

# LE POUVOIR D'INSPECTION ET DE CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION DANS LES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS

Pierre Lemieux

Volume 10, Number 2, 1979

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1059505ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1059505ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Lemieux, P. (1979). LE POUVOIR D'INSPECTION ET DE CONTRÔLE DE  
L'ADMINISTRATION DANS LES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS. *Revue  
générale de droit*, 10(2), 403–427. <https://doi.org/10.7202/1059505ar>

Droits d'auteur © Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa,  
1979

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit  
(including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be  
viewed online.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal,  
Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to  
promote and disseminate research.

<https://www.erudit.org/en/>

## LE POUVOIR D'INSPECTION ET DE CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION DANS LES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS

par Pierre LEMIEUX,  
*professeur à la Faculté de Droit,  
Université d'Ottawa.*

### SOMMAIRE

#### Section I — Pouvoir d'inspection et de contrôle.

- I. — Fondement du pouvoir d'inspection et de contrôle.
  - A. Sources législatives et réglementaires du pouvoir de contrôle.
  - B. Sources conventionnelles du pouvoir de contrôle.

- II. — But du contrôle.

- III. — Conséquences du contrôle sur les responsabilités de l'entrepreneur.

#### Section II — Pouvoir de sanction.

- I. — Des différentes sanctions.
  - A. Dommages-intérêts et pénalités.
  - B. Mesures coercitives provisoires: suspension, exécution en régie, etc.
  - C. Mesures répressives, définitives: déchéance, résiliation.

- II. — Des faits justificatifs.

- A. Force majeure.
  - B. Fait de l'administration.

- III. — Contrôle de l'exercice du pouvoir de sanction par le juge ou par l'arbitrage.

#### Conclusion

La situation de l'administration dans le contrat se trouve et se doit d'être commandée par cette idée que celui-ci a pour but et pour effet d'assurer un véritable collaborateur à un service public. L'idée de collaboration est une idée relativement récente. Mais, elle est le régime naturel des administrations publiques et l'évolution pousse le législateur, les théoriciens et l'opinion publique vers la collaboration. Ainsi le seul fait de la collaboration du cocontractant au service public marque profondément le contrat. L'entrepreneur obligé envers l'adminis-

tration doit exécuter ses obligations suivant certaines règles plus strictes que celles que l'on appliquerait dans un contrat entre particuliers. L'intérêt général du fonctionnement régulier du service public incite à une interprétation plus rigoureuse des obligations du cocontractant-particulier.

Le but d'intérêt public inspire des règles précises pour l'exécution du contrat comme il en existe pour la formation. On pourrait même dire à propos du marché de travaux publics que l'administration est chargée d'assurer la réalisation non d'un plan mais d'une oeuvre. Cette formule pourrait d'ailleurs être reprise pour tous les contrats des autorités publiques. Se dégage alors une règle essentielle de l'exécution des contrats administratifs: l'intérêt général du fonctionnement régulier du service public ne doit pas être compromis par l'intérêt privé du cocontractant. Afin de sauvegarder cet intérêt général, l'administration a le devoir de surveiller l'exécution et en certaines occasions de modifier le projet initial pour réaliser l'adaptation la plus parfaite possible du service au besoin public.

Le droit privé n'accorde pas à un des contractants ces pouvoirs exorbitants, il faut analyser en détail les effets du contrat pour voir ce qui autorise l'administration à exercer ces prérogatives. Ces pouvoirs exorbitants de l'autorité publique découlent de différentes sources soit d'une part de dispositions législatives expresses ou de clauses spéciales au contrat et d'autre part de la notion même de service public. Ces pouvoirs doivent être interprétés comme s'étendant à tout ce qui est absolument indispensable pour assurer la protection de l'intérêt général et par le fait même le fonctionnement régulier du service public. L'intérêt général engendre pour l'administration un droit de contrôle voir un droit de direction sur l'exécution du contrat et un droit de sanction. Mais la puissance publique n'est pas illimitée dans notre conception actuelle du droit. Si bien qu'en décrivant toute l'étendue des pouvoirs de l'administration, nous nous préoccuperons d'en faire apparaître les limites.

## Section I

### **Pouvoir d'inspection et de contrôle.**

Au contraire des contrats entre particuliers, nombreux sont les contrats administratifs qui comportent le droit pour une partie contractante de contrôler l'exécution du contrat. L'administration publique a le droit de surveiller ou de contrôler l'exécution du contrat et de donner des instructions à son cocontractant. Mais ce pouvoir est variable selon les différents contrats administratifs. En règle générale le particulier a la liberté de l'exécution de ses obligations mais il arrive parfois qu'il doit se plier aux directives de l'administration. Si celles-ci ne sont pas appliquées adéquatement ou si des fautes sont commises dans l'exécution du contrat, elle pourra infliger des sanctions au cocontractant. Apparaît le caractère propre du régime des marchés de travaux publics dans les pouvoirs de contrôle exercé par l'administration. Ainsi l'autorité publique dans l'exécution des travaux exerce non seulement un pouvoir de surveillance visant à vérifier la réalisation

fidèle du devis mais encore un pouvoir très étendu de direction proprement dit visant à prescrire à l'entrepreneur les modalités d'exécution du travail au moyen des ordres de service. On voit que ce *droit découle moins d'une idée contractuelle que de l'idée de service public*. Il y a plus, en effet, dans ce droit de l'administration que dans le simple droit qui appartient à un contractant ordinaire d'obtenir la prestation inscrite dans son contrat.

## I. — FONDEMENT DU POUVOIR D'INSPECTION ET DE CONTRÔLE.

L'administration dans ses contrats jouit d'un pouvoir de surveillance sur son collaborateur. Il n'est pas propre au contrat administratif que les parties contractantes veillent à la bonne marche du contrat. Mais à la différence des contrats entre particuliers existe l'idée de service public. Il y a deux intérêts qui opposent les parties contractantes, l'une représentant l'intérêt général de la collectivité, l'autre l'intérêt particulier.

Il peut exister d'autres raisons de ce pouvoir de contrôle. Mais la nécessité pour l'administration de voir à la meilleure utilisation des fonds publics et ayant la responsabilité de leur gestion devant les citoyens justifient certainement la nécessité d'un tel pouvoir. L'État, écrit Leon Blum<sup>1</sup> «reste garant de l'exécution du service vis-à-vis de l'universalité des citoyens. Il reste responsable de la sécurité publique, qu'une exécution inhabile du service peut compromettre». Le cocontractant de l'administration canadienne ou québécoise n'est qu'un collaborateur du service public. C'est l'administration qui reste responsable du service devant les citoyens. Elle est tenue d'assurer de façon continue et régulière le service et du à cette raison elle se voit conférer des prérogatives et des sujétions exorbitantes sur son cocontractant qui lui permettent d'effectuer un contrôle valable et efficace.

Ayant dégagé le fondement du droit de l'administration de contrôler et de sanctionner son cocontractant, nous pouvons déduire la nature juridique de ce droit. Il peut, notamment, avoir une double origine: soit d'une part qu'il se fonde sur les dispositions législatives et réglementaires applicables au contrat en cause, soit d'autre part qu'il naisse de ce contrat lui-même.

### A. SOURCES LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES DU POUVOIR DE CONTRÔLE.

Certaines lois, certains règlements relatifs à des catégories de contrat imposent à l'entrepreneur des obligations précises et confèrent des droits à l'administration. Par conséquent, de nombreuses obligations et droits sont de nature législative et réglementaire.

Le contrat des travaux publics contient en effet toujours une indication précise des ouvrages à effectuer. L'administration a fait établir par un ingénieur en

---

<sup>1</sup> Conseil d'État, 11 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, R. 218 concl. Leon Blum.

chef ou un architecte en chef un devis avec des dessins, plans, cartes, tracés, types, modèles, etc<sup>2</sup>.

Une fois muni de ces documents, l'entrepreneur ne jouit pas d'une liberté de construire l'ouvrage sous réserve d'un examen du travail lorsque celui-ci sera terminé. Nous sommes en présence d'un ouvrage public d'intérêt général pour lequel le cocontractant n'est qu'un exécutant, un collaborateur et non un directeur de ce travail. Le rôle de directeur revient à certains agents de l'administration. Ces agents portent dans la langue administrative le titre d'ingénieur en chef ou d'architecte en chef<sup>3</sup>. Nous constatons que l'administration est et demeure le maître de l'ouvrage.

Ainsi l'ingénieur ou l'architecte en chef n'est pas seulement un surveillant, c'est avant tout le véritable directeur du travail. À ce titre, il prépare des rapports pour l'information du ministre sur toute question qui se rattache à tout ouvrage public et qui lui est soumise. Il examine et revise les plans, devis estimatifs et recommandations des autres ingénieurs, architectes et employés au sujet de cet ouvrage et d'une façon générale conseille le ministre sur toutes les questions de génie ou d'architecture qui concernent l'ouvrage<sup>4</sup>.

L'administration en plus de diriger le contrat possède un pouvoir exorbitant de surveillance. En effet, le ministre ou son sous-ministre peut grâce à l'article 6 de la *Loi québécoise des travaux publics*<sup>5</sup> «faire venir et examiner sous serment toutes les personnes qu'il croit nécessaire d'examiner sur toutes les matières requérant son intervention; il peut ordonner à telle personne d'apporter avec elle les papiers, plans, livres, documents ou objets requis pour la preuve sur cette matière... Ces personnes sont obligées de se rendre à cette sommation après en avoir reçu avis...»

De plus l'administration doit s'assurer «que les travaux ont été accomplis, les matières fournies ou les services rendus selon le cas et que le prix est conforme au contrat ou si le prix n'est pas spécifié par contrat qu'il est raisonnable<sup>6</sup>». La loi fait alors dépendre le paiement pour l'exécution des travaux de cette formalité administrative en plus que tous les autres documents ou certificats qui pourraient être requis par ailleurs.

Le pouvoir de surveillance et de contrôle exercé par l'autorité publique sur son cocontractant est parfois doublé d'un pouvoir semblable à l'intérieur de l'administration publique. En effet, tous les ministères lorsqu'ils contractent pour des travaux de construction, réparation et transformation de leurs édifices ainsi que pour l'acquisition ou le remplacement des meubles et garnitures de leurs

---

<sup>2</sup> *Loi concernant les travaux publics du Canada*, S.R.C. 1970, chap. P-38, art. 8.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> L.R.Q. 1978, ch. T-15. Voir article 15 de la *Loi concernant les travaux publics du Canada*, *op. cit.* note 2.

<sup>6</sup> *Loi sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10, art. 27; *Loi de l'administration financière (québécoise)* L.R.Q. 1978, ch. A-6, art. 54.

bureaux doivent confier au ministère des travaux publics l'engagement des architectes et ingénieurs pour la préparation des plans et devis<sup>7</sup>. Il s'ensuit que tous les ministères doivent se conformer lors de la construction des édifices à la procédure suivante:

- Demande au ministère des travaux publics de plans et devis basés sur les documents et renseignements qu'ils lui fourniront;
- Les plans et devis ayant été mis au point et acceptés de part et autre, demande publique de soumission par le ministère des travaux publics, qui accordera le contrat d'entreprise suivant les normes établies par ces propres travaux;
- Surveillance des travaux par le ministère des travaux publics exclusivement, sans intervention du ministère concerné auprès des architectes, ingénieurs et entrepreneurs;
- Recommandations de paiement aux entrepreneurs, architectes et ingénieurs transmises périodiquement par le ministère des travaux publics au ministère concerné;
- Les travaux terminés, avis dressé par le ministère des travaux publics au ministère concerné de prendre possession du nouvel édifice<sup>8</sup>.

Notons l'existence de très larges pouvoirs de contrôle et d'inspection attribués au contrôleur des finances, au Conseil du trésor, à l'auditeur ou vérificateur général en ce qui concerne les contrats comportant des dépenses de fonds publics<sup>9</sup>. Aussi, il convient de souligner qu'au Québec, la Commission du salaire minimum joue un rôle important en ce qui concerne la surveillance des normes de travail pour l'exécution des contrats et sous-contrats du gouvernement et de plusieurs organismes para-gouvernementaux<sup>10</sup>.

Nous remarquons à la lumière de ces textes législatifs et réglementaires qu'un pouvoir de contrôle administratif existe sans être stipulé dans des clauses du contrat. Ces pouvoirs existent pour que l'administration atteigne le but qu'elle poursuit. Ils appartiennent à l'administration comme des pouvoirs originaires et inaliénables et dont l'administration elle-même ne peut volontairement faire abandon. Il en découle que si le cocontractant méconnaît les ordres administratifs

---

<sup>7</sup> Règlement concernant les contrats d'entreprise pour travaux exécutés par le gouvernement, A-C 1042, (1971) 103 G.O.Q. p. 2623, modifié par la même année, p. 5365, art. 24, alinéa 1; Voir aussi, règlement concernant les contrats du gouvernement, A-C 1041, (1971) 103 G.O.Q. p. 2649, (et dont on trouvera des modifications dans la Gazette de 1971, p. 7580, de 1974, Partie II, p. 4159, de 1975, Partie II, p. 3787, de 1976, Partie II, p. 2519, 3853, 3857 et 5679), articles 10 et 17.

<sup>8</sup> *Ibid.*, article 24, alinéa 2.

<sup>9</sup> Articles 5, alinéa 6 (Conseil du trésor), 24(4) et 58 (auditeur général de la *Loi fédérale sur l'administration financière*, S.R.C. 1970, chap. F-10; articles 14-15 (contrôleur des finances), 25 (Conseil du trésor), 75, 83, alinéa 2 (vérificateur général) de la *Loi (québécoise) de l'administration financière*, *op. cit.* note 6.

<sup>10</sup> Règlement concernant certaines conditions des contrats pour travaux exécutés par le gouvernement, A.C. 3691 du 7 octobre 1970.

déoulant de ces pouvoirs, il viole son contrat. Il est donc important que ces ordres soient précis, formels pour que l'on puisse suivre pas à pas l'exécution du travail par la lecture de ces ordres.

L'administration ne tire pas seulement son pouvoir exorbitant de surveillance et de contrôle des textes de lois mais aussi du contrat lui-même.

#### B. SOURCES CONVENTIONNELLES DES POUVOIRS DE CONTRÔLE.

Fréquemment le contrat de travail public fixe avec un grand luxe de précautions les obligations du cocontractant et les moyens dont dispose l'administration pour obtenir l'exécution de ses prestations. Ainsi, les pouvoirs de contrôle sont prévus par des dispositions, des clauses qui règlent leur étendue et leur exercice. On sait que les cahiers des charges sont des documents longs et précis qui renvoient avec une minutie remarquable les règles générales des rapports de l'administration et de son cocontractant<sup>11</sup>. Prenons l'exemple du cahier général des charges du Québec. Il contient des clauses juridiques et administratives générales valables pour tous les marchés du ministère. Il se divise en 10 sections:

- 1- Généralités, définition.
- 2- Interprétation du cahier des charges et des devis, clauses générales.
- 3- Soumissions.
- 4- Le contrat (adjudication du contrat, cautionnement, documents composant un contrat, signature, amendements, travaux imprévus, changements dans les conditions d'exécution).
- 5- Contrôle des matériaux.
- 6- Conduite et surveillance des travaux.
- 7- Obligations et responsabilités de l'entrepreneur.
- 8- Exécution des travaux.
- 9- Paiement.
- 10- Résiliation du contrat.

En somme, le cahier général des charges est un document complexe venant se joindre à l'acte constatant l'engagement que pris le cocontractant de se soumettre aux stipulations pour former la convention proprement dite. Aussi il est important de remarquer que pour que ces clauses s'appliquent au contrat, il n'est pas nécessaire qu'elles soient toutes retranscrites. S'il est fait mention de ces clauses générales par un renvoi quelconque, alors le contrat contient ces clauses comme si elles y étaient expressément indiquées. Ces clauses peuvent être contenues dans le contrat ou bien incorporées au contrat par référence. Dans la plupart des contrats, en plus du cahier général des charges s'ajoute un ou des cahiers des clauses ou charges particulières habituellement incluses au document du contrat. Les règles particulières au marché se trouvent précisées dans d'autres documents non moins précis. L'autorité publique garde ainsi dans les marchés de l'État un droit de direction stricte.

<sup>11</sup> Voir, par exemple, le Cahier des charges et Devis généraux, mars 1972 du ministère de la Voirie; aussi les conditions générales du ministère des Travaux publics du Canada, D.P.W. 702F (Rev. 12/70) 7530-21-029-2150.

Le cahier général des charges du ministère de la Voirie, par exemple, prévoit des clauses expresses de contrôle et de surveillance. D'une manière générale, tous les matériaux doivent être inspectés par l'ingénieur avant d'être transportés à pied d'œuvre «à cette fin l'entrepreneur doit informer l'ingénieur par écrit des sources d'approvisionnement des matériaux qu'il a l'intention d'employer. Cette information doit être reçue au ministère au moins 30 jours avant d'acquérir aucune espèce de matériaux généralement soumis aux essais des laboratoires et avant de commencer l'exploitation des carrières de pierre, des bancs de gravier ou de sable et avant l'achat et l'expédition des matériaux fabriqués ou transformés. L'entrepreneur doit collaborer avec l'ingénieur et lui procurer les facilités nécessaires pour faire une inspection complète et rapide<sup>12</sup>.» Il faut également noter qu'en plus du contrôle des matériaux employés il est habituellement mentionné dans ces contrats que l'acceptation par l'administration ou par ses mandataires des travaux et des matériaux ne dégage pas l'entrepreneur «de la complète obligation que son mandat lui impose d'avoir à fournir les matériaux spécifiés au cahier des charges, d'exécuter les travaux suivant les règles de l'art et maintenir en parfait ordre jusqu'à l'acceptation définitive alors même que pour ces matériaux défectueux ou cette exécution imparfaite, il aurait été déjà payé».

Tout au long de l'exécution du contrat, le cahier général des charges a établi des règles de conduite et de surveillance des travaux. L'administration représentée par ses mandataires (ingénieur conseil, architecte, etc.) voit à faire exécuter les travaux conformément au cahier des charges, aux plans et devis en jugeant de la qualité des matériaux et de la manière de les mettre en œuvre.

L'ingénieur représentant l'administration décide «des points de controverse et règle les questions litigieuses qui peuvent surgir au cours des opérations. Et est également autorisé à intervenir dans l'organisation et les méthodes de l'entrepreneur...<sup>13</sup>»

L'ingénieur a le droit d'ordonner en cours d'exécution la démolition et la reconstruction des ouvrages qu'il estime vivieux<sup>14</sup>.

L'ingénieur guide notamment l'entrepreneur au moyen d'ordres de service que l'on peut définir comme des instructions obligatoires données par l'ingénieur à l'entrepreneur<sup>15</sup>. Ces ordres de réalisation des pouvoirs d'intervention de l'administration dans l'exécution du marché de travaux publics<sup>16</sup>. De plus, l'ordre a toujours un caractère obligatoire pour le cocontractant lequel doit l'exécuter sous peine d'encourir des sanctions coercitives et d'engager sa responsabilité. Aussi l'ingénieur pour une meilleure exécution de l'ouvrage a un droit de regard sur le personnel de l'entrepreneur avec le droit d'exiger un changement ou le renvoi des

---

<sup>12</sup> Art. 5.01, du Cahier général des charges du ministère de la Voirie; Voir aussi articles 5.02 et ss.

<sup>13</sup> *Ibid.* art. 6.01.

<sup>14</sup> *Ibid.*: *Bilodeau c. Bergeron et al.*, (1975) 2 R.C.S. 345.

<sup>15</sup> *Ibid.* art. 6.05; *Adricon Liée c. Ville d'East Angus*, (1978) 1 R.C.S. 1107, 1115.

<sup>16</sup> André DE LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975, p. 314, n° 606.

agents ou ouvriers de l'entrepreneur. Ainsi le cahier général des charges (Québec) dispose à l'article 8.05 que:

l'entrepreneur doit employer comme surintendant ou contremaître des hommes de l'art compétent ayant une bonne expérience dans la conduite des travaux de voirie et suffisamment d'instruction pour comprendre facilement les plans et devis. Ces employés doivent être disposés à diriger les opérations de manière à obtenir les meilleurs résultats possibles c'est-à-dire conformes en tout au contrat. Ils doivent coopérer avec les ingénieurs du ministère et leurs aides et *suivre les directives reçues*. Ces conditions s'appliquent également aux ingénieurs et aux techniciens de l'entrepreneur et aux sous-traitants.

Le personnel ouvrier doit faire preuve d'habileté et de diligence dans son travail et l'ingénieur peut exiger de l'entrepreneur ou de son représentant autorisé la permutation de tout employé subalterne y compris les sous-contremaîtres incompetents ou coupables d'insubordination d'inconduite ou de négligence dans l'accomplissement de leur devoir; aucun employé ainsi déplacé ne peut être utilisé de nouveau sur les travaux du ministère *sans l'autorisation écrite de l'ingénieur*.

L'administration responsable vis-à-vis l'intérêt public a le droit de surveiller l'exécution du contrat à tous les moments de l'exécution.

Il nous semble, en résumé, que dans les contrats de travaux publics l'administration possède un droit de contrôle qui est pour elle un droit contractuel mais aussi un droit provenant de dispositions législatives et réglementaires.

## II. — BUT DU CONTRÔLE.

Ce pouvoir de contrôle et de surveillance est d'une grande utilité et se justifie par la nécessité pour l'administration contractante de voir à la meilleure utilisation des fonds publics et de répondre devant les élus parlementaires et locaux de leur gestion. Le but du contrôle est d'une part que le contrat soit exécuté comme convenu en assurant le respect des cahiers de charges et d'autre part qu'il permette à l'administration d'apprécier l'adaptation constante aux exigences du service en y apportait des changements en cours d'exécution.

Le respect du cahier des charges est l'assurance d'une bonne exécution du contrat. L'administration fait exécuter le contrat. Elle ordonne à l'entrepreneur la mise en train des travaux, les époques et les délais d'exécution, règle l'activité des chantiers et surveille que celui-ci ne cède ni transporte, vend ou aliène son contrat ni fasse exécuter des travaux par des sous-traitants ni dispose de ses droits titres et intérêts. Elle exige aussi du fournisseur que conformément au contrat la fourniture soit de la meilleure qualité de son espèce<sup>17</sup>...

L'administration inspecte et surveille l'exécution du contrat pour connaître les infractions qui peuvent être commises par le cocontractant. De par les pouvoirs qui lui sont accordés par la loi et les règlements et aussi par les clauses insérées au contrat ou par référence à un cahier des charges, elle assure que les délais pour l'achèvement des travaux soient respectés que les travaux soient conformes aux dispositions du devis et aux règles de l'art. Elle surveille le personnel du

---

<sup>17</sup> Voir notamment: *Bilodeau c. Bergeron et al.*, (1975) 2 R.C.S. 345.

cocontractant et les matériaux qu'elle emploie. Aussi elle surveille les matériaux du fournisseur, la provenance des fournitures.

L'administration en cas d'infraction détient les pouvoirs nécessaires pour les faire cesser. Elle peut suspendre les travaux, ordonner la démolition des ouvrages non conformes au devis et la reconstruction d'ouvrages corrects<sup>18</sup>. L'administration dispose aussi de sanctions plus rigoureuses comme la résiliation unilatérale du contrat. De même, la loi lui accorde parfois le pouvoir de modification unilatérale<sup>19</sup>. Ainsi lorsque l'administration possède un tel pouvoir, les actes de contrôles ne sont plus ceux que l'on trouve dans un contrat entre particuliers car ils deviennent des actes d'autorité.

### III. — CONSÉQUENCES DU CONTRÔLE SUR LES RESPONSABILITÉS DE L'ENTREPRENEUR.

Si le pouvoir de contrôle de l'administration est un pouvoir d'ordre public découlant du but du contrat peut-on affirmer que la subordination de l'entrepreneur à ce pouvoir fait disparaître sa responsabilité? La direction continue de l'administration par l'intermédiaire de ses agents n'a pas pour effet de faire disparaître la responsabilité du contractant particulier. De plus, même si ce pouvoir de contrôle est mal exercé soit en raison des plans proposés par l'ingénieur, agent de l'administration, soit de son défaut de surveillance, l'entrepreneur dont les travaux accusent des malfaçons ne peut en rejeter la responsabilité sur l'ingénieur<sup>20</sup>. Cette subordination à l'ingénieur ne fait pas disparaître la responsabilité de l'entrepreneur. Mais l'administrateur engage la sienne pour son défaut de surveillance<sup>21</sup>. Enfin, la responsabilité de l'entrepreneur est engagée pendant dix ans à partir de la fin des travaux<sup>22</sup> (à la condition que ces

<sup>18</sup> À titre d'exemple, art. 9.11 du *Cahier général des charges* du ministère de la Voirie.

<sup>19</sup> Voir, *Loi des Postes*, S.R.C. 1970, ch. P-14, art. 22.

<sup>20</sup> *Corporation de la Paroisse de la Paroisse de la Grande Île c. Sauvé*, (1971) C.S. 70.

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> La responsabilité de l'entrepreneur procède de l'idée qu'un délai de cinq ans constitue un temps d'épreuve suffisant pour une construction. Durant ce laps de temps, l'entrepreneur doit pouvoir être contraint de réparer les dommages causés par les vices de la construction.

Le fondement juridique de cette responsabilité réside dans les articles 1688 et 2259 du Code civil.

L'article 1688 c.c. dispose:

«Si l'édifice périclit en tout ou en partie dans les cinq ans, par le vice de la construction ou même par le vice du sol l'architecte qui surveille l'ouvrage et l'entrepreneur sont responsables de la perte conjointement et solidairement».

Et l'article 2259 c.c.:

«L'action en indemnité en vertu de 1688 doit être introduite dans les cinq ans de la perte.

Si cependant le vice en est un qui se manifeste graduellement, la prescription commence à courir à l'expiration des cinq années mentionnées dans l'article 1688».

Le délai de cinq ans court de la date de la fin des travaux. Mais si le vice s'est manifesté graduellement et a commencé à se faire dans les cinq ans de la fin des travaux sans toutefois être complétée à la fin de cette période, la prescription des cinq ans commence à courir à l'expiration des cinq années consécutives à la fin des travaux.

En somme l'entrepreneur peut donc être poursuivie en responsabilité dans un délai maximum de dix ans depuis la fin des travaux.

travaux entrent dans le cadre de l'article 1688 c.c., sinon c'est le délai de trente ans qui s'applique).

En dépit des règles de base, il peut arriver que le pouvoir de contrôle de l'administration restreigne ou même annule toute responsabilité du cocontractant. Une certaine jurisprudence nous paraît adopter ce principe. Ainsi dans un arrêt albertain le tribunal rejeta les réclamations de l'administration contre le cocontractant dû à certains vices de construction pour la raison que les ingénieurs avaient eu la possibilité de constater ces défauts tout au cours de l'exécution du contrat<sup>23</sup>. Récemment la Cour supérieure posa comme principe que si ce pouvoir de contrôle est mal exercé et ne se conforme pas à la procédure établie, l'administration ne peut retenir son cocontractant responsable pour certaines malfaçons<sup>24</sup>. En somme quant à l'exercice du contrôle, son incidence sur les responsabilités de l'entrepreneur est la suivante: ses responsabilités en sont

---

Voir notamment sur cette question: Pierre MARTINEAU, *La Prescription*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1977, p. 277, n° 269; Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Précis du droit de la vente et du louage*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1978, pp. 378 et s.

*Vu que l'article 1688 c.b.c. ne parle que d'édifices, peut-on étendre son application à tous travaux tels que la construction de ponts, de routes etc.?*

En France, la réponse est incontestablement positive en se basant sur l'article 2270 du Code Napoléon qui se réfère à de gros et menus ouvrages. Ainsi le Code a institué la responsabilité biennal pour les vices des menus ouvrages (la distinction à opérer entre gros et menus ouvrages a été précisée par le décret n° 67-1166 du 22 décembre 1967) et la responsabilité décennale pour les gros ouvrages. Il est intéressant de signaler que pour les contrats administratifs, le Conseil d'état se fonde toujours sur les principes posés par les articles 1792 et 2270 du Code Napoléon qui correspondent à nos articles 1688 et 2259 c.c.

À la différence de l'article 2270 du Code Napoléon, l'article 2259 c.c. ne contient pas la mention «ouvrages». Il faut alors interpréter l'article 2259 c.c. avec l'article 1688 c.c. qui emploie le mot «édifice». Le juge Rivard, dans l'affaire *Lapointe c. Perkins*, (1927) 43 B.R. 168, 172-173) décidait que l'article 1688 ne s'applique que dans le cas d'un édifice. Les tribunaux l'ont interprété de manière libérale en englobant généralement les travaux d'importance (*Bolduc c. Houle*, 1962 C.S. 416). Malgré cette interprétation libérale, les tribunaux ont donné au mot «édifice» le sens du dictionnaire en le définissant comme un bâtiment de dimensions importantes. Si nous regardons le mot bâtiment, l'on constate que les dictionnaires le définissent comme étant «toute construction destinée à servir d'abri ou de logement».

Ainsi se basant sur les définitions précédentes et sur la jurisprudence (*Cité de Pointe-Claire c. Lakeshore Construction Inc.*, 1971 C.S. 106), il serait difficile de conclure que des travaux comme des constructions de ponts, digues, barrages constituent un édifice au sens de l'article 1688 c.c.

Le seul vœu que nous pourrions formuler serait que les articles 1688 et 2259 c.c. rejoignent dans leur formulation l'article 2270 du Code Napoléon.

Il est intéressant de signaler que l'office de révision du code civil suggère cette nouvelle rédaction. «Le constructeur, l'architecte et l'ingénieur sont responsables des vices et malfaçons de l'ouvrage et des vices du sol, existant au moment de la réception de l'ouvrage ou survenus dans les trois ans qui suivent». Par ce nouvel article, le court délai de prescription s'appliquerait à tous les travaux publics. Le délai de prescription est parfois prévu dans les cahiers de charge. Prenons l'exemple de l'article 4.09 du cahier général des charges du Québec qui se lit comme suit: «Si au cours des cinq (5) ans qui suivront l'acceptation finale des travaux, on découvre des défauts dans les ouvrages exécutés en vertu du contrat, l'entrepreneur sera tenu d'y remédier, à ses dépens, quand ces défauts résultent d'un vice de construction.»

<sup>23</sup> *Northern Construction Co. c. R.*, (1925) 2 D.L.R. 582; *R. c. The St-John Water Commissioners*, (1889) 2 R.C.E. 78.

<sup>24</sup> *Longpré c. Ministre de l'Industrie et du Commerce*, 1972 C.S. 174.

atténuées ou disparaissent lorsque l'entrepreneur n'a fait qu'exécuter des ordres de service impératifs pour lui et lorsque l'administration est fautive.

Pour notre part, cette jurisprudence nous paraît apporter des solutions **plus souples** et va certainement dans le sens d'une plus grande équité. Il est dans la normale des choses que si une des parties contractantes commet une faute, elle en assume la responsabilité.

Il est aussi important de mentionner que lorsque l'administration invoque les fautes ou manquements contractuels de l'entrepreneur, le fardeau de la preuve repose en entier sur celle-ci<sup>25</sup>.

## Section II

### Pouvoir de sanction.

L'entrepreneur doit exécuter le contrat conformément aux ordres de service donnés par l'administration et/ou par ses mandataires et aux clauses contenues dans la convention. S'il méconnaît ces ordres ou bien ne respecte pas les termes du contrat (retard dans l'exécution, inexécution, cession non autorisée, etc.) le cocontractant viole son contrat et est alors soumis à des sanctions. Le régime des sanctions des obligations du cocontractant est très caractéristique. Le contrat de l'administration se trouve dominé par une règle qui serait une règle de droit même si le code civil ne l'avait pas formulé<sup>26</sup>. La convention administrative doit être exécutée de bonne foi par ceux qui l'ont souscrite et les obligations qui en découlent doivent être accomplies par toutes les parties contractantes. Ceci est vrai tant pour les contrats entre particuliers que pour les contrats des autorités publiques. Mais au contraire du contrat civil, ces principes dans les contrats de l'administration ne manqueront pas de s'appliquer avec une force toute particulière au profit de cette dernière car les obligations dont celle-ci a acquis les bénéfices, sont devenues par suite du but d'intérêt public en vertu duquel elle les a acquises, particulièrement imminentes. Il s'agit, en somme, pour celle-ci d'assurer la sauvegarde des intérêts du service public pour le bon fonctionnement duquel le contrat a été conclu. Dans ce type de contrat, le but des sanctions ne consiste pas seulement à réprimer des manquements contractuels mais aussi d'en assurer l'exécution.

Si l'administration possède des pouvoirs exorbitants pour le contrôle et la surveillance de l'exécution du contrat, elle détient de surcroît des pouvoirs semblables de sanction. Il s'ensuit que l'usage de ces pouvoirs nonobstant les fautes du cocontractant permettront de réaliser l'objet du contrat.

---

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Art. 1065 c.c.

## I. — DES DIFFÉRENTES ACTIONS.

Les principaux types de sanctions contractuelles sont les dommages-intérêts, les mesures coercitives provisoires (mis en régie, exécution temporaire, suspension), et les mesures répressives définitives (résiliation). Ces sanctions contractuelles tant dans les contrats entre particuliers que dans les contrats administratifs sont supportées par la partie qui a commis une faute. Il ne peut, en effet, y avoir de sanction sans qu'une faute soit préalablement commise. Les fautes que nous rencontrons dans les contrats de l'administration ne sont pas différentes dans leur essence de celles qui se retrouvent dans les contrats civils. Une faute contractuelle est un manquement à une obligation inscrite dans le contrat ou découlant de lui. La seule différence qui peut exister c'est que le contrat administratif comprend des obligations qui lui sont propres, par exemple obligation de collaboration personnelle du cocontractant, obligation rigoureuse de respecter les délais stipulés, obligation de se soumettre dans une certaine mesure aux changements opérés par l'administration dans le contrat et surtout l'obligation de respecter le pouvoir de direction de l'administration partie au contrat. De ce type d'obligation peuvent découler d'une certaine manière des fautes particulières propres au contrat de l'administration. Mais la différence avec le contrat conclu entre particuliers c'est que ces fautes seront jugées avec une rigueur et une sévérité inconnues en droit privé.

### A. DOMMAGES ET INTÉRÊTS ET PÉNALITÉS.

En droit privé, si l'une des parties n'exécute pas le contrat elle sera condamnée à des dommages et intérêts, qui se traduisent par l'obligation de payer une somme d'argent. Lorsque le cocontractant de l'administration a commis des fautes qui de toute évidence ne sont pas suffisamment graves pour justifier la déchéance ou la mise en régie, l'autorité publique contractante peut réclamer devant les tribunaux des dommages et intérêt en compensation du préjudice qu'elle justifie avoir subi à la suite d'une faute de son cocontractant. Il s'ensuit que celui-ci sera obligé comme dans un contrat entre particulier de réparer le dommage causé à l'État par l'inexécution fautive du contrat.

Cependant, ce mécanisme normal de dommages et intérêts sera en réalité modifié par des clauses fixant des pénalités<sup>27</sup> c'est-à-dire des dommages et intérêts forfaitaires stipulés au contrat et que le contractant débiteur encourt s'il n'exécute pas certaines obligations. Prenons l'exemple de l'art. 8.09 du cahier général des charges du Ministère (québécois) de la Voirie qui prévoit «qu'advenant tout défaut de l'entrepreneur à terminer les travaux au terme fixé au contrat..., l'entrepreneur doit payer au Ministère, s'il y a lieu, à titre de dommages et intérêts... une somme déterminée par le devis spécial».

Ces clauses fixant d'avance dans le contrat la somme que l'entrepreneur devra payer aux créanciers en cas d'inexécution ne sont pas particulières au droit

---

<sup>27</sup> *La Reine c. Fidelity Insurance Co. of Canada*, 1970 R.C.E. 626.

public. Un système semblable existe en droit civil<sup>28</sup>. Cette clause pénale prévoit un forfait en cas d'inexécution ou bien une pénalité jour par jour par exemple le retard apporté à l'exécution<sup>29</sup>. Elle peut aussi être utilisée par le débiteur comme un moyen de limitation de responsabilité. Mais contrairement au droit privé, en droit administratif ce procédé est appliqué unilatéralement par la personne publique.

Ce procédé est certainement d'une grande utilité vu la souplesse des sanctions. Le contrat peut prévoir d'avance des pénalités dont l'importance est proportionnée à la faute pour les principaux manquements de l'entrepreneur (retard, malfaçon, irrégularité dans l'exécution, etc.). La pénalité se trouve encourue de plein droit dès constatation du manquement. Mais le législateur a voulu réglementer la portée de cette clause pourvu qu'une telle pénalité ne s'ajoute pas aux sanctions déjà prévues. Ainsi la *Loi québécoise des travaux publics* prévoit à l'art. 36 alinéa 2<sup>30</sup> qu'une telle clause «ne doit (pas) être considérée comme une clause comminatoire mais elle doit être considérée comme comportant l'obligation de payer de consentement mutuel les dommages résultant de cette non-exécution ou négligence». La Cour suprême, en 1968, dans l'affaire *Dimentional Investment Ltd*<sup>31</sup> ayant interprété l'article 48 de la *Loi de la Cour de l'Échiquier*<sup>32</sup> qui portait sur l'interprétation d'une clause pénale en vient à la conclusion qu'«une clause dans un contrat soit pénale ou non dépend de l'interprétation du contrat mais la question de savoir si elle est déraisonnable dépend des circonstances dans chaque cas au moment où la cause est invoquée».

Avant de passer aux autres sanctions des contrats de l'administration il est important de signaler qu'en règle générale les dommages et intérêts que l'autorité publique peut réclamer sont cumulables avec ces dernières<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Articles 1076, 1131 à 1137 c.c.

<sup>29</sup> *Canadian General Electric Co. Ltd c. Canadian Rubber Co. Ltd*, (1915) 47 C.S. 24; (1916) 52 R.C.S. 349; *Pelletier c. Duchaine*, (1933) 71 C.S. 216; *Croteau c. Baril*, (1971) C.A. 164; *Hecke c. Compagnie de Gestion Maskoutaine*, 1972 R.C.S. 22; *Paradis c. Belle-Ville*, 1973 C.A. 952.

<sup>30</sup> *Op. cit.* note 5; *Loi sur la Cour fédérale*. S.R.C. 1970, (2<sup>e</sup> supp.), chap. 10, art. 36 qui stipule qu'une clause pénale doit être interprétée comme impliquant une évaluation de consentement mutuel des dommages résultant de cette inexécution ou négligence.

<sup>31</sup> R.C.S. 1968, 93; La Cour suprême jugea que la remise des sommes versées à titre de dommages-intérêts n'est pas le résultat d'une clause pénale puisque ce contrat était soumis à la *Loi sur la Cour de l'Échiquier* et notamment l'article 48 ne donne pas un caractère pénal mais bien une entente préalable de l'évaluation des dommages. De plus, sous cette loi et notamment l'article 48, entre personnes capables, le seul critère en est un d'équité à savoir le non-sens de ne pas remettre les montants versés dans telle ou telle situation. C'est une question de circonstances.

<sup>32</sup> Cet article est devenu l'article 36 de la *Loi de la Cour fédérale*, *op. cit.* note 30.

<sup>33</sup> À titre d'exemple, nous pouvons notamment se référer à l'article 16 alinéa 2 des «conditions générales de l'administration fédérale». «Lorsque la totalité ou quelque partie des travaux a été retirée des mains de l'Entrepreneur [...], l'Entrepreneur n'aura droit [...] à aucun autre paiement y compris les paiements alors dus et exigibles mais non effectués; l'obligation de sa Majesté de faire des paiements, aux termes des modalités de paiement cessera dès lors et l'Entrepreneur sera tenu de payer et paiera à sa Majesté, sur mise en demeure, un montant égal à la totalité des pertes et dommages que sa Majesté aura subis en raison du non-achèvement des travaux par l'Entrepreneur».

## B. MESURES COERCITIVES PROVISOIRES: SUSPENSION, EXÉCUTION EN RÉGIE, ETC.

Comme nous avons pu le noter antérieurement, le contrat administratif est dominé par cette idée d'intérêt général et de bon fonctionnement du service public. On conçoit dès lors que l'administration ait le pouvoir d'appliquer certaines mesures provisoires et conservatoires pour protéger l'exécution du contrat c'est-à-dire qu'elle va l'exécuter elle-même ou charger un tiers de le faire<sup>34</sup> immédiatement. L'article 8.13 du cahier général des charges (Québec) stipule en effet que:

Si l'entrepreneur néglige ou refuse de remplir l'une ou l'autre de ses obligations, le ministre, avec copie à la caution, le met en demeure de prendre les mesures nécessaires pour mener l'ouvrage à bonne fin. Dix jours après cette mise en demeure, en cas d'inexécution de l'entrepreneur, le ministre somme la caution de compléter l'ouvrage aux prix unitaires du contrat. Quinze jours après l'envoi de cette sommation, en cas d'inaction dans la caution, le ministre *pourra faire exécuter les travaux comme il l'entendra aux frais et aux dépends de l'entrepreneur et de la caution.*

De même, lorsque l'entrepreneur a failli ou tardé à commencer ou à exécuter avec diligence ses travaux, le ministre peut «sans autorisation retirer la totalité ou quelque partie des travaux des mains de l'entrepreneur et recourir aux moyens qui lui sembleront appropriés pour achever les travaux<sup>35</sup>». Aussi la *Loi sur la production de défense*<sup>36</sup> prévoit à l'art. 27 la mise en régie du contrat c'est-à-dire que si le cocontractant n'exécute pas ses obligations, l'administration se réserve le droit de les exécuter à la place de celui-ci.

Il est important de signaler que dans une telle hypothèse le contrat ne s'en trouve pas anéanti. La mise en régie en suspend simplement les effets. Certaines conséquences découlent de cette situation où l'administration assure les obligations du cocontractant au moyen de la sanction retenue.

Le contrat est effectué aux risques et aux frais du cocontractant défaillant<sup>37</sup> et l'administration devient propriétaire de l'outillage, de la machinerie et des matériaux nécessaires pour l'achèvement des travaux. Il s'ensuit, par conséquent, que le retrait de la totalité ou d'une partie des travaux n'a pas pour effet de libérer le cocontractant défaillant<sup>38</sup>.

## C. MESURES RÉPRESSIVES, DÉFINITIVES: DÉCHÉANCE, RÉSILIATION.

Si le cocontractant a manqué à ses obligations, il peut encourir la résiliation du marché à ses torts et griefs. L'administration doit pouvoir inclure dans les

<sup>34</sup> *The Employers Liability Assurance Corp. Ltd c. R.*, (1969) 2 R.C.E. 246, 255-56.

<sup>35</sup> Article 16 alinéa 1 des «conditions générales de l'administration fédérale».

<sup>36</sup> S.R.C. 1970 chap. D-2; Voir aussi *Loi (québécoise) des travaux publics*, *op. cit.* note 5: «Le gouvernement peut, en tout temps, décréter que le ministre reprendra possession de tout ouvrage ou édifice public à raison de l'expiration d'un bail, d'une charte ou d'un contrat quelconque, de l'avènement d'une condition résolutoire de même que de l'inexécution d'un contrat ou de tout autre cause de rescision ou pour cause d'utilité publique».

<sup>37</sup> Voir notamment art. 8.13 du cahier général des charges (Québec).

<sup>38</sup> Voir notamment art. 17 des «conditions générales de l'administration fédérale».

contrats des clauses expresses pour être en mesure de renoncer à la collaboration d'un cocontractant qui ne serait plus capable d'exonorer ses obligations. À maintes reprises les cahiers de charges comprennent des clauses de ce genre: «le ministre peut, en tout temps, résilier le contrat pour cause au moyen d'un écrit adressé à l'entrepreneur et au caution<sup>39</sup>».

Cette sanction est, notamment, la plus grave qui puisse être prise par l'administration. Elle n'est pas exclusive au droit administratif mais jamais dans un contrat entre particuliers, une partie peut résilier le contrat en tout temps. En fait, le pouvoir de résiliation unilatéral que l'autorité publique s'accorde est certainement une clause exorbitante. Même si ce pouvoir après simple mise en demeure paraît contraire à l'article 1065 c.c., pourtant la jurisprudence ne déclare pas formellement contraire à l'ordre public de telles clauses dans les contrats de droit commun quitte à les interpréter aussi restrictivement que possible. En règle générale, dans les contrats entre particuliers la résolution est judiciaire (art. 1065 c.c.). Elle doit, en outre, avoir été stipulée expressément dans les contrats de vente immobilière (1536 c.c.) dans des cas exceptionnels, elle existe de plein droit (1544 c.c.) ou unilatéralement (1691), 1755 par. 1 c.c.)<sup>40</sup>. En dehors des cas prévus par ces articles et pour échapper à certaines conditions de la résolution judiciaire, les parties peuvent insérer dans leur contrat une clause de résolution. La résolution se trouve alors conventionnelle. Cette clause a pour but de rendre le contrat caduc de plein droit et de dispenser le créancier de faire prononcer la résolution par le juge. La jurisprudence a jugé valable cette clause conventionnelle<sup>41</sup>.

La résolution qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle est la sanction de l'inexécution fautive du contrat valable par le débiteur. Seul le créancier peut l'obtenir. La résolution suppose d'abord un contrat valablement formé<sup>42</sup> (dans le cas contraire le remède est la nullité). De plus, l'inexécution doit être fautive c'est-à-dire imputable au débiteur. Nous remarquons, alors, qu'un contrat ne peut être ni résolu ni résilié au bon gré du créancier en n'importe quelle occasion.

Par contre dans les contrats passés par l'administration des clauses semblables à celles-ci se retrouvent:

<sup>39</sup> Voir notamment art. 10.01 du cahier général des charges (Québec); art. 19 alinéa (1) des «conditions générales de l'administration fédérale»: «Le Ministre peut à toute époque, en donnant avis à cet effet, résilier le contrat.»

<sup>40</sup> L'art. 1691 se lit comme suit: Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait pour la construction d'un édifice ou autre ouvrage, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de ses dépenses actuelles et de ses travaux et lui payant des dommages-intérêts suivant les circonstances.

Ainsi dans les marchés à forfait, la résiliation unilatérale ne pose aucun problème; Voir Thérèse R. HOULE, *La résiliation du contrat d'entreprise à forfait*, (1975) 16 C. de D. 165.

<sup>41</sup> *Dell c. Trushire*, 1967 B.R. 434; Voir aussi M. TANCELIN, *Théorie du droit des obligations*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1975, pp. 116 et ss.; J.-L. BAUDOUIN, *Traité élémentaire de droit civil*, Les Obligations, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1970, p. 183, n° 344.

<sup>42</sup> *Beaudry c. Randall*, 1963 R.C.S. 418, 428.

Nonobstant tout ce qui est contenu dans le contrat ou ses conditions, (administration) peut, n'importe quand, par avis écrit [...], résilier le contrat en tout ou en partie; dans ce cas, (le contractant) ne pourra rien réclamer de sa Majesté par suite de cette résiliation, sauf le paiement des dépenses effectivement encourues en conformité du contrat, plus une indemnité juste et raisonnable que l'administration déterminera une telle indemnité étant proportionnelle au travail accompli selon le contrat moins les sommes déjà payées à cet égard.

Aussi dans les conditions générales de l'administration fédérale, l'article 19 alinéa 1 mentionne que le ministre peut à toute époque en donnant avis, à cet effet, résilier le contrat.

Ce genre de clause dans laquelle le contrat peut être résilié d'office selon le bon vouloir de l'administration sans qu'il soit besoin de recourir à une décision de justice et sans qu'il y ait faute du contractant débiteur serait sans doute considérée comme nulle dans un contrat de droit privé car elle constitue une condition purement potestative prohibée par l'article 1081 c.c.<sup>43</sup>. Nous sommes alors en présence d'une clause véritablement exorbitante du droit commun. Mais même en présence de contrat administratif il n'est pas certain que les tribunaux ne jugeraient pas nulle une telle clause. Dans l'affaire, *Gravel c. Cité de Chomedey*<sup>44</sup>, le tribunal en vient à la conclusion que si la condition imposée est de la nature d'une condition absolue (*sine qua non*), elle est nulle et inexistante vu qu'elle est de nature purement potestative dépendant exclusivement de la volonté de la corporation municipale. En serait-il de même pour les contrats des administrations gouvernementales? Analysant l'ensemble de la jurisprudence sur les contrats des autorités publiques l'on remarque que dans la majorité des cas les juges se basent sur les règles du droit civil<sup>45</sup>. Nous croyons donc qu'il est possible d'y répondre dans l'affirmative. D'ailleurs, dans les contrats des autorités publiques le caractère exorbitant ne se trouve pas toujours objectivement concrétisé; il dépend encore dans une certaine mesure de données qui relèvent d'une appréciation subjective. En somme, si l'intérêt public est en jeu, l'administration publique peut certainement résilier le contrat sinon nous en revenons à l'application des règles du droit civil et de telles clauses sont interprétées par les tribunaux avec une grande méfiance.

Les textes législatifs, réglementaires ainsi que les cahiers de charges ne prévoient pas seulement les droits de l'administration mais aussi il fixe fréquemment les modalités d'exercice. Parmi celle-ci nous retrouvons la mise en demeure<sup>46</sup>. Cette formalité se retrouve aussi bien dans des mesures coercitives provisoires que lors des mesures répressives définitives. La jurisprudence ayant à interpréter un cas de résiliation unilatérale par l'administration décida que «sans

---

<sup>43</sup> L'art 1081 c.c. se lit comme suit: «Toute obligation est nulle lorsqu'elle est contractée sous une condition purement facultative de la part de celui qui s'oblige [...].»

<sup>44</sup> (1969) C.S. 23.

<sup>45</sup> *Paradis c. The King*, 1942 R.C.S. 10; *Dufresne Construction Co. Ltd c. The King*, 1935 R.C.S. 77, etc.; ainsi, si nous sommes en présence des cas prévus à l'art. 1691, la résiliation est permise.

<sup>46</sup> Cf. *supra* note 36; *Loi sur les Travaux publics*, *op. cit.*, note 5, a. 51; Conditions générales du ministère des travaux publics du Canada, *op. cit.*, note 11, a. 19.

mise en demeure en bonne et due forme» elle ne peut plus se prévaloir des recours que lui confère le contrat ou la loi<sup>47</sup>. Il s'ensuit que la résiliation unilatérale est irrégulièrement prononcée lorsque l'administration n'observe pas la formalité d'adresser une mise en demeure préalable aux sanctions.

Lors d'une résiliation, l'administration doit indemniser l'entrepreneur de la valeur des travaux faits et des dépenses encourues<sup>48</sup>. Pour ce qui concerne le capital versé en garantie en vue de l'exécution du contrat, les textes prévoient généralement que cet argent affecté par le cocontractant sera remis après l'exécution complète ou partielle mais à la condition que celui-ci ne soit pas en défaut<sup>49</sup>.

Enfin, nous pouvons conclure qu'étant donné l'importance de ses effets la résiliation-sanction ne devrait être prononcée que pour faute grave.

## II. — DES FAITS JUSTIFICATIFS: FORCE MAJEURE, FAIT DE L'ADMINISTRATION.

Pour que ces sanctions s'appliquent lors de l'inexécution du contrat, il faut que celles-ci soient fautives. Elles seraient excusables si elles étaient produites non par un fait imputable à l'entrepreneur mais par un cas fortuit ou de force majeure ou le fait de l'administration. Ces faits pouvant être des causes d'extinction de l'obligation du cocontractant constituent parfois des motifs justificatifs envers les sanctions encourues par suite de l'inexécution du contrat.

Ces faits justificatifs ne sont en réalité que l'application d'une règle stricte d'équité. Il est normal que le droit du contrat administratif admette des atténuations lorsque l'inexécution n'est pas due à la faute du débiteur alors que ce dernier a fait tout son possible pour exécuter son obligation et qu'il a été empêché par un événement indépendant de sa volonté.

### A. FORCE MAJEURE.

Malgré la volonté des contractants d'exécuter le contrat, les parties se heurtent par un événement indépendant de leur volonté, tenant à des circonstances étrangères, à un obstacle infranchissable, le droit ne saurait les obliger à exécuter le contrat et leur reconnaît, alors, la possibilité de se dégager de leurs obligations.

Ces idées ne sont pas propres au droit public, une semblable théorie existe en droit privé. Mais à la différence des contrats entre particuliers vu que le cocontractant de l'administration se voit chargé d'une mission de service public,

---

<sup>47</sup> *Damnar Construction Co. Ltd c. Procureur général de la Province de Québec*, 1972 C.S. 771, 772; *R. c. Perasons*, 1967 R.C.S. 649; le ministre n'est pas tenu d'en aviser lui-même le cocontractant, son représentant peut le faire.

<sup>48</sup> Voir article 10.01 du cahier général des charges (Québec); article 19 alinéa 3 des conditions générales de l'administration fédérale; *La commission des Écoles catholiques de Pointe-Claire et Beaconsfield c. Tétreault Frères Limitée* 1971 C.A. 18.

<sup>49</sup> *Ibid.* Voir aussi art. 47 du règlement (fédéral) sur les marchés de l'État, D.O.R.S. 1978 C.R.C., ch. 701.

les tribunaux dans les contrats administratifs interpréteront le cas de force majeure avec une plus grande rigueur<sup>50</sup>.

Pour que le cas de force majeure produise ses effets c'est-à-dire permettre une modification du contrat en rendant excusable l'inexécution de l'obligation, il doit répondre à des conditions bien précises<sup>51</sup>.

- 1- Le fait invoqué doit avoir été absolument indépendant de la volonté du débiteur;
- 2- Il doit n'avoir pu être ni prévu ni empêché;
- 3- Il doit enfin rendre l'exécution du contrat absolument impossible. Cette impossibilité doit en effet avoir un caractère absolu c'est-à-dire qu'elle met le cocontractant hors d'état d'exécuter.

### 1. *La non-imputabilité.*

Il faut que le cocontractant n'ait pas été la cause de ce fait<sup>52</sup> qui n'ait pu l'éviter ni l'empêcher. À de nombreuses reprises, le fait d'apparence fortuite qui se manifeste dans les limites d'activité du contractant constitue un comportement fautif. Par exemple, un voiturier qui ne peut remplir son obligation par suite du bris fortuit de son véhicule ne peut invoquer le cas fortuit parce qu'en quelque sorte il assume la pleine responsabilité pour le comportement de l'objet dont il a la garde et la propriété<sup>53</sup>. Le cocontractant ne doit commettre aucune négligence dans l'inexécution de l'obligation. Il en découle que la faute ne peut se concevoir chez celui qui subit l'empire du cas fortuit ou de force majeure<sup>54</sup>.

Pour analyser ce caractère de non-imputabilité de la faute au cocontractant, les tribunaux se réfèrent par comparaison à un type abstrait. Regardons à titre d'exemple la jurisprudence en matière de grève. Les tribunaux considèrent la grève tantôt comme cas de force majeure<sup>55</sup>, tantôt comme insuffisante à excuser le cocontractant<sup>56</sup>. En fait, ils n'analysent pas la grève comme un événement objectif en soi abstrait de toutes les circonstances de fait dans laquelle elle se déroule. Mais, ils se demandent si le cocontractant n'a pas une responsabilité dans le déclenchement ou la continuation de la grève et si cet événement rencontre les autres critères pour qu'il y ait force majeure. Les tribunaux considèrent l'excuse fournie par l'entrepreneur défaillant non de façon objective mais de façon subjective. C'est cette interprétation subjective qui fait apparaître certaines contradictions dans la jurisprudence<sup>57</sup> et la difficulté par le fait même de dégager des règles précises.

---

<sup>50</sup> *J.R. Thérberge Ltée c. La Reine*, 1970 R.C.E. 648.

<sup>51</sup> *Mercerie Gilbert c. Compagnie des chemins de Fer nationaux*, 1970 C.S. 207.

<sup>52</sup> *La Traverse de Lévis Ltée c. R.*, 1948 R.C.E. 203.

<sup>53</sup> *Verreault Automobiles Ltée c. Marcil*, 1961 C.S. 410; 1962 B.R. 340.

<sup>54</sup> *Watts & Scott c. Ville de Montréal*, 1919-20 R.C.S. 523.

<sup>55</sup> *Ville de Montréal c. Lamarche*, 1973 C.A. 537.

<sup>56</sup> *Hulthen c. Sherwart*, 1903 A.C. 389 (la grève de tous les ouvriers d'une certaine industrie ne fut pas considérée comme cas de force majeure permettant d'exonérer le débiteur).

<sup>57</sup> Comparer *Verreault Automobiles Ltée c. Marcil*, *op. cit.* note 53; avec *Guy St-Pierre Automobile Inc. c. Lavallé*, 1964 C.S. 353.

Mais chose certaine, il faut que le débiteur fournisse un maximum d'efforts pour l'exécution du contrat et la force majeure ne doit pas le dispenser de la règle de la force obligatoire du contrat. De plus, dans le contrat d'autorité publique le débiteur assure le service public qui doit être continu, la force majeure sera alors analysée par les tribunaux avec une plus grande rigueur.

Il s'ensuit que s'il n'y a pas eu négligence de la part du cocontractant et qu'il a fait tout son possible pour maintenir la régularité du service, même s'il a été contraint par des faits extérieurs incontrôlables à ne pas exécuter le contrat, le juge pourra le délier de son obligation<sup>58</sup>.

## 2. *L'imprévisibilité.*

Le Code civil dans la définition qu'il donne du cas fortuit insiste sur le caractère imprévu de l'événement<sup>59</sup>. Les tribunaux dans l'analyse de l'imprévisibilité exigent que l'événement ne soit pas prévu mais encore que celui-ci ne soit pas normalement prévisible<sup>60</sup>. Ainsi il a été souvent jugé que des pluies diluviennes ainsi que des conditions climatiques difficiles ne sauraient être une cause d'exonération<sup>61</sup>. Pour établir le caractère d'imprévisibilité, la jurisprudence a recours au type abstrait du bon père de famille soit à la prévisibilité possible d'un débiteur prudent et diligent<sup>62</sup>. Ce particulier lorsqu'il contracte doit donc agir avec une grande prudence dans l'analyse des circonstances qui peuvent se produire lors de l'exécution du contrat.

Si le cocontractant invoque un fait de l'administration, il faut que ce fait lui-même ait été imprévu aux prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat faute de quoi il ne serait être exonéré. Ainsi n'a pas été considéré comme un fait exonérant l'entrepreneur un décret adopté par un arrêté en conseil du Gouvernement du Québec augmentant les salaires des employés de ce dernier<sup>63</sup>. Le fait de l'administration s'interprète comme tout autre fait extérieur au contrat et la jurisprudence l'analyse sur la base du critère subjectif du bon père de famille. Par exemple, la Cour supérieure analysant une clause d'un devis avertissant l'entrepreneur qu'il doit songer à tous les imprévus impossibles et à tous les dangers susceptibles de survenir au cours de l'exécution des travaux en vient à la conclusion qu'une telle clause ne peut s'appliquer à des travaux non stipulés<sup>64</sup>.

<sup>58</sup> *La Traverse de Lévis Ltée c. R.*, *op. cit.*, note 52.

<sup>59</sup> Article 17 par. 24 c.c.

<sup>60</sup> *Dupuis c. La Corporation du Village de Ste-Marie*, (1925) 32 R. du J. 531; *Steward c. Bank of Nova Scotia*, 1967 B.R. 699; *Irving Realities Inc. c. Nadeau*, 1968 B.R. 21; *Simard c. Soucy*, 1972 C.A. 640.

<sup>61</sup> *Watt & Scott c. Ville de Montréal*, (1919-20) 60 R.C.S. 523; *Théberge Ltée c. R.*, *op. cit.* note 50.

<sup>62</sup> *Malibu Fabrics of Canada Ltd c. Cité de Montréal*, 1961 C.S. 398; *Larner c. Commission Hydro-électrique de Québec*, 1954 R.L.n.s. 513; *Traverse de Lévis c. R.*, *op. cit.* note 52.

<sup>63</sup> *Théberge c. R.*, *op. cit.*, note 50.

<sup>64</sup> *J. Alphonse Lemay Inc. c. La Cité de Sillery*, 1971 C.S. 127.

### 3. *L'irrésistibilité.*

Il faut que l'événement invoqué ait rendu impossible l'exécution du contrat. Une exécution rendue plus difficile et plus onéreuse ne libère pas le débiteur<sup>65</sup>. Cette règle s'applique aussi bien au cas fortuit proprement dit qu'aux faits de l'administration. Un débiteur ne saurait être responsable de bris de contrat si l'administration rendait l'exécution impossible en se servant de son pouvoir d'expropriation<sup>66</sup>.

C'est certainement ce caractère irrésistible de l'événement qui marque la différence entre la théorie de la force majeure et les théories de l'imprévision et du fait du prince<sup>67</sup>.

L'événement de force majeure est un événement imprévisible et insurmontable qui constitue une atteinte soudaine au contrat et si profonde qu'elle empêche toute exécution. L'imprévision et le fait du prince comme la force majeure sont bien constitués eux aussi par un fait qui échappe au cocontractant-débiteur au moment de la conclusion du contrat. La théorie française du fait du prince est rattachée au principe de l'équilibre financier du contrat. L'administration française possède le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat. Ce pouvoir entraîne donc une compensation pour le cocontractant (fait du prince). Cette théorie du fait du prince vient du fait volontaire de l'administration contractante qui a modifié l'équilibre financier du contrat auquel elle avait consentie. Il s'agira de réparer le préjudice subi et l'indemnisation sera normalement intégrale et définitive.

Mais la confusion la plus grande risque d'être avec la théorie de l'imprévision. D'après le texte du Code civil, l'allocation des dommages et intérêts implique l'existence d'une faute à la charge du débiteur. C'est en raison de ce principe que le débiteur est exonéré en cas de force majeure de payer des dommages et intérêts au créancier. Ne pourrait-on pas établir à cet égard par voie d'analogie une assimilation entre la force majeure et l'imprévision puisqu'on suppose l'absence de faute dans les deux hypothèses? Nous ne le croyons pas

---

<sup>65</sup> *Rivest c. Corporation du village de St-Joseph*, 1932 R.C.S. 1; *Théberge c. La Reine*, *op. cit.*, note 50.

<sup>66</sup> *Samson c. R.*, (1888) 2 R.C.E. 30.

<sup>67</sup> En France, le Conseil d'État a créé deux théories appelée fait du prince et imprévision, permettant au cocontractant d'être indemnisé à la suite d'abus administratif ou économique.

Cette théorie du fait du prince repose sur un principe général du droit, le principe d'égalité devant les charges publiques. Partant de ce principe, le droit français a établi un droit à indemnité pour le cocontractant lorsque la Puissance politique aggrave, par son fait, les conditions d'exécution du contrat. L'indemnisation est intégrale c'est-à-dire proportionnelle au préjudice subi. Le cocontractant se trouve, par conséquent, couvert de la totalité de l'aléa administratif.

Aussi il peut arriver au cours de l'exécution d'un contrat que des circonstances imprévues indépendantes de la volonté du cocontractant, viennent en bouleverser l'économie. L'exécution devient, sans être absolument impossible, difficile et onéreuse au-delà de ce que les parties contractantes avaient pu raisonnablement prévoir. Face à pareille situation, le droit administratif français accorde à un particulier-contractant le droit à indemnité pour combler le déficit de l'opération dépassant les limites de l'aléa normal qui est à la charge de tout contractant. Ce droit est sanctionné par la théorie de l'imprévision.

parce que l'imprévision n'est qu'une théorie destinée en principe à venir en aide au débiteur raisonnable victime des circonstances inattendues qui rendent plus onéreuse l'exécution de son obligation. Elle n'est qu'un moyen de défense qui lui est accordé et non un mode d'extinction normal de son obligation semblable à celui qui constitue la force majeure entraînant l'impossibilité absolue de l'exécution. Le défaut d'exécution dans le cas de force majeure peut même occasionner un préjudice au débiteur puisqu'il peut le priver d'un bien qu'il avait espéré. La force majeure est malheur commun c'est donc à juste titre que le Code décide que chaque partie devra rester dans l'état où elle se trouve sans pouvoir demander de dommages et intérêts. Au contraire, dans l'hypothèse de l'imprévision le débiteur voudra sans doute s'exonérer de son obligation à cause de la survenance du fait imprévisible; mais ce fait n'est un malheur que pour lui seul puisqu'il a pour résultat d'aggraver sa situation; par contre-coup c'est en même temps un événement heureux pour l'administration contractante car il lui confère un gain excessif et imprévu<sup>68</sup>. En somme le fait qui entraîne d'après la théorie française de l'imprévision, l'exonération du débiteur doit comporter les traits suivants: qu'il soit imprévisible lors de la signature du contrat, qu'il soit étranger à la volonté des parties et qu'il rende l'exécution très onéreuse. C'est de ce troisième trait que se manifeste la différence entre ces deux théories: l'événement de force majeure rend l'exécution du contrat impossible tandis que l'événement imprévu la rend plus difficile. Cette difficulté qui amène inévitablement la ruine du débiteur peut être surmontée par l'aide du créancier. Cette théorie de l'indemnité d'imprévision n'existe pas dans le droit administratif canadien<sup>69</sup>. Par sa fidélité au droit privé, la jurisprudence canadienne refusant une semblable théorie sacrifie les intérêts des administrés et favorise l'administration. Aussi vouloir poursuivre coûte que coûte l'exécution du contrat sans indemniser, c'est souvent aboutir à la faillite de l'entrepreneur et finalement à l'inexécution du contrat. La théorie de l'imprévision tend à éviter cette hypothèse. Elle s'oppose donc dans ces conditions et dans ces conséquences à la théorie de la force majeure. Celle-ci aboutit à la résolution du contrat, celle-là aboutit à la continuation de l'exécution du contrat.

La force majeure a donc pour effet de libérer le cocontractant de son obligation d'exécuter. En conséquence, la force majeure permet au débiteur d'exonérer sa responsabilité et par le fait même prive l'administration d'exiger des sanctions contractuelles pour une inexécution. La force majeure ne produit ses effets que lorsqu'elle se manifeste, si elle vient à disparaître, l'obligation redevient exécutoire.

#### B. FAIT DE L'ADMINISTRATION.

L'inexécution peut aussi être due principalement à la faute et à la négligence de l'administration. Il est normal que l'entrepreneur soit libéré de toute

<sup>68</sup> *Théberge c. R.*, *op. cit.*, note 50.

<sup>69</sup> *Paradis c. R.*, 1943 R.C.S. 10, 18; *Dufresne Construction Co. Ltd c. The King*, 1935 R.C.E. 77; *Jones et al. c. The Queen*, (1877) 7 R.C.S. 570, 572.

responsabilité et indemnisé en cas d'erreur ou de négligence de l'administration du fait que c'est cette dernière qui fixe le contenu du contrat et détient le pouvoir de surveillance et de contrôle sur l'exécution du contrat. Ainsi, dans la récente affaire *Corporation municipale de la paroisse de Contrecoeur c. Ducharme*<sup>70</sup> la Cour d'appel a soutenu qu'un cocontractant qui obtient un contrat pour l'exécution de travaux pour une administration publique a droit de lui réclamer les montants dont il prétend avoir été privé par la faute de celle-ci qui a mis fin unilatéralement à ce contrat alors qu'elle est elle-même la cause du retard dans l'exécution des travaux dans le délai imparti.

Notons, aussi, que les conséquences sont les mêmes si l'administration a renoncé expressément ou tacitement aux sanctions en laissant par exemple passer la date stipulée pour la fin des travaux et laisser le cocontractant continuer ses travaux sans réserve<sup>71</sup>.

De même si l'administration annule le contrat intervenu entre elle et son cocontractant avant la fin de l'exécution, elle ne saurait alors réclamer à ce dernier un montant quelconque pour l'inexécution du contrat<sup>72</sup>. La Cour d'appel a de plus jugé que dans un tel cas le collaborateur de l'administration a droit d'être indemnisé pour ses dépenses ainsi que pour les dommages encourus à la suite de cette résiliation<sup>73</sup>.

La théorie des faits justificatifs apparaît donc avec une certaine rigueur. Si le tribunal dans les exceptions qui lui sont présentées ne percevait pas d'éléments suffisants pour excuser cette inexécution, il applique alors la théorie des sanctions du contrat administratif vu précédemment.

### III. — CONTRÔLE DE L'EXERCICE DU POUVOIR DE SANCTION PAR LE JUGE OU PAR L'ARBITRAGE.

Dans tout contrat, il existe des contrôles sérieux assurant le respect effectif de la légalité et des exigences qu'il consacre. Le système juridictionnel est assurément le plus apte à exercer une surveillance très efficace du contrat dans un but de protection des particuliers, car il sanctionne impartialement toute erreur de conduite de l'autorité publique. C'est, en effet, la garantie la plus sûre des cocontractants que de pouvoir se tourner vers un tribunal et lui demander la réparation des atteintes pour tout excès de pouvoir administratif. Mais, il arrive fréquemment que le recours aux tribunaux de droit commun ne soit pas le seul que possède l'entrepreneur-contractant.

Souvent, dans les contrats des autorités publiques, pour prévenir que celui-ci soit mal ou non exécuté dû à des difficultés d'interprétation des plans et devis et

<sup>70</sup> 1970 C.A. 1150; R. c. Sykes, (1945) 4 D.R.L. 807.

<sup>71</sup> *Dannar Construction Co. Ltd c. Procureur Général de la province de Québec*, 1972 C.S. 771.

<sup>72</sup> *La Commission des Écoles catholiques de Pointe-Claire et Beaconsfield c. Tétrault Frères Limitée*, 1971 C.S. 18.

<sup>73</sup> *Ibid.*

pour prévenir les délais que pourraient engendrer une interprétation judiciaire, les lois<sup>74</sup> et les documents contractuels contiennent des clauses compromissaires. La plupart des documents contractuels employés par l'administration publique contiennent des clauses stipulant que «tout différend au sujet de l'interprétation ou de l'exécution du présent contrat peut faire l'objet d'arbitrage» en conformité d'une procédure particulière.

La clause arbitrale est d'ailleurs très explicite et comprend, notamment, la procédure pour nommer et créer un comité d'arbitrage. À titre d'exemple, regardons une clause compromissoire incluse dans un contrat de service professionnel du ministère québécois du transport. Elle se lit comme suit:

1. Tout différend au sujet de l'interprétation ou de l'exécution du présent contrat peut faire l'objet d'un arbitrage en conformité de cet article.
2. Nul ne peut être arbitre s'il est intéressé directement ou indirectement dans les affaires du (cocontractant) ou autrement en qualité de contribuable ou de citoyen dans l'exécution du projet ou les affaires de (l'administration).
3. a) La partie qui veut soumettre un différend à l'arbitrage en donne à l'autre un avis écrit désignant son arbitre et en mettant en demeure de désigner le sien par écrit dans les trente (30) jours;  
b) Si l'autre partie ne communique pas par écrit dans les trente jours de l'expédition ou de la remise de l'avis, le nom de son arbitre à la partie qui a donné ledit avis, celle-ci peut demander un juge de la Cour supérieure de nommer le second arbitre;  
c) Les deux arbitres nommés en premier choisissent un troisième arbitre dans les 21 jours de la nomination du deuxième arbitre; s'il néglige de le faire ou ne s'entendent pas dans ce délai, l'une ou l'autre de ces parties peut demander au juge de nommer le troisième arbitre, le troisième arbitre est le président du tribunal d'arbitrage;  
d) Si un arbitre démissionne, décède ou devient physiquement ou mentalement inapte à remplir ses fonctions, les deux autres arbitres le remplacent dans les 21 jours où ils apprennent la démission, le décès ou l'incapacité; à leur défaut le remplacement est effectué par un juge de la Cour supérieure à la demande de l'une des parties.
4. Le tribunal d'arbitrage procède à l'instruction de l'affaire de la façon la plus expéditive et la moins formaliste possible tout en permettant aux deux parties dans la mesure qu'il estime juste d'exposer leur prétention et d'apporter leur preuve.
5. Sauf consentement des deux parties, le tribunal d'arbitrage rend sa décision dans les quatre-vingt-dix (90) jours qui suivent la nomination du troisième arbitre.
6. Le tribunal d'arbitrage a discrétion quant à l'adjudication ou partage des dépenses de l'arbitrage qui ne comprennent cependant que ses propres déboursés légitimes, ceux des parties qu'il croit juste d'y inclure et les honoraires des arbitres suivant la méthode *per diem* du tarif des honoraires des ingénieurs du Québec.
7. L'arbitrage doit précéder tout recours judiciaire.

Dans ce genre de clause appelé compromissoire préjudicielle, il est prévu que les parties doivent soumettre leur litige à l'arbitrage ou préalablement à l'institution de tout recours judiciaire. Mais il existe aussi des clauses, dites clauses compromissaires complètes qui stipulent que l'interprétation et la décision

<sup>74</sup> Voir: *Lois sur les Travaux publics*, *op. cit.*, note 5, a. 21 et ss.

des arbitres sera «finale et sans appel<sup>75</sup>». Les parties s'engagent, donc, à l'avance que la décision arbitrale sera finale et exempte de tout recours judiciaire (sauf, bien entendu, au cas d'abus de juridiction). Considérant que le contrat administratif est un contrat-type dans lequel le cocontractant ne discute en somme que du prix d'exécution, ce genre de clause se trouve donc inséré de façon unilatérale par l'administration, il peut conduire à des abus de celle-ci contre son cocontractant qui est dans ce cas assez mal protégé. En effet, vu l'énorme pouvoir de sanction que possède l'autorité publique, il peut être désavantageux pour l'entrepreneur de se voir privé de tout recours juridictionnel. Le seul avantage est certainement le court délai pour obtenir jugement. Aussi, ces clauses doivent être lues attentivement car parfois elles visent uniquement la solution des problèmes résultant de l'ambiguïté des plans et devis et non de tous les litiges qui pourraient survenir au cours de l'exécution.

Ces clauses compromissaires deviennent en plusieurs pays très nombreuses et la jurisprudence a moins l'occasion de prendre réellement position au sujet de divers aspects du contrat de l'administration.

Notons qu'en France, toute clause compromissoire dans les contrats administratifs est illégale<sup>76</sup>. Les parties peuvent d'un commun accord au lieu de se tourner vers un tribunal administratif recourir à l'arbitrage prévu par la loi du 17 avril 1906, mais à la différence des clauses arbitrales, un tel accord ne porte que sur des litiges nés. De plus, un jugement arbitral, en vertu de la loi de 1906, ne fait pas obstacle à ce que le tribunal administratif se prononce sur ces mêmes problèmes<sup>77</sup>. Existe, aussi, dans les contrats de travaux publics, une procédure de règlement à l'amiable par lequel l'entrepreneur peut toujours demander directement au ministre de soumettre un différend à l'avis du comité consultatif de règlement à l'amiable des marchés<sup>78</sup> mais cette demande ne l'empêche pas de saisir le tribunal administratif pour des mesures conservatoires à la protection de ses droits.

Quant à la portée de la clause compromissoire en droit québécois, le législateur a tranché le débat par le premier paragraphe de l'article 951 du Code de procédure civil en la légalisant et en établissant une procédure précise par les dispositions des articles 940 et ss. du Code de procédure (par exemple l'exigence d'un écrit comme condition de validité)<sup>79</sup>.

Pourtant, un doute restait quant à la légalité de la clause compromissoire complète. Malgré l'adoption par le législateur de ce nouveau texte, une certaine

---

<sup>75</sup> La clause peut se lire ainsi: «La sentence de deux de ces trois arbitres sera décisive et liera les parties qui conviennent que leurs différends se régleront par arbitrage seulement et non par le recours à un autre tribunal.» Voir notamment: *Ville de Granby c. Desourdy Construction Limitée*, 1973 C.A. 971, 974.

<sup>76</sup> Conseil d'État, 5 juillet 1950, Société française de construction, Rec. 416; 8 mars 1961, Société du-Cauzinet, Rec. 162.

<sup>77</sup> Conseil d'État, 17 juillet, 1946, Entreprise de Travaux publics de l'Ouest, rec. 473.

<sup>78</sup> Code des marchés publics, art. 239 et ss.

<sup>79</sup> Voir notamment sur ce sujet: Émile COLAS, *Clause compromissoire*, 1968 R. du B. 129; L. KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, *Arbitration in the Code of Civil Procedure of Quebec*, 1968 R.J.T. 143; Philippe FERLAND, *L'arbitrage sans action en justice dans la province de Québec*, 1971 R. du B. 69.

jurisprudence considère qu'une clause arbitrale complète est contraire à l'ordre public<sup>80</sup>. Mais, en 1973, la Cour d'appel<sup>81</sup> ayant interprétée une clause compromissoire, stipula que «la sentence de deux de ces trois arbitres sera décisive et liera les parties qui conviennent que leurs différends se régleront par arbitrage seulement et non par le recours à un autre tribunal». Le tribunal déclare que la clause compromissoire dont il s'agit est celle par laquelle on s'oblige davantage à conclure le compromis prévu par le Code de procédure, c'est-à-dire le compromis qui mènera à une sentence finale et définitive et que cette clause compromissoire est valide dans tous les cas où le compromis est licite, c'est-à-dire dans tous les cas autres que ceux prévus au deuxième alinéa de l'article 940 du Code de procédure<sup>82</sup>. De plus, la Cour d'appel affirme que la sentence est exécutée par le tribunal compétent qui «peut entrer dans l'examen des nullités dont la sentence (arbitrale) pourrait être entachée ou des autres questions de forme mais ne peut toutefois s'enquérir du fond de la contestation<sup>83</sup>».

Cette jurisprudence fut réaffirmée en 1974 par la Cour d'appel dans l'arrêt *Société québécoise d'exploitation minière c. Ovil Hébert*<sup>84</sup>.

Il est donc à espérer que l'administration sera dans l'avenir par le procédé des clauses tout en sauvegardant l'intérêt public ne pas léser le cocontractant-particulier en abusant de ses pouvoirs.

### CONCLUSION

Nous remarquons donc que comme maître de l'ouvrage, l'autorité publique a la direction des travaux. Elle fixe unilatéralement les conditions d'exécution des ouvrages et peut prendre des sanctions à l'égard de l'entrepreneur qui n'a pas exécuté ses ordres. Ce droit découle des prérogatives de puissance publique qui lui appartiennent à raison du but qu'elle poursuit. Nous pouvons alors affirmer que ce droit fait partie intégrante du contrat administratif et est de son essence même.

À la lumière de cette étude, même si au Québec et au Canada les contrats administratifs et privés n'appartiennent pas à des régimes juridiques différents, la notion d'intérêt public fait que cet accord avec une autorité publique s'éloigne de plus en plus du cadre du contrat et tend à quelque chose de tout à fait original.

Pour cette raison, il n'existe pas de contrat administratif proprement dit mais des contrats de l'administration comportant des prérogatives et des sujétions par rapport au contrat de droit commun.

---

<sup>80</sup> *Borenstein c. Trans America Investment and Development*, 1970 C.S. 192; *National Gypsum Co. Inc. c. Northern Sales*, 1964 R.C.S. 144. (Cet arrêt invoque la nullité de la clause compromissoire complète tandis que la clause préjudicielle connaît un sort plus favorable.)

<sup>81</sup> *Ville de Granby c. Desourdy Construction Limitée*, 1973 C.A. 971.

<sup>82</sup> *Ibid.*, à la page 984.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> 1974 C.A. 78, *Commission scolaire régionale des Bois Francs c. J.H. Dupuis Ltée*, 1975 C.A. 759; Voir cependant l'arrêt *Black et Macdonald Ltd c. Standard Chemical Ltd*, 1974 R.P. 375.