

LE PARTICULARISME DES CONTRATS DES CORPORATIONS MUNICIPALES

Pierre Lemieux

Volume 12, Number 1, 1981

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110311ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19537>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lemieux, P. (1981). LE PARTICULARISME DES CONTRATS DES CORPORATIONS MUNICIPALES. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 12(1), 227–272.
<https://doi.org/10.17118/11143/19537>

LE PARTICULARISME DES CONTRATS DES CORPORATIONS MUNICIPALES

par Pierre LEMIEUX*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	228
1- LE CONTRAT ET LA RÈGLE DE DROIT PUBLIC	228
1.1- Règles régissant la compétence pour conclure les contrats des corporations municipales	228
1.1.1- Des agents compétents pour conclure les contrats	229
1.1.1.1- Fondement et règles de compétence	229
1.1.1.2- Perte de compétence ou perte d'habilitation	231
1.1.1.3- Compétence apparente et nullité	238
1.1.2- Des opérations que comportent la conclusion du contrat	238
1.1.2.1- Les autorisations budgétaires	239
1.1.2.2- Les autorisations de contracter	245
1.2- Les procédures de passation des contrats des corporations municipales	254
1.2.1- Mécanisme de l'adjudication	254
1.2.2- Rôle de l'adjudication dans la naissance du contrat	256
2- LE CONTRAT ET LA RÈGLE DE DROIT PRIVÉ	260
2.1- La conclusion proprement dite du contrat	261
2.1.1- Sous le <i>Code municipal</i>	262
2.1.2- Sous la <i>Loi des cités et villes</i>	263
2.2- La nullité d'ordre public et l'enrichissement sans cause	264
CONCLUSION	271

* Professeur à l'Université d'Ottawa.

INTRODUCTION

Le contrat des corporations municipales est un engagement financier mais aussi un mode de gestion d'un service public. Cette dualité amène l'autorité municipale à une bonne administration pour servir le mieux possible l'intérêt des administrés, c'est-à-dire l'intérêt général. Ainsi l'autorité publique confrontée à de nouveaux problèmes sans cesse croissants se doit d'adopter, au-delà du droit commun, des règles reflétant et assurant la primauté de ses fins sur celles des particuliers. Les pouvoirs des autorités municipales apparaissent, comme des compétences réglementées, étroitement dépendantes d'une habilitation. En d'autres termes, les lois applicables aux différentes corporations municipales comportent, en matière contractuelle, exclusion du droit commun et référence à un certain régime particulier de droit public. En l'absence de textes imposant une solution déterminée, le contrat se voit soumis au régime de droit commun. En somme, le terrain juridique des contrats des autorités municipales apparaît comme les domaines respectifs des règles de droit public et de droit privé.

1- LE CONTRAT ET LA RÈGLE DE DROIT PUBLIC

1.1- Règles régissant la compétence pour conclure les contrats des corporations municipales

Le contrat résulte essentiellement d'un accord de plusieurs volontés. Il y a lieu de rechercher pour chaque partie si la volonté émane de celui qui a capacité ou compétence pour la manifester. La capacité doit donc exister chez chaque partie; elle s'apprécie pour chacune séparément car "un même contrat peut faire naître à charge de chaque partie des obligations qui supposent une capacité distincte"¹.

En somme, la capacité du particulier et la compétence de l'agent public ont la même nature juridique. Elles sont des "situations juridiques générales impersonnelles consistant dans le pouvoir légal de faire des actes juridiques"². Malgré leur similitude, la signification de ces notions est différente. La compétence s'exprime au nom d'une institution, tandis que la capacité est liée essentiellement à la personne physique ou morale. Elle n'est pas liée à

1. Maurice TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1975, no 35, p. 50.

2. Gaston JESE, *Essai de théorie générale de la compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit français*, R.D.P., 1923, p. 58.

l'individu "mais à la fonction qu'il occupe à l'intérieur de la collectivité étatique, d'où la différence fondamentale entre l'exercice de la capacité et celui de la compétence"³. La compétence est le titre juridique qui permet à l'agent de poser un acte. En ce qui concerne la capacité du particulier ou de la société contractante, nous devons nous référer aux règles du droit privé⁴. Mais la compétence de l'agent public est rigoureusement délimitée par les lois, les règlements et aussi les grands principes du droit public.

1.1.1- Des agents compétents pour conclure les contrats

La première condition de validité d'un contrat de l'administration est la compétence de l'agent public. Ainsi la force et la valeur juridique d'un acte accompli par une autorité publique découle de la compétence dont la loi a investi l'auteur.

1.1.1.1- Fondement et règles de compétence

Il existe un principe de base en notre droit que l'action administrative doit se fonder sur la règle de droit. Elle ne peut jamais être spontanée. L'administration publique ne possède juridiquement que des compétences, c'est-à-dire des habilitations à agir prévues et organisées par la règle de droit. C'est ce que nous appelons la *rule of law*.

L'acte suprême étant la loi, l'administration s'y trouve soumise. Les pouvoirs d'un agent public doivent découler de la loi. Le terme loi ne correspond pas ici à la loi formelle. Il doit être entendu dans son sens le plus large qui est le droit.

L'autorité publique qui désire contracter agit dans un cadre déterminé par le droit. En somme, la validité de l'acte posé par l'agent public est un rapport juridique entre deux actes dont l'un est supérieur à l'autre et sert de référence. L'acte inférieur doit donc lui être conforme. L'administration municipale contracte par l'intermédiaire d'agents publics dont la compétence et l'objet sont déterminés par des lois⁵ ou des principes généraux de droit public.

3. Maryvonne HECQUARD-THERON, *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, p. 63.

4. Articles 984 à 987 C.c.: voir aussi *Loi sur les corporations canadiennes*, S.R.C. 1970, c. C-32; *Loi sur les compagnies de la province de Québec*, L.R.Q. 1977, c. C-38; modifié par P.L.Q. 1979, no 34, sanctionné le 22 juin 1979.

5. Voir les articles 5 (1, 2) C.M. modifié L.Q. 1979, c. 36, a. 1; et 28 (1, 2, 3, 4), 31; *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q. 1977, c. C-19; L.Q. 1979, c. 36, a. 56; *Loi sur les services de*

Par exemple, l'autorité publique ne peut par contrat limiter ses pouvoirs, prérogatives et immunités. Cette règle est d'ailleurs abondamment illustrée par la jurisprudence. La Cour supérieure, dans une affaire mettant en cause une municipalité, suivit le principe établi par le Conseil Privé dans l'arrêt *Commercial Cable Co. c. Government of Newfoundland*⁶. Il s'agissait d'une résolution adoptée par le Conseil municipal du village de Deschênes⁷ aux fins de régler par voie de transaction une réclamation de taxe. Le tribunal jugea que si une corporation municipale a le pouvoir de transiger, elle ne peut cependant accorder sous l'apparence d'une transaction une remise, commutation ou exemption de taxes. La résolution est alors nulle, de nullité absolue, à raison du caractère illicite de son objet.

De même, une corporation municipale ne peut limiter sa liberté d'action pour le futur en s'engageant par convention à adopter un nouveau règlement de zonage aux conditions négociées avec les propriétaires intéressés⁸. Ainsi "by authorizing the city to enter into this agreement, the council abdicated its statutory, duties, and bound itself, through the city, not to carry them out as required by law"⁹.

La loi détermine aussi un certain nombre de formalités que doit respecter l'agent administratif qui veut contracter¹⁰. Par conséquent, l'agent administratif qui veut conclure pour le compte de l'autorité publique doit être spécifiquement habilité à le faire¹¹. Mais cette habilitation peut se perdre dans certains cas comme la fraude, la corruption, le conflit d'intérêts, etc.

santé et les services sociaux, L.R.Q., 1977, c. S-5, a. 16; voir aussi *Buchenough c. Cité de Montréal*, 18 R.L.n.s. 481; *St-Jérôme Power and Electric Light c. Ville de Saint-Jérôme*, (1917) 26 B.R. 54; *Cie de Montréal c. Villeneuve*, (1926) 41 B.R. 218.

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

7. *Corporation du village de Deschênes c. Lavenys et Betcherman*, (1934) C.S. 94; *Hampstead Land et Construction Col. c. La Ville de Hampstead*, (1928) 44 B.R. 321; *Rayonnier B.C. Limited*, (1962) 52 D.L.R. (2d) 596; *White c. Town of Liverpool et al.*, (1970) 8 D.L.R. (3d) 173.

8. *Vancouver c. Registrar Vancouver Land Registration District*, (1955) 2 D.L.R. 709; *Major c. Ville de Malartic*, (1953) C.S. 327.

9. *Id.*, 713.

10. Voir Peter HUTCHINS et Patrick KENNIFF, "La dualité domaniale en matière municipale", (1971) 12 C. de D. 477, 485-488. Voir *infra*, Des opérations que comportent la conclusion du contrat (1.1.2) et, la conclusion proprement dite du contrat (2.1).

11. *Simard c. Le Procureur général de la province de Québec*, (1970) C.A. 1026; *Silvers Garage Ltd. c. Town of Bridgewater*, (1971) 17 D.L.R. (2d) 1.

1.1.1.2- Perte de compétence ou perte d'habilitation

L'agent public doit agir conformément au droit. Mais, élu ou nommé, il doit pouvoir prendre une décision qui ne met pas en conflit l'intérêt public et ses intérêts personnels. L'éthique commande qu'il assume ses fonctions selon la règle de désintéressement et d'intégrité. Cette règle est "une exigence de moralité administrative qui découle de la notion même de service public parce que l'agent public quel que soit son rang ou son statut est essentiellement et exclusivement au service de la collectivité"¹². En effet, il faut que les "hommes publics réalisent qu'ils doivent faire preuve d'une grande intégrité dans les postes de confiance qu'ils occupent"¹³.

Au cas où en cours d'exécution du contrat, des fraudes ou de la corruption sont constatées sur la nature du marché, il y a un délit pénal prévu et puni par le Code criminel. Nous y retrouvons les dispositions créant des infractions afin de réprimer cette conduite contraire à l'éthique. Ce sont les articles 112 et 113 C. cr. qui répriment les délits de corruption dans les contrats municipaux¹⁴. En somme, le fonctionnaire ne doit ni solliciter ni accepter des offres ou promesses, des dons, soit directement soit par personne interposée.

Outre la corruption administrative qualifiée de forme grossière de contravention à l'éthique à laquelle devrait se soumettre un agent public, il existe une forme dite raffinée, le conflit d'intérêts¹⁵. En effet, l'agent public qui se place dans une situation de conflit d'intérêts lors de l'adjudication de contrat pêche contre "l'exigence d'intégrité et de désintéressement qui est une des lois du service public"¹⁶.

L'agent public appelé à exercer un pouvoir administratif, donc à participer à la décision relative à un contrat pourra en définitive se voir confronter à une situation de conflit d'intérêts. L'agent public élu ou nommé aux charges municipales est inéligible ou le cas

12. Patrice GARANT, *La fonction publique canadienne et québécoise*, Québec, Presses Université Laval, 1973, p. 255.

13. *Crépeault c. La Reine*, C.A. Québec, no 500-10-060429-769, rendu le 11 octobre 1978.

14. Voir aussi article 2 de la *Loi sur la fraude ou la corruption*, L.R.Q. 1977, c. F-6; *Provost c. Poupart*, (1958) R.P. 364.

15. Patrice GARANT, *op. cit. supra*, note 12, 255.

16. Patrice GARANT, "Les conflits d'intérêts en droit public dans le droit québécois", *Travaux du sixième colloque international de droit comparé*, in *Collection des travaux de la faculté de droit de l'Université d'Ottawa*, 1969, p. 229.

échéant devient inhabile s'il a "directement ou indirectement par lui-même ou par un associé *un contrat avec la municipalité*"¹⁷. De même qu'au niveau gouvernemental, le législateur ne veut pas d'agent public au niveau décentralisé qui soit en position de conflit d'intérêts comme l'a déjà affirmé la Cour suprême du Canada¹⁸. "Les bonnes moeurs et l'ordre public requièrent que les municipalités soient administrées par des personnes désintéressées, que les membres du conseil n'aient pas d'intérêt ni directement ni indirectement dans un contrat municipal. Ils sont mandataires des municipalités et l'intérêt public doit être leur seul guide. Mêmes'il n'y avait pas de dispositions formelles dans leur loi statutaire contre la mauvaise foi du mandataire infidèle, sa responsabilité serait la même sous la loi commune"¹⁹.

Selon la jurisprudence, pour rendre une personne inhabile à exercer une charge municipale, le lien contractuel qui l'unit à la corporation municipale doit révéler une immédiate²⁰, une certaine constance²¹ et une importance financière suffisante²². Cette jurisprudence existe, en vertu d'une règle d'ordre public²³. En effet, lorsque l'intérêt public n'est pas en danger, la loi est beaucoup plus souple sur cette question d'habilitation de l'agent. En vertu du Code municipal, un bail d'achat ou vente de terrain, une convention se rapportant à l'un de ces actes ne sont pas considérés comme des contrats entraînant l'inhabilité à exercer une charge municipale. Ainsi, un membre du conseil ou un officier d'une municipalité régie

17. *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q. 1977, c. C-19, art. 116(4); *Code municipal*, art. 227(4); *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*, L.R.Q. 1977, c. F-6, arts 3, 5, 29: cette législation défend d'avoir un contrat qui place l'agent public dans une situation de conflit d'intérêts. Il faut un véritable contrat. Voir notamment *Martineau c. Emond*, (1935) 73 C.S. 407; *Bérubé c. Michaud*, (1968) B.R. 719; *Marcoux c. Plante*, (1961) B.R. 742; *Picard c. Gariépy*, (1975) C.S. 79.

18. *Lapointe c. Messier*, (1914) 49 R.C.S. 271; voir *Loi sur les corporations municipales et intermunicipales de transport*, L.R.Q. 1977, c. C-70, a. 27; *Loi de la communauté urbaine de Québec*, L.Q. 1969, c. 83, arts 32, 51; *Loi de la communauté urbaine de Montréal*, L.Q. 1969, c. 84, arts 35, 54; *Loi de la communauté régionale de l'Outaouais*, L.Q. 1969, c. 85, arts 32, 51.

19. *Id.*, 502.

20. *Vachon c. Plante*, (1923) C.S. 278; *Poulin c. Limoges*, (1895) 7 C.S. 253; *Jacques c. Gélinas*, (1914) 45 C.S. 3.

21. *Léonard c. Martel*, (1902) 4 R.P. 321; *Chaussé c. Olivier*, (1902) 21 C.S. 387.

22. *Martel c. St-Denis*, (1931) 69 C.S. 245; *Trépanier c. Gosselin*, (1933) 71 C.A. 422; cf. aussi André TREMBLAY et R. SAVOIE, *Précis de Droit municipal*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1973, p. 83.

23. *Lapointe c. Messier*, (1916) 16 R.L.n.s. 443.

par le Code municipal peut louer un immeuble, acheter ou vendre un terrain à la corporation. C'est la jurisprudence qui a appliqué l'exception à tous les baux²⁴. Ce Code exclut également à l'article 227 paragraphe 7, les contrats de service pour des travaux ou chemins municipaux.

Enfin, il y a une exception tant sous la *Loi sur les cités et villes* et le *Code municipal*²⁵ en faveur des actionnaires de compagnies légalement constituées. Elle crée une inhabilité relative en ce sens que l'actionnaire est censé intéressé s'il s'agit de délibérer dans les instances municipales sur quelques mesures concernant cette compagnie. Ces causes d'inhabilité prévues par l'article 227 du Code municipal n'entraînent "inhabilité aux charges de maire et de conseiller que lorsqu'elle existe au moment de l'élection"²⁶. Cette exception se retrouve aussi sous la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*²⁷ pour les compagnies constituées de bonne foi. À première vue, l'exception est basée sur un critère nettement plus subjectif²⁸ dans le cas de la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*. Cependant le fait de passer un contrat avec la municipalité par le biais d'une compagnie contrôlée par un membre du conseil peut équivaloir à avoir un contrat indirectement avec elle. Cela est prohibé dans la *Loi sur les cités et villes* et le *Code municipal*. L'exception, comme le souligne le professeur L'Heureux²⁹ "ne s'applique pas non plus lorsque la compagnie n'a pas été constituée de bonne foi en corporation, c'est-à-dire lorsqu'elle a été constituée dans le but d'éviter l'application de la *Loi sur la fraude et la corruption*. Cette différence est cependant moins importante qu'il n'y paraît. Une compagnie constituée légalement dans le but d'éluder l'application de la loi est une compagnie constituée dans le but de faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement". Pour que l'exception de l'article 7

24. Jacques L'HEUREUX, "L'éligibilité aux charges municipales", (1973) 4 R.G.D. 7, 23.

25. *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q. 1977, c. C-19, art. 116(4); *Code municipal*, art. 227(4).

26. Jacques L'HEUREUX, "Des causes d'inhabilité aux charges municipales survenant après l'élection ou la nomination; de la bonne foi en matière de conflits d'intérêts", (1979) 39 R. du B. 665, 666.

27. *Loi sur la fraude et la corruption*, L.R.Q. 1977, c. F-16, art. 7.

28. Dans la *Loi sur les cités et villes* et le *Code municipal*, on emploie l'expression "légalement constituée". Tandis que sous la *Loi sur la fraude et la corruption*, on lit "compagnies constituées de 'bonne foi'".

29. Jacques L'HEUREUX, *loc. cit. supra*, note 24, 30-31.

s'applique, il faut "en premier lieu que le membre du conseil soit actionnaire et en deuxième lieu que la compagnie ait été constituée de bonne foi c'est-à-dire qu'elle n'ait pas été constituée dans le but d'éviter l'application de la loi"³⁰. La Cour d'appel était en 1959 d'avis que la loi ne faisant pas de distinction protégeait l'actionnaire même majoritaire³¹. Pour la raison que ce serait faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement elle refuse, par la suite, d'appliquer l'exception à l'actionnaire majoritaire³². Récemment, la Cour suprême, dans l'arrêt *Wheeler*³³ avait à décider le cas d'un maire qui était actionnaire minoritaire, mais occupait dans les compagnies des postes d'administrateur, de dirigeant et d'officier. La question en litige était donc de savoir si un actionnaire minoritaire, a, du fait qu'il soit administrateur, un intérêt dans un contrat passé par la compagnie qu'il gère. Le juge Estey dit: "Un administrateur et surtout celui qui agit également à titre de président, a un devoir continu et quotidien envers l'entité juridique, la compagnie et envers les actionnaires de mener les affaires de la compagnie de façon efficace, profitable et tout à fait légale"³⁴ ... "Il n'est pas réaliste de croire que, du point de vue purement humain, un administrateur ou dirigeant d'une compagnie contractante n'a pas au moins un intérêt indirect dans les contrats de la compagnie". Ainsi, "un administrateur ou dirigeant... doit, selon le langage et l'entendement ordinaires, avoir un intérêt, ne serait-ce qu'indirect dans le bien-être de la compagnie dans la mesure où il dépend ou résulte de "contrats"³⁵.

30. Jacques L'HEUREUX, "Des conflits d'intérêts", (1977) 37 R. du B. 114, 116.

31. *Perreault c. Maurice*, (1959) B.R. 856, 859.

32. *Marcoux c. Plante*, (1961) B.R. 742, 746, 749. Le juge mentionne: "Comme il s'agit d'un individu détenant toutes les actions de sa compagnie, sauf deux ..., que la compagnie est, en somme, un *alter ego* dont le défendeur retire la quasi-totalité de tous les bénéfices, soit sous forme de salaire, de dividende, ou de réserve, je ne puis me convaincre que la législature a voulu protéger un tel individu par le truchement de l'article 7...".

"... Dans ce cas, le défendeur me paraît avoir dans le contrat un intérêt direct et distinct de son intérêt d'actionnaire". *Roy c. Mailloux*, (1966) B.R. 468, 474.

33. *Wheeler*, (1979) 2 R.C.S. 650.

34. *Id.*, 659.

35. *Id.*, 660. Il est intéressant de lire l'article 74 de la *Loi sur le cinéma*, L.R.Q. 1977, c. C-18 qui se lit comme suit: "Les membres et les dirigeants de l'Institut doivent le prévenir dès qu'ils sont intéressés dans un contrat ou un projet de contrat avec l'Institut.

Ils sont réputés avoir un pareil intérêt s'ils sont administrateurs, représentants, employés ou dirigeants d'une entreprise intéressée dans un contrat avec l'Institut,

De même, sur la question de la bonne foi, les tribunaux donnent une interprétation large de l'article 7 de la *Loi sur la fraude et la corruption*. La bonne foi ne doit pas exister seulement lors de la formation de la compagnie, mais elle doit apparaître aussi dans les actes accomplis par la suite. Le juge Rivard dans l'arrêt *Roy c. Mailloux*³⁶, résume l'état de la jurisprudence: "le défendeur s'est servi d'une société qui avait peut-être été créée dans un autre but comme d'un intermédiaire pour faire affaire avec la corporation municipale. Il s'est servi de cette société pour éluder la loi; il ne peut dans ces circonstances invoquer l'immunité de l'article 7..." Il faut en conclure que l'élu municipal risque de ne pas se voir accorder le bénéfice de l'exception de l'article 7 s'il n'a pas constitué sa compagnie de bonne foi ou ne s'en sert pas de bonne foi dans ses relations avec la municipalité.

La bonne foi est, en effet, en matière de conflit d'intérêts une notion d'une importance capitale. Les articles 3 et 4 de la *Loi sur la fraude et la corruption* interdisent à un membre du conseil municipal d'avoir un contrat ou un intérêt dans un contrat avec la municipalité. Mais, pour le fonctionnaire qui contrevient à la lettre du statut, la bonne foi peut servir de défense. Malgré le mot "sciemment" qui est inclus aux articles 3 et 4, la jurisprudence n'admet que tout récemment la défense de bonne foi³⁷. Dans une affaire jugée en 1978, la Cour suprême écrit que "les infractions dans lesquelles la *mens rea*, qui consiste en l'existence réelle d'un état d'esprit, comme l'intention, la connaissance, l'insouciance, doit être prouvée par la poursuite soit qu'on puisse conclure à son existence vu la nature de l'acte commis, soit par preuve spécifique..."³⁸. Une infraction tombera dans cette catégorie dans le seul cas où l'on trouve des termes comme "volontairement", "avec l'intention de", "sciemment" ou "intentionnellement" dans la disposition créant l'infraction³⁹. Cet arrêt fit, comme le note le professeur L'Heureux, "prendre conscience à la Cour supérieure de ce que ces infractions

ou s'ils participent dans une proportion de plus de 15 pour cent dans le capital, les biens ou le financement de l'entreprise".

À la lumière de cet article, le législateur devrait certainement reformuler l'article 7 de la *Loi sur la fraude et la corruption*.

36. *Roy c. Mailloux*, (1966) B.R. 468, 475.

37. Jurisprudence rejetant la défense de bonne foi: *Mailhot c. Beaudoin*, (1935) 58 B.R. 419; *Baril c. Lupien*, (1962) B.R. 411.

38. *R. c. Sault Ste-Marie*, (1978) 2 R.C.S. 1325, 1326.

39. *Ibid.*; voir aussi *Ricard c. Lord*, (1941) R.C.S. 1, 8.

étaient des infractions de *mens rea* et qu'en conséquence le demandeur devait prouver la *mens rea*..."⁴⁰.

Les tribunaux, pour juger si un conflit d'intérêts fait perdre à l'agent son habilitation initiale, se sont ainsi fondés sur ce principe d'ordre et d'intérêt public. En somme ces dispositions législatives ont pour but de réglementer de façon étroite le pouvoir contractuel de l'administration pour préserver l'intérêt public et établir une saine utilisation des fonds publics.

Mais une question se pose: la corruption, la fraude, de même que le conflit d'intérêts qui sont susceptibles de faire perdre à l'agent public son habilitation initiale peuvent-ils compromettre la validité du contrat qu'il a conclu? Une certaine doctrine répond par l'affirmative concluant que la perte d'habilitation de l'agent entraîne la nullité du contrat⁴¹. À ce titre, nous pourrions conclure que "ce seul doute quant à l'impartialité de l'agent entraîne la déchéance de ce dernier de même que la nullité de plein droit de ses actes"⁴². Nous ne pouvons nous rallier à ce raisonnement juridique. Il serait, en effet, erroné de conclure que la perte d'habilitation équivaille à perte de compétence. La compétence en droit public n'est pas liée à la personne mais s'exprime au nom d'une institution. Elle n'est pas liée à l'individu mais à la fonction qu'il occupe à l'intérieur de l'administration publique. Le problème se pose dans les termes suivants: si l'agent public est placé dans une situation de conflit d'intérêts, il contrevient à la norme juridique. Le juge peut alors annuler l'acte posé non pour incompétence mais pour violation de la loi. En d'autres mots, nous sommes en présence d'un cas d'illégalité et non d'*ultra vires*. L'acte accompli par l'individu qui se verra ultérieurement inhabile sera annulable et non nul de plein droit.

Le problème qui se pose est celui de savoir quand le contrat peut être nul. La réponse se trouve dans l'interprétation des statuts et dans les principes généraux du droit. Il semble que la notion d'ordre public est des plus importantes. Un arrêt récent de la Cour fédérale⁴³ définit remarquablement l'attitude des juges en la matière. Le

40. Jacques L'HEUREUX, *loc. cit. supra*, note 26; *Brosseau c. Trudeau*, (1978) C.S. 764, confirmé par la Cour d'appel Montréal, no 09-001061-787, 19 août 1980; *L'Heureux c. Blais*, *Jurisprudence-express*, no 78-1004; voir l'article 6 de la *Loi des travaux municipaux*, L.R.Q. 1977, c. T-17; *Lavallée c. Cataphard*, (1979) C.S. 100.

41. René DUSSAULT, *Traité de droit administratif*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1974, p. 893.

42. *Id.*, 811.

43. *Ontario Inc. c. La Reine*, (1978) 1 C.F. 90.

gouvernement fédéral l'invitait à juger un contrat dans lequel l'agent, mandataire du ministère avait été corrompu par une somme d'argent. La défenderesse, déclare le juge Addy⁴⁴ "ne s'est jamais engagée ni n'a jamais consenti à rien: il n'y a pas eu de contrat en droit. On pourrait même dire que lorsqu'il a donné son consentement requis pour créer un contrat, (l'agent) n'agissait plus au nom de la défenderesse, mais à celui des demandresses qui l'avaient acheté. Quoiqu'il en soit, le prétendu engagement ou consentement qu'il a donné au nom de la défenderesse a été fondamentalement, essentiellement et sciemment corrompu et vicié par les demandresses...". La jurisprudence confirme donc que la corruption, la fraude, la malhonnêteté forment "une catégorie particulière de causes de nullité qui transcende toutes les autres"^{44a}. La fraude fait échec à toutes les règles. La Cour "ne doit conclure qu'il y a fraude que si elle est explicitement plaidée et prouvée; mais une fois prouvée, elle vicie les jugements, les contrats et toutes les transactions quelles qu'elles soient"^{44b}. En effet, tout agent public, dans une situation de fraude contrevient à l'ordre public.

Cette notion d'ordre public se retrouve parmi les règles d'interprétation de la loi pour les conflits d'intérêts. Notre premier réflexe doit être d'analyser de près la loi pour bien comprendre l'intention du législateur. En effet, tout contrat contraire à une disposition d'un texte reconnu d'ordre public n'est pas obligatoirement lui-même sanctionné par la nullité comme contraire à l'ordre public. L'interprétation du juge porte moins sur le caractère d'ordre public de la loi que sur le fait de savoir si l'acte contesté a ou non un caractère contraire à l'ordre public. En somme, il faut accorder une attention particulière aux sanctions que justifient les atteintes à l'ordre public. C'est d'ailleurs la position de la Cour d'appel.

Dans une décision, *Sauvé c. Ville St-Laurent*⁴⁵, la Cour d'appel, à propos d'un contrat conclu par un échevin placé en position de conflit d'intérêts suivant les dispositions de la *Loi concernant les manoeuvres frauduleuses et la corruption dans les affaires municipales*⁴⁶ déclare: "cette loi est sans doute d'ordre public; elle

44. *Id.*, 106.

44a. *Landreville c. Ville de Boucherville*, (1978) 2 R.C.S. 801, 814.

44b. *Lazanus Estates Ltd. c. Beasley*, (1956) 1 Q.B. 702, 712.

45. *Sauvé c. Ville St-Laurent*, (1956) B.R. 70, 73-74.

46. *Loi concernant les manoeuvres frauduleuses et la corruption dans les affaires municipales*, S.R.Q. 1964, c. 214. Cette loi est actuellement intitulée la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires municipales*, L.R.Q. 1977, c. F-6.

est, en outre, d'ordre pénal. Elle est enfin prohibitive sur des matières de droit public:... Il est donc inconcevable qu'une disposition d'ordre public et de droit public prohibe un acte et que resterait valide et légal le contrat qui en porte le germe...". Ce raisonnement est d'autant plus vrai que les infractions à la *Loi sur la fraude et la corruption* sont des infractions de *mens rea*.

1.1.1.3- Compétence apparente et nullité

Qu'arrive-t-il lorsque le consentement de l'autorité publique n'est pas valablement donné par un organe compétent? Il faut conclure que même à supposer l'apparence de compétence raisonnablement établie, cette circonstance est sans pertinence quant à la validité du contrat des corporations municipales. Même si la théorie du mandat apparent semble avoir une certaine application pour les contrats gouvernementaux⁴⁷, elle ne s'applique pas aux autorités municipales. La Cour suprême, dans un *obiter*, le dit d'ailleurs expressément⁴⁸: "... la situation des ministres et autres fonctionnaires du Gouvernement est fondamentalement différente de celle des fonctionnaires municipaux. Dans notre système, les municipalités sont des créatures de la loi, par conséquent, la doctrine de l'*ultra vires* doit recevoir sa pleine application".

Donc, les tiers doivent, à leurs risques et périls, avant de traiter, se renseigner sur la compétence juridique de leur cocontractant. En somme, il faut admettre que le contrat est nul s'il n'est conclu par un agent qui n'a pas reçu compétence à cet effet et que le particulier-contractant invoquerait en vain n'avoir été à même de vérifier la compétence requise⁴⁹.

1.1.2- Des opérations que comportent la conclusion du contrat

Si la manifestation de volonté du particulier contractant présente le même caractère que celle des contractants de droit privé, la manifestation de l'administration publique s'exprime sous la forme d'une opération complexe décomposée en un certain nombre de phases plus ou moins nombreuses. La liberté contractuelle s'en trouve restreinte lors de la conclusion des contrats. Ils sont, selon le cas, assujettis à diverses habilitations préalables.

47. *Verreault et fils c. Procureur général de la Province de Québec*, (1977) 1 R.C.S. 41.

48. *Id.*, 47.

49. *Gingras c. Procureur général de la Province de Québec*, C.S. St-Maurice, dossier 9925, jugement du 21 mars 1977, p. 7 (juge HAMEL).

1.1.2.1- Les autorisations budgétaires

La passation d'un contrat pour travaux municipaux de construction doit être précédée d'un règlement d'autorisation budgétaire⁵⁰. En effet, nulle corporation municipale, quelle que soit la loi qui la régit, ne peut obtenir de travaux de construction ou d'amélioration ni passer un contrat à cet effet à moins que le règlement qui autorise le contrat ou ordonne les travaux n'ait pourvu à l'appropriation des deniers nécessaires pour en payer le coût^{50a}. Si celle-ci n'a pas dans ses fonds généraux ou non autrement appropriés les sommes nécessaires, le règlement devra pourvoir à l'imposition d'une taxe spéciale ou décréter un emprunt⁵¹. Ce règlement d'autorisation budgétaire vise à délimiter la mesure de l'engagement de la municipalité afin d'éviter une charge financière disproportionnée à sa capacité de payer. Cette règle a donc pour but "de protéger le contribuable et la corporation elle-même contre les entreprises extravagantes ou inconsidérées. Le législateur a voulu que la corporation ne puisse se lier par contrat ni engager la responsabilité du contribuable sans avoir pourvu de façon efficace à ses voies et moyens"⁵². De même les communautés urbaines de Québec et de Montréal et la Communauté régionale de l'Outaouais ont une disposition sur l'autorisation budgétaire⁵³. Les textes sont

50. *Loi sur les travaux municipaux*, L.R.Q. 1977, c. T-17.

50a. Il est toutefois possible à une corporation municipale d'ordonner des travaux de construction ou d'amélioration par résolution lorsqu'elle pourvoit, dans cette résolution à l'appropriation des deniers nécessaires pour en payer le coût à même ses fonds généraux non autrement appropriés: *Loi modifiant certaines dispositions législatives concernant la démocratie et la rémunération des élus dans les municipalités*, P.L.Q. 105, (1980) G.O.Q. II, p. 4185, a. 86.

51. *Loi sur les travaux municipaux*, L.R.Q. 1977, c. T-17, arts 1 et 3; 667(a) C.M.

52. *Goulet c. Corporation de la paroisse de St-Gervais et al.*, (1931) 50 B.R. 513.

53. *Loi de la communauté urbaine de Québec*, L.Q. 1969, c. 83, arts 1821, 1183; *Loi de la communauté urbaine de Montréal*, L.Q. 1969, c. 84, arts 252, 253; modifié par L.Q. 1974, c. 82, art. 25; *Loi sur la communauté régionale de l'Outaouais*, L.Q. 1969, c. 85, arts 177, 178; voir aussi *Charte de la Ville de Montréal*, S.Q. 1959-60, c. 102, mise à jour au G.O.Q., 11 juin 1980, 112 année, no 27.

Art. 718.

"Aucun règlement ou résolution du conseil, aucun rapport ou résolution du comité exécutif qui autorise ou recommande la dépense de deniers n'est adopté ou n'a d'effet, avant la production d'un certificat du directeur des finances attestant qu'il y a des crédits disponibles pour le service et les fins pour lesquels cette dépense est projetée".

(336; 11 Geo V, c. 112, céd. B., a. 30; L.Q. 1977, c. 77, a. 83).

Art. 721

"La ville peut, dans les limites de sa juridiction, faire des contrats ou marchés dont

les mêmes dans les trois cas, sauf dans le cas de la Communauté urbaine de Montréal la règle de l'autorisation s'applique également au conseil de sécurité; l'article 252 de la *Loi de la communauté urbaine de Montréal* se lit: aucun règlement ou résolution du conseil, aucun rapport ou résolution du comité exécutif et aucune décision du conseil de sécurité qui autorise ou recommande la dépense de deniers n'est adopté ou n'a d'effet, avant la production du certificat du trésorier attestant qu'il y a des fonds disponibles pour les services et les fins pour lesquels cette dépense est projetée.

À la lecture des textes législatifs se rapportant aux corporations municipales, l'on remarque que le législateur utilise les termes travaux municipaux de construction et d'amélioration. On peut se demander pourquoi le législateur a employé les mots travaux d'amélioration et quelle est la signification de ces mots? Aux yeux de la doctrine, il s'agit d'indiquer que la règle d'autorisation budgétaire "ne s'applique pas seulement à la construction des bâtisses ou des édifices, mais aussi à la construction d'un système d'égoûts ou d'aqueducs, d'un pavage ou d'un trottoir; parce que dans le langage usuel de nos conseils de ville, tous ces travaux sont réputés des travaux d'amélioration"⁵⁴. En somme, amélioration est inclus dans

la durée excède un an et qui entraîne une dépense imputable sur le revenu d'un exercice subséquent, pourvu qu'ils soient autorisés par le conseil sur recommandation du comité exécutif et approuvés par la Commission municipale du Québec. Les dépenses annuelles résultant de ces contrats ou marchés doivent être inscrites chaque année au budget et au budget supplémentaire, s'il y a lieu. Aucune dépense imputable sur le budget de l'exercice financier subséquent ne peut être encourue avant la production d'un certificat du directeur des finances attestant que le budget de cet exercice pourra supporter cette dépense.

(336, ptie; 336a.; Règl. 1735, a. 38; 11 Geo V, c. 112, céd. B, a. 31; 23 Geo V, c. 123, a. 56; L.Q. 1977, c. 77, a. 85).

Art. 723

"La ville n'est pas responsable du prix ou de la valeur des travaux faits, matériaux livrés, marchandises ou effets fournis, honoraires pour services professionnels, salaires, gages ou autres rémunérations, à moins que la dépense n'ait été autorisée par le conseil ou le comité exécutif et que, dans chaque cas, il ne soit produit un certificat du directeur des finances attestant qu'il y a des crédits disponibles et votés pour l'objet particulier pour lequel le paiement est demandé.

Aucun droit d'action n'existe à moins que les formalités ci-dessus prescrites n'aient été strictement observées, bien que la ville ait pu bénéficier de ces contrats, marchés, travaux, matériaux ou services".

(337; 11 Geo. V, c. 112, céd. B, a. 32; L.Q. 1977, c. 77, art. 86).

—Jurisprudence pertinente, rejetant une demande de paiement, pour défaut de certificat... *Cité de Hull c. R.*, (1923) R.C.S. 666.

54. C.A. SYLVESTRE, "Des contrats pour travaux publics dans les municipalités", (1978) 8 R. du B. 367, 369.

construction et ce mot est ajouté pour plus de précision. Des travaux de construction ont un caractère permanent par rapport à ce qui est répétitif. De plus, il ne semble pas qu'il faille faire une distinction entre l'exécution des travaux et la fourniture des matériaux⁵⁵.

Par contre, le formalisme de l'autorisation budgétaire ne s'applique que pour les contrats de construction proprement dit. La jurisprudence a en effet consacré depuis longtemps que le contrat accessoire visant à prendre une décision avant l'exécution du projet de construction pouvait se faire sans passer par le formalisme de la *Loi sur les travaux municipaux*. Dans ces circonstances, une simple résolution suffit pour engager la municipalité^{55a}. Les décisions jurisprudentielles en ce sens visent par exemple le contrat en vue de la préparation des plans et devis⁵⁶, le creusage d'un puits d'essai partie intégrante des éventuels travaux d'aqueducs envisagés par la municipalité⁵⁷.

Ainsi, exception faite des simples travaux préliminaires ou d'urgence⁵⁸, le conseil municipal ne peut ordonner des travaux de construction ou d'amélioration à moins que le règlement qui autorise le contrat n'ait pourvu à l'affectation des deniers nécessaires pour en payer le coût⁵⁹. Cette appropriation a un impact sur l'existence et la validité du contrat. C'est en effet beaucoup plus qu'une simple question de comptabilité. Le législateur a dit à l'article 5 de la *Loi sur les travaux municipaux* que les contrats passés contrairement aux dispositions de la présente Loi sont nuls et ne lient pas la corporation, et tout contribuable peut obtenir un bref d'injonction contre la corporation et l'entrepreneur pour empêcher l'exécution de travaux. Aussi, l'article 6 de la *Loi sur les travaux municipaux* prévoit comme sanction que le membre du conseil municipal ou le fonctionnaire d'une corporation qui ordonne des travaux de construction ou d'amélioration à l'encontre des dispositions de la présente Loi, peut être déclaré inhabile à exercer une charge municipale pendant 5 ans à compter du jugement de dernière instance. Comme dans les cas d'inhabilité prévus aux articles 3 et 4 de la *Loi sur la fraude et la corruption dans les affaires*

55. *Corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, (1973) C.A. 832, 833.

55a. *Loi modifiant certaines dispositions législatives concernant la démocratie et la rémunération des élus dans les municipalités*, P.L.Q. 105, (1980) G.O.Q. II, a. 85.

56. *Ville de Sept-Iles c. Trépanier*, (1962) B.R. 956.

57. *Cité de Lachute c. Lizotte*, (1972) C.A. 770.

58. *Loi sur les travaux municipaux*, L.R.Q. 1977, c. T-17, art. 7.

59. *La corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, (1973) C.A. 832.

*municipales*⁶⁰, les tribunaux consacrent l'existence d'une défense de bonne foi vu qu'il s'agit d'une infraction de *mens rea*⁶¹.

Il peut arriver que les parties à la convention décident, postérieurement à l'adoption du règlement d'appropriation, de modifier le contrat initial soit quant au prix originellement fixé ou quant à d'autres aspects susceptibles d'entraîner une augmentation du coût. Ainsi le conseil municipal appelé à changer le prix d'un contrat peut-il procéder par simple résolution ou bien doit-il se conformer au formalisme d'un règlement pourvoyant l'affectation des deniers nécessaires pour payer ce surplus?

Le principe est "que les municipalités ne peuvent s'engager que de la manière prévue par les lois qui les régissent. Il en découle que lorsqu'il est prévu qu'un contrat doit être fait suivant certaines formalités requises par la loi, le non-accomplissement de ces formalités rend ce contrat nul et de nul effet"⁶². Dans le cas où la municipalité signe un contrat pour un montant plus élevé que ce que prévoit son règlement d'autorisation budgétaire, la mesure de ses obligations contractuelles se limite au montant autorisé⁶³. Les effets de la nullité se trouvent limités au recouvrement du montant prévu au règlement d'autorisation budgétaire. Le contrat produit des effets mais ceux-ci ne dépassent pas ce à quoi la municipalité s'est légalement engagée.

Un arrêt plus récent de 1974 de la Cour d'appel^{63a}, définit remarquablement l'attitude de la jurisprudence en la matière. Les signataires du contrat pour les parties en présence conviennent de remettre une portion d'une subvention à venir à l'entrepreneur pour couvrir l'augmentation des coûts de main-d'oeuvre. Ils signent un contrat où il est stipulé un prix forfaitaire global que l'entrepreneur accepte pour l'exécution complète des travaux. Ils y incluent une clause relative à la subvention. La Cour d'appel considère cette clause comme une tentative d'augmenter le prix forfaitaire du contrat déterminé par l'acceptation de la soumission de l'entrepreneur. Or,

60. *Supra*, note 14.

61. *Lavallée c. Cataphard*, (1979) C.S. 100, 105.

62. E. JURISIC, "Les contrats municipaux", (1973) 33 *R. du B.* 63. Voir aussi: *La Corporation de la paroisse de St-Gervais*, (1931) R.C.S. 437; *Trahan c. Cloutier*, (1954) B.R. 785.

63. *Olivier c. Corporation du village de Wottonville*, (1943) R.C.S. 118.

63a. *Corporation municipale de la Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction*, (1974) C.A. 411.

cela constitue une violation entre autres de la *Loi sur les travaux municipaux*. La clause ayant été incorporée au contrat après la date de l'adoption du règlement, ce dernier ne pouvait pas contenir une autorisation budgétaire de l'augmentation. On y déclare donc la nullité de la clause.

Suivant le même raisonnement, la Cour d'appel dans un arrêt rendu en 1976 décide que toutes modifications au contrat entraînant un prix plus élevé doivent se faire au moyen d'un règlement prévoyant l'affectation de deniers et non par simple résolution⁶⁴. Les faits étaient les suivants: il s'agissait d'une résolution autorisant l'architecte à modifier les plans pour la relocalisation de l'aréna. Des ententes étaient survenues lors d'une réunion au cours de laquelle des modalités pour donner effet aux modifications de l'architecte ont été arrêtées. Cette résolution et cette réunion constituaient le seul fondement de l'exécution des travaux supplémentaires et de la réclamation de l'intimé. Pour engager la responsabilité de la municipalité, conclut la Cour d'appel⁶⁵, "il fallait même plus qu'une résolution. Il fallait un règlement comportant une appropriation des deniers nécessaires et il fallait que ce règlement soit approuvé par la commission municipale et soit saisi d'une demande de soumission publique. Ce motif me paraît suffisant pour disposer de l'appel sans qu'il soit nécessaire de discuter des autres (...)". Le défaut d'accomplir les formalités prescrites entraîne la nullité et en conséquence la sentence des arbitres se trouve à mon avis entachée de nullité parce que les actes sur lesquels elle est fondée sont frappés de nullité absolue. Outre qu'il eût fallu un règlement pour autoriser les travaux aucune appropriation de deniers n'a été faite⁶⁶.

L'étude de la jurisprudence récente de la Cour d'appel permet d'affirmer qu'elle a posé sans équivoque le principe que toute modification à un contrat doit être autorisée par un règlement prévoyant l'affectation de deniers. Si cette formalité n'est pas remplie, l'acte posé par le conseil municipal est nul, de nullité absolue.

Mais, depuis l'arrêt *Adricon* rendu par la Cour suprême en 1977⁶⁷, surgit une nouvelle difficulté. Le juge Beetz dit: "Lorsqu'une municipalité est partie à un contrat qui est exécuté et dont elle profite, que ce contrat n'est ni manifestement *ultra vires* ni

64. *Ville d'East-Angus c. Adricon Ltée*, (1976) C.A. 399 (arrêt résumé).

65. *Ville d'East-Angus c. Adricon Ltée*, 1976, minibiblex, fiche 31, B-2, pp. 4-5.

66. *Id.*, 7.

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

intrinsèquement illégal et que le motif invoqué pour la libérer de ses obligations en vertu du contrat est le défaut d'accomplir les formalités administratives, c'est à cette municipalité qu'il incombe de plaider et d'établir son propre défaut ainsi que la nature des nullités qui peuvent en résulter"⁶⁸. Et, elle doit le faire en première instance. Sans doute convient-il de s'arrêter sur cette affirmation. La formule employée par le juge Beetz est des plus exactes. En fait, il appartient toujours à une partie qui conteste un acte de faire la preuve de l'absence de formalités. Par contre, le juge semble considérer l'exigence de l'article 1 de la *Loi sur les travaux municipaux* comme une formalité administrative qui a une influence juridique sur la validité du contrat. En d'autres termes, la formalité de l'article 1 constitue une illégalité susceptible de rendre le contrat nul. À notre avis, nous sommes en présence non d'une formalité administrative mais d'une condition à l'existence du contrat. Lorsqu'un contrat subit une modification qui est acceptée par une simple résolution, la partie de l'entente modifiée est intrinsèquement illégale.

Ce jugement s'inscrit dans une nouvelle ligne de pensée interprétant de façon large les textes statutaires. Notamment il fut un temps encore tout près de nous, écrit le juge André Savoie⁶⁹ "où la simple preuve de la commission d'une offense statutaire entraînait souvent d'une façon quasi automatique... l'imposition de la sanction prévue par les lois". Les juges tentent, en effet, d'atténuer le formalisme applicable au contrat des autorités publiques. Quant à la rédaction proprement dite du règlement, une similitude de solutions jurisprudentielles apparaît. Ainsi dans une décision de *David c. Corporation de la paroisse de Ste-Marguerite du Lac Masson*⁷⁰, la Cour d'appel à propos d'une demande d'injonction interlocutoire pour empêcher la poursuite de certains travaux d'aqueducs déclare que "l'appelant n'a pas prouvé que l'intimé n'avait pas dans ses fonds généraux non autrement appropriés les sommes nécessaires à l'exécution des travaux ce qui est la condition d'application de l'article 3 de la *Loi sur les travaux municipaux*. Au contraire, bien qu'il ne soit pas des plus clairs sur ce point, la preuve paraît révéler le contraire. Mais dit l'appelant, le règlement ne pourvoit pas lui-même à l'appropriation des deniers nécessaires, contrairement à l'article 1 de la *Loi sur les travaux municipaux*. La

68. *Id.*, 1116.

69. *Lavallée c. Cataphard*, (1979) C.S. 100, 105.

70. *David c. Corporation de la Paroisse de Ste-Marguerite du Lac Masson*, (1966) B.R. 607; comparer avec *Corporation du village de St-Guillaume c. Ricard et al.*, (1940) 69 B.R. 245, 249.

rédaction du règlement aurait pu être plus soignée, mais il faut éviter d'exagérer le formalisme, surtout quand il s'agit de corporations municipales peu considérables. Je crois qu'il est suffisamment clair que l'intention du conseil était d'approprier les fonds généraux disponibles à cette fin".

Par contre en présence d'un contrat violant la règle de l'autorisation budgétaire, la jurisprudence a toujours affirmé l'impossibilité de ratifier cette convention nulle, de nullité absolue. Il suffit de lire l'arrêt *Olivier c. La Corporation du village de Wottonville* pour se rendre compte que "si un contrat pour des travaux municipaux est nul et ne lie pas la corporation lorsqu'il est fait contrairement à la loi, il est clair que cette inégalité et cette nullité ne peuvent être couvertes par une simple résolution du conseil municipal prétendant accepter et approuver des travaux faits conformément à cette loi. Les résolutions sont encore plus illégales si possible que le contrat lui-même. Ces résolutions ne peuvent non plus valoir comme ratification du contrat... L'on ne saurait admettre comme valide la ratification d'un contrat que la loi déclare absolument nul".⁷¹ De plus, une corporation municipale ne peut ratifier un contrat nul parce que contraire à des dispositions impératives de la *Loi sur les travaux municipaux* même par voie de règlement⁷².

1.1.2.2- Les autorisations de contracter

Sur le plan formel, un contrat d'une corporation municipale ne se conclut pas aussi facilement qu'un contrat de droit privé à la limite par deux signatures. À la règle d'autorisation budgétaire s'ajoute d'autres restrictions. L'autorité qualifiée pour conclure le contrat doit y avoir été préalablement autorisée mais, en plus, elle est soumise à des autorisations administratives qui sont nécessaires à la conclusion du contrat. Il arrive qu'un contrat ne peut être conclu que moyennant le concours de deux autorités, l'une qui est l'autorité contractante négocie et signe un contrat, l'autre donne l'approbation à l'acte intervenu. Un tel procédé se justifie dans le fait que les deniers publics sont en jeu ou que le domaine public est concerné.

De nombreuses lois prescrivent cette exigence d'approbation par une autorité supérieure. Des organismes publics décentralisés, autres que les villes, sont aussi soumis à une semblable approbation. Par exemple, les commissions scolaires régies par la *Loi de*

71. *Olivier c. Corporation du village de Wottonville*, (1943) R.C.S., 125; voir aussi *Mackay c. City of Toronto*, (1920) A.C. 208.

72. *Trudeau c. Devost et la Ville de Coaticook*, (1942) R.C.S. 257; *Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction Inc.*, (1977) C.A. 411, 415.

*l'instruction publique*⁷³ ne peuvent conclure des conventions pour des fins scolaires qu'avec l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil donnée sur la recommandation du ministre. Ces corporations ne peuvent hypothéquer, vendre, échanger ou autrement aliéner leurs biens ou emprunter sur leurs biens sans avoir obtenu l'autorisation du ministre. Ainsi, toute vente de propriété scolaire autorisée doit être faite à l'enchère par le secrétaire-trésorier après avis public à moins que le ministre ait permis de faire cette vente de gré à gré pour un prix déterminé, de telle manière et après tel avis que ledit ministre juge convenable⁷⁴.

De même, la loi a placé les corporations municipales, notamment, en matière de marché à travaux publics ou de transactions immobilières, en état de minorité en ce sens que l'intervention d'une autorité supérieure a été jugée indispensable, soit pour autoriser certains actes juridiques, soit pour les approuver. Ainsi, toute convention par laquelle une corporation municipale engage son crédit doit pour la lier être autorisée au préalable par la commission, sauf s'il s'agit d'une convention qui l'oblige au paiement d'honoraires pour services professionnels ou d'une convention concernant un acte d'administration courante pour une période n'excédant pas douze (12) mois⁷⁵. Elle doit alors prendre en considération l'objet et l'opportunité de l'engagement soumis à son approbation. Beaucoup d'autres types d'autorisations existent et leurs modes et conditions d'exercice ont notamment fait l'objet de nombreuses études⁷⁶. Ne mentionnant que les plus importantes, citons la *Loi sur les fonds industriels*⁷⁷ ainsi que la *Loi sur la Société d'habitation du Québec*⁷⁸, notamment aux articles 37 et 32 qui mentionnent qu'une municipalité qui veut entreprendre la rénovation d'une partie de son territoire doit obtenir l'autorisation de la Société d'habitation du Québec. Une fois adopté par la corporation municipale et approuvé par la Société,

73. *Loi sur l'instruction*, L.R.Q. 1977, c. I-14, art. 215; *Loi sur les collèges d'enseignement général et professionnel*, L.R.Q. 1977, c. C-29, art. 6.

74. *Id.*, art. 216.

75. *Loi sur la commission municipale*, L.R.Q. 1977, c. C-35, art. 27.

76. Patrice GARANT, "Le contrôle de l'administration provinciale sur les administrations décentralisées au Québec", (1967) *C. de D.* (Ed. du centenaire) 175;

Hugues LAGUERRE, "Loi des fonds industriels", (1975) 2 *Cours de perfectionnement du Notariat* 310;

P. VIAU, "Enquêtes et tutelle municipales", (1968) *R. du B.* 694.

77. *Loi sur les fonds industriels*, L.R.Q. 1977, c. F-4.

78. *Loi sur la Société d'habitation du Québec*, L.R.Q. 1977, c. S-8.

le programme de rénovation doit être ratifié par le lieutenant-gouverneur en conseil. Citons également les articles 94 et 103 de la *Loi de la communauté urbaine de Québec*, les articles 101 et 110 de la *Loi de la communauté urbaine de Montréal*, l'article 28 de la *Loi des cités et villes* et l'article 5 du *Code municipal*.

À ce sujet, il est intéressant de lire le rapport de la Commission d'enquête sur le coût de la vingt-et-unième Olympiade⁷⁹. La commission fait une série de recommandations de règles d'approbation pour les travaux de grande envergure: ceux dont le coût estimatif excède \$10,000,000 ou cinq pour cent (5%) du budget d'exploitation annuel sans cependant être moindre que \$1,000,000.⁸⁰

La commission suggère:

“Que tous les avant-projets définitifs dûment entérinés par l'autorité municipale soient soumis à l'examen (incluant expertise extérieure si jugée nécessaire) et à l'approbation de la commission municipale ou de tout autre organisme indépendant doté des pouvoirs nécessaires.

Que lesdits avant-projets soient rendus publics au moment de leur transmission à la commission municipale, s'ils ne l'ont pas déjà été, et qu'une période de temps raisonnable soit accordée aux médias d'information et au public en général pour formuler tous commentaires, observations ou critiques jugés pertinents.

Que les autres recommandations de la Commission précédemment énoncées par le gouvernement du Québec et se rapportant plus précisément à la nomination et aux rôles du directeur de projet et du comité de contrôle de même qu'au caractère public à donner aux projets de base et aux rapports sur la gestion du projet⁸¹ soient appliquées, *mutatis mutandis*, aux municipalités du Québec pour tous les projets d'une valeur estimative de \$10,000,000 ou plus.

79. *Rapport de la Commission d'enquête sur le coût de la 21e olympiade*, avril 1980, volume I.

80. *Id.*, 56.

81. *Id.*, 60-61: Pour les contrats gouvernementaux, la commission recommande: que le Conseil des ministres procède à la nomination d'un directeur de projet compétent avec mandat de préparer et de lui soumettre un projet de base dans les meilleurs délais possibles;

que le projet de base soit soumis à l'examen d'un comité de contrôle ad hoc composé d'experts indépendants du pouvoir public et des partis politiques et institué par le Conseil des ministres pour la durée du projet. Le rôle de ce comité consisterait à examiner le projet de base pour qu'il se rende compte si les données sur le contenu, le programme et l'estimation sont valables et de nature à permettre une réalisation contrôlable dans le temps et le coût, à formuler tout commentaire ou critique jugé pertinent et à faire rapport au Conseil des ministres sur le résultat de ses travaux.

Que pour les projets d'une valeur estimative si situant entre un et dix millions, l'application en tout ou en partie des recommandations du paragraphe précédent soit laissée à la discrétion de la commission municipale.

Que pour les projets indiqués au paragraphe précédent, l'avant-propos, le projet de base et les rapports de gestion soient rendus publics sans délai.

Que la charte de la Ville de Montréal, la *Loi des cités et villes*, la *Loi régissant la commission municipale* et d'autres lois, s'il y a lieu, soient modifiées pour permettre la mise en vigueur des recommandations énoncées ci-avant⁸².

Que devons-nous conclure de ces recommandations?

Nous pouvons affirmer que lorsqu'une approbation est obligatoire, elle doit être expresse. Un récent arrêt de la Cour suprême⁸³ confirme ce principe. Ayant interprété une convention non soumise à l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil exigée par l'article 238 de la *Loi de l'instruction publique*⁸⁴, le juge Pigeon dit: "Tout ce que ce texte signifie c'est qu'avec l'autorisation du lieutenant-gouverneur en conseil donnée sur la recommandation du surintendant, les commissaires ou syndics peuvent faire des conventions, il ne dit pas qu'ils ne peuvent en faire sans cela. Cette règle ne peut pas être destinée à limiter tous les pouvoirs de contracter qui sont accordés par d'autres dispositions car cela voudrait dire que chaque engagement d'instituteur ou d'employé requiert cette autorisation de même que tous les achats et ce serait manifestement absurde"⁸⁵. Il ressort de cette jurisprudence qu'une loi prévoyant la nécessité d'une autorisation préalable doit être interprétée restrictivement. Par exemple, si on examine l'article 28, alinéa 1, de la *Loi des cités et villes*, ou l'article 5 du Code municipal, on rencontre une limite à cette règle de l'autorisation. En effet, une ville pourrait sans autorisation consentir une servitude ou un bail vu que les articles précédemment cités ne parlent que d'aliénation dans le sens de transfert de fonds de terrain. Par contre, si la ville est locataire et que le bail constitue un engagement de crédit de plus de douze (12) mois, l'article (25) 27 de la *Loi sur la commission municipale* stipule qu'une telle convention engageant le crédit doit

82. *Id.*, 63.

83. *Congrégation c. Les commissaires d'écoles de Grand'Pré*, (1977) 1 R.C.S. 429; voir aussi *Les commissaires d'écoles de St-Félice c. Hébert*, (1921) 31 B.R. 458.

84. *Loi de l'instruction publique*, S.R.Q. 1941, c. 59.

85. *Congrégation c. Les commissaires d'écoles de Grand'Pré*, 1 R.C.S. 429, 836.

pour lier la municipalité être autorisée préalablement par la commission municipale⁸⁶.

Bien qu'une telle approbation doit être interprétée restrictivement, nous pouvons affirmer que son absence a pour effet d'empêcher la formation du contrat. Le défaut de se conformer à cette règle comporte donc une sanction rigoureuse; le contrat est nul, de nullité absolue. Il ne peut alors produire d'effets à l'égard de quiconque et la jurisprudence est constante sur ce point tant au niveau gouvernemental qu'au niveau décentralisé⁸⁷. Il est bien établi, conclut la jurisprudence⁸⁸, que l'approbation exigée par la Loi (article (25) 27 de la *Loi de la commission municipale*) est nécessaire pour qu'une corporation municipale puisse engager son crédit: "Il s'agit d'une disposition impérative, d'ordre public et emportant nullité absolue".

À l'étude des contrats, nous remarquons que l'approbation ne porte en réalité que sur la résolution ou le règlement de la corporation municipale et non sur le contrat lui-même. Dès lors, des étapes doivent être distinguées dans le processus de formation du contrat. L'autorisation donne "une fois émise un caractère exécutoire à la résolution de la municipalité qui n'était auparavant qu'une résolution de principe sans existence autonome et non en vigueur du seul fait de son adoption"⁸⁹. En somme, le défaut d'autorisation préalable n'entache pas le règlement ou la résolution d'une illégalité mais en suspend simplement l'exécution. Cependant, "cette suspension du caractère exécutoire de l'acte aura pour effet de rendre nul et de nul effet les actes pris en exécution de cet acte, notamment les contrats conclus par l'administration contrôlée avec des tiers"⁹⁰. De nombreux arrêts ont, en effet, confirmé ce principe. On lit dans un arrêt *Commissaires d'écoles de la municipalité de St-Jean-Baptiste c. Meunier*, jugé en 1954⁹¹, que: "comme la preuve ne fait pas voir que l'emprunt ainsi projeté ait été autorisé par le secrétaire de la province et le ministre des affaires municipales,

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

87. *Ibid.*

88. *Promotion Bellerive Inc. c. Cité de Salaberry de Valleyfield*, (1977) C.S. 741; *Cité de St-Léonard c. Gravel*, (1973) C.A. 318.

89. Hugues LAGUERRE, *loc. cit. supra*, note 76, 315.

90. Patrice GARANT, "Les contrats des autorités publiques, Évolution récente et approches nouvelles", (1975) *R. du B.* 275, 306.

91. (1954) B.R. 30.

comme l'exige l'article 242 de la *Loi de l'instruction publique*, les commissaires ne pourraient pas valablement donner suite à cette partie de la résolution sans se munir de ces autorisations. Mais l'emprunt envisagé par la résolution sous examen n'ayant pas encore été contracté, sa validité n'est pas en cause; c'est seulement la résolution qui décide qu'un emprunt sera contracté qui est attaquée. Or, ce qui manque actuellement pour permettre de contracter un emprunt valide pourra être ajouté avant que l'opération soit effectuée⁹². Je dirai donc que si les commissaires contractaient l'emprunt autorisé par la résolution sans être munis des autorisations précitées, cet emprunt serait illégal et les contribuables pourraient s'en plaindre. Mais, dès lors que l'emprunt n'est pas encore contracté, la résolution qui l'autorise n'est pas illégale du seul fait que les autorisations voulues n'ont pas encore été données⁹³.

La manifestation de volonté des organismes publics étant ainsi une somme d'actes, il est erroné de dire que l'un d'entre eux conclut le contrat. L'approbation par une autorité supérieure intervient à la fin de toute une série d'actes. C'est elle qui couronne tous les actes préparatoires à la conclusion du contrat et c'est à partir d'elle que le contrat devient exécutoire. Jusque-là l'autorité publique n'est pas contractuellement liée mais elle est engagée dans les liens du contrat. À consulter les textes législatifs et réglementaires, nous remarquons que dès avant l'achèvement de toutes les formalités requises à la perfection du contrat, l'administration publique et son cocontractant éventuel ne sont pas tout à fait des étrangers l'un à l'autre et que spécialement l'administration assume déjà certaines obligations en plus d'observer les formalités de soumission publique et la procédure que l'administration doit suivre. Malgré ceci, nous pouvons conclure qu'avant l'approbation d'une autorité supérieure, c'est le néant juridique et sans cette approbation le contrat est nul⁹⁴. En effet, comme l'a mentionné le juge Pigeon dans un arrêt *Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal Inc. c. Ville de Montréal*, rendu le 8 mai 1980⁹⁵, tout acte juridique fait contrairement à un texte exigeant une approbation est nul. Il

92. *Goulet c. Corporation St-Gervais*, (1931) 50 B.R. 513, 520; *Commissaires d'écoles de St-Adelphe c. Charest*, (1944) R.C.S. 422.

93. *Commissaires d'écoles de St-Jean-Baptiste c. Meunier*, (1954) B.R. 30, 39; à ce sujet voir l'étude du professeur GARANT, *loc. cit. supra*, note 90, 307-308.

94. *Tremblay c. Corporation de la Ville de La Malbaie*, (1969) C.S. 318, 323.

95. *Fraternité des policiers de la communauté urbaine de Montréal Inc. c. Ville de Montréal*, Cour suprême, 8 mai 1980, pp. 11-12.

rappelle alors l'article 14 du Code civil qui se lit: les lois prohibitives emportent nullité quoiqu'elle n'y soit pas prononcée.

Ce sont "des jugements lourds de conséquences pour le praticien prudent. La portée de ces décisions peut s'étendre à toutes les approbations requises par l'une ou l'autre loi, indépendamment du fait qu'il doit s'agir en somme de mécanismes de contrôle de faits et gestes d'une municipalité et non d'instruments de pénalisation d'un tiers de bonne foi"⁹⁶.

Une question nous vient alors à l'esprit. Cette approbation par une autorité supérieure doit-elle être faite à un moment précis, soit avant toute exécution? Qu'arrive-t-il si l'approbation est donnée après le début de l'exécution du contrat ou après l'exécution entière?

Dans une conception étroitement formaliste, une certaine jurisprudence considère que l'approbation tardive ne peut avoir d'effets rétroactifs. L'arrêt *Tremblay c. La Corporation de La Malbaie*⁹⁷ combiné avec l'arrêt *Richard c. Les commissaires d'écoles de la municipalité scolaire St-Bonaventure*⁹⁸ aboutit au principe suivant: "les dispositions de l'article 25 de la *Loi de la Commission municipale*⁹⁹ sont d'ordre public et comme tel doivent être interprétées de façon restrictive et il appert que le législateur (...) a confié à la commission municipale du Québec la surveillance et le contrôle des emprunts des corporations municipales et que si celle-ci pouvait consentir les conventions engageant leur crédit et se lier sans que lesdites conventions soient approuvées par la commission sauf dans les cas prévus sous les réserves mentionnées au deuxième alinéa de l'article 25 le droit de surveillance et de contrôle conféré par la Loi à la commission municipale serait illusoire et dans les circonstances l'approbation reçue par la commission municipale ne peut avoir d'effets rétroactifs"¹⁰⁰.

Cette jurisprudence doit certainement être considérée comme "excessive et d'un formalisme exagéré"¹⁰¹. En effet, comment pourrait-on admettre qu'un contrat demeure inexistant même après avoir reçu l'approbation pour l'unique raison qu'une exécution a

96. Hugues LAGUERRE, *loc. cit. supra*, note 76, 315.

97. *Tremblay c. La Corporation de La Malbaie*, (1969) C.S. 318.

98. *Richard c. Les commissaires d'écoles de la municipalité scolaire St-Bonaventure*, (1964) C.S. 577.

99. Il est question ici de l'article 25 avant la modification: L.Q. 1977, c. 50, a. 3.

100. *Tremblay c. Corporation de La Malbaie*, (1969) C.S. 318.

101. Patrice GARANT, *loc. cit. supra*, note 90, 310.

déjà débuté. L'administration avant l'approbation n'est engagée dans aucun lien contractuel, elle ne doit aucune indemnité si l'approbation n'intervient jamais (même si l'exécution a commencé ou est terminée) et de plus elle n'est pas tenue de faire approuver le marché. Ces limitations à la liberté contractuelle que le droit public impose aux parties contractantes existent avant tout pour que l'administration en tire les avantages espérés dans un but d'intérêt public. Si l'administration a le droit et le pouvoir d'approuver un contrat et de lui donner alors une existence juridique nous ne voyons pas sur quel principe elle ne pourrait pas se lier au contrat si l'exécution a déjà débuté. D'autant plus que l'approbation a comme finalité de la protéger. Le juge Gagné de la Cour d'appel dans une dissidence¹⁰² affirme que: "C'est dans l'intérêt de la municipalité que ce contrôle est imposé¹⁰³, mais la commission peut en disposer comme elle l'entend. Je ne vois pas pourquoi étant mise au courant d'une poursuite déjà intentée sans qu'elle l'ait autorisée, la commission municipale ne pourrait pas y consentir". Certes dans cette affaire, l'autorisation de tutelle administrative ne portait pas sur un contrat mais le principe dégagé par le juge Gagné établit qu'une approbation par une autorité supérieure peut avoir un effet rétroactif.

La Cour suprême en 1942¹⁰⁴ confirma notre théorie en affirmant qu'une approbation liant l'administration pouvait être accordée après que l'exécution du contrat ait débuté. Il s'agissait de l'exhaussement d'un barrage fait sans l'approbation du lieutenant-gouverneur en conseil conformément à la *Loi du régime des eaux courantes*¹⁰⁵. On prétendait alors que les nouveaux travaux étaient faits illégalement et on demandait que le constructeur soit condamné à démolir le barrage qu'il a construit illégalement et sans droit vu l'absence d'approbation. Or, la Cour suprême plutôt que

102. *City of St-Lambert c. Gibson*, (1952) B.R. 581.

103. D'après l'article 42 du chap. 207. S.R.Q. 1941, la municipalité qui est déclarée en défaut "tombe sous le contrôle de la commission qui pour l'exercice de ce contrôle, possède et peut exercer les pouvoirs prévus par les dispositions de la section 6". Il faut dire que ces pouvoirs sont considérables; en fait la municipalité ne peut plus adopter aucune résolution, aucun règlement, ordonner aucun travail sans l'approbation de la commission. C'est pour assurer l'exercice de ce contrôle qu'on a ajouté l'art. 43 en vertu duquel aucune action, exception ou autre procédure ne doit être commencée ou continuée sans l'autorisation de la même commission. "La commission en octroyant cette autorisation, peut imposer les conditions qu'elle croit utiles".

104. *Fortier c. Longchamp*, (1942) R.C.S. 240.

105. *Loi du régime des eaux courantes*, 8 Geo. V., c. 58.

d'ordonner la démolition immédiate accorda au constructeur un délai de trois mois pour lui permettre de s'adresser au lieutenant-gouverneur en conseil afin que ce dernier puisse approuver ou non les plans et devis des nouveaux travaux du barrage. En 1956, la Cour d'appel¹⁰⁶ dans une affaire similaire adopta les dispositifs de l'arrêt de la Cour suprême dans *Fortier c. Longchamp*. Une jurisprudence considère donc que le contrat existe juridiquement même si l'approbation est donnée après le début de l'exécution.

Un arrêt récent de la Cour supérieure¹⁰⁷ confirme ce courant jurisprudentiel: "le tribunal est d'avis que l'approbation reçue après l'engagement des crédits a l'effet de la ratifier et lie la corporation municipale; il s'agit donc d'une nullité relative pouvant être couverte par l'autorité compétente. L'article 25 de la *Loi de la commission municipale* ne spécifie d'ailleurs pas que l'autorisation de la commission doit être préalable à l'engagement du crédit de la municipalité alors qu'à l'article 44 qui concerne les municipalités en tutelle une autorisation préalable est exigée pour que soient accordés des travaux et contrats d'entreprise. Il eut même des cas des municipalités en tutelle où les tribunaux ont décidé qu'on pouvait couvrir le défaut d'autorisation préalable". L'étude de cette jurisprudence permet d'affirmer qu'on a reconnu la possibilité d'obtenir une approbation avec effet rétroactif. C'est d'ailleurs pour cette raison qu'en 1977 le législateur modifia l'article (25) 27 de la *Loi de la commission municipale* changeant le mot "approuvé" par "autorisé au préalable"¹⁰⁸.

Les règles relatives à la formation conditionnent donc la validité du contrat. L'absence d'une des formalités qui tient à la compétence et est relative à la manifestation même de la volonté de l'administration publique ne saurait donner ouverture à une simple nullité relative. Ces formalités sont des dispositions d'ordre public et l'inobservance affecte le contrat d'une nullité absolue. De plus, elles n'apparaissent pas seulement comme des conditions du contrat mais comme des actes-condition, c'est-à-dire des actes administratifs obéissant à des règles particulières. Par conséquent, le pouvoir contractuel d'une corporation municipale est soumis à de nombreuses limitations et ce tant au niveau de la conclusion du contrat qu'au moment des modes de conclusion.

106. *Fecteau c. Ferland*, (1956) B.R. 171.

107. *Tessier c. Corporation municipale du Village de St-Casimir*, (1976) C.S. 61.

108. *Loi modifiant la Loi de la commission municipale*, L.Q. 1977, c. 50, a. 3.

1.2- Les procédures de passation des contrats des corporations municipales

Les procédures de choix des cocontractants de l'administration municipale se trouvent soumises à des exigences particulières de l'intérêt public. Les corporations municipales pratiquent couramment l'adjudication publique mais tout contrat ne doit pas nécessairement être conclu selon ces procédures. La règle de droit public est que l'administration municipale choisit librement et discrétionnairement son cocontractant. L'exception, c'est l'adjudication par voie de soumission publique. De plus dans certains contrats, la liberté de choix est indispensable: ce sont les contrats conclus *intuitu personae* tel que le contrat de services professionnels qui doit demander une certaine liberté de choix¹⁰⁹. En effet, il est tout à fait essentiel que la sélection d'un expert-conseil soit guidée par la considération des qualifications professionnelles et de l'expérience des disponibilités de ressources spécifiques¹¹⁰.

Plus fréquemment, l'administration municipale ne peut pas choisir librement la personne de son cocontractant. Elle est soumise à une procédure spéciale que lui imposent les textes. Le contrat est alors conclu par adjudication publique. Elle s'avère souvent d'une certaine complexité et est d'une importance capitale lors de la formation du contrat administratif.

1.2.1- Mécanisme de l'adjudication

L'adjudication est un acte juridique unilatéral qui conditionne la régularité de l'exercice de la compétence de l'autorité publique qualifiée pour conclure le contrat. Elle est une procédure qui a comme finalité de présenter à l'administration un cocontractant avec qui elle conclura le contrat si elle persiste dans son intention de contracter.

Ainsi, un contrat d'assurance ou un contrat pour l'exécution de travaux ou la fourniture de matériel ou de matériaux ou pour la fourniture du service comportant une dépense supérieure à \$25,000 ne peut être adjugé qu'après une demande de soumission publique¹¹¹. Il est important comme le souligne le professeur Jac-

109. L.R.Q., c. C-19, a. 573, modifié par L.Q. 1977, c. 52, a. 21; L.Q. 1979, c. 36, a. 93; art. 625 C.M. modifié par 1977, c. 53 a. 37; L.Q. 1979, c. 36, a. 45.

110. Benno E. NOVAK, "L'ingénieur vis-à-vis les corps publics", in *Comment contracter avec les organismes publics*, année judiciaire 1974-1975, Formation permanente, Cours no 4, p. 56.

111. Article 573(1) L.C.V.; art. 625(1) C.M.; Un contrat pour la fourniture de matériel s'entend aussi de tout contrat de location d'équipement assorti d'une option

ques L'Heureux¹¹² “de remarquer que le législateur ne limite pas les travaux municipaux requérant des soumissions publiques aux seuls travaux de construction ou d'amélioration comme il le fait dans la loi des travaux municipaux”.

Vu que le trait dominant de la procédure d'adjudication est évidemment la concurrence, il est essentiel pour que celle-ci puisse s'effectuer normalement d'assurer une publicité suffisante à l'adjudication de façon à favoriser la compétence entre le plus grand nombre possible d'entrepreneurs à même de soumissionner. Les demandes de soumission publique doivent être faites par annonce dans un journal et le délai pour la réception ne doit pas être inférieur à 8 jours. Les soumissions ne seront demandées et les contrats qui peuvent en découler ne seront accordés que suivant l'une ou l'autre des bases suivantes: à prix unitaire, à prix forfaitaire¹¹³. À la date prévue (date, heure et lieu mentionnés dans la demande de soumission) on procède publiquement à l'ouverture des soumissions en présence d'au moins deux témoins et les soumissionnaires s'ils désirent assister. Les noms des soumissionnaires et le prix respectif qu'ils ont soumis doivent être déclarés à haute voix lors de l'ouverture des soumissions¹¹⁴.

Un contrat d'assurance ou un contrat pour l'exécution de travaux ou la fourniture de matériel ou de matériaux pour la fourniture de services, s'il comporte une dépense excédant \$5,000 mais inférieure à \$25,000 ne peut être adjugé qu'après demande de soumission faite par voie d'invitations écrites auprès d'au moins deux entrepreneurs ou selon le cas deux fournisseurs¹¹⁵.

Notons que le législateur a prévu un régime d'exception à cette pratique administrative de l'adjudication. Cette procédure de soumission ne s'applique pas à un contrat de fourniture de matériel ou de matériaux ou de fourniture de services pour laquelle un tarif est fixé ou approuvé par le gouvernement du Canada ou du Québec ou par un de ses ministres ou organismes¹¹⁶. De même dans un cas de

d'achat: consulter l'article 610(d) devenu l'article 573.4 depuis la refonte de 1977. Voir, Jacques L'HEUREUX, “Les soumissions publiques”, (1976) 36 R. du B. 707.

112. Jacques L'HEUREUX, “Contrats, emprunts, contentieux”, in *Droit public et administratif*, Montréal, Les éditions Yvon Blais Inc., 1979, volume 13, p. 166.

113. Article 573 (1-3) L.C.V.; article 625 (1-3) C.M.

114. Article 573 (4-6) L.C.V.; article 625 (4-6) C.M.

115. Article 573(a) L.C.V.; article 625(a) C.M. Pour les fins des présents articles, un contrat pour la fourniture de matériel s'entend de tout contrat de location d'équipement assorti d'une option d'achat.

116. Article 573(a) L.C.V.; article 625(c) C.M.

force majeure de nature à mettre en danger la vie ou la santé de la population ou à détériorer sérieusement les équipements municipaux, le chef du conseil peut décréter toute dépense qu'il juge nécessaire et octroyer tout contrat nécessaire pour remédier à la situation. Il doit dans ce cas faire un rapport motivé au conseil de la première assemblée qui suit¹¹⁷.

1.2.2- Rôle de l'adjudication dans la naissance du contrat

Le rôle de l'adjudication est essentiellement de présenter à l'autorité publique un cocontractant capable, solvable, sérieux faisant les meilleures conditions et voulant exécuter le contrat projeté. De plus, elle est un acte parmi les autres actes qui conditionnent la compétence contractuelle des agents publics. Elle est un acte-condition. Il s'ensuit que la non-observance de cette procédure entraîne la nullité du contrat. La loi lorsqu'elle déclare qu'avant de conclure un marché l'autorité publique contractante doit solliciter des soumissions, établit des règles impératives. L'adjudication devient alors une formalité essentielle à la validité du contrat¹¹⁸. Par contre en 1956 la Cour d'appel rejetait une action en nullité à l'encontre de la résolution municipale octroyant un contrat sans que les appels d'offre aient été formellement faits pour la raison qu'il n'y a pas eu fraude ou collusion dans la négociation du contrat¹¹⁹.

Ainsi les tribunaux interprètent en faveur de la liberté contractuelle les textes imposant une procédure d'adjudication publique¹²⁰. De même, la procédure de soumission publique ne s'applique que pour le contrat original et non pour les modifications ultérieures. Dans une décision de 1978, le juge Beetz déclare: "Il ne résulte pas de cette disposition (art. 610 *L.C.V.*) que toute modification du contrat original même si elle entraîne une dépense de \$10,000 et plus (actuellement \$25,000 et plus), constitue

117. Article 573(b) *L.C.V.*; article 625(b) *C.M.*

118. *La Corporation municipale de la Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction*, (1974) C.A. 411; *Lapierre c. La ville de Matane*, (1971) C.A. 185; *R. c. Woodburn*, (1898) 19 R.C.S. 112; *Louis Riel c. Cité de Lauzon*, 23 juin 1973, Cour d'appel de Québec, no 8906, rapporté à Municipalité, 1977, juin, 14.

119. *Breton c. Corporation de la paroisse de St-Gédéon*, (1956) B.R. 442; *Corporation de la paroisse St-Louis de Terrebonne c. Sauvé Construction Ltée*, (1978) C.S. 1047, 1049.

120. *Trans Ad Ltd. c. Commission de Transport de la Communauté urbaine de Montréal*, (1976) C.S. 1687.

nécessairement un nouveau contrat lui-même soumis aux formalités prescrites par l'article 610 (...) il n'était pas nécessaire de décider que tout changement dont le coût dépasse le prix forfaitaire par \$10,000 ou plus a pour effet d'altérer le caractère forfaitaire du contrat et doit être soumis aux prescriptions de l'article 610"¹²¹. Une interprétation contraire rendrait, observe le juge Beetz, "impraticable l'exécution d'un grand nombre de travaux publics et je ne puis me convaincre que tel soit la volonté du législateur". Il ressort de cette jurisprudence que nous venons de citer que le juge interprète largement les textes pour adopter ce formalisme aux situations de tous les jours.

Mais, dans d'autres cas, il n'hésiterait pas à obliger une procédure d'adjudication pour une modification au contrat original. Il faut, en effet, "considérer les circonstances particulières de chaque affaire tel le caractère accessoire de la modification par rapport à l'ensemble du contrat, la présence ou l'absence de contrepartie et surtout l'intention des parties, car il ne leur est évidemment pas permis de contourner la loi en altérant par exemple la nature forfaitaire du contrat"¹²². Il est important qu'une modification accessoire entraînant une augmentation du prix n'altère pas la nature forfaitaire ou une modalité essentielle du contrat. De plus il faut examiner l'ensemble des circonstances qui permettent de voir si les parties ont voulu agir en fraude de la loi¹²³.

L'étude de cette procédure d'adjudication publique laisse apparaître deux questions. Une corporation municipale est-elle liée par une demande de soumission? Doit-elle accorder le contrat au plus bas soumissionnaire?

À la première question nous pouvons répondre non. Lors d'une procédure d'adjudication publique, c'est le particulier contractant qui fait une offre à l'administration. Il est bien clair "que l'appel d'offre n'est pas lui-même une sollicitation 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 et à des sous-traitants de lui faire une offre"¹²⁴. En somme, la portée juridique d'une demande de soumission n'est pas autre chose qu'une invitation à des entrepreneurs par une autorité publique à présenter des offres en vue de l'exécution des travaux projetés. Ce principe fut

121. *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, (1978) 1 R.C.S. 1107, 1117-1118.

122. *Ibid.*

123. *Ibid.*

124. *Ascenseurs Alpin-Otis Cie Ltée c. P.G. du Québec*, (1971) C.S. 243, 245.

d'ailleurs repris en 1978 par la Cour supérieure¹²⁵. Ce n'est que lors de l'acceptation d'une des offres des soumissionnaires par l'autorité publique que l'on puisse parler d'existence d'un contrat¹²⁶. Mentionnons que le contrat qui sera conclu suite à cet appel d'offres devra être conforme aux modalités de la soumission qui a été acceptée¹²⁷.

Quant au choix de l'entrepreneur, le conseil ne peut, sans l'autorisation préalable du ministre des affaires municipales, accorder le contrat à une personne autre que celle qui a fait dans le délai fixé la soumission la plus basse¹²⁸. Toutefois, si pour satisfaire aux conditions d'octroi d'une subvention gouvernementale, il est nécessaire que le contrat soit accordé à une personne autre que celle qui a fait la soumission la plus basse, le conseil peut sans l'autorisation du ministre accorder le contrat à la personne dont la soumission est la plus basse parmi celles qui satisfont à ces conditions¹²⁹. Pour pallier à ce formalisme soit l'octroi du contrat au plus bas soumissionnaire, il importe de souligner que les corporations municipales peuvent inclure dans leur cahier de charges et devis des clauses semblables à celle-ci:

“Le propriétaire se réserve le droit de rejeter toute soumission qu'il jugera non conforme.

Si le contrat est adjugé, il sera adjugé au plus bas soumissionnaire responsable. Toutefois le propriétaire se réserve le droit de rejeter chacune ou toutes les soumissions et de refuser toute soumission non conforme et toute irrégularité dans la procédure de soumission.

125. *Corporation de la Paroisse St-Louis de Terrebonne c. Sauvé Construction Ltée*, (1978) C.S. 1047.

126. *La Reine c. Transworld Shipping Ltd.*, (1976) 1 C.F. 159; *La Ville d'Iberville c. J.A. Leblanc*, (1978) C.A. 216; *Cie Miron Ltée c. Ville de Lemoyne*, (1979) C.S. 787 (jugement porté en appel); *Janin Construction Ltée c. Le Collège d'enseignement général et professionnel de Valleyfield*, C.S. Beauharnois, dossier 760-05-000393-80, jugement du 15 octobre 1980, p. 7 (juge Hurtubise).

127. *Corporation municipale de la Cité St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction*, (1974) C.A. 411.

128. Article 573(7) *L.C.V.*; article 625(7) *C.M.*; Le professeur L'Heureux mentionne qu'“il est nécessaire de prévoir une exception à la règle à l'effet que le contrat ne peut être octroyé à une personne autre qu'au plus bas soumissionnaire car il peut arriver qu'il soit préférable d'octroyer le contrat à une autre personne. Il est préférable, toutefois, que cette exception puisse être autorisée par la Commission municipale plutôt que par le ministre des affaires municipales. La Commission municipale est, en effet, mieux placée pour donner de telles autorisations. Elle présente, de plus, une grande garantie d'impartialité.” (Soumissions publiques, (1976) *R. du B.* 707, 711).

129. Article 573(8) *L.C.V.*; article 625(8) *C.M.*

Une soumission peut être rejetée si le propriétaire et ses représentants jugent les prix unitaires non sérieux et non raisonnables.”

La jurisprudence a, en effet, conclu à la légalité de ce type de clause. Dès lors une corporation municipale ne se voit plus obligée d'accorder le contrat au plus bas soumissionnaire mais plutôt de l'octroyer au plus bas soumissionnaire conforme¹³⁰. La pratique veut que pour le choix de la plus basse soumission conforme, la corporation municipale demande conseil auprès d'experts en la matière soit par exemple les architectes ou les ingénieurs qui ont préparé les plans et devis. Si ceux-ci croient justifier de refuser une soumission, ils en donnent les motifs. La décision éventuellement prise par la corporation restera sur le terrain de la légalité. Le tribunal ne peut alors apprécier la valeur des motifs et l'opportunité de la décision. Il doit s'abstenir d'exercer son contrôle sauf si la corporation municipale a agi de façon arbitraire, abusive ou frauduleuse dans l'octroi du contrat à l'un des soumissionnaires¹³¹.

L'idée qui est à la base de cette jurisprudence, c'est l'intérêt financier de l'autorité publique. Il est important de se rappeler que la plupart des conditions de forme et de fond qui doivent être respectées pour conclure un contrat administratif sont dictées par l'intérêt public mais aussi par le souci de sauvegarder les deniers publics. En somme, le marché doit être confié à celui qui est le plus apte et le plus habile à l'exécuter. D'ailleurs, la pratique laisse entrevoir que l'offre la plus basse n'est pas toujours la plus avantageuse.

Aussi, même lorsque l'administration est liée par la loi et doit choisir le plus bas soumissionnaire, l'adjudication ne peut aboutir à lui imposer un cocontractant indésirable. La Cour d'appel a, en effet, jugé qu'une demande de soumission ne saurait lier l'autorité publique envers le plus bas soumissionnaire si une clause de réserve est incluse à la demande par laquelle la corporation ne s'engage "ni à accepter la plus basse ni aucune des soumissions"¹³². Même en l'absence d'une telle clause, l'administration reste toujours libre de ne pas conclure le contrat et refuser discrétionnairement les soumissions. En effet, l'article (610 par. 7) 573 par. 7 de la *Loi des cités et villes* ou l'article 625 paragraphe 7 du *Code municipal* indique que le conseil ne peut accorder le contrat à une personne autre que celle qui a fait la soumission la plus basse et non que le

130. *Corporation de la Paroisse de St-Louis de Terrebonne c. Sauvé Construction Ltée*, (1978) C.S. 1047, 1049.

131. *Ibid.*; Voir aussi *Corporation de St-Joseph de Beauce c. Lessard*, (1954) B.R. 475.

132. *Community Enterprises Limited c. La Corporation de la ville d'Acton Vale*, (1970) C.A. 747.

conseil doit accorder le contrat au plus bas soumissionnaire. De plus, le contrat pour être conclu doit comporter les diverses autorisations prévues par la loi. En somme ces approbations sont la contrepartie de l'automatisme.

Nous pouvons conclure que l'adjudication est un acte juridique unilatéral qui conditionne la régularité de l'exercice de la compétence de l'autorité publique pour conclure le contrat et qui, comme tel, ne crée aucune obligation juridique.

En définitive, nous remarquons que les régimes juridiques applicables à l'acte contractuel entre la corporation municipale et le particulier résultent d'un accord qui fixe le contenu du rapport mais aussi d'un statut, règle unilatérale, législative et administrative qui en fixe d'une manière générale l'établissement et vient limiter la liberté de détermination des parties. En présence de ces règles statutaires et du formalisme qui en découle, il est clair que les juges laissent apparaître un certain malaise. À plusieurs reprises l'on tente d'écarter la règle de droit public pour revenir sur un terrain plus connu celui du droit privé. Ceci s'explique peut-être parce que trop souvent nous oublions le fondement même de ces règles de droit: l'intérêt public.

Cette conclusion éveille un problème nouveau que l'on peut formuler de la manière suivante: en l'absence de règles statutaires les juges interprètent-ils le contrat des corporations municipales comme un contrat entre particuliers.

2- LE CONTRAT ET LA RÈGLE DE DROIT PRIVÉ

Même si le contrat des corporations municipales se présente comme une convention soumise à un ensemble de règles statutaires qui en conditionnent la validité, son régime juridique en est un de droit privé. Nous n'avons qu'à regarder l'exécution du contrat, mis à part les règles incluses dans les cahiers de charges, pour le constater. La convention fait ainsi la loi des parties et pas plus la corporation municipale que les particuliers contractants ne peuvent impunément violer les obligations auxquelles ils ont souscrit. Comme son cocontractant, elle se doit d'exécuter correctement de telles obligations et elle commet une faute si elle manque à l'une d'elles et engage par là sa responsabilité. Notre étude n'ayant pas comme but d'étudier la théorie générale du contrat, une délimitation s'impose donc. Mais elle n'est pas exempte de difficulté et comporte une certaine part d'arbitraire, en tout cas un choix. Nous analyserons d'une part, la conclusion proprement dite du contrat et d'autre part,

les conséquences de la nullité d'ordre public pour les particuliers, partis au contrat.

2.1- La conclusion proprement dite du contrat

Indépendamment des procédures particulières au contrat d'une autorité publique tel que les autorisations et l'adjudication, il ressort de l'étude de la jurisprudence une question: à quel moment l'autorité municipale est liée par le contrat qu'elle conclut? En d'autres mots la signature du contrat est-elle une formalité essentielle?

Les tribunaux ont dû interpréter à maintes reprises les réclamations des cocontractants à qui on n'opposait une obligation statutaire prévoyant la signature d'un contrat écrit¹³³.

Avant d'analyser l'obligation de la signature pour lier l'autorité publique, il est intéressant de remarquer que pour la jurisprudence l'expression un "écrit" qui se retrouve dans les lois ou règlements ne signifie pas nécessairement un contrat signé à la fois par l'autorité publique et le cocontractant. Dans l'affaire *Plourde c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de Rivière Ouelle* jugée en 1974 par la Cour d'appel¹³⁴ une commission scolaire avait adopté une résolution décrétant que "Mme Plourde soit engagée pour enseigner au couvent Notre-Dame de Liesse en 1970-71". Dans les jours suivants Mme Plourde reçut de la commission scolaire un contrat d'engagement qu'elle signa et retourna. L'acte d'engagement ne fut cependant jamais signé ni par le président ou secrétaire-trésorier. Relativement à ce contrat la commission allègue que l'adoption de la résolution et la signature d'un projet de contrat par Mme Plourde ne peut constituer un contrat valable entre les parties vu les dispositions des articles 212 et suivants de la *Loi de l'instruction publique*¹³⁵. Le

133. Il se dégage de la jurisprudence que les articles stipulant que la signature du contrat est obligatoire à sa validité doivent être interprétés restrictivement et ne s'appliquent qu'aux contrats écrits et non aux contrats verbaux: *R. c. Henderson*, (1898) 28 R.C.S. 185; *Dominion Building Corporation c. King*, (1933) A.C. 533; *Alexis Nihon Co. Ltd. c. R.*, (1970) 1 R.C.E. 92.

134. *Plourde c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de Rivière Ouelle*, (1974) C.A. 47.

135. *Loi de l'instruction publique*, S.R.Q. 1964, c. 235: ces articles se lisent comme suit:

212. L'engagement de tout instituteur doit être fait pour une année scolaire, sauf pour terminer une année déjà commencée ou plus d'une année scolaire dans des cas spéciaux laissés à l'approbation du ministère.

212a. L'engagement de toute personne autre qu'un instituteur, qui occupe une fonction pédagogique ou éducative, doit être fait pour au moins un an, sauf pour terminer une année scolaire déjà commencée.

tribunal estime que "l'exigence d'un contrat écrit et la suggestion de formules contenues aux articles 212 et suivants de la *Loi de l'instruction publique* semblent avoir pour motifs entre autres de constater les engagements par des écrits dont les parties conservent des exemplaires et dont un est adressé au ministre chargé de l'exécution de la loi¹³⁶. Le juge Lajoie ajoute que "l'article 613 décrète que l'engagement est fait par écrit en vertu d'une résolution et que le contrat doit être rédigé suivant la formule 18. La loi autorise ensuite le président ou en son absence le secrétaire-trésorier à signer un contrat de la part de la commission scolaire sans doute pour éviter la nécessité d'indiquer dans chaque résolution d'engagement qui signera l'acte. Ce que la loi veut c'est qu'un document, un écrit constate d'une part, les obligations de l'instituteur, d'autre part, celles de l'employeur et à mon avis il n'est pas sacramentel que cet écrit prenne la forme d'un contrat signé à la fois par l'instituteur et le président ou le secrétaire de la commission scolaire lorsque des écrits émanant des parties constatent tout ce que le contrat doit constater"¹³⁷.

En ce qui concerne l'exigence de la signature, il convient de distinguer suivant que le contrat est conclu sous le *Code municipal* ou sous la *Loi des cités et villes*.

2.1.1- Sous le Code municipal

Lorsqu'une corporation municipale contracte suivant les articles 624 et 627, la validité de la convention entre les parties est subordonnée à la signature d'un contrat et tant que ce contrat n'a pas été signé, aucune partie n'est liée. La Cour suprême décide par exemple dans un arrêt de 1948¹³⁸ que "la convention entre les parties est d'après le Code municipal subordonnée à la signature d'un contrat et tant que ce contrat n'a pas été signé l'une des parties peut se dédire avant la passation de l'acte même dans les cas où les

213. *L'engagement est fait par écrit*, en vertu d'une résolution adoptée par la commission scolaire. L'acte d'engagement peut être rédigé suivant la formule 18. À l'acte d'engagement, la commission scolaire est représentée par son président, ou, en son absence, par le secrétaire-trésorier.

136. *Plourde c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de Rivière Ouelle*, (1974) C.A. 44.

137. *Id.*, 50; *Les commissaires d'écoles d'Outremont c. Chicoine*, (1954) B.R. 643.

138. *Auclair c. The Corporation of the Village of Brownburg*, (1948) R.C.S. 478; *Lapierre c. Commissaires d'écoles de St-Henri de Brôme*, (1940) 69 B.R. 259; *Cie d'aqueduc du village de St-Michel d'Yamaska c. Riendeau*, 19 R.L.n.s. 457.

conditions d'un contrat avaient été déterminées par accord"¹³⁹. Ce principe fut repris en 1979 par la Cour supérieure¹⁴⁰. Il se dégage ainsi des textes du Code municipal une obligation stricte de ratifier le contrat.

Nous pouvons conclure que la signature du contrat est une opération administrative qui lorsqu'elle est imposée par des dispositions statutaires devient obligatoire pour rendre le contrat écrit valide et lier par le fait même les parties¹⁴¹.

2.1.2- Sous la Loi des cités et villes

Il appert, déclare la Cour supérieure "qu'une municipalité qui est régie par la *Loi des cités et villes* ne peut se prévaloir de l'exigence de la signature d'un contrat. L'article 573 n'en ferait pas une condition essentielle. En conséquence les parties contractantes sont liées dès qu'il y a eu acceptation par la municipalité. La soumission devient le contrat qui lie les parties"¹⁴². Cette interprétation fut également donnée par la Cour d'appel qui mentionne: "la soumission de l'intimé par suite de l'acceptation de la corporation municipale qui lui fut dûment communiqué est devenu le contrat; la condition de la passation d'un contrat écrit ne fut qu'une exigence de procédure stipulée par la corporation municipale en sa faveur..."¹⁴³.

Donc une municipalité régie par la *Loi des cités et villes* se trouve liée par le contrat dès l'acceptation de la soumission.

Aux termes de cette étude, que pouvons-nous conclure de cette jurisprudence?

Le moment paraît venu de nous demander si, en présence de l'intérêt des contribuables qui se concrétise dans la sauvegarde des fonds publics, la ratification obligatoire ne serait-elle pas plus souhaitable? La doctrine privatiste dominante attachée au principe selon lequel les personnes s'obligent l'une envers l'autre par consentement verbal ne peut être qu'en désaccord avec une telle question. Cependant, dans un souci de sécurité pour l'intérêt des

139. *Id.*, 481.

140. *Cie Miron Ltée c. Ville de Lemoyne*, (1979) C.S. 787, 790; *Construction Hydrex Inc. c. La Corporation municipale de Havre St-Pierre*, C.S. Hauterive, dossier 655-05-00005-79, jugement du 28 octobre 1980, (juge Doiron).

141. *Inter-ex Inc. c. Procureur général de la Province de Québec*, Cour d'appel, Québec, no 200-09-000063, jugement du 26 février 1980.

142. *Cie Miron Ltée c. Ville de Lemoyne*, (1979) C.S. 787, 790.

143. *Ville d'Iberville c. Leblanc*, (1978) C.A. 216, 217-218; Voir aussi *Transworld Shipping Ltd. c. The Queen*, (1973) C.F. 1274; (1976) 1 C.F. 159.

administrés, la jurisprudence devrait s'en tenir à une interprétation stricte des textes législatifs et réglementaires. De même, le législateur devrait établir pour tous les contrats municipaux des règles précises pour la signature du contrat.

2.2- La nullité d'ordre public et l'enrichissement sans cause

Comme la première partie le démontre, le processus de la formation des contrats de l'autorité publique exige une opération beaucoup plus complexe que pour les contrats entre particuliers. Bien que le contrat d'une corporation municipale soit un acte bilatéral, il n'en laisse pas moins subsister lors de sa formation de larges possibilités d'intervention de la volonté unilatérale de l'autorité publique. Le contrat est soumis à des éléments externes qui concourent à sa formation: habilitation préalable, autorisation, et à des éléments internes qui se rapportent plus spécialement à sa validité: consentement, compétence, objet et respect des formes. La sanction de ces actes et de ces conditions est la nullité du contrat. Si l'un de ces actes ou bien l'une de ces conditions vient à manquer ou se trouve vicié, c'est du même coup la légalité du contrat qui s'en trouve affectée. Non seulement le contrat est entaché d'illégalité mais il est nul, de nullité absolue. Les parties qui ont exécuté un contrat nul devraient théoriquement être obligées de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu. On se heurte alors à une impossibilité qui tient à l'objet et à la nature des prestations fournies. Vu que dans le pratique, il est souvent impossible que les parties puissent être replacées dans la situation où elles étaient avant d'avoir contracté, le droit du contrat devrait accorder au cocontractant une certaine protection qui découle du principe de l'enrichissement sans cause. Ce principe général de droit privé s'applique-t-il aux pouvoirs publics? La lecture de la doctrine et de la jurisprudence ancienne et récente nous laisse dans la plus grande ambiguïté. Il est donc impossible de répondre d'une façon certaine à une telle question.

Ce recours basé sur l'enrichissement injuste fut consacré très tôt par la jurisprudence québécoise en se fondant à la fois sur les deux articles introductifs du chapitre des quasi-contrats au Code civil¹⁴⁴ et sur des précédents tirés de la jurisprudence d'"equity" anglaise¹⁴⁵. Ces précédents sont les premières applications de la doctrine

144. Articles 1041 et 1042 C.c.

145. *De Bellefeuille c. La Municipalité de St-Louis*, (1881) 25 L.C.J. 18.

d'enrichissement injuste fondée sur la doctrine civiliste ancienne et classique¹⁴⁶.

Depuis, ce recours basé sur l'équité et dominé par l'idée que "toute prestation doit être équilibrée par une prestation correspondante"¹⁴⁷ fut admis par la jurisprudence pour les particuliers¹⁴⁸ et pour les pouvoirs publics¹⁴⁹. Malgré l'absence de contrat, l'administration se voit dans l'obligation d'indemniser le cocontractant dans la mesure où elle a accepté l'exécution et en a bénéficié. L'on remarque que la réparation du préjudice causé sans faute se fonde sur la notion quasi contractuelle d'enrichissement sans cause. Il faut en conséquence pour que cette théorie s'applique, l'existence de certaines conditions. Elles sont au nombre de quatre:

- 1- il faut que cet enrichissement soit la conséquence directe d'un appauvrissement subi par le demandeur;
- 2- il faut un enrichissement du défendeur;
- 3- il faut que l'enrichissement se soit réalisé sans juste cause;
- 4- il faut que la personne lésée n'ait, pour obtenir satisfaction, la disposition d'aucune action naissant d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi-délit¹⁵⁰.

Ainsi, pour qu'il y ait enrichissement sans cause, les conditions énumérées plus haut doivent être remplies et sont les mêmes que nous soyons en présence d'un contrat entre particuliers ou d'un contrat dont l'autorité publique est partie¹⁵¹. Il en découle que l'administration publique peut être tenue de rendre ce qu'elle a reçu en vertu de l'absence de contrat, seul moyen de ne pas aboutir à une spoliation. Les tribunaux ont donc trouvé dans le principe de l'enrichissement sans cause un remède aux distorsions qui existent

146. *Burroughs c. La Corporation de Lachute*, (1894) 6 C.S. 393.

147. A. ROUAST, "L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile", (1923) *Rev. trim. dr. civ.* 35, nos 30 et 31.

148. A. MOREL, *L'évolution de la doctrine de l'enrichissement sans cause*, Montréal, Thémis, 1955; J.L. BAUDOIN, *Traité élémentaire de droit civil, Les obligations*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, pp. 215 et ss.; M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1975, pp. 310 et ss.; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, "La notion d'enrichissement sans cause en droit administratif québécois", (1978) *C. de D.* 1039.

149. *Walsh Advertising Company Ltée c. The Queen*, (1962) R.C.E. 115; *Le Procureur Général de Colombie-Britannique c. Parklane*, (1975) 2 R.C.S. 47.

150. *Beaudry c. Cité de Beauharnois*, (1962) B.R. 738, 744; *Cie Immobilière Viger c. L. Giguère*, (1977) 2 R.C.S. 67, 77.

151. *Tucker c. The King*, (1902) 32 R.C.S. 722, 724.

entre la formation des contrats et leur mise à exécution. Parfois les tribunaux emploient le terme "contrat implicite" par lequel l'autorité publique se serait engagée à payer le cocontractant pour le travail accompli¹⁵². En définitive, en apportant un remède aux déséquilibres des situations juridiques, ce recours remplit une fonction originale à l'intérieur du cadre contractuel. Il agit comme une technique d'harmonisation palliant le manque d'élaboration des contrats d'autorité publique au profit des décisions unilatérales.

Un arrêt récent de la Cour suprême, *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Parklane*¹⁵³, confirme ce principe de l'enrichissement sans cause dans les cas où un cocontractant exécute des prestations non prévues au marché mais cependant utiles ou nécessaires. De telles prestations effectuées en dehors des prévisions du devis ou quelquefois même en l'absence de tout marché se trouve dépourvues de fondement juridique et doivent être considérées comme nulles et de nul effet. La seule indemnité que peut recevoir le particulier se situe sur une base quasi contractuelle. Dans la présente affaire, "Parklane Hospital" exploitait un hôpital privé où les assistés sociaux et d'autres patients reçoivent des soins hospitaliers. Il avait ainsi fourni à des assistés sociaux des soins durant la période du 1er mars 1968 au 31 janvier 1972. Antérieurement au 1er mars 1968 "Parklane Hospital" conformément à une entente avec la ville, a fourni des soins aux assistés sociaux au taux de \$245. par mois par patient ou \$8.05 par jour mais l'entente a été résiliée par une lettre datée du 12 janvier 1968 dans laquelle Parklane établissait de nouveaux taux supérieurs à ceux exigés antérieurement et informait la ville que si les nouveaux taux n'étaient pas acceptés, elle devrait retirer tous les assistés de l'hôpital à défaut de quoi l'hôpital prendrait les mesures nécessaires pour être payé selon le nouveau taux. La ville ne donna pas de réponse et continua à envoyer des assistés sociaux tout en payant l'ancien taux. Celle-ci prit alors action en réclamation de la différence entre les montants payables suivant ces taux et ceux que la ville a effectivement payés. La Cour en vient à la conclusion que "Parklane Private Hospital" avait un droit de recours en *quantum meruit* sur un quasi-contrat pour lequel il n'y a pas eu d'entente quant à la rémunération. Dans les circonstances, la ville devrait

152. *Hall c. R.*, (1891-93) 3 R.C.E. 373, 377, (Le juge Burbradge déclare: "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"); *National Dork and Dudging Corp. Ltd. c. R.*, (1929) R.C.E. 40, 54.

153. *Supra*, note 149.

payer des taux raisonnables et elle a reconnu que les taux exigés par Parklane étaient raisonnables.

Cependant, en présence de travaux supplémentaires même utiles et nécessaires, l'entrepreneur ne peut réclamer une indemnité sur la base de l'enrichissement sans cause lorsque les coûts supplémentaires sont justifiés soit par la loi, soit par le contrat. Par exemple, dans les marchés de construction à forfait, l'entrepreneur ne peut demander aucune augmentation de prix ni sous le prétexte de changement dans les plans et devis, ni sous celui d'augmentation de la main-d'oeuvre ou de matériaux¹⁵⁴. Dans un tel cas, c'est la convention elle-même qui s'oppose au recours sur la base de l'enrichissement sans cause¹⁵⁵. En somme l'expression "sans cause" signifie "absence de justification juridique".

En présence d'un contrat fait en méconnaissance d'une règle juridique ou d'un droit, l'action *de in rem verso* en cas d'enrichissement sans cause est-elle admise? Il se dégage d'une jurisprudence récente que l'enrichissement ne peut être considéré comme étant dépourvu de cause juridique dès le moment que la cause résulte d'actes transgressant les dispositions de la loi¹⁵⁶. En définitive, la cause dont il est question dans le recours *de in rem verso* est la cause de l'acte juridique c'est-à-dire son caractère licite soit pour un contrat, sa conformité aux lois impératives et d'ordre public¹⁵⁷.

La théorie d'enrichissement sans cause qui se dégage des arrêts portant sur les contrats d'autorité publique en est une de pur droit civil. Même si une certaine doctrine tente d'établir des règles de l'enrichissement sans cause en droit administratif, nous sommes sur le terrain du droit privé. C'est d'ailleurs pour cette raison que la jurisprudence face à un tel problème est incohérente et ambiguë. Il s'avère donc nécessaire de faire un retour dans le passé pour bien comprendre les positions jurisprudentielles.

154. Article 1690 C.c.

155. *Joe's Co. Ltd. c. The King*, (1951) R.C.E. 246; *The King c. Paradis*, (1942) R.C.S. 10; *Dufresne Construction Co. Ltd. c. The King*, (1935) R.C.E. 77. Cependant, voir *Canac Construction Co. c. La Reine*, (1974) R.C.S. 1159.

Si on est en présence de travaux effectués en exécution de contrat, la réclamation du contractant ne peut être assimilée à un enrichissement sans cause: *Cité de Montréal c. Theodori*, (1970) C.A. 401.

156. *Clermont c. Ville de Montréal*, (1970) C.A. 456; *La Corporation Municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, (1973) C.A. 832; *Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction*, (1974) C.A. 411; *Lalonde c. Cité de Montréal-Nord*, (1978) 1 R.C.S. 672.

157. M. TANCELIN, *op. cit. supra*, note 148, 314.

Au début du siècle, les tribunaux admettent la théorie de l'enrichissement sans cause comme palliatif à un contrat nul vu l'absence de formalités essentielles¹⁵⁸. Quelques 40 ans plus tard un revirement jurisprudentiel apparaît. Il devient alors essentiel que l'action *de in rem verso* n'ait pas pour but ou effet de contourner les dispositions de la loi et surtout des dispositions législatives d'ordre public. Ce principe prit naissance avec l'arrêt *Olivier c. La corporation du village de Wottonville*¹⁵⁹. Dans cette affaire la Cour suprême a donné son interprétation de l'article 2 de la *Loi sur les travaux municipaux*. La corporation municipale avait adopté un règlement autorisant l'exécution de travaux publics pour une somme de \$10,000. Toutefois elle avait octroyé à son cocontractant un contrat de \$26,066. Le tribunal décida que l'excédent dudit montant de \$10,000 réclamé par le cocontractant n'était pas payable parce qu'à l'égard de ce montant les dispositions de ladite loi n'avaient pas été suivies. De même "il n'y a pas lieu non plus d'envisager la question de savoir si l'appelant pourrait être autorisé à réclamer sur la base d'un *quantum meruit* car le contrat a été fait dans des conditions déterminées et nécessairement limitées par la loi¹⁶⁰. Loin d'être demeurée isolée, cette application stricte de la théorie de l'enrichissement sans cause fut reprise en 1970 par la Cour d'appel dans l'affaire *Clermont c. Ville de Montréal*¹⁶¹. En 1973, la Cour d'appel à deux reprises¹⁶², soutient le même point de vue mentionnant que "l'équité, la bonne foi, la question de l'enrichissement sans cause n'entre pas en ligne de compte dans ce domaine où les dispositions impératives de la loi sont de droit strict et dont la violation entraîne nullité..."¹⁶³.

Dans une affaire de 1977 jugée par la Cour suprême¹⁶⁴ un

158. *Wood c. The Queen*, (1887) 7 R.C.S. 634; *Tucker c. The King*, (1902) 32 R.C.S. 722; *National Dock and Dugding Corp. Ltd. c. R.*, (1929) R.C.E. 40; *Tremblay c. Ville de Baie St-Paul*, (1921) 59 C.S. 498; *Langlois c. Ville de Trois-Pistoles*, (1924) R.de J. 436.

159. *Olivier c. Corporation du village de Wottonville*, (1943) R.C.S. 118.

160. *Id.*, 124-125.

161. *Clermont c. Ville de Montréal*, (1970) C.S. 956; voir le commentaire d'Eugène JURISIC, dans (1973) *R. du B.* 63.

162. *La Corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*, (1973) C.A. 832; *La Corporation municipale de la Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction Inc.*, (1974) C.A. 411.

163. *La Corporation municipale de la Cité de St-Romuald d'Etchemin c. S.A.F. Construction Inc.*, (1974) C.A. 411, 415.

164. *Lalonde c. Cité de Montréal-Nord*, (1978) 1 R.C.S. 672, 695.

contrat fut considéré, nul de nullité absolue vu l'absence d'approbation conformément à l'article (25) 27 de la *Loi de la commission municipale*. Le juge Pigeon dit: "il faut donc appliquer la loi dans toute sa rigueur sans qu'il y ait lieu de rechercher si les circonstances donneraient lieu à l'application du principe de l'enrichissement sans cause...".

Depuis l'arrêt *Olivier* cette tendance jurisprudentielle qui écarte le recours d'enrichissement sans cause lorsque le contrat est entaché de nullité d'ordre public n'est pas unanime¹⁶⁵. La même année que l'affaire *Olivier*, la Cour d'appel¹⁶⁶ admit la doctrine de l'enrichissement sans cause pour indemniser un professionnel dont le contrat était nul parce que non autorisé par une résolution du conseil municipal. De même, il semble que les tribunaux soient plus souples lorsqu'il s'agit de prêt consenti à des corporations publiques. Face à pareille situation, ils semblent tenir compte de la nature particulière du lien contractuel¹⁶⁷. Le juge Crête dans l'arrêt *La Corporation municipale de Havre St-Pierre c. Brochu*¹⁶⁸ écrit, en effet: "Par ailleurs les décisions citées dans les jugements de première instance ne me paraissent pas avoir leur application en l'espèce, puisqu'il s'agit non pas de travaux publics à être autorisés suivant les dispositions de la *Loi sur les travaux municipaux* mais de prêts consentis à des commissions scolaires". Il reconnaît ainsi une différence entre le marché de travail public et le prêt. Nous ne pouvons partager ce point de vue. Dans les deux cas, il s'agit de contrats soumis à des approbations qui en conditionnent la validité. Tenter d'établir cette différence nous apparaît une erreur. La seule différence qui peut apparaître c'est que dans le contrat de prêt, l'autorité publique peut facilement remettre ce qu'elle a reçu vu la nullité du contrat. À cet effet, le juge Pigeon dans l'arrêt *Lalonde* dit: "il ne s'agit pas d'un cas où il y aurait lieu de se demander si malgré la nullité du contrat elle ne pourrait pas se trouver obligée de rendre une chose profitable qu'elle aurait reçue comme une somme d'argent"¹⁶⁹.

165. *Ross c. St-Maurice de l'Echourie*, (1951) C.S. 173; *Walsh Advertising c. R.*, (1962) R.C.E. 115.

166. *Louiseville c. Ferron*, (1947) B.R. 48.

167. *Peloquin c. Commissaires d'écoles pour la municipalité de la Cité de Sorel*, (1942) C.S. 200; *Vermille c. Commissaires d'écoles de la municipalité scolaire de Ste-Anostaire-de-Nelson*, (1955) C.S. 114; *Mailloux c. Les Commissaires d'écoles du village de St-Césaire*, (1958) C.S. 577.

168. *Supra*, note 156.

169. *Lalonde c. Cité de Montréal-Nord*, (1978) 1 R.C.S. 672, 695.

Toujours à l'intérieur de ce labyrinthe juridique, il nous semble intéressant d'ouvrir une parenthèse pour tenter d'éclaircir la confusion que peut créer l'arrêt *Compagnie immobilière Viger c. Giguère*¹⁷⁰. En effet, il est saisissant de constater les difficultés qu'éprouve la doctrine pour situer cet arrêt dans son cadre juridique. Si on examine de près les faits de l'arrêt, l'on se rend compte que nous sommes en présence d'un véritable quasi-contrat classique entre deux particuliers qui ne contourne aucune disposition de loi. On ne peut prétendre, dit le juge Beetz, "que Giguère cherche à contourner le droit positif par son recours en invoquant une créance fondée sur un contrat nul. Il faudrait prendre cette objection en considération s'il s'agissait d'un recours de Giguère contre Plessisville. Mais c'est Viger qui s'est enrichi et je ne vois pas quelle disposition de loi se trouve contournée si le recours de Giguère est maintenu contre cette dernière. Il est injuste et illégitime que ce soit un tiers qui fasse les frais d'une illégalité dont il est innocent"¹⁷¹.

Nous pouvons conclure à la lumière de la jurisprudence qu'actuellement l'enrichissement sans cause est inapplicable contre une autorité publique lorsqu'il y a eu manquement à des formalités prescrites sous peine de nullité¹⁷². Cette jurisprudence nous paraît être la seule qui puisse être approuvée car la doctrine de l'enrichissement sans cause n'a pas pour but de contourner les dispositions législatives d'ordre public. Un formalisme a été instauré pour protéger les finances publiques. L'obligation pour une corporation municipale de rembourser des dépenses faites sans autorisation préalable serait un moyen déguisé de se passer d'autorisation. On n'aboutirait alors à faire indirectement ce que les lois d'ordre public ne permettent pas de faire directement.

Le cocontractant se trouve une fois de plus en présence d'un déséquilibre juridique des obligations des contrats administratifs qui s'expliquent à la fois par les caractères propres de ces contrats et par le degré d'influence de décisions unilatérales sur le lien d'obligation. Il apparaît donc pour la protection du particulier impossible de plaquer en droit administratif la construction

170. *Compagnie immobilière Viger c. Giguère*, (1977) 2 R.C.S. 67.

171. *Id.*, 83.

172. Il est intéressant de noter que dans les deux arrêts de la Cour suprême rendus sur l'absence de recours sur la base de l'enrichissement, l'autorité publique ne s'était pas enrichi. D'ailleurs, dans l'arrêt *Adricon Ltée c. Ville d'East Angus*, (1978) 1 R.C.S. 1107, 1121, le juge Beetz dit: "Au surplus dans l'arrêt *Gravel*, la municipalité n'avait pas profité des travaux des ingénieurs qui la poursuivaient. Il en est de même dans l'arrêt *Lalonde*".

civiliste. Le juge lorsqu'il applique un mécanisme civiliste à l'administration devrait l'adopter au droit public qui est par son essence un droit d'inégalité entre la puissance publique et les administrés. En conséquence, eu égard au mécanisme technique propre à l'enrichissement sans cause il est évident que les nécessités du service doivent permettre de manier la théorie avec une souplesse plus grande. En somme, les quasi-contrats administratifs devraient avoir des règles propres que les juges déterminent en transposant les notions civilistes. Nous revenons une fois de plus à la nécessité de considérer le contrat de l'administration différemment du contrat entre particuliers et de lui accorder un certain degré de spécificité. Les quasi-contrats que nous retrouvons dans le droit administratif sont les mêmes qu'en droit civil mais ne devraient pas nécessairement être régis par les mêmes règles. Les tribunaux canadiens pourraient prendre exemple sur la jurisprudence du conseil d'État français qui "s'est attaché depuis longtemps à dégager l'idée d'un quasi-contrat administratif dont les données fussent différentes de celles du droit civil et qui correspondit à la fois aux exigences de l'équité et aux nécessités de l'intérêt général"¹⁷³.

CONCLUSION

L'étude des contrats des corporations municipales laisse apparaître une certaine incohérence dans les prises de positions jurisprudentielles d'une part, vis-à-vis la règle de droit public et, d'autre part, vis-à-vis la règle de droit privé. La difficulté naît peut-être de la tentative d'équilibrer ces deux règles dans une même convention. Mais alors, objectera-t-on, pourquoi ne pas rapprocher le plus possible le contrat d'autorité publique du contrat entre particuliers?

C'est en effet la démarche que semble suivre de plus en plus les tribunaux. Les solutions apportées à un litige contractuel mettant en cause une administration publique et le particulier sont d'une philosophie privatiste. On interprète largement les textes ce qui conduit parfois à les contourner ou bien à s'éloigner considérablement de l'intention du législateur. De même la notion de bonne foi est de plus en plus présente.

Si l'interprétation de droit privé assouplit ces règles statutaires et semble protéger d'une façon plus adéquate le particulier-

173. A. MESTRE, note sous les arrêts du Conseil d'État, 27 juin 1930, Bonniol et Philippe, S. 1931, 357.

contractant d'un autre côté, en matière d'enrichissement sans cause, par exemple, les règles de droit privé semblent alors être à son désavantage.

Nous croyons que la démarche suivie par les juges devrait être l'inverse. La théorie juridique doit, tout au contraire, puiser dans le fondement même de l'activité contractuelle d'une autorité publique. Le contrat administratif est fait pour combler un besoin d'intérêt général. Il en découle que le juge doit d'une part, assurer à la corporation municipale le moyen le meilleur pour accomplir sa mission d'intérêt public et, d'autre part, protéger au maximum les droits individuels et non l'inverse.

Il suffit de se rappeler, comme le dit Montesquieu dans *L'esprit des lois*¹⁷⁴ "qu'il ne faut point décider par les règles du droit civil, quand il s'agit de décider par celles du droit politique... Il est ridicule de prétendre décider des droits des royaumes, des nations et de l'univers par les mêmes maximes sur lesquelles on décide entre particuliers d'un droit pour une gouttière..."

174. MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, Livre XXVI, chapitre XVI.