

Les contrats des autorités publiques¹

INTRODUCTION : Le contrat public, expression de l'intérêt collectif

I - Les règles de formation des contrats

A - La compétence

B - L'adjudication de contrats par voie d'appel d'offres

1 - Le choix du cocontractant

a) - La notion d'adjudication par voie d'appel d'offres et de soumissions publiques

b) - Les cas où l'Administration doit y procéder

2 - Les engagements et les garanties financières

a) - Les engagements de l'Administration et des cocontractants potentiels

- Les engagements de l'Administration

- Les engagements des cocontractants potentiels

b) - Les garanties financières des soumissionnaires et des cocontractants

C - Les contrôles intra-administratifs et parlementaires sur l'autorité contractante

1 - L'autorisation et l'approbation

2 - L'appropriation budgétaire

II - Les règles relatives à l'exécution des contrats

A - L'inspection, la surveillance et l'enquête

B - La modification des contrats

1 - Le consentement mutuel

2 - La force majeure

3 - L'effet de la loi

4 - L'annulation unilatérale du contrat par l'Administration

a) - L'indemnisation du cocontractant de l'Administration

b) - L'inexécution résultant des actes de l'Administration

CONCLUSION : Le contrat public dans le sillage de la collusion et de la corruption

¹ Source : Patrice, Philippe et Jérôme GARANT, *Précis de droit des administrations publiques*, 5^e éd., Montréal, éd. Yvon Blais, 2011, chapitre VI.

INTRODUCTION : le contrat public, expression de l'intérêt collectif

- Au Québec, une grande réforme a eu lieu par l'adoption, en 2006, de la *Loi sur les contrats des organismes publics* et ses 3 règlements portant respectivement sur les contrats d'approvisionnement, de services et de travaux de construction.

- Au fédéral, ce fut par la *Loi sur la gestion des finances publiques* et les dispositions nouvelle adoptées dans le sillage de la Commission Gomery.

- Au Québec, la différence essentielle qui existe entre le contrat de droit civil et le contrat administratif (qu'il soit conclu par l'Administration québécoise ou fédérale) n'est pas fondamentale sur le plan juridique : les deux types de contrats sont régis par les règles du *Code civil* (article 1376 du *Code civil du Québec*).

- Mais, en raison du fait qu'il exprime l'intérêt général de la collectivité et nécessite, en conséquence, la protection des deniers publics, le contrat administratif comporte des dispositions particulières et avantageuses pour l'Administration (conditions, restrictions, privilèges) par rapport à celles normalement contenues dans un contrat de droit privé. Cet intérêt public justifie ainsi l'insertion de dispositions spéciales, dérogoires au droit commun, comme par exemple l'obligation de procéder à un appel d'offres.

- Les règles rigoureuses du contrat administratif, justifiées par la protection de l'intérêt et des deniers publics, s'expriment par exemple dans l'obligation qu'ont les cocontractants de l'Administration de s'enquérir des restrictions et limitations législatives ou réglementaires qui régissent l'activité contractuelle de l'Administration. C'est ainsi, par exemple, qu'ils doivent veiller à ce que les formalités requises par la loi et les règlements applicables soient respectées par celle-ci. Il s'agit d'une exigence fondamentale dont nous verrons les conséquences en II, B, 4.

- Les dispositions exorbitantes du droit commun, caractéristiques du contrat administratif, sont d'origine législative, réglementaire ou jurisprudentielle; elles s'insèrent dans le contexte soit de la formation (I), soit de l'exécution de ces contrats (II).

I - Les règles de formation des contrats

- Les règles les plus importantes à propos de la formation des contrats portent sur la compétence de l'Administration (A), mais également sur l'adjudication par voie d'appel d'offres (B); mais elles concernent aussi les contrôles intra-administratifs et parlementaires sur l'Administration (C).

A - La compétence

- L'Administration ou tout organisme public possède, en tant que personne morale, des pouvoirs généraux qui sont des attributs de la personnalité juridique, dont celui de contracter; mais elle possède aussi d'importants pouvoirs spéciaux, de source législative, réglementaire ou jurisprudentielle.

- Les règles relatives à la compétence servent à déterminer quelle Administration ou quel organe administratif peut contracter et sur quels objets; elles apposent, au surplus, des limites importantes à l'autorité contractante.

1^e règle : une Administration publique ne peut se lier par contrat que sur des objets qui entrent dans le cadre de ses attributions ou compétences.

- Il y a lieu, à cet égard, de procéder à une importante distinction entre l'Administration gouvernementale (Couronne) et toute autre personne morale publique. Car, en vertu d'un principe de *common law*, la Couronne détient un pouvoir général de contracter.

- Ainsi, un ministre peut contracter au nom du Gouvernement, dans le champ ordinaire de ses attributions, sans être expressément habilité par la loi ou par un décret.

- Mais toute autre personne morale de droit public n'a de pouvoir contractuel que celui conféré par la loi; elle est donc assujettie aux règles sur l'excès de pouvoir, qui peuvent entraîner l'annulation des contrats qu'elle a conclus.

2^e règle : sauf disposition légale contraire, un organe (fonctionnaire ou agent) de l'Administration gouvernementale peut lier par contrat cette administration sans être expressément autorisé par la loi ou un décret, en vertu de la doctrine du mandat apparent ou de la délégation de pouvoir.

- L'autorité contractuelle du ministre ou du sous-ministre, elle, n'est pas fondée sur la théorie du mandat apparent.

- S'il s'agit d'un contrat conclu par un fonctionnaire autre que le ministre ou le sous-ministre, on appliquera alors la théorie de la sous-délégation implicite des pouvoirs aux fonctionnaires.

- Par conséquent, dans le cours normal des activités d'un ministère, le pouvoir du ministre de conclure des contrats sera exercé par les fonctionnaires de ce ministère, sauf disposition légale contraire.

- Aujourd'hui, les lois et règlements élargissent la possibilité de délégation, mais prévoient souvent qu'elle se concrétisera par un règlement publié dans la *Gazette officielle* (du Québec ou du Canada) afin que les diverses attributions administratives accomplies par les fonctionnaires soient de notoriété publique. Il s'agit de la formule de délégation la plus utilisée, mais elle contraint le cocontractant de l'Administration à s'enquérir des limites apposées au pouvoir de contracter.

3^e règle : un organe administratif (organe collégial, fonctionnaire ou autre agent public) ne peut lier contractuellement l'Administration infragouvernementale sans être expressément autorisé par la loi, par un règlement ou par une résolution valablement adoptée.

- Les pouvoirs des personnes morales de droit public, contrairement à ceux de la Couronne, sont interprétés de façon stricte, ce qui a amené la Cour d'appel du Québec (*Ville d'Aylmer*, 1997; *Commission scolaire Crie*, 1999) à exiger qu'un organe

administratif soit expressément autorisé (par règlement ou résolution) pour lier une municipalité.

- Il s'agit là de dispositions impératives et d'ordre public et non de simples formalités; le respect des exigences posées constitue une condition *sine qua non* de la validité de l'engagement.

- La jurisprudence est à l'effet qu'à moins d'urgence (pouvoir du maire - *Gaudreault*, Cour d'appel, 1989), toute ratification ultérieure d'un contrat municipal non autorisé par règlement ou résolution ne peut rétroactivement valider le contrat (*Corporation de Wottonville*, Cour suprême, 1943).

4^e règle : à moins d'être autorisée expressément par la loi, l'Administration ne peut pas par contrat modifier ou violer une loi ou un règlement.

- Le contrat est un acte administratif subordonné à la loi et aux règlements.

- La clause contractuelle contraire à la loi ou à un règlement sera annulée.

5^e règle : l'autorité contractante ne peut, par contrat, limiter les pouvoirs, prérogatives et immunités dont elle jouit en vertu d'une loi ou de la prérogative royale.

- Par exemple, à propos des lois fiscales, l'Administration ne peut, par contrat, s'engager à payer des impôts fonciers municipaux et scolaires à l'encontre de l'immunité expresse conférée par l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

6^e règle : l'autorité publique contractante ne peut se lier par un contrat qui aurait pour effet de limiter la liberté d'action que requiert l'exercice de ses pouvoirs dans l'intérêt public.

- Il s'agit de l'application d'un autre principe général suivant lequel l'Administration ne peut aliéner un pouvoir discrétionnaire que la loi lui confère.

- Une autorité publique ne peut ainsi, par contrat, lier pour l'avenir son pouvoir discrétionnaire.

- En conséquence, une municipalité ne peut se lier par une clause conditionnelle d'un contrat d'achat de terrain par laquelle elle s'engage à modifier le règlement de zonage, son pouvoir d'expropriation, ou encore à ne pas exercer son pouvoir discrétionnaire d'augmenter les tarifs de certains services.

7^e règle : à moins que l'écrit ne soit exigé expressément par la loi, l'Administration peut contracter oralement.

- La jurisprudence récente tient compte des usages, ce qui a amené la Cour supérieure du Québec (*Centre hospitalier Robert-Giffard*, 2002) à considérer comme normal, voire obligatoire, de nos jours, que les personnes morales expriment leur volonté par écrit.

B - L'adjudication de contrats par voie d'appel d'offres

- Les règles principales portent sur le choix du cocontractant (1), de même que sur les engagements et les garanties financières (2).

1 - Le choix du cocontractant

- Tous les administrés ont un droit égal, non écrit ou implicite, de contracter avec l'Administration publique en vertu du principe de l'égalité devant le service public.

- La procédure du choix du cocontractant de l'Administration devra être impartiale et, en outre, respecter l'impératif de l'efficacité administrative.

- Ainsi, deux méthodes sont utilisées pour l'Administration afin de procéder à ce choix. La première est l'adjudication de gré à gré, suivant le droit commun; la deuxième est l'adjudication par voie d'appel d'offres publiques.

- La procédure de soumission publique poursuit plusieurs objectifs, et notamment les suivants :

- permettre à l'Administration publique de financer des travaux publics au meilleur prix possible en faisant jouer la concurrence;

- permettre à toute personne compétente de faire affaires avec le Gouvernement et les organismes qui en dépendent;

- établir un régime d'équité dans le processus d'octroi des contrats en cherchant à favoriser l'égalité des chances, d'où l'importance d'adopter des règles communes applicables de façon égale à tous les intéressés;

- promouvoir la transparence dans le processus contractuel.

- La procédure de soumission publique vise, en définitive, à protéger les contribuables en permettant à l'Administration de choisir, parmi les soumissions qui respectent substantiellement les exigences de l'appel d'offres, celle qui, tout considéré, est la plus avantageuse.

- Examinons de façon plus particulière la notion d'adjudication par voie d'appel d'offres (b) et les cas où l'Administration doit y procéder (b).

a) - La notion d'adjudication par voie d'appel d'offres et de soumissions publiques

- Cette procédure repose sur le devoir implicite pour l'Administration d'offrir à tous les administrés l'opportunité de contracter avec elle.

- Ce n'est qu'à compter de l'acceptation par l'Administration de l'une de ces offres que le contrat prendra naissance.

- La jurisprudence de la Cour suprême (notamment, *Northern Construction*, 1987) enseigne toutefois que cette procédure comporte un « contrat préliminaire », unilatéral, préalable au contrat d'entreprise en tant que tel : en sollicitant des soumissions, l'Administration s'engage à examiner les soumissions conformes qu'elle reçoit, et, si elle en retient une, à conclure un contrat pour la réalisation du projet.

- L'Administration a le devoir d'examiner toutes les soumissions reçues : il s'agit là d'une expression de l'équité procédurale (*duty to act fairly*).

- En outre, l'Administration a le devoir de traiter tous les soumissionnaires sur un pied d'égalité. Cette exigence exprime un principe fondamental du droit administratif qui ne peut être écarté par l'Administration, quelle que soit la discrétion qu'elle s'attribue dans l'appel d'offres.

b) - Les cas où l'Administration doit y procéder

- Au Québec, suivant la *Loi sur les contrats des organismes publics* et ses trois règlements d'application, un organisme public doit recourir à la procédure d'appel d'offres public pour la conclusion de tout contrat d'approvisionnement, de services ou de travaux de construction comportant une dépense supérieure au seuil minimal prévu (sujet à modifications fréquentes); tout contrat de partenariat public-privé; tout autre contrat déterminé par règlement du Gouvernement.

- D'autres lois importantes comportent une exigence analogue, telle la *Loi sur les cités et villes* pour les contrats de \$ 100 000 et plus.

- Au fédéral, l'on retrouve une disposition comparable à la loi québécoise dans le *Règlement sur les marchés de l'État*.

- Dans tous ces cas, la procédure d'appel d'offres constitue une formalité essentielle à la validité du contrat.

- Si le contrat dûment approuvé contient une clause prévoyant le renouvellement automatique de l'entente conclue, un deuxième appel d'offres n'est alors pas nécessaire (*Service sanitaire de la Rive-Sud Inc.*, Cour d'appel, 1984).

- Les modifications à un contrat original ne constituent pas nécessairement un nouveau contrat exigeant de procéder à un autre appel d'offres (*Adricon*, Cour suprême, 1978). Il faut alors rechercher si les modifications comportent ou non un caractère accessoire, de même que l'intention des parties (*Nord Construction*, Cour d'appel, 1983).

- La décision d'accorder plusieurs contrats plutôt qu'un seul dans une situation donnée est valide si elle repose sur des considérations reliées à la saine gestion du service et n'est pas prise dans le but de contourner la loi.

- Il en est de même de la décision de réaliser un projet par étapes en échelonnant les contrats dans le temps.

- Cela est d'ailleurs permis par certaines dispositions législatives, tel l'article 573.3.0.3 de la *Loi sur les cités et villes*.

- Les appels d'offres peuvent revêtir diverses formes : ordinaire ou ouvert; restreint; sur invitation écrite (par exemple auprès d'au moins 2 entrepreneurs ou fournisseurs - *Loi sur les cités et villes*); avec poursuite de la négociation après l'ouverture des soumissions.

- Dans ce dernier cas, il pourra y avoir négociation sur le prix, à la baisse, lorsqu'il n'y a qu'un seul soumissionnaire conforme et qu'il s'agit de la seule modification apportée aux conditions énoncées dans les documents d'appel d'offres.

2 - Les engagements et les garanties financières

- Les engagements découlant de la procédure d'adjudication des contrats par soumissions publiques sont rigoureux (a). Elles obligent, en particulier, les soumissionnaires et les cocontractants à accorder des garanties financières (b).

a) - Les engagements

- Tant l'Administration que les cocontractants potentiels sont astreints à des obligations lors du processus d'adjudication des contrats par voie d'appel d'offres

- Les engagements de l'Administration

- L'Administration a le devoir d'examiner toutes les soumissions reçues. Nous avons déjà souligné qu'il s'agit là d'une expression de l'équité procédurale.

- Elle doit traiter tous les soumissionnaires équitablement et sur un pied d'égalité, afin, notamment, de protéger et promouvoir l'intégrité du mécanisme d'appel d'offres.

- La jurisprudence de la Cour suprême (notamment, *Northern Construction*, 1987) enseigne toutefois que cette procédure comporte un « contrat préliminaire », unilatéral, préalable au contrat d'entreprise en tant que tel : en sollicitant des soumissions, l'Administration s'engage à examiner les soumissions conformes qu'elle reçoit, et, si elle en retient une, à conclure un contrat pour la réalisation du projet.

- Si la loi, le règlement ou le document d'appel d'offres ne précisent pas que le contrat doit être accordé au plus bas soumissionnaire, l'Administration demeure libre de

l'octroyer au soumissionnaire qui a fait la meilleure soumission au regard de l'intérêt public.

- La loi ou le règlement permettent parfois à l'Administration d'écarter le plus bas soumissionnaire; mais cette discrétion est conditionnée habituellement par l'obtention de l'autorisation d'une autorité supérieure de tutelle.

- L'Administration a le droit, en établissant le dossier d'appel d'offres, de stipuler des conditions et restrictions, ainsi que de s'accorder des privilèges. Les tribunaux éviteront d'intervenir dans de tels cas, à moins qu'il n'y ait mauvaise foi, abus de pouvoir ou fraude (notamment, *Girard*, Cour d'appel, 1980).

- Une fois toutes les soumissions reçues et examinées, l'Administration peut, si elle ne juge aucune des soumissions satisfaisantes, abandonner le projet.

- Elle ne peut procéder à un deuxième appel d'offres que si celui-ci contient des spécificités qui répondent davantage aux besoins de l'Administration et qui diffèrent de celles figurant dans le premier appel d'offres.

- L'Administration ne peut accepter qu'une seule soumission conforme à l'appel d'offres et aux documents qui l'accompagnent.

- Elle peut accepter une soumission ne comportant que des irrégularités mineures, par exemple une attestation d'assurance qui n'a pas été jointe à la soumission et qui peut être produite ultérieurement (*Bernier Lecomte Inc.*, Cour supérieure, 2002).

- L'Administration doit s'en tenir aux soumissions telles que reçues, ne pas les modifier unilatéralement ou autoriser une modification substantielle par son auteur, de manière à respecter l'égalité entre les soumissionnaires.

- L'Administration dispose d'une marge d'appréciation quant à la conformité des soumissions. Il n'appartient pas aux tribunaux de substituer leur décision à celle de l'Administration, à moins d'une preuve de mauvaise foi ou d'un manque d'objectivité manifeste de sa part.

- Lorsque la soumission est acceptée, il n'est plus possible de modifier une clause essentielle devant figurer dans le futur contrat, même avec le consentement du soumissionnaire choisi, à moins que la loi ou les règlements ne le permettent expressément.

- Si l'Administration accorde le contrat à un soumissionnaire non conforme, elle pourra être poursuivie en dommages-intérêts par les soumissionnaires évincés et lésés.

- Une action en nullité de la résolution octroyant le contrat peut aussi être intentée.

- L'Administration doit constamment être de bonne foi, à chacune des étapes du processus d'appel d'offres (*Aéroports de Montréal*, Cour d'appel, 2003).

- Les engagements des cocontractants potentiels

- Lorsque l'Administration accepte une offre, le contrat est alors conclu.

- De façon générale, il n'est pas possible pour le soumissionnaire de retirer son offre avant l'ouverture des soumissions, sauf à certaines conditions prévues par la loi, les règlements ou le cahier des charges.

- Il ne peut également retirer son offre entre le moment de l'ouverture des soumissions et celui de l'acceptation par l'Administration, sous réserve, encore une fois, des dispositions de la loi, des règlements ou du cahier des charges.

- Dans le cas où le soumissionnaire retire purement et simplement sa soumission lorsqu'il a obtenu le contrat, et ce avant l'exécution de celui-ci, des pénalités sont alors prévues (par exemple, perte du dépôt de garantie, dommages-intérêts pour bris de contrat).

b) - Les garanties financières exigées des soumissionnaires et cocontractants

- Les lois et règlements rendent ces garanties obligatoires, pour des raisons d'intérêt public.

- Les garanties financières exigées des soumissionnaires sont une condition essentielle à l'examen de leur soumission.

- Les garanties financières exigées du soumissionnaire choisi au terme de l'appel d'offres assurent, pour leur part, l'exécution du contrat. Le défaut de les fournir n'entraîne donc qu'un retard dans l'exécution du contrat.

C - Les contrôles intra-administratifs et parlementaires sur l'autorité contractante

- Les contrats publics octroyés au moyen du processus d'appel d'offres comportent toujours un engagement de fonds publics. En conséquence, le législateur se devait de prévoir des contrôles lorsque des sommes considérables sont en cause ou lorsqu'il s'agit d'engagements de longue durée. C'est pourquoi des mécanismes d'autorisation et d'approbation (1) ainsi que d'appropriation budgétaire (2) ont été instaurés.

1 - L'autorisation et l'approbation

- L'autorisation est une permission devant être donnée préalablement à la conclusion du contrat, tandis que l'approbation constitue une ratification après coup.

- L'autorisation préalable peut être le fait du Parlement (cas d'Hydro-Québec), ou encore d'une autorité administrative supérieure.

- Les contrats importants du Gouvernement du Québec sont contrôlés par le Conseil du Trésor; ceux des administrations décentralisées le sont par une autorité de tutelle de niveau gouvernemental, comme un ministre.
- L'autorisation et l'approbation ne sont requises que lorsque le législateur les prévoit expressément.
- Leur défaut constitue une cause d'invalidité du contrat, qui le rend nul et de nul effet.
- Elles ne sont pas obligatoires pour les travaux accessoires à un contrat principal.
- Lorsqu'elles sont accordées, elles couvrent le contrat en entier, ce qui inclut une clause de renouvellement automatique.
- Deux tendances se dessinent en jurisprudence (Cour supérieure) lorsque l'autorisation ou l'approbation est donnée tardivement, c'est-à-dire après le début de l'exécution du contrat ou postérieurement à son exécution complète. Une première tendance refuse toute autorisation tardive; la deuxième est à l'effet que si la loi ne contient pas la mention « au préalable », elle peut valablement être demandée et obtenue après la conclusion du contrat et ainsi avoir valeur de ratification.

2 - L'appropriation budgétaire

- Au niveau gouvernemental, aucun paiement ne peut être fait à même le Trésor public sans autorisation du Parlement.
- L'appropriation de deniers est une condition de validité du contrat uniquement en ce qui a trait à l'année financière où le contrat a été conclu. Il faut, pour sa conclusion, un certificat constatant qu'il existe une réserve de crédits suffisante. Pour les années subséquentes, c'est-à-dire lorsque l'Administration s'engage pour plus d'une année, l'appropriation de deniers n'est alors qu'une condition d'exécution du contrat.
- Si, pour une année quelconque, le Parlement refuse de voter les crédits requis par l'Administration gouvernementale afin d'exécuter son contrat, le cocontractant pourra alors s'en dégager en invoquant l'exception d'inexécution.
- Au niveau de l'administration publique décentralisée, le principe de la nécessité de l'appropriation budgétaire est également reconnu.

II - Les règles relatives à l'exécution des contrats

- Elles portent sur l'inspection et la surveillance (A), mais concernent surtout la modification des contrats (B). Il convient, en particulier, d'examiner les problèmes posés par les contrats exécutés ou en voie d'exécution et qui sont annulés par l'Administration, et surtout leurs conséquences (C).

A - L'inspection, la surveillance et l'enquête

- Ces pouvoirs conférés à l'Administration sont justifiés par la nécessité pour celle-ci de voir à la meilleure utilisation des fonds publics et d'en répondre devant les élus.

B - La modification des contrats

- Les contrats conclus par voie d'appel d'offres peuvent être modifiés de plusieurs façons : par le consentement mutuel (1); par une situation de force majeure (2); par l'effet de la loi (3); ou encore de façon unilatérale par l'Administration, situation qui la conduit le plus souvent à mettre fin au contrat (4).

- Comme les contrats de l'Administration sont en principe régis par le droit commun, la règle de l'immutabilité des obligations (théorie de l'imprévision) s'applique à eux aussi. Mais il y a des exceptions.

1 - Le consentement mutuel

- Des modifications peuvent être apportées à un contrat par le consentement des deux parties. En ce sens, la question qui se pose est la suivante : les règles et formalités applicables à la conclusion d'un contrat administratif s'appliquent-elles de nouveau intégralement à des modifications ayant été convenues entre l'adjudicataire et l'Administration?

- Il est nécessaire, pour y répondre, de distinguer entre les modifications substantielles et accessoires. Ces dernières, à la différence des premières, ne requièrent ni un nouvel appel d'offres (*Adricon*, Cour suprême, 1978), ni l'obtention de l'autorisation ou de l'approbation de l'autorité de tutelle (*Commission des écoles catholiques de Verdun*, Cour d'appel, 1992), ni une appropriation de deniers.

2 - La force majeure

- Seule la force majeure (événement imprévisible, irrésistible et indépendant de la volonté des parties) constitue une cause de résiliation du contrat de la part du cocontractant de l'Administration. Les situations qui n'en sont pas (par exemple, une hausse du prix de certains matériaux) n'autoriseront une modification (négociée) du prix du contrat que si l'éventualité en a été prévue, expressément ou implicitement, dans le contrat. Il s'agit là, le cas échéant, d'une exception à la théorie des l'imprévision.

3 - L'effet de la loi

- Les lois peuvent modifier ou permettre à l'Administration de modifier unilatéralement tout type de contrat, quelles qu'en soient les clauses (*Agence de sécurité Générale Inc.*, Cour fédérale, 1980). Elles prévoient l'indemnisation du cocontractant dans certains cas.

- Le législateur n'a toutefois recours à ce procédé que dans des circonstances exceptionnelles.

- Sinon, au Canada et au Québec, comme la théorie de l'imprévision n'est pas acceptée, il est alors nécessaire que le contrat (le cahier des charges ou les devis généraux) contienne une disposition expresse permettant sa modification (ou sa résiliation) unilatérale.

4 - L'annulation unilatérale du contrat par l'Administration

- L'annulation par l'Administration des contrats exécutés ou en voie d'exécution pose des problèmes sur le plan de l'indemnisation du cocontractant. Mais les solutions ne sont pas encore fixées par la jurisprudence (a). La question de savoir si un contrat peut être annulé de façon unilatérale trouve son prolongement dans l'examen des conséquences juridiques des manquements dans l'exécution des contrats, dont l'origine peut résulter non seulement des actes de l'Administration mais encore de ceux du cocontractant (b).

a) - L'indemnisation du cocontractant de l'Administration

- Deux courants jurisprudentiels s'opposent à cet égard : l'un est favorable à l'indemnisation, l'autre pas.

- Le courant jurisprudentiel favorable à l'indemnisation

- L'annulation des contrats exécutés ou en voie d'exécution auxquels l'Administration gouvernementale est partie ne laisse pas, selon ce courant jurisprudentiel très ancien mais réaffirmé en 2004 par la Cour suprême (*Pacific National Investments* - non-respect d'une règle d'ordre public), le cocontractant sans recours.

- Il peut en effet exercer une action en enrichissement sans cause dans les cas, par exemple, où le contrat est annulé parce que les formalités essentielles à sa validité n'ont pas été remplies; lorsque la Couronne possède le pouvoir d'annuler certains contrats en vertu d'une loi ou d'un autre texte; lorsque les formalités ont été suivies, mais que l'Administration a outrepassé les pouvoirs que la loi lui confère.

- L'indemnité accordée sera fonction de l'avantage que l'Administration a tiré de l'exécution du contrat.

- La tendance jurisprudentielle défavorable à l'indemnisation

- Selon cet autre courant, confirmé plusieurs fois par la Cour d'appel du Québec, il serait contraire à l'ordre public d'indemniser le cocontractant lorsque le contrat est annulé pour violation des dispositions législatives d'ordre public, ou suite à la constatation qu'il n'y a pas eu de contrat valide.

- Malgré l'arrêt de 2004 de la Cour suprême, la Cour d'appel a réaffirmé sa position en 2007 (*Immeubles Beaurom*). En conséquence, les tribunaux québécois rejettent en général les réclamations fondées sur le principe de l'enrichissement sans cause, lorsque toutes les

formalités exigées par la loi (règlement ou résolution valide, certificat financier) n'ont pas été accomplies.

- Les motifs de la Cour reposent sur le fait que ces mesures sont édictées dans l'intérêt public, pour des fins de saine administration et de transparence. De plus, celui qui a contracté avec l'Administration a le devoir de s'assurer que celle-ci a respecté les conditions requises par la loi.

b) - L'inexécution du contrat

- L'inexécution du contrat peut certes provenir des agissements de l'Administration elle-même, mais également de ceux du cocontractant (b).

- L'inexécution résultant des actes de l'Administration

- L'inexécution, la mauvaise exécution et le bris de contrat de la part de l'Administration deviennent problématiques sur le plan juridique lorsque les engagements que celle-ci a souscrits consistent en des obligations dites en nature (faire ou ne pas faire).

- Dans de tels cas, il ne peut y avoir d'exécution forcée directement contre la Couronne et, par conséquent, contre les organismes que l'on peut qualifier d'agents ou mandataires de celle-ci. Il en va de même des recours extraordinaires (injonction, *mandamus*).

- La règle ne s'applique toutefois pas lorsqu'il s'agit d'une administration publique autre que la Couronne, ses agents ou mandataires.

- L'inexécution provenant des actes du cocontractant

- Par ailleurs, l'inexécution, la mauvaise exécution et le bris de contrat de la part du cocontractant de l'Administration permettent à celle-ci d'intenter les recours ordinaires de droit commun en matière contractuelle. Mais, dans ces conditions d'application du droit commun, elle ne peut procéder à la résiliation unilatérale du contrat que si le manquement est grave et susceptible de causer aux citoyens (d'une municipalité à tout le moins - *Exka Inc.*, Cour supérieure, 2003) des inconvénients sérieux.

- Lorsque le manquement dans l'exécution du contrat est le fait du cocontractant de l'Administration, la loi ou le contrat peut accorder des pouvoirs particuliers en faveur de l'Administration, comme la prise de possession d'un chantier de construction et le pouvoir de procéder au parachèvement des travaux.

CONCLUSION : Le contrat public dans le sillage de la collusion et de la corruption