

Compte rendu

Ouvrage recensé :

Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 460 p., ISBN 2-920013-14-9.

par Patrice Garant

Les Cahiers de droit, vol. 24, n° 4, 1983, p. 1019-1022.

Pour citer ce compte rendu, utiliser l'adresse suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/042579ar>

DOI: 10.7202/042579ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Chronique bibliographique

Thérèse ROUSSEAU-HOULE, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, 460 p., ISBN 2-920013-14-9.

Le professeur Thérèse Rousseau-Houle a relevé le défi de traiter d'une importante institution juridique qui chevauche sur deux importants chapitres du droit civil et du droit administratif. Elle a saisi l'importance considérable des contrats de construction surtout depuis « que les préoccupations gouvernementales en matière de planification et d'habitation entraînent dans le domaine de la construction l'intervention de plus en plus fréquente de la puissance publique. Elle s'exerce à la fois sous forme de construction publique ou d'intervention à l'égard de la construction privée qu'il s'agisse de l'encourager ou de la contrôler » (p. 2-3). Effectivement, non seulement la construction occupe-t-elle une place privilégiée dans l'économie (quand le bâtiment va, tout va !) mais les autorités publiques investissent des milliards ou provoquent, par leurs subventions, des investissements énormes dans la construction de toute sorte. L'activité contractuelle qui en résulte méritait qu'on y consacre une monographie originale.

Le sujet n'est pas facile parce qu'on voit s'y cotoyer, s'y mélanger et parfois s'y confondre, les règles du droit civil et du droit administratif. Entre contrat civil et contrat administratif, on constate certes une certaine opposition parce que les règles du droit administratif sont exorbitantes du droit commun ; mais il y a, comme le constate l'auteur, « une interrelation entre le droit public et le droit privé » qui amène à certains égards, une certaine « publication » du contrat d'entreprise de construction malgré qu'il y ait incontestablement

un droit commun applicable à tout contrat de construction.

L'ouvrage comprend un titre préliminaire qui situe très bien le « cadre juridique » de ce contrat en droit public et privé. L'auteur situe le contrat de construction parmi les autres contrats civils puis définit les critères qui distinguent le contrat administratif de construction, soit le marché de travaux publics. Cet exposé, assez dense, est d'un très grand intérêt ; il est d'ailleurs fortement documenté et comporte des observations très justes.

Le titre premier est consacré à « la formation du contrat de construction ». Il se subdivise en deux chapitres où sont étudiées, d'une part, les conditions communes de formation et de validité en droit public et privé et, d'autre part, les conditions spécifiques de formation et de validité des contrats administratifs de construction. Au fil des 150 pages rédigées avec une grande clarté, l'auteur analyse une jurisprudence considérable, une législation et réglementation abondantes, sans négliger les apports doctrinaux les plus pertinents. Nous avons été particulièrement impressionné par l'exposé de la procédure d'adjudication par voie d'appel d'offres et par celui des règles de compétence dont l'application soulève d'ailleurs encore des difficultés surtout depuis l'arrêt *Verreault & Fils* de la Cour suprême de 1977.

Nous sommes toutefois étonné du peu de poids que l'auteur donne à cet arrêt unanime de la Cour suprême, de même qu'à l'arrêt *Transworld Shipping* de la Cour fédérale d'appel de 1976. Il nous semble bien que la théorie du mandat apparent est bel et bien admise dans « notre droit administratif » contrairement à ce que conclut l'auteur (p. 147). Ces arrêts ont été appliqués

à quelques reprises par la Cour supérieure depuis 1977 (*Bastien c. P. Gén. Q.*, C.S. Qué., 17 mai 1977; *Cablovision Baie St-Paul c. P. G. Q.*, C.S. Qué., 4 août 1978; *Sun Ross Richelieu c. P. G. Q.*, C.S. Mtl., 21 nov. 1978, [1979]R.P.). Certes, la Cour d'appel dans l'arrêt *Inter-Ex* de 1980 semble ignorer cette théorie du mandat apparent, mais il s'agissait là d'un cas de législation restrictive. Il nous semble, lorsque l'on s'interroge sur l'autorité de l'organe administratif habile à conclure le contrat, que l'état du droit soit le suivant : l'agent apparemment en autorité ou bénéficiaire apparemment d'une sous-délégation implicite de pouvoir peut lier le gouvernement à moins qu'il y ait des dispositions législatives ou réglementaires restrictives. Or, effectivement il y en a de plus en plus de ces dispositions restrictives dans les lois des divers ministères et les règlements, dans le but de protéger l'Administration contre les initiatives quelquefois imprudentes des gestionnaires. C'est probablement pour cette raison que l'auteur minimise l'importance de l'arrêt *Verreault & Fils* qui a amené effectivement une réglementation de plus en plus précise des délégations de pouvoirs au sein des ministères et organismes publics.

Tout comme l'auteur, néanmoins, nous avons des réticences à admettre que la doctrine civiliste du mandat apparent de l'article 1730 du *Code civil* s'applique aux contrats administratifs. Ce serait plutôt, à notre avis, la théorie de la sous-délégation implicite de pouvoir qui devrait être invoquée (Voir notre *Droit Administratif*, Montréal, Éd. Yvon Blais, 1981, chap. 7 « Les contrats des autorités publiques », p.348 et ss.).

Les développements que consacre l'auteur à « l'enrichissement sans cause comme tempérament aux règles d'habilitation *ratione personæ* et *ratione materiæ* » sont éclairants mais nous laissent un peu sur notre appétit. Il apparaît que l'on a régulièrement, sinon dans une large mesure, utilisé la doctrine du « quantum meruit » dans les provinces de *common law* dans des circonstances où, au Québec, il n'est plus

possible, à cause de la jurisprudence de la Cour d'appel et de la Cour suprême depuis les années '70, d'indemniser le co-contractant qui s'est appauvri au profit de l'Administration en l'absence de contrat valide, soit qu'il n'y ait pas de contrat soit que ce dernier ait été annulé. La jurisprudence québécoise actuelle se fonde sur l'arrêt de la Cour suprême de 1943 *Ollivier c. Corp. mun. de Wottonville* dans laquelle le juge Rinfret se contente d'affirmer que :

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 du quantum meruit car le contrat a été fait suivant les conditions déterminées et nécessairement limitées par la loi.

((1943) R.C.S. 118, 124-5)

Sur cette base, la Cour d'appel puis la Cour suprême dans ses récents arrêts *Gravel et Lalonde* ([1978] 1 R.C.S. 672, 695) soutiennent qu'admettre l'indemnisation sur la base de l'enrichissement sans cause, peu importe la bonne foi, serait contourner les dispositions impératives de la loi ou défier les restrictions d'ordre public.

En droit civil, la jurisprudence a accepté une limite à l'indemnisation sur cette base en face d'un contrat nul : il ne faut pas que ce contrat soit contraire « aux bonnes mœurs et au droit criminel ». Pourquoi ne pas s'en tenir à ces deux limites ? Cela signifierait que l'indemnisation serait exclue dans les cas où les parties ou du moins le co-contractant de l'Administration a été de mauvaise foi ou a agi par fraude ou corruption. Mais si lui-même ou les deux parties ont commis une erreur de bonne foi, ou interprété ou appliqué erronément les exigences de la loi, pourquoi l'action de *in rem verso* ne serait-elle pas admise ? On constate en lisant la jurisprudence que plusieurs juges ont été d'accord avec la position des requérants quant à la validité du contrat, même si finalement ce contrat est annulé : dans l'affaire *Lalonde*, le juge Dickson de la Cour suprême est lui-même dissident et a considéré le contrat valide...([1978] 1 R.C.S. 672).

Nous sommes d'accord avec l'auteur, qui d'ailleurs cite en exemple la situation du droit administratif français, pour soutenir que la situation actuelle de notre droit est à bien des égards inacceptable et que sa rigueur doit être assouplie. Il est d'ailleurs soulageant que la Cour d'appel ait accepté cet assouplissement dans le cas des contrats d'emprunts municipaux ; le prêteur de bonne foi a droit au recouvrement des sommes prêtées à certaines conditions. C'est à notre avis par une interprétation moins rigide des limites (ordre public et droit criminel) de l'enrichissement sans cause qu'on pourrait réintroduire un peu plus d'équité dans des situations où l'enrichissement de l'Administration devient carrément odieux.

Le titre deuxième de l'ouvrage porte sur « l'exécution du contrat de construction ». On y retrouve un exposé très clair des obligations de l'entrepreneur (chap. 1, pp. 197 à 247) et des obligations du maître d'ouvrage (chap. 2, pp. 249 à 302). La question de la modification des contrats en cours d'exécution est d'une très grande importance et se soulève tellement fréquemment ; certes, les textes (règlements, directives, cahiers des charges) abondent de dispositions subtiles dont l'interprétation requiert une attention vigilante ; l'auteur a bien fait ressortir, par ailleurs, l'importance de l'arrêt *Adricon* de la Cour suprême ([1978] 1 R.C.S. 1107) qui apporte « une certaine souplesse à la rigueur du formalisme administratif » (p. 260). La question délicate de « l'incidence des imprévisions sur le prix » ou de la théorie de l'imprévision est clairement exposée et devrait être lue par tous les imprudents qui ont tendance à soumissionner à rabais...

Le titre troisième est consacré à la « responsabilité des constructeurs après la réception des travaux ». Le chapitre 1 traite en profondeur de la responsabilité quinquennale des constructeurs (pp. 309 à 400). Il s'agit d'une nouvelle synthèse qui met à jour et complète les synthèses antérieures, qu'il s'agisse des travaux de Pelissier (1891), de Johnson (1955) de Beaulieu (1963) de Challies (1962) ou de Dunford (1967).

Les civilistes seront plus en mesure que nous le sommes de juger des qualités de cet exposé, mais nous en avons apprécié la clarté. Les fréquentes allusions au droit comparé, au droit français notamment, dénotent une recherche sérieuse.

La conclusion générale de l'ouvrage fait le point sur certaines questions importantes. L'auteur note entre autres, après des développements qui ont permis de faire ressortir certaines obligations que les contrats administratifs de construction imposent spécifiquement aux parties contractantes, que :

malgré leur caractère particulier, parfois même exorbitant, ces obligations ne sont pas incompatibles avec les obligations de droit commun découlant de toute offre de contracter, et qu'au contraire, elles sont par essence des obligations de droit commun. Toutefois, en droit administratif, ces obligations s'imposent aux parties avec une fermeté toute spéciale et leur inexécution est sanctionnée de façon plus draconienne. (p. 415).

Nous sommes particulièrement en accord avec une autre conclusion de l'auteur, à savoir que :

L'incidence des règles de droit public sur les obligations imposées aux co-contractants de l'Administration, lors de la formation des contrats de construction, devrait engager nos tribunaux à reconsidérer la portée véritable de ces règles et à rechercher certains tempéraments aux sanctions fatales qu'entraînent actuellement leur inobservance. Si le caractère d'ordre public des principes de la prévision et de l'approbation des dépenses publiques, doit justifier une stricte soumission aux règles de procédures déterminant l'adjudication des contrats administratifs, de même qu'aux règles d'habilitation et d'approbation exigées pour la conclusion de ces contrats, nos tribunaux devraient rechercher, dans chaque cas d'espèce, si la règle qui n'a pas été observée était essentielle à la validité intrinsèque du contrat, ou s'il ne serait pas alors fondamentalement nul. Certes, l'intérêt général doit prévaloir sur celui des particuliers, mais la protection des fonds publics ne devrait pas être assurée au détriment de la sécurité des particuliers contractant avec l'Administration. Actuellement, le droit privé s'avère insuffisant à assurer la sauvegarde des intérêts des co-contractants et il conviendrait d'admettre

une sorte de quasi contrat d'enrichissement sans cause, propre au droit administratif, qui aurait pour effet d'établir un compromis équitable entre la protection des fonds publics et les intérêts des constructeurs qui auraient accompli de bonne foi des prestations utiles à l'Administration. (pp. 415-416)

L'auteur relève que c'est au chapitre de la responsabilité des constructeurs après la fin des travaux que se manifeste le plus la part d'unité des régimes juridiques des contrats de construction de droit civil et de droit administratif.

C'est enfin sur une note critique, mais remplie d'un certain optimisme, que l'auteur termine :

Si notre comparaison a dû si souvent s'appuyer sur les données fournies par la jurisprudence, c'est que cette démarche s'imposait. Les dispositions que consacre le Code civil aux contrats de construction sont souvent trop laconiques et trop imprécises pour fournir d'elles-mêmes la solution recherchée. C'est aux tribunaux qu'il appartient de suppléer aux dispositions vétustes et incomplètes du Code civil et d'en dégager la signification et la portée. Actuellement, les textes vieillissent source de trop d'incertitudes fondamentales qui continuent à stimuler de trop nombreux litiges pour que le législateur ne tarde davantage à apporter les réformes qui s'imposent.

Au terme de cette étude comparative des contrats de construction en droit public et

privé, nous ne pouvons qu'émettre le vœu qu'un nouveau droit de la construction soit édifié dans les prochaines années. Le projet est déjà lancé. Les plans sont déjà élaborés, nous espérons que la mise en chantier ne saurait tarder. (pp. 416-417).

L'auteur ne se risque toutefois pas à dire si les tribunaux se sont globalement bien acquittés de cette tâche de suppléance et si la mise en chantier d'un nouveau droit de la construction n'aura pas besoin d'une relance...

Cet ouvrage, que nous avons déjà recommandé à nos étudiants en droit Administratif, méritait d'être signalé à tous ceux qui s'intéressent à cette branche du droit, juges, praticiens et administrateurs publics. Tous ceux qui sont impliqués à quelque titre que ce soit dans les activités contractuelles de l'État et des administrations publiques y trouveront un instrument de travail d'une remarquable clarté et très bien documenté.

Cette grande clarté de l'exposé, l'élégance du style en font un ouvrage facilement accessible aux non-juristes, surtout les architectes, les constructeurs et les fonctionnaires œuvrant dans les services techniques de l'Administration.

Patrice GARANT