

Andrée Lajoie, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Centre de recherche en droit public, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, 242 pages

Daniel Mockle

Volume 17, numéro 3, 1986

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1059263ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1059263ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions de l'Université d'Ottawa

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer ce compte rendu

Mockle, D. (1986). Compte rendu de [Andrée Lajoie, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Centre de recherche en droit public, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, 242 pages]. *Revue générale de droit*, 17(3), 632–635.
<https://doi.org/10.7202/1059263ar>

Andrée LAJOIE, *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Centre de recherche en droit public, Montréal, Les Éditions Thémis, 1984, 242 pages.

Dans le domaine des actes unilatéraux et bilatéraux, le développement du droit administratif au Québec et au Canada est encore entravé par de graves lacunes théoriques et par l'absence de recherches approfondies. Et comment pourrait-il en être autrement dans un univers culturel et juridique qui nie les notions d'État, d'Administration, d'acte administratif, d'acte unilatéral, où la Constitution reste silencieuse sur des institutions aussi fondamentales que le Gouvernement et le Premier ministre? Dans un contexte aussi défavorable, évoquer « les contrats administratifs », dégager leur spécificité, et tenter de jeter les premiers fondements de ce qui pourrait en être une théorie générale relevait tout simplement de la gageure.

La fortune sourit aux audacieux. L'ouvrage intitulé « Contrats administratifs : jalons pour une théorie » que nous livre Madame Andrée Lajoie du Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal représente indéniablement une réussite, sans doute parce qu'il est orienté vers une entreprise où les juristes de ce pays ne se hasardent guère, celle de la démystification. Dans le seul cadre du droit québécois où se situe cet ouvrage, le domaine des contrats publics n'est qu'une série de chausse-trappes que l'auteur identifie clairement : existence ou inexistence de la théorie du service public, caractère physique ou moral de la personnalité juridique de la Couronne, application du droit civil ou de la common law lorsque l'Administration ne bénéficie que du régime général de droit commun, théorie du mandat apparent, dosage insolite de bilatéralité et d'unilatéralité dans les interventions de l'État, artifices nés de l'écran contractuel lorsque celui-ci cherche à occulter le caractère unilatéral de ce qui est à proprement parler un acte administratif, enjeux idéologiques qui se dissimulent derrière certaines notions, évaluation des véritables rapports de forces entre les parties en cause, multiplication déroutante des sous-catégories de contrats (« les contrats atypiques »), tout semble défier l'indispensable tentative de systématisation.

Généralement, ces difficultés ne préoccupent que trop peu la doctrine qui « glisse » (c'est le mot) souvent avec une désinvolture étonnante sur ce secteur mal connu. On se borne généralement à affirmer que c'est le droit privé qui s'applique et on passe rapidement à autre chose. Outre ce réductionnisme au droit privé, les juristes étendent parfois abusivement la sphère de la technique contractuelle à certains procédés administratifs. Comment ne pas s'étonner de voir D. Foulkes¹ recourir à l'étiquette pour le moins vague d'*Administrative arrangements or contracts* pour tenter de cerner la nature juridique de *schemes, grants and licences...*! Dans le cadre de l'univers anglo-saxon, cet exemple permet de comprendre l'étendue des difficultés à surmonter pour mesurer les limites de la technique contractuelle sans avoir, en contrepartie, cherché à systématiser la notion d'acte unilatéral. Dans la mesure où c'est justement l'unilatéralité qui constitue l'essence même de l'action administrative, il faut se méfier des artifices externes de la bilatéralité. L'obstacle est de taille car comment parvenir à démêler ces deux catégories sans théorie générale de l'acte administratif unilatéral? Comment distinguer les chats des chiens sans savoir ce qu'est un chat...?

1. D. FOULKES *Administrative Law*, 5^e éd., Londres, Butterworths, 1982, 460 pages, p. 354.

En droit administratif, le domaine des contrats n'est-il qu'une série de clichés? Pour ceux qui préfèrent la lucidité, il faut sans doute une bonne dose d'humour pour survivre à l'approche « classique » du droit administratif. Si l'on en juge par le ton de cet ouvrage, le domaine des contrats en exige beaucoup... Mais qu'on ne s'y trompe pas, la recherche de Madame Lajoie se distingue surtout par son sérieux car elle repose sur une hypothèse générale dont l'auteur a cherché à vérifier la validité : en comparaison du droit administratif français où les contrats dits « administratifs » sont régis pour l'essentiel par des règles distinctes, le droit administratif québécois peut-il prétendre à une quelconque originalité en la matière? « *Moins cohérent et plus proche du droit commun, le corpus qui en tient lieu ici nous paraissait être constitué d'un agrégat de règles résultant à la fois de l'objet spécifique de chacun de ces contrats et, à la fois, du statut juridique particulier de la Couronne et des autres organismes publics dont la participation au contrat détermine son caractère administratif* » (Conclusion p. 213). En procédant à la synthèse de ses recherches, l'auteur en conclut « *que le corpus des contrats administratifs diffère peu de celui des contrats privés* » et que son particularisme semble peu prononcé (p. 214). Nous avons été déçu de cette conclusion, car comme elle l'observe « *on aurait pu s'attendre à autre chose* ». Sur ce point, Madame Lajoie nous rappelle tous à l'ordre en soulignant que les écarts, nombreux et réels par rapport au droit privé, n'en ont pas moins été exagérés par une certaine doctrine québécoise, notamment celle de l'école du service public de Laval. Ces controverses sur une importation française ne sont pas sans évoquer celles qui avaient secoué la doctrine sur l'admissibilité de la dualité domaniale en droit administratif. Manifestement, il existe un problème de fond qui n'a pas été résolu, sur la place et la portée du droit administratif français au Québec. Comment démarquer l'apport proprement scientifique et méthodologique de l'introduction de notions nouvelles, qui pour correspondre à des réalités tangibles, n'en restent pas moins étrangères à l'étroitesse de la tradition anglo-saxonne?

Sur cette question controversée, cet ouvrage représente à bien des égards ce qu'il serait convenu d'appeler un bon usage du droit administratif français. Le premier avantage de son utilisation relève d'abord de l'effet de contraste. Par comparaison, laquelle est forcément brutale, on peut mesurer ce que le droit public anglo-saxon n'est pas ou n'a pas. Cette démarche est essentielle car souvent tout s'éclaire. C'est ici que le droit comparé se révèle particulièrement fécond. Le second avantage est d'ordre supplétif, de multiples apports théoriques se révélant indispensables pour pallier l'indigence conceptuelle d'une certaine tradition juridique. Cela n'est pas sans présenter des dangers comme le souligne Madame Lajoie par sa dénonciation du nominalisme. On risque en effet de s'égarer en attachant à des notions comparatives des effets juridiques immédiats dans notre droit positif. De l'évocation du « service public » on glisse rapidement à « l'égalité des usagers devant le service public » et à « l'égalité des charges devant le service public ». Il est tout à fait exact, qu'au sens formel, cela n'existe pas au Québec où l'immense majorité des juges et praticiens ne connaissent rien au droit administratif français ni en général sur ce qui passe à l'étranger (l'isolationnisme du continent nord-américain n'est pas que politique...). Reste donc à démarquer ce qui est de ce qui est possible ou souhaitable, d'autant plus qu'il existe une situation propice à des changements. En droit fédéral par exemple, la reconnaissance d'une conception plus substantielle de l'égalité à l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ne peut que conduire à réévaluer la position des

individus face à un État innommé, à une Administration qui n'en existe pas moins *de facto* même si son statut juridique reste nébuleux. À condition de l'utiliser à bon escient, le droit administratif français est susceptible de favoriser l'avènement d'un droit administratif plus cohérent au Québec et au Canada. Dans cette veine, il faut noter que Madame Lajoie aurait pu l'utiliser davantage. Il existe en droit français une doctrine particulièrement riche sur le thème des contrats administratifs. Cette doctrine, Madame Lajoie la connaît fort bien, d'où ce léger mystère sur des silences sans doute délibérément voulus... Par auto-limitation volontaire sur les sources françaises, l'auteur a probablement cherché à diminuer l'impact des égarements qu'elle reproche à certains... Nous aurions quand même aimé en savoir davantage, surtout pour comprendre dans une perspective comparative la place de l'instrument contractuel en droit administratif. Bien que l'auteur en glisse quelques mots, il aurait été intéressant qu'elle y consacre des développements plus structurés. À la réflexion, tout cela résulte d'un choix qu'il faut respecter puisque ce livre est principalement orienté vers l'analyse du droit positif applicable aux contrats administratifs et non pas vers la technique contractuelle proprement dite.

Cet ouvrage mérite également d'être signalé à propos de son évaluation du rôle des privilèges et immunités de la Couronne dans le domaine des contrats administratifs. L'auteur n'avait surtout pas à s'excuser de nous offrir « des hors-d'œuvre constitutionnels ». Si elle est ainsi conduite à le faire, c'est bien parce que les implications du régime juridique de la Couronne en droit administratif n'ont pas été suffisamment éclaircies. Ce régime est souvent présenté comme un sujet exclusivement constitutionnel. Pourtant, en droit anglo-saxon, il n'existe pas de frontière précise entre le droit constitutionnel et le droit administratif. Cela est particulièrement vrai pour la Couronne, puisque ses privilèges constituent l'amorce d'un authentique régime de droit public qui profite avant tout à l'Administration, à condition bien sûr que cette dernière puisse s'en prévaloir. Faute d'ouvrage de synthèse sur le sujet² et compte tenu de bien des incertitudes, il fallait d'emblée partir d'un certain niveau de généralité. Le régime juridique de la Couronne est bien l'un des principaux fondements de la spécificité des contrats administratifs.

Pour terminer, nous aimerions attirer l'attention sur deux points préoccupants. Le premier résulte de la multiplication des catégories spéciales de contrats. L'auteur le montre bien pour la santé, les affaires sociales et les ententes fédérales-provinciales (ces dernières n'ont plus grand chose à voir avec les contrats administratifs). N'y aurait-il pas au fond naufrage du corpus général des contrats administratifs au profit d'un recouplement vertical par secteurs d'activités (droit économique, droit de l'urbanisme, droit professionnel, droit de l'environnement, droit fiscal, droit des transports, etc.)? Phénomène d'autant plus troublant qu'il se pose souvent à l'échelle de tout le droit administratif. Une étude approfondie de toute la pratique contractuelle des autorités québécoises pourrait éventuellement confirmer cette hypothèse. Ce corpus général est d'autant plus vulnérable qu'à la fin

2. Ce n'est plus tout à fait vrai car il vient de paraître en droit australien un ouvrage général sur la fonction exécutive : H.E. RENFREE, *The Executive Power of the Commonwealth of Australia*, Sydney, Legal Books Pty, 1984, 599 pages. Cet ouvrage est d'autant plus important que les similitudes entre les droits australien et canadien sont nombreuses. Il a toutefois l'immense défaut de ne pas renouveler une approche complètement sclérosée.

du livre, le lecteur baigne dans un climat d'unilatéralité. N'est-ce pas plutôt le contrat administratif lui-même qui est rendu illusoire?

Le second nous achemine tout naturellement à la perspective d'une réforme du droit. Sans théorie du service public ni corpus véritablement distinct, les contrats administratifs font bien piètre figure. Après nous avoir enlevé nos illusions, Madame Lajoie aurait pu se prononcer sur l'opportunité d'introduire de telles alternatives en droit québécois, et plus généralement, en droit canadien. Sa réponse n'est qu'indirecte dans la mesure où elle dénonce les enjeux idéologiques qui se camouflent derrière la notion de service public et dans cette mystique de l'intérêt général qui la sous-tend (nous avons beaucoup apprécié qu'elle signale à la p. 86 que l'intérêt public... c'est l'intérêt du Gouvernement...). En comparaison, l'approche anglo-saxonne n'en reste pas moins tout aussi pernicieuse et mystifiante car prétendre que l'État et les individus ont les mêmes droits, qu'ils sont égaux, que le droit commun reste la règle fondamentale, ne peut que conduire aux pires déformations. Théologie pour théologie, l'approche française est peut-être plus saine que la politique de l'autruche! Ce qui rend la première si intéressante, une fois dissipée la théorie du service public, c'est qu'elle ne fait pas mystère de la toute puissance de l'État et du caractère profondément inégalitaire des rapports État-individus.

Enfin, une ultime remarque, et c'est à nos yeux la plus importante, ce livre est fort bien rédigé, ce qui prouve encore une fois que la complexité du droit administratif n'est nullement incompatible avec l'élégance du style. Cette qualité le rend à nos yeux tout à fait exemplaire. Quant au fond... c'est un ouvrage décapant à lire absolument.

Daniel Mockle

Section de droit administratif

Commission de réforme du droit du Canada