appel d'offres ne l'exige formellement.

Aussi, "il est fort douteux que l'indication, dans l'appel d'offres, du territoire où doit être situé le principal établissement des sous-traitants, constitue de la part du Ministère des travaux publics l'engagement formel de ne pas contracter avec des sous-entrepreneurs étrangers qui lui auraient fait parvenir des soumissions"¹⁵⁸.

On a ainsi reconnu que l'administration pouvait accorder le contrat à un soumissionnaire n'ayant pas son établissement princi-

153. *Id.*, 7-8.

154. *C.S. Arthabaska*, no 415-05-000180-801, le 24 février 1984.

155. *Adélar Jacques Ltée c. Comm. scolaire régionale de l'Estrie et al.*, (1973) C.S. 565.

156. L.R.Q., c. Q-1.

157. En effet la *Loi sur la qualification professionnelle* ne fut pas qualifiée par la jurisprudence d'ordre public; voir *Girard c. Véronneau*, (1980) C.A. 534; *Claude Miville Inc. c. Construction Dufco (1978) Inc.*, J.E. 82-453; *Boralie Construction Ltée c. Merleau*, J.E. 83-1143; voir commentaires de Mme ROUSSEAU-HOULE, (1981) 41 *R. du B.* 134.

158. *Ascenseurs Alpin Otis Cie Ltée c. P.G.Q. et al.*, (1971) C.S. 243.

pal au Québec, malgré une clause expresse dans l'appel d'offres selon laquelle "seuls sont admis à soumissionner les entrepreneurs généraux et les sous-traitants qui ont leur établissement principal au Québec"¹⁵⁹. En somme, une renonciation à certaines conditions de l'appel d'offres est parfois possible¹⁶⁰. La limite est l'intégrité et l'efficacité du système des soumissions.

2.6.2 Le rejet des soumissions et un nouvel appel d'offres

Une administration même si la loi ou le règlement l'oblige à procéder par voie d'appel d'offres pour contracter, possède toujours la discrétion de se retirer à tout moment de ce processus contractuel¹⁶¹. Vu cette liberté de ne pas finaliser d'accord, une autorité publique peut-elle rejeter en bloc les soumissions présentées et ordonner un nouvel appel d'offres?

La réponse à cette question se trouve dans l'étude du pouvoir discrétionnaire que détient l'administration publique et dans la recherche de la finalité des soumissions publiques. L'exercice du pouvoir discrétionnaire n'est jamais sans limites. Il est encadré par une norme habilitante en dehors de laquelle les actes deviennent illégaux. Une compatibilité entre l'acte administratif et la norme supérieure soit la loi ou le règlement doit toujours exister. Ainsi, la décision doit être prise par une autorité compétente, portée sur l'objet prévu par la loi mais en plus, elle doit correspondre à la finalité voulue par le législateur. Violer cette règle, rend l'acte administratif injuste et oppressif si l'administré voit ses droits affectés¹⁶². L'exercice consiste donc à rechercher l'intention manifeste ou expresse du législateur¹⁶³. Elle doit être déduite, comme le souligne le professeur Pierre-André Côté¹⁶⁴, "du texte considéré dans son environnement approprié".

159. *Ibid.*

160. *Diversified Engineering Equipment Ltd. c. A.G. of N.S.*, (1980) 76 A.P. R. 513: La Compagnie à laquelle le contrat a été octroyé n'a pas utilisé l'équipement requis dans l'appel d'offres mais un équipement différent et de qualité inférieure. On a jugé que c'était le droit du ministère de renoncer à une condition de l'appel d'offres et que ceci ne donnait aucune cause d'action au soumissionnement rejeté.

161. Voir 2.6.1.1 L'absence de discrétion.

162. *Intertrade Industries Ltd. c. Cité de Côte St-Luc*, (1965) C.S. 369.

163. *Canadian Wheat Board c. Manitoba Pool Elevators et al.*, 6 W.W.R. (N.S.) 36.

164. Pierre-André CÔTÉ, *Interprétation des lois*, Montréal, Les Éditions Yvon Blais Inc., 1982, p. 247.

Les textes législatifs ou réglementaires relatifs au choix du plus bas soumissionnaire sont de rédaction similaire. Par exemple, l'article 573 de la *Loi des cités et villes*¹⁶⁵ dispose que:

"Le conseil ne peut, sans l'autorisation préalable du ministre des Affaires municipales, accorder le contrat à une personne autre que celle qui a fait la soumission la plus basse..."

En présence d'un tel article, l'autorité publique n'a que trois options soit qu'elle accepte de contracter avec le plus bas soumissionnaire conforme, soit qu'elle demande une autorisation à une autorité supérieure, soit qu'elle refuse de contracter.

Lorsque l'administration se refuse à contracter et revient par la suite avec un appel d'offres, elle ne peut le faire que dans des circonstances particulières.

En effet, le législateur impose que certains contrat soient conclus par adjudication publique. Nous sommes en présence d'un acte-condition unilatéral. L'adjudication publique est un acte juridique unilatéral qui conditionne la régularité de l'exercice de la compétence de l'administration habilitée pour conclure le contrat. Ce procédé a pour but d'assurer à la fois les conditions financières les plus favorables aux deniers publics et le choix d'un cocontractant exclusif de toute collusion aussi bien que de toute négligence, inconsciente ou coupable, de la part des fonctionnaires publics¹⁶⁶. Dans cet appel à la concurrence, les conditions doivent être les mêmes pour tous les concurrents et tous doivent être mis sur un pied d'égalité. Il ne doit exister aucun motif de préférence autre que celui des avantages consentis à l'Administration¹⁶⁷.

L'exercice du pouvoir discrétionnaire de rejeter en bloc toutes les soumissions et de recommencer un nouveau processus doit s'effectuer en conformité avec ce pourquoi des soumissions publiques.

Dans l'arrêt *Bédard c. Corporation municipale de Labelle*¹⁶⁸, le juge Landry a rendu une décision particulièrement significative de la tendance jurisprudentielle à limiter ce type de pouvoir discrétionnaire. La municipalité fit un appel de soumissions pour l'entretien de ses chemins pendant l'hiver 1982-83. Après avoir refusé la seule soumis-

165. L.R.Q., c. C-19.

166. F.-P. BENOÎT, *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, no 1078, p. 608.

167. Gaston JÉZE, *Les principes généraux du droit administratifs*, Paris, Marcel Girard, 1934, p. 91.

168. J.E. 82-997.

sion reçue, elle formula un second appel de soumissions prévoyant au lieu du dépôt équivalent à 10% du montant global du contrat annuel exigé dans la demande antérieure, un montant forfaitaire de 5 000\$. Le conseil refusa à nouveau les deux soumissions reçues et résolut de faire un nouveau cahier de charges afin de procéder à un nouvel appel d'offres. Un troisième appel d'offres identique aux précédents fut lancé sauf quant au dépôt qu'on se fixait à 10% du montant du contrat. À l'analyse de ces demandes successives de soumissions, le juge précisait:

"... Ces dispositions (système de soumissions publiques) ont été adoptées en vue d'assurer ces derniers (les soumissionnaires) de bénéficier d'une saine concurrence ... À quoi servirait tout ce mécanisme si immédiatement après on devait procéder à un second appel d'offres contenant les mêmes exigences. Celui qui aurait décidé de ne pas soumettre dans le délai imparti se verrait par le second appel le même délai étendu. Il aurait l'avantage de connaître les premières offres"¹⁶⁹.

Relativement à cette discrétion en pareille matière, le juge Lesage précisait:

"Le procureur de l'intimée nous a soumis qu'il s'agit là d'une discrétion que peut exercer l'intimée et qui n'est pas sujette au contrôle judiciaire. Le tribunal est au contraire d'avis qu'une municipalité n'a aucune discrétion pour ignorer les soumissions faites régulièrement et faire un nouvel appel d'offres pour les mêmes travaux. Ce serait déjouer les dispositions de l'article 625 C.M. qui interdisent les négociations privées"¹⁷⁰.

Dans *Beauchesne c. Ville de Bécancour*¹⁷¹, le juge Chouinard, dissident, fit valoir qu'à son avis:

"Les soumissions sont préparées en secret, ouvertes officiellement en vue d'assurer par ce processus des prix plus avantageux en général conformément aux principes d'une saine administration pour l'intérêt public. Une fois les appels d'offres connus, le processus ne peut être repris sans motifs sérieux puisque le principe même qui est sous-jacent à la disposition d'ordre public est faussé"¹⁷².

Cette jurisprudence nous amène à nous questionner sur la nature du motif valable pour qu'il soit une justification aux yeux des tribunaux.

169. *Id.*, 7.

170. *Entreprise du Bon Conseil c. Corp. mun. de Cap-Santé*, C.S. Québec, no 200-05-003242-828, pp. 6 et 7.

171. J.E. 84-631, Cour d'appel.

172. *Id.*, 3, des motifs du juge Chouinard.

Dans l'affaire *Lepage c. Corporation municipale de la Visitation de la Bienheureuse Vierge Marie*¹⁷³, le juge Gonthier considérait que des soumissions trop élevées étaient une justification raisonnable. Le motif allégué en l'occurrence, soit le prix trop élevé des soumissions correspond à l'intention du législateur d'adjuger les contrats au prix le plus bas. La municipalité pouvait, ayant écarté les premières soumissions, faire un nouvel appel d'offres.

En somme, ce qui doit guider le juge dans son pouvoir de contrôle à l'égard de ce type de décision, c'est l'élément suivant: la deuxième demande de soumissions est-elle susceptible de mettre en cause l'intégrité et l'efficacité du système de soumission et une saine gestion des fonds publics. Si oui, l'autorité publique s'est placée dans une situation d'abus de pouvoir. Vu qu'il n'appartient pas aux tribunaux de contrôler le mérite des décisions administratives, mais l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire, le contrôle du juge s'en trouve limité. Le problème doit être abordé sous l'angle de l'abus de pouvoir et non de l'ordre public. Dans *Beauchesne c. Ville de Bécancour*¹⁷⁴, les appelants alléguèrent que la Ville avait violé les dispositions impératives et d'ordre public des articles 610 et ss L.C.V. (maintenant 573 L.C.V.) en refusant d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire et en rejetant toutes les soumissions pour en demander de nouvelles.

Ce qui est d'ordre public dans des dispositions tel que l'article 573 L.C.V., ce n'est pas d'adjuger un contrat mais bien de prendre le plus bas soumissionnaire lorsque la ville décide de contracter. La question de l'ordre public ne se pose pas. Nous sommes en présence de décisions qui peuvent être annulables pour abus de pouvoir. Cet exercice abusif de la discrétion se retrouve dans ce genre de décision lorsque l'administration est soit de mauvaise foi ou qu'elle poursuit un but impropre en affectant l'intégrité et l'efficacité du système d'adjudication publique. Il en ira de même si le but poursuivi bien que fort louable et exercé de bonne foi est contraire à l'intérêt général que le législateur a entendu promouvoir.

173. J.E. 83-29 (C.S. Richelieu); voir aussi *Camille Fortin c. Ville de St-Hyacinthe*, 11 M.P.L.R. 51; *Cie d'Assurance du Québec c. Ville de Charlesbourg*, J.E. 83-568 (C.S. Québec). Le juge considère qu'une seule soumission jugée trop élevée par le Conseil est une justification raisonnable pour retourner en appel d'offres.

174. J.E. 84-631 (Cour d'appel); voir aussi *Bertrand c. Corporation municipale du Canton de Gase*, J.E. 83-9 (C.S.).

CONCLUSION

Nous voyons, à la lumière du développement qui précède, que le contrat en tant qu'instrument de l'action des administrations modernes tant étatique que des unités décentralisées et des entreprises publiques se généralise et appartient de plus en plus à un régime juridique spécifique. On peut même affirmer que sous la façade contractuelle apparaît l'acte unilatéral. Sauf quelques cas d'exception, comme certains marchés de gré à gré, le contrat formellement civil devient de plus en plus administratif. En effet, pour des nécessités purement pratiques, telles que la protection des deniers publics, l'efficacité, l'absence de favoritisme, le législateur d'une part et d'autre part, l'administration elle-même ont créé une structure complexe entourant l'acte contractuel.