

Les Cahiers de droit



La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social ?

Michelle Cumyn

Volume 47, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043908ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043908ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Cumyn, M. (2006). La contractualisation de l'action publique: contrat juridique ou contrat social ? *Les Cahiers de droit*, 47(4), 677–701.
<https://doi.org/10.7202/043908ar>

Résumé de l'article

La diversité des formes que revêt la contractualisation de l'action publique en matière environnementale dénote l'influence concurrente de deux modèles : le contrat social et le contrat juridique. L'auteure met en lumière la double ambiguïté qui sous-tend l'idée de contractualisation. Elle est tantôt inclusive, se rapprochant de l'idéal du contrat social, tantôt exclusive, se rapportant au modèle du contrat juridique. Par ailleurs, la contractualisation est parfois la source directe de normes juridiques, tout comme elle peut aussi demeurer en dehors du droit. Cette double ambivalence forme la base d'une schématisation possible des formes de la contractualisation de l'action publique, dont l'auteure propose de distinguer quatre groupes : les ententes bilatérales, les contrats collectifs, la participation publique et la consultation politique. Enfin, l'auteure esquisse le régime des ententes bilatérales entre l'Administration et les administrés, selon qu'elles ont ou non un caractère juridique.

La contractualisation de l'action publique : contrat juridique ou contrat social* ?

Michelle CUMYN**

La diversité des formes que revêt la contractualisation de l'action publique en matière environnementale dénote l'influence concurrente de deux modèles : le contrat social et le contrat juridique. L'auteure met en lumière la double ambiguïté qui sous-tend l'idée de contractualisation. Elle est tantôt inclusive, se rapprochant de l'idéal du contrat social, tantôt exclusive, se rapportant au modèle du contrat juridique. Par ailleurs, la contractualisation est parfois la source directe de normes juridiques, tout comme elle peut aussi demeurer en dehors du droit. Cette double ambivalence forme la base d'une schématisation possible des formes de la contractualisation de l'action publique, dont l'auteure propose de distinguer quatre groupes : les ententes bilatérales, les contrats collectifs,

* La recherche a été réalisée grâce à une subvention d'équipe du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada (CRSH) pour la réalisation d'un projet portant sur la contractualisation de l'action administrative et la participation publique, dirigé par la professeure Paule Halley. Le présent texte constitue une tentative préliminaire d'articuler la ou les notions de contrat qui sous-tendent le phénomène de contractualisation de l'action publique. La suite du projet permettra sans aucun doute d'affiner l'analyse. L'auteure remercie ses collègues Christelle Landheer-Cieslak et André Bélanger qui ont été des interlocuteurs particulièrement généreux et pénétrants à propos des questions abordées dans son texte. Pour sa part, la professeure Landheer-Cieslak a animé plusieurs discussions facultaires et interfacultaires sur le thème du passage de la loi à l'autonomie privée. Le séminaire de maîtrise sur le droit contemporain des contrats enseigné en tandem avec le professeur Bélanger a permis à l'auteure de raffiner son analyse en intégrant à sa réflexion les travaux importants menés par le professeur Bélanger sur la théorie des contrats et le solidarisme contractuel. L'auteure est également redevable envers les membres de son équipe de recherche de qui elle a beaucoup appris : les professeurs Paule Halley et Denis Lemieux (chercheurs principaux) et les professeurs Pierre Issalys et Daniel Mockle (collaborateurs au même titre que l'auteure). Enfin, l'auteure remercie M. Jean-Paul Gakwerere, étudiant de troisième cycle à l'Université Laval, pour ses commentaires et les recherches effectuées, ainsi que ses collègues de l'Université de Montpellier 1, de l'University of Western Ontario et de la Queen's University pour les échanges, aussi fructueux qu'agréables, auxquels ont donné lieu des exposés successifs de son texte.

** Professeure agrégée, Faculté de droit, Université Laval.

la participation publique et la consultation politique. Enfin, l'auteure esquisse le régime des ententes bilatérales entre l'Administration et les administrés, selon qu'elles ont ou non un caractère juridique.

The contractualisation of government refers to a variety of practises in which public authorities negotiate the adoption or enforcement of legal norms with the parties involved. They range from public hearings to individual agreements. They occur at the stage of adopting, implementing or enforcing a given set of standards. Some are consultative; others are formal agreements. While such practises have developed in many areas, they have been most actively pursued in the field of environmental law. As this article suggests, the underlying contractual paradigm appears to draw on two opposing models: the social contract and the legal contract. Inclusive forms of contractualization tend towards the social contract model, while exclusive forms are reminiscent of legally binding contracts. Some forms, like legal contracts, are the direct source of legal standards, while other forms, like the social contract, are intended to be politically compelling, but not legally binding. Building on the two oppositions just described, the author identifies four types of contractualization: bilateral agreements, collective contracts, public participation and political consultation. Finally, the author discusses briefly the legal effects of bilateral agreements, depending on whether or not they are determined to be binding contracts.

	<i>Pages</i>
1 La contractualisation entre contrat social et contrat juridique	681
1.1 Le contrat juridique et le contrat social	682
1.1.1 Les sources juridiques du contrat social	683
1.1.2 Les points d'opposition entre les conceptions classiques du contrat social et du contrat juridique.....	685
1.2 Les ambiguïtés de la contractualisation	690
1.2.1 Les formes inclusives et exclusives	691
1.2.2 Le caractère juridique ou non juridique	693

2 Une tentative de schématisation.....	694
2.1 La schématisation proposée.....	695
2.2 Les effets juridiques des ententes bilatérales.....	696
Conclusion.....	701

Aucun secteur de l'activité humaine n'a, semble-t-il, été épargné par le développement spectaculaire de l'État-providence au xx^e siècle et par l'inflation législative qui l'a accompagné. Aujourd'hui, plusieurs observateurs constatent à l'inverse un retrait ou, du moins, une mutation profonde de l'action publique, l'Administration ayant recours de plus en plus fréquemment à la négociation plutôt qu'à l'imposition des normes, la figure du contrat se substituant à la figure de la loi¹.

Le droit de l'environnement est particulièrement touché par cette évolution, comme le montrent les recherches menées par les professeurs Paule Halley et Denis Lemieux sur les régimes québécois et canadien de protection de l'environnement². Le phénomène est également répandu en France, où il fait l'objet de nombreuses analyses, souvent critiques³. Dans

1. J. CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », dans J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 21 et suiv.
2. P. HALLEY, « Les ententes administratives avec les pollueurs en droit de l'environnement canadien », dans P. COLSON et D. LEMIEUX (dir.), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Québec, Hautes études internationales, Université Laval, 1997, p. 139 et suiv. ; P. HALLEY, « La négociation des normes environnementales, le développement durable et la participation publique », dans J.-L. AUTIN (dir.), *Contractualisation, participation publique et protection de l'environnement*, Montpellier, Faculté de droit de Montpellier, [à paraître] ; D. LEMIEUX, « Le consensualisme et la loi canadienne sur la protection de l'environnement », dans *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité ; Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 235 et suiv. ; D. LEMIEUX et S. MEKKI, « L'action administrative négociée et la participation du public (expériences fédérales) », dans J.-L. AUTIN (dir.), [à paraître]. Voir aussi : P. ISSALYS et M. BOURQUE, *Répartir les normes : le choix entre les formes d'action étatique*, Québec, Société de l'assurance automobile du Québec, 2000, p. 215 et suiv. ; F. SAINT-MARTIN, « L'utilisation des contrats comme mode de participation des parties privées à la détermination des normes », dans *Actes de la XV^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 61 et suiv.
3. Voir par exemple : P. LASCOUTES, « Autorité, efficacité et légitimité des instruments conventionnels d'action publique », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Thémis, 2002, p. 333 et suiv. ; J.-P. GAUDIN (dir.), *Gouverner par contrat, l'action publique en question*, Paris, Presses sciences po, 1999.

le monde anglo-américain, le même phénomène semble être conceptualisé différemment ou ne pas susciter des interrogations identiques⁴.

L'idée de contractualisation englobe une grande diversité de processus, comme l'illustrent les exemples suivants mis en lumière par les travaux des professeurs Halley et Lemieux : la participation publique intervenant en amont de la décision gouvernementale ; la négociation sectorielle ou individuelle du contenu des autorisations administratives, voire des règlements ; l'adoption de programmes d'assainissement par des entreprises qui contreviennent aux normes légales ; les contrats environnementaux par lesquels des entreprises ou des secteurs industriels s'engagent envers l'Administration à surpasser les normes légales en vigueur ; les initiatives privées de normalisation et de certification. Les exemples recensés concernent tantôt l'élaboration des normes, tantôt leur mise en œuvre. Le degré d'engagement de l'État est variable, et il en est de même de la place occupée

-
4. Au Canada, un modèle contractuel de contrôle des émissions polluantes a été proposé par B.-J. BARTON, R.-T. FRANSON et A.-R. THOMPSON, *A Contract Model for Pollution Control*, Vancouver, Westwater Research Center, University of British Columbia, 1984 ; voir aussi : K. BEATTIE, « Fairness, Openness and Self-regulation : An Examination of Administrative Law Values and the Use of Voluntary and Self-regulatory Measures for Environmental Protection », (2000-01) 14 *Can. Journal of Admin. Law & Practice* 1 ; J. POIRIER, « Les ententes intergouvernementales et la gouvernance fédérale : aux confins du droit et du non-droit », dans J.-F. GAUDREAU-DESBIENS et F. GÉLINAS (dir.), *Le fédéralisme dans tous ses états*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005, p. 441 et suiv. Aux États-Unis, l'affaire *United States v. Winstar Corp.*, 518 U.S. 839 (1996), a attiré l'attention sur une forme particulière de contractualisation de l'action gouvernementale, soit le contrat réglementaire (*regulatory contract*). Dans cette affaire, la Cour suprême des États-Unis a reconnu la validité d'engagements contractuels par lesquels une autorité de surveillance garantissait à trois institutions financières qu'elles bénéficieraient du traitement réglementaire établi dans l'entente pour une période variant de 25 à 35 ans, selon le cas. Quelques années plus tard, l'adoption d'une nouvelle loi par le Congrès a eu pour effet de modifier le traitement réglementaire de ces institutions, qui ont dû liquider ou restructurer leurs activités, ce qui leur a causé un préjudice financier important. L'État fédéral a été condamné à leur verser des dommages-intérêts au motif qu'il avait accepté d'assumer les risques de tout changement législatif et ainsi engagé sa responsabilité contractuelle. Voir l'excellente critique de D. DANA et S.-P. KONIAK, « Bargaining in the Shadow of Democracy », (1999) 148 *U. of Penn. L. Rev.* 473. Toujours aux États-Unis, la *Negotiated RuleMaking Act*, 5 U.S.C. 561 et suiv., prévoit par ailleurs un processus par lequel les autorités de surveillance peuvent négocier le contenu d'un règlement à venir avec les groupes visés. Sur la contractualisation de l'action publique aux États-Unis dans le domaine environnemental, voir : E.-W. ORTS et K. DEKETELAERE (dir.), *Environmental Contracts, Comparative Approaches to Regulatory Innovation in the United States and Europe*, Londres, Boston, Kluwer Law International, 2001. Sur la situation qui règne au Royaume-Uni, voir P. VINCENT-JONES, *The New Public Contracting : Regulation, Responsiveness, Relationality*, Oxford, Oxford University Press, 2006.

par la participation publique. Enfin, les effets juridiques de ces nouvelles formes de régulation sont parfois incertains.

L'idée de contractualisation étant couramment invoquée pour décrire l'ensemble des formes que prend la nouvelle régulation en matière environnementale, il nous a semblé intéressant de vérifier dans quelle mesure la notion de contrat révèle certains traits communs pouvant en éclairer l'analyse. Si certaines ententes conclues entre l'Administration et les administrés ressemblent presque en tout point à un contrat, d'autres processus de négociation des normes ou de participation du public à leur élaboration ne s'y apparentent guère, du moins pas au sens où l'entendent habituellement les juristes. Pour que la notion de contrat puisse rendre compte de l'ensemble des manifestations de la contractualisation de l'action publique, il faut donc, nous semble-t-il, ne pas s'en tenir à la conception juridique classique du contrat, mais prendre également en considération la notion politique de contrat social.

En effet, le discours entourant la contractualisation de l'action publique est ambigu. Il se situe tantôt dans le registre juridique, tantôt dans le registre politique et il évoque, croyons-nous, parfois le contrat juridique, parfois le contrat social. Les ententes étudiées ont, à l'occasion, une portée normative directe, ou encore une fonction de légitimation de normes ou de décisions à être adoptées ultérieurement par l'État. Dans certains cas, il est difficile de distinguer les premières des secondes, l'intention véritable des acteurs n'étant pas clairement exprimée. Or, la notion politique de contrat social entretient depuis toujours des liens complexes et ambigus avec la notion juridique de contrat. À notre avis, l'exploration de ces liens peut s'avérer pertinente.

Il est certes possible que l'idée de contractualisation se révèle trompeuse et qu'elle ne soit pas apte à éclairer les fondements et la nature de toutes les nouvelles formes de régulation que nous avons évoquées. Nous avons toutefois voulu prendre au mot la métaphore contractuelle, afin d'en explorer le potentiel à la fois explicatif et critique. Précisons que nous n'entendons pas pour autant faire l'apologie des nouvelles formes de régulation, ni du paradigme contractuel.

Nous arpenterons d'abord le terrain conceptuel qui s'étend de l'idée du contrat social à celle du contrat juridique (1). Nous tenterons ensuite une schématisation des formes possibles de contractualisation à partir des paramètres que nous aurons découverts (2).

1 La contractualisation entre contrat social et contrat juridique

Les théories classiques du contrat social posent celui-ci comme un acte originel donnant naissance à la société civile et fondant la légitimité

de l'État. Certains auteurs, tels que Rawls et Habermas, ont réactualisé l'idée du contrat social, dont ils ont voulu dégager les principes devant guider l'action gouvernementale et la participation publique aux sociétés contemporaines⁵. Ainsi, la mise en place législative de mécanismes de participation publique à l'élaboration des politiques gouvernementales, puis des normes, peut être conçue comme une tentative de mettre en œuvre la théorie du contrat social. Il y aurait donc une certaine juridicisation du contrat social.

À l'inverse, le souci d'accroître l'efficacité de la régulation étatique incite les autorités publiques à négocier la conception et la mise en œuvre de celle-ci avec les principaux intéressés. Ces négociations, même lorsqu'elles donnent lieu à la conclusion d'ententes structurées entre les parties, n'ont pas forcément un caractère juridique. Il se dessinerait donc une certaine politisation du contrat juridique.

En raison de ce double mouvement, les notions pourtant bien distinctes de contrat social et de contrat juridique s'entrecroisent (1.1). L'idée unificatrice de contractualisation révèle d'importantes ambiguïtés, qu'il nous importe de circonscrire davantage (1.2).

1.1 Le contrat juridique et le contrat social

D'aucuns pourraient croire que le contrat social appartient tout entier à la science politique et qu'il n'est pas l'affaire des juristes, sauf dans la mesure où ceux-ci se préoccupent de la légitimité des normes adoptées à l'issue du processus politique. Cependant, lorsque la participation du public, préalable à la décision gouvernementale, est formellement prévue par la loi, ou lorsque des ententes sont conclues entre l'Administration et les administrés pour fixer les normes réglementaires applicables à ces derniers, ces phénomènes doivent retenir l'attention des juristes. La double tendance du contrat social à pénétrer la sphère juridique et du contrat juridique à intégrer la sphère politique intéresse le droit.

Tant un retour aux sources juridiques du contrat social (1.1.1) qu'un examen des points d'opposition entre les notions classiques de contrat social et de contrat juridique (1.1.2) révèlent leur relation complexe d'opposition et d'influence.

5. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Cambridge, Harvard University Press, 1971, n^{os} 36 et suiv., p. 221 et suiv.; J. HABERMAS, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MIT Press, 1998, notamment aux chapitres 4 (p. 132 et suiv.) et 7 (p. 287 et suiv.). Le modèle proposé par Habermas est particulièrement intéressant en vue d'une analyse critique de la contractualisation de l'action publique.

1.1.1 Les sources juridiques du contrat social

Selon toute vraisemblance, c'est le contrat juridique qui a inspiré la théorie du contrat social. Les historiens adoptent toutefois des points de vue différents quant au moment précis où est apparue cette théorie et quant à la forme juridique qui en a inspiré la genèse. L'idée du contrat social aurait existé en germe chez Cicéron, mais l'élaboration des théories de Hobbes, de Locke et de Rousseau devrait aussi beaucoup à l'influence des doctrines juridiques élaborées à partir du Moyen Âge, que certains auteurs exploitaient à des fins politiques⁶.

Ainsi, l'idée du contrat social a pu naître à partir d'écrits qui affirmaient que le souverain était lié par les pactes qu'il concluait avec les villes de son royaume, de même qu'avec ses vassaux, et dans lesquels il leur conférait certains privilèges en échange de leur allégeance : ni le souverain ni ses successeurs ne pouvaient retirer unilatéralement les privilèges ainsi attribués. Cette première hypothèse met en scène des rapports bilatéraux entre le souverain et certaines entités politiques présentes au sein de son royaume, ou encore entre le souverain et ses vassaux. L'objet de l'analyse contractuelle de ces rapports était de résister à la prétention du souverain selon laquelle il détenait sur son peuple un pouvoir absolu. Il s'agissait de le contraindre, sinon juridiquement, du moins politiquement, à respecter les engagements qu'il avait pris envers ses sujets et qui étaient la contrepartie des pouvoirs qui lui étaient reconnus : telle est la première signification possible du contrat social⁷.

Suivant une seconde hypothèse, l'essor des sociétés commerciales, associé à l'ascension de la bourgeoisie, pourrait être lui aussi à l'origine de la théorie du contrat social. Ainsi, le juriste et politicien italien Mario Salamonio, au début du XVI^e siècle, comparait explicitement les rapports entre les citoyens avec le contrat de société et affirmait qu'il était possible de considérer que tous les citoyens avaient contracté pour désigner l'un d'eux, le souverain, comme leur représentant à la tête de la société. Le rôle du souverain était donc analogue à celui de l'administrateur d'une société. Ce schéma demeure compatible avec la figure précédente : le souverain

6. A. BLACK, « The Juristic Origins of Social Contract Theory », (1993) 14 *History of Political Thought* 57.

7. *Id.*, p. 59 et suiv. Hobbes rejette explicitement cette interprétation du contrat social : T. HOBBS, *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996, chap. 18. Elle ne correspond pas non plus aux théories de Locke ou de Rousseau.

est un citoyen qui se voit attribuer d'importantes prérogatives, mais qui demeure en retour redevable envers ses concitoyens⁸.

En revanche, de l'analogie avec la société commerciale se dégage une autre interprétation possible du rôle du souverain, qui n'est apparemment pas celle que Salamonio avait en vue : le souverain n'est plus un citoyen parmi les autres, mais il incarne la volonté abstraite de tous les citoyens participant au contrat social. Le souverain est la société tout entière⁹.

Cette deuxième interprétation de l'analogie entre contrat social et société commerciale se rapproche peut-être davantage d'une troisième manifestation juridique qui a pu historiquement contribuer, elle aussi, à l'idée du contrat social. À partir du xvi^e siècle, les juristes français écrivaient que la coutume était issue du consentement du peuple, à la manière d'un contrat, ce qui signifiait que les individus pouvaient tout aussi bien définir entre eux, par le moyen d'un contrat plus particulier, des rapports juridiques nouveaux faisant exception au régime coutumier. Alors que la coutume était auparavant conçue comme impérative, cet argument était destiné à la transformer en un corps de règles essentiellement supplétives, comme l'exprimait à l'époque l'adage « convenance vainc loi ». Les parties étaient donc libres d'y déroger par convention¹⁰.

Ces sources juridiques possibles de la théorie du contrat social soulèvent la question de savoir si cette dernière ne pourrait pas regrouper plusieurs cas de figure différents, s'agissant du rôle joué par l'État. Le contrat social pourrait, en effet, être conçu tel un contrat entre les citoyens, tout à fait en dehors de l'État, comme l'illustre l'analogie avec la coutume. Par ailleurs, lorsque le contrat social engage l'État, le rôle de ce dernier pourrait être défini de deux manières, ainsi que le laisse voir l'analogie avec la société commerciale. La première correspondrait à la figure personnelle du souverain qui contracte avec ses concitoyens et la seconde, à la figure abstraite de l'État qui émane du contrat social et en orchestre la mise en

8. A. BLACK, *loc. cit.*, note 6, 66 et suiv. Pour Hobbes cependant, les pouvoirs attribués à la personne du souverain ou à l'assemblée de personnes constituée pour gouverner sont absolus et irrévocables. La conception absolutiste de Hobbes sera ensuite vivement critiquée par Locke et Rousseau.

9. C'est cette vision de l'État qui émerge de plus en plus clairement dans les théories de Hobbes, de Locke, puis de Rousseau. Voir : J. LOCKE, « Second Treatise », dans *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, chap. 8, n^{os} 95 et suiv. ; J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, Éditions du Seuil, 1977.

10. Voir par exemple G. COQUILLE, « Coutumes de Nivernois », dans *Les œuvres de Guy Coquille*, Bordeaux, C. Labottiere, 1703, p. 1 [Coquille vécut de 1523 à 1603] ; J. BOUHIER, « Observations sur la Coutume du Duché de Bourgogne », dans *Œuvres de jurisprudence de M. Bouhier*, éd. par Joly de Bevy, Dijon, Frantin, 1787, p. 373 [Bouhier vécut de 1673 à 1746].

œuvre. C'est cette dernière interprétation de la théorie du contrat social qui l'a toutefois emporté sur les autres, le contrat social se détachant définitivement du contrat juridique. Le contrat social est un contrat imaginaire de tous les citoyens qui, ensemble, fondent la société civile et se donnent un gouvernement.

Or, la contractualisation de l'action publique, dans plusieurs de ses formes, correspond précisément aux autres cas de figure que nous avons mis en évidence. L'État se comporte en effet comme une personne lorsqu'il contracte avec d'autres personnes en leur proposant des partenariats. Par ailleurs, la coexistence de la normativité étatique et des ordres normatifs privés—dont l'État s'accommode souvent fort bien, déréglementation oblige—peut être rapprochée de l'hypothèse d'un contrat social en dehors de l'État. Le contrat social devrait-il englober ces cas de figure ? À notre point de vue, il faut plutôt les reconnaître comme des manifestations du contrat juridique. Ces dernières témoignent de la très grande attraction qu'exerce actuellement le modèle du contrat de droit privé sur l'action publique. La contractualisation serait donc la résultante d'une double influence, soit celle du contrat social et celle du contrat juridique. Or, il ne faudrait pas sous-estimer les différences qui opposent ces deux concepts.

1.1.2 Les points d'opposition entre les conceptions classiques du contrat social et du contrat juridique

Contrairement au contrat social, le contrat juridique est une source autonome de normes sanctionnées par le droit. Dans sa formation comme dans ses effets, il s'applique uniquement aux parties qui y ont consenti¹¹. Certes, celles-ci peuvent être nombreuses, mais il ne saurait être véritablement question d'un contrat juridique entre tous les citoyens. Une interrogation survient alors : les instruments juridiques sont-ils aptes à donner corps au contrat social ? Malgré l'influence du contrat juridique sur l'articulation du contrat social, n'existe-t-il pas entre eux une incompatibilité fondamentale, une frontière infranchissable qui tiennent au réalisme du premier et à l'idéalisme du second ?

11. Bien entendu, le principe de la relativité des contrats n'est pas aussi rigide qu'il n'y paraît à première vue. Certaines personnes n'ayant pas pris part à la formation du contrat peuvent néanmoins se prévaloir de celui-ci dans différents cas de figure, dont les principaux sont les suivants : les parties ont créé un droit au bénéfice d'un tiers ; le contrat a été formé par le représentant d'une partie absente lors de sa formation ; la violation du contrat a causé préjudice à un tiers ; un tiers a acquis la situation juridique de l'une des parties. Voir : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, les effets du contrat : interprétation, qualification, durée, inexécution, effet relatif, opposabilité*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, n^{os} 671 et suiv., p. 713 et suiv.

Les principaux points d'opposition entre contrat social et contrat juridique sont le caractère réel ou fictif du contrat, la délimitation du cercle contractuel et la place occupée par le contrat dans la hiérarchie des normes. Nous verrons comment s'opère la tendance du contrat social et du contrat juridique à vouloir surmonter ces oppositions pour se rapprocher l'un de l'autre, à la manière de deux pôles contraires qui s'attirent.

Le contrat juridique naît d'un accord réel entre les parties contractantes, bien qu'il soit admis que la seule adhésion d'une partie à un contrat, dont elle n'aurait pas négocié ou même connu tous les termes, suffit à la conclusion d'un tel contrat¹². Le contrat social, au contraire, revêt un caractère plus ou moins fictif, même si certains auteurs en ont affirmé l'historicité¹³. Pour que le contrat social puisse fonder la légitimité de l'État, il suffit qu'une personne raisonnable, placée hypothétiquement dans l'état de nature, ne puisse en arriver à une décision autre que celle d'adhérer au contrat. Bien entendu, la manière dont les auteurs décrivent l'état de nature, d'une part, et le contenu du contrat social, d'autre part, est destinée à présenter l'adhésion à celui-ci comme la seule issue possible. C'est ce qui rend l'adhésion au contrat social plausible, sinon historiquement, du moins sur le plan rationnel. Ainsi, plus l'état de nature est un lieu désagréable et dangereux, plus le contrat peut être désavantageux et néanmoins recevoir l'assentiment du contractant hypothétique¹⁴. À l'opposé, dans la mesure où les individus bénéficient déjà d'une certaine sécurité et de certaines libertés dans l'état de nature, le contrat social devra leur offrir des garanties importantes pour rendre plausible leur adhésion¹⁵.

12. La pratique de plus en plus répandue des contrats d'adhésion a posé un défi de taille à la théorie classique des contrats juridiques, qui fonde leur force obligatoire sur le consentement des parties. Comment donc une partie peut-elle être liée par un contrat entièrement rédigé par son cocontractant et dont elle n'a souvent pas le temps ni la possibilité de lire les clauses ? Certains auteurs ont affirmé que le contrat d'adhésion n'est pas un véritable contrat (du moins au sens où l'entend la théorie classique) et en ont souligné le caractère quasi réglementaire. D'autres ont prétendu que l'adhérent ne doit pas être lié par les clauses dont il n'a pas eu connaissance. La doctrine majoritaire n'a pas pour autant abandonné la théorie classique et semble considérer que l'adhésion au contrat dont l'adhérent n'a pas lu les clauses le lie néanmoins, si ces dernières sont raisonnablement prévisibles et conformes à la bonne foi (voir N. CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996). Le droit positif prévoit différents dispositifs permettant aux tribunaux d'écarter, dans certains contrats, l'application de clauses abusives, de clauses illisibles ou incompréhensibles ou encore de clauses externes, surtout dans la mesure où elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'adhérent : *Code civil du Québec*, art. 1435, 1436, 1437 (ci-après cité : « C.c.Q »).
13. Voir J. LOCKE, *op. cit.*, note 9, n^{os} 101 et suiv.
14. Voir T. HOBBS, *op. cit.*, note 7, chap. 13 et 17.
15. Voir J. LOCKE, *op. cit.*, note 9, chap. 2 et 9.

Parmi ces garanties figure, pour certains auteurs, la mise en place de processus démocratiques propres à assurer la légitimité des lois et des décisions gouvernementales. C'est ainsi que le contrat social peut s'incarner sous la forme de principes directeurs de l'action publique. Le droit peut alors formaliser ces principes de légitimité démocratique en les intégrant au processus d'élaboration des normes. À l'inverse, le contrat juridique collectif peut servir de véhicule à l'organisation de groupes au sein de la société civile, qui forment ainsi des collectivités susceptibles de générer leur propre normativité et d'entrer en concurrence avec l'État.

Le contrat juridique suppose que les parties contractantes soient clairement désignées. Il faut également qu'elles aient consenti ou adhéré au contrat pour être liées par celui-ci. S'il est bien dit dans toutes les définitions juridiques du contrat qu'il peut être conclu par deux personnes ou plus, il faut admettre que la théorie générale des contrats a surtout été pensée en fonction de l'existence de deux parties et que le modèle de l'échange s'avère prédominant. L'existence de contrats collectifs est, bien sûr, connue des juristes, mais elle soulève plusieurs difficultés d'adaptation de la théorie classique. D'ailleurs, même adaptée aux contrats collectifs, la théorie des contrats juridiques suppose que le cercle contractuel soit clairement délimité. Le contrat social, au contraire, unit la société tout entière. Pour la plupart des auteurs, chaque citoyen n'a pas à y consentir : en naissant sous un gouvernement déjà constitué, il devient partie prenante au contrat social. Comme nous l'avons vu précédemment, les théoriciens du contrat social s'efforcent de rendre plausible l'adhésion de chaque citoyen, mais ils ne prétendent pas que cette adhésion a réellement eu lieu.

La formalisation du processus de participation du public tend à rendre effective la théorie du contrat social, non pas qu'il s'agisse d'obtenir l'adhésion de chaque citoyen, mais, au moins, l'intégration véritable d'une pluralité de points de vue. Par ailleurs, si la théorie juridique du contrat nécessite que les parties soient clairement désignées et qu'elles aient réellement consenti au contrat, il n'en demeure pas moins que cette théorie est suffisamment souple pour accommoder une pluralité de parties. Il est possible, pour certaines parties, de quitter le cercle contractuel ou, pour d'autres, de s'y ajouter. Les parties peuvent également décider à l'unanimité de processus décisionnels destinés à les lier et ne nécessitant plus, par la suite, leur concours unanime. Par exemple, les parties peuvent convenir de s'en remettre à des votes majoritaires ou confier la prise de décision à

un organe représentatif de leurs intérêts collectifs. Les contrats de société et d'association en sont de très bons exemples¹⁶.

Le contrat juridique dépend pour sa validité et ses effets de l'ordre juridique étatique, qui le précède et lui est supérieur dans la hiérarchie des normes. Autrement dit, c'est le droit positif qui reconnaît le contrat et lui confère sa force obligatoire en tant que source formelle de nouvelles normes s'imposant aux parties. Le contrat juridique se situe donc en aval de la loi. Le contrat social, au contraire, précède l'ordre juridique étatique, dont il fonde la légitimité politique. Il se trouve donc en amont de la loi. Par ailleurs, ce n'est pas une source autonome et directe de normes juridiques.

Cela étant dit, rien n'empêche le législateur de créer ou de reconnaître des processus légitimes d'élaboration des normes dont il proclamera par avance le caractère obligatoire. La convention collective en constitue un bon exemple, elle qui occupe, dans la hiérarchie des normes, une position intermédiaire entre la loi, dont elle tire sa force obligatoire et ses effets dérogatoires au droit commun, et le contrat, puisque les relations contractuelles entre l'employeur et ses employés sont assujetties à la convention collective. Le processus d'accréditation, formalisé par le droit, confère au syndicat la légitimité requise comme interlocuteur de l'employeur et justifie que les normes négociées voient leurs effets étendus à tous les employés actuels et futurs visés dans la convention. Un autre exemple de décentralisation du pouvoir législatif est l'incorporation par renvoi de normes établies par un autre organisme public ou privé. Enfin, la participation publique, même rendue obligatoire par la loi, s'avère un exemple moins radical dans la mesure où l'Administration se voit réservée la faculté de suivre ou non les recommandations qui en découlent.

Les différentes formes de contractualisation de l'action publique représentent donc autant de tentatives de dépassement des notions classi-

16. L'affaire *Syndicat Northcrest c. Amselem*, [2004] 2 R.C.S. 551, montre bien comment le contrat collectif entraîne la collectivité ainsi constituée au-delà du modèle contractuel classique vers un modèle dans lequel le groupe, à travers ses organes décisionnels, acquiert une autonomie et un pouvoir sur ses membres que la théorie générale des contrats ne parvient pas à expliquer ni à contrôler sur le fondement du consentement ou de l'ordre public. Ainsi, la question cruciale à trancher dans cette affaire n'était pas tant la validité et les effets d'une clause de la déclaration de copropriété, par laquelle les demandeurs avaient supposément renoncé au droit d'ériger une *souccah* sur leurs balcons, que la validité de la décision du syndicat qui leur avait refusé ce droit, au regard de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12. De manière plus large, cette affaire soulève des questions intéressantes sur l'ordonnement des normes issues de la loi, du contrat collectif et du contrat bilatéral.

ques de contrat social et de contrat juridique. Le contrat social a tendance à s'incarner par des mesures concrètes en vue d'obtenir autant que possible l'assentiment des gouvernés, tandis que le contrat juridique tend à la création ou à l'organisation de communautés d'intérêt au sein de la société civile, dotées de règles et de processus décisionnels qui leur sont propres. Les manifestations du contrat social et du contrat juridique en viennent ainsi à se croiser.

Le contrat social se distingue donc du contrat juridique par son caractère inclusif : il unit *tous* les citoyens et fonde la légitimité de l'État et de la loi. Pour sa part, le contrat juridique est nécessairement plus circonscrit, mais il présente l'avantage d'être une source autonome de normes juridiques, même s'il dépend pour cela du droit positif. Il est important de souligner que, sur le plan idéologique, les deux pôles que représentent le contrat social et le contrat juridique ne sont pas fixes, comme l'exprime très bien un auteur :

If contract is imagined as occurring in a social context not far removed from extreme individualism, then contract would clearly be a means of association and an instrument of social cooperation. Conversely, in the context of a society previously characterized by tightly knit social bonds and an elaborate network of duties and customs, contract would be primarily an instrument of dissociation—a means to pry loose old bonds and to more narrowly circumscribe the nature and scope of the individual's obligations toward others. As shaped by the process of abstraction, modern contract simultaneously performs both functions of dissociation and association. In essence, the role of modern contract can be summarized as the concurrent dissociation of organic relationships and recombination of abstracted monads into external relationships of limited association entailing narrowly circumscribed forms of social cooperation¹⁷.

Le contrat social, qui est souvent vu comme une manifestation de la solidarité sociale, peut tout aussi bien, sous la plume de certains auteurs ou sous le règne de certains gouvernements, devenir le véhicule d'une conception quasi libertaire de la société. Le contrat juridique, même s'il est au service de l'individu pour la satisfaction de ses besoins égoïstes, peut également être employé par lui à construire et à organiser des réseaux de solidarité. Le contrat juridique est donc à la fois un outil de dissolution et de reconstitution des liens institués par le contrat social.

Pour conclure, le champ de la contractualisation de l'action publique semble bien se situer entre les notions de contrat social et de contrat juridique. Il nous faut maintenant examiner de manière plus précise les facteurs qui font toute l'ambiguïté de l'idée de contractualisation.

17. M. ROSENFELD, «Contract and Justice: The Relation Between Classical Contract Law and Social Contract Theory», (1984-85) 70 *Iowa L. Rev.* 769, 810.

1.2 Les ambiguïtés de la contractualisation

Le contrat social et le contrat juridique répondent à un idéal commun : l'autodétermination de l'individu. Rappelons que le contrat représente le moyen par excellence pour l'individu de se donner ses propres lois, qu'il s'agisse de lois générales ou particulières ou encore d'engagements juridiques ou moraux. Le contrat tend à rendre légitimes, pour les parties, les normes adoptées, sous réserve, bien entendu, des difficultés que soulèvent l'inégalité des parties contractantes et la pratique des contrats d'adhésion. Ces difficultés font l'objet de nombreuses règles et analyses doctrinales en droit des contrats. Elles constituent un enjeu particulièrement important, précisément parce qu'elles remettent en cause la légitimité de l'institution contractuelle pour les parties. La légitimité du contrat soulève ensuite une seconde difficulté d'importance dont se préoccupe davantage la théorie du contrat social : supposant même qu'il soit légitime pour les parties, le contrat est-il légitime pour les tiers, c'est-à-dire les personnes laissées à l'extérieur du cercle contractuel ?

Ces interrogations sur la légitimité de l'institution contractuelle traversent tout le champ de la contractualisation et révèlent une première fracture importante entre les formes inclusives et les formes exclusives de celle-ci (1.2.1). Ensuite, il importe, surtout pour les juristes, d'en distinguer les formes juridiques et non juridiques (1.2.2).

Cette double opposition permet déjà d'entrevoir les bases d'une schématisation possible des formes de contractualisation, ainsi que l'illustre la figure 1. Le contrat social s'oppose au contrat juridique et les autres cases pourraient recevoir des formes hybrides ou croisées de ces deux modèles. Nous y reviendrons dans la partie 2.

FIGURE 1

Premier aperçu d'une schématisation possible des formes de contractualisation à partir des notions de contrat social et de contrat juridique.

	Inclusif	Exclusif
Juridique		Contrat juridique
Non juridique	Contrat social	

1.2.1 Les formes inclusives et exclusives

Nous avons hésité entre plusieurs manières de décrire l'opposition dont il est ici question. Nous avons d'abord envisagé de la décrire en fonction de deux fondements distincts : la légitimité démocratique pour les formes inclusives et l'efficacité pour les formes exclusives. Nous avons ensuite songé à la présenter en fonction du résultat recherché : l'élaboration de normes générales et abstraites, dans le premier cas, et la particularisation et l'individualisation des normes, dans le second. Afin de justifier notre choix, nous tenons à expliquer pourquoi ces approches ont été écartées, en dépit de leur pertinence. Commençons par la distinction entre légitimité démocratique et efficacité.

Dans certaines de ses formes, la contractualisation répond très nettement à l'objectif d'assurer la légitimité démocratique de la décision gouvernementale. Les processus dont il est ici question ont principalement pour objet de susciter la participation et l'adhésion les plus larges possible des citoyens aux décisions gouvernementales qui les concernent. Ces processus sont publics. Soit ils sont ouverts à tous les citoyens qui désirent y participer, soit ils assurent tout au moins la représentation des divers intérêts mis en cause par la décision. Plus elles sont inclusives, plus ces formes de contractualisation se rapprochent de l'idéal du contrat social.

Au contraire, d'autres manifestations de la contractualisation semblent traduire une préoccupation très différente : la recherche d'efficacité. La négociation des normes par l'Administration avec les administrés permet de les adapter aux capacités de chaque administré et aux besoins de protection du milieu. Elle favorise la collaboration entre l'Administration et les administrés, le partage de données techniques et celui des responsabilités, dès lors qu'il s'agit d'effectuer le suivi de l'impact environnemental et la mise en œuvre des mesures correctrices, le cas échéant. L'élaboration des normes fondée sur une meilleure connaissance des données techniques et leur adaptation à la situation particulière de chaque administré permettent d'atteindre de meilleurs résultats globaux à meilleur coût que si les normes devaient s'appliquer de la même manière à tous, quelle que soit leur situation (un objectif qui serait d'ailleurs inatteignable en matière environnementale). Enfin, la voie contractuelle est souvent plus simple et rapide à emprunter que la voie législative ou réglementaire. À la différence des formes de contractualisation qui se préoccupent d'abord de légitimité politique, celles qui sont fondées sur l'efficacité donnent généralement lieu à des négociations privées avec un nombre restreint de participants. Elles se justifient au regard des résultats obtenus et s'inspirent du modèle du contrat juridique.

Il faut dire, cependant, que toutes les formes de contractualisation sont à la fois légitimes et efficaces, mais à des degrés très divers. Comme nous l'avons mentionné, le contrat est généralement légitime pour les parties, mais il peut ne pas l'être pour les tiers. Plus un processus est inclusif, plus il est donc susceptible d'être légitime. Par ailleurs, les processus de participation publique, malgré leurs lenteurs, peuvent être des processus efficaces : tout comme la négociation bilatérale, la participation publique favorise le partage de l'information et permet de bonifier les projets. En outre, la participation publique dont l'issue est favorable facilite l'implantation du projet et permet d'éviter des contestations ultérieures. Légitimité et efficacité s'opposent-elles vraiment ?

Pour plusieurs observateurs, un conflit subsiste entre l'idéal de légitimité démocratique qu'incarne la participation publique et l'objectif d'efficacité que représente l'individualisation des normes, bien que ces deux valeurs soient susceptibles de certains compromis et d'une certaine complémentarité. Ainsi, dans ses travaux sur les fondements et le caractère des nouvelles formes de gouvernance publique, Daniel Mockle a montré que la recherche d'efficacité prend le pas sur la démocratie participative. L'argument de légitimité semble bien, dans plusieurs cas, se limiter à justifier la prépondérance accordée à la recherche d'efficacité, dans une perspective utilitariste où la fin justifie les moyens et où l'obtention de meilleurs résultats fonde un mode de gestion « par objectifs » qui fait fi des principes de légalité, de transparence et d'égalité devant la loi¹⁸. Il nous semble que cet auteur a raison et que la référence à la contractualisation, comme s'il s'agissait d'un phénomène unique, présente l'inconvénient de regrouper plusieurs processus aux finalités tout à fait différentes dans le but, sans doute, de mobiliser les valeurs qui relèvent de la légitimité démocratique au soutien de ces processus dans leur ensemble. Il importe donc de faire les distinctions qui s'imposent en repérant les zones de conflit entre légitimité et efficacité, pour chercher ensuite les moyens de résoudre ces conflits.

Cela étant dit, en raison des difficultés que suscite la manipulation des notions de légitimité et d'efficacité, nous leur avons préféré, à des fins de schématisation, le critère du caractère inclusif ou exclusif des différentes formes de contractualisation.

Bien que les processus inclusifs tendent généralement à la formulation de normes à caractère général, tandis que les processus exclusifs sont plus

18. D. MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », (2003) 44 *C. de D.* 297 ; D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutations des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143.

souvent orientés vers l'individualisation de la norme, nous n'avons pas retenu le critère de distinction fondé sur le caractère de la norme parce que la participation publique porte souvent sur un projet précis, comme la construction d'une route, et non sur la formulation de normes à caractère général. Inversement, des négociations qui se poursuivent industrie par industrie vont, en règle générale, déboucher sur l'adoption d'un régime global, alors qu'il s'agit pourtant de processus exclusifs ne laissant que peu de place à la participation publique.

Examinons maintenant l'opposition entre les formes juridiques et les formes non juridiques de contractualisation de l'action publique.

1.2.2 Le caractère juridique ou non juridique

Bien entendu, le caractère juridique ou non d'un processus ou d'une entente est une question qui intéresse tout particulièrement les juristes, qui ne manquent pas de relever que seules certaines formes de contractualisation ont une portée normative directe. Plusieurs d'entre elles ne sont que des étapes préalables à la naissance de la norme juridique sous la forme bien classique d'une loi, d'un règlement ou d'une autorisation administrative. Plusieurs ententes analogues à des contrats n'ont aucune portée normative directe parce que les parties y indiquent clairement qu'elles ne souhaitent pas leur conférer d'effets juridiques. De telles ententes non juridiques sont parfois désignées par l'expression quelque peu surannée d'« engagements d'honneur » (*gentlemen's agreements*)¹⁹.

En droit privé, il existe un système de présomptions qui permet de déterminer, en l'absence d'une intention clairement exprimée par les parties, si leur entente doit recevoir la sanction du droit. Dans le domaine économique, il est présumé que toute entente est un contrat. C'est pourquoi les acteurs commerciaux prennent soin de le préciser, lorsqu'ils souhaitent écarter le jeu de cette présomption. Dans le domaine des relations sociales et familiales, il existe au contraire une présomption voulant qu'une entente ne soit pas un contrat. Ainsi, l'invitation à dîner ou la promesse d'aider financièrement un membre de sa famille ne sont pas sanctionnées par le droit des contrats. Les parties peuvent bien sûr conférer expressément un caractère obligatoire à leur entente ou présenter une preuve de leur intention en ce sens pour contrer cette présomption de non-juridicité.

Ces présomptions sont très importantes, car elles assurent la sécurité juridique des parties en matière contractuelle. Pour en écarter l'application,

19. Voir J. POIRIER, *loc. cit.*, note 4.

les parties doivent exprimer au préalable leur volonté contraire ou, ce qui n'est pas facile, en faire la preuve *a posteriori*.

Il faudrait donc que, dans le domaine public, le droit se donne une ou plusieurs présomptions. Ce serait la seule façon de réduire l'incertitude juridique qui entoure actuellement les ententes de nature politique. Mais quelle présomption adopter ? S'agit-il d'ententes juridiquement contraignantes ou non ? Nous reviendrons sur certaines des conséquences de ce choix dans la section 2.2.

Lorsque la loi prévoit la participation publique, les résultats de celle-ci ne lient généralement pas l'Administration, qui demeure libre, du moins juridiquement, de prendre la décision qu'elle juge appropriée. Il n'en demeure pas moins que le défaut de tenir une audience publique exigée par la loi invaliderait la décision de l'Administration : la loi lui impose donc une contrainte formelle ou procédurale, tout en maintenant les véhicules classiques de formulation des normes juridiques que sont la loi, le règlement ou l'autorisation administrative. Elle adopte ainsi une position de compromis en contraignant l'Administration à tenir une audience publique dans certaines circonstances, mais sans donner à celle-ci une portée normative directe.

Par ce qui précède, nous espérons avoir mis en lumière l'influence exercée conjointement par les notions de contrat juridique et de contrat social sur la contractualisation de l'action publique, tout en ayant circonscrit les ambiguïtés inhérentes à celle-ci. Nous tenterons maintenant une schématisation à partir des deux oppositions que nous avons dégagées entre les formes inclusives et exclusives de contractualisation, d'une part, et leurs formes juridiques et non juridiques, d'autre part.

2 Une tentative de schématisation

La figure 1 se proposait de dissocier les formes de contractualisation en fonction des deux axes que nous avons dégagés. L'inconvénient de cette approche est qu'elle se heurte précisément à l'ambivalence de plusieurs formes de contractualisation à l'égard de l'un ou l'autre de ces axes. Plutôt que de refuser cette ambivalence en forçant la qualification, nous avons jugé préférable, du moins à ce stade de nos recherches, d'adopter un schéma qui permette au contraire de refléter celle-ci (2.1). Nous compléterons cette étude par quelques réflexions à propos des effets juridiques des ententes bilatérales, qui constituent sans doute la manifestation la plus intrigante, pour la privatiste que nous sommes, de la contractualisation de l'action publique (2.2).

2.1 La schématisation proposée

FIGURE 2

Tentative de schématisation des formes de contractualisation
au regard des notions de contrat juridique et de contrat social.

		Inclusif	Exclusif
		Contrats collectifs	
Juridique	Participation publique		Ententes bilatérales
Non juridique		Consultation politique	

La figure 2 maintient les axes de la figure précédente. Chacune des catégories proposées se dégage nettement en fonction de l'un des axes, mais elle se révèle ambivalente à l'égard de l'autre. Ces catégories sont les suivantes : les ententes bilatérales, les contrats collectifs, la participation publique et la consultation politique.

Les ententes bilatérales ont un caractère exclusif et elles opposent deux parties : l'Administration et un administré ou plusieurs administrés présentant les mêmes intérêts. Ces ententes ont pour objet la négociation des normes applicables aux administrés en fonction de leur situation particulière. Elles définissent les engagements réciproques des parties avec le même degré de précision que le ferait un contrat juridique ordinaire. Certaines ententes de ce groupe n'ont toutefois aucune valeur juridique. Cela ne transparaît pas nécessairement de leur teneur ou de leur structure, puisque l'entente même non juridique est destinée à être respectée par les parties et tend généralement à l'être. En cas de litige, il devient toutefois crucial de trancher la question de la nature juridique ou non de l'entente alléguée par une partie. Nous reviendrons ci-dessous sur les conséquences de cette décision.

Les contrats collectifs ont pour objet de faire naître à la vie juridique des regroupements intermédiaires entre l'État et l'individu. Les parties partagent un objectif commun et s'engagent à collaborer à l'atteinte de cet objectif en se soumettant à l'autorité du groupe. L'efficacité juridique de leur contrat est essentielle à l'atteinte du but recherché par les parties. En effet, seule la reconnaissance institutionnelle accordée par le droit aux associations, aux sociétés et à d'autres regroupements ainsi formés permet

à ces derniers d'agir sur la scène juridique avec une certaine autonomie par rapport à leurs membres²⁰. Les contrats collectifs sont plus ou moins inclusifs, selon les cas. Dans le domaine environnemental, les initiatives privées de normalisation et de certification de certains produits, telle la certification biologique, trouveraient leur place au sein de cette catégorie. Leur efficacité dépend au départ du droit privé (droit des contrats, propriété intellectuelle), mais leur encadrement légal permet parfois de renforcer celle-ci, au moyen de sanctions pénales par exemple, sans en changer le caractère de normes essentiellement privées²¹.

La participation publique est par essence inclusive. Elle est formellement prévue et encadrée par la loi, mais ses effets juridiques sont susceptibles de modulations diverses. Ainsi, la loi peut prévoir la possibilité d'une audience publique, sans la rendre obligatoire : il appartient alors aux personnes désignées dans la loi d'en demander la tenue. La loi peut rendre obligatoire l'audience publique, mais sans que l'Administration doive en entériner les recommandations. La loi peut enfin rendre ces dernières obligatoires. Par ailleurs, la commission chargée de diriger l'audience publique peut se voir attribuer des pouvoirs d'enquête ou de recommandation plus ou moins étendus. Il est possible que le processus de participation publique parvienne à dégager des positions de consensus ou de compromis bien définies, comme en témoigne la médiation environnementale menée par le Bureau d'audiences publiques sur l'environnement (BAPE) dans certains dossiers.

Enfin, la consultation politique n'a pas d'incidence juridique. Elle n'engage pas les participants ni ne nuit à la validité des actes de l'Administration. Cette consultation permet toutefois à l'Administration de s'assurer de la légitimité politique de la décision à adopter et d'en améliorer la qualité technique. Elle est plus ou moins inclusive, selon les cas.

2.2 Les effets juridiques des ententes bilatérales

Comme nous l'avons mentionné, le droit devra adopter des présomptions pour parvenir à distinguer les ententes bilatérales contractuelles des ententes bilatérales non juridiques lorsque l'intention des parties à cet égard

20. Des recherches plus poussées seront nécessaires pour articuler clairement la différence qui existe entre les ententes bilatérales et les contrats collectifs. Faut-il mettre l'accent sur le nombre de parties, le caractère convergent ou divergent de leurs intérêts, les notions d'échange ou d'institution ? Nous espérons avoir l'occasion d'y revenir.

21. Voir : *Loi sur les appellations réservées*, L.R.Q., c. A-20.02 ; S. LAVALLÉE et G. PARENT, « Qu'y a-t-il derrière l'étiquette « bio » ? Une étude de l'encadrement juridique de l'agriculture et de la certification biologiques au Canada », (2005) 50 *R.D. McGill* 89.

n'est pas exprimée. Nous verrons maintenant les conséquences possibles de ce choix.

Prenons pour hypothèse que l'Administration a conclu une entente avec un ou plusieurs justiciables qui adaptent soit à la hausse, soit à la baisse les normes légales ou réglementaires en matière de protection de l'environnement. Quels sont les recours qui découlent de cette entente, tant pour les parties que les tiers ?

Les causes de nullité sont plus nombreuses à frapper les contrats de l'Administration que les contrats ordinaires²². La personne qui a conclu le contrat au nom de l'Administration doit avoir été habilitée à le faire. Le contrat doit être conforme aux lois-cadres régissant l'autorité publique qui a consenti à celui-ci²³. Enfin, le contrat ne doit pas avoir pour effet de lier indûment un organe de l'État, ce qui le priverait de la liberté d'action qu'exige l'exercice de ses pouvoirs dans l'intérêt public²⁴.

22. P. GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 393 et suiv.

23. Voir *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, [2000] 2 R.C.S. 919. Dans cette affaire, une municipalité avait conclu une entente avec un promoteur immobilier pour le lotissement de certains terrains municipaux. Un règlement de zonage a alors été adopté pour permettre la réalisation du projet, mais il a ensuite été modifié en raison de l'opposition du public à la poursuite du projet. Le promoteur n'a donc pas pu le mener jusqu'au bout et n'en a pas retiré tous les bénéfices attendus. Il a poursuivi la municipalité, alléguant que cette dernière avait violé un engagement implicite de garantir que le règlement de zonage serait maintenu. La majorité de la Cour a conclu qu'en l'espèce la municipalité n'était pas autorisée par la loi à s'engager contractuellement à maintenir en vigueur un règlement de zonage. Elle ne pouvait donc pas avoir implicitement consenti à un tel engagement.

24. Voir *Renvoi sur le Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525. Il s'agissait dans cette affaire d'un accord entre le gouvernement fédéral et celui de la Colombie-Britannique à propos de l'implantation d'un programme d'assistance publique financé par le gouvernement fédéral et administré par la province. La Colombie-Britannique a poursuivi le gouvernement fédéral après l'adoption par ce dernier d'une loi ayant pour effet de modifier ses engagements découlant de l'accord. La Cour a déclaré que l'accord ne pouvait pas lier le Parlement, ni l'assemblée législative de la province. Il n'avait donc pas de caractère obligatoire pour les parties. Il faut anticiper un certain fléchissement de l'ordre public ayant trait à la souveraineté de l'État. Aux États-Unis, la validité d'une entente qui garantit le maintien en vigueur d'un régime légal ou réglementaire est admise, pour autant que l'autorité publique s'engage seulement à indemniser le cocontractant dans l'hypothèse où serait modifié, à l'avenir, son traitement réglementaire : voir *United States v. Winstar Corp. et al.*, 518 U.S. 839 (1996), et *supra*, note 4. Le jugement minoritaire dans l'affaire *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, précitée, note 23, adopte le même raisonnement que la Cour suprême des États-Unis. Voir G. HADFIELD, « Of Sovereignty and Contract: Damages for Breach of Contract by Government », (1998-99) 8 *S. Cal. Interdisc. L.J.* 467 : cette auteure suggère qu'un compromis possible entre la protection de la souveraineté et celle des attentes légitimes

Dans l'hypothèse où le contrat violerait l'ordre public, il s'agirait d'une nullité absolue pouvant être invoquée non seulement par les parties, mais aussi par les tiers ayant un intérêt suffisant; elle devrait également être relevée d'office par les tribunaux²⁵. Étant donné que de tels contrats touchent à l'exercice de pouvoirs publics, les tribunaux sont susceptibles d'adopter une conception large de l'intérêt pour agir en nullité, plus large que pour un contrat privé²⁶. Il pourrait donc être possible pour un citoyen touché par la conclusion d'une entente qu'il jugerait contraire à l'ordre public d'intenter un recours en nullité devant les tribunaux.

Qu'en est-il maintenant d'une entente non juridique? À première vue, il paraît impossible d'en faire prononcer la nullité au regard de l'ordre public, puisqu'elle est en dehors du droit. Cependant, la Cour suprême du Canada s'est aventurée de plus en plus, au cours des dernières années, sur le terrain politique et accepterait peut-être de se prononcer sur la conformité d'une entente, même non contraignante, avec les pouvoirs et attributions de l'Administration. Toutefois, les tribunaux canadiens pourraient également rejeter, comme non justiciable, cette question. Dans cette hypothèse, les parties se trouveraient en présence d'une entente produisant *de facto* ses effets entre elles, sans qu'il soit possible d'en contrôler la validité au regard de l'ordre public²⁷!

du justiciable ayant contracté avec l'État serait de moduler le montant des dommages-intérêts auquel donne lieu la violation, par l'État, de son engagement contractuel à la suite d'un changement législatif ou de la mise en œuvre d'une politique gouvernementale. Ces dommages-intérêts ne devraient indemniser le cocontractant que pour les frais réellement payés (*reliance damages*) et non pour les gains manqués (*expectation damages*). En somme, la conformité du contrat réglementaire avec le principe de souveraineté de l'État peut être recherchée de trois manières: 1) nullité du contrat qui y porte atteinte de manière trop importante, ce qui contrarie ainsi l'ordre public; 2) interprétation du contrat et de la loi habilitante dans un sens favorable au maintien de la souveraineté; et 3) aménagement des sanctions qu'il est possible d'imposer à l'État lorsqu'il viole ses engagements contractuels.

25. Art. 1417, 1418 C.c.Q.

26. Voir *Finlay c. Canada (Ministre des Finances)*, [1986] 2 R.C.S. 607.

27. D'ailleurs, il est pour le moins étonnant qu'après avoir décidé que certaines attentes suscitées par l'Administration ne pouvaient pas constituer un engagement contractuel, parce qu'un tel engagement aurait été contraire à la loi ou à l'ordre public, la Cour suprême reconnaisse et approuve le fait qu'un tel engagement puisse agir sur le plan non juridique. Ainsi, dans l'affaire *Pacific National Investments Ltd. c. Victoria (Ville)*, précitée, note 23, la majorité affirme ceci: «il n'est pas loisible aux municipalités de rompre des ententes non contractuelles par simple caprice. D'abord, la loi protège contre une municipalité qui agit de mauvaise foi [...] Les municipalités qui traitent avec des promoteurs immobiliers, sans maintenir des rapports de bonne foi et de confiance mutuelle, lorsqu'elles ne sont pas liées par un contrat, peuvent bien s'exposer à des conséquences non contractuelles en ce sens, notamment, que les promoteurs immobiliers

Paradoxalement, il est plus difficile pour le tiers de se prévaloir d'un contrat valable qu'il ne l'est pour lui de demander la nullité d'un contrat contraire à l'ordre public. Le principe de la relativité des contrats veut que seules les parties puissent en invoquer le bénéfice. Le tiers ne pourrait vraisemblablement y parvenir que dans les rares cas où il lui était possible d'invoquer l'existence au contrat d'une stipulation pour autrui en sa faveur²⁸.

Dans un contexte de normes légales ou réglementaires, le recours en responsabilité civile du citoyen contre le pollueur constitue parfois un moyen efficace de faire sanctionner la violation de la loi, d'autant plus que celle-ci facilite la démonstration d'une faute génératrice de responsabilité²⁹. Le citoyen pourra-t-il exercer avec la même efficacité un recours en responsabilité fondé sur le non-respect, par le pollueur, d'une entente contractuelle ? Certains pourraient craindre que non, même s'il n'est pas impossible, pour une personne, d'obtenir réparation lorsque la violation d'un contrat auquel elle n'est pas partie constitue, par ailleurs, une faute qui lui cause directement préjudice³⁰. La publicité de ces ententes, qui seule permettrait aux tiers de s'en prévaloir, est également une préoccupation. Ces différences entre la portée de la loi et celle du contrat sont accentuées dans l'hypothèse d'une entente non juridique. Notons cependant qu'un tiers intentant un recours en vertu de la loi ne pourrait pas se voir opposer par le pollueur une entente conclue par ce dernier avec l'Administration, à moins que la loi n'accorde cette protection au pollueur³¹.

Quant aux parties elles-mêmes, elles peuvent bien sûr invoquer le bénéfice du contrat et faire sanctionner sa violation. Lorsque c'est l'Administration qui ne respecte pas ses engagements contractuels, les tribunaux

ne seront disposés à traiter avec elles qu'au prix d'une hausse majeure des primes de risque. » De même, dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 24, la Cour déclare : « Plutôt que de se lier mutuellement par des engagements réciproques propres à favoriser l'exécution d'obligations contractuelles ordinaires, les parties en l'espèce se sont contentées de se fier à ce qu'elles percevraient comme le prix politique de l'inexécution. »

28. Art. 1444 C.c.Q. et suiv.

29. La *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2, art. 19.3 (ci-après citée : « L.Q.E. ») permet aussi aux citoyens de demander une injonction pour empêcher tout acte ou toute opération qui porte atteinte à la qualité de l'environnement d'un lieu qu'ils fréquentent.

30. Voir par exemple : *Banque de Montréal c. Bail ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554.

31. Ainsi, le programme d'assainissement, qui accorde au contrevenant une immunité de poursuite, protège ce dernier de l'injonction que pourrait intenter un tiers en vertu de l'article 19.3 L.Q.E., mais il n'influe pas sur ses recours de droit commun : art. 19.7 L.Q.E.

accordent des dommages-intérêts et acceptent même, dans certains cas, de se prononcer sur le droit de l'administré à l'exécution en nature de ses obligations par l'Administration, par voie de jugement déclaratoire. Par ailleurs, une injonction peut être obtenue à l'encontre d'un ministre ou d'un fonctionnaire dont les actes sont *ultra vires*. Les organismes publics décentralisés, quant à eux, sont assujettis à tous les recours du droit commun³².

Les parties à une entente non juridique ne peuvent pas, en principe, en faire sanctionner l'inexécution par les tribunaux. Dans la mesure toutefois où la Cour suprême accepte de plus en plus de s'avancer sur le terrain politique, il ne serait pas surprenant de la voir se prononcer sur la question de savoir si l'Administration respecte ses engagements politiques³³.

Il existe enfin des recours proprement juridiques que les parties à l'entente non juridique peuvent exercer lorsque le non-respect de l'entente peut être qualifié de fautif, d'abusif ou de contraire à la bonne foi. Ces recours peuvent être fondés sur la responsabilité civile ou sur la théorie des attentes légitimes³⁴.

Même si le caractère juridique ou non juridique de l'entente bilatérale doit être tranché pour qu'il soit possible d'en connaître avec précision les conséquences juridiques, ce bref exposé démontre que l'entente non juridique n'est pas entièrement transparente pour le droit. Elle est susceptible de donner lieu à des effets juridiques limités. Pour cette raison, il pourrait être souhaitable d'opter pour une présomption qui attribuerait aux ententes bilatérales intervenant entre l'Administration et une partie privée un caractère juridique. Ainsi, les effets concrets qu'elles ne manquent pas de produire entre les parties et à l'égard des tiers auraient une assise juridique et ne risqueraient pas d'échapper au contrôle des tribunaux. Il appartiendrait alors aux parties d'écarter l'application du régime contractuel si telle était leur volonté.

32. P. GARANT, *op. cit.*, note 22, p. 464 et suiv.

33. Voir par exemple: *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, précité, note 24.

34. *Ibid.*; G. CARTIER, «La théorie des attentes légitimes en droit administratif», (1992) 23 *R.D.U.S.* 75. Suivant cette théorie, les attentes légitimes suscitées par un engagement de l'Administration envers un justiciable donnent lieu à l'exigence procédurale que la première ne viole pas ces attentes sans d'abord entendre le second, conformément aux principes de justice naturelle et d'équité. Certaines décisions semblent toutefois conférer une portée plus grande à la théorie, en exigeant que l'Administration respecte son engagement, mais les percées en ce sens demeurent timides et circonscrites.

Conclusion

Les nouvelles formes de régulation en matière environnementale peuvent être décrites comme contractuelles au sens large, à la condition d'y reconnaître la double influence du contrat juridique et du contrat social. Ces deux pôles d'influence de la contractualisation reflètent l'idéal de l'autodétermination de l'individu. Ils sont complémentaires au sens où l'ordre normatif émanant de l'État, reflet du contrat social, sert de cadre à la création d'ordres normatifs privés, issus de contrats juridiques. Le fait pour l'État de recourir au contrat juridique comme mode de régulation soulève de nombreux problèmes, dont celui de la légitimité externe de cette approche, comme l'ont déjà mis en lumière plusieurs auteurs. Sur le plan de la technique juridique, les conséquences de ce développement soulèvent également plusieurs questions auxquelles les juristes ne se sont pas encore suffisamment attachés. Le contrat juridique est un instrument merveilleusement flexible et facile d'utilisation certes, mais il ne peut parvenir aux mêmes résultats ni offrir les mêmes garanties qu'une loi, un règlement ou une autorisation administrative.

Cette première exploration et tentative de schématisation des formes de contractualisation de l'action publique à partir des notions de contrat social et de contrat juridique aura donc surtout soulevé de nouvelles interrogations sur leurs incidences juridiques, tant pour le droit public que pour le droit privé.