

LE CONTRAT ADMINISTRATIF EN DROIT CANADIEN ET QUÉBÉCOIS†

RENÉ DUSSAULT*

DENIS CARRIER**

Québec

Introduction

I. *Le pouvoir contractuel de l'Administration.*

- 1) L'élaboration du contrat administratif
 - A) La détermination des parties au contrat
 - a) L'habilitation de l'agent administratif
 - b) Le choix du cocontractant
 - i) Procédés de choix du cocontractant de l'Administration
 - ii) Garanties exigées du cocontractant
 - B) Le contenu du contrat administratif
 - a) Limitations implicites
 - i) Limites relatives aux droits, prérogatives ou immunités
 - ii) Limites résultant de la liberté d'action indispensable à l'Administration
 - b) Limitations expresses
- 2) La conclusion du contrat administratif
 - A) Le contrôle parlementaire
 - a) La ratification législative
 - b) L'approbation budgétaire
 - B) Le contrôle gouvernemental
 - a) Ratification formelle
 - b) Approbations par une autorité supérieure

II. *Le régime juridique du contrat administratif.*

- 1) L'exécution du contrat administratif
 - A) Le pouvoir d'inspection et de surveillance
 - B) La modification du contrat administratif
 - a) Le consentement mutuel
 - b) La force majeure

†La matière de cet article fait partie d'un traité de droit administratif canadien et québécois actuellement en préparation, qui paraîtra aux Presses de l'Université Laval.

*Ph.D. (Londres), Professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec.

**LL.L. (Laval), Assistant professeur à la Faculté de droit de l'Université Laval, Québec.

- 2) Le contentieux du contrat administratif
 - A) L'inexécution ou la mauvaise exécution
 - a) Inexécution du fait du particulier
 - b) Inexécution du fait de l'Administration
 - i) L'origine et le fondement de la responsabilité contractuelle de l'Administration
 - ii) La mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle de l'Administration
 - iii) Les limitations à la responsabilité contractuelle de l'Administration
 - B) L'annulation du contrat administratif
 - a) La responsabilité quasi-contractuelle de l'Administration
 - b) L'indemnisation liée au bon vouloir de l'Administration

Conclusion

Introduction

Le dynamisme qui caractérise l'intervention de l'Etat moderne dans la promotion de l'intérêt collectif s'est traduit par une extension considérable des attributions des organes étatiques. Ne se contentant plus de réglementer l'activité des particuliers, l'Etat prend lui-même en charge de nombreux secteurs de l'activité sociale, économique et industrielle. Ces lourdes responsabilités requièrent une organisation de plus en plus complexe ainsi qu'une diversification poussée des fonctions de l'Administration. Dans ces conditions, le succès de cette mission nouvelle de l'Etat dépend dans une large mesure de la collaboration et de la coordination des efforts de chacun, puisqu'elle entraîne pour l'Administration une très forte consommation de biens et de services. En conséquence, l'Etat est amené constamment à faire appel aux citoyens afin qu'ils lui fournissent ces biens et ces services indispensables à la poursuite de sa tâche.

Or, on sait que l'Administration utilise fréquemment la décision unilatérale dans ses rapports avec les particuliers; ce procédé, d'ailleurs, constitue peut-être son aspect le plus original. Telle situation porte à croire que c'est aussi par voie unilatérale que l'Administration oblige le citoyen à lui procurer ce dont elle a besoin. Pourquoi subordonnerait-elle ses volontés au bon vouloir des particuliers pour obtenir d'eux les prestations qu'exige l'intérêt public?¹

Il est vrai que certains Etats ont adopté cette solution,² plus

¹ F.-P. Bénéot, *Le droit administratif français* (1968), p. 585.

² Il s'agit des Etats qui ont subi l'influence du Droit austro-allemand. Sur cette question, voir G. Langrod, *Administrative Contracts* (1955), 4 *Am. J. Comp. L.* 325, aux pp. 351-358.

simple à priori. Pourtant, au Canada et au Québec, comme aussi dans la plupart des Etats,³ c'est à la technique contractuelle qu'a recours l'Administration lorsqu'elle désire solliciter l'apport des citoyens. Ainsi que l'expose le professeur Francis-Paul Bénoit, "l'emploi du procédé contractuel s'explique . . . fort aisément. Il constitue en effet une conséquence des principes de respect de la liberté individuelle et de libéralisme économique qui sont à la base de tout notre droit, et notamment de notre droit administratif: il n'est donné à l'Administration des pouvoirs lui permettant d'imposer unilatéralement sa volonté aux particuliers que dans la mesure où cela est nécessaire".⁴

De cette façon, le citoyen est appelé à collaborer avec l'Administration; et cette association, loin de nuire à la tâche de l'Etat, favorise plutôt une participation plus grande de l'ensemble de la société à la réalisation du bien commun. L'arbitraire technocratique est évité d'autant, l'apport libre et volontaire de tout le corps social constituant un gage important de la démocratie.

Le désir de l'Etat de faire davantage participer le citoyen à l'administration publique se trouve bien concrétisé par la gamme très variée des contrats dits administratifs et l'expérience démontre que "la conclusion des contrats est devenue, de nos jours, l'une des activités les plus importantes de l'Administration, tant fédérale que provinciale".⁵ En témoigne cette ébauche de classification.

Selon un critère organique, on peut regrouper: les contrats conclus par les administrations fédérale ou québécoise; administrations centrales générales, c'est-à-dire gouvernement et divers ministères; administrations centrales spéciales, c'est-à-dire corporations de la Couronne, entreprises publiques, sociétés d'économie-mixte, régies, autres commissions administratives; les contrats conclus par l'Administration non centrale, c'est-à-dire corporations professionnelles, corporations municipales et scolaires; les contrats conclus par ces organismes entre eux, par exemple, entre organismes fédéraux et provinciaux, entre entreprises publiques et ministères, entre ministères et corporations municipales.⁶

³ Voir G. Langrod, *ibid.* Même le Droit soviétique reconnaît le contrat administratif. Toutefois, le plan transcende les principes de sainteté du contrat et de respect de la parole donnée. On procède aussi différemment: un acte unilatéral force à conclure des contrats à des conditions déterminées. Somme toute, il s'agit d'un acte unilatéral qui a l'apparence d'un acte bilatéral: *ibid.*, aux pp. 358-361.

⁴ F.-P. Bénoit, *op. cit.*, note 1, p. 585. Voir également André de Labadère, *Traité élémentaire de droit administratif* (4e éd., 1967), p. 291, no 516.

⁵ A. Garon, *Les contrats administratifs en droit canadien et québécois, dans: Droit administratif canadien et québécois* (1969), sous la direction de R.-P. Barbe, à la p. 273.

⁶ Les nombreuses ententes conclues entre divers organismes administratifs manifestent cette nécessité incontestable d'établir une collaboration

Selon un critère matériel, c'est-à-dire en fonction de l'objet, on peut encore classer ces contrats en de multiples catégories, dont les principales sont: les marchés de travaux, les marchés de fourniture mobiliers ou immobiliers, les marchés de service,⁷ les

constante entre, d'une part, les citoyens et l'Etat, et, d'autre part, entre les organes de l'Administration entre eux, certains étant mieux en mesure de répondre aux besoins d'une administration quelconque. Aussi considère-t-on que tous les organes personnalisés de l'Etat possèdent la capacité de contracter entre eux. Par exemple, la jurisprudence a déjà déclaré qu'un accord relatif à la construction d'une route, conclu entre une municipalité et le ministère québécois de la Voirie, constituait un véritable contrat: *Corporation municipale du canton de Wright v. Trépanier et procureur général du Québec*, [1943] B.R. 369, à la p. 377. Voir la Loi de la voirie, S.R.Q., 1964, ch. 133, art. 59. Il faut cependant remarquer qu'un tel contrat n'est possible qu'entre deux organes dotés de la personnalité juridique, ce qui exclut de ce champ toute entente entre divers ministères, lesquels n'ont aucune personnalité propre mais forment partie intégrante de la Couronne: *Wood v. R.* (1877), 7 R.C.S. 634, à la p. 645, par le juge Richards, de la Cour de l'Échiquier. Cette dernière observation amène à préciser la nature des ententes conclues entre organismes fédéraux et provinciaux ou entre organismes administratifs de deux provinces. Si ces organismes possèdent la personnalité juridique et si leur loi constitutive leur accorde ce pouvoir de conclure des ententes avec des organismes administratifs dépendant d'un autre ordre de gouvernement (fédéral ou provincial), alors on se doit de reconnaître que de tels accords constituent de véritables contrats: voir, par exemple, la Loi sur la Société de développement du Cap-Breton, S.C., 1967-1968, ch. 6, art. 16 (c). Mais la difficulté de qualification reprend toute son acuité lorsqu'il s'agit d'une entente entre deux gouvernements provinciaux ou entre un gouvernement provincial et le gouvernement fédéral. Peut-on alors parler de véritable contrat tout en admettant le principe de l'indivisibilité de la Couronne? En d'autres mots, comment la Couronne contracterait-elle avec elle-même? C'est ce qui a poussé certains auteurs à refuser le caractère contractuel à de tels accords: voir J. W. Mundell, *Legal Nature of Federal and Provincial Executive Governments: Some Comments on Transactions Between Them* (1960-63), 2 *Osgoode Hall L.J.* 56, aux pp. 72, et ss; A. Garon, *op. cit.*, note 5, aux pp. 310 et ss. Néanmoins, il reste qu'en pratique les gouvernements utilisent fréquemment la technique contractuelle dans leurs relations réciproques et dans certains cas il ne fait pas de doute qu'on en tient compte au plan du droit. Voir W. H. Moore, *The Federations and Suits Between Governments* (1935), 17 *J. of Comp. Leg. and Int. L.* 163, aux pp. 181-182; *Dominion of Canada v. Province of Ontario*, [1910] A.C. 637, à la p. 645; *In re Taxation Agreement Between Governments of Saskatchewan and Canada*, [1946] 1 *W.W.R.* 257. Dès lors, il se peut que l'accord prévienne de façon expresse quel droit le régira ou encore qu'il soumette à l'arbitrage pur et simple toute question litigieuse s'y rapportant. Si, par ailleurs, l'accord est muet sur ce point, il faudra vérifier, d'après le texte et la nature de l'entente, si les parties ont entendu conclure un véritable contrat donnant naissance à des droits et obligations réciproques. Enfin, il convient de noter que c'est le droit international public qui régira les rapports contractuels entre un organisme administratif canadien (fédéral ou provincial) et un Etat ou organisme étranger, la question de la capacité internationale des provinces demeurant encore litigieuse.

⁷ Cette catégorie de marchés doit être distinguée des services requis des employés de l'Etat sous l'empire du statut de la fonction publique. En effet de souligner le professeur Garant, dans *Le statut de la fonction publique: organisation et gestion*, dans *Droit administratif canadien et québécois*, *op. cit.*, note 5, p. 417, à la p. 429: "le fonctionnaire ou l'agent public de l'Etat ne peut pas être considéré par rapport à l'Etat comme dans une situation contractuelle". Sauf disposition contraire, le fonctionnaire est nommé unilatéralement suivant bon plaisir. Sa situation peut par la suite

marchés financiers, les contrats relatifs à la sécurité sociale des employés, les contrats de vente ou de louage de meubles ou d'immeubles appartenant à l'Administration. Sans doute cette énumération n'est pas complète, elle n'en révèle pas moins la place exceptionnelle qu'occupe le contrat dans l'activité administrative.

La variété des contrats conclus par l'Administration, si elle permet de mieux saisir comment le contrat suscite une participation plus large des individus, sociétés commerciales et corps publics à la mission de l'Etat, souligne en outre un autre objectif qui peut être atteint grâce à la technique contractuelle. Nombre d'individus et de sociétés doivent en effet leur subsistance et leur prospérité aux contrats accordés par l'Administration, de telle façon que l'Etat peut désormais planifier son économie; forcer la spécialisation et développer la recherche scientifique et autre, grâce à cette dépendance créée par le contrat. Ainsi, comme le faisait remarquer le professeur H. Street,⁸ le contrat sert, à certaines occasions, de technique de réglementation de même, qu'entre gouvernements, il offre le moyen de pallier à la rigidité de la Constitution en permettant une collaboration plus grande.⁹ Ce procédé s'avère donc d'une utilité incontestable et son efficacité explique pourquoi l'Administration l'emploie si souvent.

Ce ne sera par conséquent que dans des cas rares, lorsque la technique contractuelle se sera avérée insuffisante, que la loi ordonnera à l'Administration de procéder par voie unilatérale pour se procurer les biens ou services dont elle a besoin. Ainsi en est-il en matière d'expropriation,¹⁰ de réquisitions en temps de

être modifiée unilatéralement par voie législative ou réglementaire et même la convention collective s'analyse en définitive comme étant un règlement négocié. Seule la notion de contrat d'adhésion pourrait conserver un certain lien contractuel entre l'Etat et son fonctionnaire; mais on est forcé d'admettre alors que le contrat serait tout à fait dénaturé, n'étant en aucune façon le résultat d'une négociation entre les parties. Voir *Reilly v. R.*, [1932] R.C.S. 597, à la p. 600; *Genois v. R.*, [1937] R.C. de l'E. 176. Ainsi, il faut restreindre cette catégorie de contrats aux services réclamés de personnes hors de la fonction publique. Ces services peuvent encore être obtenus d'organismes administratifs et ainsi certaines ententes de coopération technique pourraient constituer de véritables contrats: voir sur cette question des ententes conclues entre organismes administratifs, *supra*, note 6. Enfin une concession de service public à une partie privée ne doit pas être considérée comme un contrat, car les termes de la concession ne sont pas déterminés par l'accord des volontés des parties mais sont fixés législativement: voir à ce sujet les remarques du juge Duff, de la Cour suprême du Canada, dans *Lake Champlain and St. Lawrence Ship Canal Co. v. R.* (1916), 54 R.C.S. 461, à la p. 473.

⁸ *Governmental Liability* (1953), p. 82.

⁹ Voir *supra*, note 6. Un exemple intéressant est fourni par l'arrêt *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. et al. v. A.G. for British Columbia*, [1948] R.C.S. 403.

¹⁰ Andrée Lajoie et Etienne Ribeton, L'expropriation en droit canadien et québécois, dans *Droit administratif canadien et québécois*, *op. cit.*, note 5, p. 365.

guerre ou de crise, ou encore dans le domaine de la fiscalité.¹¹ L'expérience démontre alors que l'accord des volontés est difficile, voire impossible à atteindre: l'intérêt public exige donc que l'on utilise un autre moyen.

Cette dernière réserve fait voir que l'action administrative est sans cesse mesurée par les exigences de l'intérêt collectif. Si parfois cet intérêt prohibe l'emploi du contrat, par ailleurs, il est évident que le contrat lui-même se ressent de son emprise. Aussi peut-on se demander si le contrat conclu par l'Administration est assimilable en tous points au contrat ordinaire.

La notion de contrat administratif

Fondamentalement, le contrat conclu par l'Administration ne diffère pas du contrat ordinaire: dans tous les cas, il s'agit d'un accord de volontés susceptible de produire des effets de droit. Est donc valide toute entente qui a une cause et un objet licites et qui a reçu un consentement valable de la part de personnes capables.¹² La difficulté provient cependant de l'objet du contrat—il sert à atteindre les fins de l'Administration—ainsi que de la présence à l'acte d'une personne publique. D'où le particularisme propre au contrat administratif et l'idée d'en faire une catégorie à part.

La volonté d'assurer le bon fonctionnement et la continuité du service public a conduit certains Droits, notamment le Droit français, à élaborer un régime spécial applicable au contrat administratif, à côté du régime de droit commun. Se sont ainsi juxtaposés deux régimes: l'un se rapportant tout aussi bien aux contrats entre personnes privées qu'à certains contrats de l'Administration,¹³ l'autre visant exclusivement le contrat administratif.¹⁴ Il importait alors de connaître à quels signes on peut distinguer le contrat administratif du contrat ordinaire.

Si on excepte les contrats déclarés "administratifs" par détermination de la loi,¹⁵ et qui ne suscitent évidemment aucune difficulté d'identification, trois critères furent mis de l'avant par la doctrine et la jurisprudence sans, toutefois, que l'un ou l'autre n'offre, seul, une identification satisfaisante.¹⁶ Le premier, de nature organique, se fondant sur les parties à l'acte, permet bien sûr

¹¹ F.-P. Bénéoit, *op. cit.*, note 1, pp. 485-486.

¹² R. Savoie, Commentaire sur le contrat administratif (1962), 12 R.J.T. 46, à la p. 47.

¹³ Par exemple, achats et ventes, bail, louage de services, assurance. A ce sujet, voir J. Rivero, *Droit administratif* (3e éd., 1965) avec mise à jour en (1967), p. 98; F.-P. Bénéoit, *op. cit.*, note 1, p. 586.

¹⁴ En France, il existe donc une distinction entre le contrat privé de l'Administration, auquel s'applique le régime de droit privé, et le contrat administratif, soumis au régime contractuel de droit public. Sur cette question, voir André de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* (1956), Tome I, pp. 29-135, nos 11-107.

¹⁵ André de Laubadère, *op. cit.*, note 4, p. 295, no 522.

¹⁶ J. Rivero, *op. cit.*, note 13, pp. 100-103.

d'écarter tous les contrats auxquels une personne publique n'est pas partie; mais, pour justifier une telle dérogation au droit commun, il a paru nécessaire d'ajouter que le contrat doit en outre avoir pour objet le service public. Ce second critère, de nature substantielle, recouvre cependant une réalité complexe; aussi a-t-on craint des abus dans son application et a-t-on recherché un nouvel indice plus sûr. D'emblée on s'est arrêté, comme troisième critère, à la présence au contrat de "clauses exorbitantes" du droit commun, lesquelles manifestent bien la volonté des parties de se soustraire au droit commun du contrat. Comme J. Rivero le souligne, "c'est la clause exorbitante, ou dérogoratoire au droit commun, qui, dans la majorité des cas, constitue le critère décisif du contrat administratif".¹⁷

Pourtant, la doctrine n'est pas unanime sur ce point, et une certaine critique fait remarquer qu'il s'agit là d'une notion erronée.¹⁸ Une analyse logique du problème démontre que ces clauses dites "exorbitantes" pourraient fort bien être insérées dans un contrat privé, étant donné le principe consacré de la liberté contractuelle. Leur seule utilité pour définir le contrat administratif se résume donc à indiquer le choix du régime contractuel adopté par les parties. Dès lors, la solution devient simple: le contrat administratif est "celui que soit le législateur, soit les juridictions, soit les parties, ont décidé de soumettre au régime contractuel de droit public".¹⁹

S'il est relativement facile de définir ainsi le contrat administratif dans un pays qui, comme la France, connaît la dualité de régimes, "il faut toutefois remarquer que le droit administratif canadien, de source et d'inspiration anglaise, ne possède pas de théorie générale en matière de contrats administratifs, contrairement à la situation qui prévaut en droit français. Le vocable lui-même de contrats administratifs n'est pas, ou très peu, utilisé en droit canadien pour la bonne raison qu'il est inconnu en droit anglais".²⁰ En effet, la doctrine anglaise est unanime à reconnaître que l'Angleterre "has no separate law on administrative contract".²¹ De cette façon, le problème reste entier au Canada: comment peut-on reconnaître le contrat administratif?

En principe, dans les pays qui ne connaissent pas une dualité de régimes contractuels, la même définition vaut pour le contrat administratif comme pour le contrat ordinaire. On qualifiera d'administratif le contrat entre une personne publique et un particulier

¹⁷ *Ibid.*, p. 102.

¹⁸ F.-P. Bénéoit, *op. cit.*, note 1, pp. 598-599.

¹⁹ *Ibid.*, p. 596.

²⁰ A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 274.

²¹ J. A. G. Griffith et H. Street, *Principles of Administrative Law* (4e éd., 1967), p. 262. Au même effet: H. Street, *op. cit.*, note 8, pp. 81-82; J. D. B. Mitchell, *Contracts of Public Authorities: A Comparative Study* (1954), p. 24.

ou encore entre deux personnes publiques. Ainsi, seul ce critère organique permet d'identifier le contrat administratif parmi les autres contrats tout en gardant bien à l'esprit, au départ, qu'un même régime s'applique indistinctement.²² On ne doit cependant pas négliger l'impact de l'intérêt collectif sur ce contrat, impact qui oblige à admettre un certain particularisme.²³ Ainsi, comme le fait remarquer A. Garon, "il n'en reste pas moins vrai que, comme certains auteurs l'ont signalé, certains contrats passés par l'administration offrent des caractéristiques particulières et sont régis dans une certaine mesure et à certains égards par un régime de droit différent de celui qui s'applique au même genre de contrats passés entre parties privées et cette différence est attribuable uniquement au fait que l'administration est partie à ce contrat".²⁴

L'idée de base qui commande toute l'économie du contrat privé est celle de l'égalité de principe des parties: le régime, tous les détails de la technique, sont destinés à assurer la parité de traitement des intérêts de chacun. Au contraire, le contrat administratif déroge à priori à cette règle, du seul fait de la présence à l'acte d'une personne publique. Car il s'agit alors de faire prévaloir l'intérêt général, que poursuit l'Administration, sur l'intérêt particulier du cocontractant qui recherche son profit personnel, même s'il collabore à l'activité administrative. Comme l'a bien fait remarquer le professeur Garant:²⁵

La différence essentielle qui existe dans notre Droit entre les contrats de l'entreprise privée et ceux du Service public n'en est pas une de catégorie juridique ni même de régime. Fondamentalement les deux types de contrats sont régis par les règles du Code civil. Cependant ce que la finalité de Service public confère à l'un par rapport à l'autre, c'est l'aptitude à se voir appliquer des règles dont l'exorbitance du droit commun varie suivant les exigences de l'intérêt général, et qui peuvent différer d'un service à l'autre. C'est dans ce sens avant tout que le contrat administratif comporte des prérogatives et sujétions par rapport au contrat privé; il se ressent toujours de l'emprise du Service public; il n'y a jamais parité entre les parties, l'une représentant l'intérêt général de la collectivité, l'autre un intérêt particulier.

Pour être efficace, il convient donc de construire le contrat en fonction de cette inégalité. L'égalité paraîtrait même choquante parce qu'on admet mal que les intérêts de l'Administration soient placés sur le même pied que ceux du cocontractant.²⁶ La même remarque vaut lorsqu'on est en présence d'un contrat entre deux

²² Ainsi, au Canada, on ne peut parler de contrat privé de l'Administration à côté du contrat administratif. Par "contrat administratif" on entend "contrat de l'Administration".

²³ R. Barbe, Rapport sur les sanctions de l'inexécution des contrats administratifs en droit canadien, dans Travaux de l'Association H. Capitant (1968), p. 243, aux pp. 243-244.

²⁴ *Op. cit.*, note 5, à la p. 276.

²⁵ Essai sur le Service public (1966), p. 367.

²⁶ F.-P. Bénoit, *op. cit.*, note 1, pp. 587-588.

personnes publiques: il semble alors qu'il soit plus logique de faire prévaloir les intérêts de la partie chargée d'une mission supérieure et plus générale que l'autre.

La mission de l'Administration, c'est-à-dire répondre aux exigences du bien collectif, est commune à tout organisme administratif; que ce soit le gouvernement central, à Ottawa ou à Québec, une corporation municipale ou professionnelle. Dans ces conditions, il est indispensable d'assurer à l'action de l'Administration une grande souplesse, de façon à ce qu'elle puisse librement choisir les moyens les mieux adaptés à sa tâche. Ainsi, "la puissance publique, qui s'affirme dans la décision exécutoire, reparait au sein du procédé contractuel; il y a bien accord de volontés, mais sur une base d'inégalité juridique".²⁷ La capacité contractuelle de l'Administration est strictement limitée par les lois et règlements, son consentement est subordonné à de nombreuses autorisations et approbations. La technique contractuelle, elle-même, doit respecter certaines conditions et, qui est plus, le contenu même de l'acte est touché. Il est pratique courante en effet dans les administrations modernes d'élaborer des contrats-types ou encore d'intégrer au contrat certains documents: plans et devis, modalités de paiement, conditions de travail, bordereaux d'assurances. Une attention toute spéciale doit être accordée au document intitulé: "conditions générales (*standard terms*)" qui "atténue les effets du principe voulant que les contrats administratifs soient assimilés aux contrats ordinaires et soient assujettis aux mêmes règles".²⁸ En conséquence, l'existence de ces règles spéciales au contrat administratif et de prérogatives permettant à l'Administration de déroger au droit commun a donné naissance, même en pays de *Common Law*, à un droit particulier du contrat administratif.²⁹

Sans doute, du fait de la prépondérance de l'intérêt public, ce droit est-il plutôt favorable à l'Administration qu'au simple cocontractant de l'Etat. Comme le soulignait le juge Ritchie, de la Cour de l'Echiquier, au sujet du pouvoir contractuel des commissaires et de l'ingénieur en chef des Chemins de fer nationaux:³⁰

It must be borne in mind that the commissioners and chief engineer, with whom the contractors had to deal, and in whom such large powers were, no doubt, vested, stand in a very different position from

²⁷ J. Rivero, *op. cit.*, note 13, p. 103. C'est ce qui autorise G. Langrod, *op. cit.*, note 2, à la p. 331, à établir un rapprochement du contrat administratif avec l'acte unilatéral. Pour sa part, André de Laubadère, *op. cit.*, note 14, p. 24, no 8, analyse le contrat administratif comme étant un acte mixte.

²⁸ R. Barbe, *op. cit.*, note 23, à la p. 244.

²⁹ Selon A. W. Mewett, *The Theory of Government Contract* (1959), 5 McGill L.J. 222, à la p. 240, les pouvoirs exorbitants accordés à l'Administration subordonneraient donc sans cesse le contrat à la discrétion administrative.

³⁰ *Jones and Simpson v. R.* (1877), 7 R.C.S. 570, à la p. 616.

private parties or corporations contracting on their own behalf, or engineers employed by parties so situated. They were appointed by the Crown to manage, superintend and carry to completion a great Dominion undertaking in which they had no private or individual interest.

Dans sa décision, le juge refusait au cocontractant le droit d'être payé pour les travaux supplémentaires requis lors de la construction d'une voie ferrée, mais qui n'avaient pas reçu les autorisations nécessaires. S'il est vrai que l'Administration doit jouir de droits et prérogatives spéciales lorsqu'elle contracte, cette situation ne doit pas, cependant, faire oublier l'état de dépendance mutuelle qui existe entre la partie privée et l'organisme administratif, dans l'exécution d'une tâche d'intérêt public.³¹ Aussi s'avèrera-t-il nécessaire de garantir une juste protection des droits du particulier qui collabore librement à l'action administrative. Comme le soulignait lord Moulton, "it is equitable that the burdens borne for the good of the nation should be distributed over the whole nation and should not be allowed to fall on particular individuals".³²

Il s'agit donc d'atteindre un certain équilibre entre les droits du cocontractant et ceux de l'ensemble de la société représentée par l'Administration; problème délicat qui constitue un autre trait particulier dont il faut tenir compte en étudiant le droit du contrat administratif. Ainsi que le rappelle S. G. MacKinnon:³³

In the final analysis it is the public interest which must prevail but its pre-eminence must not be absolute. Private rights must be recognized and compensation must be made when those rights are surrendered.

En définitive, on se rend compte que si, au départ, on se refuse à appliquer un droit spécial aux contrats de l'Administration, le particularisme poussé de ces contrats a malgré tout entraîné l'élaboration de règles dérogoratoires, à bien des points de vue, au droit commun.

Le droit du contrat administratif

La présence d'une personne publique au contrat ainsi que l'intérêt collectif, qui se trouve à la base des préoccupations de celle-ci, rendent impossible l'assimilation pure et simple du contrat de l'Administration au contrat ordinaire. Du particularisme qui touche ce contrat découlent une réglementation et des principes tout à fait distincts du droit privé. Dès lors, sans qu'il soit permis de conclure à l'existence, au Canada et au Québec, d'un régime

³¹ C. C. Turpin, *Government Contracts: A Study of Methods of Contracting* (1968), 31 Mod. L. Rev. 241, à la p. 242.

³² *A.G. v. De Keyser's Royal Hotel*, [1920] A.C. 508, à la p. 553. Voir également J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, note 21, pp. 77-78.

³³ S. G. MacKinnon, *The Contractual Liability of the State in Common Law Canada* (1964), 2 Colloque Int. Dr. Comp. 104, à la p. 117. Voir aussi G. Langrod, *op. cit.*, note 2, à la p. 332; J. D. B. Mitchell, *ibid.*, pp. 226-227.

contractuel autonome, il n'en demeure pas moins qu'un droit nettement caractérisé existe et tend à se développer.

Au Québec, comme au Canada, le droit qui régit l'activité administrative puise avant tout ses sources dans le droit anglais et britannique introduit au pays en 1763.³⁴ Or, le droit britannique répugne à appliquer au contrat administratif des règles différentes de la *common law*.³⁵ Plusieurs facteurs permettent de comprendre cette attitude.³⁶ D'une part, on a toujours considéré que le principe de la suprématie de la loi, ou de la *rule of law*,³⁷ se voit assuré d'une meilleure protection si l'Administration, au même titre que les individus, est soumise à un droit unique et à une juridiction commune. Dès lors on ne ressentait pas le besoin de se doter d'une juridiction administrative spéciale qui aurait été en mesure d'apprécier le caractère particulier du contrat administratif et de lui appliquer un régime propre. D'autre part, l'incorporation au contrat de clauses ou conditions générales a abouti en définitive à créer un droit spécial au contrat administratif. Enfin, il faut reconnaître que l'activité contractuelle de l'Administration ne possédait pas l'importance qu'elle a de nos jours et qu'il était plutôt rare que l'Etat ne respecte ses engagements contractuels. Quoiqu'il en soit, dans tous les pays de tradition britannique, c'est principalement la *common law* ou le droit privé qui gouverne le contrat administratif.

On retrouve dans la jurisprudence de nombreuses illustrations de cette situation. A plusieurs reprises, les tribunaux canadiens ont réaffirmé le principe voulant que le contrat administratif soit assimilé au contrat ordinaire et qu'il constitue, comme en droit privé, la loi des parties.³⁸ Ainsi, de déclarer le juge Angers, de la Cour de l'Echiquier du Canada, dans *Dufresne Construction Co. Ltd. v. R.*:³⁹

Les relations juridiques des parties sont réglées par les termes du contrat, et ce n'est que dans le cas de silence ou d'ambiguïté que les tribunaux

³⁴ A ce sujet, voir R. Dussault, *Le contrôle judiciaire de l'Administration au Québec* (1969), pp. 22-29.

³⁵ Voir *supra*, note 21 et C. C. Turpin, *op. cit.*, note 31, à la p. 241.

La doctrine cependant reconnaît le caractère particulier du contrat de l'Administration et souligne l'aspect exorbitant des règles applicables à ce contrat: voir J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, note 21.

³⁶ Voir sur ce point J. D. B. Mitchell, *ibid.*, à la p. 24; R. Barbe, *op. cit.*, note 23, à la p. 246; R. Savoie, *op. cit.*, note 12, à la p. 49.

³⁷ Sur la *rule of law*, voir R. Dussault, *op. cit.*, note 34, pp. 53-64.

³⁸ R. Barbe, *op. cit.*, note 23, aux pp. 246-248. *Dufresne Construction Co. Ltd. v. R.*, [1935] R.C. de l'E. 77, à la p. 79; *R. v. Paradis et al.*, [1943] R.C.S. 10, à la p. 18; *Joe's and Co. Ltd. v. R.*, [1951] R.C. de l'E. 246, à la p. 258; *Bonhomme v. Montreal Water and Power Co.* (1915), 48 C.S. 486, aux pp. 489-490. Voir aussi P. Garant, *op. cit.*, note 25, p. 147: "Le contrat, accord de volontés autonomes fait la loi des parties quelles qu'elles soient; tel est l'un des principes fondamentaux de la tradition juridique qui nous est commune."

³⁹ *Ibid.*, traduit par R. Barbe, *ibid.*, à la p. 246.

sont autorisés à intervenir.

Le législateur fédéral lui-même consacre cette règle lorsqu'il précise la juridiction de la Cour de l'Echiquier:⁴⁰

En statuant sur une réclamation qui résulte d'un contrat écrit, la Cour rend sa décision conformément aux stipulations de ce contrat et elle n'accorde:

- a) aucune indemnité à un réclamant parce qu'il aurait dépensé dans l'exécution de son entreprise une plus forte somme que celle que déterminait le contrat. . . .⁴¹

Il s'agit donc là d'une référence des plus explicites au régime contractuel de droit privé, puisque se trouve au coeur même de tout le régime ce principe du respect de la parole donnée.

Le caractère fédératif de l'Etat canadien entraîne toutefois une difficulté notable. En effet, en vertu du paragraphe 13 de l'article 92 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, il revient aux Etats membres de légiférer en matière de contrat: ainsi le contrat administratif doit-il être régi d'abord et avant tout par le droit privé provincial. Dans le cas d'un contrat conclu par un quelconque organisme public provincial, aucun problème n'existe: le contrat est soumis au droit privé de cette province, et ceci vaut tant dans les provinces canadiennes de *Common Law* qu'au Québec. Cependant, la question s'est posée à savoir quel droit est applicable au contrat administratif fédéral. La jurisprudence a résolu le problème en décidant qu'on se réfère alors au droit privé de la province où est née la cause d'action, c'est-à-dire là où le contrat est exécuté.⁴² Ainsi, d'expliquer récemment le juge Thorson, de la Cour de l'Echiquier:⁴³

When the Crown enters into a contract with a subject it does so with knowledge of the law of contract in force in the province in which

⁴⁰ Loi sur la Cour de l'Echiquier, S.R.C., 1952, ch. 98. Aux termes de l'article 17, la Cour "a juridiction exclusive en première instance dans tous les cas . . . dans lesquels la réclamation découle d'un contrat passé par la Couronne ou en son nom". On doit remarquer que le projet de loi C-192—Loi sur la Cour fédérale—présenté en première lecture en mars 1970, contient à l'article 17(2) une disposition analogue, soumise néanmoins à certaines exceptions: par exemple, art. 22(2)(n)(o)(r).

⁴¹ *Ibid.*, art. 47. L'article 35 du projet de loi C-192, *ibid.*, est au même effet. Voir aussi la Loi (québécoise) des travaux publics, S.R.Q., 1964, ch. 138, art. 36 (1).

⁴² *R. v. Desrosiers* (1908), 41 R.C.S. 71, à la p. 78; *National Dock and Dredging Corp Ltd. v. R.*, [1929] R.C. de l'E. 40, à la p. 42; *Dominion Building Corp. Ltd. v. R.*, [1933] A.C. 533, aux pp. 548-549; *Lainé v. R.* (1896), 5 R.C. de l'E. 103, à la p. 128; *Persons v. R.*, [1966] R.C. de l'E. 538, à la p. 585. Voir cependant *Gauthier v. R.* (1918), 56 R.C.S. 176, aux pp. 191-192; *R. v. Murray*, [1965] 2 R.C. de l'E. 663, aux pp. 668-669 et [1969] R.C.S. 262, à la p. 269, quant à l'étendue du droit provincial applicable aux contrats administratifs fédéraux. Voir aussi D. W. Mundell, *Remedies Against the Crown* (1961), Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 149, à la p. 155.

⁴³ *Bank of Nova Scotia v. R.* (1961), 27 D.L.R. (2d) 120, aux pp. 150-151.

the contract is to be performed and is bound by it in the same way as a subject would be. There is no sound reason why the law governing such a contract should be different from that which would govern a similar contract entered into between subject and subject. If there is any doubt about the matter it should be dissipated by appropriate legislative action.

Par conséquent, à la base du droit du contrat administratif, se trouve le droit privé du lieu de l'exécution du contrat.

Par ailleurs, les exigences du bien commun et le seul fait qu'il y ait une partie publique au contrat imposent des dérogations importantes au droit commun. La Constitution, les lois et règlements divers délimitent strictement la compétence des organes de l'Administration: la capacité contractuelle de ces organismes s'insère ainsi dans un cadre juridique totalement distinct. Alors qu'en principe le citoyen possède une capacité pleine et entière, l'Administration, pour sa part, doit confiner son activité, contractuelle ou autre, à un domaine prédéterminé; sinon, il y va de la validité de ses actes. De là découlent de nombreux contrôles et un formalisme assez poussé, sans compter les autorisations et approbations rendues nécessaires par la dépense éventuelle de deniers publics.

Doivent aussi être pris en considération les pouvoirs exorbitants de l'Administration en cours d'exécution du contrat de même que les sanctions peu communes qui accompagnent l'inexécution ou la mauvaise exécution. Ces prérogatives administratives et ces sanctions sont parfois reconnues expressément dans des textes législatifs ou réglementaires, mais on les trouve plus souvent incorporées au contrat sous forme de "clauses au conditions générales"—"cahier des charges"—"standard terms".⁴⁴ Telles insertions expliquent, de déduire la doctrine, pourquoi les pays de *Common Law* ne possèdent pas, à l'instar de la France, un régime contractuel autonome en matière de contrat administratif.⁴⁵

Notons enfin l'existence d'une procédure différente à certains égards de celle du contentieux ordinaire du contrat. En effet, la Cour de l'Echiquier a juridiction exclusive pour tout ce qui concerne les contrats conclus au nom de la Couronne fédérale⁴⁶ et la procédure devant ce tribunal ne ressemble pas tout à fait à celle en usage devant les tribunaux de droit commun. Par ailleurs, la pétition de droit, procédure spéciale devant être employée à l'occasion de toute poursuite contre le gouvernement, quoique abolie

⁴⁴ Sur ces clauses-types, voir R. Barbe, *op. cit.*, note 23, aux pp. 350-355; A. Garon, *op. cit.*, note 5, aux pp. 298-302.

⁴⁵ J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, note 21; A. W. Mewett, *op. cit.*, note 29, à la p. 238; R. Savoie, *op. cit.*, note 12, à la p. 50; S.G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 116: "To some degree a similar result is achieved in the common law by the use of standard clauses which generally allow the government broad scope of action under the contract."

⁴⁶ Loi sur la Cour de l'Echiquier, *supra*, note 40, art. 17.

par le législateur québécois,⁴⁷ subsiste toujours au niveau fédéral.⁴⁸ De même le fiat, c'est-à-dire l'obligation d'obtenir du gouvernement—de la Couronne—la permission de le poursuivre, n'est-il disparu qu'assez récemment au Canada.⁴⁹

Si donc le droit du contrat administratif se fonde au départ sur les règles de droit privé provincial en matière de contrat, il s'avère cependant que le droit public s'immisce dans une large mesure dans la réglementation de ce contrat. Ce sont ces règles de droit public qui donnent au droit du contrat administratif son caractère spécial: s'y manifeste la prépondérance de l'intérêt public sur l'intérêt du particulier et on ressent alors la nécessité d'assurer au particulier cocontractant de l'Etat une protection plus adéquate de ses droits, si souvent ignorés.⁵⁰ Toutefois, de faire remarquer le juge Dumoulin, de la Cour de l'Echiquier du Canada:⁵¹

Ce blâme, qui n'est pas exorbitant des incidents de la cause, ne saurait . . . atténuer le fait essentiel que le problème à résoudre en est un de droit public et d'ordre statutaire.

Somme toute, il s'agit d'un mélange de droit public et de droit privé et l'intérêt de l'étude de ce droit se concentre certes sur les règles de droit public, les seules à autoriser une place au contrat dans le droit administratif canadien et québécois. De là l'importance de bien connaître ces règles.

De façon générale, les sources du droit du contrat administratif sont les mêmes que celles du droit administratif général. En premier lieu, on retrouve la Constitution, écrite et non-écrite, son interprétation jurisprudentielle et, subsidiairement, le droit anglo-américain; suivent les lois et règlements relatifs aux nombreux organismes administratifs fédéraux et provinciaux, la jurisprudence et la doctrine, de même que la coutume.

De façon plus particulière, il existe certains textes législatifs ou réglementaires d'application immédiate au contrat administra-

⁴⁷ Au Québec, avec l'adoption du nouveau Code de procédure civile de 1966, ci-après cité—C.P.C., il est expressément prévu à l'article 94 que tout recours contre la Couronne peut être exercé "de la même manière que s'il s'agissait d'un recours contre une personne majeure et capable . . .".

⁴⁸ Loi sur la Cour de l'Echiquier, *supra*, note 40, art. 36. En vertu du projet de loi C-192, *supra*, note 40, la pétition de droit est abolie (art. 64) et remplacée par une requête en redressement beaucoup moins formaliste (art. 48).

⁴⁹ Loi (fédérale) modifiant la Loi sur les pétitions de droit, S.C., 1951, ch. 33 et, au Québec, art. 94 C.P.C.

⁵⁰ Comme l'a souligné S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 110: "The tendency in the past has been for the executive to hold on to each privilege and to use it to its full extent." Et à la p. 117: "The common law has in the past been much more sensitive to the requirements of government than it has to the need for protection of the rights of the private contractor."

⁵¹ *Lord et cie ltée v. R.*, [1960] R.C. de l'E. 185, à la p. 189. Voir aussi *Palmer v. R.*, [1951] R.C. de l'E. 348, aux pp. 358-359, confirmé par [1959] R.C.S. 401.

tif tant au niveau du gouvernement fédéral,⁵² qu'à celui du gouvernement québécois.⁵³

La mention de ces textes ne donne évidemment qu'un aperçu des principales sources législatives et réglementaires: à cette liste, il faudrait ajouter les nombreux règlements et directives administratives élaborés par les différents corps publics et qui se rapportent, à des degrés divers, au contrat administratif.

Pour ce qui est des autres sources, on doit accorder une attention spéciale à la jurisprudence de la Cour de l'Échiquier qui, au niveau fédéral, a su développer un ensemble impressionnant de principes applicables au contrat administratif, suppléant ainsi dans une large mesure à la carence de la jurisprudence québécoise, tout comme de la doctrine.⁵⁴

⁵² La Loi sur l'administration financière, S.R.C., 1952, ch. 116; la Loi sur les travaux publics du Canada, S.R.C., 1952, ch. 228; la Loi sur la production de défense, S.R.C., 1952, ch. 62; la Loi sur le ministère des transports, S.R.C., 1952, ch. 79; la Loi sur les postes, S.R.C., 1952, ch. 212; la Loi de 1969 sur l'organisation du gouvernement S.C., 1968-1969, ch. 28 (ministère des Approvisionnements et services); la Loi sur la Cour de l'Échiquier, *supra*, note 40; la Loi sur les pétitions de droit, S.R.C., 1952, ch. 210, mais voir, *supra*, note 78; le Règlement sur les marchés de l'État. Décrets, Ordonnances et Règlements Statutaires (D.O.R.S.), codif. 1955, vol. 2 (1475) mod. par D.O.R.S. 1964 (390); D.O.R.S. 1966 (148); D.O.R.S. 1967 (32); D.O.R.S. 1968 (89); le Règlement sur l'acquisition de terrains par le gouvernement, D.O.R.S. 1966 (342) mod. par D.O.R.S. 1966 (1103); D.O.R.S. 1967 (1091); le Règlement sur l'obtention d'options sur des terrains par le gouvernement, D.O.R.S. 1967 (1646); Le Règlement sur la concession et la cession à bail des terres publiques, D.O.R.S. 1969 (633); l'arrêté en conseil autorisant le Conseil du trésor à exercer certains pouvoirs du Gouverneur en conseil, D.O.R.S. 1962 (452-453) mod. par D.O.R.S. 1967 (960); D.O.R.S. 1969 (234); les règles et ordonnances générales de la Cour de l'Échiquier, D.O.R.S., codif. 1955, vol. 2 (1157).

⁵³ La Loi du ministère des finances, S.R.Q., 1964, ch. 64; la Loi de la vérification des comptes, S.R.Q., 1964, ch. 65; la Loi du service des achats du gouvernement, S.R.Q., 1964, ch. 18; la Loi des travaux publics, *supra*, note 41; la Loi de la voirie, *supra*, note 6; l'arrêté en conseil no 1556 du 11 août 1965, concernant le règlement touchant les conditions des contrats faits au nom de Sa Majesté; l'arrêté en conseil no 2372 du 20 décembre 1960, concernant les règlements relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, mod. par les arrêtés en conseil no 1361 du 5 juin 1961, no 752 du 9 avril 1965, no 1439 du 8 mai 1969; no 475 du 4 février 1970, no 1971 du 23 avril 1970; l'arrêté en conseil no 1399 du 15 mai 1968, concernant les règlements sur les normes de travail dans l'exécution des contrats et sous-contrats de construction du Gouvernement du Québec; l'arrêté en conseil no 1419 du 21 juillet 1965, définissant la principale place d'affaires au sens des règlements relatifs aux demandes de soumissions; l'arrêté en conseil no 1273 du 25 avril 1968, concernant les conditions des contrats à intervenir entre, d'une part, un architecte . . . ou un ingénieur . . . et un ministre de la Couronne ou tout organisme, commission ou corporation d'autre part mod. par l'arrêté en conseil no 2182 du 17 juillet 1968; l'arrêté en conseil no 2380 du 7 décembre 1961, concernant les règlements relatifs aux subventions pour fins de construction.

⁵⁴ Comme l'a souligné le professeur Barbe, *op. cit.*, note 23, à la p. 245: "Les contrats administratifs étant, en principe, assimilés aux contrats ordinaires, la doctrine relative à ce sujet est, en conséquence, peu abondante." Outre l'étude de A. Garon, *op. cit.*, note 5, l'ouvrage de P. Garant,

Par ailleurs, on aura remarqué l'absence de référence au droit gouvernant les contrats conclus par les administrations municipales ou scolaires et professionnelles. Volontairement ces sources ont été négligées, car ces contrats sont en principe de nature identique au contrat de l'administration centrale et de ce fait se voient appliquer les mêmes règles. La présente étude se limite donc au droit des contrats des administrations centrales, fédérale et québécoise; elle n'omet pas toutefois de signaler au passage certaines ressemblances ou différences notables dans la réglementation des contrats des administrations non centrales.

L'étude comporte deux parties. La première est consacrée au pouvoir contractuel de l'Administration. Deux points essentiels y sont examinés: l'élaboration et la conclusion du contrat administratif.

La deuxième partie a pour objet le régime juridique du contrat administratif. Deux questions fondamentales retiennent l'attention: l'exécution et le contentieux du contrat administratif.

I. *Le pouvoir contractuel de l'Administration.*

Le recours par l'Administration à la technique contractuelle répond à ce besoin sans cesse ressenti d'associer plus étroitement le citoyen à l'activité administrative. Sa mise en oeuvre ne doit cependant pas être incompatible avec la mission de l'Etat, c'est-à-dire la réalisation du bien commun. Aussi importe-t-il d'apporter des limites au pouvoir contractuel de l'Administration, limites qui tiennent à la fois des exigences de la démocratie et de la *rule of law* soumettant l'Administration à la loi. On retrouve ces restrictions tant au moment de l'élaboration du contrat administratif qu'à celui de sa conclusion.

1) *L'élaboration du contrat administratif*

En ce qui concerne l'élaboration du contrat, le droit administratif doit résoudre deux grands problèmes, soit la détermination des parties contractantes et la fixation du contenu du contrat. Les solutions qu'il y apporte ne trouvent guère leur équivalent en droit privé puisqu'elles découlent plus ou moins de la Constitution et du régime politique canadien. Ainsi, il faut tenir compte

op. cit., note 25, et les articles de R. Barbe, *op. cit.*, note 23; A. W. Mewett, *op. cit.*, note 29; R. Savoie, *op. cit.*, note 12 et S.G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, on peut souligner les articles de A. Dufour, *L'importance de l'autorisation budgétaire en matière de contrats administratifs* (1965-1966), 7 C. de D. 11; S.C. French, *Rights in Contract and Tort in Relation to the Crown* (1956), 6 Chitty's L.J. 76; H. E. Manning, *Contracts with the Crown*, [1927] 2 D.L.R. 513; A. W. Mewett, *The Quasi-Contractual Liability of Governments* (1959-60), 13 U. of T. L.J. 56; P.G. Schmidt, *The Crown as Contracting Party as Affected by Ministerial Discretion* (1966), 4 Alberta L. Rev. 358, et H. Street, *The Provision of Funds in Satisfaction of Governmental Liabilities* (1949-50), 8 U. of T. L.J. 32.

de la compétence de l'agent administratif, c'est-à-dire de l'objet et des limites de l'autorité qui lui est conférée, des personnes sur lesquelles son pouvoir peut s'exercer. Le contrat lui-même, par ailleurs, doit manifester par son contenu cette constante recherche de l'intérêt collectif, d'où ces limitations apportées aux termes du contrat et les clauses-types régulièrement insérées. Dans la mesure donc où la compétence de l'agent et l'intérêt public sont susceptibles d'être touchés par le contrat, toute infraction aux règles relatives à l'élaboration du contrat administratif est sanctionnée de nullité absolue, le contrat étant considéré inexistant et ne pouvant en aucune façon lier l'Administration, le cocontractant ou les tiers intéressés.

A) *La détermination des parties au contrat*

Tandis qu'en droit privé règne le principe de la liberté contractuelle en vertu duquel toute personne a la possibilité de choisir celui envers qui elle veut s'obliger et les termes de son engagement, il en va autrement en matière de contrat administratif. D'une part, la compétence de l'agent administratif est rigoureusement délimitée par les lois et règlements; ce qui implique que seul l'agent spécialement habilité peut contracter valablement. D'autre part, la règle de l'égalité de tous devant le service public⁵⁵ fait en sorte que l'Administration doit en principe offrir à tous l'opportunité de contracter avec l'Etat, ce qui pose le problème du choix du cocontractant.

a) *L'habilitation de l'agent administratif*

Le régime politique canadien, d'inspiration britannique, se caractérise par une certaine séparation des pouvoirs qui rend l'exécutif responsable devant le Parlement souverain. Ces principes de la suprématie du Parlement et de la responsabilité ministérielle subordonnent ainsi l'Administration aux volontés du Parlement ou du législateur délégué; aussi agit-elle par l'intermédiaire d'agents dont la compétence est précisée par les lois et règlements complémentaires. En conséquence, l'agent qui veut contracter pour le compte de l'Administration doit être spécifiquement habilité à le faire: si la loi est la source des pouvoirs de l'Administration, elle en constitue aussi le cadre hors duquel celle-ci ne peut agir. Comme le soulignait le juge Thurlow, de la Cour de l'Echiquier du Canada:⁵⁶

⁵⁵ Voir P. Garant, *Les fins du droit public moderne au Québec* (1966-1967), 8 C. de D. 251.

⁵⁶ *Walsh Advertising Co. Ltd. v. R.*, [1962] R.C. de l'E. 115, aux pp. 123-124. Voir également *Eastern Canada Shipping Ltd. v. R. et l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, [1969] 1 R.C. de l'E. 461, à la p. 488, par le juge Noël; *R. v. McCarthy* (1919), 18 R.C. de l'E. 410, à la p. 414 (confirmé par la Cour suprême du Canada le 11 octobre 1921, jugement non rapporté); *Drew v. R.*, [1956-1960] R.C. de l'E. 339, confirmé par la Cour suprême du Canada à [1961] R.C.S. 615, à la p. 618.

It appears to be established as a general proposition that a minister of the Crown has no authority, to enter into contracts on behalf of the Crown unless he has been authorized by a statute or by order-in-council so to do.

Même le Conseil des ministres, c'est-à-dire la Couronne, est astreint à cette règle. Ainsi, dans une affaire ancienne,⁵⁷ le ministre de l'Intérieur voulait vendre certains terrains appartenant au gouvernement fédéral. Or, une partie de ces terrains était déclarée inaliénable par la loi tandis que l'autre partie appartenait à une catégorie dont le ministre pouvait disposer. Il aurait donc fallu modifier la loi pour qu'il soit possible de procéder à la vente; malheureusement, le Parlement ne siégeait pas à cette époque et on résolut de recourir à un arrêté en conseil autorisant la vente et invitant le Parlement à consentir à la modification législative proposée. Sur cette base, les terrains furent cédés. Appelée à se prononcer sur la validité de ce contrat, la Cour de l'Échiquier décida que l'arrêté en conseil n'était pas, comme tel, un contrat et que, même s'il en était ainsi, le gouverneur général en conseil n'était pas habilité à agir:⁵⁸

As no Minister or officer of the Crown can make a contract binding on it without due authority of law, so the Crown itself cannot without like authority dispose of public lands or public moneys.

La règle est donc claire: un agent administratif, quel qu'il soit, ne peut lier l'Administration par un contrat que la loi ne l'habilite pas à conclure.⁵⁹

Le législateur, en même temps qu'il confère à l'Administration sa compétence à agir dans un domaine précis, désigne la personne apte à exercer ces fonctions et seule cette personne, ou agent, possède le pouvoir de contracter aux fins de la loi. Ainsi le ministre québécois de la Voirie⁶⁰ a autorité pour construire, entretenir ou réparer les routes du Québec, mais il n'est pas habilité à acquérir ou prendre possession de terres ou immeubles nécessaires à l'usage, la construction et l'entretien des ouvrages ou édifices publics; ce qui relève de la compétence du ministre des Travaux publics.⁶¹ L'usurpation par un agent des fonctions con-

⁵⁷ *The Quebec Skating Club v. R.* (1893), 3 R.C. de l'E. 387.

⁵⁸ *Ibid.*, à la p. 397, par le juge Burbridge.

⁵⁹ *Pattulo v. R.* (1908), 11 R.C. de l'E. 263, à la p. 266; *Walkerville Brewery Ltd. v. R.*, [1939] R.C.S. 52, à la p. 61; *R. v. Woodburn* (1898), 29 R.C.S. 112, à la p. 122; *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.* (1894), 3 B.R. 222, aux pp. 239-240. La loi habilitant l'agent doit, de plus, être du ressort du Parlement qui l'a édictée: *A.G. for Canada v. A.G. for Québec*, [1921] A.C. 413, à la p. 428. Par ailleurs, de façon plus générale, on doit remarquer que les agents ainsi que les commissions des Chambres du Parlement ne peuvent rendre l'Administration responsable de leurs contrats car ils ne sont, à strictement parler, des agents ou organismes de l'Administration, dont ils sont juridiquement indépendants: voir *R. v. MacLean* (1882), 8 R.C.S. 210, à la p. 247; *Kimmit v. R.* (1896), 5 R.C. de l'E. 130; *H. E. Manning, op. cit.*, note 54, à la p. 516.

⁶⁰ Loi de la voirie, *supra*, note 6, art. 16.

⁶¹ Loi des travaux publics, *supra*, note 41, art. 11.

férées à un autre agent est donc sanctionnée par l'inexistence *erga omnes* des actes de cet agent; aucune ratification n'étant possible en ce cas.

Davantage, le droit administratif assimile fréquemment à l'acte d'un agent non habilité celui d'un agent qui se trouve placé en conflit d'intérêts dans l'exercice de sa juridiction.⁶² Ce conflit d'intérêts, c'est-à-dire la situation dans laquelle se trouve l'agent de choisir entre deux intérêts opposés dans le cours de son action, fait craindre que l'intérêt privé soit préféré à l'intérêt public. Ainsi, sans même qu'il y ait fraude ou corruption effectivement, ce seul doute quant à l'impartialité de l'agent peut entraîner la déchéance de ce dernier de même que la nullité de plein droit de ses actes.⁶³ Il est certain que les solutions offertes par le droit administratif ne sont pas entièrement satisfaisantes pour régler ce problème à multiples facettes, surtout en ce domaine du contrat administratif où le favoritisme est souvent érigé en système. Ainsi, de suggérer le professeur Garant.⁶⁴

Quant aux contrats, ce qui devrait être interdit, c'est non seulement d'y être partie, mais aussi d'y avoir quelque intérêt même s'il ne s'agit pas d'un bénéfice personnel: ainsi il est normal de considérer le fait de cautionner un cocontractant de l'administration comme une situation de conflits d'intérêts de même que le fait de lui servir de bailleur de fonds.

Quoiqu'il en soit, il faut se rendre compte que la corruption, la fraude, de même que le conflit d'intérêts, sont susceptibles de faire perdre à l'agent administratif son habilitation initiale et, du même coup, de compromettre la validité du contrat qu'il voudrait con-

⁶² Sur cette question, voir P. Garant, *Les conflits d'intérêts en droit public dans le droit québécois* (1969), 6 Colloque Int. Dr. Comp. 215. On doit remarquer que cette situation peut se présenter à tous les niveaux de l'administration publique et qu'elle offre de nombreuses variantes que le professeur Garant range en cinq catégories principales: le conflit du juge et de la partie; le contrat avec soi-même; le conflit de l'exclusivité d'emploi; le problème de la discrétion professionnelle et enfin le conflit de la gratitude naturelle. Voir aussi *Kelly v. O'Brien*, [1943] 1 D.L.R. 725; A. Gélinas, *Les parlementaires et l'Administration au Québec* (1969), p. 69, note 8.

⁶³ Souvent les lois conférant une compétence à un agent précisent que le détenteur de ce pouvoir ne doit être placé dans telle ou telle situation de conflits. Voir par exemple: Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, S.R.C., 1952, ch. 249, articles 19, 21; projet de loi C-188—Loi sur la divulgation des intérêts—présenté en première lecture en février 1970; Loi sur la radiodiffusion, S.C., 1967-1968, ch. 25, art. 35; Loi de la Législature, S.R.Q., 1964, ch. 6, art. 79; Loi de l'exécutif, S.R.Q., 1964, ch. 9, art. 9; Charte de la Caisse de dépôt et de placement du Québec, S.Q., 1965, ch. 23, arts 34-38; Loi d'Hydro-Québec, S.R.Q., 1964, ch. 86, art. 17; Code Municipal, art. 227 (11); Loi des cités et villes, S.R.Q., 1964, ch. 193, art. 123 (9); Code scolaire, S.R.Q., 1964, ch. 235, art. 77. Dans ces cas, l'action en disqualification (*Quo Warranto*) est possible de même que, de façon générale, l'action directe en nullité en vertu de l'article 33 C.P.C.. Dans les cas où la loi ne prévoit aucune restriction expresse, il faudrait alors alléguer la partialité ou le *bias* pour faire annuler les actes posés.

⁶⁴ P. Garant, *op. cit.*, note 62, à la p. 248.

clure. En conséquence, tout contrat administratif suppose une autorité habile à contracter: ce principe s'applique tant aux administrations centrales, fédérale et québécoise, générales ou spéciales, qu'aux administrations non centrales: corporations professionnelles, corporations municipales et corporations scolaires.⁶⁵

Si la loi précise qui détient le pouvoir contractuel et pour quel objet il peut être exercé, elle détermine aussi comment il est mis en oeuvre. Il s'agit là de formalités que doit remplir l'agent administratif qui contracte, formalités dont l'inobservance est parfois susceptible de toucher l'habilitation même de l'agent, ainsi qu'en ont décidé les tribunaux à maintes reprises.⁶⁶ Ces formalités consistent par exemple à exiger que le contrat soit rédigé par écrit et qu'il soit signé par le ministre ou toute personne autorisée par lui,⁶⁷ qu'il reçoive l'approbation d'une autorité administrative supérieure.⁶⁸ Certes, ces diverses exigences touchent directement le pouvoir contractuel de l'Administration qui s'en trouve limité d'autant puisque le contrat conclu en contravention à ces règles est considéré comme nul et sans effet.

Néanmoins, une analyse plus approfondie de ces formalités porte à croire qu'elles constituent davantage des moyens de contrôler l'acte de l'agent initialement habilité à s'engager au nom de l'Administration que des conditions reliées à l'existence même de sa compétence. Sans doute ces contrôles s'imposent-ils afin de préserver l'intérêt collectif et les fonds publics mis en cause par le contrat;⁶⁹ il n'en demeure pas moins que la jurisprudence interprète souvent ces exigences de façon assez libérale et admet la ratification postérieure du contrat, ce qui est impossible au cas de défaut d'habilitation préalable. Davantage, il appert que ces irrégularités dans l'exercice du pouvoir contractuel se produisent le plus souvent en cours d'exécution du contrat, alors qu'un pré-

⁶⁵ *Corporation du village de St-Guillaume v. Ricard* (1940), 69 B.R. 245, à la p. 249; *Verville v. Les Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de Ste-Anastasia de Nelson*, [1955] C.S. 114, à la p. 116. Voir C.-A. Sylvestre, *Contrats pour travaux publics dans la municipalité* (1948), 8 R. du B. 367.

⁶⁶ *Jones and Simpson v. R.*, *supra*, note 30, à la p. 615; *Wood v. R.*, *supra*, note 6, à la p. 645; *R. v. Starrs* (1889), 17 R.C.S. 118, à la p. 128; *Mayes v. R.* (1891), 2 R.C. de l'E. 403, à la p. 415; *May v. R.* (1913), 14 R.C. de l'E. 341, à la p. 344; *Canadian Domestic Engineering Co. Ltd. v. R.*, [1919] 2 W.W.R. 762, à la p. 778; *Livingston v. R.* (1919), 19 R.C. de l'E. 321, à la p. 328; *Palmer v. R.*, *supra*, note 51, à la p. 402. *Contra: R. v. Henderson* (1898), 28 R.C.S. 425, à la p. 433; *Hall v. R.* (1893), 3 R.C. de l'E. 373, à la p. 376.

⁶⁷ Voir, par exemple: *Loi sur les travaux publics du Canada*, *supra*, note 52, art. 18; *Loi sur le ministère des transports du Canada*, *supra*, note 52, art. 15; *Loi sur la production de défense*, *supra*, note 52, art. 17; *Loi (québécoise) des travaux publics*, *supra*, note 41, art. 9.

⁶⁸ Voir, par exemple: *Loi sur la radiodiffusion*, *supra*, note 63, art. 41; *Loi sur l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, S.R.C., 1952, ch. 242, art. 12.

⁶⁹ *Jones and Simpson v. R.*, *supra*, note 30, à la p. 615.

posé de l'Administration juge préférable de modifier ou de changer totalement les termes d'un contrat validement conclu. Aussi, convient-il de reporter plus loin l'étude de ces formalités, car, le plus souvent, elles touchent la conclusion du contrat administratif plutôt que l'habilitation comme telle de l'agent à contracter: sa compétence existe, mais elle est contrôlée.

Le pouvoir contractuel de l'Administration doit donc s'exercer par un agent compétent dans le cadre des fonctions que la loi ou les règlements lui attribuent. Il s'agit là d'une règle que les tribunaux interprètent strictement et sa sanction est la nullité ou l'inexistence à l'égard de quiconque de l'engagement pris par l'agent non habilité, que celui-ci ait agi sans autorité aucune, en excédant les limites de sa compétence ou encore avec fraude ou apparence de partialité, c'est-à-dire en situation de conflit d'intérêts, ce qui lui fait généralement perdre sa compétence. Ainsi, quand, dans un contrat relatif à la construction d'un pont, une clause stipule que l'ingénieur en chef peut suppléer aux lacunes du contrat et ordonner toutes modifications appropriées, ce dernier n'a pas compétence pour mettre fin au contrat et en conclure un nouveau comportant des termes tout à fait différents. Même si le contrat s'avère inadéquat, l'ingénieur n'est habilité qu'à en modifier les termes et non à y substituer un nouveau, ce que la loi ne permet qu'au seul ministre.⁷⁰

La rigueur d'une telle sanction est d'autant plus grande que la jurisprudence va jusqu'à imposer au cocontractant le devoir de vérifier la compétence de l'agent administratif avec qui il veut contracter.⁷¹ En effet, il découle du vieil adage "nul n'est censé ignorer la loi" que chacun est tenu de connaître l'étendue des pouvoirs de l'agent public. Comme le déclarait le juge Taschereau, de la Cour d'appel du Québec, dans un arrêt mettant en cause une administration municipale:⁷²

Ces principes peuvent paraître rigoureux mais, dans mon opinion, ils sont bien fondés, car il a toujours été reconnu par la doctrine et la jurisprudence que ceux qui contractent avec une municipalité doivent s'assurer que . . . celle-ci agit dans les limites de ses pouvoirs . . . ; autrement, la municipalité n'est pas liée envers eux.

Certains ont cependant cherché à trouver un tempérament à cette règle en invoquant la théorie du mandat apparent de droit privé. L'origine de cette théorie dite de l'*ostensible authority* remonte à un ancien arrêt britannique où l'on avait décidé que l'agent

⁷⁰ R. v. Starrs, *supra*, note 66, à la p. 128. Palmer v. R., *supra*, note 51.

⁷¹ H. E. Manning, *op. cit.*, note 54, à la p. 515; *The Gresham Blank Book Co. v. R.* (1912), 14 R.C. de l'E. 236, à la p. 241; R. v. Woodburn, *supra*, note 59, à la p. 123; *La Corporation municipale de la paroisse de la Visitation de Champlain v. Sauvageau*, [1961] B.R. 147, à la p. 149; *Beaudry v. Cité de Beauharnois*, [1962] B.R. 738, à la p. 742.

⁷² *Beaudry v. Cité de Beauharnois*, *ibid.*, aux pp. 743-744.

public était présumé contracter au nom de l'Etat.⁷³ Dans le même sens, une décision plus récente de la *High Court* d'Angleterre⁷⁴ admettait la possibilité pour la Couronne d'être liée par les actes d'un ministre non habilité, du seul fait qu'agissant à titre officiel il avait laissé croire qu'il possédait l'autorité requise. Ainsi que l'affirme le juge Denning:⁷⁵

In my opinion if a government department in its dealings with a subject takes upon itself to assume authority upon a matter with which he is concerned, he is entitled to rely upon it having the authority which it assumes. He does not know, and cannot be expected to know, the limits of its authority.

Cette théorie du mandat apparent ainsi que l'application de la doctrine de l'*estoppel*⁷⁶ contre la Couronne n'ont cependant pas recueilli l'adhésion de la doctrine et de la jurisprudence modernes qui n'admettent pas qu'un agent puisse ainsi transgresser les termes clairs de la loi et s'attribuer une compétence que la loi lui refuse.⁷⁷ Il semble donc qu'en Angleterre comme au Canada le principe ne souffre aucune exception.

La sanction apparaît en conséquence très sévère: le contrat conclu par l'agent non habilité est nul, de nullité absolue; vis-à-vis quiconque le contrat est réputé n'avoir jamais existé et il ne peut s'en être découlé aucun droit. Si déclarée avant toute exécution, la nullité ne pose guère de problèmes, aucune des parties ne pouvant forcer l'autre à s'exécuter. Il n'en reste pas moins que dans certaines circonstances l'application d'une telle sanction peut paraître injuste. En effet, le cocontractant non averti peut, de bonne foi, croire s'être engagé valablement envers l'Administration et, sur cette base, il arrive fréquemment que l'exécution du contrat soit commencée. Comment alors ce dernier pourra-t-il arriver à se faire dédommager des dépenses encourues? Davantage, les tiers que le contrat a pu toucher sont-ils privés de tout recours? La

⁷³ *Macbeath v. Haldimand* (1786), 1 T.R. 172.

⁷⁴ *Robertson v. Minister of Pensions*, [1949] 1 K.B. 227.

⁷⁵ *Ibid.*, à la p. 232.

⁷⁶ *L'estoppel*, de façon générale, désigne cette interdiction qui est faite à une personne de revenir sur une assurance qu'elle a donnée, assurance qui semblait la lier définitivement et sur la foi de laquelle une autre personne a agi effectivement. Voir *Florence Realty Co. Ltd. v. R.*, [1967] 1 R.C. de l'E. 226, à la p. 243, confirmé par [1968] R.C.S. 42, à la p. 53. Voir aussi *Western Dominion Coal Mines v. R.*, [1946] R.C. de l'E. 387, à la p. 399.

⁷⁷ S. A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (2e éd., 1968), pp. 86 et 287; J. A. Andrews, *Estoppels Against Statutes* (1966), 29 *Mod L. Rev.* 1, aux pp. 4-5; *A.G. for Ceylon v. A. D. Silva*, [1953] A.C. 461, aux pp. 479-481; *Customs and Excise Commissioners v. Hebbson* (1953), 2 *Lloyds' Rep.* 382, à la p. 396; *Boulay v. R.* (1910), 43 R.C.S. 61, à la p. 79; *Drew v. R.*, *supra*, note 56, à la p. 618; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. R.*, [1950] R.C.S. 211, à 220; *R. v. Capital Brewing Co. Ltd.*, [1932] R.C. de l'E. 171; *La Corporation municipale de la paroisse de la Visitation de Champlain v. Sauvageau*, *supra*, note 71, à la p. 149.

réponse est nette: sur la base du contrat, aucun droit n'a pu naître et ce, même à l'égard des tiers.⁷⁸

Malgré tout, si l'intérêt public exige que les pouvoirs de l'Administration soient strictement définis, en revanche le particulier cocontractant de l'Administration a aussi droit à la protection. C'est pourquoi les tribunaux lui reconnaissent un droit à être indemnisé du travail accompli en vertu de la doctrine de l'enrichissement sans cause,⁷⁹ sans compter qu'il lui serait peut-être possible d'exercer un recours personnel contre l'agent administratif qui l'a induit en erreur en contractant alors qu'il n'était pas autorisé à le faire.⁸⁰ Davantage, en matière municipale, la Cour supérieure du Québec a déjà permis l'action en garantie contre l'agent public afin de le forcer à intervenir dans une action en bris de contrat contre l'Administration pour faire rejeter l'allégation d'incompé-

⁷⁸ *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, supra, note 59, à la p. 241 (cessionnaire d'une créance contre la Couronne); *Pearson v. R.* (1916), 16 R.C. de l'E. 225 (sous-contractant). On doit noter que dans l'affaire *Bank of Nova Scotia v. R.*, supra, note 43, le juge Thorson, de la Cour de l'Échiquier, avait décidé qu'en principe une créance contre la Couronne est cessible, sauf disposition législative contraire, en matière de contrat administratif, puisque ce dernier est soumis au droit commun du contrat. Cependant, le législateur fédéral a tôt fait d'ajouter la Partie VIII A à la Loi sur l'administration financière, supra, note 52. Ainsi, en vertu des articles 88(A)-(F) prévus par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, S.C., 1960-1961, ch. 48, art. 5, une dette de la Couronne n'est cessible que si l'acte porte cession absolue de la main du cédant et selon la forme prévue. *Persons v. R.*, supra, note 42, aux pp. 543-545, infirmé sur d'autres motifs par [1967] R.C.S. 649. Par ailleurs, ces dispositions ne s'appliquent pas aux cessions de dettes provenant de contrats conclus par des corporations de mandataire ou de propriétaire (art. 88(E)). Il est évident, cependant, qu'aucune cession n'est valide à l'encontre de la Couronne si le droit cédé (le contrat) est nul.

⁷⁹ *May v. R.*, supra, note 66, à la p. 347; *National Dock and Dredging Corp Ltd. v. R.*, supra, note 42, à la p. 54; *Walsh Advertising Co. Ltd. v. R.*, supra, note 56, à la p. 130; *Verville v. Les Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de Ste-Anastasié de Nelson*, supra, note 65, à la p. 122. Dans le cas d'un tiers, il semble que le tribunal considérant ce tiers de bonne foi ne puisse que recommander à la Couronne de lui verser un paiement *ex gratia*: *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, *ibid.*, à la p. 244.

⁸⁰ Le recours personnel contre l'agent public n'est pas possible sur une base contractuelle, car l'agent ne contracte pas en son nom et le contrat ne lui profite aucunement. Mais l'injonction serait possible: *Mireaka Tamaki v. Baker*, [1901] A.C. 561, à la p. 575; voir aussi *Le Conseil des ports nationaux v. Langelier et al.*, [1969] R.C.S. 60 et B. L. Strayer, *Injunctions Against Crown Officers* (1964), 42 Rev. du Bar Can. 1. Ce ne serait donc qu'en mettant en cause la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle personnelle de l'agent que le cocontractant pourrait obtenir une quelconque réparation du préjudice subi par l'annulation du contrat. *Palmer v. Miron et Frères*, [1959] R.C.S. 397. On doit cependant souligner l'existence d'une immunité quasi-totale dont jouit l'agent public à condition que, de bonne foi, il agisse à l'intérieur de ses fonctions: *Palmer v. Hutchinson* (1881), 6 A.C. 619; *International Railway Co. v. Niagara Parks Commission*, [1941] A.C. 328. Voir sur cette question H. E. Manning, *op. cit.*, note 54, aux pp. 515-516; D. W. Mundell, *op. cit.*, note 42, aux pp. 175-176; R. Dus-sault et T. Duperré, La responsabilité de l'administration canadienne et québécoise (1970), 11 C. de D. 199.

tence ou indemniser le cocontractant.⁸¹ On retrouve donc ce principe inhérent au droit commun du contrat—nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui—qui pallie, dans une certaine mesure, au déséquilibre des parties.

b) *Le choix du cocontractant*

A la différence du simple citoyen, l'agent public ne jouit pas d'un pouvoir absolu de contracter: tout contrat présuppose une habilitation préalable du côté de l'agent qui veut lier l'Administration. En ce qui concerne le cocontractant, le droit du contrat administratif s'écarte cette fois encore des règles de droit privé ou, tout au moins, comporte-t-il des exigences beaucoup plus strictes et précises que celles que l'on rencontre habituellement en droit commun. Aussi le principe de l'entière liberté de choix du cocontractant ne peut-il pas être accueilli comme tel en matière de contrat administratif.

S'il est bon que l'Administration puisse choisir son cocontractant en fonction des impératifs du service public, on doit cependant admettre que tous les administrés ont un droit égal à participer à l'activité de l'Etat, en vertu du principe de l'égalité de tous devant le service public.

Le choix du cocontractant pose donc un problème important et difficile, récemment exposé avec beaucoup d'à propos par le professeur Francis-Paul Bénéoit:⁸²

Problème difficile, puisqu'il s'agit pour les autorités administratives, qui contractent dans l'intérêt général, c'est-à-dire en vue du bon fonctionnement des services publics et dans la sauvegarde des deniers publics, de réussir à traiter avec le particulier le mieux qualifié, aux meilleures conditions, et pour obtenir le meilleur résultat possible. Corrélativement, les autorités administratives ne doivent pas pouvoir être suspectées d'avoir choisi le cocontractant de l'Administration pour des raisons étrangères à l'intérêt général, et notamment pour des raisons personnelles. C'est la perfection, comme on le voit, qui devrait être atteinte en la matière.

Dans ces conditions, il s'avère indispensable de restreindre la liberté de choix de l'Administration de façon à mettre le plus possible en concurrence les nombreux particuliers désireux de contracter avec l'Etat. Par ailleurs, l'Administration doit chercher à éviter de prendre de mauvais risques; aussi les lois et règlements exigent-ils des garanties de la part du cocontractant éventuel.

i) *Procédés de choix du cocontractant de l'Administration*

Deux méthodes sont susceptibles d'être utilisées par l'Administration en ce qui a trait au choix du cocontractant: l'adju-

⁸¹ *Manetti v. The Town of Notre-Dame de Grâces* (1910), 37 C.S. 269, à la p. 270. Voir cependant *Dunn v. MacDonald*, [1897] 1 Q.B. 401 et *D. W. Mundell, ibid.*, à la p. 176.

⁸² *Op. cit.*, note 1, p. 608.

dication par voie de soumission publique ou d'appel d'offres et l'adjudication de gré à gré. Il faut cependant se rappeler que le droit commun du contrat demeure à la base de la réglementation du contrat administratif; aussi la liberté de choix de l'Administration n'est-elle limitée que par une disposition législative ou réglementaire précise. En l'absence d'une telle restriction, elle possède toute la latitude pour choisir celui avec qui elle veut s'engager, et selon quel mode. Il n'en reste pas moins que, de façon générale, les lois et règlements prévoient la méthode d'adjudication du contrat. De telle sorte que s'il s'agit de contrats importants, impliquant une forte somme, l'Administration sera fréquemment tenue de recourir au procédé de l'adjudication publique. En effet, ce dernier procédé répond à la règle de mise en concurrence et écarte dans une large mesure la possibilité de favoritisme ou de "patronage" qui caractérise si souvent l'octroi des contrats administratifs. Ainsi, ce n'est que dans le cas de contrats minimes ou en vertu d'exceptions expresses que le droit du contrat administratif autorise l'emploi de la technique de droit privé: l'adjudication de gré à gré.

L'adjudication par voie de soumission publique ou d'appel d'offres⁸³ constitue essentiellement une méthode ou une technique de choix du cocontractant offrant la meilleure garantie d'impartialité de la part de l'Administration, puisqu'en principe elle fournit à tous les citoyens l'opportunité de contracter avec l'Etat. De façon générale, le processus se déroule comme suit: l'autorité administrative sollicite des soumissions au moyen d'annonces publiques dans les journaux. La demande comporte une description très sommaire de l'objet du contrat à venir, désigne les personnes aptes à soumissionner et signale les conditions d'obtention de documents supplémentaires (par exemple, plans et devis, questionnaire servant à préciser la qualification du soumissionnaire). On y indique en outre le délai accordé aux intéressés pour y répondre ainsi que la date et le lieu d'ouverture des soumissions. La demande peut parfois préciser que l'Administration s'engage à retenir la plus basse soumission ou encore prévenir les soumissionnaires que le contrat ne sera pas nécessairement accordé au plus bas soumissionnaire, l'Administration se réservant ainsi le droit de n'accorder que partie du contrat ou de n'accepter aucune des soumissions présentées.⁸⁴ L'ouverture des soumissions se fait

⁸³ Le droit administratif français, contrairement à notre droit, distingue l'adjudication par voie de soumission publique, auquel cas l'Administration s'engage à accepter la plus basse soumission présentée, de l'appel d'offres qui ne comporte pas cette obligation et donne ainsi une plus grande discrétion à l'autorité administrative pour apprécier la valeur de l'offre soumise et la qualité de l'offrant. Voir F.-P. Bénéoit, *ibid.*, pp. 609-610; André de Laubadère, *op. cit.*, note 14, p. 310, no 318.

⁸⁴ En vertu des Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudica-

publiquement, en présence des intéressés:⁸⁵ on vérifie alors la conformité des soumissions reçues avec les normes préalablement établies par l'autorité administrative relativement à ce contrat.⁸⁶ De façon générale, l'Administration est tenue de motiver le rejet de toute soumission et de retourner toutes les garanties et dépôts fournis.⁸⁷ Le cas échéant, elle doit aviser la personne dont la soumission a été acceptée et l'inviter à signer le contrat.⁸⁸

Ainsi organisée, la mise en concurrence des contractants éventuels présente des avantages certains. Ce recours à l'adjudication publique ne force-t-il pas l'Administration à procéder à un choix

tion de contrats, *supra*, note 53, toute demande de soumissions doit obligatoirement contenir un avis précisant que le ministre n'est tenu d'accepter aucune des soumissions présentées: art 8 (d).

⁸⁵ Voir les Règlements québécois relatifs aux subventions pour fins de construction, *supra*, note 53, art. 15: "Toutes les soumissions doivent être ouvertes publiquement en présence d'au moins deux témoins et d'une personne désignée par le ministre aux date, heure et lieu mentionnés dans la demande de soumissions", et art. 16: "Tous les entrepreneurs généraux qui ont soumissionné peuvent assister à l'ouverture des soumissions." On doit noter que cet arrêté en conseil ne vise pas les contrats de travaux publics conclus par les différents ministères, mais s'applique plutôt aux contrats de certaines personnes, publiques ou privées, qui ne dépendent pas directement d'un ministère et qui reçoivent une subvention pour fins de construction. Son aire d'application est donc très vaste puisqu'il est susceptible de toucher une municipalité, un établissement hospitalier, une maison d'enseignement. Par ailleurs, en ce qui concerne les contrats de travaux publics conclus par les ministères eux-mêmes, voir les Règlements relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, annexe B, *ibid.*, articles 14-15; ces règlements contenant des dispositions analogues à ceux relatifs aux subventions pour fins de construction.

⁸⁶ Règlements relatifs aux subventions pour fins de construction, *ibid.*, articles 18-20. En ce qui concerne ces normes établies par l'Administration, il faut dire qu'elles sont très souvent laissées à l'appréciation de l'autorité contractante qui détermine elle-même, à partir de la nature du contrat, de la soumission présentée, des garanties fournies et, parfois, des qualités du soumissionnaire, si telle soumission est à retenir ou non, dans l'intérêt public: voir, par exemple, la Loi sur les postes, *supra*, note 52, articles 24-26. Certes doit-on déplorer par ailleurs l'absence de normes générales de préqualification pour les éventuels cocontractants de l'Administration. Telles normes permettraient un meilleur contrôle sur la compétence, la solvabilité et l'intégrité des soumissionnaires. Voir à cet égard les propos du ministre québécois des Travaux publics devant la Commission parlementaire des engagements financiers, rapportés dans le Soleil du 19 septembre 1969, à la p. 7. En ce sens, et bien que d'application générale, la Loi (québécoise) sur la qualification professionnelle des entrepreneurs de construction, L.Q., 1969, ch. 51, adoptée récemment, constitue un premier pas valable. On doit cependant se rappeler les diverses dispositions réglementaires ou législatives, visant à prévenir la corruption et les conflits d'intérêts chez les agents publics, qui leur interdisent de tirer bénéfice de quelque manière d'un contrat administratif. Il importe donc de tenir compte de ces textes et ce, aussi bien du point de vue de l'adjudication publique qu'à celui de l'adjudication de gré à gré. Voir sur cette question: *supra*, notes 62-64.

⁸⁷ Règlements relatifs aux subventions pour fins de construction, *ibid.*, art. 21; Règlement sur les marchés de l'Etat, *supra*, note 52, art. 36.

⁸⁸ Règlements relatifs aux subventions pour fins de construction, *ibid.*, articles 22-24; Loi sur les postes, *supra*, note 52, art. 28.

judicieux, fondé sur des critères intimement reliés à l'intérêt général? C'est pourquoi le législateur, tant fédéral que québécois, de même que le Conseil des ministres des deux ordres de gouvernement, lorsque la loi leur délègue ce pouvoir,⁸⁹ imposent l'emploi de cette technique d'adjudication dans de nombreux cas (ou, tout au moins, permet-on expressément à l'agent administratif de l'utiliser):⁹⁰

Il est du devoir du ministre de demander des soumissions par annonces publiques, pour l'exécution de tous les travaux faits à l'entreprise. . . .⁹¹

Avant de conclure un marché de construction, l'autorité contractante doit solliciter des soumissions. . . .⁹²

Toute subvention de \$50,000 ou plus pour fins de construction, payable à même un crédit voté par une loi de subsides, est assujettie à la condition que tout contrat pour l'exécution des travaux ne soit adjugé qu'après demande de soumissions suivant les présents règlements.⁹³

Il s'agit là de dispositions impératives, comme le révèle la teneur de ces textes, de telle sorte que, lorsqu'exigée, l'adjudication publique devient une formalité essentielle à la validité du contrat. Il s'ensuit donc que l'irrespect de cette exigence entraîne la nullité ou l'inexistence du contrat: à l'égard de quiconque le contrat est réputé n'avoir jamais existé et n'est ainsi susceptible d'aucune ratification, tout comme si l'agent avait agi sans habilitation initiale.⁹⁴

⁸⁹ Aux termes de l'article 39 de la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 52: "Le gouverneur en conseil peut établir des règlements sur les conditions auxquelles les contrats peuvent être conclus. . . ." Une délégation identique est prévue à l'article 32 de la Loi du ministère des finances québécois, *supra*, note 53. Il est intéressant de noter, également, qu'en vertu de l'article 83 de la Loi sur l'administration financière, *ibid.*, le Conseil des ministres du Canada jouit du même pouvoir relativement aux contrats conclus par les corporations de la Couronne considérées comme mandataires aux fins de cette loi. De plus, on doit noter qu'aux termes de l'article 5 (2A) de la Loi sur l'administration financière, *ibid.*, tel qu'établi par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 78, il est permis au Conseil des ministres fédéral de déléguer, par décret, son pouvoir réglementaire au Conseil du trésor, et ce tant en ce qui a trait aux contrats gouvernementaux qu'aux contrats conclus par les corporations de la Couronne considérées comme mandataires aux fins de cette loi. Au Québec, "en tout ce qui concerne les finances, . . . les dépenses et les engagements financiers du gouvernement", le Conseil de la trésorerie exerce les fonctions de comité du Conseil exécutif: voir la Loi du ministère des finances, *ibid.*, art. 15.

⁹⁰ Voir, par exemple, la Loi sur les postes, *supra*, note 52, art. 23(2), qui permet au ministre des Postes de solliciter des soumissions à l'égard du contrat de transport du courrier, même si le prix du contrat est de mille dollars et moins, et que de ce fait la loi ne l'oblige à le faire.

⁹¹ Loi des travaux publics, *supra*, note 41, art. 8; voir aussi la Loi sur les travaux publics du Canada, *supra*, note 52, art. 36; Loi sur les postes, *ibid.*, art. 22.

⁹² Règlement sur les marchés de l'Etat, *supra*, note 52, art. 7 (1); art. 10 quant aux marchés d'achat; art. 14 quant aux marchés de service.

⁹³ Règlements québécois relatifs aux subventions pour fins de construction, *supra*, note 53, art. 2.

⁹⁴ *R. v. Woodburn*, *supra*, note 59, à la p. 122. Voir cependant l'opinion

Certes, les mérites de la procédure de l'adjudication publique ne sont pas à négliger; la détermination du cocontractant n'en demeure pas moins subordonnée au bon fonctionnement du service public et aux exigences de la mission de l'Administration. En définitive, la valeur de ce procédé s'évalue selon les bénéfices qu'en retirent l'Administration et les administrés. Dès lors, s'il est bon, de façon générale, que l'Administration puisse solliciter l'apport du plus grand nombre de particuliers désireux de contracter avec elle, il est tout aussi légitime que, dans certaines circonstances, la demande de soumissions soit adressée aux seules personnes jugées aptes à fournir la prestation requise. De la même façon, l'obligation de retenir la plus basse soumission doit céder parfois puisque "l'entrepreneur ou le fournisseur le moins exigeant n'est pas toujours le meilleur; il ne suffit pas que le prix soit faible, encore faut-il que la prestation soit fournie correctement".⁹⁵ Une marge de discrétion doit donc être laissée à l'autorité administrative pour lui permettre "d'apprécier les qualités réelles, techniques et financières, du futur cocontractant".⁹⁶

On retrouve ainsi deux formes d'adjudication par voie de soumission publique ou d'appel d'offres, l'une ouverte à tous les intéressés, l'autre restreinte aux personnes "ayant leur principale

dissidente du juge Fournier, dans *R. v. Starrs, supra*, note 66, aux pp. 138-139: selon lui, lorsque les circonstances exigent une action rapide, l'autorité administrative peut mettre fin au contrat et en conclure un nouveau verbalement, passant ainsi outre à l'obligation de solliciter des soumissions. Voir aussi *Michaud et Simard v. Cité de Québec*, [1959] R.P. 181. Sur la question des contrats assujettis à des conditions, voir *Paradis v. Bernier* (1921), 62 R.C.S. 217: la Cour suprême du Canada, au motif de l'intérêt public, décida que même un arrêté en conseil postérieur ne pouvait servir à valider un contrat qui était nul *ab initio* du fait du manquement de la part du cocontractant, de remplir les conditions essentielles à la validité du contrat. Les parties ne peuvent donc en aucune façon être forcées à s'exécuter. Elles disposent, de même que les tiers intéressés, de l'action directe en nullité sous l'article 33 C.P.C. pour faire déclarer la nullité du contrat. Par ailleurs, on doit noter qu'un arrêt irlandais a déjà permis l'émission d'un bref de *mandamus* forçant une administration municipale à respecter les règlements relatifs aux demandes de soumissions et ce, à la demande d'un simple payeur de taxes: *R. (McKee) v. Belfast Corporation*, [1954] N.I. 122. Il semble cependant que les tribunaux exigeraient présentement du demandeur la preuve qu'il possède un intérêt dans l'affaire distinct de celui du public en général: *S.A. de Smith, op. cit.*, note 77, p. 574; *B. L. Strayer, op. cit.*, note 80, à la p. 31; *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général du Québec et al.*, [1970] C.S. (Québec), no 2289, 19 janvier 1970 (demande d'injonction par sous-traitant refusé); *Warner-Quinlan Asphalt Co. v. La Cité de Montréal et al.* (1916), 25 B.R. 147, aux pp. 155-156; *Ex parte New Brunswick Power Co.*, [1928] 1 D.L.R. 332.

⁹⁵ F.-P. Bénoit, *op. cit.*, note 1, p. 609.

⁹⁶ *Ibid.* Voir *Lake Champlain and St. Lawrence Ship Canal Co. v. R.*, *supra*, note 7; *Saxe and Archibald v. R.* (1921), 21 R.C. de l'E. 60; *Creelman and Verge v. R.* (1920), 20 R.C. de l'E. 198; *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général de Québec et al.*, v. *Procureur général de Québec et al.*, *supra*, note 94; *Warner-Quinlan Asphalt Co. v. La Cité de Montréal et al.*, *supra*, note 94; *Baynes and Horie v. Board of School Trustees of Vancouver*, [1927] 2 D.L.R. 698, à la p. 700.

place d'affaires⁹⁷ dans la région où les travaux seront exécutés^{97,98} ou à celles considérées par l'autorité administrative comme compétentes et solvables.⁹⁹ Par ailleurs, quoique en principe la technique de l'adjudication publique emporte l'octroi du contrat au plus bas soumissionnaire, diverses dispositions législatives ou réglementaires autorisent l'agent administratif à déroger à cette règle, s'il le juge opportun. A l'article 16(2) de la Loi sur les travaux publics du Canada, par exemple, on y prévoit expressément ce pouvoir, en y ajoutant toutefois une condition: l'autorisation du Conseil des ministres:¹⁰⁰

Dans tous les cas où le Ministre juge qu'il n'est pas à propos de confier l'entreprise au plus bas soumissionnaire, il doit signaler le fait au gouverneur en conseil et obtenir son autorisation avant d'écarter la plus basse soumission.

En principe, cette nécessité d'obtenir l'approbation d'une autorité supérieure vise à limiter la discrétion laissée à l'agent, de façon à éviter que la règle de l'adjudication publique soit tout à fait mise en échec. C'est pourquoi d'ailleurs cette autorisation est généralement requise;¹⁰¹ bien que, dans certains cas, la loi ne force l'agent qu'à indiquer ses motifs à une autorité supérieure, sans rendre obligatoire l'approbation de celle-ci.¹⁰² On doit enfin tenir compte de la possibilité parfois donnée à l'agent de demander la révision par les soumissionnaires des offres qu'il juge excessives et de solliciter de nouvelles soumissions si les offres révisées demeurent encore, à son avis, trop élevées.¹⁰³

⁹⁷ Voir l'arrêté en conseil québécois définissant la principale place d'affaires au sens des Règlements relatifs aux demandes de soumissions, *supra*, note 53. Voir *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général du Québec et al.*, *ibid.*: le juge Côté est d'avis que cette restriction ne s'applique pas aux sous-traitants.

⁹⁸ Règlements québécois relatifs aux subventions pour fins de construction, *supra*, note 53, art. 4 (a); les Règlements relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication des contrats, *supra*, note 53, art. 3.

⁹⁹ *Ibid.*, art. 6.

¹⁰⁰ *Supra*, note 52.

¹⁰¹ Voir par exemple: Règlement sur les marchés de l'Etat, *supra*, note 52, art. 7 (2): autorisation du Conseil du trésor; l'arrêté en conseil québécois concernant les règlements relatifs aux subventions pour fins de construction, *supra*, note 53, art. 20: autorisation du ministre des Travaux publics.

¹⁰² Voir, par exemple, la Loi sur les postes, *supra*, note 52, art 24, qui permet au ministre des Postes d'écarter la plus basse soumission si, à son avis, il n'est pas dans l'intérêt public de la retenir ou si encore elle ne présente pas des garanties suffisantes de bonne exécution. Dans ce cas, le ministre n'est tenu qu'à informer le Conseil du trésor de ses motifs. Voir aussi: *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général du Québec et al.*, *supra*, note 94; *Warner-Quinlan Asphalt Co. v. La Cité de Montréal et al.*, *supra*, note 94.

¹⁰³ Voir, par exemple, la Loi sur les postes, *ibid.*, art. 26. Voir aussi *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général du Québec et al.*, *ibid.* Cette affaire met en évidence le conflit possible entre les règlements relatifs aux contrats administratifs et les règlements adoptés par un organisme

Sans doute faut-il avouer qu'une telle discrétion accordée à l'Administration diminue grandement la garantie d'impartialité qu'offre la technique de l'adjudication publique. Certains agents sont même autorisés à accorder leur préférence à un soumissionnaire, sans que son offre soit la plus basse.¹⁰⁴ Dès lors, puisque l'Administration est en mesure de déterminer les personnes qu'elle veut voir soumissionner et, surtout, parce qu'elle n'est pas obligatoirement tenue d'octroyer le contrat au plus bas soumissionnaire, il lui est possible, en théorie du moins, d'user de favoritisme. Reste néanmoins qu'en principe, le principal souci de l'agent administratif est la satisfaction de l'intérêt collectif et qu'en ce sens une certaine souplesse s'avère nécessaire à l'efficacité de l'action administrative. Somme toute, en ce domaine, les solutions les meilleures ne peuvent être que les moins mauvaises: une fois de plus l'intérêt public consolide son emprise sur le pouvoir contractuel de l'Administration, la laissant libre dans une certaine mesure de choisir le cocontractant le plus qualifié.

En pratique, quelle que soit la procédure employée, il importe avant tout d'obtenir dans les meilleures conditions la prestation requise, et seule l'autorité administrative est apte à en juger. Il ne répugne donc pas au droit du contrat administratif que l'adjudication du contrat se fasse de gré à gré; c'est d'ailleurs ce principe de la liberté de choix, propre au droit privé, qui prévaut en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires imposant l'adjudication publique. Il est même évident que dans certaines circonstances, ce procédé de l'adjudication publique n'offre guère d'avantages pour une action administrative efficace. Aussi la loi et les règlements comportent-ils des exceptions à la règle de l'adjudication publique. Par exemple, aux termes de l'article 7(1) du Règlement sur les marchés de l'Etat, l'administration fédérale n'est pas tenue de solliciter des soumissions et peut procéder de gré à gré "lorsque le travail est tellement urgent

privé: le Bureau des soumissions déposées de Québec, dont le but principal est d'assurer une protection adéquate aux sous-traitants vis-à-vis les entrepreneurs généraux contre toute modification postérieure à la soumission. En dépit de la référence expresse aux règlements de cet organisme contenue dans l'article 13 des Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, *supra*, note 53, le juge Côté, de la Cour supérieure de Québec, semble néanmoins douter de leur application au contrat en cause.

¹⁰⁴ Voir, par exemple, l'arrêté en conseil (décret) québécois no 693 du 11 juin 1962, art. 14: "La Société Hydro-Québec peut accorder la préférence à une compagnie dont la principale place d'affaires est située au Québec même si la soumission n'est pas la plus basse." Voir sur cette question de l'achat préférentiel: R. Barbe, La politique d'achat des entreprises publiques et la préférence naturelle, dans *Le Devoir*, 12 avril 1967, aux pp. 4-5; J.-P. Gignac, La politique d'achat de l'Hydro-Québec, conférence prononcée à Montréal, le 20 octobre 1964, devant la Purchasing Agents Association of Montreal.

que tout retard serait préjudiciable à l'intérêt public" ou "lorsque le coût estimatif du travail est inférieur à quinze mille dollars et que l'autorité contractante est d'avis, vu la nature du travail, qu'il n'y a pas lieu de solliciter des soumissions".¹⁰⁵ Dans le même sens, on doit encore remarquer le pouvoir qui appartient au Conseil du trésor de déterminer certaines catégories de marchés d'achat à l'égard desquelles il n'est pas nécessaire de solliciter des soumissions.¹⁰⁶ Au Québec, par ailleurs, on retrouve sensiblement les mêmes exceptions, à savoir l'urgence, la possibilité de réaliser l'objet du contrat plus efficacement en procédant autrement, le montant du contrat qui, compte tenu de la nature de la prestation à obtenir, ne requiert pas l'adjudication publique, de l'avis de l'autorité contractante.¹⁰⁷ L'Administration possède alors toute discrétion pour choisir celui qu'elle considère le plus compétent à lui fournir la prestation requise: on comprendrait mal pourquoi elle négocierait avec quelqu'un n'offrant pas toutes les garanties de bonne exécution.

ii) Garanties exigées du cocontractant

Il est certain que toute personne, désirant contracter pour quelque objet que ce soit, cherche d'abord à vérifier les qualifications de la personne avec qui elle négocie et veut ensuite obtenir certaines garanties; l'Administration agit de la même façon.

D'une part, les qualifications du cocontractant éventuel sont contrôlées par l'autorité administrative, soit au cours des négociations préalables, lorsqu'il s'agit de l'adjudication de gré à gré, soit dans le questionnaire que doit remplir le soumissionnaire, lorsqu'il s'agit de l'adjudication publique. Ainsi, le soumissionnaire doit indiquer ses références bancaires, faire un résumé de son expérience générale et particulièrement de son expérience dans l'exécution de contrats comparables, décrire s'il y a lieu l'équipement qu'il

¹⁰⁵ *Supra*, note 52; voir aussi, au même effet, les articles 10 et 14 du même règlement (marchés d'achat et marchés de service), ainsi que l'article 36 de la Loi sur les travaux publics du Canada, *supra*, note 52. Par ailleurs, il est nécessaire de tenir compte d'une autre exception prévue par ces textes qui, non seulement, écarte la technique de l'adjudication publique, mais permet à l'Administration de ne pas recourir au contrat lorsqu'il s'avère possible d'accomplir le travail plus économiquement et efficacement en le confiant aux employés de l'autorité contractante.

¹⁰⁶ Règlement sur les marchés de l'Etat, *ibid.*, art. 10 (d).

¹⁰⁷ Par exemple, Loi des travaux publics, *supra*, note 41, art. 8. La limite est cependant portée à \$25,000.00 au Québec.

¹⁰⁸ Voir, par exemple, l'article 13 des Règlements québécois relatifs aux subventions pour fins de construction, *supra*, note 53. On doit noter, par ailleurs, que ces divers règlements relatifs aux demandes de soumissions exigent aussi du soumissionnaire qu'il communique à l'Administration la liste des sous-traitants, la renseigne sur les qualifications de ces derniers: voir les articles 12 et 13 des Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, *supra*, note 53. De plus, dans bien des cas, les

Les lois et les règlements, d'autre part, requièrent du futur contractant qu'il fournisse des garanties d'ordre pécuniaire à l'égard aussi bien de la conclusion du contrat que de l'exécution de ce contrat. Il convient en effet que l'Administration puisse d'abord se prémunir contre certains soumissionnaires peu sérieux qui voudraient se désister une fois leur soumission acceptée et ne pas conclure le contrat. Aussi prévoit-on que chaque soumissionnaire doit joindre à sa soumission un cautionnement ou un dépôt de garantie. Par exemple, en vertu des Règlements québécois relatifs aux subventions pour fins de construction, chaque soumissionnaire "doit fournir avec sa soumission, soit un chèque visé . . . d'un montant égal ou supérieur à 10% du total de la soumission ou à une somme forfaitaire fixée à l'avance . . . , soit une police de garantie équivalente souscrite par une compagnie autorisée à se porter caution judiciaire"¹⁰⁹. Cette garantie est conservée par l'Administration qui ne la retournera au soumissionnaire que si sa soumission est rejetée¹¹⁰ ou si le contrat est conclu et exécuté valablement.¹¹¹

En outre de cette garantie ou cautionnement de soumission, l'Administration doit encore obtenir certaines garanties de la part de son futur cocontractant quant à l'exécution même du contrat. Ainsi, selon l'article 9 de la Loi des travaux publics du Québec:¹¹²

sous-traitants sont soumis aux mêmes dispositions réglementaires que les soumissionnaires: voir, notamment, les modifications récentes apportées aux Règlements précités. Néanmoins, la jurisprudence refuse de reconnaître un lien direct entre l'Administration et le sous-traitant: *Pearson v. R.*, *supra*, note 78, à la p. 227; *Huey v. Doody* (1922), 63 D.L.R. 115; *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général du Québec et al.*, *supra*, note 94; (la règle dans ce cas, n'est toutefois pas exposée de façon aussi claire).

¹⁰⁹ *Ibid.*, art. 10 (a); voir aussi les Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, *ibid.*; Règlement (fédéral) sur les marchés de l'Etat, *supra*, note 52, art. 26. Également, on doit noter la disposition prévue à l'article 28 (1) de la Loi sur les postes, *supra*, note 52, qui exige du soumissionnaire qu'il fournisse avec sa soumission une déclaration écrite de personnes se portant fort qu'il signera le contrat si sa soumission est acceptée.

¹¹⁰ Règlement sur les marchés de l'Etat, *ibid.*, art. 36; Règlements relatifs aux subventions pour fins de construction, *ibid.*, art. 21. Voir, par exemple, *Baynes and Horie v. Board of School Trustees of Vancouver*, *supra*, note 96, à la p. 698.

¹¹¹ Règlement sur les marchés de l'Etat, *ibid.*, art. 33. Voir, à ce sujet, *Brandon Construction Co. v. Saskatoon School Board* (1913), 13 D.L.R. 379; dans cette affaire, la Cour d'appel de la Saskatchewan a décidé que la commission scolaire de Saskatoon ne pouvait conserver le dépôt du soumissionnaire puisque celle-ci n'avait subi aucun dommage du refus du soumissionnaire de signer le contrat et de l'exécuter.

¹¹² *Supra*, note 53; voir au même effet la Loi sur les travaux publics du Canada, *supra*, note 52, art. 16 (1), la sanction étant prévue à l'article 17. Sur cette question du cautionnement d'exécution, voir également l'article 27 du Règlement sur les marchés de l'Etat, *supra*, note 52, modifié par D.O.R.S. 1966 (148), relatif aux marchés de construction, et l'article 8 des Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour

Le ministre doit, dans tous les cas où des travaux publics sont faits à l'entreprise, veiller soigneusement à ce qu'il soit donné bonne et suffisante caution en faveur de Sa Majesté, pour l'exécution régulière de ces travaux; . . . et aucune somme de deniers ne doit être payée à un entrepreneur sur un contrat quelconque, et aucun ouvrage ne doit être commencé avant que ce contrat soit signé par les parties y dénommées, et que le cautionnement nécessaire soit fourni.

Cette dernière garantie comporte deux aspects: le cocontractant doit d'abord garantir, au moyen d'un cautionnement d'exécution d'une valeur égale à cinquante pour cent du montant du marché, qu'il exécutera fidèlement le contrat; il doit de plus fournir un cautionnement du paiement de la main-d'oeuvre et des matériaux équivalant aussi à cinquante pour cent du montant du contrat.¹¹³ Il est nécessaire toutefois de bien voir la différence qui existe entre cette sorte de garantie relative à l'exécution et celle exigée du soumissionnaire lorsqu'il présente sa soumission. En effet, l'Administration dans un cas ne tiendra pas compte de la soumission présentée si le cautionnement de soumission ne

travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, annexe B, *supra*, note 53, modifié par l'arrêté en conseil no 752 du 9 avril 1965. Plus généralement, on doit noter le pouvoir accordé au Conseil des ministres fédéral d'édicter "des règlements concernant la garantie à fournir à Sa Majesté et en son nom pour assurer la fidèle exécution des contrats": Loi sur l'administration financière, *supra*, note 52, art. 39 (b), ainsi que la faculté laissée à l'autorité contractante d'exiger des garanties de bonne exécution même en ce qui concerne les marchés d'achats et de service: Règlement sur les marchés de l'Etat, *ibid.*, art. 28 (2). Par ailleurs, l'article 28 (1) (d) du même règlement autorise l'autorité contractante à exiger une garantie différente de celle prévue, si elle le juge à propos, relativement à un marché de construction et, de plus, si un tel marché s'élève à moins de \$25,000.00, il lui est permis de n'exiger aucune garantie d'exécution: *ibid.*

¹¹³ Voir les articles 27 du Règlement sur les marchés de l'Etat, *ibid.*, et 8 des Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication des contrats, *ibid.* Ces mêmes dispositions prévoient cependant que ces cautionnements peuvent être remplacés par un dépôt de garantie d'un montant fixé par ces règlements. Il convient encore de remarquer l'importance attachée au cautionnement du paiement de la main-d'oeuvre et des matériaux par le Règlement sur les marchés de l'Etat, *ibid.*, art. 32 (1), qui prévoit que lorsque, relativement à un marché de construction, le contrat stipule que les paiements se feront sur évaluation provisoire (*progress payments*) une retenue de 5% ou de 10% sera effectuée sur chaque paiement, afin de garantir l'exécution fidèle et complète du contrat, selon que le cautionnement du paiement de la main-d'oeuvre et des matériaux aura ou non été fourni. Voir l'article 40 de la Loi sur l'administration financière, *ibid.*, qui prévoit une telle retenue, et l'arrêt *Barrett Bros. v. Cornwall* (1908), 12 O.W.R. 970, dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a décidé qu'une fois le certificat de paiement progressif émis, l'Administration ne peut refuser de payer sous prétexte de défauts d'exécution, car la retenue effectuée sur le paiement sert précisément à couvrir de tels défauts. Par ailleurs, sur la question de la cession par la Couronne de ses droits relativement à un cautionnement de paiement à une personne qui a valablement exécuté le contrat ou fourni régulièrement services ou matériaux, voir l'article 17 de la Loi (fédérale) modifiant la Loi sur l'administration financière, S.C., 1968-1969, ch. 27, ajoutant la partie VIII B (articles 88 (G)-(J)) à la Loi sur l'administration financière, *ibid.*

l'accompagne pas, tandis que le cautionnement d'exécution ne sera exigé qu'après la conclusion du contrat.¹¹⁴ Ainsi, en cas de défaut du cocontractant de fournir cette garantie, seuls le paiement du contrat et le début de l'exécution seront retardés,¹¹⁵ mais non pas la conclusion même du contrat, sauf exception prévue.¹¹⁶

L'exigence de telles garanties sert avant tout à prémunir l'Administration contre tout risque de mauvaise exécution ou d'inexécution et c'est pourquoi il doit en être tenu compte lors de la détermination du cocontractant. Sans doute la procédure de l'adjudication publique, avec le cautionnement de soumission qui y est attaché permet-elle, en soi un choix assez sûr. Néanmoins, il serait peut-être bon de modifier les règles de façon à ce que, comme le cautionnement de soumission est une condition nécessaire pour que l'Administration tienne compte d'une soumission présentée, les garanties de bonne exécution deviennent une condition essentielle à la conclusion et à l'octroi définitif du contrat. De cette façon, non seulement le paiement ou le début de l'exécution serait retardé, mais le contrat lui-même ne pourrait être conclu tant que toutes ces garanties ne seraient pas fournies, que ce soit par le soumissionnaire ou l'adjudicataire de gré à gré.

Le contrat administratif, sans être tout à fait différent du contrat ordinaire, subit manifestement l'impact du droit public: sa validité dépend d'abord de l'habilitation de l'agent; elle dépend encore du respect de formalités relatives au choix du cocontractant. Déjà, à ce stade, on peut se rendre compte que la mission que poursuit l'Administration influence grandement son pouvoir contractuel et que les termes mêmes de son engagement y sont assujettis.

B) *Le contenu du contrat administratif*

En même temps que le droit du contrat administratif réglemente de façon assez stricte la détermination des parties à l'acte et limite d'autant le pouvoir contractuel de l'Administration, il va sans dire que le contenu du contrat, également, n'est pas laissé à l'entière discrétion des parties. Une fois de plus, le principe de l'autonomie des volontés se heurte aux exigences de l'intérêt public et à la finalité que poursuit l'Administration. Comme il est interdit

¹¹⁴ Voir les articles 27 du Règlement sur les marchés de l'Etat, *ibid.*, et 8 des Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, *ibid.*

¹¹⁵ Cette sanction est prévue par l'article 9 de la Loi (québécoise) des travaux publics, *supra*, note 41, et par l'article 17 de la Loi (fédérale) sur les travaux publics, *supra*, note 52.

¹¹⁶ Par exemple, la Loi sur les postes, *supra*, note 52, dispose à l'article 24 que le ministre peut écarter la plus basse soumission s'il juge insuffisantes les garanties de bonne exécution fournies relativement à un contrat de transport du courrier. Il doit cependant signaler ce fait et ses motifs au Conseil du trésor.

d'insérer dans un contrat privé des clauses contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs, ainsi la liberté contractuelle de l'agent administratif est-elle limitée implicitement par la nature particulière de l'Administration; de même se voit-il contraint d'incorporer au contrat toute clause prescrite par les lois ou règlements applicables.

a) *Limitations implicites*

Sans doute la loi précise indirectement l'objet du contrat lorsqu'elle habilite l'agent à contracter dans l'exercice de ses fonctions: par exemple, le ministre de la Voirie a compétence à l'égard de la construction d'une route et il ne peut contracter en vue de l'acquisition d'un immeuble devant servir à loger le ministère des Finances. Néanmoins, prenant pour acquis que l'agent habilité s'est engagé dans les limites de sa compétence, il reste qu'il existe certaines interdictions plus particulières aux termes mêmes de l'engagement et qui tiennent de la nature et du rôle spécifique de l'administration publique, quel que soit par ailleurs l'objet du contrat. Et c'est la jurisprudence qui est venue prohiber l'insertion au contrat de telles clauses, en déclarant nul et sans effet soit le contrat tout entier, soit une ou quelques clauses du contrat lorsque, par ailleurs, son contenu est valide.

i) *Limites relatives aux droits, prérogatives ou immunités*

La jurisprudence a maintes fois consacré la règle voulant que l'autorité contractante ne puisse incorporer au contrat une clause qui aurait pour effet de limiter ou d'annihiler les droits, prérogatives ou immunités dont jouit l'Administration, que ce soit en vertu d'une loi ou de la prérogative royale.

Ainsi, dans un contrat d'achat d'immeuble conclu par le ministère des Travaux publics fédéral, une clause prévoyait que le gouvernement s'engageait à payer toutes taxes municipales, scolaires et autres taxes foncières à compter d'une date déterminée. Or, cette clause s'opposait directement au principe de l'immunité fiscale, prévu à l'article 125 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique,¹¹⁷ que seule la Couronne, en vertu de la prérogative, peut écarter. Aussi, malgré l'allégation que l'arrêté en conseil autorisant l'achat comprenait cette obligation de payer les taxes, la Cour suprême du Canada a-t-elle considéré nulle cette clause du contrat. L'arrêté en conseil, en effet, permettait le versement de tout montant légalement exigible de la Couronne en vertu d'une loi fiscale, et l'expression "légalement exigible" ne visait que les taxes susceptibles d'être perçues pour l'usage des services municipaux; de telle sorte que l'agent administratif ne pouvait étendre

¹¹⁷ "Nulle terre ou propriété appartenant au Canada ou à aucune province en particulier ne sera sujette à la taxation".

davantage l'obligation du gouvernement.¹¹⁸

La même règle avait été appliquée auparavant, par le Comité judiciaire du Conseil privé, dans une affaire mettant en cause le gouvernement de Terre-Neuve.¹¹⁹ Il s'agissait alors d'un contrat, relatif à l'installation d'un câble sous-marin, conclu pour une durée de vingt-cinq ans et qui contenait une clause impliquant l'exemption totale de tous droits de douane sur le matériel utilisé. A la suite d'un changement de gouvernement survenu la même année, on se dit insatisfait des termes du contrat et on réclama des droits de douane. Le Comité judiciaire du Conseil privé donna raison au nouveau gouvernement se fondant, entre autres motifs, sur le fait que la Loi de la vérification des comptes¹²⁰ autorisait bien l'Administration à faire remise d'une partie des droits de douane, mais non à exempter complètement le cocontractant du paiement de ces droits, pouvoir que détenait seul le Parlement.¹²¹

Dès maintenant apparaît le déséquilibre flagrant des parties au contrat administratif: non seulement le cocontractant doit-il s'assurer de l'aptitude de l'agent administratif à se lier envers lui, mais encore, lui faut-il veiller à ce que les termes mêmes de l'engagement ne portent pas atteinte au statut de l'Administration ainsi qu'à sa mission, tels qu'établis par la Constitution. L'Administration occupe donc une position nettement privilégiée par rapport au cocontractant aussi bien qu'aux tiers intéressés, puisqu'en dépit de stipulations formelles au contrat, certains termes de son engagement sont considérés comme nuls et sans effet à l'égard de quiconque. Ici encore, on se rend compte que le principe du droit commun du contrat, voulant que le contrat fasse la loi des parties, subit souvent d'importants accrocs et n'offre pas une garantie de sécurité aussi grande qu'en droit privé. Néanmoins, il importe de préciser, comme le fait le professeur H. Street, "that a claim of prerogative must be upheld only where it is necessary in the public interest; and not merely because it is allowed by long usage".¹²²

ii) *Limites résultant de la liberté d'action indispensable à l'Administration*

Dans la mesure où une clause du contrat est impuissante à limiter les droits, prérogatives ou immunités dont jouit l'Administration, compte tenu de son statut, de la même façon il est nécessaire à l'efficacité de l'action administrative que le contenu du contrat ne puisse faire obstacle à la mission que doit poursuivre

¹¹⁸ *Charpentier v. R.*, [1955] R.C.S. 177, à la p. 180.

¹¹⁹ *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland* (1916), 27 D.L.R. 7.

¹²⁰ The Audit Act, S.T.N., 1899, 62-63 Vict., ch. 34, art. 79.

¹²¹ *Supra*, note 119, à la p. 11. Voir cependant *Esquimalt and Nanaimo Railway Co. et al. v. A.G. for British Columbia*, *supra*, note 9.

¹²² *Op. cit.*, note 54, à la p. 47.

l'Administration. Il serait contraire à l'intérêt public que celle-ci, dans l'exercice de ses fonctions essentielles, soit empêchée d'agir par l'effet d'un contrat devenu trop astreignant. Certes, il s'agit là d'une question difficile: tout contrat, quels qu'en soient les termes, limite la liberté d'action des parties mais, y ayant acquiescé volontairement, elles doivent en supporter les conséquences; la lésion n'étant pas admise par le droit lorsque les parties sont majeures. Malgré tout, ce principe, valable en droit privé, heurte de front les impératifs de l'action administrative et c'est ainsi que la jurisprudence lui a apporté un tempérament. Dès lors, en matière de contrats administratifs, la règle quoique énoncée d'une manière assez confuse veut que l'Administration ne puisse, par contrat, limiter sa liberté d'action qu'exige l'intérêt public dans l'exercice de ses fonctions essentielles. On reconnaît par là le pouvoir de l'Administration de se libérer d'un engagement jugé incompatible avec l'efficacité de l'action administrative, quitte à laisser pour compte la protection des droits du cocontractant.¹²³

Cette limitation au pouvoir contractuel de l'Administration, beaucoup plus générale que la première, tire ses origines d'un arrêt anglais de 1921, celui de l'*Amphitrite*.¹²⁴ Dans cette affaire, la *High Court* d'Angleterre avait à statuer sur une action pour bris de contrat intentée par les propriétaires d'un navire suédois: l'*Amphitrite*, contre le gouvernement britannique. Le contrat sur lequel se fondait la poursuite était un accord intervenu pendant la première guerre mondiale, entre les propriétaires du navire et les autorités anglaises, à l'effet d'exempter le navire du respect des formalités requises de tout navire d'un Etat neutre pour l'entrée et la sortie des eaux britanniques. Le contrôle qui s'exerçait sur la circulation maritime était très rigoureux, occasionnait de longs délais et, déjà, les propriétaires suédois avaient encouru de lourdes pertes dues à l'application de cette politique. Aussi, avaient-ils voulu obtenir de Londres une exemption expresse pour l'*Amphitrite*. Toutefois, le gouvernement anglais avait assujéti l'autorisation de circuler librement à une condition: soit que la cargaison à destination de la Grande-Bretagne fût composée de soixante pour cent de marchandises d'une catégorie approuvée par les autorités anglaises. Lors d'un premier voyage, l'entente fut respectée et l'*Amphitrite* put regagner sans entrave son port d'attache. Craignant malgré tout de voir rompre l'entente, les propriétaires avaient exigé, avant le départ du navire pour un second voyage, le renouvellement exprès de l'engagement; ce qu'ils obtinrent. Lorsque, dans les mêmes conditions, le navire revint en Grande-Bretagne, ses propriétaires furent avisés qu'il ne pourrait quitter

¹²³ J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, note 21, p. 19; S.A. de Smith, *op. cit.*, note 77, p. 299; G. Langrod, *op. cit.*, note 2, aux pp. 334-335.

¹²⁴ *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. R.*, [1921] 3 K.B. 500.

les eaux anglaises sans avoir obtenu la permission d'un organisme chargé de la surveillance de la circulation maritime entre la Suède et la Grande-Bretagne: le *Swedish Shipping Committee*. Or, en raison de l'existence d'un certain accord conclu entre les propriétaires du navire et le gouvernement allemand, il leur fut impossible de présenter leur demande à l'organisme britannique; aussi le navire fut-il retenu dans les eaux anglaises et, après quelque temps, ses propriétaires décidèrent de le vendre afin d'éviter une plus grande perte, tout en logeant une demande d'indemnisation par voie de pétition de droit.

Pour le juge Rowlatt, appelé à rendre la décision, le litige portait essentiellement sur la question de savoir si oui ou non l'accord intervenu et son renouvellement exprès constituait un véritable contrat ayant force obligatoire entre les parties. Il en vint à la conclusion que l'entente intervenue n'était pas de cette nature. Selon lui, contrairement à un contrat commercial qui lie le gouvernement et peut lui faire encourir une responsabilité, l'accord n'était en fait qu'une promesse faite par le gouvernement à l'effet qu'il agirait de telle façon advenant l'entrée de ce navire dans les eaux anglaises. Aussi rejeta-t-il la demande d'indemnisation, déclarant que l'accord ne constituait qu'une déclaration d'intention, sans plus, et affirmant "that it is not competent for the Government to fetter its future executive action, which must necessarily be determined by the needs of the community when the question arises".¹²⁵ S'appuyant sur la seule règle générale voulant que la Couronne puisse, à son gré, révoquer l'engagement de tout fonctionnaire, comme l'exige l'intérêt public,¹²⁶ et sans même citer aucun précédent, le juge Rowlatt émit l'idée que l'Administration ne peut, par contrat, limiter son action future dans des matières relevant du salut et de la prospérité de l'Etat (*Welfare of the State*).¹²⁷

Cette décision du juge Rowlatt a entraîné de nombreuses controverses. Ainsi, comme le déclara récemment M. Cowan:¹²⁸

In this case, Rowlatt J. gave a decision, apparently without having heard any citation of authorities in argument, which has been followed, criticised and interpreted in such a manner as to make it one of the most controversial cases in this field.

La principale critique tient à l'absence de tout précédent à

¹²⁵ *Ibid.*, à la p. 503.

¹²⁶ Voir sur cette question: *De Dohse v. R.* (1886), 3 T.L.R. 114; *Dunn v. R.*, [1896] 1 Q.B. 116; *Denning v. Secretary of State of India* (1920), 37 T.L.R. 138; *Terrell v. Secretary of State for Colonies*, [1953] 2 Q.B. 482; *Vaillancourt v. R.*, [1927] R.C. de l'E. 21; *McLean v. Vancouver Harbour Commissioners*, [1936] 3 W.W.R. 657. *Genois v. R.*, *supra*, note 7.

¹²⁷ *Rederiaktiebolaget Amphithite v. R.*, *supra*, note 124, à la p. 503.

¹²⁸ "Contracts" with the Crown (1965), 18 Current Legal Problems 153, à la p. 166; voir également S.A. de Smith, *op. cit.*, note 77, à la p. 299; S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 112.

l'appui du jugement, si ce n'est l'extension par trop considérable des principes régissant les rapports entre la Couronne et ses fonctionnaires, relations qui d'ailleurs, de l'avis de certains, ne seraient pas à proprement parler contractuelles.¹²⁹ Par ailleurs, le fait que le juge Rowlatt lui-même ait exclu les contrats commerciaux de l'application de la règle¹³⁰ laisse douter de la portée du principe et de sa valeur: un contrat même commercial ne peut-il pas constituer une entrave à la liberté d'action indispensable à une Administration efficace?¹³¹

Enfin, un arrêt plus récent de la *High Court* d'Angleterre, dans l'affaire *Robertson*,¹³² a ajouté à l'imprécision du principe en voulant mieux définir ce qui pouvait constituer un motif pour l'Administration d'ignorer un contrat considéré comme une entrave à son pouvoir exécutif. Dans cette affaire, un officier de l'armée cherchait à obtenir une pension d'invalidité et il alléguait un accord intervenu entre lui et le ministère de la Guerre à l'effet que cette pension lui serait versée. Le ministre des Pensions refusait de s'acquitter, prétextant qu'une telle entente limitait la liberté d'action du gouvernement. Cette défense du ministre ne fut cependant pas retenue par le tribunal qui conclut en la validité de l'accord. Au dire du juge Denning, le véritable motif de la décision, dans l'affaire de l'*Amphitrite*, était l'absence de contrat entre le gouvernement anglais et les propriétaires du navire; si donc il y a contrat, l'arrêt de 1921 ne s'applique pas puisqu'il n'était pas essentiel d'y préciser que l'Administration ne peut, par contrat, limiter sa liberté d'action dans le futur. Davantage, même dans l'hypothèse où le principe émis dans l'arrêt *Amphitrite* trouve application, le juge Denning estime que sa portée doit maintenant être limitée.¹³³

In my opinion the defence of executive necessity is of limited scope. It only avails the Crown where there is an implied term to that effect or that is the true meaning of the contract.

Ainsi faudrait-il, selon cette opinion, retrouver dans le contrat une condition implicite l'assujettissant à la liberté ou à l'efficacité de l'action administrative et conclure, après un examen attentif du contenu du contrat, que les parties avaient sûrement entendu se lier qu'en autant que l'engagement ne porte pas atteinte à une action administrative efficace. Car, comme le fait remarquer

¹²⁹ M. Cowan, *ibid.*, à la p. 159; *Riordan v. War Office*, [1959] 1 W.L.R. 1046; *I.R.C. v. Hambrook*, [1956] 2 W.L.R. 919; sur cette question, voir également, *supra*, note 7.

¹³⁰ *Rederiaktiebolaget Amphitrite v. R.*, *supra*, note 124, à la p. 503.

¹³¹ W. S. Holdsworth, *A Case Book on Constitutional Law* (1929), 45 L.Q. Rev. 162, à la p. 166.

¹³² *Robertson v. Minister of Pensions*, *supra*, note 74, en ce qui a trait au mandat apparent et à la doctrine de l'*estoppel* quant à l'habilitation de l'agent administratif.

¹³³ *Ibid.*, à la p. 231.

le juge Denning, dans la mesure où l'arrêt *Amphitrite* s'appuyait sur la règle en matière de contrats entre la Couronne et ses fonctionnaires, il est nécessaire de tenir compte de l'évolution donnée à cette dernière règle par le Comité judiciaire du Conseil privé en 1934, dans l'affaire *Reilly*.¹³⁴ Lord Atkin affirmait alors que le droit pour l'Administration de révoquer arbitrairement ses fonctionnaires disparaît quand le contrat prévoit expressément que le fonctionnaire ne pourra être congédié que pour cause.¹³⁵ En définitive, en dépit du bon vouloir du juge Denning, la confusion reste totale: d'une part, il nie l'existence comme précédent de la règle de l'*Amphitrite* lorsqu'il y a un contrat, d'autre part, paraissant douter de la valeur de son argument, il précise les limites à l'application de la règle en des termes aussi vagues que cette dernière.

Quoi qu'il en soit, la doctrine¹³⁶ a bien fait voir que, dans l'arrêt *Robertson*, le juge Denning interprétait faussement la décision dans l'affaire de l'*Amphitrite*: la règle formulée alors était bel et bien la *ratio decidendi* du jugement et c'est parce que la Couronne ne pouvait, par contrat, limiter sa liberté d'action que le tribunal en a conclu l'absence de contrat. Il est donc logique que dans l'exercice de ses fonctions essentielles, l'Administration ait le pouvoir d'ignorer certains engagements lorsque l'exige l'intérêt public. Comme le soulignait S. G. MacKinnon:¹³⁷

The case has been criticised frequently for its overstatement of the power of the Crown, but unquestionably the decision was based on the sound principle that the state cannot be prevented from exercising the powers which are essential to its existence and for which it was created, its contractual obligations will be overridden if necessary in order for it to exercise these powers.

En définitive, M. Cowan de conclure, "the *Amphitrite* stands simply as one more authority on the Crown's privileged position in the law of contract".¹³⁸ L'important est de veiller à ce que ce principe ne soit pas appliqué à des cas où l'intérêt public n'est

¹³⁴ *Reilly v. R.*, [1934] A.C. 176: cet arrêt établissait que la Couronne peut contracter avec ses fonctionnaires et que le contrat se termine lors de la suppression législative de l'organisme auquel ils sont rattachés.

¹³⁵ *Ibid.*, à la p. 179. Le tribunal n'avait pas, aux fins de la décision, à se prononcer sur ce point. Le litige, comme tel, portait sur la question de savoir si le contrat subsiste après la suppression par la loi de l'organisme qui emploie le fonctionnaire. Par ailleurs, l'affirmation de lord Atkin paraît étrange puisque si l'intérêt public exige que la Couronne puisse révoquer *ad nutum* un fonctionnaire, une clause au contraire dans le contrat d'engagement semble aller directement à l'encontre de l'intérêt public. Ainsi M. Cowan déclare, *op. cit.*, note 128, à la p. 157: "Certainly it seems more sensible Lord Atkin's way, especially where an express term is incorporated in the contract, but logic is sometimes different from the law and Lord Atkin's dictum has received no practical application."

¹³⁶ J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, note 21, pp. 30-31; M. Cowan, *ibid.*, aux pp. 167-168.

¹³⁷ *Op. cit.*, note 33, à la p. 113.

¹³⁸ *Op. cit.*, note 128, à la p. 168.

pas fondamentalement mis en cause¹³⁹ et, en ce sens, l'arrêt *Robertson* se comprend fort bien.

La jurisprudence canadienne n'a pas, au début, reconnu une telle limitation au pouvoir contractuel de l'Administration.¹⁴⁰ Ainsi, dans l'arrêt *Windsor and Annapolis Railway Co. v. R.*,¹⁴¹ une entente relative à une ligne de chemin de fer, conclue pour une durée de vingt-et-un ans, fut déclarée valide par le Comité judiciaire du Conseil privé qui statua que le gouvernement fédéral s'était rendu coupable de bris de contrat en décidant de ne plus y donner suite bien que, compte tenu de l'efficacité administrative et de l'intérêt public canadien, le contrat limitait considérablement la liberté du gouvernement de réorganiser le réseau ferroviaire. Plus tard, cependant, certaines décisions ont fait appel à la règle émise par le juge Rowlatt, dans l'arrêt *Amphitrite*. Par exemple, afin de déclarer inexistant un accord au terme duquel le ministre fédéral du Revenu se serait engagé à rembourser le montant d'un impôt à une société, si cet impôt était jugé inconstitutionnel, la Cour suprême du Canada a décidé que la loi n'habilitait pas le ministre à agir ainsi et qu'une telle entente lierait illégalement l'action future du gouvernement.¹⁴² La jurisprudence canadienne demeure cependant très prudente dans l'application d'une telle règle. Aussi reconnaîtra-t-on l'absence de contrat sur cette base, uniquement lorsque d'autres motifs permettent également d'arriver au même résultat et surtout lorsque l'intérêt public l'exige hors de tout doute. Ainsi de déclarer tout récemment le juge Noël, de la Cour de l'Échiquier, en décidant que la Couronne était responsable au même titre qu'un particulier pour le bris d'un bail occasionné par la fermeture d'un canal à la circulation maritime:¹⁴³

En serait-il autrement parce que la fermeture du canal ici provient d'une décision administrative par l'entremise de la Couronne. Je ne le crois pas. Elle ne pourrait l'être, je crois, que s'il s'agissait d'une décision prise pour cause d'utilité publique et où le dommage en résultant en soit un dont souffre le public en général qui ne pourrait, pour cette raison seule, être recouvré. L'on pourrait, en effet, dans ce cas, se demander si un tel geste nécessaire pour le plus grand bien de la société et sans qu'il soit la conséquence d'une faute commise par le bailleur, puisse entraîner une responsabilité quelconque.

Par ailleurs, le principe émis dans l'arrêt *Amphitrite*, si ex-

¹³⁹ S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 113.

¹⁴⁰ *Demers v. R.* (1898), 7 B.R. 433, à la p. 440, infirmé par [1900] A.C. 103.

¹⁴¹ (1896), 11 A.C. 607.

¹⁴² *Walkerville Brewery Ltd. v. R.*, *supra*, note 59, aux pp. 61-62. Voir aussi *Genois v. R.*, *supra*, note 7, aux pp. 180-181.

¹⁴³ *Eastern Canada Shipping Ltd. v. R. et l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, *supra*, note 56, à la p. 483; *contra: Crown Land Commissioners v. Page*, [1960] 2 Q.B. 274, où il fut décidé qu'un contrat de bail ne peut contenir une clause implicite garantissant la jouissance tranquille du preneur.

orbitant soit-il, peut aussi être considéré comme une application plus particulière d'un principe général propre au droit administratif, à savoir que celui à qui la loi confère un pouvoir discrétionnaire ne peut lui-même limiter l'exercice futur de cette discrétion.¹⁴⁴ C'est ce que manifestait déjà le juge Newcombe, de la Cour suprême du Canada:¹⁴⁵

A Minister cannot, by agreement, deprive himself of a power which is committed to him to be exercised from time to time as occasion may require in the public interest, or validly covenant to refrain from the use of that power when it may be requisite, or expedient in his discretion, upon grounds of public policy, to execute it.

Dans cette affaire, le ministre des Postes s'était engagé pour plusieurs années à maintenir le droit d'une compagnie de vendre des timbres, mandats postaux et autres, au moyen de distributrices automatiques. La même règle a été par la suite appliquée par la Cour d'appel de la Colombie Britannique,¹⁴⁶ qui a décidé que l'exécutif de la ville de Vancouver avait limité sa liberté d'action dans le futur en concluant un contrat avec les propriétaires d'un quartier, en vertu duquel il s'engageait à faire adopter un nouveau règlement de zonage aux conditions négociées avec les propriétaires. De l'avis de la Cour d'appel, le contrat était nul et sans effet pour ce motif et, de plus, le Conseil municipal avait, lui aussi, abdiqué ses fonctions en autorisant ce contrat, puisqu'il s'était lié à ne pas exercer sa discrétion comme l'exigeaient l'intérêt public et la loi lors de l'adoption du nouveau règlement.¹⁴⁷ Enfin, de toute évidence, le Conseil municipal avait procédé, par le truchement du contrat, à une délégation implicite d'un pouvoir législatif que la loi conférait à lui seul.¹⁴⁸

En somme, le contrat ne constitue qu'un moyen mis à la disposition de l'Administration afin de réaliser les fins du service public et, en ce sens, on s'explique pourquoi le droit du contrat

¹⁴⁴ Voir J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, note 21, pp. 52 et ss; S.A. de Smith, *op. cit.*, note 77, p. 299. C'est d'ailleurs cet aspect de la règle que font ressortir les arrêts en matière de contrat d'engagement de fonctionnaires: voir, *supra*, note 7; l'arrêt de l'*Amphitrite*, *supra*, note 124; *Reilly v. R.*, *supra*, note 134; *Zamulinski v. R.*, [1959-1960] R.C. de l'E. 175; *Major v. Ville de Malaric*, [1953] C.S. 337.

¹⁴⁵ *R. v. Dominion of Canada Postage Stamp Vending Co.*, [1930] R.C.S. 500, à la p. 506; *Birkdale District Electricity Supply Co. v. Southport Corporation*, [1926] A.C. 355, à la p. 364; *Ayr Harbour Trustees v. Oswald* (1883), 8 A.C. 623, à la p. 634; *York Corporation v. Henry Leatham and Son*, [1924] 1 Ch. 557. Voir cependant *W. A. Walker and M. E. Clark and Son Ltd. v. R.*, [1969] 1 R.C. de l'E. 419 où il fut décidé que la Couronne était tenue de renouveler un bail conclu quelque quarante ans auparavant et ce, à perpétuité, car le contrat contenait une stipulation expresse à cet effet, la législation ou les règlements postérieurs ne touchant pas ce droit acquis au renouvellement.

¹⁴⁶ *Vancouver v. Registrar Vancouver Land Registration District*, [1955] 2 D.L.R. 709.

¹⁴⁷ *Ibid.*, à la p. 713.

¹⁴⁸ *Ibid.*, à la p. 714.

administratif impose ces limitations au pouvoir contractuel de l'Administration: la technique ne doit en aucune façon créer d'obstacles à la mission poursuivie. Il reste, qu'en dépit de l'absence de parité des intérêts des parties, le droit administratif s'efforce tout de même d'atteindre un certain équilibre et de protéger tant bien que mal le cocontractant. Ainsi, dans la mesure où seule une clause du contrat s'avère une entrave à l'action administrative, celle-ci uniquement sera déclarée inexistante; pour le reste, le contrat est valide.¹⁴⁹ Le contenu du contrat doit donc être compatible avec la nature de l'organe administratif qui contracte et son rôle qui est de satisfaire l'intérêt général.

b) Limitations expresses

Le pouvoir de l'agent administratif de négocier à son gré les termes du contrat, subit indirectement des accrocs importants en raison du caractère particulier de l'administration publique. De façon plus immédiate, le législateur et, à sa suite, les autorités administratives supérieures viennent restreindre encore davantage sa liberté contractuelle. On retrouve, en effet, plusieurs dispositions législatives ou réglementaires qui obligent l'agent administratif à incorporer au contrat telle ou telle clause et, par ailleurs, il est pratique courante dans l'administration publique de rédiger des contrats-types ou d'élaborer un corps de clauses générales devant s'appliquer à chaque catégorie de contrats administratifs. Dès lors, le contenu du contrat est déterminé, dans une large mesure, à l'avance, et la négociation se résume à peu de choses. Il s'agit avant tout de veiller à ce que le contrat s'adapte bien à l'objet auquel il est destiné et, aussi, de coordonner le plus possible l'action des divers agents administratifs en matière contractuelle.

Il arrive d'abord que la loi et les règlements prescrivent certaines conditions qui doivent être obligatoirement incorporées au contrat. Ainsi, de façon générale, la loi habilite le Conseil des ministres, tant fédéral que québécois, à édicter des règlements concernant les conditions des contrats gouvernementaux,¹⁵⁰ de telle sorte que le contenu du contrat échappe à la libre discussion des parties, du moins en ce qui a fait l'objet d'une réglementation spécifique. Sans compter certaines dispositions législatives expresses qui prévoient à l'avance que tout contrat devra nécessaire-

¹⁴⁹ *Charpentier v. R.*, *supra*, note 118; *Major v. Ville de Malartic*, *supra*, note 144. Si, dans ces cas, seules les clauses irrégulières sont annulées et non pas le contrat tout entier, on peut néanmoins penser que le cocontractant pourrait, de son côté, demander l'annulation du contrat en invoquant l'erreur et en prouvant que, s'il avait su que telle clause serait nulle, il n'aurait sûrement pas contracté.

¹⁵⁰ Voir sur cette question, *supra*, note 89. Par exemple, l'article 5 du Règlement (fédéral) sur la concession et la cession à bail des terres publiques, *supra*, note 52.

ment contenir telle ou telle clause.¹⁵¹

De la même façon, dans *Gonthier v. R.*, la Cour de l'Échiquier du Canada a décidé que les règlements et directives ministérielles font partie intégrante du contrat de mandat entre le ministre de la Justice et un avocat.¹⁵² Il s'agissait, dans cette affaire, d'un document intitulé "Directives aux Correspondants" qui prévoyait les devoirs et responsabilités de l'avocat mandataire et accordait au sous-ministre le pouvoir de taxer les honoraires de ce dernier et ce, sans appel. Or, l'avocat était insatisfait des honoraires reçus et contestait même la validité des directives ministérielles, étant donné qu'en vertu de la Loi du barreau,¹⁵³ seule cette corporation a le pouvoir de fixer le taux des honoraires d'un avocat. La Cour de l'Échiquier n'en décida pas moins que ces directives étaient incorporées au contrat de mandat et, le juge Kearney d'ajouter:¹⁵⁴

Je considère que le pétitionnaire a, en toute connaissance et volontairement, consenti à un contrat par lequel le ministre ou le sous-ministre de la Justice exerce de larges pouvoirs discrétionnaires lui permettant de fixer le montant de son compte.

Cette décision montre bien que la réglementation du Barreau, corporation publique, cède le pas devant celle d'un organe supérieur de l'Administration et que prévaut l'intérêt public canadien. De même peut-on se rendre compte du pouvoir de l'Administration de déterminer unilatéralement le contenu du contrat à intervenir, tout en demeurant dans les limites de la technique contractuelle.

Par ailleurs, en ce qui concerne les contrats adjudgés après soumissions publiques, il importe de noter que tous les documents, plans et devis, modalités d'exécution et tout autre engagement annexés à la soumission, forment généralement partie intégrante du contrat, ainsi que le précise l'article 28(2) de la Loi sur les postes.¹⁵⁵

Lorsqu'un contrat pour le transport du courrier est conclu avec un soumissionnaire, chaque modalité contenue dans la soumission et chaque engagement qui y est pris, sauf si le ministre des Postes en convient autrement, est réputé faire partie du contrat.

Il s'agit donc là d'un autre moyen à l'usage de l'Administration

¹⁵¹ Voir, par exemple, l'art. 38 de la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 52. Dans le même sens, voir l'art. 31 de la Loi du ministère des finances du Québec, *supra*, note 53. Aussi l'article 19 (1) de la Loi sur le Sénat et la Chambre des communes, *supra*, note 63.

¹⁵² [1962] R.C. de l'E. 21; au même effet: *Hamilton v. R.*, [1951] R.C. de l'E. 310.

¹⁵³ S.Q., 1953-54, ch. 59, art. 9.

¹⁵⁴ *Gonthier v. R.*, *supra*, note 152, à la p. 29.

¹⁵⁵ *Supra*, note 52. Voir aussi l'arrêté en conseil no 475 du 4 février 1970 modifiant les Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, *supra*, note 53.

de fixer à l'avance le contenu du contrat et de le soustraire à la négociation car, d'une part, il peut se conclure un contrat valide dès le moment de l'acceptation de la soumission¹⁵⁶ et, d'autre part, l'Administration est seule à rédiger ces divers documents et à les imposer au soumissionnaire,¹⁵⁷ sauf bien sûr si elle en décide autrement.

Cependant, l'ampleur des responsabilités que doit assumer l'Administration moderne ainsi que la diversité sans cesse croissante des organismes administratifs forcent les autorités à uniformiser davantage les procédés d'action utilisés, tout en veillant à ce qu'aucune faille ne mette en péril leur efficacité. C'est pourquoi l'agent administratif est habilité, parfois de façon expresse, à établir des contrats-types ou encore à édicter des clauses générales susceptibles d'être insérées dans tous les contrats ou à certaines catégories de contrats. Ainsi, aux termes de l'article 50(2) de la Loi de 1969 sur l'organisation du gouvernement,¹⁵⁸ le ministre fédéral des Approvisionnements et services "peut, à l'occasion, par décret, prescrire des modalités d'ordre général afférentes aux contrats qu'il peut conclure en vertu de la présente Partie, et les modalités d'ordre général peuvent être incorporées par mention dans des catégories particulières de contrats". Il s'agit néanmoins d'une discrétion laissée au ministre qui peut y déroger dans un contrat particulier.¹⁵⁹ Malgré cela, si dans un contrat, il est fait mention de ces clauses générales par un renvoi quelconque, alors il faut lire le contrat comme si elles y étaient expressément indiquées.¹⁶⁰

En fonction de ces deux facteurs: coordination et sécurité, s'est créée cette pratique de rédiger à l'avance tout ou partie du contrat et d'y prévoir de nombreuses prérogatives administratives aptes à satisfaire les besoins du service. L'élaboration des clauses du contrat, comme telle, se fait ainsi hors de toute négo-

¹⁵⁶ *Isbester v. R.* (1877), 7 R.C.S. 696; *R. v. Henderson*, *supra*, note 66. Cette règle ne joue cependant pas si la loi et les règlements imposent des formalités supplémentaires aux parties en exigeant par exemple que le contrat soit constaté dans un écrit et qu'il porte la signature des parties.

¹⁵⁷ Il faut cependant préciser que l'Administration ne se porte pas garante de l'exactitude des données contenues dans les plans et devis; par exemple: *R. v. Paradis et al.*, *supra*, note 38; *R. v. Weremy*, [1943] R.C. de l'E. 44, à la p. 48; *Atlas Corporation Co. Ltd. v. City of Montreal*, [1954] C.S. 350. Toutefois, si un cocontractant s'apercevait en cours d'exécution qu'il manque une page aux plans et devis, il lui serait impossible d'alléguer l'erreur et de demander le remboursement des dépenses encourues sur la base de l'enrichissement sans cause: *Re Frost Bros.*, [1925] 2 D.L.R. 339. Voir cependant *R. v. Sykes*, [1945] 4 D.L.R. 807 (Can); *R. v. Seaman* (1927) R.C. de l'E. 201; *R. v. Thomas*, [1948] 4 D.L.R. 492.

¹⁵⁸ *Supra*, note 52; au même effet: l'article 17 (3) de la Loi sur la production de défense, *supra*, note 52.

¹⁵⁹ Loi de 1969 sur l'organisation du gouvernement, *ibid.*, art. 50 (3): "Sous réserve des modalités expresses y (au contrat) contenues. . ."

¹⁶⁰ *Ibid.*

ciation et le cocontractant n'a plus qu'à acquiescer ou non aux conditions stipulées. Cet usage très fréquent des contrats-types ou encore l'insertion au contrat de clauses ou conditions générales (*standard terms*) rapproche d'autant la technique contractuelle du procédé par voie unilatérale car, en définitive, il s'agit d'un pur contrat d'adhésion. Pour chaque catégorie de contrats, on y prévoit la tâche qui incombera au cocontractant, la technique et les délais à respecter au cours de l'exécution, la façon dont le paiement sera établi et acquitté,¹⁶¹ les pouvoirs d'inspection et de surveillance que se ménage l'Administration, enfin la possibilité pour l'Administration de modifier ou mettre fin unilatéralement au contrat avec ou sans indemnité au cocontractant, sans mentionner les sanctions au cas de mauvaise exécution.¹⁶² Se trouvent alors réglementées "d'une façon à peu près complète les relations juridiques des parties, au point d'exclure presque complètement la réglementation de droit commun".¹⁶³

Par ce biais, l'Administration contourne le principe voulant que le contrat administratif soit assimilé au contrat ordinaire et soumis au même droit. Qui plus est, le procédé demeure contractuel, car sa valeur émane de toute façon d'un accord de volontés libres et le contrat constitue à l'avenir la loi des parties. Astucieusement, l'Administration réussit à faire ressortir le particularisme du contrat qu'elle accorde et les prérogatives exorbitantes qu'exige l'intérêt public¹⁶⁴ et ce, dans les cadres mêmes du droit commun. Comme l'indiquait le juge Thorson, de la Cour de l'Échiquier:¹⁶⁵

Here I add the comment that it is always open to the Crown to protect

¹⁶¹ Voir, sur ce point, C. C. Turpin, *op. cit.*, note 31, qui démontre les avantages et inconvénients des diverses méthodes employées par l'Administration en vue d'évaluer et de fixer le prix à payer: contrat à forfait, contrat à prix fixe renégociable, contrat en vertu duquel le prix est déterminé après l'exécution complète et selon une marge fixe de profit.

¹⁶² Voir, par exemple, la formule fédérale de marché de construction comprenant quatre documents: Articles de convention, Modalités de paiement, Conditions générales et Plans et devis, Ottawa, Imprimeur de la Reine, catalogue no 3614, (1963); au Québec, l'édition de novembre 1945, révisée en partie, notamment en 1961, du Cahier des charges et devis généraux, du ministère de la Voirie (une édition nouvelle de ce document est présentement en cours).

¹⁶³ R. Barbe, *op. cit.*, note 23, à la p. 250. Comme le fait remarquer S. A. de Smith, *op. cit.*, note 77, p. 60: "Standard terms embodied in contracts between local authorities and council tenants, between government departments and manufacturers or suppliers, may not differ in substance from by-laws or statutory instruments." Voir aussi A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 298. Sur la question de la nature juridique des clauses-types, voir aussi André de Laubadère, *op. cit.*, note 14, pp. 345-346, no 373.

¹⁶⁴ Comme le soulignait S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 116: "These standard clauses indicate that the contract is something different from the ordinary private contract; that there is a higher interest involved on the part of one of the contracting parties. That interest is the public welfare." Voir également, J. D. B. Mitchell, *op. cit.*, note 21, p. 24.

¹⁶⁵ *Bank of Nova Scotia v. R.*, *supra*, note 43, à la p. 151.

itself as it may wish to do by appropriate stipulations in the contract into which it enters, but it is not entitled, as a matter of law and in the absence of stipulations, to exemption from the law of contract that would be applicable if the contract had been entered into between subject and subject.

Un seul danger subsiste, c'est que l'agent administratif omette d'insérer au contrat l'une de ces clauses, auquel cas le cocontractant ne sera tenu à plus qu'il n'a consenti.¹⁶⁶ Aussi le droit du contrat administratif comporte-t-il des exigences supplémentaires relativement à la conclusion du contrat.

2) *La conclusion du contrat administratif*

En principe, dès que survient l'accord des volontés et pourvu que les règles relatives à l'élaboration du contrat soient respectées, le droit du contrat administratif se doit de reconnaître que le contrat est parfait et lie désormais les parties, quelle que soit par ailleurs la forme du contrat. Il s'agit là de l'application pure et simple du droit privé en matière contractuelle. Ainsi, à moins que le droit du contrat administratif ne s'y oppose à d'autres égards, il se forme un contrat valide lorsque l'Administration sollicite des soumissions et que l'une d'elles est régulièrement acceptée et ce, en dépit de l'absence de tout autre acte constatant le contrat. C'est à cette conclusion qu'arrivait le juge Côté, de la Cour supérieure du Québec dans le récent arrêt *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Le procureur général du Québec et al.*:¹⁶⁷

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 . . . d'une invitation faite par le ministre à des entrepreneurs . . . de lui faire une offre. Ce n'est qu'à compter de l'acceptation par le Ministre de l'une de ces offres que le contrat prendra naissance.

Il en va de même d'une offre de contracter qui stipule qu'elle constituera le contrat lors de son acceptation par arrêté en conseil, dans le cas où le Conseil des ministres adopte un tel arrêté en conseil.¹⁶⁸ Mais très souvent le droit administratif déroge au droit commun et suspend la conclusion de nombreux contrats à l'accomplissement de formalités supplémentaires. En effet, puisque le contrat n'est en somme qu'un moyen utilisé par l'Administration

¹⁶⁶ En France, la situation est la même: André de Laubadère, *op. cit.*, note 14, pp. 355-356, no 388. Il s'agit là d'un cas probablement hypothétique puisqu'en pratique des renvois sont effectués à ces clauses générales, soit dans la demande de soumissions, soit dans le texte du contrat lui-même. Davantage, il semble que le contrat ne serait pas accordé à la personne qui ne souscrirait pas à la formule fédérale de marché de construction ou de réparation d'ouvrage public: voir A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 298.

¹⁶⁷ *Supra*, note 94. Voir aussi *supra*, note 156.

¹⁶⁸ *Dominion Building Corp. Ltd. v. R.*, *supra*, note 42; *Corporation municipale du canton de Wright v. Trépanier et le procureur général du Québec*, *supra*, note 6.

pour réaliser sa mission, il convient que l'on puisse s'assurer que le contrat, tel qu'élaboré, correspond vraiment au but fixé, avant qu'il ne lie définitivement cette dernière, d'autant plus s'il entraîne une dépense de deniers publics. Comme l'affirmait l'ancien juge en chef Lacoste, de la Cour d'appel du Québec:¹⁶⁹

La règle fondamentale de la constitution, en matière de contrats, faits par le gouvernement et, spécialement, en matière de contrats qui entraînent le paiement des deniers, est que la couronne ne peut être liée qu'avec son consentement et le concours des chambres.

En conséquence, les lois et les règlements assujettissent la majorité des contrats administratifs à un contrôle tant parlementaire que gouvernemental et, du respect de cette exigence, dépend la validité de ces contrats, tant à l'égard des parties elles-mêmes que des tiers.

A) *Le contrôle parlementaire*

A bien des égards, le contrat administratif est susceptible de mettre en cause l'intérêt public, dans la mesure où il rend possible une action administrative efficace et parce que souvent il nécessite de fortes dépenses de la part de l'Administration. Le contrat donc, de même que tout autre acte administratif, se voit soumis à ce contrôle d'opportunité qu'exerce en dernier ressort le Parlement. En ce qui concerne le contrat, cette règle prend cependant un aspect très original, car non seulement elle permet au Parlement de modifier ou d'annuler, à posteriori, un acte produisant déjà ses effets; mais davantage, la règle a pour conséquence de suspendre la conclusion définitive du contrat tant et aussi longtemps que ce contrôle ne se sera pas exercé.¹⁷⁰ En effet, il arrive parfois que la ratification législative du contrat devienne une condition indispensable à sa conclusion et, par ailleurs, de façon plus générale, tout contrat comportant une affectation des fonds publics demeure inexistant et sans effet jusqu'à ce qu'il reçoive l'approbation budgétaire du Parlement.

a) *La ratification législative*

La suprématie maintes fois consacrée du Parlement fait en sorte que tout agent administratif tient ses pouvoirs d'une loi ou d'un règlement adopté sous le régime d'une loi; aussi est-ce de la loi qu'il détient son pouvoir contractuel et son habilitation à contracter dans tel ou tel cas prédéterminé législativement. Dès lors, il semble superflu d'exiger du législateur qu'il ratifie de nouveau l'acte de l'agent.

¹⁶⁹ *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, supra, note 59, à la p. 225.

¹⁷⁰ Pareille situation prouve manifestement l'absence d'une séparation étanche des pouvoirs au Canada, puisque le Parlement exerce par là des pouvoirs à strictement parler exécutifs en concourant directement à l'accomplissement d'un acte administratif.

Il est certain cependant que cette approbation indirecte du législateur ne vaut que si l'agent est spécifiquement habilité à conclure le contrat dans les limites de sa juridiction. Dans l'hypothèse où l'agent voudrait contracter et que pour ce faire il lui faudrait sortir de sa juridiction, alors il appartiendrait au législateur seul d'autoriser un tel acte si, à son avis, l'intérêt public l'exige. Ainsi, en vertu de l'article 29 de la Loi d'Hydro-Québec,¹⁷¹ cette entreprise publique peut vendre à toute personne de l'énergie électrique dans les limites de la province. Dans ces conditions, le contrat de vente d'énergie électrique qu'elle voudrait conclure avec une entreprise publique d'une autre province doit être autorisé spécifiquement par le législateur québécois.¹⁷²

Il arrive par ailleurs que la loi rende nécessaire l'autorisation législative du contrat par une disposition expresse à cet effet. Par exemple, aux termes de l'article 3(2) de la Loi (québécoise) du régime des eaux.¹⁷³

Aucun bail, ni aucune location d'une force hydraulique visée à l'alinéa précédent¹⁷⁴ ne peut être faite ou consentie autrement qu'en vertu d'une nouvelle loi de la Législature autorisant, dans chaque cas, un tel bail ou une telle location.

Si donc un contrat était conclu sans tenir compte de cette exigence supplémentaire, la sanction serait inévitablement la nullité du contrat, sans qu'il puisse produire aucun effet à l'égard de quiconque tant et aussi longtemps que le législateur n'aurait pas ratifié le contrat. C'est ce que le Comité judiciaire du Conseil privé a déjà décidé, dans l'affaire *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*.¹⁷⁵ Il s'agissait alors d'un contrat relatif à des câbles sous-marins conclu pour une durée de vingt-cinq ans par le gouvernement de Terre-Neuve, alors colonie britannique. En vertu de la règle 278 régissant la procédure de l'Assemblée législative de la colonie,¹⁷⁶ tout contrat de ce genre devait contenir une stipulation à l'effet que sa validité était soumise à son approbation par l'Assemblée. Or, à la suite d'un changement de gouvernement, le nouvel Exécutif se disait non lié par l'accord parce que ce dernier n'avait pas reçu la sanction législative et, par ailleurs, il se refusait à la demander. Le vicomte Haldane analysa la Constitution de la colonie et vint à la conclusion que le nouveau gouvernement

¹⁷¹ S.R.Q., 1964, ch. 86.

¹⁷² Loi modifiant la Loi d'Hydro-Québec, L.Q., 1969, ch. 34, art. 4 (a). Cette disposition autorise la vente d'une certaine quantité d'énergie électrique primaire de 1971 à 1978 par l'Hydro-Québec à l'Hydro-Ontario.

¹⁷³ S.R.Q., 1964, ch. 84.

¹⁷⁴ *Ibid.*, art. 3 (1): "Toute vente, cession ou aliénation définitive de force hydraulique faisant partie du domaine public et possédant une puissance naturelle de trois cent chevaux ou plus au débit ordinaire de six mois est prohibée."

¹⁷⁵ *Supra*, note 119.

¹⁷⁶ Citée par A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 285.

n'était en aucune façon lié par le contrat, puisque la colonie était dotée d'un gouvernement responsable devant l'Assemblée et tenu de se soumettre à ses règles, dont celle relative au contrat.¹⁷⁷

Il importe de rappeler qu'en l'absence de telles dispositions législatives expresses rendant nécessaire la ratification parlementaire du contrat, celui-ci peut être valablement conclu même si le législateur ne l'approuve spécifiquement. C'est ce qui fut déclaré par le juge en chef Meredith, de la Cour supérieure de l'Ontario, dans *Independent Cordage Co. of Ontario v. R.*,¹⁷⁸ à l'occasion d'un litige relatif à un contrat conclu par l'Inspecteur des prisons de l'Ontario, dans lequel une clause soumettait la conclusion du contrat à sa ratification législative. A son avis, si la loi habilitait l'agent à contracter, il n'était en aucune façon tenu de faire ratifier son acte par la suite et le contrat était valide sans plus.¹⁷⁹

On s'aperçoit que dans la mesure où la Constitution ou le Parlement lui-même ne subordonne pas la validité du contrat à sa ratification législative expresse, nul agent administratif n'est obligé d'obtenir l'approbation du législateur. Certes il demeure que le Parlement est en principe le seul juge de l'opportunité de l'action administrative et qu'il peut toujours décider d'annuler un contrat qu'il juge insatisfaisant. Il s'agit là de la manifestation de la toute-puissance du Parlement qu'aucun acte de l'Administration ne peut lier. Une telle annulation ne se rapporte, sous aucun aspect, à la conclusion du contrat, mais plutôt au contrôle à posteriori qu'exerce le Parlement sur l'activité administrative. C'est en effet au Parlement à décider de la façon dont l'intérêt public est le mieux servi; aussi est-il nécessaire qu'aucun acte de l'Administration ne vienne limiter sa faculté d'apprécier l'exercice du pouvoir exécutif.¹⁸⁰ Le Parlement devrait éviter cependant de s'ingérer dans le détail de l'action administrative quand l'intérêt public n'est pas fondamentalement mis en cause. Ainsi de déclarer le professeur H. Street:¹⁸¹

It is . . . necessary that parliamentary interference should not exceed what is reasonably necessary for due exercise of the constitutional functions of the legislature.

On ne doit pas négliger, par ailleurs, cet autre aspect de la puissance du Parlement qui possède le pouvoir d'approuver toutes

¹⁷⁷ *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*, *supra*, note 119, à la p. 10.

¹⁷⁸ (1906). 8 O.W.R. 723.

¹⁷⁹ *Ibid.*, aux pp. 732-738.

¹⁸⁰ *Reilly v. R.*, *supra*, note 134, à la p. 180; H. Street, *op. cit.*, note 54, à la p. 40. La jurisprudence a toutefois apporté certaines limites à ce pouvoir du Parlement, dû en partie au caractère fédératif de l'Etat canadien: *Ottawa Valley Power Co. v. A.-G. for Ontario et al.*, [1936] 4 D.L.R. 594; *Beauharnois Light, Heat and Power Co. v. Hydro Electric Power Corporation of Ontario*, [1937] 3 D.L.R. 458.

¹⁸¹ *Ibid.*, à la p. 49.

dépenses de fonds publics encourues par l'action administrative et c'est là, au fond, qu'on retrouve le véritable contrôle législatif sur la validité du contrat.

b) *L'approbation budgétaire*

La Constitution canadienne, tributaire du droit public anglais,¹⁸² confère au Parlement le contrôle des dépenses de l'Administration et, en principe, celle-ci ne peut engager les fonds publics, que ce soit par contrat ou autrement, sans que les crédits nécessaires n'aient été votés par le Parlement.¹⁸³ Ainsi, aux termes des articles 24 et 25 de la Loi (fédérale) sur l'administration financière,¹⁸⁴ aucun paiement ne doit être fait à même les fonds publics sans l'autorisation du Parlement, et le vote des crédits ne vaut que pour les services arrivant en cours de paiement dans l'année financière. On retrouve également ce principe énoncé dans diverses lois particulières disposant que "rien dans la présente loi n'autorise le Ministre à faire des dépenses qui n'ont pas été préalablement sanctionnées par le Parlement".¹⁸⁵ Sans doute la règle se justifie-t-elle aisément car, d'expliquer le professeur A. Dufour:¹⁸⁶

Seul le Parlement, *i.e.* l'ensemble des représentants du peuple, a le

¹⁸² Voir, sur cette question, *supra*, note 34. Quant à la situation en Angleterre, voir F. W. Maitland, *Constitutional History of England* (1908), p. 309 et H. Street, *op. cit.*, note 54, à la p. 32. Après la révolution de Cromwell, on a senti en Angleterre la nécessité de limiter la prérogative de la Couronne de dépenser les fonds publics sans rendre compte à qui que ce soit. Aussi le *Bill of Rights* de 1688 a-t-il établi le principe que toute dépense de deniers publics est soumise au contrôle annuel du Parlement.

¹⁸³ Voir H. E. Manning, *op. cit.*, note 54, aux pp. 522-528; H. Street, *ibid.*, aux pp. 32-40; A. Dufour, *op. cit.*, note 54; A. Garon, *op. cit.*, note 5, aux pp. 282-289. Au Canada, on trouve cette règle énoncée, à l'origine, dans l'article 35 de l'Acte concernant la perception et l'administration du revenu, l'audition des comptes publics et la responsabilité des comptables publics, S.C., 1867, ch. 5, qui impose à l'auditeur le devoir de n'autoriser les dépenses qu'une fois approuvées annuellement par le Parlement et de ne signer les mandats de paiement que dans ces conditions. On doit noter qu'il s'agit là d'une disposition législative qu'on retrouve même avant la Confédération: voir par exemple l'Acte du même titre contenu aux Statuts refondus du Canada-Uni, 1859, ch. 16. Voir aussi H. Brun, *La formation des institutions parlementaires québécoises* (1970), p. 165. Ainsi, la situation au Canada était identique à celle prévalant en Grande-Bretagne: voir H. E. Manning, *ibid.*, aux pp. 524-525 et *Wood v. R.*, *supra*, note 6, à la p. 648, bien qu'à la différence du Canada, les lois anglaises ne contenaient aucune disposition législative expresse, le principe n'étant prévu que par les Règles de la Chambre des communes et les règlements du Conseil du trésor: H. E. Manning, *ibid.*; A. Garon, *ibid.*, à la p. 287; et *Wood v. R.*, *ibid.*, à la p. 647.

¹⁸⁴ *Supra*, note 52; voir sensiblement au même effet l'article 9 de la Loi (québécoise) de la vérification des comptes, *supra*, note 53, et l'article 4 de la Loi (québécoise) du ministère des finances, *supra*, note 53. Voir aussi les Règlements de l'Assemblée nationale, art. 789.

¹⁸⁵ Loi sur les travaux publics du Canada, *supra*, note 52, art. 13; Loi sur le ministère des transports, *supra*, note 52, art. 10.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, note 54, à la p. 27. Voir aussi B. L. Strayer, *op. cit.*, note 80, à la p. 31. Nous abordons ici le droit des finances publiques dont l'étendue dépasse largement les cadres de notre étude.

pouvoir de percevoir les argents nécessaires au bon fonctionnement de l'Etat, et lui seul a le pouvoir de déterminer le montant des dépenses. Si le Gouvernement peut valablement engager les deniers publics sans l'autorisation du Parlement, il acquiert ainsi le pouvoir d'augmenter le montant des dépenses et, en conséquence, il peut obliger le Parlement à augmenter le montant des perceptions. Si le Gouvernement peut seul s'engager financièrement, il usurpe de ce fait les pouvoirs de taxation et de dépense du Parlement.

Il est certain que la rigueur de ce principe est largement atténuée par l'effet d'une autre règle constitutionnelle qui exige que ce soit le gouvernement qui détienne la majorité des sièges au Parlement. De telle sorte que la situation se trouve inversée puisque l'Administration a de ce fait la possibilité de faire voter par le Parlement tous les crédits qu'elle juge nécessaires à l'accomplissement de sa tâche.¹⁸⁷ Il n'en demeure pas moins, qu'en théorie, il y a nécessité d'une coopération entre les pouvoirs administratif et législatif: l'Administration a compétence pour s'engager, mais son engagement reste sujet à l'approbation budgétaire du Parlement.¹⁸⁸ On peut donc déjà prévoir l'impact de ce problème sur le pouvoir contractuel de l'Administration. Ainsi, de faire remarquer le professeur H. Street:¹⁸⁹

A balance must be struck between the interests of Parliament, the Crown, and the individual contractor. The legal issue is surely whether the crown agent is authorized to make a particular contract. If he is acting within the normal scope of his duties, and the particular contract is one authorized by statute, either because some general or specific parliamentary appropriation is referable to it, or because Parliament has otherwise authorized the execution of the work contemplated by this contract, then the contract is valid and enforceable.

En conséquence, la question fondamentale à cet égard est de savoir jusqu'à quel point l'approbation budgétaire est nécessaire à l'existence du contrat.

A cette question, les lois canadiennes semblent offrir une réponse sans équivoque, soumettant tout contrat à l'existence d'un crédit non grevé susceptible de satisfaire les engagements découlant du contrat. L'article 30 de la Loi (québécoise) du ministère des finances l'illustre bien:¹⁹⁰

¹⁸⁷ *Ibid.*, à la p. 12. Règlements de l'Assemblée nationale, art. 790.

¹⁸⁸ *Ibid.*, à la p. 14; voir aussi les remarques du juge Dixon, de la *High Court* de l'Australie, dans *New South Wales v. Bardolph* (1934), 52 C.L.R. 455, à la p. 509. On doit noter que la décision de la *High Court* a été rendue par le juge Evatt (voir pp. 455-490) et a été confirmée, en appel, par le banc complet de la *High Court*, aux pp. 490 ss.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, note 54, à la p. 39.

¹⁹⁰ *Supra*, note 53; au même effet l'article 30 (1) de la Loi (fédérale) sur l'administration financière, *supra*, note 52. Ce dernier article a toutefois été modifié récemment par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 113, qui exige non plus le certificat du contrôleur, mais celui du sous-chef du ministère en cause ou de tout autre personne chargée de l'administration du service concerné. Cette modification est très heureuse, car elle assure une plus grande rapidité à l'action admi-

Aucun contrat comportant l'obligation pour Sa Majesté de payer une somme d'argent ne peut être fait et n'est valide à moins que le contrôleur ne certifie qu'il existe, sur un crédit, un solde disponible suffisant pour exécuter les engagements découlant de ce contrat et venant à échéance dans l'année financière où il est fait.

D'avantage, le législateur, tant fédéral que québécois, précise expressément qu'il s'agit là d'une condition du contrat:¹⁹¹

Chaque contrat prévoyant le paiement d'une somme d'argent par Sa Majesté renferme essentiellement la stipulation que le paiement y mentionné est assujéti à l'existence d'un crédit concernant le service particulier pour l'année financière où un engagement sous son régime viendrait en cours de paiement.

En conséquence, la règle est claire: le contrat, de façon générale, n'existe pas et, à l'égard de quiconque, il ne peut produire aucun effet tant et aussi longtemps que le Parlement n'a pas autorisé la dépense. C'est pourquoi la validité du contrat, à ce titre, dépend du certificat constatant une réserve de crédits suffisante à répondre des engagements financiers de l'Administration pour l'année financière en cours.¹⁹²

En dépit des apparences, il ne faudrait cependant pas croire que le contrôle exercé par le Parlement sur les engagements financiers de l'Administration est aussi absolu que ces textes semblent le supposer. On doit noter, en effet, que l'approbation budgétaire ne porte pas, sauf exceptions,¹⁹³ sur tel et tel contrats spécifiques:

nistrative dans la mesure où il n'est plus nécessaire de recourir au contrôleur du ministère des Finances. Voir l'article 10 (A) (2) de la Loi sur la Compagnie des jeunes Canadiens, S.C., 1966-1967, ch. 36, ajouté par la Loi modifiant la Loi sur la Compagnie des jeunes Canadiens, S.C., 1968-1969, ch. 5.

¹⁹¹ Loi (fédérale) sur l'administration financière, *ibid.*, art. 38; au même effet: l'article 31 de la Loi (québécoise) du ministère des finances, *ibid.* La situation ne serait pas la même en Ontario: D. W. Mundell, *op. cit.*, note 42, à la p. 169, citant *Independent Cordage Co. of Ontario v. R.*, *supra*, note 178.

¹⁹² Le législateur fédéral assouplit quelque peu la règle en permettant, dans les trente jours qui suivent l'expiration de l'année financière, d'acquitter les dettes échues, à condition cependant qu'il reste un solde de crédits non encore utilisé: Loi sur l'administration financière, *ibid.*, art. 35, modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 113. De plus, l'article 30 (5) de la loi telle que modifiée dispense de l'obligation d'obtenir le certificat assurant l'existence d'un solde non grevé. Hors ce cas, cet article dispose que le solde du crédit accordé pour l'année financière, et resté inemployé, tombe en annulation; au même effet, l'article 7 de la Loi (québécoise) de la vérification des comptes, *supra*, note 53.

¹⁹³ Il arrive, en effet, que dans certains cas l'autorisation législative porte sur un contrat ou sur une catégorie particulière de contrats. Ainsi, par exemple, l'article 3 (1) (c) de la Loi de 1968 sur les Chemins de fer Nationaux du Canada (Financement et garantie), S.C., 1968-1969, ch. 9, autorise la compagnie "à conclure des contrats avant le premier juillet 1969 en vue de l'acquisition de matériel nouveau et pour des additions et transformations générales, venant en cours de paiement après l'année civile 1968, pour des montants n'excédant par 90 millions de dollars dans l'ensemble".

le vote des crédits se fait plutôt globalement, pour tout un service de l'Administration.¹⁹⁴ Dès lors, en autant qu'il subsiste un solde non grevé, l'autorisation vaut pour tous les contrats conclus à l'intérieur de ce service.¹⁹⁵ Il existe par ailleurs des cas où le législateur lui-même écarte certains contrats de l'application de la règle, à condition bien sûr que la compétence de l'agent à contracter ne puisse être mise en doute à d'autres égards. En effet, en vertu de l'article 84(2) de la Loi (québécoise) du ministère des finances,¹⁹⁶ les emprunts et garanties de remboursement ne sont pas assujettis à l'existence d'un crédit non grevé et nul n'est besoin d'obtenir un certificat du contrôleur de la trésorerie à cet effet. De plus, dans les cas de réparations et de changements qu'exigent les besoins du service public, l'autorisation préalable du Parlement quant aux dépenses encourues n'est pas nécessaire.¹⁹⁷

Plus forte encore est l'atténuation au principe, lorsque survient une situation urgente où l'intérêt public commande une action rapide sans tenir compte des formalités normalement requises. Ainsi, la Loi (fédérale) sur l'administration financière prévoit, dans un tel cas, que l'agent peut conclure un contrat sans obtenir l'assurance qu'il existe un solde disponible, le sous-chef du ministère en cause se contentant de constater la situation d'urgence

¹⁹⁴ Voir l'article 29 de la Loi (fédérale) sur l'administration financière, *supra*, note 52, modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 113, et l'article 28 de la Loi (québécoise) du ministère des finances, *supra*, note 53.

¹⁹⁵ Voir *New South Wales v. Bardolph*, *supra*, note 188, à la p. 474, par le juge Evatt et, à la p. 496, par le juge Rich; *Canadian Domestic Engineering Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 66, à la p. 777. Également H. E. Manning, *op. cit.*, note 54, à la p. 528; A. Dufour, *op. cit.*, note 54, à la p. 21. Comme le soulignait H. Street, *op. cit.*, note 54, à la p. 39: "To hold that a specific appropriation and nothing else can give a right of action on crown contracts would be both unfair to the contractor and contrary to public policy."

¹⁹⁶ *Supra*, note 53, modifié par l'article 1 de la Loi modifiant la Loi du ministère des finances, S.Q., 1967-1968, ch. 24. L'article 2 de cette loi donne un effet rétroactif à cette modification jusqu'au premier mai 1961. Par ailleurs, il convient de préciser ici que les crédits statutaires ne sont pas touchés par cette règle.

¹⁹⁷ Loi sur les travaux publics du Canada, *supra*, note 52, art. 13; Loi sur le ministère des transports, *supra*, note 52, art. 10. Selon H. E. Manning, *op. cit.*, note 54, à la p. 526, cette exception est assimilable à celle prévue en cas d'urgence lorsque le Parlement n'est pas en session et qu'il n'y a pas de crédit nécessaire pour couvrir cette dépense: voir la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 52, art. 28, par exemple. Le professeur Dufour, pour sa part, estime que cette disposition n'écarte pas la nécessité de se procurer le certificat manifestant l'existence d'une réserve suffisante de crédits: *op. cit.*, note 54, à la p. 26. Il apparaît cependant superflu d'exempter, d'une part, ces contrats de la règle de l'approbation budgétaire tout en exigeant, d'autre part, un tel certificat. Il serait sans doute préférable d'assimiler ce cas à ceux prévus par l'article 30 (3) de la Loi sur l'administration financière, *ibid.*, modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 113, qui prévoit qu'en cas d'urgence le certificat exigé ne doit que constater cet état de fait.

dans le certificat qu'il émet.¹⁹⁸ Il peut même arriver que le principe fondamental du contrôle parlementaire sur les engagements financiers de l'Administration soit tout à fait mis en échec en cas d'urgence. Dans ces conditions, en effet, et lorsque le Parlement n'est pas en session, le Conseil des ministres, tant fédéral que québécois, a discrétion pour effectuer tout paiement requis d'urgence dans l'intérêt collectif à même les fonds publics, quand il n'existe aucune réserve suffisante de crédits. Par exemple, aux termes de l'article 28(1) de la Loi (fédérale) sur l'administration financière:¹⁹⁹

Si un paiement est requis d'urgence pour le bien public lorsque le Parlement n'est pas en session et qu'il n'existe aucun autre crédit en vertu duquel on puisse faire le paiement, le gouverneur en conseil sur le rapport du président du Conseil du trésor signalant l'absence de tout crédit pour le paiement et sur le rapport du ministre compétent indiquant que le paiement est requis d'urgence pour le bien public, peut ordonner, par arrêté, la préparation d'un mandat spécial devant être signé par le gouverneur général et autorisant le paiement à prélever sur le Fonds du revenu consolidé.

Cette disposition assez exorbitante permet à l'Administration de soustraire au vote du Parlement des sommes éventuellement très élevées,²⁰⁰ puisque la seule obligation qui lui est imposée, à l'égard de ces mandats spéciaux, est d'en signaler l'existence au Parlement lorsqu'il siège à nouveau.²⁰¹ La Loi (fédérale) sur l'administration financière va même jusqu'à préciser que les montants ainsi attribués sont réputés être un crédit pour l'année financière en cours²⁰² et, davantage, qu'ils sont censés être compris dans les montants attribués subséquentement à l'Administration par une loi

¹⁹⁸ *Ibid.*, art. 30 (3), modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *ibid.* On doit noter que la loi québécoise ne prévoit pas cette exception.

¹⁹⁹ *Ibid.*, note 52, modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, S.C., 1966-1967, ch. 74. Au même effet, l'article 9 (2) de la Loi (québécoise) de la vérification des comptes, *supra*, note 53, modifié par la Loi modifiant la Loi de la vérification des comptes, S.Q. 1967-1968, ch. 26. Notons cependant qu'en pratique l'Administration consulte l'Auditeur, lorsqu'il s'agit d'émettre un mandat spécial, de façon à ce que le rapport de l'Auditeur au Parlement ne lui soit pas défavorable.

²⁰⁰ D'après les débats récents, tenus devant la Commission parlementaire québécoise des engagements financiers, entre le chef de l'Opposition libérale, M. Lesage, et le président du Conseil de la trésorerie et ministre des Travaux publics, M. Russell, une somme de vingt-cinq millions de dollars aurait ainsi été dépensée par mandat spécial: débats rapportés par Le Soleil, 9 septembre 1969, à la p. 3. Voir également les Procès-verbaux de l'Assemblée nationale du Québec, no 62, p. 509, du octobre 1969.

²⁰¹ Loi (fédérale) sur l'administration financière, *supra*, note 52, art. 28 (3), modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 199; Loi (québécoise) de la vérification des comptes, *supra*, note 53, art. 10, modifié par la Loi modifiant la Loi de la vérification des comptes, *supra*, note 199.

²⁰² *Ibid.*, art. 28 (2).

du Parlement.²⁰³

Quoiqu'il en soit de l'importance de ces atténuations au principe, il reste que, de façon générale, des dispositions expresses contenues tant dans les lois fédérales que québécoises soumettent le contrat à l'existence d'une réserve suffisante de deniers votés par le Parlement et font de cette exigence une condition essentielle à la conclusion même du contrat. Se trouve par là résolu un problème qui a suscité de grandes controverses tant en Grande-Bretagne que dans les autres pays membres du Commonwealth britannique. On s'est longtemps demandé, en effet, quelles conséquences pouvait avoir le principe de l'approbation budgétaire sur le contrat administratif, dans l'hypothèse où l'Administration ne s'assurait pas, avant de s'engager, que le Parlement avait voté les fonds nécessaires et qu'il restait une réserve suffisante de deniers. Peut-on alors considérer le contrat comme parfait, seule son exécution restant susceptible d'être touchée par le défaut d'approbation budgétaire? Ou n'est-ce pas plutôt la validité même du contrat comme tel qui est assujettie au respect de la règle?²⁰⁴

La discussion a effectivement pris naissance à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre: *Churchward v. The Crown*,²⁰⁵ que la doctrine et la jurisprudence ont par la suite interprété de diverses façons, selon que l'on optait ou non pour la validité du contrat administratif. Dans cette affaire, le litige portait sur un contrat de transport postal conclu entre l'Amirauté britannique et le sieur Churchward. Ce dernier s'était engagé à transporter le courrier entre l'Angleterre et le Continent contre une rémunération fixée par le contrat à dix-huit mille livres sterling par an devant être allouées spécifiquement par le Parlement à chaque année et ce, pendant toute la durée du contrat, soit onze ans. Après quatre ans, cependant, lors du vote des crédits relatifs au service postal, le Parlement décida de ne plus accorder les fonds nécessaires au paiement de Churchward en interdisant formellement qu'il lui soit versé quelque somme; dès lors, on cessa d'utiliser les services de Churchward mettant ainsi fin au contrat. Par pétition de droit, Churchward alléguait bris de contrat: non pas cependant bris du contrat original conclu quatre ans auparavant. Il contesta plutôt le droit de l'Administration de ne plus lui laisser continuer son service, en s'appuyant fort habilement sur une prétendue obligation implicite à laquelle serait tenu le gouvernement, du fait du premier contrat. Churchward ne cherchait

²⁰³ *Ibid.*, art. 28 (5), modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, S.C., 1958, ch. 31.

²⁰⁴ A. Dufour, *op. cit.*, note 54, à la p. 13. Il convient de noter qu'en droit français, l'absence d'autorisation budgétaire ne touche que l'exécution du contrat et ne modifie en rien la responsabilité contractuelle de l'Administration; cette question relevant du droit budgétaire et non pas du droit administratif: André de Laubadère, *op. cit.*, note 14, p. 144, no 117.

²⁰⁵ (1865), L.R., 1 Q.B. 173.

pas à obtenir le montant prévu au contrat original; de telle sorte que les juges n'avaient qu'à statuer sur l'existence de ce présumé contrat implicite.²⁰⁶ Après avoir décidé qu'il n'y avait pas de contrat tacite entre Churchward et l'Amirauté, la Couronne ne pouvant lier impunément sa discrétion relativement au service postal,²⁰⁷ deux des juges exprimèrent pourtant des opinions quant à l'impact du refus d'approbation budgétaire sur la validité du contrat original. D'une part, le juge en chef Cockburn affirma que le vote des crédits touchait l'exécution du contrat seulement, tandis que, pour sa part, le juge Shee considéra que cela constituait une condition essentielle à la validité du contrat même.²⁰⁸ S'engageait alors tout le débat à savoir si le contrat conclu en l'absence d'autorisation budgétaire est inexistant ou si cette irrégularité ne touche que l'exécution du contrat.

La doctrine et la jurisprudence prirent tour à tour position pour l'une ou l'autre solution, se fondant en cela sur des décisions qui, comme telles, n'avaient pas à trancher la question,²⁰⁹ ou n'offraient pas une autorité suffisante.²¹⁰ En 1934, enfin, l'arrêt australien *New South Wales v. Bardolph* vint mettre le point final à la question.²¹¹ Dans cette affaire, il s'agissait d'un contrat de publicité touristique adjugé pour une période excédant l'année financière en cours. Pendant l'exécution, un changement de gouvernement survint et on décida de ne plus donner suite au contrat: En défense dans une action pour bris de contrat, le nouveau gouvernement invoqua l'absence d'approbation budgétaire et, de ce fait, la nullité du contrat puisque cette condition essentielle à la validité du contrat n'avait pas été observée. Le juge Evatt, de la *High Court* de l'Australie, rejeta cette défense en décidant, d'une part, que l'agent qui avait conclu le contrat avait compétence pour agir de la sorte; d'autre part, que le défaut d'approbation budgétaire n'empêchait pas la conclusion du contrat, mais ne touchait que son exécution et, enfin, qu'il existait un crédit voté suffisant à couvrir la dépense. Pour lui, donc, il ne faisait aucun doute que l'inobservance de la règle ne compromet pas la validité du contrat, mais n'empêche que son exécution, en l'absence d'une disposition

²⁰⁶ *Ibid.*, à la p. 194, par le juge en chef Cockburn.

²⁰⁷ Il s'agit là, selon le professeur Dufour, *op. cit.*, note 54, aux pp. 15-16, de la *ratio decidendi* de l'arrêt, s'appuyant en cela sur l'opinion du vicomte Haldane, du Comité judiciaire du Conseil privé, dans *Attorney-General v. Great Southern and Western Railway Co. of Ireland*, [1925] A.C. 754, à la p. 773. *Contra*: H. Street, *op. cit.*, note 54, à la p. 33.

²⁰⁸ *Churchward v. The Crown*, *supra*, note 205, aux pp. 200-201, par le juge en chef Cockburn et, à la p. 209, par le juge Shee.

²⁰⁹ Voir, par exemple, *Commercial Cable Co. v. Government of Newfoundland*, *supra*, note 119; *MacKay v. A.-G. for British Columbia*, [1922] 1 A.C. 457.

²¹⁰ *Wood v. R.*, *supra*, note 6. Sur la critique de ces arrêts, tous plus ou moins contradictoires, voir A. Dufour, *op. cit.*, note 54, aux pp. 17-20 et aux pp. 23-24; H. Street, *op. cit.*, note 54, aux pp. 33-34.

²¹¹ *Supra*, note 188.

législative expresse au contraire.²¹² Et le banc complet de la *High Court* reconnut unanimement le bien-fondé de cette décision.²¹³ Ainsi, de conclure le professeur A. Dufour:²¹⁴

A la suite de cet important arrêt *Bardolph*, la doctrine anglaise fut dès lors unanime à dire que l'intervention du Parlement n'affecte pas la validité du contrat lorsqu'elle se manifeste par l'absence d'autorisation budgétaire, à moins que le contrat ne contienne une condition à cet effet. . . . Il s'agit en fait d'une simple application des règles de droit privé qui obligent les cocontractants à respecter le contrat tel que conclu.

En définitive, en dépit de l'opposition apparente entre les solutions anglaises et canadiennes, l'arrêt *Bardolph* révèle bien que le droit du contrat administratif canadien adopte la même ligne de pensée, si ce n'est qu'au Canada des dispositions législatives applicables à tous les contrats de l'Administration gouvernementale²¹⁵ font du vote annuel de crédits par le Parlement une condition essentielle à la validité du contrat, condition que doit obligatoirement contenir tout contrat.²¹⁶ Dès lors, il faut admettre avec le professeur Mundell que:²¹⁷

The Financial Administration Act . . . has in effect made statutory the contested rule that contracts with Her Majesty are void unless monies are appropriated to meet payments under them.

La situation actuelle, au Canada et au Québec, est donc la suivante: tant que les parties ne se sont pas assurées que le Parlement a voté les fonds nécessaires à répondre des engagements financiers qui peuvent découler du contrat qu'elles veulent conclure, et tant que l'Administration n'a pas certifié l'existence d'une réserve suffisante de deniers, les parties ne peuvent se lier et, juridiquement, l'accord qu'elles ont élaboré ne produit aucun effet, aussi bien à leur égard que vis-à-vis des tiers. Il reste, toutefois, qu'en pratique, l'on sait fort bien que plusieurs contrats sont conclus et même exécutés alors que le Parlement n'a pas encore eu le temps de se prononcer sur les dépenses encourues. Qu'arrive-t-il dans ce cas et quelle protection est offerte au cocontractant qui a, semble-t-il, présumé de l'intention du Parlement de voter les sommes nécessaires?

Dans la mesure où la règle de l'approbation budgétaire s'impose comme moyen de protection des fonds publics²¹⁸ et est in-

²¹² *Ibid.*, à la p. 474.

²¹³ *Ibid.*, aux pp. 490 et ss. Tous les juges furent d'avis que seule l'exécution du contrat était touchée en l'absence d'une condition au contraire imposée par une loi: voir *ibid.*, à la p. 502, par le juge Starke; aux pp. 509-510, par le juge Dixon; à la p. 527, par le juge McTiernan.

²¹⁴ A. Dufour, *op. cit.*, note 54, à la p. 22.

²¹⁵ *Ibid.*, aux pp. 43-44.

²¹⁶ Loi (fédérale) sur l'administration financière, *supra*, note 52, art. 38; Loi (québécoise) du ministère des finances, *supra*, note 53, art. 31.

²¹⁷ *Op. cit.*, note 6, à la p. 75.

²¹⁸ La doctrine anglaise se partage sur la nature du fondement de la rè-

cluse au contrat comme condition essentielle à sa validité, et puisque le législateur s'est exprimé très clairement sur cette question, on est forcé d'admettre que l'inobservance de la règle entraîne l'inexistence même du contrat. Ainsi, pour autant que l'exécution n'a pas été commencée, les parties et les tiers ne sont pas touchés, et ceci vaut surtout pour le cocontractant qui ne peut être, en aucune façon, tenu de respecter le contrat. On ne peut en effet forcer quelqu'un à poser un acte que la loi interdit formellement. De la même façon, le contrat ne saurait avoir aucun effet si, à l'encontre de la loi, les parties avaient commencé à l'exécuter. Il est certain que, dans ce cas, le cocontractant a déjà encouru certaines dépenses au cours de l'exécution et que, par ailleurs, des tiers ont pu être touchés, d'une façon ou d'une autre, par le contrat. Mais il demeure que, juridiquement, le contrat n'a pas encore existé et qu'en conséquence ni le cocontractant,²¹⁹ ni les tiers,²²⁰ n'ont pu acquérir de droit sur la base du contrat, tant que le Parlement n'a pas approuvé la dépense et qu'il n'existe pas une réserve suffisante de deniers pour couvrir cette dépense²²¹ pour l'année financière en cours. Lorsque cette condition se réalise, alors il se forme un contrat valide qui donne valeur juridique aux

gle: s'agit-il d'une incapacité qui pèse sur l'Administration ou d'une règle établie dans l'intérêt public? S'agit-il plutôt d'une condition implicite que l'on retrouve dans tous les contrats administratifs gouvernementaux? Voir H. Street, *op. cit.*, note 54, à la p. 32.

²¹⁹ *Hamilton v. R.*, *supra*, note 152, à la p. 319; *Walsh Advertising Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 56, à la p. 124; *Wood v. R.*, *supra*, note 6, à la p. 648; *The Quebec Skating Club v. R.*, *supra*, note 57, à la p. 397; *La Corporation municipale de la paroisse de la Visitation de Champlain v. Sauvageau*, *supra*, note 71; *Independent Cordage Co. of Ontario v. R.*, *supra*, note 178, à la p. 731.

²²⁰ *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, *supra*, note 59, à la p. 240; *The Jacques-Cartier Bank v. R.* (1895), 25 R.C.S. 84, à la p. 88.

²²¹ Dans la mesure où le Parlement vote les crédits par service et laisse à l'Exécutif le soin de répartir les sommes, il devient nécessaire, non seulement que le Parlement ait approuvé la dépense en votant les sommes suffisantes, mais encore que l'Exécutif décide d'allouer les sommes votées au paiement du contrat. Ainsi, le Parlement doit d'abord approuver une dépense valide: *Re Goodwin v. R.*, décision non rapportée du juge Burbridge, de la Cour de l'Echiquier, rendue le 20 juin 1896; *The Hereford Railway Co. v. R.* (1894), 24 R.C.S. 1, à la p. 13; et ensuite, l'Exécutif possède toute discrétion pour affecter les sommes selon les termes de la loi: *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, *ibid.*, à la p. 241; *The Jacques-Cartier Bank v. R.*, *ibid.*; *Western Dominion Coal Mines Ltd. v. R.*, *supra*, note 76; *Quebec, Montreal and Southern Railway Co. v. R.* (1914), 15 R.C. de l'E. 237. Cependant, la Cour suprême du Canada a déjà permis l'émission d'un bref de *mandamus* contre le ministre des Finances de la Colombie Britannique, considéré non pas comme agent de la Couronne mais comme agent direct du Parlement, pour le forcer à payer une somme sur un fonds spécial distinct du Fonds du revenu consolidé: *Minister of Finance of B.C. v. R.*, [1935] R.C.S. 278; voir sur ce point H. Street, *op. cit.*, note 54, à la p. 45, B.L. Strayer, *op. cit.*, note 80, aux pp. 31-32, et S. A. de Smith, *op. cit.*, note 77, pp. 575-577. Il semble cependant qu'on ne pourrait par *mandamus* forcer l'Administration à payer une somme à même le Fonds du revenu consolidé: *R. v. Lords Commissioners of the Treasury* (1872), L.R., 7 Q.B. 387.

obligations et aux droits acquis par les parties et les tiers, dans l'hypothèse où le contrat a été exécuté prématurément.

Etant donné, par ailleurs, la pratique courante dans l'administration publique de conclure des contrats pour plus d'une année, il faut bien noter l'importance considérable de cette exigence législative sur de tels contrats. D'un strict point de vue légal, en effet, l'approbation donnée par le Parlement de la dépense entraînée par le contrat, ainsi que le certificat constatant l'existence d'une réserve suffisante de deniers, ne valent que pour l'année financière en cours.²²² Dès lors, on est amené à conclure que la règle fait en sorte que le contrat n'existe que pendant l'année où il a reçu l'approbation parlementaire et le certificat qui atteste l'existence de crédits suffisants. Pour le reste, il s'agit en somme du renouvellement annuel du contrat, soumis à la même condition que lors de sa première conclusion. Tant que la condition ne s'est pas réalisée, personne n'est lié par le contrat, que l'exécution en soit ou non poursuivie. C'est d'ailleurs la conclusion, à laquelle aboutit le professeur A. Garon:²²³

Quant aux contrats qui stipulent des paiements s'étendant sur plus d'une année financière, ces contrats posséderont, à mon point de vue, une existence juridique tant et aussi longtemps que les paiements prévus par le contrat seront autorisés annuellement par le Parlement.

Il me paraît absurde qu'un contrat puisse être valide si l'administration n'est pas requise d'effectuer les paiements prévus par le contrat, car ces paiements constituent pour la partie privée la considération déterminante qui l'ait engagé à contracter avec l'administration.

Et la jurisprudence canadienne confirme cette position.²²⁴

Sans doute cette sanction est-elle très rigoureuse et, une fois de plus, on peut déplorer l'absence d'équilibre véritable entre les parties au contrat administratif. Il est certain que la situation faite au cocontractant et aux tiers est injuste, dans la mesure où le gouvernement qui détient une majorité à la Chambre peut, soit "oublier" de demander les crédits nécessaires, soit dépenser à d'au-

²²² Voir *supra*, note 192.

²²³ *Op. cit.*, note 5, à la p. 288; voir aussi A. Dufour, *op. cit.*, note 54, à la p. 29; D. W. Mundell, *op. cit.*, note 42, à la p. 157. En pratique, par contre, le Parlement vote 1/12e du budget avant la fin de l'année financière en cours de façon à permettre à l'Administration de répondre de ses engagements avant le prochain vote des crédits. De telle sorte que, en dépit des textes de loi, il existerait une présomption à l'effet que les sommes engagées par le contrat sont comprises dans ce vote global du Parlement.

²²⁴ *Livingston v. R.*, *supra*, note 66, aux pp. 328-329; *Walsh Advertising Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 56, à la p. 124. *Contra: Demers v. R.*, *supra*, note 140, aux pp. 438-439: la Cour d'appel du Québec, dans cette affaire, renversait la portée de la règle en reconnaissant que le Parlement et l'Administration étaient liés par un contrat conclu pour une durée de huit ans, jusqu'à ce que le législateur refuse expressément d'y donner suite s'il considérait que l'intérêt public l'exige. Il s'agit là d'un arrêt isolé et on doit noter la très forte dissidence du juge Wurtele, *ibid.*, à la p. 447. Ce jugement fut d'ailleurs infirmé par le Comité judiciaire du Conseil privé, à [1900] A.C. 103.

tres fins les sommes allouées quand la loi lui accorde cette discrétion,²²⁵ ou soit encore exercer une telle influence sur le Parlement que celui-ci refuse de voter les sommes nécessaires, même peu importantes. Aussi la solution proposée par la doctrine²²⁶ et jusqu'à un certain point adoptée au Royaume-Uni semble-t-elle, de prime abord, assurer une meilleure protection du cocontractant. Si en effet l'autorisation budgétaire ne touchait que l'exécution du contrat, advenant l'hypothèse où l'Administration décide de ne pas payer le cocontractant pour son exécution, pour le motif que le Parlement n'a pas approuvé la dépense ou qu'il ne reste pas une réserve suffisante de crédits pour acquitter cet engagement, le cocontractant posséderait alors deux recours. Il pourrait, d'une part, tenir responsable contractuellement l'Administration pour bris de contrat et, d'autre part, sur la base du *quantum meruit*, obtenir compensation pour la partie de son exécution qui a profité à l'Administration. Cette situation a cependant le désavantage de maintenir le cocontractant à la merci de l'Administration, laquelle peut le forcer à exécuter le contrat tout en refusant par la suite de le payer. De plus, il reste possible au Parlement d'intervenir expressément et de mettre fin au contrat en rejetant toute forme d'indemnisation,²²⁷ ce que parfois l'intérêt public peut commander puisque, dans cette hypothèse, l'Administration est tenue de respecter un contrat valide sans pouvoir s'en dégager, sauf en ce qui concerne l'obligation de payer.

Au Canada, on doit admettre que même dans l'état actuel de la législation, le droit du contrat administratif ne laisse pas le cocontractant complètement démuni. Certes, étant donné que, sans l'autorisation budgétaire, le contrat est inexistant, l'Administration ne pourra forcer le cocontractant à remplir ses obligations. De plus, si d'aventure ce dernier a couru le risque de commencer l'exécution du contrat, il lui reste encore la possibilité de recevoir une certaine compensation "quant à des travaux ou à des services qui auraient été faits en vertu d'un pareil contrat lorsque l'Administration a accepté pour son compte ces travaux et services en question et en a bénéficié".²²⁸ Ce recours offert au cocontractant

²²⁵ Voir *supra*, note 221. Selon l'arrêt *Merricks v. Heatcoat-Amory*, [1955] Ch. 567, on peut déduire qu'on ne pourrait forcer l'Administration à demander au Parlement les crédits nécessaires au contrat.

²²⁶ A. Dufour, *op. cit.*, note 54, à la p. 29; S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 114: "However, to say that a contractor cannot recover because no Parliamentary appropriation was made is not the same as to declare that no contract existed at all. Appropriations go to remedy and not to the existence of a contract"; A. W. Mewett, *op. cit.*, note 29, à la p. 242.

²²⁷ A. Dufour, *ibid.*

²²⁸ A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 289. Cette compensation est évaluée en tenant compte seulement de l'avantage qu'a pu en tirer l'Administration et non pas en fonction de la dépense réellement encourue par la partie privée: *R. v. Wallberg* (1911), 44 R.C.S. 208.

n'est cependant pas de nature contractuelle, mais découle de l'application de la doctrine du *quantum meruit* de la *common law* ou de l'enrichissement sans cause du droit civil.²²⁹ Quant aux tiers que le contrat aurait pu toucher, il leur sera sans doute difficile d'obtenir une certaine compensation de l'Administration puisque, de façon générale, leur action ne profite guère à cette dernière mais plutôt au cocontractant. Par conséquent, ils ont peu de chance de recevoir quoi que ce soit si ce n'est que, dans les cas où ils s'avèrent être de bonne foi, le tribunal peut parfois recommander à l'Administration de leur verser une certaine compensation *ex gratia* qu'elle fixera à son gré.²³⁰

Par ce biais, le droit du contrat administratif cherche malgré tout à rétablir cet équilibre souhaitable entre les intérêts des parties. Il offre ainsi un certain tempérament à la règle fondamentale de l'approbation budgétaire des dépenses de l'Administration. C'est pourquoi, le professeur H. Street déclare:²³¹

Canadian cases in which the Crown has been held liable on a quantum meruit afford proof that the Crown may be liable even though Parliament has not made appropriations.

Il faudrait cependant éviter d'en conclure que la règle de l'approbation budgétaire devrait ne compromettre que l'exécution du contrat sans interdire son existence même, comme le propose une certaine doctrine.²³² Il peut bien sûr apparaître étrange, comme le faisait remarquer le juge Dixon, de la *High Court* de l'Australie,²³³ qu'on reconnaisse, d'une part, la responsabilité contractuelle de l'Administration tout en forçant, d'autre part, le cocontractant à s'assurer que le Parlement a voté les fonds nécessaires à satisfaire ses engagements, avant de pouvoir demander aux tribunaux de dé-

²²⁹ *Hall v. R.*, *supra*, note 66, aux pp. 376-377; *Walsh Advertising Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 56, à la p. 129. Voir sur ce point A. Dufour, *op. cit.*, note 54, aux pp. 23-27; A. Garon, *ibid.* Ainsi que le souligne S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 117: "While English and Canadian courts have often dealt somewhat harshly with the individual contractor in refusing damages for breach of contract by the state, they have on occasion attempted to moderate their severity by granting an award on the basis of *quantum meruit*."

²³⁰ Voir par exemple *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, *supra*, note 59, à la p. 244.

²³¹ *Op. cit.*, note 33, p. 38. Et le professeur Mundell, *op. cit.*, note 6, à la p. 75, précise de quelle façon la règle est ainsi tournée: "Of course if proceedings were brought and a judgment was obtained there could be no enforcement of the judgment without an appropriation by Parliament to pay it. In Canada, under the Exchequer Court Act, there is a standing appropriation to pay judgements." Il fait ainsi référence à l'article 79 de la Loi sur la Cour de l'Échiquier, *supra*, note 40, modifié par la Loi de 1969 sur l'organisation du gouvernement, *supra*, note 52, en vertu duquel le receveur général du Canada est tenu de payer, à même le Fonds du revenu consolidé, les montants auxquels condamne un jugement rendu contre la Couronne. L'article 57(3) du projet de la loi C-192, *supra*, note 40, est au même effet.

²³² Voir, *supra*, note 226.

²³³ *New South Wales v. Bardolph*, *supra*, note 188, à la p. 510.

clarer son droit à être payé. Par ailleurs, il est aussi vrai que les choses ont changé depuis le *Bill of Rights* de 1688 et que, l'Exécutif domine sous bien des aspects le Parlement.²³⁴ Néanmoins, il demeure dans l'intérêt du public que les dépenses de l'Administration soient contrôlées efficacement par le Parlement; surtout que les crédits statutaires jouissent déjà d'une situation privilégiée. Aussi, en définitive, semble-t-il préférable que le contrat soit assujéti, quant à son existence même, au vote du Parlement et non pas laissé au bon vouloir de l'Administration. Celle-ci pourrait, en effet, dépenser à son gré et, du fait du contrôle qu'elle exerce sur le Parlement, elle craindrait certes moins l'intervention expresse du Parlement. La solution adoptée actuellement au Canada n'est certes pas parfaite, mais elle assure une meilleure protection des fonds publics et, somme toute, de l'intérêt collectif. Car, d'une part, l'Administration n'est pas liée par le contrat et n'encourt donc aucune responsabilité pour bris de contrat et, d'autre part, le cocontractant lui-même ne peut, en aucune façon, être forcé à s'exécuter puisqu'il n'existe pas de contrat. Le seul désavantage de cette situation étant l'impossibilité pour le cocontractant d'obtenir un certain dédommagement pour bris de contrat; désavantage qui est sans doute compensé du fait que, dans la mesure où il connaît la loi, il peut refuser d'exécuter le contrat. Ainsi, il semble qu'une meilleure pondération est établie entre l'intérêt public et l'intérêt du cocontractant.

B) *Le contrôle gouvernemental*

L'Administration n'est pas liée par les actes d'un agent non préalablement habilité par une loi ou un règlement. Elle ne le sera pas davantage dans le cas où cet agent n'aurait pas exercé ses fonctions de la façon prescrite. Ce principe, qui est d'application générale à toute l'activité administrative, rend indispensable l'existence au sein même de l'Administration de nombreuses mesures de contrôle. En ce qui concerne le pouvoir contractuel de l'Administration, plus particulièrement, ce contrôle s'effectue principalement sur deux plans. D'une part, le droit du contrat administratif oblige fréquemment les parties à ratifier, de façon formelle, l'entente intervenue et, d'autre part, les lois et les règlements assujétissent parfois le contrat à l'approbation d'une autorité administrative supérieure, laquelle est chargée d'assurer l'efficacité de l'action administrative.²³⁵ Dans la mesure, donc, où les lois et les règlements prévoient ces exigences supplémentaires, l'existence même du contrat dépend de leur respect; à défaut duquel le contrat ne sera pas réputé conclu et il ne pourra produire aucun effet à l'égard de quiconque.

²³⁴ A. Dufour, *op. cit.*, note 54, à la p. 28.

²³⁵ Voir, *supra*, notes 66-69.

a) *Ratification formelle*

Dérogeant en cela aux règles de droit privé généralement applicables en matière de contrats, un certain formalisme est exigé lors de la conclusion du contrat administratif. Diverses lois et règlements prévoient, en effet, quels sont les actes qui lieront l'Administration et, dans ce but, on rend parfois obligatoire la signature, par les parties, d'un écrit constatant le contrat. Ainsi, à l'article 18 de la Loi sur les travaux publics du Canada, le législateur dispose que:²³⁶

Nul titre, contrat, document ou écrit se rattachant à quelque matière relevant du Ministre, ne lie Sa Majesté ni n'est réputé l'acte du Ministre, à moins qu'il ne soit signé par lui ou par le sous-ministre et contresigné par le secrétaire du ministère ou par la personne autorisée à le remplacer.

Cette disposition générale est par ailleurs complétée par d'autres textes, d'ordre plus particulier, qui subordonnent tout paiement et retardent même l'exécution du contrat tant qu'il n'a pas reçu cette signature. Ainsi, l'article 17 de la Loi sur les travaux publics du Canada se lit comme suit:²³⁷

Il ne doit être payé à l'entrepreneur aucune somme d'argent à compte d'une entreprise, et aucun ouvrage ne peut être commencé, avant qu'un contrat ait été signé par toutes les parties y dénommées. . . .

Il découle de ces dispositions que les parties sont, dans le cas de certains contrats, obligées de signer un acte constatant le contrat intervenu. D'une part, tant que le cocontractant n'aura pas respecté cette exigence, nulle exécution ne pourra être commencée et il n'a droit à aucun paiement s'il passe outre à cette formalité.²³⁸

²³⁶ *Supra*, note 52; au même effet: l'article 15 de la Loi sur le ministère des transports, *ibid.* Ce dernier article permet, en outre, au ministre de déléguer, par écrit, à une autre personne la tâche de signer à sa place. Par ailleurs, on doit remarquer que l'article 17 (1) de la Loi sur la production de défense, *supra*, note 52, dispose qu'aucun contrat ne peut être conclu sans la réquisition écrite et signée du ministre ou d'une autre personne autorisée selon le cas, signalant les fins et le montant approximatif du contrat. Au Québec, voir l'art. 10 de la Loi de la voirie, *supra*, note 6, et l'art. 2 de la Loi du ministère des travaux publics, S.R.Q., 1964, ch. 137.

²³⁷ *Ibid.* Voir également, au même effet, l'article 14 de la Loi sur le ministère des transports, *ibid.*, et, au Québec, l'article 9 de la Loi des travaux publics, *supra*, note 41.

²³⁸ Il se peut que les lois ou les règlements déclarent inexistant l'accord intervenu lorsque la partie privée ne l'a pas signé. Ainsi, au Québec, en matière de contrats de travaux publics adjugés après soumissions publiques, l'adjudicataire est requis dans un délai fixé de signer le contrat. Si l'Administration ne l'avise pas de cette formalité, l'adjudicataire peut alors retirer sa soumission qui est considérée comme nulle *ab initio*. Il en va de même de la soumission, en cas de défaut de la part de l'adjudicataire, dûment avisé, de signer le contrat: Règlements relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, *supra*, note 53, articles 21-22; Règlements relatifs aux subventions pour fins de construction, *supra*, note 53, articles 23-24. Par ailleurs, l'article 28 (1) de la Loi sur les postes, *supra*, note 52, exige que certaines personnes garantissent que le soumissionnaire signera le

L'Administration, d'autre part, n'est pas liée par le contrat, de même d'ailleurs que le cocontractant et les tiers, si l'agent administratif compétent n'a pas signé le contrat. Ce n'est donc que lorsque la partie administrative au contrat refuse ou omet d'accomplir cette formalité que l'existence même du contrat est compromise et ce, tant et aussi longtemps que le défaut n'aura pas été couvert.

De cette façon, on s'assure que l'agent administratif a élaboré le contrat dans les termes prévus et, s'il arrivait que son acte ne soit pas conforme à la mission qu'on lui avait confiée, l'autorité pour le compte de laquelle il agissait n'aurait qu'à ne pas ratifier le contrat.²³⁹ Ainsi, l'Administration ne serait pas liée. Il s'agit donc, on le voit bien, d'une formalité touchant directement la validité du contrat: son inobservance emporte alors l'inexistence du contrat.²⁴⁰ Le seul recours permis au cocontractant qui aurait exécuté le contrat demeure celui en vertu de l'enrichissement sans cause ou du *quantum meruit*; par là, il obtiendra compensation dans la mesure où l'Administration a accepté l'exécution et en a bénéficié.²⁴¹ Par exception, cependant, et dans des cas rares, il peut arriver que les tribunaux considèrent comme valide le contrat conclu sans respecter cette exigence. Ainsi, la Cour de l'Échiquier a déclaré l'Administration responsable de bris de contrat en adoptant un arrêté en conseil annulant un autre arrêté en conseil qui avait autorisé la modification d'un bail qui contenait une erreur substantielle et alors qu'aucun nouveau bail n'avait été signé par les parties. Ne pas admettre la validité du bail serait, de l'avis de la Cour, consacrer une grave injustice pour le cocontractant.²⁴²

De façon générale, il semble donc qu'il soit impossible à l'administration de conclure une entente verbale ou même tacite. Ce n'est toutefois pas la solution adoptée par la jurisprudence qui interprète ces dispositions d'une façon restrictive en décidant que

contrat, s'il lui est adjugé. Et l'article 28 (2) de cette loi, modifié par la Loi modifiant la Loi sur les postes, S.C., 1968-1969, ch. 5, dispose que chaque engagement pris lors de la soumission est réputé partie du contrat. En conséquence, si le soumissionnaire refuse de signer ou omet de le faire, il se rend coupable de bris de contrat et l'Administration possède même un recours en garantie contre ceux qui répondraient de lui.

²³⁹ La Cour d'appel de l'Alberta a déjà refusé d'émettre un bref de *mandamus* contre le ministre de l'Éducation de cette province pour le forcer à contresigner un acte d'emprunt, parce que le ministre devait conserver toute discrétion pour apprécier l'utilité de ce contrat: *Oyen School District v. Minister of Education* (1917), 34 D.L.R. 78.

²⁴⁰ *Lord et cie Ltée v. R.*, *supra*, note 51, à la p. 190; *May v. R.*, *supra*, note 66, à la p. 344; *Wood v. R.*, *supra*, note 6, à la p. 645; *Palmer v. R.*, *supra*, note 51; *Beaudry v. Cité de Beauharnois*, *supra*, note 71, aux pp. 743-744.

²⁴¹ *Hall v. R.*, *supra*, note 66.

²⁴² *The Journal Publishing Co. Ltd. v. R.*, [1930] R.C. de l'E. 197, à la p. 204.

la signature n'est obligatoire que si le contrat est constaté dans un écrit: en effet, la loi dit bien "nul titre, contrat, document ou écrit".²⁴³ Ainsi, de conclure A. Garon:²⁴⁴

Premièrement, ces articles ne s'appliquent qu'à des contrats écrits et non pas à des contrats verbaux. Deuxièmement, ces articles ne s'appliquent à des contrats écrits que lorsqu'il est prévu qu'un document quelconque doit être signé au nom de la Couronne pour compléter le contrat mais non autrement.

Il est certain qu'une telle interprétation assure une plus grande protection au cocontractant de l'Administration, tout en évitant un formalisme trop étroit qui gêne si souvent l'efficacité de l'action administrative. Mais n'est-il pas tout aussi important que l'Administration soit en mesure de vérifier la régularité des actes posés par ses agents, avant d'être liée définitivement par un contrat?²⁴⁵ C'est pourquoi le contrôle administratif, en plus d'imposer aux parties le respect de certaines formalités, comprend aussi le droit de regard d'une autorité supérieure de l'Administration, tel que le confirment très souvent les lois et les règlements.

b) *Approbation par une autorité supérieure*

Etant donné que l'efficacité de l'action administrative et les deniers publics sont mis en cause par le contrat, l'approbation par un organe supérieur de l'Administration devient une condition essentielle à la validité du contrat administratif. Aussi la loi et les règlements suspendent-ils la conclusion du contrat à son autorisation par divers organismes administratifs déterminés principalement en fonction d'un critère monétaire. En réalité, il ne s'agit pas là d'une règle propre au droit du contrat administratif: de fait, on retrouve dans le droit des compagnies de nombreuses dispositions soumettant l'engagement pris par un administrateur à son approbation par le conseil d'administration ou même, parfois, à celle de l'assemblée des actionnaires; en définitive, ce qu'il faut protéger, c'est l'intérêt de la société.

Le droit administratif canadien offre de nombreux exemples où le contrat élaboré par un agent de l'Administration est soumis, quant à son existence même, à l'approbation d'une autorité administrative supérieure. Sur ce point, l'article 39(a) de la Loi (fédérale) sur l'administration financière est très clair:²⁴⁶

Le gouverneur en conseil peut établir des règlements sur les conditions auxquelles les contrats peuvent être conclus et, nonobstant toute autre

²⁴³ *Dominion Building Corp. Ltd. v. R.*, *supra*, note 42; *Hall v. R.*, *supra*, note 66, à la p. 377; *R. v. Henderson*, *supra*, note 66, à la p. 432; *Lord et cie Ltée v. R.*, *supra*, note 51, à la p. 189.

²⁴⁴ *Op. cit.*, note 5, à la p. 282.

²⁴⁵ *May v. R.*, *supra*, note 66; *R. v. Henderson*, *supra*, note 66, voir les opinions dissidentes des juges Gwynne et King, aux pp. 447-448.

²⁴⁶ *Supra*, note 52. Voir aussi: l'article 10 (A) (2) de la Loi sur la Compagnie des jeunes Canadiens, *supra*, note 190.

loi,

a) peut ordonner qu'aucun contrat aux termes duquel des paiements sont requis au delà du montant ou des montants que le gouverneur en conseil peut prescrire ne sera conclu ou n'aura vigueur ou effet, sauf si la conclusion du contrat a été approuvée par le gouverneur en conseil ou le Conseil du trésor. . . .

Cette disposition, de même que l'article 32(1) de la Loi (québécoise) du ministère des finances,²⁴⁷ sensiblement au même effet, s'appliquent à tous les contrats du gouvernement ou conclus en son nom. Ainsi importe-t-il de tenir compte des nombreux règlements adoptés par le Conseil des ministres fédéral ou québécois qui, en plus des diverses lois particulières, sont susceptibles d'exiger l'approbation du contrat.

Ainsi, au Canada, le premier texte que l'on doit examiner est sans nul doute le Règlement sur les marchés de l'Etat,²⁴⁸ étant donné son champ très vaste d'application: marchés de construction, marchés d'achat, marchés de service et les baux conclus par le gouvernement fédéral.²⁴⁹ Ce règlement confie au Conseil du trésor²⁵⁰ le soin d'approuver une foule de contrats. Par exemple, l'approbation du Conseil du trésor est requise lorsque le montant d'un marché de construction s'élève à plus de quinze mille dollars en tous les cas, ou à plus de cent mille dollars si deux soumissions au moins ont été présentées et que la plus basse a été acceptée.²⁵¹ Il en va de même en matière de marchés d'achat, sauf que le montant est diminué à cinquante mille dollars lorsque l'autorité contractante a choisi la plus basse des deux soumissions obtenues.²⁵² Pour ce qui est des marchés de service, la règle varie entre cinq mille et vingt-cinq mille dollars, dépendant de la nature du service sollicité,²⁵³ quoique pour tout marché de service d'une durée dépassant cinq ans, l'approbation du Conseil du trésor est indispensable de façon générale.²⁵⁴ On retrouve, de plus, des dispositions du Règlement permettant au Conseil du trésor d'augmenter le montant des marchés qui doivent être soumis ou non à son autorisation.²⁵⁵ Enfin, les baux de plus de quinze mille dollars, généralement, sont sujets à son approbation.²⁵⁶

Par ailleurs, c'est aussi le Conseil du trésor qui doit approuver certains contrats de transport du courrier de plus de cinq mille dollars, en vertu de l'article 29 de la Loi sur les postes.²⁵⁷ De la même façon, le ministre de la Défense ne peut conclure de contrats sans se conformer aux règlements édictés sous le

²⁴⁷ *Supra*, note 53. ²⁴⁸ *Supra*, note 52.

²⁴⁹ *Ibid.*, art. 2 (1) (c); voir aussi l'article 4 du Règlement sur la concession et la cession à bail des terres publiques, *supra*, note 52.

²⁵⁰ *Ibid.*, art. 6. ²⁵¹ *Ibid.*, art. 8.

²⁵² *Ibid.*, art. 11. ²⁵³ *Ibid.*, art. 15, modifié par D.O.R.S. 1967 (32).

²⁵⁴ *Ibid.*, art. 17 (1). ²⁵⁵ *Ibid.*, arts 9, 13, 18.

²⁵⁶ *Ibid.*, art. 20 (1).

²⁵⁷ *Supra*, note 52, modifié par la Loi modifiant la Loi sur les postes, *supra*, note 238.

régime de la Loi sur l'administration financière²⁵⁸ et donc, au Règlement sur les marchés de l'Etat²⁵⁹ qui prévoit les divers cas où le Conseil du trésor doit approuver le contrat. Plus généralement encore, de nombreuses dispositions législatives²⁶⁰ assujettissent le contrat à son approbation par le Conseil des ministres et l'on sait que ce dernier peut déléguer ce pouvoir au Conseil du trésor dans certains cas.²⁶¹ C'est donc dire que le Conseil du trésor exerce des pouvoirs très vastes en ce qui concerne le contrôle du pouvoir contractuel de l'Administration.²⁶²

La même situation prévaut au Québec, où le Conseil de la trésorerie exerce un contrôle très étroit sur les engagements de l'Administration, pouvoir d'autant plus fort que l'article 15 de la Loi du ministère des finances²⁶³ dispose que c'est le Conseil de la trésorerie qui exerce les pouvoirs accordés au Conseil des ministres²⁶⁴ en ce qui concerne les engagements financiers du gouvernement ou conclus en son nom. Par ailleurs, le Règlement touchant les conditions de contrats faits au nom de Sa Majesté²⁶⁵ exige que: tout contrat inférieur à vingt-cinq mille dollars soit soumis à l'approbation du Contrôleur de la trésorerie; tout contrat d'un montant inférieur à un million mais supérieur à vingt-cinq mille dollars, à celle du Conseil de la trésorerie; enfin, c'est le Conseil des ministres qui doit autoriser un contrat de plus d'un million de dollars. En vertu du même règlement, le Contrôleur de la trésorerie est aussi autorisé à approuver le paiement de certains suppléments dont le total ne dépasserait cependant pas

²⁵⁸ Loi sur la production de défense, *supra*, note 52, art. 17 (1) (d), modifié par la Loi modifiant la Loi sur la production de défense, S.C., 1967-1968, ch. 27. Par ailleurs, sensiblement au même effet, l'article 50 (1) de la Loi de 1969 sur l'organisation du gouvernement, *supra*, note 52, dispose que le ministre des Approvisionnements et services doit exercer son pouvoir contractuel conformément aux règlements adoptés par le Conseil des ministres ou par le Conseil du trésor.

²⁵⁹ *Supra*, note 52.

²⁶⁰ Voir, par exemple, la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 52, art. 42; la Loi sur la Société de développement du Cap-Breton, *supra*, note 6, art. 9 (c); la Loi sur la radiodiffusion, *supra*, note 63, art. 41; la Loi sur l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent, *supra*, note 68, art. 12; la Loi de 1968 sur les Chemins de fer Nationaux du Canada (Financement et garantie), *supra*, note 193, art. 9.

²⁶¹ *Supra*, note 89.

²⁶² Pour une critique des pouvoirs du Conseil du trésor à ce sujet, voir le Rapport de la Commission royale d'enquête sur l'organisation du gouvernement (rapport Glassco) (1962), Tome I, pp. 161-163. Les observations qui s'y trouvent valent autant pour l'administration québécoise. En définitive, en dépit de la loi qui habilite l'agent à contracter, l'étendue des pouvoirs du Conseil du trésor porterait à conclure que lui seul possède réellement la capacité contractuelle. Voir aussi W. L. White et J. C. Strick, *The Treasury Board and Parliament* (1967), X Adm. Pub. Can. 209.

²⁶³ *Supra*, note 53.

²⁶⁴ Voir, par exemple, la Loi du ministère des finances, *ibid.*, art. 79; la Loi de la voirie, *supra*, note 6, art. 16, modifié par la Loi modifiant la Loi de la voirie, S.Q. 1966-1967, ch. 48.

²⁶⁵ *Supra*, note 53.

vingt-cinq mille dollars. Enfin, de nombreuses dispositions législatives viennent assujettir les contrats conclus par les entreprises publiques québécoises,²⁶⁶ par les municipalités²⁶⁷ et par les établissements d'enseignement,²⁶⁸ à leur approbation par une autorité administrative supérieure.²⁶⁹ Dans tous les cas, la règle est la même: le contrat n'existe pas et ne peut avoir vigueur ou effet tant que cette approbation n'est pas donnée. Ainsi, par exemple, l'article 31(2) de la Loi de l'Université du Québec²⁷⁰ prévoit les cas où l'approbation de l'assemblée des gouverneurs ou du président est nécessaire à la conclusion d'un contrat, et dispose de façon expresse à l'alinéa (3) que "tout contrat fait par une université constituante sans cette autorisation dans les cas où elle est requise, est nul".²⁷¹

Dans la mesure, donc, où l'intérêt de la collectivité le commande, un très grand nombre de contrats sont soumis au contrôle d'une autorité supérieure de l'Administration, et principalement à celui du Conseil du trésor canadien ou du Conseil de la trésorerie québécois. Le défaut de se conformer à cette règle est sanctionné de façon très rigoureuse: le contrat n'est pas réputé conclu et ne peut produire d'effet à l'égard de quiconque, tant vis-à-vis des parties²⁷² qu'envers les tiers,²⁷³ bien que la

²⁶⁶ Voir, par exemple, la Loi d'Hydro-Québec, *supra*, note 171, art. 27; la Loi de la Régie des alcools du Québec, S.R.Q., 1964, ch. 44, art. 85, modifié par la Loi modifiant la Loi de la Régie des alcools du Québec, S.Q., 1966-1967, ch. 21; la Loi de la Place des Arts, S.Q., 1965, ch. 19, art. 14.

²⁶⁷ Voir, par exemple, la Loi de la Commission municipale, S.R.Q., 1964, ch. 170, art. 24; la Loi des dettes et des emprunts municipaux, S.R.Q., 1964, ch. 171, art. 1 (5); la Loi de la Régie des eaux, S.R.Q., 1964, ch. 183, art. 17.

²⁶⁸ Voir, par exemple, la Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel, S.Q., 1966-1967, ch. 71, art. 6; la Loi de l'instruction publique, S.R.Q., 1964, ch. 235, art. 228.

²⁶⁹ Voir, généralement, sur cette question: P. Garant, Le contrôle gouvernemental des administrations décentralisées: La tutelle administrative, dans *Droit administratif canadien et québécois*, *op. cit.*, note 5, aux pp. 223-272.

²⁷⁰ S.Q., 1967-1968, ch. 66.

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² *Jones and Simpson v. R.*, *supra*, note 30, à la p. 615; *MacKay v. A.-G. for British Columbia*, *supra*, note 209, à la p. 461; *R. v. The Watrous Engine Works Co. Ltd.*, *supra*, note 59, aux pp. 240-241; *R. v. Vancouver Lumber Co.* (1920), 56 D.L.R. 6, à la p. 8; *Livingston v. R.*, *supra*, note 66, à la p. 328; *R. v. British American Fish Corp.* (1919), 59 R.C.S. 651; *R. v. The Toronto Terminals Railway Co.*, [1948] R.C. de l'E. 563, à la p. 575; *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. R.*, *supra*, note 77; *Reese et al. v. R.*, [1956] R.C. de l'E. 94, aux pp. 107-108; *Palmer v. R.*, *supra*, note 51; *Gooderham and Worts Ltd. v. C.B.C.*, [1947] 1 D.L.R. 417 (C.P.); *Nova Scotia Construction Ltd. v. The Quebec Streams Commission*, [1933] R.C.S. 220, aux pp. 224-225; *La Corporation municipale de la paroisse de la Visitation de Champlain v. Sauvageau*, *supra*, note 71, à la p. 149; *Verville v. Les Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de Ste-Anastasia de Nelson*, *supra*, note 65, à la p. 118.

²⁷³ *R. v. The Watrous Engine Works Co. Ltd.*, *ibid.*

jurisprudence considère que l'approbation donnée après le début de l'exécution confère le droit au cocontractant de réclamer le paiement de tout ce qui est exécuté selon le contrat.²⁷⁴ Par ailleurs, dans l'hypothèse où le cocontractant a commencé l'exécution et qu'aucune approbation n'a été donnée, par la suite, au contrat, il reste à celui-ci la possibilité d'obtenir, en vertu de la doctrine de l'enrichissement sans cause, une compensation pour la partie de son travail qui a été acceptée par l'Administration et lui a profité.²⁷⁵ De même, le tiers touché par un pareil contrat pourrait-il obtenir d'un tribunal qu'on recommande à l'Administration un paiement *ex gratia* en sa faveur.²⁷⁶ De cette manière, arrive-t-on à rétablir tant bien que mal l'équilibre entre les intérêts des parties au contrat administratif.

Pour conclure, il importe de signaler l'impact considérable du droit public sur le contrat administratif. On trouve, certes, à la base du droit du contrat administratif, la réglementation de droit privé en matière contractuelle. Droit privé qu'on cherche sans cesse à respecter par diverses voies qui, en réalité, témoignent nettement du particularisme de ce contrat. Le pouvoir contractuel de l'Administration souffre donc de nombreuses limitations et ce, tant au niveau de l'élaboration du contrat qu'au moment de sa conclusion. Ces limitations s'expliquent facilement, car si au départ, le droit du contrat administratif admet qu'une fois conclu le contrat devient la loi des parties, il demeure nécessaire de bien s'assurer que son exécution procurera à l'Administration les avantages qu'elle en attend.

II. *Le régime juridique du contrat administratif.*

Une fois le contrat régulièrement élaboré et conclu, l'Administration est réputée liée par cet engagement et, du même coup, soumise au régime contractuel de droit commun. Désormais, c'est le contrat qui, en principe, gouverne les droits et obligations des parties; ce n'est qu'en cas de silence ou d'ambiguïté, qu'un tiers—le tribunal—est appelé à intervenir pour interpréter le contrat selon la commune intention des parties.²⁷⁷ Comme le déclare

²⁷⁴ *Isbester v. R.*, *supra*, note 156, à la p. 715; *Nova Scotia Construction Ltd. v. The Quebec Streams Commission*, *supra*, note 272, à la p. 222.

²⁷⁵ *R. v. Wallberg*, *supra*, note 228, à la p. 210; *Verville v. Les Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de Ste-Anastasia de Nelson*, *supra*, note 65, à la p. 122.

²⁷⁶ *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, *supra*, note 59, à la p. 244.

²⁷⁷ *Askwith v. R.* (1918), 18 R.C. de l'E. 206, à la p. 209; *R. v. British American Bank Note Co.* (1901), 7 R.C. de l'E. 119, à la p. 137; *Gonthier v. R.*, *supra*, note 152, à la p. 29; *The Journal Publishing Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 242, à la p. 205; *R. v. Peat Fuels Ltd.*, [1930] R.C. de l'E. 188, à la p. 192; *Dufresne Construction Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 38, à la p. 79; *Joe's and Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 38, à la p. 258.

S. G. MacKinnon:²⁷⁸

In an examination of the substantive law of government contracts, we must bear in mind that the fundamental object of the law in this field is to affect a satisfactory balance between administrative necessity and the rights of the individual who has contracted with the State. Basically, the common law approach has been to attempt this balancing of interests within the framework of the civil courts and by applying the private law rules of contract to the subject within the scope allowed by the immunities of the Crown.

Il n'en demeure pas moins que le contrat s'insère dans un cadre tout à fait distinct de celui envisagé par le droit privé: pour être efficace et réaliser adéquatement sa mission, il importe que l'Administration soit dotée d'un certain pouvoir discrétionnaire. Dans cette optique, admettre que le contrat constitue à l'avenir la loi immuable des parties et tenir l'Administration responsable pour toute dérogation à ses engagements s'avère difficilement acceptable. C'est pourquoi, d'ailleurs, l'Administration intègre au contrat de nombreuses clauses lui permettant d'échapper à ces règles strictes du droit privé ou, tout au moins, d'en atténuer les effets. Dès lors, comme il se doit, des modifications au contrat original sont possibles, et même la résiliation totale. Se crée donc un régime juridique propre au contrat administratif, régime qui diffère du droit commun, tant au point de vue de l'exécution du contrat qu'au plan de son contentieux.

1) L'exécution du contrat administratif

Afin de s'assurer que le contrat s'adapte bien aux objectifs qu'on lui a fixé, l'Administration a le devoir de surveiller l'exécution et, davantage, d'ordonner toute modification au projet initial qu'elle croit opportune en raison de l'intérêt public en jeu. Certes, si ce principe est valable en théorie, il reste qu'en pratique le droit privé ne comporte pas, de façon générale, une telle obligation. Il faut donc voir comment le droit du contrat administratif autorise l'Administration à exercer ce pouvoir.

A) Le pouvoir d'inspection et de surveillance

Il est coutume courante que les parties contractantes veillent à la bonne exécution du contrat; cette pratique n'est certes pas propre aux particuliers et l'on peut logiquement présumer que l'Administration agit de même. C'est pourquoi, la plupart des lois et des règlements, conférant à un agent administratif le pouvoir de contracter, prévoient, en même temps, la compétence de l'autorité contractante de diriger et contrôler l'exécution du contrat. Ainsi, l'Administration va exiger du cocontractant des garanties de bonne et fidèle exécution²⁷⁹ et, dans le cas de nom-

²⁷⁸ *Op. cit.*, note 33, à la p. 110.

²⁷⁹ Voir, sur cette question, *supra*, note 112.

breux contrats, la loi confie même à certains agents la tâche de surveiller l'exécution du contrat.²⁸⁰ Par exemple, l'article 32 de la Loi sur l'administration financière²⁸¹ du Canada demande au sous-chef d'un ministère, ou à toute autre personne déléguée par le ministre, de s'assurer que les travaux ont été accomplis, les marchandises fournies ou les services rendus, et qu'il certifie que le prix réclamé est conforme au contrat, ou raisonnable, si le contrat ne le prévoit pas. Et la loi fait de son certificat une condition essentielle au paiement, en plus de tous autres documents ou certificats qui pourraient être requis par ailleurs. De plus, la Loi (québécoise) de la voirie dispose à l'article 3, qu'²⁸²

il est loisible au ministre de la Voirie de faire lui-même ou d'autoriser par écrit une personne compétente à faire, à sa place, une enquête sur . . . toute matière se rapportant à l'octroi ou à l'exécution de contrats ou travaux quelconques faits sous l'autorité de la présente loi, pour la construction, l'entretien ou la réparation des chemins.

Il convient ici de souligner l'existence de très vastes pouvoirs d'enquête conférés soit au contrôleur des finances, soit au Conseil de la trésorerie, ou, au fédéral, au Conseil du trésor, soit, enfin, à l'auditeur, en ce qui concerne les contrats emportant des dépenses de fonds publics.²⁸³

Parallèlement à ces dispositions législatives, il arrive très souvent que le contrat lui-même contienne des clauses prévoyant le pouvoir d'inspection et de surveillance de l'Administration.²⁸⁴ Ainsi, le contrat peut stipuler que le paiement se fera sur évaluation provisoire (*progress payments*) au fur et à mesure de son exécution,²⁸⁵ et que le montant sera fixé par un agent administratif, par exemple l'ingénieur en chef en matière de

²⁸⁰ Voir, par exemple, l'article 8 de la Loi sur les travaux publics du Canada, *supra*, note 52, quant aux pouvoirs conférés à l'ingénieur en chef ou à l'architecte en chef, et l'article 11 de la Loi du ministère des travaux publics québécois, *supra*, note 236, relativement aux pouvoirs de l'ingénieur-directeur des travaux.

²⁸¹ *Supra*, note 52, modifié par la Loi modifiant la Loi sur l'administration financière, *supra*, note 113.

²⁸² *Supra*, note 6. Voir également l'article 15 (1) de la Loi sur les travaux publics du Canada, *supra*, note 52, et l'article 6 de la Loi (québécoise) des travaux publics, *supra*, note 41.

²⁸³ Voir les articles 6 (Conseil du trésor), 12 (contrôleur des finances) et 67 (auditeur général) de la Loi (fédérale) sur l'administration financière, *supra*, note 52. Au Québec, voir les articles 10-12 (contrôleur des finances), 18-20 (Conseil de la trésorerie) de la Loi du ministère des finances, *supra*, note 53, ainsi que les articles 17-20 (auditeur) de la Loi sur la vérification des comptes, *supra*, note 53. Voir cependant *Goodwin v. R.* (1897), 28 R.C.S. 273: l'auditeur semble tenu de payer sur la foi du certificat, même revisé, émis par l'ingénieur en chef.

²⁸⁴ Il peut s'agir là de clauses expressément contenues dans le contrat ou bien d'une référence à des clauses générales susceptibles d'être incorporées dans tous les contrats conclus par l'autorité contractante qui les a élaborées. Voir, sur cette question des clauses ou conditions générales, *supra*, notes 89, 150-166.

²⁸⁵ Voir, sur ce point, *supra*, notes 113-114.

contrats de travaux publics.²⁸⁶ Souvent aussi le contrat contient une clause désignant cet agent le seul juge du contrat²⁸⁷ et il prévoit que l'exécution doit se faire à sa satisfaction.²⁸⁸ Par exemple, l'article 12(1)(a)(b) des Conditions générales fédérales²⁸⁹ fait dépendre le paiement, à l'entrepreneur, d'une somme supplémentaire non prévue au contrat, de l'avis de l'ingénieur que ce surplus réclamé est attribuable à une erreur dans les données fournies, lors de la conclusion du contrat, sur les conditions d'exécution, ou à une négligence ou retard, de la part de l'Administration, à fournir des renseignements ou à accomplir tel acte stipulé au contrat ou que le cocontractant était en droit d'attendre selon les usages de l'industrie.²⁹⁰

Ce pouvoir d'inspection et de surveillance s'avère très avantageux pour l'Administration, du fait que celle-ci peut, en cours d'exécution, vérifier la qualité de l'exécution et effectuer les paiements en conséquence. Mais il peut aussi arriver que le cocontractant en obtienne indirectement bénéfice. Ainsi, dans un arrêt albertain,²⁹¹ on a jugé que le gouvernement ne pouvait réclamer du cocontractant des dommages pour certains vices de construction, alors que les ingénieurs avaient eu la possibilité de cons-

²⁸⁶ Voir, par exemple, *Murray v. R.* (1896), 26 R.C.S. 203; *Re Northern Cartage and Contracting Co.*, [1937] 1 W.W.R. 186.

²⁸⁷ Voir, par exemple, *Jones and Simpson v. R.*, *supra*, note 30, à la p. 606; *R. v. Starrs*, *supra*, note 66, à la p. 129; *O'Brien v. R.* (1880), 4 R.C.S. 529; *R. v. McGreevy* (1890), 18 R.C.S. 371; *Trudel v. R.* (1918), 18 R.C. de l'E. 103; *Persons v. R.*, *supra*, note 78. Au Québec, voir les articles 24 et 31 de la Loi des travaux publics, *supra*, note 41.

²⁸⁸ Voir, par exemple, *Goodwin v. R.*, *supra*, note 283; *Dryden Construction Co. v. Hydro Electric Power Commission of Ontario*, [1960] R.C.S. 694.

²⁸⁹ *Supra*, note 162.

²⁹⁰ Dans ce dernier cas, l'article 56 des anciennes conditions générales disposait que le cocontractant n'avait droit à aucune indemnité; aussi peut-on admettre avec A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 298, que la nouvelle édition de 1963 des Conditions générales a été rédigée "dans une optique d'équité aussi bien pour la Couronne que pour l'entrepreneur". La situation faite auparavant au cocontractant était souvent injuste. Par exemple, dans l'affaire *Mayes v. R.*, *supra*, note 66, le cocontractant devait, pour exécuter convenablement le contrat de construction d'un pont de chemin de fer, faire approuver par l'ingénieur en chef des travaux la qualité du bois qu'il voulait utiliser. Or, il lui fallait se procurer le bois aux États-Unis et le marchand américain refusait de le livrer tant qu'il ne serait pas payé; ce que le cocontractant voulait éviter car il craignait que l'ingénieur n'approuve la qualité du bois. Il encourut alors des dommages en n'ayant pas réussi à respecter les délais prévus au contrat et résolut de se faire indemniser par le gouvernement, en alléguant le devoir de ce dernier d'envoyer des inspecteurs aux États-Unis, obligation qui découlait de la clause du contrat exigeant l'approbation de la qualité du bois. Sa demande fut rejetée par le juge Burbridge, de la Cour de l'Échiquier, car, à son avis, le contrat ne comportait pas une telle obligation. Le nouvel article 12 (1) (b) des Conditions générales, faisant référence aux usages de l'industrie, aurait sans doute permis au cocontractant d'obtenir une quelconque compensation dans l'affaire *Mayes*.

²⁹¹ *Northern Construction Co. v. R.*, [1925] 2 D.L.R. 582.

tater ces défauts tout au cours de l'exécution du contrat. De même, dans une décision plus ancienne de la Cour de l'Echiquier,²⁹² le juge Burbridge a confirmé sur cette base la décision de certains arbitres qui avaient accordé aux autorités de la ville de St-Jean le plein montant des dépenses qu'elles avaient encourues pour la réparation de dommages subis au réseau d'aqueduc, à la suite de travaux effectués par un organisme du gouvernement fédéral: la compagnie *Intercolonial Railway*. Le ministre des Chemins de fer et canaux s'était engagé envers les autorités de la ville à rembourser le montant des réparations, tel que fixé par des arbitres, à condition que l'ingénieur en chef du gouvernement ait la direction des travaux. Le gouvernement contestait la sentence arbitrale car, selon lui, des améliorations avaient été apportées au réseau d'aqueduc à la suite des réparations et les arbitres auraient dû en tenir compte dans leur évaluation. La Cour de l'Echiquier, confirmée d'ailleurs par la Cour suprême du Canada,²⁹³ n'en décida pas moins que la sentence était juste, car l'ingénieur en chef avait été en mesure de surveiller l'exécution des travaux et les avait approuvés, tels qu'effectués.

Le pouvoir de surveillance et d'inspection est donc d'une utilité manifeste: il convient que l'autorité contractante prenne ces précautions afin que, d'une part, le contrat soit exécuté comme convenu et, d'autre part, pour lui permettre d'apprécier l'opportunité d'y apporter des changements en cours d'exécution.

B) *La modification du contrat administratif*

Il est certain que diverses circonstances peuvent se présenter en cours d'exécution et rendre nécessaire un changement aux termes originaux de l'engagement. Néanmoins cette exigence se bute au principe de l'immutabilité du contrat, principe sacré en matière contractuelle. Heureusement le droit privé lui-même atténue jusqu'à un certain point la sévérité de la règle et prévoit des cas où les parties sont admises à déroger au contrat. Certes, ces dérogations, permises par le droit privé, ne tiennent pas compte du fait que l'une des parties au contrat administratif représente un intérêt supérieur: à la base du régime contractuel de droit commun, l'égalité des parties est sans cesse présumée et recherchée. Au contraire, en ce qui concerne le contrat administratif, il importe que l'Administration puisse, dans certaines circonstances, modifier le contrat et aggraver par là les obligations du cocontractant; car l'intérêt public ne doit pas céder devant la nécessité d'assurer une protection au cocontractant. Malgré cela, étant donné la collaboration qu'offre ce

²⁹² *R. v. The St. John Water Commissioners* (1889), 2 R.C. de l'E. 78.

²⁹³ *Ibid.*, (1889), 19 R.C.S. 125.

dernier à l'action administrative, ne devrait-on pas lui reconnaître, plus qu'à tout autre, le droit à être indemnisé convenablement par suite de la responsabilité accrue qui lui incombe? Si l'intérêt public justifie peut-être l'absence de compensation accordée au cocontractant lorsque l'Administration commande elle-même des modifications, la situation paraît différente lorsque le contrat est altéré par la survenance d'événements extérieurs, étrangers aux parties. On aperçoit donc, déjà, le problème qui se pose au droit du contrat administratif, domaine où se heurtent constamment les exigences de l'intérêt collectif aux intérêts légitimes du cocontractant. Issus de ce déséquilibre presque inévitable, des palliatifs supplémentaires doivent s'ajouter à ceux déjà prévus par le droit privé.

En vue d'adapter le contrat aux conditions nouvelles, le droit commun offre deux possibilités de contourner la règle de l'immutabilité contractuelle: la modification par consentement mutuel et la force majeure; le droit du contrat administratif lui emprunte aussi ces deux moyens.

a) *Le consentement mutuel*

De façon générale, la modification bilatérale du contrat ne pose pas de problème; c'est pourquoi le droit du contrat administratif l'admet aisément.²⁹⁴ Néanmoins, il reste que le contrat initial s'est conclu selon une technique spéciale et il importe de veiller à ce que l'on ne contrevienne pas par ce biais aux règles relatives à l'élaboration et la conclusion du contrat administratif. Il serait, par exemple, illogique d'imposer à l'agent administratif, habilité à contracter, le devoir d'obtenir d'une autorité supérieure l'approbation du contrat qu'il a élaboré, sans l'astreindre à cette formalité lorsqu'il désire modifier, parfois en profondeur, le contrat. La modification du contrat doit donc se faire dans le cadre du pouvoir contractuel de l'agent administratif et à défaut par lui de s'y conformer, l'immutabilité du contrat prévaut. C'est ce que la Cour de l'Echiquier a décidé, dans *National Dock and Dredging Corp. Ltd. v. R.*,²⁹⁵ statuant que l'arrêté en conseil qui autorisait le contrat limitait la compétence de l'agent: dès lors, ce dernier ne pouvait étendre ou modifier le contrat au-delà de ce qui avait été autorisé.²⁹⁶ Dans le même ordre d'idées, lorsque l'Administration organise une mise en concurrence des particuliers désireux de contracter avec elle afin de

²⁹⁴ *Independent Cordage Co. of Ontario v. R.*, *supra*, note 178, à la p. 733; *Nova Scotia Construction v. The Quebec Streams Commission*, *supra*, note 272, à la p. 225; *Joe's and Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 38, à la p. 249.

²⁹⁵ *Supra*, note 42.

²⁹⁶ *Ibid.*, à la p. 42; *R. v. British American Fish Corp.*, *supra*, note 272; *R. v. Vancouver Lumber Co.*, *supra*, note 272; *R. v. The Toronto Terminals Railway Co.*, *supra*, note 272; *Gooderham and Worts Ltd. v. C.B.C.*, *supra*, note 272; *contra*: *R. v. Henderson*, *supra*, note 66.

choisir le cocontractant qui offre la plus basse soumission en même temps que les meilleures garanties de bonne exécution, il peut paraître injuste, pour les candidats refusés, de modifier le contrat par simple accord bilatéral. On doit toutefois admettre, avec Francis-Paul Bénéoit, que:²⁹⁷

Cette mise en concurrence est . . . un procédé d'art administratif qui doit permettre de trouver le meilleur cocontractant; elle n'est pas une fin en soi pour le respect de laquelle le contrat devrait resté figé définitivement dans sa teneur initiale. Les modifications bilatérales doivent donc être admises comme nécessaires. . . .

D'ailleurs, le juge Fournier, de la Cour suprême du Canada, abondait dans le même sens, dans l'arrêt *R. v. Starrs*,²⁹⁸ prétendant, à l'encontre de la majorité, que le contrat n'avait pas été modifié dans cette affaire, mais qu'on l'avait plutôt rejeté pour en conclure un nouveau. Et, à son avis, les circonstances étaient telles qu'il n'était pas nécessaire de demander à nouveau des soumissions.²⁹⁹

Il n'en demeure pas moins que ces modifications bilatérales du contrat sont souvent assujetties à des règles spéciales, du fait même de sa nature administrative. Ainsi, la Loi sur les postes³⁰⁰ permet au ministre d'augmenter le prix du contrat de transport du courrier, lorsque le cocontractant lui démontre qu'il encourt des dépenses telles que le service peut en être compromis; cette augmentation doit, cependant, demeurer raisonnable. Par ailleurs, en ce qui concerne les contrats conclus par le ministre fédéral de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration avec des autorités provinciales relativement à la formation professionnelle des adultes, la loi³⁰¹ prévoit que les parties peuvent s'entendre pour modifier le contrat, mais cette modification est soumise à l'approbation du Conseil des ministres fédéral. Plus généralement le Règlement sur les marchés de l'Etat³⁰² impose l'obligation d'obtenir le consentement du Conseil du trésor à la modification, dans le cas de certains contrats, lorsque l'autorité contractante désire en augmenter le prix.³⁰³ Le particularisme du contrat administratif par rapport au contrat privé reparaît donc encore à ce niveau.

Dans la mesure où l'Administration parvient à obtenir le consentement du cocontractant à la modification du contrat,

²⁹⁷ *Op. cit.*, note 1, p. 612.

²⁹⁸ *Supra*, note 66. Voir aussi *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée v. Procureur général du Québec et al.*, *supra*, note 94.

²⁹⁹ *Ibid.*, aux pp. 138-139.

³⁰⁰ *Supra*, note 52, art. 33 (1).

³⁰¹ Loi sur la formation professionnelle des adultes, S.C., 1966-1967, ch. 94, art. 16 (b).

³⁰² *Supra*, note 52.

³⁰³ *Ibid.*, articles 9 (marchés de construction), 13 (marchés d'achat), 18 (marchés de service). On doit noter, par ailleurs, que l'article 31 de ce règlement permet à l'autorité contractante d'exiger des garanties d'exécution supplémentaires du cocontractant, en cas de telles modifications.

l'ajustement de ce dernier aux conditions nouvelles reste possible, même en admettant la règle de l'immutabilité du contrat. Cette soumission à l'accord du cocontractant pourrait, cependant, s'avérer un obstacle quasi-insurmontable à l'action administrative, dans l'hypothèse où celui-ci refuserait toute modification. Le seul échappatoire serait alors de recourir au Parlement et de requérir l'intervention expresse du législateur forçant la modification du contrat.³⁰⁴ Aussi, l'Administration cherche-t-elle à se prémunir contre cette éventualité en obtenant l'assentiment du cocontractant dès le moment de la conclusion du contrat. Elle y arrive par l'insertion au contrat d'une clause en vertu de laquelle le cocontractant consent d'avance à toute modification que pourra prescrire l'Administration, lorsqu'elle le jugera opportun en cours d'exécution.³⁰⁵ Parfois même, ce pouvoir de modification, qu'on pourrait facilement qualifier d'unilatéral, est prévu dans les clauses au conditions générales élaborées par l'Administration et susceptibles d'être incorporées par simple renvoi, dans tous les contrats qu'elle conclut.³⁰⁶

Ce pouvoir de modification constitue, certes, un des éléments originaux du régime du contrat administratif et il s'impose "car le contrat n'a d'autre raison d'être que la réalisation la plus parfaite possible du Service public".³⁰⁷ On retrouve donc à l'article 38(1) des clauses générales ou *standard terms* du gouvernement fédéral,³⁰⁸ ce pouvoir conféré à un fonctionnaire de l'autorité contractante:

L'ingénieur peut . . .

- a) ordonner des travaux ou matériaux en sus de ceux qui ont été prévus dans les plans et devis; et
- b) contremander ou modifier 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 . . .; et l'entrepreneur exécutera les travaux en conformité de ces ordres . . . comme s'ils avaient figuré dans les plans et devis et en avaient fait partie.

Il est certain que, dans ces cas, l'Administration ne voudrait

³⁰⁴ Voir, par exemple, *Cité d'Outremont v. La Commission des transports de Montréal*, [1955] B.R. 753. Dans cette affaire, le Parlement québécois était intervenu pour autoriser expressément la Commission des transports de Montréal à modifier les contrats qui la liaient à certaines municipalités de l'Île de Montréal. Cette mesure s'imposait afin de réorganiser le réseau de transport en commun sur l'Île.

³⁰⁵ Ainsi, l'article 33 (2) de la Loi sur les postes, *supra*, note 52, modifié par la Loi modifiant la Loi sur les postes, *supra*, note 238, interdit au ministre de diminuer le montant du contrat, sauf si le contrat le permet. De la même façon, l'article 16 (a) de la Loi sur la formation professionnelle des adultes, *supra*, note 301, prévoit la modification du contrat selon la méthode qui y est spécifiée.

³⁰⁶ *Supra*, note 158-160. Voir aussi André de Laubadère, *op. cit.*, note 14, tome II, p. 331, no 806.

³⁰⁷ P. Garant, *op. cit.*, note 25, à la p. 150.

³⁰⁸ *Supra*, note 162.

pas laisser le cocontractant sans aucune indemnisation. Aussi prévoit-on que le ministre ou un fonctionnaire autorisé pourra déterminer si le cocontractant a droit à une indemnité et, le cas échéant, fixer le montant que ce dernier peut réclamer.³⁰⁹ Par ailleurs, on retrouve souvent la stipulation à l'effet que "les modifications ou additions . . . ne pourront jamais invalider le contrat, ni servir de motif à aucune réclamation de la part de l'entrepreneur",³¹⁰ sinon de la façon prévue au contrat, ou dans ces clauses générales. Ainsi, lorsque l'ingénieur en chef des travaux, par exemple, est habilité par le contrat à ordonner toute modification opportune, le montant supplémentaire auquel peut prétendre le cocontractant sera fixé par l'ingénieur et le paiement se fera uniquement sur la foi du certificat écrit qu'il émettra à cette fin.³¹¹ En effet, le contrat fait la loi des parties et la jurisprudence considère que tout défaut de s'y conformer met en péril l'intérêt collectif et la protection des fonds publics.³¹² De cette façon, l'Administration arrive à se donner toute latitude pour altérer unilatéralement le contrat et elle se dégage de la responsabilité qu'elle pourrait encourir pour bris de contrat sans, toutefois, déroger au principe de l'immutabilité du contrat.

b) *La force majeure*

Pourtant, si, malgré leur volonté d'exécuter le contrat, les parties se heurtent à un obstacle infranchissable, dont elles ne

³⁰⁹ *Ibid.*, art. 38(2)-(5); voir au Québec l'article 4 du Cahier des charges et devis généraux, *supra*, note 162.

³¹⁰ Cahiers des charges et devis généraux, *ibid.*, art. 5 (6). Voir cependant *Bonhomme v. Montreal Water and Power Co.*, *supra*, note 38.

³¹¹ Voir, par exemple, *Jones and Simpson v. R.*, *supra*, note 30; *R. v. Starrs*, *supra*, note 66; *Nova Scotia Construction Ltd. v. The Quebec Streams Commission*, *supra*, note 272; *Dryden Construction Co. v. Hydro Electric Power Commission of Ontario*, *supra*, note 288; *O'Brien v. R.*, *supra*, note 287. Voir cependant *Goodwin v. R.*, *supra*, note 283. Mais il est nécessaire que l'ingénieur ait agi de bonne foi en fixant le montant de l'indemnité, et non de connivence avec le cocontractant: *Grant, Smith and Co. v. R.* (1920), 19 R.C. de l'E. 404. De plus, le cocontractant n'est pas tenu d'effectuer ces modifications tant que l'ingénieur en chef n'a pas approuvé par écrit ces changements au contrat initial: *Boone v. R.*, [1934] R.C.S. 457; *R. v. Roger Miller and Sons Ltd.*, [1930] R.C.S. 293; L'Administration a le droit de retenir les garanties fournies même si elle suspend les travaux.

³¹² *Jones and Simpson v. R.*, *ibid.*, à la p. 615; *R. v. Starrs*, *ibid.*, à la p. 129; *Nova Scotia Construction Ltd. v. The Quebec Streams Commission*, *ibid.*, à la p. 225. Dans la mesure où le contrat prévoit qu'il pourra être payé un montant supplémentaire en raison des modifications apportées au contrat initial, le cocontractant ne peut obtenir quoi que ce soit sur la base de l'enrichissement sans cause ou du *quantum meruit* puisqu'il a accepté de voir l'indemnisation établie de la façon stipulée au contrat ou dans les clauses générales auxquelles le contrat fait référence: *Dryden Construction Co. v. Hydro Electric Power Commission of Ontario*, *ibid.*; *Jones and Simpson v. R.*, *ibid.*, aux pp. 591-592; *Québec v. Dumont*, [1936] 1 D.L.R. 446 (Can.). Si, cependant, le contrat ne prévoyait pas ce cas, alors ce recours serait possible: *National Dock and Dredging Corp. Ltd. v. R.*, *supra*, note 42. à la p. 54.

sont nullement responsables, le droit leur reconnaît la possibilité de se dégager de leurs obligations. Il s'agit là de la force majeure, admise tant par le droit privé que par le droit administratif comme cause susceptible de modifier le contrat, sinon de compromettre définitivement son exécution totale. La force majeure se définit comme étant un événement irrésistible, c'est-à-dire qui rend tout à fait impossible l'exécution de telle obligation contractuelle; cet événement doit aussi avoir été imprévisible lors de la conclusion du contrat; enfin, la force majeure doit être extérieure aux parties, celles-ci n'ayant pu, d'une façon ou d'une autre, en être la cause. Dans l'hypothèse, donc, où survient un tel événement, lequel compromet l'exécution régulière du contrat, la jurisprudence a admis que les parties ne pouvaient être tenues responsables de bris de contrat, même s'il leur a été impossible de s'acquitter complètement de leurs obligations contractuelles.³¹³ Ainsi, dans *La Traverse de Lévis v. R.*,³¹⁴ le ministre canadien des Postes avait conclu avec la compagnie un contrat en vertu duquel cette dernière s'engageait à transporter le courrier entre les villes de Québec et Lévis, par bateau. Or, pendant l'hiver, il advint que le bateau ne put quitter le quai en raison d'un fort vent et d'un amoncellement considérable de glaces. On dut donc effectuer le transport autrement, mais à un coût supérieur. La Cour de l'Echiquier refusa l'allégation de bris de contrat, comme le prétendait l'Administration, puisque la compagnie ne pouvait prévoir un tel amoncellement de glaces, dû à la vélocité d'un vent très fort, obstacle qui s'était avéré insurmontable en dépit de nombreuses tentatives. La compagnie n'était donc pas responsable des frais supplémentaires encourus pour faire parvenir le courrier à destination par un autre moyen et elle avait droit à se faire rembourser de ces frais.

Comme on le voit, telles atténuations apportées au principe de l'immutabilité du contrat ne permettent guère une action positive de la part de l'Administration afin de mieux adapter le contrat aux conditions présentes. La force majeure offre uniquement la possibilité de se libérer d'un engagement et ce, dans des cas rares, d'ailleurs indépendants de la volonté des parties. Il est, en effet, extrêmement rare que la force majeure puisse être invoquée efficacement par les parties au contrat administratif. Cet événement fortuit, irrésistible, imprévisible et extérieur aux parties provient le plus souvent d'accidents naturels (foudre,

³¹³ *Dufresne Construction Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 38, à la p. 82; *La Traverse de Lévis v. R.*, [1948] R.C. de l'E. 203; *Saxe and Archibald v. R.*, *supra*, note 96, à la p. 74; voir aussi *R. v. C.P.R. Co.*, [1965] 2 R.C. de l'E. 222, aux pp. 241-242; *R. v. C.P.R. Co.*, [1965] 1 R.C. de l'E. 145, à la p. 170; *Mercerie Gilbert Ltée v. C.N.R.*, [1970] C.S. 207; Sur ces arrêts, voir C. Morse, *The Crown as a Common Carrier* (1917), 35 D.L.R. 285.

³¹⁴ *Ibid.*

tremblement de terre) ou de cas peu fréquents d'intervention humaine (émeute subite, meurtre). Ce pourrait aussi être le fait du prince, comme l'a dénommé la doctrine française,³¹⁵ c'est-à-dire l'intervention de l'Administration modifiant, dans l'intérêt public, un contrat après sa formation et aggravant les obligations de son cocontractant. Ainsi, si un organisme administratif empêchait le cocontractant de terminer l'exécution du contrat en se servant de son pouvoir d'expropriation, ce dernier ne pourrait certes pas être tenu responsable de bris de contrat.³¹⁶ Mais il convient de noter que cet événement doit être tout à fait imprévu des parties et doit compromettre irrémédiablement l'exécution de telle ou telle obligation découlant du contrat.

C'est d'ailleurs pourquoi la théorie de l'imprévision, telle qu'élaborée en France en ce qui a trait au contrat administratif,³¹⁷ n'est pas accueillie au Canada. En vertu de cette théorie, le cocontractant pourrait obtenir de l'Administration une indemnité pour les dépenses supplémentaires qu'il doit encourir dans l'exécution du contrat, à la suite de conditions nouvelles, imprévues lors de la conclusion du contrat, et qui rendent plus difficile et onéreuse son exécution. La Cour suprême du Canada³¹⁸ a déjà refusé d'admettre un tel principe, décidant que le cocontractant, en acceptant de s'engager, avait pris sur lui le risque de se heurter à des conditions d'exécution plus difficiles que prévues. De l'avis du juge Taschereau:³¹⁹

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

³¹⁵ Voir à ce sujet: André de Laubadère, *op. cit.*, note 4, pp. 323-326, nos 583-587; J. Rivero, *op. cit.*, note 13, à la p. 112; F.-P. Bénéit, *op. cit.*, note 1, pp. 635-642.

³¹⁶ *Samson v. R.* (1888), 2 R.C. de l'E. 30.

³¹⁷ Voir à ce sujet: André de Laubadère, *op. cit.*, note 4, aux pp. 326-332, nos 588-596; J. Rivero, *op. cit.*, note 13, pp. 113-115; F.-P. Bénéit, *op. cit.*, note 1, aux pp. 625-635.

³¹⁸ *R. v. Paradis et al.*, *supra*, note 38.

³¹⁹ *Ibid.*, à la p. 18; voir également *Pigott and Ingles v. R.* (1907), 38 R.C.S. 501; *J. H. Trambly Co. v. Greater Winnipeg Water District* (1920), 54 D.L.R. 410; *Swanson Construction Co. v. Government of Manitoba* (1964), 44 D.L.R. (2d) 632; dans ce dernier arrêt, on a même refusé au cocontractant le recours sur la base du *quantum meruit* ou de l'enrichissement sans cause, celui-ci s'étant engagé à exécuter le contrat même dans ces conditions et sans qu'une indemnité n'ait été stipulée. Mais il peut arriver que le contrat, ou les clauses générales auxquelles on y réfère, prévoit ce cas de difficultés imprévues, non attribuables au cocontractant, et offre à ce dernier la possibilité d'obtenir une certaine indemnisation: voir l'article 12 (1) (a) des Conditions générales fédérales, *supra*, note 162, qui permet cette indemnisation contrairement à ce qui était prévu avant 1963. Le Droit canadien ne fait donc pas la distinction entre les sujétions imprévues—d'ordre matériel—et l'imprévision—d'ordre pécuniaire—que fait le Droit français: voir André de Laubadère, *op. cit.*, note 14, tome III, p. 11, no 896.

being included in the amount of the tender, and the respondent has the legal obligation to execute the contract for the price agreed upon, in the same way as would have been its undisputable right to benefit, if the soil had been more favourable and easier than foreseen.

Ainsi donc, si ce n'est de la modification par consentement mutuel, le contrat est immuable et lie les parties quelles que soient les conditions d'exécution, sauf en cas de force majeure. Et, par ailleurs, seule la modification bilatérale présente, dans certaines limites, l'avantage de permettre une action positive de la part de l'autorité contractante.

Certains auteurs, toutefois, voudraient voir adopter comme principe général ce pouvoir de l'Administration de modifier unilatéralement ses contrats, sans qu'il soit nécessaire à cette dernière de l'inclure spécifiquement dans chacun de ses contrats. Comme le souligne le professeur Garant:³²⁰

Pourquoi ce que fait explicitement l'Administration par l'insertion au contrat de clauses de renégociation, de réajustement, qui assujettissent le cocontractant aux exigences du Service public, ne serait pas possible en vertu d'un principe général, se fondant sur la raison d'être même de l'Administration et le but qu'elle poursuit en contractant?

Ces auteurs se fondent en cela sur le droit administratif français qui semble consacrer cette règle en y rattachant par ailleurs une indemnisation convenable du cocontractant.³²¹ Mais la doctrine française elle-même commence à contester l'existence d'un tel pouvoir, montrant bien les failles de cette théorie qui, au surplus, reposerait sur une interprétation erronée d'un arrêt du Conseil d'Etat, dans l'affaire des *Transports de Marseille* rendu en mars 1910. Le professeur Francis-Paul Bénéoit³²² fait bien remarquer que, dans cette affaire, ce n'était pas en vertu du pouvoir contractuel reconnu à l'autorité contractante que le contrat avait été rendu plus onéreux pour la compagnie de transport. C'était plutôt en utilisant ses pouvoirs de police que l'Administration avait imposé un trajet plus long et de ce fait, forcé cette compagnie à encourir des dépenses supplémentaires en vue d'exécuter fidèlement le contrat. Cet arrêt portait donc davantage sur un cas d'application de la théorie du fait du prince, assimilable au cas de force majeure. Aussi le Conseil d'Etat, en permettant l'indemnisation de la compagnie, n'a aucunement consacré le pouvoir d'action unilatérale de l'Administration. Certes convient-il que l'Administration puisse jouir de prérogatives exorbitantes dans l'intérêt public; toutefois une trop grande généralisation conduirait à une situation intolérable pour ses cocontractants. Et d'ailleurs, comment concilier la notion même de con-

³²⁰ *Op. cit.*, note 25, à la p. 153.

³²¹ André de Laubadère, *op. cit.*, note 4, p. 317, no 564, et *op. cit.*, note 14, tome II, pp. 335-340, nos 808-809.

³²² *Op. cit.*, note 1, pp. 655-659.

trat avec cette possibilité désormais offerte à l'Administration d'altérer les termes de ses engagements, avec ou sans indemnité au cocontractant, à son gré? La solution actuellement prévue dans le droit du contrat administratif canadien, principalement contenue dans les clauses ou conditions générales qui sont insérées dans les contrats de l'Administration, permet tout de même une grande liberté d'action pour celle-ci, sans pour autant ignorer les intérêts légitimes du cocontractant, pas plus qu'elle ne tronque irrémédiablement la notion de contrat.

2) *Le contentieux du contrat administratif*

Le droit du contrat administratif soumet, en principe, l'exécution du contrat au régime contractuel de droit privé. En pratique toutefois, le particularisme de ce contrat reparaît sans cesse et dénature dans une large mesure la réglementation ordinaire du contrat. On pourrait même penser qu'il s'agit là d'un régime juridique propre, à l'instar de celui de droit public français, qui cependant s'inspirerait plus fortement du droit commun contractuel. Le cocontractant, dès lors, est tenu par un contrat qu'on affirme, au départ, constituer la loi des parties et il doit veiller scrupuleusement à l'exécution fidèle de ses engagements. La même obligation pèse également sur l'Administration qui, dans certaines circonstances, peut mettre en cause sa responsabilité contractuelle. Par contre, le droit du contrat administratif aménage cette responsabilité dans un cadre nettement particularisé et, souvent, dérogeatoire au droit commun, sans compter les nombreux cas où l'exécution du contrat est compromise en raison d'un vice au niveau de son élaboration ou de sa conclusion. Aussi le contentieux du contrat administratif présente-t-il, sous bien des aspects, ce même caractère exorbitant que le pouvoir contractuel de l'Administration.

A) *L'inexécution ou la mauvaise exécution*

L'application du principe voulant que le contrat administratif soit régi à la base par le droit privé fait qu'en théorie les mêmes sanctions deviennent applicables, à défaut des parties de remplir correctement leurs obligations. Bref, il s'agit de la mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle, tant de la partie privée que de la partie administrative. Au cas d'inexécution ou de mauvaise exécution, le droit commun prévoit des sanctions très sévères contre la partie défaillante: sans quoi il serait tout à fait inutile de parler du contrat et de sa force obligatoire. Le droit du contrat administratif s'en inspire largement, quoique l'utilité du contrat dans l'action administrative ainsi que la nature même de l'Administration influent fortement sur le régime de la responsabilité. En conséquence, l'Administration jouit d'une situation privilégiée au sein de ce régime.

a) *L'inexécution du fait du particulier*

A l'instar du droit privé, le droit du contrat administratif sanctionne sévèrement le défaut du cocontractant d'exécuter fidèlement le contrat aux conditions stipulées et dans le délai fixé. S'appliquent alors les règles normales en matière de contrat ordinaire qui permettent à l'Administration d'exiger des dommages-intérêts afin de compenser le préjudice subi, et de demander la résolution du contrat, ou encore l'exécution en nature, selon qu'elle juge bon de le faire. Néanmoins, la responsabilité encourue par ce cocontractant défaillant ne porte pas uniquement atteinte aux intérêts de la partie lésée, mais risque en plus de compromettre l'action administrative. Aussi ne suffit-il pas de sévir contre la partie défaillante et d'indemniser le préjudice subi: "il s'agit avant tout de donner à l'Administration le moyen d'assurer la sauvegarde des intérêts du service public pour le bon fonctionnement duquel le contrat a été conclu".³²³ Dans ce but, les lois et règlements, ainsi que les clauses généralement insérées par l'Administration au contrat, ajoutent donc à la rigueur de ces sanctions du droit commun.

Le droit du contrat administratif cherche, par divers moyens qui lui sont propres, à éviter que l'Administration ne souffre un trop grand préjudice du fait de la mauvaise exécution ou de l'inexécution du cocontractant. Ainsi, par exemple, la Loi sur la production de défense³²⁴ prévoit à l'article 27 la mise en régie du contrat, c'est-à-dire le pouvoir conféré à l'Administration d'autoriser quelqu'un à exécuter le contrat au lieu et place du cocontractant défaillant ou susceptible de l'être, en utilisant à cette fin les moyens que possédait ce dernier, lequel devra en acquitter les frais. De même, en vertu de la Loi (québécoise) des travaux publics, le Conseil des ministres peut autoriser le ministre à reprendre possession de l'ouvrage ou de l'édifice "pour cause d'inexécution du contrat ou autre cause de rescision . . .".³²⁵ L'autorité contractante elle-même stipule souvent au contrat des sanctions tout aussi exorbitantes, soit en y insérant des clauses expresses à cet effet, soit en les établissant comme conditions générales susceptibles d'être incorporées à tout contrat qu'elle conclut.³²⁶

³²³ *Ibid.*, p. 620.

³²⁴ *Supra*, note 52. Voir *The Employers Liability Assurance Corp. Ltd. v. R.*, [1969] 2 R.C. de l'E. 246, aux pp. 255-256: la caution a été requise de compléter l'exécution; *R. v. Persons*, *supra*, note 78.

³²⁵ *Supra*, note 41, art. 50.

³²⁶ Voir, à ce sujet, l'article 16 des Clauses ou conditions générales (*standard terms*) fédérales, *supra*, note 162, et l'article 10 (2) du Cahier des charges et devis généraux du Québec, *supra*, note 162. Voir aussi les arrêtés en conseil no 475 du 4 février 1970 et no 1971 du 23 avril 1970 relativement aux obligations des cautions, modifiant les Règlements québécois relatifs à la préparation des plans et devis pour travaux publics, ou demandes de soumissions, et à l'adjudication de contrats, *supra*, note 53.

Il est prévu, par exemple, que "s'il y a défaut de l'entrepreneur, le ministre peut résilier le contrat, et dans ce cas, il conserve les sommes dues à l'entrepreneur, la garantie qu'il a fournie,³²⁷ les retenues qui ont été faites, et ce, à titre d'indemnité et sans préjudice des recours contre l'entrepreneur en cas d'insuffisance. De plus l'Administration devient propriétaire de l'outillage, de la machinerie et des matériaux nécessaires pour l'achèvement des travaux".³²⁸ Et l'article 17(1) des Clauses ou conditions générales³²⁹ de l'administration fédérale précise bien que ces sanctions s'ajoutent à celles déjà prévues par le droit privé:

Le retrait de la totalité ou d'une partie des travaux des mains de l'entrepreneur . . . n'a pas pour effet de libérer l'entrepreneur d'une obligation quelconque en vertu du contrat ou que la loi lui impose, si ce n'est de l'obligation d'achever l'exécution matérielle de la partie des travaux ainsi retirée de ses mains.

Par là, l'autorité contractante enjoint au cocontractant défaillant de respecter les termes de son engagement autres que celui d'exécuter le travail prévu; ainsi il devra fournir tel que stipulé au contrat les matériaux, l'outillage, la main-d'oeuvre même. Enfin, sur un plan strictement pécuniaire, le contrat peut comporter une clause dite pénale stipulant la retenue qui sera effectuée ou la peine qui sera exigée du cocontractant, en cas de défaut d'exécution. On doit remarquer, cependant, que le législateur se refuse à admettre une telle pénalité qui s'ajouterait aux autres sanctions déjà prévues. Aussi dispose-t-il que cette clause doit être "interprétée comme impliquant une évaluation, de consentement mutuel, des dommages résultant de cette inexécution ou négligence".³³⁰

Dans le cas, donc, où le cocontractant a mal exécuté le contrat, il encourt des sanctions très fortes. Il est certain, toutefois, que le droit du contrat administratif admet des atténuations à la règle lorsque l'inexécution n'est pas due à la faute du cocontractant. Ainsi, la force majeure lui permettra de se dégager de sa responsabilité³³¹ de même que la survenance de conditions nouvelles, tout à fait imprévues lors de la conclusion du contrat et

³²⁷ Voir, par exemple, l'article 33 du Règlement (fédéral) sur les marchés de l'Etat, *supra*, note 52, qui prévoit que les garanties offertes par le cocontractant seront remises après l'exécution complète ou partielle, à condition que celui-ci ne soit pas en faute. *R. v. Persons*, *supra*, note 78: le ministre n'est pas tenu d'en aviser lui-même le cocontractant.

³²⁸ R. Barbe, *op. cit.*, note 23.

³²⁹ *Supra*, note 162.

³³⁰ Loi sur la Cour de l'Echiquier, *supra*, note 40, art. 48. L'article 36 du projet de loi C-192, *supra*, note 40, est au même effet. Voir *Dimensional Investments Ltd. v. R.*, [1968] R.C.S. 93, à la p. 98, confirmant [1966] R.C. de l'E. 761, à la p. 769 sur la constitutionnalité de cet article; voir également, au même effet, la Loi (québécoise) des travaux publics, *supra*, note 41, art 36 (2).

³³¹ Voir sur cette question, *supra*, note 313. De même la négligence du cocontractant doit être bien prouvée: *R. v. Poupore* (1897), 6 R.C. de l'E. 4.

rendant l'exécution plus difficile, voire parfois impossible dans le délai fixé, quand le contrat ou les conditions générales y insérées prévoient ce cas.³³² Par ailleurs, il peut aussi arriver que l'Administration ait renoncé à appliquer ces sanctions³³³ ou encore que l'inexécution soit due principalement à la faute ou à la négligence de l'Administration;³³⁴ dans ces cas non plus, la responsabilité du cocontractant ne pourra être mise en cause.

Quoi qu'il en soit, ces sanctions très rigoureuses qui frappent le cocontractant fautif³³⁵ manifestent plus qu'ailleurs la lourde responsabilité qui incombe à ce dernier. Responsabilité d'autant plus grande et exorbitante que, très souvent, il revient à l'autorité contractante elle-même d'en fixer l'étendue ainsi que les sanctions applicables, en vertu de clauses à cet effet insérées par l'Administration au contrat. Davantage, en cas de litiges relatifs aux contrats conclus par le gouvernement ou en son nom,³³⁶ le cocontractant présumé en défaut doit faire face à la Couronne, jouissant de nombreuses immunités et prérogatives; ce qui lui rend la tâche encore plus difficile de renverser les présomptions qui pèsent contre lui. Certes ces mesures s'imposent-elles, compte tenu des fonctions qu'exerce l'Administration et de l'intérêt public mis en péril par la défaillance du cocontractant. On peut, par contre, se demander si l'intérêt général serait vraiment moins bien servi si, d'une part, la tâche de fixer l'étendue des sanctions n'était pas laissée à l'Administration et, d'autre part, si certaines immunités procédurales ou autres étaient atténuées.

b) *Inexécution du fait de l'Administration*

Dans la mesure où le droit du contrat administratif ne consiste qu'en des exceptions au régime contractuel de droit commun, dérogations nécessaires afin d'adapter le contrat à l'activité administrative, il importe de reconnaître une certaine responsabilité de

³³² Voir sur cette question, *supra*, notes 315-317.

³³³ Voir, par exemple, *Stewart v. R.* (1901), 32 R.C.S. 483; *Persons v. R.*, *supra*, note 78, aux pp. 577-578; *R. v. Sykes*, *supra*, note 157.

³³⁴ Voir, par exemple, *Boone v. R.*, *supra*, note 311 et *Isbester v. R.*, *supra*, note 156. *R. v. Sykes*, *ibid.* Voir aussi l'article 12 (1) (b) des Conditions générales fédérales, *supra*, note 162.

³³⁵ Voir, par exemple, *Berlinguet v. R.* (1886), 13 R.C.S. 26; *Dussault et Pageau v. R.* (1917), 58 R.C.S. 1; *Northern Construction Co. v. R.*, *supra*, note 291; *Joe's and Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 38. Ces arrêts indiquent bien la nature des sanctions applicables, en pratique, ainsi que le refus des tribunaux d'admettre la possibilité pour le cocontractant fautif de recourir à *quantum meruit* ou à l'enrichissement sans cause.

³³⁶ La Couronne, tant au Canada qu'au Québec, jouit d'un statut fort privilégié aussi bien au point de vue du droit applicable que de la procédure. Cette question sera étudiée plus à fond au chapitre de la responsabilité contractuelle de l'Administration où elle se pose avec plus d'acuité. Toutefois, il convient ici de mentionner qu'en ce qui concerne les litiges relatifs aux contrats conclus par le gouvernement fédéral ou en son nom, c'est la Cour de l'Échiquier qui a juridiction exclusive en cette matière: *supra*, note 46.

l'Administration pour ses manquements à l'obligation contractuelle, lorsque cette dernière n'entrave pas indûment l'action administrative. Aussi le droit administratif canadien et québécois juge-t-il préférable de contraindre l'Administration à respecter ses contrats, à l'instar des particuliers, et admet le principe de la responsabilité contractuelle de l'Administration, l'assortissant néanmoins de certaines restrictions.

i) *L'origine et le fondement de la responsabilité contractuelle de l'Administration*

La responsabilité contractuelle de l'Administration porte, de toute évidence, une atteinte directe à la maxime sacro-sainte du droit public anglais: *The King can do no wrong*. Toutefois, le droit anglais a admis très tôt la possibilité pour le citoyen de tenir l'Administration responsable en matière de contrats: le roi, fontaine de toute justice, pouvait difficilement ignorer les demandes légitimes que lui adressaient ses sujets.³³⁷ Dès lors, s'est établie la fiction que la faute contractuelle imputée au roi était plutôt le fait de ses agents qui avaient mal exercé les pouvoirs qu'il leur avait conférés, ce qui permit de respecter quand même la maxime.³³⁸ Plus tard, le principe fut consacré que tout citoyen lésé pouvait, par pétition de droit, réclamer une indemnité de la Couronne si elle y consentait (le fiat étant alors indispensable).³³⁹ Issue de la *common law*,³⁴⁰ cette règle fut incorporée dans les lois en 1860³⁴¹ et définitivement reconnue par le juge Blackburn, dans l'affaire *Thomas v. R.*³⁴² Il s'agit là d'une règle qui s'impose car, comme le fait remarquer le savant magistrat:³⁴³

Contracts can be made on behalf of Her Majesty, with subjects, and the Attorney General, suing on her behalf, can enforce those contracts against the subject; and if the subject has no means of enforcing the contract on his part, there is certainly a want of reciprocity in such cases.

Par contre, cette voie de recours n'était ouverte qu'en matière contractuelle et non pas en matière délictuelle ou quasi-délictuelle, où prévalait alors et a prévalu encore longtemps l'immunité totale de l'Administration.³⁴⁴

Au Canada et au Québec, dont le droit est tributaire du droit anglais sur ce point,³⁴⁵ la situation est la même. En effet, l'article

³³⁷ S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 104.

³³⁸ J. F. Garner, *Administrative Law* (1963), p. 215.

³³⁹ *Ibid.*, p. 216.

³⁴⁰ *The Banker's Case* (1700), 14 St. Tr. 1.

³⁴¹ Petitions of Right Act, U.K., 1860, 23-24 Vict., ch. 34.

³⁴² (1874), L.R., 10 Q.B. 31, aux pp. 34, 43.

³⁴³ *Ibid.*, à la p. 33.

³⁴⁴ *Feather v. R.* (1865), 6 B. and S. 257, à la p. 295; voir, sur cette question, J. F. Garner, *op. cit.*, note 338, pp. 221 ss; R. Dussault et T. Duperré, *op. cit.*, note 80.

³⁴⁵ *Supra*, note 34; A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 276.

19 de la Loi (fédérale) sur les pétitions de droit de 1875³⁴⁶ disposait expressément qu'un citoyen ne pouvait se prévaloir de cette procédure que si le droit anglais permettait ce recours dans les mêmes circonstances. Par la suite, la jurisprudence est venue consacrer définitivement le principe de la responsabilité contractuelle de la Couronne³⁴⁷ et la Loi de la Cour de l'Echiquier contient maintenant une disposition lui permettant de statuer sur de telles réclamations.³⁴⁸ Il faut, cependant, retenir que le principe se fonde sur la *common law* et n'est aucunement d'origine législative,³⁴⁹ contrairement à ce qui existe en matière délictuelle ou quasi-délictuelle où la maxime *The King can do no wrong* prévaut en l'absence de dispositions législatives l'écartant.³⁵⁰

ii) *La mise en oeuvre de la responsabilité contractuelle de l'Administration*

Le droit du contrat administratif reconnaît que le cocontractant de l'Administration doit être protégé contre tout manquement par cette dernière aux engagements qu'elle a validement conclus. Sans doute lui est-il permis de modifier les clauses du contrat, mais ce pouvoir doit lui être expressément accordé par la loi ou les règlements ou bien par l'effet de stipulations qu'elle a elle-même incorporées au contrat. Par ailleurs, cette responsabilité doit être mise en cause selon une procédure parfois bien différente de celle prévue par le droit commun et il faut tenir compte de nombreux privilèges procéduraux ou autres dont l'Ad-

³⁴⁶ S.C., 1875, ch. 12; *Isbester v. R.*, *supra*, note 156, à la p. 721.

³⁴⁷ *Windsor and Annapolis Railway Co. v. R.*, *supra*, note 141; *Kenney v. R.* (1882), 1 R.C. de l'E. 68; *Palmer v. R.*, *supra*, note 51; *Bank of Nova Scotia v. R.*, *supra*, note 43; *Eastern Canada Shipping Ltd. v. R.* et *l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, *supra*, note 56.

³⁴⁸ *Supra*, note 40, articles 17 et 47.

³⁴⁹ *Bank of Nova Scotia v. R.*, *supra*, note 43, aux pp. 149-150; comme l'a souligné A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 280, "la responsabilité contractuelle de l'Etat provincial tient son origine de la *common law*". Tout en tenant compte, bien sûr, du Colonial Laws Validity Act, U.K., 1865, 28-29 Vict., ch. 63, qui décrétait expressément applicables au Canada les lois impériales britanniques, dont le Petitions of Right Act, *supra*, note 341.

³⁵⁰ A. Garon, *ibid.*, à la p. 279: "En un mot, la responsabilité contractuelle de l'administration a été établie par la *common law* tandis que la responsabilité délictuelle de la Couronne a une origine strictement statutaire." En ce qui concerne la responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle au Canada et au Québec, voir H. Immarigeon, La responsabilité extra-contractuelle de la Couronne au Canada (1965). Voir également du même auteur: La responsabilité de la puissance publique, dans Droit administratif canadien et québécois, *op. cit.*, note 5, à la p. 630; aussi R. Dussault et T. Duperré, *op. cit.*, note 80. Il est bon de noter, en ce qui a trait à la Couronne du chef du Québec, que la jurisprudence a très tôt mis de côté le principe de l'irresponsabilité de l'Etat, contrairement à ce qui s'est passé relativement à la Couronne du chef du Canada. L'article 94 du nouveau Code de procédure civile de 1966 n'a fait qu'abolir l'exigence de la procédure de pétition de droit et consacrer de façon irréfutable le principe de la responsabilité qui existait auparavant en vertu de la jurisprudence et de l'article 1011 de l'ancien Code de procédure.

ministration, surtout la Couronne, peut jouir. Outre ces exceptions, souvent très importantes, l'Administration est tenue responsable pour tout bris de contrat.

Ainsi, dans *Kenney v. R.*,³⁵¹ un représentant du ministère fédéral des Travaux publics avait conclu avec un particulier un contrat en vertu duquel celui-ci était autorisé à transporter une certaine quantité de rails. Par la suite, il fut décidé de mettre fin à ce contrat et d'accorder à d'autres le travail. Le juge Taschereau, de la Cour de l'Echiquier, fit bien remarquer dans son jugement que le contrat précisait la quantité de rails à transporter et, de ce fait, le gouvernement avait illégalement rompu ses engagements, se rendant ainsi coupable de bris de contrat.³⁵² De même, dans une affaire plus récente, la Cour de l'Echiquier a tenu la Couronne fédérale responsable de bris de contrat parce que le Conseil des ministres avait postérieurement abrogé un arrêté en conseil qui approuvait un contrat de bail conclu par le ministre des Travaux publics.³⁵³

L'Administration est aussi responsable contractuellement lorsqu'une faute est commise par un de ses employés, de telle sorte que l'exécution du contrat est compromise et que l'autorité contractante juge inopportun d'y donner suite.³⁵⁴ Cette situation s'est présentée, dans *Isbester v. R.*,³⁵⁵ alors que l'entreprise publique fédérale: l'*Intercolonial Railway Co.*, par l'intermédiaire de ses agents, avait négligé de fournir à temps le matériel requis à l'exécution du contrat. Or les commissaires de l'entreprise refusaient d'émettre le certificat, duquel dépendait le paiement au cocontractant, en raison de ce retard survenu dans l'exécution. La Cour de l'Echiquier n'en décida pas moins que la Couronne était liée par contrat et qu'en conséquence elle devait payer les sommes dues au cocontractant. De même, dans l'affaire *Boone v. R.*,³⁵⁶ la Cour suprême du Canada a considéré le gouvernement fédéral responsable pour bris de contrat, à la suite de la faute commise par un agent administratif. Dans cette affaire, le contrat stipulait que toute

³⁵¹ *Supra*, note 347; voir aussi *Brown v. R.*, [1939] R.C. de l'E. 252; *Bonhomme v. Montreal Water and Power Co.*, *supra*, note 38.

³⁵² *Ibid.*, à la p. 85.

³⁵³ *The Journal Publishing Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 242, à la p. 203. Voir aussi *W. A. Walker and M. E. Clark and Son Ltd. v. R.*, *supra*, note 145.

Dans le même sens, un jugement très ancien du Québec décidait que "l'Administration ne peut, *motu proprio*, violer par ses règlements les contrats auxquels elle est partie". Voir P. Garant, *op. cit.*, note 25, citant *La Compagnie des chemins de fer de Québec v. Cité de Québec* (1889), 16 Q.L.R. 11, à la p. 12.

³⁵⁴ *Isbester v. R.*, *supra*, note 156; *Johnson v. R.* (1903), 8 R.C. de l'E. 360; *Boone v. R.*, *supra*, note 311; *Peters v. Quebec Harbour Commissioners* (1891), 19 R.C.S. 695.

³⁵⁵ *Ibid.*

³⁵⁶ *Supra*, note 311; voir aussi *R. v. Roger Miller and Sons Ltd.*, *supra*, note 311.

modification en cours d'exécution devait être autorisée par écrit par l'ingénieur en chef des travaux publics; aussi le cocontractant refusait-il d'effectuer ces modifications tant qu'il n'aurait pas obtenu cet écrit. Or, l'ingénieur résident omit d'en faire la demande et, dès que le délai d'exécution fixé au contrat fut expiré, il fit rapport à l'ingénieur en chef qui résilia le contrat comme stipulé. La Cour suprême déclara que l'ingénieur résident, en agissant de la sorte, était fautif et avait causé un dommage injuste au cocontractant, lequel, légalement, était bien fondé à s'abstenir d'exécuter tant que l'autorisation écrite n'avait pas été donnée. On doit, cependant, remarquer que cette faute de l'agent administratif n'est aucunement assimilable à l'erreur que ce dernier pourrait commettre quant à l'étendue de sa compétence: l'agent qui n'est pas habilité à agir ne lie aucunement l'Administration et son acte est considéré comme nul et sans effet à l'égard de quiconque.³⁵⁷ En outre, quel que soit le manquement reproché à l'Administration, le droit du contrat administratif refuse à voir engagée la responsabilité contractuelle personnelle de l'agent administratif: ce dernier, en effet, n'agit pas pour son propre compte et le contrat ne peut lui profiter.³⁵⁸ Quoi qu'il en soit, la jurisprudence n'en admet pas moins que l'Administration engage sa responsabilité contractuelle, lorsqu'elle brise elle-même un contrat valide ou par suite des agissements fautifs de ses agents. Le cocontractant lésé pourra donc obtenir la réparation du dommage causé.

Mais se pose, à ce moment, le problème des sanctions applicables. Le cocontractant peut-il exiger des dommages-intérêts; et, dans l'hypothèse où le contrat ne serait pas exécuté entièrement, lui est-il permis de forcer l'Administration à mettre fin au contrat ou bien de l'obliger à respecter les termes de l'engagement? Certes, si l'on applique tel quel le droit privé, de telles sanctions sont possibles. Il reste, cependant, que les cas sont rares où les tribunaux eurent à statuer sur une demande autre qu'une action en dommages-intérêts,³⁵⁹ soit, d'une part, que le cocontractant ait

³⁵⁷ A ce sujet, il importe de noter l'existence possible d'un autre type de contentieux, distinct de celui de la responsabilité. Il peut arriver, en effet, que les tribunaux de droit commun contrôlent la légalité des actes posés par l'Administration contractante, au moyen des brefs de prérogative, de l'injonction (voir à ce sujet, *supra*, note 80) ou encore de l'action directe en nullité sous l'article 33 C.P.C. au Québec. Voir P.-G. Schmidt, *op. cit.*, note 54.

³⁵⁸ Voir, sur cette question, *supra*, note 80, et *Summer v. Chandler* (1878), 18 N.B.R. 175.

³⁵⁹ Voir cependant la décision récente de la Cour de l'Échiquier où le juge Gibson déclare que les cocontractants ont droit au renouvellement perpétuel de leur bail en vertu d'une clause expresse du contrat, clause que le gouvernement fédéral se refusait à admettre: *W. A. Walker and M. E. Clark and Son Ltd. v. R.*, *supra*, note 145. Voir aussi *R. v. Sykes*, *supra*, note 157, affirmant le pouvoir du tribunal de déclarer le droit du cocontractant à l'exécution en nature. La Cour suprême du Canada précise toutefois qu'elle est impuissante à ordonner l'exécution en nature, comme telle, quoique sa décision pourra sûrement influencer l'Administration.

terminé l'exécution du contrat, auquel cas il ne demandait qu'à se faire payer, soit, d'autre part, qu'en dépit du bris de contrat illégal, seule une indemnisation convenable ait été réclamée. On peut sans doute avancer qu'en matière de contrat administratif, ce ne sont que les intérêts financiers du cocontractant qui sont mis en péril par le refus de la part de l'Administration de s'exécuter, puisque de façon générale, en adjugeant le contrat, elle s'engage uniquement à en payer le prix. Dans ces conditions, la solution devient plus facile: dans la mesure où le cocontractant exige, en même temps que des dommages-intérêts, la résolution du contrat, le juge fixera le montant de l'indemnité en fonction du prix convenu au contrat. Bien que la résolution du contrat, en vertu des règles du droit privé, ne puisse être demandée que lorsque l'exécution est devenue impossible par suite de la faute contractuelle, la question demeure néanmoins à savoir s'il est bon que le contrat puisse ainsi être résolu, compte tenu de l'utilité qu'il présentait pour l'action administrative. Mais là où le problème prend toute son acuité, c'est lorsque l'Administration est tenue à plus qu'au paiement d'un montant d'argent et que sa défaillance survient en cours d'exécution du contrat: le cocontractant peut-il alors réclamer une indemnité tout en enjoignant à l'Administration de fournir la prestation prévue au contrat? En somme, peut-il exiger l'exécution en nature comme en droit privé? La règle s'avère dans ce cas péremptoire: jamais l'Administration ne peut y être forcée.³⁶⁰ La seule réclamation possible dans cette hypothèse demeure le recours en indemnisation pour bris de contrat. Bref, les sanctions possibles au manquement de l'Administration font état, une fois de plus, du particularisme du contrat administratif: l'exécution en nature est impossible et, généralement, la seule sanction imposée demeure le paiement de dommages-intérêts.³⁶¹

Effectivement, le caractère spécial de la responsabilité de l'Administration emporte l'existence d'une procédure distincte quant à sa mise en oeuvre. Ainsi, au fédéral, la procédure de la pétition de droit demeure en matière contractuelle³⁶² et, au surcroît, elle doit être présentée devant la Cour de l'Échiquier qui est principalement habilitée à statuer en matière de contrats conclus

³⁶⁰ *Gauthier v. R.*, *supra*, note 42; *Saxe and Archibald v. R.*, *supra*, note 96; *Dominion Building Corp. Ltd. v. R.*, *supra*, note 42, à la p. 548. S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, à la p. 108.

³⁶¹ Ces dommages-intérêts sont évalués à partir du dommage subi et des pertes de profit éventuel encourues du fait de l'inexécution du contrat: *Eastern Canada Shipping Ltd. v. R. et l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, *supra*, note 56, à la p. 486; *Persons v. R.*, *supra*, note 78. N'entreront cependant pas en considération les profits que le cocontractant aurait pu obtenir à la suite de travaux additionnels non prévus comme tels au contrat, mais qui auraient pu être exigés en cours d'exécution: *Stewart v. R.*, *supra*, note 333.

³⁶² *Supra*, notes 46-48.

par l'Administration fédérale,³⁶³ ce qui n'existe pas au Québec.³⁶⁴ Pour ce qui est des organismes administratifs spéciaux de l'Administration fédérale tels que les régies et entreprises publiques, il faut consulter leur loi organique pour savoir si l'on peut les poursuivre devant les tribunaux de droit commun ou devant la Cour de l'Echiquier.³⁶⁵

La procédure de la pétition de droit³⁶⁶ ne présente pas, en soi, un accroc grave aux droits du cocontractant, si ce n'est qu'elle déroge à la procédure civile ordinaire. Le pétitionnaire doit rédiger sa requête en utilisant une formule spéciale (art. 3). La pétition est signifiée au ministère de la Justice (art. 5(1)), lequel a un délai de quatre semaines pour présenter sa défense (art. 6). Toute autre personne qui voudrait contester la requête peut le faire dans un délai déterminé (art. 7) et, à cette fin, elle est habilitée à se servir de tous moyens admis devant les tribunaux de droit commun de même que de tous ceux qui pourraient être invoqués en faveur de la Couronne (art. 8). Un jugement par défaut peut être rendu même à l'encontre de la Couronne, bien qu'à certaines conditions il puisse être mis de côté par la Cour (art. 9). Enfin, le requérant a droit de réclamer des frais de la Couronne, dans le cas où la décision lui est favorable (art. 12(1)). Par

³⁶³ *Supra*, note 40.

³⁶⁴ *Supra*, notes 47 et 350. En effet, ce sont les tribunaux de droit commun qui ont juridiction en ce qui a trait aux contrats conclus par l'administration québécoise.

³⁶⁵ Si, dans la loi constitutive de l'organisme et à partir des critères élaborés par la jurisprudence à cette fin, rien n'indique que cet organisme est un mandataire de la Couronne—*agent of the Crown*—, alors cet organisme peut être poursuivi ou poursuivre lui-même (lorsqu'il veut mettre en cause la responsabilité contractuelle du cocontractant: voir, *supra*, note 336) en son propre nom et devant les tribunaux ordinaires. Par ailleurs, quand cet organisme est réellement mandataire de la Couronne, il faut vérifier si le législateur lui confère le pouvoir de contracter en son nom ou au nom de la Couronne ainsi que celui d'ester en justice seul. Dans le cas où l'organisme peut contracter en son nom et poursuivre ou être poursuivi en son nom également, alors les tribunaux de droit commun auront juridiction relativement aux contrats qu'il conclut. Voir par exemple la Loi sur le Conseil des ports nationaux, S.R.C., 1952, ch. 187, art. 39 (1) (2); également *International Railway Co. v. Niagara Parks Commission*, *supra*, note 80; *Yeats and Yeats v. Central Mortgage and Housing Corporation et al.*, [1950] R.C.S. 513; A. Smith, *Liability to Suit of an Agent of the Crown (1949-1950)*, 8 U. of T. L.J. 218, à la p. 248: "As it is our contention that these statutory words (unless in some manner restricted) render the crown agent as such liable to be sued in the ordinary way but only in respect of a cause of action which could properly form the subject-matter of a petition of right against the crown." Donc, la Cour de l'Echiquier n'aura juridiction relativement à ces contrats que lorsque l'organisme mandataire de la Couronne se sera engagé au nom de la Couronne et non en son propre nom, auquel cas seule la Couronne est partie au litige: *Eastern Canada Shipping Co. v. R. et l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, *supra*, note 56, à la p. 467. Voir généralement sur cette question: A. Smith, *ibid.* et H. Immarigeon, *op. cit.*, note 250, pp. 28-40. Au Québec, voir *Dufour v. Hydro-Québec et al.*, [1964] C.S. 532.

³⁶⁶ Loi sur les pétitions de droit, *supra*, notes 52 et 48.

ailleurs, aux termes de l'article 53 de la Loi sur la Cour de l'Echiquier,³⁶⁷ le ministre des Finances peut payer un intérêt n'excédant pas quatre pour cent sur la somme à laquelle la Cour donne droit au requérant, depuis la date du jugement jusqu'au paiement final.³⁶⁸ De plus, le receveur général doit payer à même le Fonds du revenu consolidé toute somme que doit verser la Couronne à la suite d'une décision de la Cour de l'Echiquier.³⁶⁹

Il ne faut toutefois pas négliger les nombreuses immunités et privilèges dont jouit l'administration centrale en ce domaine.³⁷⁰ Ainsi l'exécution en nature ne peut être imposée:³⁷¹ la prescription de l'action est régie à la base par le droit provincial, mais le législateur conserve le pouvoir d'en modifier les règles ou de l'écarter;³⁷² enfin aucune saisie ne peut être effectuée contre l'Administration en matière d'exécution de jugement.³⁷³ Ces quelques

³⁶⁷ *Supra*, note 40; l'article 40 du projet de loi C-192, *ibid.*, dispose qu'à moins d'une ordonnance différente du tribunal, le jugement porte intérêt au taux fixé par la Loi sur l'intérêt, S.R.C., 1952, ch. 156, à compter du moment où il est rendu, soit 5% par an.

³⁶⁸ Un intérêt peut aussi être versé au requérant sur le montant auquel il a droit depuis le moment où il est devenu exigible jusqu'à la date du jugement lui-même. Cependant, l'article 47 (b) de la Loi sur la Cour de l'Echiquier, *ibid.*, interdit à la Cour d'accorder cet intérêt, sauf si le contrat le stipule expressément ou si une loi prescrit, en pareil cas, le paiement de l'intérêt par la Couronne (l'article 35 du projet de loi C-192, *ibid.*, est au même effet). Sur la validité constitutionnelle de cette disposition, voir *Dimensional Investments Ltd. v. R.*, *supra*, note 330. Voir *R. v. Roger Miller and Sons Ltd.*, *supra*, note 311; *R. v. MacKay*, [1930] R.C.S. 130, à la p. 132; *Florence Realty Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 76, à la p. 54. Par ailleurs, c'est le droit provincial qui s'applique quant à la détermination du taux de cet intérêt: *R. v. Henderson*, *supra*, note 66. Au Québec, il semble que le cocontractant puisse obtenir des intérêts contre la Couronne, indépendamment des clauses du contrat ou de la loi: *Hydon et Hudon v. Procureur général du Québec*, [1968] R.C.S. 103, à la p. 111, et la situation serait la même en matière de contrats fédéraux: *St. Louis v. R.* (1896), 25 R.C.S. 649 et *Lainé v. R.*, *supra*, note 42, aux pp. 128-129.

³⁶⁹ Voir, *supra*, note 231.

³⁷⁰ Voir, à ce sujet, S. G. MacKinnon, *op. cit.*, note 33, aux pp. 108-110. Voir également les articles 94-100 C.P.C., quant au Québec.

³⁷¹ *Supra*, notes 359-360; l'article 56 (5) du projet de loi C-192, *supra*, note 40, prévoit qu'"un jugement rendu par la Cour contre la Couronne n'est pas un jugement exécutoire".

³⁷² Loi sur la Cour de l'Echiquier, *supra*, note 40, art. 31; l'article 38 du projet de loi C-192, *ibid.*, est au même effet. Voir aussi *Dufour v. Hydro-Québec et al.*, *supra*, note 365.

³⁷³ Règle 187 de la Cour de l'Echiquier, D.O.R.S. codif. 1955, vol. 2-1157; voir également l'article 12 (2) de la Loi sur les pétitions de droit, *supra*, note 52, relativement aux dépens accordés au requérant contre la Couronne; *R. v. Central Railway Signal Co.*, [1933] R.C.S. 555; voir aussi l'article 56 (5) du projet de loi C-192, *supra*, notes 40 et 371. Pour une critique de cette situation, voir H. Street, *op. cit.*, note 54, aux pp. 40-44. L'auteur est d'avis que l'exécution du jugement devrait se faire sur les biens de la Couronne, en autant que l'intérêt public n'est pas mis en péril de ce fait. Il s'appuie en cela sur l'inexistence d'un tel privilège en faveur des corporations de la Couronne: *ibid.*, à la p. 42. Voir, par exemple, l'article 14 de la Loi d'Hydro-Québec, *supra*, note 171, modifié par la Loi modifiant la Loi d'Hydro-Québec, S.Q., 1967-1968, ch. 35.

exemples³⁷⁴ font bien voir la position dominante qu'occupe l'Administration dans ses relations avec les particuliers; sans doute peut-elle être reconnue responsable contractuellement en vertu des règles applicables au contrat ordinaire, mais sa responsabilité présente à maints égards un caractère nettement exorbitant.

iii) *Les limitations à la responsabilité contractuelle de l'Administration*

La notion même de contrat—qui veut qu'un accord conclu constitue la loi des parties—dans la mesure où le droit administratif l'admet en tant que technique administrative, donne naissance à la responsabilité contractuelle de l'Administration. Néanmoins, de la même manière que le droit du contrat administratif fait dépendre le pouvoir contractuel de l'agent de sa compatibilité avec les exigences de l'intérêt public, ainsi la responsabilité contractuelle de l'Administration doit-elle disparaître lorsque l'efficacité de l'action administrative peut être compromise. Certes, on conçoit mal que l'autorité contractante elle-même puisse se dégager de toute responsabilité à l'égard de ses engagements valide-ment conclus: la sécurité qui doit prévaloir dans les rapports entre les parties est déjà fortement ébranlée par le pouvoir, bien que limité, que possède l'Administration de modifier les clauses du contrat. Malgré tout, il peut arriver que l'exécution même du contrat devienne un fardeau encombrant pour l'Administration et l'empêche d'accomplir adéquatement sa mission. Aussi le droit du contrat administratif comporte-t-il des dérogations au principe de la responsabilité contractuelle, ou tout au moins des atténuations à la rigueur des sanctions possibles au cas de manquement par l'Administration au respect absolu du contrat.

Ainsi, il est toujours possible que le législateur intervienne de manière à rendre le contrat inexécutable. Dans l'arrêt *Reilly v. R.*,³⁷⁵ par exemple, le législateur a lui-même mis fin au contrat d'engagement d'un fonctionnaire en supprimant l'organisme qui l'employait. Pareil résultat peut encore être atteint indirectement lorsque la loi autorise expressément l'autorité contractante à ne plus donner suite à ses engagements: c'est ce que prévoit l'article

³⁷⁴ On pourrait encore ajouter qu'en théorie le *mandamus* ne peut être émis contre la Couronne ou l'un de ses agents: *Caron v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1957] C.S. 279; l'injonction de même ne serait pas possible: *The Eastern Trust Co. v. McKenzie Mann Co.*, [1915] A.C. 750; voir, toutefois, *supra*, note 80. Quant au Québec, une défense expresse en est faite à l'article 94 (b) C.P.C.: voir, par exemple, *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Liée v. Procureur général du Québec et al.*, [1970] C.S. 232, infirmé *supra*, note 94. Voir aussi les commentaires de B. L. Strayer, *op. cit.*, note 80, à la p. 43, relativement à l'application du Code de procédure civile québécois au gouvernement fédéral.

³⁷⁵ *Supra*, note 134; mais voir *supra*, note 180.

19 de la Loi sur la production de défense du Canada.³⁷⁶

Nul n'a droit à des dommages-intérêts, indemnité ou autre allocation en raison d'une perte de profits, directe ou indirecte, résultant de la rescision ou résiliation d'un contrat de défense en tout temps avant que l'exécution en soit terminée si cette rescision ou résiliation a lieu en conformité d'un pouvoir prévu au contrat ou d'un pouvoir conféré par l'application ou en vertu d'une loi du Parlement du Canada.

Cet article fait, en outre, allusion à ce même pouvoir que le contrat ou une clause générale, à cet effet, insérée au contrat, autorise l'Administration à exercer. Par exemple, l'article 10(1) du Cahier des charges et devis généraux³⁷⁷ de la Voirie québécoise dispose que:

Le ministre peut en tout temps résilier le contrat par sa seule volonté, au moyen d'un écrit adressé à l'entrepreneur. S'il use de ce droit, il indemnifiera l'entrepreneur des travaux que celui-ci aura exécutés et des dépenses, à l'exclusion de toute mise de capital, qu'il aura réellement faites pour exécuter le contrat et qui ne se trouveront pas comprises dans le paiement des travaux; mais quelles que soient les circonstances, jamais le ministre n'accordera des dommages-intérêts à l'entrepreneur. Au cas de contestation, la décision est soumise au ministre pour décision finale.

Ces quelques dispositions législatives et conventionnelles témoignent bien du contrôle quasi total que détient l'Administration sur le contrat. A ces limitations expresses pourrait s'en ajouter une autre, beaucoup plus générale, que la jurisprudence a mise de l'avant afin de permettre à l'Administration une plus grande efficacité d'action. Cette limitation qui s'inspire fortement de la règle énoncée dans l'arrêt *Amphitríte*,³⁷⁸ à savoir que l'Administration ne peut, par contrat, aliéner sa liberté d'action future dans l'exercice de ses fonctions essentielles, fait en sorte que l'Administration est dégagée de toute responsabilité lorsqu'elle rend plus

³⁷⁶ *Supra*, note 52; voir aussi *Cité d'Outremont v. La Commission des transports de Montréal*, *supra*, note 304, à la p. 758. Voir également l'article 22 (2) de la Loi (fédérale) sur les postes, *supra*, note 52, ajouté par la Loi modifiant la Loi sur les postes, *supra*, note 238; cette disposition permet au ministre de mettre fin au contrat de transport du courrier avec l'approbation du Conseil des ministres. Par ailleurs, la Loi (québécoise) du ministère des finances, *supra*, note 53, autorise, à l'article 18 (2), le Conseil de la trésorerie à suspendre certains paiements s'il le juge à propos. Il s'agit là, somme toute, du fait du prince, c'est-à-dire de l'intervention de l'Administration qui vient rendre impossible l'exécution parfaite du contrat, cas assimilable à la force majeure: voir, *supra*, note 315.

³⁷⁷ *Supra*, note 162; voir, au même effet, l'article 19 des Conditions générales fédérales, *supra*, note 162. Voir également l'article 18 des Conditions générales fédérales, *ibid.*, qui prévoit le pouvoir du ministre de suspendre l'exécution du contrat pour une durée déterminée ou non, selon que l'exige l'intérêt public, moyennant une certaine indemnisation du cocontractant pour les travaux exécutés et les dépenses encourues en cours d'exécution. On doit noter qu'avant 1963, l'ancien article 47 prévoyait aussi la suspension de l'exécution mais interdisait formellement toute indemnisation du cocontractant: voir sur cette question *Trudel v. R.* (1918), 18 R.C. de l'E. 103 voir aussi *Creelman and Verge v. R.*, *supra*, note 96.

³⁷⁸ *Supra*, note 124.

difficile l'exécution du contrat ou lorsqu'elle y met fin dans l'intérêt public. Ainsi, dans *Archibald v. R.*,³⁷⁹ le juge Burbridge, de la Cour de l'Echiquier, refusa d'admettre la responsabilité du ministre des Chemins de fer du fait qu'il aurait rendu plus difficile l'exécution d'un contrat de transport en effectuant des réparations à la route suivie par le cocontractant. Un contrat ne pouvait certes empêcher cet agent d'exercer les pouvoirs que la loi lui accordait par ailleurs.³⁸⁰ Davantage, la Cour de l'Echiquier a déjà décidé que l'Administration pouvait rompre ses engagements et accorder le contrat à une autre personne, lorsqu'elle était d'avis que le cocontractant ne pouvait exécuter convenablement le contrat, sans qu'il y ait bris de contrat.³⁸¹ En conséquence, l'Administration n'est aucunement tenue dans ces cas à indemniser le cocontractant lésé.

Un tel usage du contrat dénature certes le principe de la responsabilité contractuelle de l'Administration et ses conséquences peuvent être à redouter. Néanmoins, il faut reconnaître la valeur du procédé utilisé couramment par l'Administration, qui consiste à élaborer des clauses ou conditions générales insérées au contrat à l'effet de limiter sa responsabilité, tout en prévoyant une indemnisation convenable du cocontractant. Cette technique semble, en effet, concilier davantage les impératifs d'efficacité administrative avec la nécessité de protéger adéquatement le cocontractant, sans pour autant porter irrémédiablement atteinte à la notion de contrat. Par conséquent, il s'avère indispensable de généraliser cette technique et d'en faire un élément essentiel du régime du contrat administratif, mais sous deux réserves. Il conviendrait d'abord d'obliger l'autorité contractante à motiver la résolution du contrat, motif qui devrait être intimement lié à l'intérêt public. Ensuite, seul un tribunal ou une juridiction administrative spécialisée devrait être habilitée à apprécier le motif allégué, et à fixer l'indemnité. Il resterait sans doute la possibilité d'une inter-

³⁷⁹ (1891), 2 R.C. de l'E. 374; *Gauthier v. R.*, *supra*, note 42; *Lainé v. R.*, *supra*, note 42.

³⁸⁰ *Archibald v. R.*, *ibid.*, à la p. 380; *La Cité Jacques-Cartier v. R.*, [1966] R.C. de l'E. 1020, à la p. 1025. Voir cependant les remarques du juge Dumoulin, *ibid.*, à la p. 1024, à l'effet que les tribunaux possèdent un droit de regard sur la décision de l'Administration décrétant qu'il est dans l'intérêt public qu'il soit mis fin au contrat. Voir, par ailleurs, *Eastern Canada Shipping Ltd. v. R.* et *l'Administration de la Voie maritime du St-Laurent*, *supra*, note 56, et *W. A. Walker and M. E. Clark and Son Ltd. v. R.*, *supra*, note 145, décisions récentes qui montrent un désir de mieux protéger le cocontractant, en dépit des impératifs de l'intérêt public.

³⁸¹ *Brault v. R.* (1920), 20 R.C. de l'E. 101; *R. v. Persons*, *supra*, note 78. A d'autres occasions, les tribunaux sont arrivés à la même conclusion, cette fois en interprétant restrictivement le contrat et en décidant que rien au contrat ne forçait l'Administration à accorder au cocontractant l'exécution de tout ce qui semblait prévu: voir, par exemple, *R. v. Demers*, *supra*, note 140, à la p. 108, par lord Macnaghten; *The Gilbert Blasting and Dredging Co. v. R.* (1902), 33 R.C.S. 21, à la p. 22.

vention législative, mais il importe que le Parlement demeure le juge suprême de l'opportunité des engagements de l'Administration.

B) *L'annulation du contrat administratif*

De façon générale, lorsque l'agent administratif exerce son pouvoir contractuel dans les limites prescrites par le droit du contrat administratif, son acte est valide et lie définitivement les parties, donnant ainsi naissance à la responsabilité contractuelle au cas d'inexécution. Si, pourtant, l'agent omet de respecter une des règles gouvernant son pouvoir contractuel—quand par exemple le contrat est fait alors que le Parlement n'a pas encore donné son autorisation budgétaire—le contrat est considéré comme inexistant et il ne peut produire aucun effet, tant à l'égard des parties que vis-à-vis des tiers. De telle sorte qu'advenant l'hypothèse où le cocontractant a quand même exécuté le contrat ou commencé l'exécution, l'Administration demeure non engagée. Sans doute le particulier est-il tenu juridiquement de connaître l'étendue des pouvoirs de celui avec qui il contracte, mais n'est-il pas injuste dans une certaine mesure que l'Administration puisse ainsi s'enrichir aux dépens d'autrui? C'est pourquoi le droit du contrat administratif prévoit malgré tout la possibilité de fournir à la partie privée et aux tiers une certaine compensation, soit sur la base de l'enrichissement sans cause ou *quantum meruit*, ou encore par un paiement *ex gratia* recommandé par le tribunal.

a) *La responsabilité quasi-contractuelle de l'Administration*

En toute équité, le droit du contrat administratif se doit d'assurer une certaine protection au cocontractant et ce, même en cas d'annulation d'un contrat exécuté ou en voie d'exécution. Comme le fait remarquer S. G. MacKinnon:³⁸²

The courts, though unable to award the contractor the damages he would have obtained had he been contracting with anyone else but the state, have been willing at least to grant compensation to the contractor for the work which he has actually done.

Ainsi, malgré l'inexistence du contrat, on impose à l'Administration le devoir d'indemniser le cocontractant dans la mesure où elle a accepté l'exécution du contrat et en a bénéficié.³⁸³ Par exemple, dans une décision récente de la Cour de l'Echiquier,³⁸⁴ le juge Thurlow a fait droit à une réclamation d'une agence de publicité, dont les services avaient été utilisés par la Banque du Canada, pour la vente d'obligations d'épargne, bien qu'aucun

³⁸² *Op. cit.*, note 33, à la p. 117.

³⁸³ A. Garon, *op. cit.*, note 5, à la p. 289; voir sur cette question *supra*, notes 228-229.

³⁸⁴ *Walsh Advertising Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 56. Voir également *Verville v. Les Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de Ste-Anastasia de Nelson*, *supra*, note 65, à la p. 122; *R. v. Wallberg*, *supra*, note 228.

contrat ne lia l'Administration.³⁸⁵ De plus, la Cour de l'Echiquier a aussi considéré que l'erreur mutuelle des deux parties qui croyaient s'être engagées par contrat justifiait qu'on accorde une compensation au cocontractant pour ce qu'il a exécuté.³⁸⁶

Souvent, afin de justifier l'indemnité accordée, la jurisprudence a allégué l'existence d'une sorte de contrat implicite par lequel l'Administration s'engageait à payer le cocontractant pour le travail accompli. Comme l'a déclaré le juge Burbridge, de la Cour de l'Echiquier:³⁸⁷

In such and like cases the law implies, I think, as well against the Crown as against the subject, a promise to pay the fair value of the work done, the materials supplied, or the service rendered.

En définitive, ce qu'on recherche avant tout c'est d'éviter de faire subir au cocontractant un préjudice irréparable, dû aux limitations du pouvoir contractuel de l'agent administratif et à l'arbitraire technocratique. Etant donné l'absence de tout lien contractuel entre les parties, le droit du contrat administratif s'est quand même efforcé de trouver un procédé susceptible de permettre la rémunération du cocontractant. Il a donc puisé dans le droit privé la doctrine de l'enrichissement sans cause (ou *quantum meruit*), qui créait une sorte d'accord tacite apte à forcer l'Administration à rembourser le cocontractant pour la prestation qu'il lui avait fournie.

b) L'indemnisation liée au bon vouloir de l'Administration

Dans les cas, toutefois, où il paraissait plus difficile de présumer l'avantage obtenu par l'Administration, la jurisprudence s'est contentée de recommander le paiement d'une compensation équitable. Ainsi, dans *R. v. British American Bank Note Co.*,³⁸⁸ un contrat relatif à l'impression de timbres prévoyait que l'impression devait se faire au moyen de plaques d'acier. Pourtant le cocontractant se servit en partie de plaques de pierre, ce qui réduisait le coût de production tout en parvenant à un résultat quasi identique. Il est certain qu'en vertu du contrat, l'Administration n'était pas tenue d'accepter le travail, quoique en pratique, elle utilisa ces timbres, car ils constituaient une reproduction très fidèle de l'original. La Cour de l'Echiquier hésita à admettre qu'il y avait enrichissement sans cause, s'en rapportant au bon vouloir de la Couronne pour verser une indemnité *ex gratia*.³⁸⁹ En dépit

³⁸⁵ *Walsh Advertising Co. Ltd. v. R.*, *ibid.*, à la p. 130.

³⁸⁶ *Hollet Sons and Co. v. R.*, [1949] 4 D.L.R. 225; voir *supra*, note 157.

³⁸⁷ *Hall v. R.*, *supra*, note 66, à la p. 377; voir aussi *National Dock and Dredging Corp. Ltd. v. R.*, *supra*, note 42, à la p. 54; *The Gresham Blank Book Co. v. R.*, *supra*, note 71, à la p. 240. Voir également A. W. Mewett, *op. cit.*, note 54.

³⁸⁸ *Supra*, note 277; voir aussi *Canadian Domestic Engineering Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 66; *Joe's and Co. Ltd. v. R.*, *supra*, note 38, à la p. 260.

³⁸⁹ *Ibid.*, à la p. 141.

de l'assouplissement du principe de la responsabilité quasi-contractuelle de l'Administration, on retrouve ce même souci du droit du contrat administratif d'atteindre cet équilibre parfois précaire des intérêts des parties au contrat. De même, lorsque des tiers ont été touchés par l'exécution du contrat, la jurisprudence a recommandé malgré tout le versement d'une certaine indemnité *ex gratia*, afin de compenser le préjudice subi par eux alors que, de bonne foi, ils croyaient en l'existence du contrat.³⁹⁰ Dans de tels cas, en effet, il était impossible d'alléguer l'enrichissement sans cause en faveur de ces tiers, puisque l'Administration n'avait rien accepté de leur part et que seul le cocontractant avait pu profiter d'eux.

Le régime juridique du contrat administratif ne diffère pas, à la base, du droit privé en matière contractuelle; il est malgré tout fortement touché par le particularisme du pouvoir contractuel de l'Administration. L'autorité administrative qui s'engage par contrat poursuit une fin bien déterminée, soit la réalisation la plus parfaite possible des politiques élaborées par le législateur. Aussi cherche-t-elle à s'attribuer de larges pouvoirs discrétionnaires de façon à ce que l'exécution du contrat s'intègre bien dans l'ensemble de l'activité administrative, sans pour autant négliger les droits légitimes du cocontractant. Il est certain qu'une utilisation habile de la technique contractuelle a réussi à donner à l'Administration une liberté d'action considérable, tout en respectant le principe sacré en droit privé de l'immutabilité du contrat. Ceci a contribué à créer un régime propre au contrat administratif tant au plan de l'exécution qu'au niveau de la responsabilité.

Conclusion

Le contrat s'avère être une technique particulièrement efficace pour procurer à l'Administration les biens et services indispensables à son action; aussi cette dernière l'emploie-t-elle fréquemment, associant du même coup les particuliers à l'activité administrative. Le procédé contractuel s'insère néanmoins dans le cadre de l'exercice de la puissance publique. Dans ces conditions, la capacité contractuelle de l'agent administratif se trouve restreinte, puisque c'est de la loi que l'Administration tire tous ses pouvoirs en vertu du principe de la suprématie du Parlement. Davantage, lorsque la loi confère aux divers agents administratifs leurs pouvoirs, elle impose la poursuite de certaines fins et la réalisation de certains impératifs administratifs. C'est pourquoi le droit du contrat administratif comporte de nombreuses exigences tant à l'égard du choix du cocontractant qu'en ce qui a trait au contenu du contrat. Exigences souvent dérogoires au droit commun du con-

³⁹⁰ *R. v. The Waterous Engine Works Co. Ltd.*, *supra*, note 59, à la p. 244.

trat et qui rendent nécessaires la mise en place d'un contrôle étroit sur l'activité contractuelle de l'Administration.

Il faut convenir que l'intérêt public commande de telles règles exorbitantes et qu'il est normal que l'existence même du contrat soit subordonnée au respect de ces exigences. Mais l'absence presque totale d'une réglementation uniforme, applicable à tous les contrats de l'Administration, et l'empirisme constant qui préside à l'élaboration de ces règles rendent impérieux l'établissement d'un corps de normes générales, obligatoires et portées à la connaissance de tous, qui indiquerait avec précision à quelles conditions l'agent administratif peut valablement contracter. Il serait alors plus facile d'éviter l'injustice, souvent manifeste, qui est faite au particulier qui exécute de bonne foi un contrat qui juridiquement n'existe pas; son seul recours étant la possibilité d'obtenir une certaine compensation dans la mesure où l'Administration a accepté l'exécution et en a profité.

Quoi qu'il en soit, le pouvoir contractuel de l'Administration, limité par les exigences de l'intérêt public, présente un caractère nettement particularisé, ce qui donne naissance à un régime distinct, à maints égards, du régime contractuel de droit commun. Dans la mesure où l'exige l'efficacité de l'action administrative, l'autorité contractante a besoin de prérogatives exorbitantes, de façon à ce qu'elle puisse adapter le contrat à sa mission. Dès lors, les intérêts des parties sont sans cesse en déséquilibre.

Bien que l'intérêt public et la loi doivent constamment exercer leur emprise sur le contrat, il faut cependant protéger le cocontractant. Se pose tout le problème de la compatibilité de la sécurité, indispensable au contrat, avec la discrétion administrative. Fort habilement, l'Administration réussit à contourner et à modifier considérablement les principes de l'immutabilité du contrat et de la responsabilité contractuelle, sans porter atteinte à ces mêmes principes. Elle le fait, généralement, par l'inclusion au contrat de clauses ou conditions générales en vertu desquelles le cocontractant consent, d'avance, aux modifications susceptibles d'être apportées au contrat ainsi qu'à sa suspension ou sa résolution éventuelle. Cette méthode a certes l'avantage de procurer à l'Administration la souplesse nécessaire à son action, cependant qu'elle aménage un régime propre de responsabilité contractuelle. Il est heureux que la présente rédaction de ces clauses tienne davantage compte de l'équité qui doit subsister entre les parties au contrat administratif et prévoit une indemnisation convenable du cocontractant sur la base même du contrat, allant jusqu'à stipuler cette indemnité au cas d'imprévision, c'est-à-dire lorsque surviennent des conditions nouvelles d'exécution, indépendantes de la volonté des parties et non prévues lors de la conclusion du contrat.

De toute évidence, de telles dispositions mériteraient d'être généralisées à l'ensemble de l'activité contractuelle de l'Administration, car elles ne détruisent pas le concept de contrat, dans la mesure où elles laissent subsister l'accord libre des volontés, tout en rendant compte de la nature spéciale du contrat administratif. Un tel régime correspond mieux à la souplesse qui doit caractériser l'action administrative et offre, sans aucun doute, une solution plus adéquate au problème posé par le déséquilibre des intérêts des parties.

Pour autant que puisse s'imposer la nécessité de laisser à l'Administration une maîtrise très grande du contrat, il n'empêche qu'il y a danger que l'arbitraire technocratique grandisse démesurément. On sait que le droit administratif canadien, s'inspirant en cela du droit anglais, estime que le meilleur moyen d'assurer la soumission de l'Administration à la loi et, partant, de protéger les droits et libertés des citoyens, est de l'assujettir au même droit que les particuliers. Malgré tout, on se rend compte que le droit du contrat administratif diffère à maints égards du droit commun, dans la mesure où il doit répondre à des besoins nettement particuliers. Dès lors, puisque ce droit, quant au fond, se distingue de la réglementation contractuelle de droit privé et, surtout, parce qu'il instaure un régime de responsabilité où une large place est laissée à la discrétion administrative, il conviendrait d'instituer une juridiction administrative spécialisée, susceptible de mieux contrôler l'activité administrative et, du même coup, d'offrir des solutions davantage adaptées à la nature et au rôle du contrat administratif. Car il est certain que le droit commun du contrat ainsi que les juges de l'ordre judiciaire ordinaire n'ont pas pour tâche première et, en pratique, ne possèdent pas toujours les moyens requis de solutionner ces problèmes.

Composée d'experts en droit administratif, de fonctionnaires rompus aux mécanismes administratifs et conscients des difficultés d'ajustement entre les impératifs de l'Administration et le besoin de protéger adéquatement le citoyen, une telle juridiction pourrait, plus aisément, réaliser cet objectif. L'établissement de cette juridiction serait facilitée, au niveau fédéral, par l'extension de la juridiction exclusive de la Cour de l'Échiquier sur tous les contrats conclus par l'administration fédérale, générale ou spéciale; un appel pouvant être prévu à la Cour suprême du Canada uniquement sur les aspects constitutionnels mis en cause par le contrat. Par ailleurs, au Québec, il va sans dire que l'organisation institutionnelle présente devrait être modifiée afin de confier à une juridiction administrative autonome la tâche d'appliquer le droit relatif au contrats conclus par l'administration centrale et non centrale. Davantage, s'imposerait aussi une modification à la Constitution canadienne de façon à permettre au Parlement qué-

becois d'instaurer cette juridiction sans tomber sous le coup de l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique. Egalement, on devrait s'assurer que le Parlement canadien modifie la Loi sur la Cour suprême du Canada de façon à exclure de la juridiction d'appel de tribunal, les jugements de cette juridiction administrative.³⁹¹ En outre, il faut préciser que le tribunal constitutionnel canadien—la Cour suprême du Canada³⁹²—doit demeurer compétente à l'égard de tout ce qui ressort du droit constitutionnel. Pour le reste, il serait alors possible, tant au niveau fédéral que québécois, de parvenir à l'élaboration d'un droit cohérent du contrat administratif, dégagé des contraintes inhérentes au droit commun du contrat. Il arrive même que certains membres de tribunaux judiciaires admettent que la justice serait mieux rendue si un tel domaine était confié à une juridiction spéciale. Comme le déclare le juge Tweedy, de la Cour suprême de l'Île du Prince-Edouard.³⁹³

It may very well be, that considering the nature of the questions to be determined, more accurate justice will be obtained from a tribunal composed of men who are familiar with adjusting "Building Contracts" than by means of a trial in the Courts.

Il est même probable que cet équilibre entre les droits et libertés des citoyens et les besoins de l'Administration serait mieux assuré si, de façon plus générale, le contentieux de la légalité administrative et de la réparation indemnitaire était exercé, tant au niveau fédéral qu'au Québec, par une juridiction administrative spécialisée.

³⁹¹ Voir R. Dussault, *op. cit.*, note 34, aux pp. 383-384; voir aussi G. Pépin, Les tribunaux administratifs et la Constitution—Etude des articles 96 à 101 de l'A.A.N.B. (1969).

³⁹² Il n'est pas de notre propos de discuter ici des modifications souhaitables au forum constitutionnel canadien.

³⁹³ *Pigott Construction Co. Ltd. v. Fathers of Confederation Memorial Citizens Foundation* (1965), 51 D.L.R. (2d) 367, à la p. 372; voir aussi: Royal Commission Inquiry into Civil Rights—Rapport McRuer—, vol. 4 (1969), pp. 1471-1473; H. W. R. Wade, *Crossroads in Administrative Law* (1968), 21 *Current Legal Problems* 75, aux pp. 76-77 et 90; A. T. Denning, *Freedom under the Law* (1949), pp. 76-77; J. A. Corry, *The Future of Public Law*, dans *Changing Legal Objectives* (1963), p. 28.