

Nicholas Jobidon

## Le droit de contracter avec l'État : Le principe d'égalité devant le service public en droit des marchés publics québécois

*Sommaire* : Pour favoriser la concurrence entre les entreprises qui participent aux appels d'offres des organismes publics, une certaine jurisprudence reconnaît historiquement un droit égal à toutes les entreprises de conclure un contrat avec l'État : il s'agirait d'une expression du principe d'égalité devant le service public. Or, en parallèle avec les travaux de la Commission d'enquête sur l'industrie de la construction, le législateur québécois a adopté diverses normes visant à restreindre les entreprises pouvant déposer une soumission en réponse à un appel d'offres d'un organisme public ou municipal québécois. Ce principe est-il toujours applicable au Québec, et si oui, quelle est sa portée au vu des modifications législatives récentes? Contracter avec l'État québécois est-il toujours un droit, ou s'agit-il maintenant plutôt d'un privilège?

*Abstract*: In order to promote competition between companies participating in calls for tenders by public agencies, a certain case law historically recognizes an equal right for all companies to conclude a contract with the State: this is meant to be an expression of equality principle within the public service. However, along with the work of the Commission of Inquiry on the Construction Industry, the Quebec legislature adopted various standards aimed at restricting companies able to submit a tender in response to a call for tenders from a Quebec municipal or public body. Is this principle still applicable in Quebec, and if so, what is its scope in light of recent legislative changes? Is contracting with the Quebec State still a right, or is it more of a privilege?

Au Québec comme dans bien d'autres juridictions, l'appel d'offres public est la méthode d'adjudication privilégiée pour la conclusion de marchés publics. Cette méthode permet d'atteindre simultanément plusieurs objectifs d'intérêt public, dont la sollicitation de la concurrence et l'élimination du favoritisme. Toutefois, pour réaliser pleinement ces fins, il importe que plusieurs contractants soient en mesure de participer à ces appels d'offres en y déposant une soumission.

Dans la province du Québec, un aspect du droit des marchés publics auquel font parfois référence les auteurs et les tribunaux est celui du principe de l'égalité devant le service public, en vertu duquel tous les administrés sont égaux et l'Administration ne devrait pas faire preuve de discrimination ou de traitement préférentiel dans ses relations avec eux. Incorporé aux

Nicholas Jobidon est Professeur adjoint à l'ÉNAP en Outaouais.

règles applicables à l'octroi de contrats par les organismes publics, ce principe a parfois été interprété comme impliquant un « droit égal à contracter avec l'Administration » (Garant 2018 : 405).

Ce principe de l'égalité devant le service public a toutefois des origines nébuleuses en droit administratif québécois: est-ce une règle de droit qui contraint l'action administrative, et si tel est le cas, en vertu de quoi, et cette règle est-elle suffisamment communiquée et mise en vigueur par les gestionnaires de contrats publics? Ou est-ce plutôt un principe d'interprétation proposé par un auteur devant guider les tribunaux dans l'application des normes de droit? Dans un cas comme dans l'autre, ce principe n'a pas fait l'objet d'une réévaluation contemporaine spécifique au domaine du droit des marchés publics, particulièrement en considération des changements profonds que ce domaine du droit a subi dans les dernières années. En effet, dans la mesure où ce principe a effectivement une valeur normative ou interprétative, la législature québécoise a, en vertu de sa souveraineté parlementaire, la possibilité de le façonner à sa guise, soit en lui imposant diverses limites ou, au contraire, en le mettant en valeur. Or, l'Assemblée nationale a récemment adopté diverses lois ayant un impact potentiel sur l'incorporation du principe de l'égalité devant le service public en droit des marchés publics. Aujourd'hui, les gestionnaires de contrats publics sont-ils soumis à quelque règle de droit des marchés publics découlant du principe d'égalité de tous devant le service public? Le cas échéant, à quel point les juristes chargés d'appliquer ces règles doivent-ils tenir compte de ce principe?

---

*Une application de ce principe est de permettre à tout intéressé une possibilité égale de contracter avec l'État, sans égard à leur relation avec le parti au pouvoir.*

---

Cet article a donc pour objectif de démystifier le principe de l'égalité devant le service public en droit des marchés publics. Plus précisément, il abordera la genèse de ce concept au Québec et le rôle qu'il a joué dans l'élaboration de diverses orientations législatives, dont possiblement l'obligation de procéder par appel d'offres public. Il établira ensuite la façon dont ce principe est reflété au Québec en droit des marchés publics contemporain dans la règle de l'admissibilité par défaut aux appels d'offres publics, puis les limites législatives et réglementaires qui l'ont circonscrite progressivement au cours des dernières années.

Ultimement, il ressort de cette revue historique et fonctionnelle que le principe d'égalité devant le service public n'a aucune force contraignante en droit des marchés publics. En outre, bien qu'il conserve une certaine

force persuasive auprès des tribunaux en tant que principe d'interprétation, le rôle que ce principe était appelé à jouer a été gravement amputé par les modifications législatives des dernières années.

### **L'égalité devant le service public intégrée en droit des marchés publics québécois**

La restructuration de l'Administration publique mise en œuvre pendant la Révolution tranquille amorcée au Québec au début des années 1960, qui a ultimement eu pour effet de « la faire passer de l'état paternaliste où elle ronronnait [...] pour l'amener à une forme bureaucratique et technocratique moderne et efficace » (Rocher 2001 : 14) avait notamment pour objectif la démocratisation des services publics, sans égard, par exemple, à la région dans laquelle le citoyen est domicilié (ce qui était l'une des raisons derrière la nationalisation des réseaux d'électricité) ou aux moyens financiers dont il dispose (ce qui justifiait en partie la création d'un système d'assurance-hospitalisation défrayé par les fonds publics) : « L'idée que chaque citoyen a droit à des services d'égale qualité est au fondement même de l'implantation des nouvelles structures nées de la Révolution tranquille » (Garant 1966 : 263). Cette vague d'auto-affirmation politique et culturelle s'est donc notamment inspirée du principe français de l'égalité devant le service public (Garant 1966; Lajoie 1984 : 81). Toutefois, considérant le régime juridique d'origine anglaise qui régit le droit administratif au Québec (ce qui inclut en grande partie les règles applicables à l'adjudication de contrats par les organismes publics), le principe d'égalité devant le service public n'a pu être importé tel quel. C'est donc plutôt l'esprit qui le sous-tend qui a inspiré la structure des réformes de l'époque, à la pièce et loi par loi.

Une autre réforme administrative née de la Révolution tranquille est l'obligation pour les organismes publics de recourir à la procédure d'appel d'offres pour la conclusion de certains de leurs contrats. En effet, tel que révélé lors de la Commission d'enquête chargée d'enquêter sur les pratiques contractuelles du Service des achats du gouvernement de Maurice Duplessis, l'Administration dans les années 1950 appliquait une politique contractuelle par laquelle elle choisissait ses contractants de gré à gré (au prix de détail ou à un prix supérieur); ce contrat était accompagné d'une convention accessoire par laquelle le contractant « s'engageait à payer des commissions à des intermédiaires choisis par des membres influents de l'Union Nationale, le parti du gouvernement à savoir, des membres de la Législature notamment, des ministres, des députés et des anciens candidats » (Salvas et coll. 1963 : 193-194). Avant même la publication du rapport de la Commission d'enquête, le nouveau gouvernement avait donc restructuré le Service des achats et adopté une nouvelle pratique pour la conclusion de marchés publics: les soumissions publiques. L'adoption du *Règlement sur les subventions à des fins de construction*

le 7 décembre 1961 prévoyait à ce titre l'obligation de procéder par appel d'offres public pour la conclusion de contrats de construction comportant une dépense supérieure à un certain seuil (La Rochelle 1982 : 36-37). L'obligation de procéder par appel d'offres permet notamment de susciter la concurrence et d'éliminer le favoritisme (Giroux et Lemieux 2020 : 5-300).

Comme pour les autres réformes de l'époque, le principe d'égalité devant le service public a influencé le développement de ce droit émergent des marchés publics québécois. Une application de ce principe est de permettre à tout intéressé une possibilité égale de contracter avec l'État, sans égard à leur relation avec le parti au pouvoir. C'est donc ainsi que le principe d'égalité devant le service public, greffé au droit des marchés publics, a donné naissance à l'idée que les administrés auraient un droit égal à contracter avec l'État. Cette incorporation du principe d'égalité devant le service public en droit des marchés publics est résumée par le juge Pelletier dans l'*affaire Lépine* (il s'agit d'une affaire où un soumissionnaire se considérait lésé par la renonciation par la Ville de Québec à une des exigences de l'appel d'offres après l'ouverture des soumissions) :

La fréquence et l'imposition des contrats entre les autorités publiques et les particuliers ont nécessité des approches nouvelles et entraîné des conséquences qui pavent la voie à un droit administratif renouvelé et mieux adapté aux conditions de notre époque.

En vertu du principe de l'égalité administrative, tous les administrés ont un droit égal à contracter et nombreux sont ceux qui sont intéressés à le faire ». (*Lépine c. Ville de Québec*, juge Pelletier, C.S. Québec n° 200-05-004932-765, le 4 mai 1978 : 5<sup>1</sup>).

L'idée que les administrés ont un droit égal à contracter avec l'État a rapidement engendré des critiques. Quoiqu'il soit certes souhaitable que l'État ne fasse pas preuve de discrimination indue ou de patronage dans la conclusion de ses contrats, il est difficile d'étendre ce souhait au point d'affirmer que tous les administrés peuvent vraisemblablement remplir les besoins contractuels de l'État. En pratique, dans un souci de saine gestion de ses contrats, l'Administration détermine systématiquement dans ses appels d'offres des critères de conformité (et parfois de qualité) des soumissions, de manière à s'assurer que le contractant retenu aura la compétence et, le cas échéant, la stabilité financière requise pour exécuter le contrat (Giroux 1985 : 98). Ces exigences sont justifiées par l'intérêt public, puisqu'il en résulterait une mauvaise gestion des contrats publics si l'Administration devait conclure des contrats avec des personnes ou des entreprises qui ne sont pas en mesure de respecter leurs engagements contractuels.

Il ne peut donc être question d'un droit fondamental si l'Administration a la liberté absolue (voire le devoir, au service de l'intérêt public) de retirer systématiquement ce droit à la quasi-totalité de la population (Lajoie 1984 : 81). Le principe de l'égalité devant le service public en droit des marchés publics serait donc limité, *de facto*, non pas à un droit général de tous les administrés de contracter avec l'État (Issalys et Lemieux 2020 : 1265), mais plutôt

« que ce sont seulement toutes les personnes techniquement compétentes et financièrement responsables qui disposent de ce droit égal de contracter avec l'Administration » (Giroux 1985 : 110-11).

Une autre critique touche à la définition du groupe d'administrés qui jouissent de ce droit de contracter avec l'État : lorsque par exemple une municipalité désire conclure un contrat, peut-elle permettre à ses seuls citoyens de déposer une soumission? Peut-elle (ou doit-elle) étendre le bassin de soumissionnaires à toutes les personnes domiciliées au Québec, voire au Canada, même s'ils ne résident pas sur son territoire et ne sont donc pas des administrés sous sa gouverne (Giroux 1985)? Cette question est d'autant plus à propos de nos jours, alors qu'à la fois le Québec et le Canada ont conclu de nombreux accords de commerce intergouvernementaux avec d'autres juridictions garantissant à des personnes hors du territoire (notamment les Américains et les Européens) à conclure des contrats publics sans discrimination, à la condition que les administrés québécois et canadiens puissent faire de même dans ces autres territoires.

À ces critiques s'ajoute le fait que les juridictions canadiennes autres que le Québec se sont également dotées de règles de droit des marchés publics et que ces juridictions en sont arrivées à des normes très similaires au Québec, malgré l'absence de l'influence française et du principe de l'égalité devant le service public. Plus particulièrement, les autres juridictions canadiennes ont également, sauf exceptions, adopté l'obligation pour les organismes publics d'adjuger leurs contrats publics suite à la mise en œuvre d'un appel à la concurrence par le biais d'un appel d'offres.

Malgré ces critiques, la doctrine et les tribunaux réfèrent parfois au principe d'égalité devant le service public comme notion justifiant l'appel d'offres en tant que formalité fondamentale préalable à la conclusion de marchés publics (par exemple dans *Montréal (Ville) c. Octane Stratégie inc.*, 2019 CSC 57, par. 63, où la ville de Montréal avait octroyé un contrat sans appel d'offres). Malgré l'absence de fondements normatifs, voire interprétatifs, le principe d'égalité devant le service public a donc trouvé un écho dans l'arène judiciaire, et de cette manière, une certaine légitimité juridique.

## **La règle de l'admissibilité aux appels d'offres des organismes publics**

### **La codification du droit de participer aux appels d'offres**

L'obligation d'adjuger certains contrats par appel d'offres public est encore aujourd'hui la pierre d'assise du droit des marchés publics québécois. En 2006, le législateur québécois a refondu en profondeur<sup>2</sup> le cadre normatif applicable aux marchés publics en adoptant la *Loi sur les contrats des organismes publics* (RLRQ c. C-65.1 – ci-après la « LCOP ») et, éventuellement,

ses nombreux règlements d'application. À cette occasion, le législateur a en quelques sortes codifié (Giroux et coll. 2013 : 97) le principe de l'égalité devant le service public de la manière suivante :

2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir : [...]

3° la possibilité pour les concurrents qualifiés de participer aux appels d'offres des organismes publics; [...]

Il s'agit d'une codification consciente des critiques, qui reconnaît l'importance théorique et pratique de permettre à un bassin étendu de concurrents potentiels de participer aux appels d'offres publics, tout en y consignant certaines limites :

- D'abord, le législateur utilise le terme « la possibilité » plutôt que « le droit », dénotant l'absence d'obligation corrélative de la part des organismes publics;
- Cette possibilité doit exister pour « les concurrents qualifiés » plutôt que pour toute personne, reconnaissant implicitement le droit des organismes publics de définir leurs propres besoins, notamment en établissant des normes de qualifications de leurs contractants éventuels;
- La possibilité est celle de « participer aux appels d'offres » plutôt que de conclure des contrats, puisque les organismes publics n'ont évidemment pas l'obligation de conclure des contrats avec toute personne intéressée. Il est intéressant toutefois que la loi ne distingue pas entre les appels d'offres publics et les appels d'offres sur invitation.

Cette codification de la LCOP ne confère toutefois pas directement de droit aux administrés, ni d'obligation particulière à l'Administration. Il s'agit plutôt d'un principe directeur qui guide les décideurs publics (et, ultimement, les tribunaux lorsqu'ils sont saisis d'un pourvoi pour contrôler la légalité d'une décision administrative) dans l'interprétation des règles contractuelles. Par exemple, dans *Construction DJL inc. c. Québec (P.G.)*, 2014 QCCS 3052 : par. 11, la Cour supérieure s'est appuyée notamment sur le principe de l'égalité devant le service public pour conclure qu'il serait contraire à l'intérêt public de soustraire le ministère des Transports du Québec à l'application de la LCOP; de même dans l'affaire *RCI Environnement c. Sigmasanté*, 2014 QCCS 5803 : par. 35, 37, 49-51, où la Cour supérieure a ordonné la suspension d'un processus d'appel d'offres puisque le gestionnaire d'approvisionnement en commun n'avait pas procédé à une évaluation suffisante de ses besoins, ce qui portait notamment atteinte à divers principes de la LCOP soit le droit à l'égalité devant le service public. Le législateur a donc adapté le principe de l'égalité devant le service public à la réalité de 2006, bien après la Révolution tranquille.

Il n'existe donc pas, en droit des marchés publics québécois contemporain, de norme claire et positive à l'effet que toute personne intéressée ait le droit de déposer une soumission en réponse à un appel d'offres public. Il s'agit plutôt d'une conséquence nécessaire de l'obligation de recourir au processus d'appel d'offres public; les organismes publics sont tenus de permettre au plus grand nombre possible de soumissionnaires potentiels de participer au processus. Les organismes publics conservent toutefois une discrétion importante pour édicter des clauses administratives ou techniques dans leurs appels d'offres qui ont pour effet de restreindre la concurrence.

---

*Tous les soumissionnaires potentiels sont donc (en principe) admissibles à participer aux appels d'offres; mais seuls les produits et services tels que définis dans les documents d'appel d'offres pourront être retenus et faire l'objet du contrat.*

---

Le cadre normatif applicable établit toutefois une distinction importante entre les clauses qui limitent l'admissibilité des soumissionnaires potentiels eux-mêmes et celles qui visent à circonscrire la nature ou la qualité des biens et services recherchés par l'Administration. En d'autres mots, l'Administration est libre de définir ses propres besoins quant aux produits ou services qui lui sont nécessaires pour accomplir sa mission d'intérêt public, mais elle n'a pas la liberté de choisir son contractant. Tous les soumissionnaires potentiels sont donc (en principe, voir ci-dessous) admissibles à participer aux appels d'offres; mais seuls les produits et services tels que définis dans les documents d'appel d'offres pourront être retenus et faire l'objet du contrat.

Par exemple, dans l'arrêt *Entreprise P.S. Roy c. Magog (Ville de)*, (2013 QCCA 617), la ville de Magog avait inséré une clause dans ses documents d'appel d'offres interdisant aux entrepreneurs qui avaient fait l'objet d'une résiliation d'une quelconque municipalité dans les 5 dernières années de déposer une soumission. La Cour d'appel avait ultimement considéré cette clause invalide; bien que la municipalité, en tant qu'organisme public, disposait d'une grande liberté dans la sélection des clauses de ses documents d'appel d'offres, cette liberté était restreinte notamment par le principe de l'égalité devant le service public, de telle sorte qu'elle ne pouvait exclure des soumissionnaires potentiels de manière frivole, arbitraire, ou afin de contourner la loi. La soumission de l'entreprise P.S. Roy a donc été considérée admissible. Au même effet, dans l'arrêt *Société de développement de la Baie James c. Compagnie de construction et de développement Cris Ltée*, ([2001] R.J.Q. 1726 [C.A.], par. 29), la Société avait inséré dans ses documents d'appel d'offres une clause interdisant aux entrepreneurs qui avaient intenté une procédure contre elle de déposer une soumission; la Cour d'appel a considéré qu'une

telle clause, loin de servir l'intérêt public, portait plutôt atteinte au principe de la primauté du droit et était contraire à l'ordre public, et donc illégale.

Il existe toutefois plusieurs exceptions à ce principe général d'admissibilité aux appels d'offres des organismes publics. Les principales sont présentées ci-dessous, suivies de la modification majeure apportée par la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* (LQ 2012 c. 1).

### Exceptions à la règle de l'admissibilité aux appels d'offres des organismes publics

Bien que la règle générale de l'admissibilité de tous aux appels d'offres des organismes publics puisse être perçue comme corollaire au principe de l'égalité devant le service public, des considérations propres à l'intérêt public et à la saine gestion des contrats y ont depuis longtemps justifié diverses exceptions.

Tout d'abord, les diverses normes applicables aux organismes publics depuis la Révolution tranquille n'imposent aux organismes publics l'obligation d'adjuger un contrat par appel d'offres publics que lorsque la dépense encourue par l'organisme dépasse un certain seuil (qui se situe habituellement à 25 000 \$ ou 100 000 \$ en fonction du type de contrat et de la nature exacte de l'organisme). En deçà de ce seuil, l'organisme public peut ou doit parfois procéder par appel d'offres sur invitation, procédure par laquelle il détient la liberté de faire sa propre étude de marché et, selon des critères qu'il n'a pas à divulguer ni à motiver, inviter un nombre minimal d'entreprises (habituellement deux ou trois) à déposer une soumission. Cette procédure a pour objet de préserver en partie la liberté contractuelle de l'organisme public, de réduire les coûts et de simplifier la gestion associée à la procédure d'adjudication (Jobidon 2012). Or, la permission (voire l'obligation) de recourir à ce type d'adjudication invalide évidemment la règle voulant que toute personne intéressée est admissible à déposer une soumission, applicable dans le contexte des appels d'offres publics.

De plus, depuis 1993, la réglementation applicable interdit aux organismes publics de conclure des contrats comportant une dépense supérieure à un certain seuil avec des fournisseurs ou des prestataires de services qui comptent plus de 100 employés à moins que ceux-ci ne se soient engagés à implanter un programme d'accès à l'égalité en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* (RLRQ c. C-12).

Les organismes publics et les municipalités peuvent également, sous diverses conditions, refuser l'accès à leurs appels d'offres à une entreprise qui a fait l'objet d'une évaluation de rendement insatisfaisante dans les deux années précédentes. De plus, depuis 2011, tout fournisseur ou prestataire de services doit détenir une attestation de Revenu Québec démontrant qu'il a

produit ses déclarations et rapports d'impôts et qu'il n'a pas de compte en souffrance auprès de cet organisme.

---

*Tout comme le principe de l'égalité devant le service public sert l'objectif d'assurer une saine concurrence aux marchés publics, ces exceptions visent à servir d'autres objectifs relevant de l'intérêt public, que ce soient des objectifs sociaux, des incitatifs à respecter les mesures fiscales applicables, ou l'assainissement du bassin de concurrents.*

---

Mais surtout, le législateur a adopté en 2011 la *Loi concernant la lutte contre la corruption* (RLRQ c. L-6.1), qui a institué le Registre des entreprises non autorisées aux contrats publics (RENA). Lorsqu'une entreprise ou une personne est déclarée coupable d'une infraction identifiée à l'annexe 1 de la LCOP (cette liste inclut des infractions criminelles telles l'extorsion, la corruption de fonctionnaire, la fraude et le truquage d'offres), cette entreprise, personne, ainsi que toute entreprise qui y est liée est automatiquement inscrite au RENA pour une période de cinq ans, et n'est plus admissible à déposer une soumission en réponse à tous les appels d'offres (peu importe le montant de la dépense projetée) des organismes publics pour cette période. À noter que des règles similaires ont été adoptées dans d'autres juridictions – le registre tel que mis en œuvre au Québec, par exemple, a été inspiré par des discussions avec des représentants de la ville de New York, aux États-Unis (Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats* 2011 : p. 2331- M. Robert Dutil).<sup>3</sup>

Ces régimes divers ne sont toutefois que des exceptions à la règle générale voulant qu'en principe, toute personne ait la possibilité de participer à un appel d'offres d'un organisme public ou d'une municipalité. Tout comme le principe de l'égalité devant le service public sert l'objectif d'assurer une saine concurrence aux marchés publics, ces exceptions visent à servir d'autres objectifs relevant de l'intérêt public, que ce soient des objectifs sociaux, des incitatifs à respecter les mesures fiscales applicables, ou l'assainissement du bassin de concurrents.

### Un changement de paradigme : Le Registre des entreprises autorisées (REA)

Les nombreux scandales dans l'octroi de contrats publics au Québec vers la fin des années 2000 ont provoqué une crise de confiance dans le processus d'octroi des marchés publics. En réaction à cette crise qui a donné lieu à une enquête très médiatisée (Charbonneau et Lachance 2015), le législateur a

adopté, par la *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics*, une mesure plus drastique visant à continuer le projet entamé par le RENA afin d'atteindre un assainissement rapide du bassin d'entreprises admissibles à conclure des marchés publics. Cette mesure a eu pour effet de renverser en bonne partie la règle générale de l'admissibilité des entreprises, et donc du principe de l'égalité devant le service public.

---

*Plus précisément, il est interdit à toutes les entreprises (sauf celles qui sont sur la liste) de déposer une soumission en réponse à un appel d'offres pour un tel contrat, sous peine d'amende.*

---

La *Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics* a d'abord ajouté un principe fondamental à la LCOP, qui devait ostensiblement primer sur les autres principes qui la sous-tendent, dont celui de l'égalité devant le service public cité au long ci-dessus (Québec, Assemblée nationale, Commission permanente des finances publiques 2012 : 9-12 – M. Bédard). Ce nouveau principe voulait que :

2. Dans le respect de tout accord intergouvernemental applicable aux organismes publics, les conditions déterminées par la présente loi visent à promouvoir :

0.1° la confiance du public dans les marchés publics en attestant l'intégrité des concurrents; [...]

Cette nouvelle loi mettait en œuvre ce principe général en établissant le Registre des entreprises autorisées à contracter ou à sous-contracter (REA). Ce nouveau registre renversait complètement la dynamique du RENA (dans laquelle l'admissibilité demeurait la règle, et l'inadmissibilité pour cause était l'exception) pour les contrats comportant une dépense supérieure à un certain seuil<sup>4</sup>: désormais, aucune entreprise n'est admissible à briguer de tels contrats à moins d'avoir obtenu au préalable l'autorisation de déposer une soumission par l'Autorité des marchés financiers,<sup>5</sup> suite à une enquête menée par une équipe du Commissaire à la lutte contre la corruption. Plus précisément, il est interdit à toutes les entreprises (sauf celles qui sont sur la liste) de déposer une soumission en réponse à un appel d'offres pour un tel contrat, sous peine d'amende. De plus, il est interdit aux organismes publics d'octroyer un tel contrat à une entreprise qui n'a pas obtenu cette autorisation, sous peine de nullité du contrat.

Puisqu'il s'agit d'une liste d'inclusion et non d'un registre d'exclusion (comme le RENA), toutes les entreprises sont inadmissibles par défaut à conclure les contrats de service et de construction comportant une dépense supérieure au seuil applicable. Il en résulte une restriction immédiate et importante du bassin de concurrents admissibles aux appels d'offres des organismes publics et municipaux du Québec.

---

*Il semblerait donc que pour les contrats soumis au REA, des considérations d'intérêt public ont complètement renversé le principe d'un droit général de contracter avec l'État, qui s'exprimait par l'admissibilité par défaut de tout soumissionnaire aux appels d'offres des organismes publics.*

---

Est-il donc toujours vrai que toute personne a le droit de conclure des contrats avec l'État, ou même que toute personne qualifiée a la possibilité de participer aux appels d'offres (publics) des organismes publics?

Pour répondre à cette question, il faut examiner le processus d'autorisation lui-même. L'obtention de l'autorisation auprès de l'Autorité<sup>6</sup> est-elle un droit, ou plutôt un privilège? La LCOP est cryptique à cet égard. D'une part, toute entreprise peut demander en tout temps à l'Autorité l'autorisation de conclure ces contrats. D'autre part, l'Autorité dispose d'une marge de manœuvre singulière quant à la délivrance de l'autorisation. L'Autorité doit d'abord systématiquement refuser toute demande provenant d'une entreprise qui a, ou dont une personne associée a été déclaré coupable d'une infraction prévue à l'annexe 1. Cette obligation assure une cohérence avec le régime du RENA, puisqu'il est manifeste que l'autorisation devrait être refusée si l'entreprise est déjà inadmissible aux contrats publics en raison de son inscription au RENA. Mais l'Autorité peut également refuser une demande d'autorisation à une entreprise si celle-ci « ne satisfait pas aux exigences élevées d'intégrité auxquelles le public est en droit de s'attendre d'une partie à un contrat public » (art. 21.27 LCOP). Dans l'exercice de cette discrétion, l'Autorité peut notamment considérer (voir la liste complète à l'article 21.28 LCOP) :

- Le fait qu'une entreprise ait été poursuivie (mais non déclarée coupable) d'une infraction prévue à l'annexe 1 ou de toute autre infraction;
- le fait que (selon l'Autorité) l'entreprise ait tenté d'éluder la loi; ou
- le fait que (selon l'Autorité) une personne raisonnable pourrait croire que l'entreprise est la continuité ou le prête-nom d'une entreprise qui n'obtiendrait pas l'autorisation.

L'Autorité s'est prévaluée de cette discrétion, par exemple, pour refuser l'autorisation à une entreprise qui avait été dénoncée par un témoin à la Commission Charbonneau comme ayant participé à un système collusif (9129-2201 *Québec inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2013 QCCS 4857), quoiqu'elle n'eût jusqu'alors pas été accusée formellement d'une infraction. Elle a également refusé l'autorisation à une autre entreprise qui avait fait affaires (possiblement à son insu) avec des sous-traitants qui

avaient été identifiés comme fournisseurs de factures de complaisance par Revenu-Québec (*Terra Location inc. c. Autorité des marchés financiers*, 2015 QCCS 509).

L'Autorité a hérité d'une lourde tâche dont elle s'est acquittée dans l'intérêt public à l'aide des outils dont elle disposait pour solutionner une crise politique, aussi il serait injuste de remettre en question la justesse ou l'opportunité des décisions qu'elle a prises dans ce contexte. Toutefois, même lorsque les scandales des années 2000 se seront évaporés de la conscience populaire, les mesures législatives telles le REA demeureront en vigueur et continueront de régir le droit des marchés publics. Devant l'amplitude de la discrétion dont dispose l'Autorité, il est difficile de conclure qu'une entreprise jouit d'un droit d'obtenir l'autorisation; en principe, l'Autorité pourrait refuser toute demande de permis sitôt qu'elle entretient même des doutes, fondés ou non, quant à la probité d'une entreprise ou de toute personne qui y est associée.

La nouvelle Autorité des marchés publics semble elle-même considérer que les entreprises n'ont pas un droit d'obtenir l'autorisation, mais plutôt la possibilité de l'obtenir une fois qu'elles ont démontré leur probité : « Contracter avec l'État ne constitue pas un droit, mais bien un privilège. Et pour bénéficier de ce privilège, les entreprises doivent démontrer qu'elles ont l'intégrité nécessaire pour obtenir des contrats publics » (Marcoux 2020 : 7).

Il semblerait donc que pour les contrats soumis au REA, des considérations d'intérêt public ont complètement renversé le principe d'un droit général de contracter avec l'État, qui s'exprimait par l'admissibilité par défaut de tout soumissionnaire aux appels d'offres des organismes publics. La règle de l'admissibilité par défaut demeure toutefois en vigueur pour les contrats comportant une dépense inférieure au seuil d'application du REA, de même que pour les contrats d'approvisionnement. Le REA a toutefois battu une brèche importante dans le principe de l'admissibilité par défaut.

Est-ce donc le début de la fin du principe d'égalité devant le service public en droit des marchés publics? Pas tout à fait.

### **Vers une plus grande reconnaissance du droit de contracter avec l'État : l'impact du mécanisme de plaintes de l'Autorité des marchés publics**

Quelques années après la mise en œuvre du REA, le législateur québécois a adopté une nouvelle loi qui devait avoir l'effet inverse de renforcer le principe de l'égalité devant le service public en droit des marchés publics : la *Loi sur l'Autorité des marchés publics* (RLRQ c. A-33.2.1). Outre la mise sur pied de l'Autorité des marchés publics, cette loi instaurait un mécanisme de plaintes

facilitant à toute entreprise intéressée la possibilité d'avoir accès aux marchés publics.

Ce mécanisme de plainte permet essentiellement aux entreprises de demander à l'Autorité de vérifier qu'un organisme public a bel et bien procédé à une analyse rigoureuse de ses besoins et du marché, et n'a pas (accidentellement ou délibérément) inclus des conditions dans les documents d'appel d'offres qui n'assurent pas le traitement équitable des concurrents; par exemple, en restreignant indûment les produits et services qu'elle considère conforme à ses besoins.

Bien que les organismes publics aient toujours été à même de déterminer leurs propres besoins, l'exercice de cette faculté n'était traditionnellement assujéti à pratiquement aucun contrôle ou vérification (outre un recours en contrôle judiciaire devant la Cour supérieure, où la magistrature doit se limiter à évaluer la raisonnable de la décision de l'organisme public). Cette liberté laissait en principe le champ libre à l'organisme public pour définir ses besoins de manière suffisamment pointue afin de limiter sévèrement la concurrence, voire à complètement écarter le processus concurrentiel lorsqu'il limitait ses besoins à un seul produit très spécifique mis en marché par une seule entreprise (par exemple dans *Savoir-faire Linux inc. c. Québec (Régie des rentes)*, EYB 2010-174986 [C.S.], où la Régie des rentes du Québec avait donné un contrat à Microsoft pour la mise à jour de ses systèmes informatiques, sans considérer les autres systèmes d'exploitation disponibles sur le marché).

---

*La Loi sur l'Autorité des marchés publics reconnaît effectivement un droit à ce que leur produit ou service soit considéré dans le cadre d'une démarche d'approvisionnement responsable par les organismes publics.*

---

C'est pourquoi une pratique recommandée aux organismes publics est de définir leurs besoins en fonction des caractéristiques techniques ou de performance des produits ou des solutions recherchées, et non à l'aide de marques de commerce, puisque cette dernière pratique pourrait avoir pour effet d'écarter des produits similaires (ou cibler des fournisseurs particuliers) et ainsi réduire la concurrence (Secrétariat du Conseil du Trésor 2010). Dans le traitement des plaintes qui sont déposées devant elle, l'Autorité s'appuie aujourd'hui sur cette pratique pour évaluer les décisions des organismes publics, au motif familier que : « Cette approche favorise l'accès aux contrats publics à un plus grand bassin de soumissionnaires » (Gallant 2019 : 4).

L'avènement de l'Autorité marque une approche radicalement différente de celle mise en œuvre par la *Loi sur l'intégrité en matière de marchés publics* : elle réintroduit un certain niveau de confiance envers les entrepreneurs, déploie des moyens pour faciliter leur accès aux contrats publics, et institue une surveillance des processus décisionnels des organismes publics. La *Loi sur l'Autorité des marchés publics* ne renverse pas l'impact du REA, mais elle le tempère : elle n'influence pas directement l'admissibilité des entreprises ni ne confère directement un droit à contracter avec l'État, mais elle reconnaît effectivement un droit à ce que leur produit ou service soit considéré dans le cadre d'une démarche d'approvisionnement responsable par les organismes publics. Les organismes publics assujettis au mécanisme de plainte de l'Autorité ont quant à eux l'obligation corrélative de faire une étude sérieuse des marchés et de motiver leurs décisions d'écartier des produits ou des services particuliers. Cette obligation exprime une certaine égalité devant le service public.

## Conclusion

En définitive, le principe de l'égalité devant le service public en droit des marchés publics, depuis ses origines enracinées dans la Révolution tranquille jusqu'à sa codification fonctionnelle dans la LCOP et ses transformations législatives récentes, traduit une compréhension mouvante de la relation entre l'Administration et ses contractants. Son application principale voulant que toute personne ait un droit de conclure des contrats avec l'État n'est valide que dans son articulation la plus généreuse; ultimement, le droit contemporain des marchés publics donne le droit de contracter avec l'État à toute personne, dans la mesure toutefois où cette personne : 1) dispose des ressources et de la compétence pour réaliser sa prestation du contrat telle que définie unilatéralement par l'organisme public; 2) ne fasse l'objet d'aucun motif d'exclusion (telle une inscription au RENA) et, dans certains cas, 3) ait obtenu une autorisation préalable de contracter. Il n'en résulte pas un principe général, mais plutôt un régime particulier.

Le principe est pourtant encore parfois invoqué par les tribunaux, soit comme « principe général » qui équivaut à une norme de droit, ou comme principe d'interprétation qui guide le juge dans la lecture des normes applicables. Dans cette pratique, il semble s'être glissé une confusion entre, d'une part, le principe d'égalité en tant que considération à l'origine de l'imposition de la procédure d'appel d'offres, qui à ce titre est un guide d'interprétation, un phare, permettant d'identifier l'intention du législateur; et, d'autre part, l'idée que le principe d'égalité est une norme de droit contraignante qui viendrait encadrer le comportement des acteurs administratifs. Il ne s'agit pourtant pas d'une norme juridique, tel que démontré dans cet article. Son utilité en tant qu'outil d'interprétation est également limitée compte

tenu des modifications législatives (principalement instaurées par la *Loi sur l'intégrité dans les contrats publics*) qui ont restreint sa portée.

Pour les gestionnaires chargés de mettre en œuvre le lourd encadrement normatif applicable aux marchés publics, les modifications législatives qui ont restreint l'accessibilité des entreprises aux marchés publics impliquent, pour certains contrats, la réception d'un nombre plus limité de soumissions en réponse aux appels d'offres publics des organismes publics. L'impact exact de cette restriction est encore inconnu quant au prix payé pour ces contrats, ainsi que quant à la portée exacte des entreprises qui sont désormais exclues de ces processus contractuels.

Le principe de l'égalité devant le service public coïncide toutefois avec d'autres objectifs du droit des marchés publics québécois, notamment celui d'obliger les organismes à solliciter une concurrence suffisante afin d'assurer une saine gestion des contrats publics. C'est sans doute cette convergence qui assure sa pérennité, bien que le principe d'égalité lui-même ne soit pas, de nos jours du moins, la raison principale justifiant l'imposition de la procédure d'appel d'offres public. Il semblerait plutôt, au contraire, que l'égalité devant le service public, malgré ses racines historiques, ne soit pas un élément nécessaire à la cohérence du droit des marchés publics québécois.

## Notes

- 1 L'auteur tient à remercier Me Pierre Giroux, LL.M., Ad. E., ainsi que M. Pierre St-Jacques, pour leurs commentaires et suggestions.
- 2 À noter que ce commentaire est fait en *obiter dictum*, et que le jugement a été ultimement confirmé par la Cour d'appel sans mention faite au principe de l'égalité administrative [C.A. Québec n° 200-09-000343-787, le 25 avril 1983].
- 3 La LCOP s'exprime elle-même de manière éloquentes quant à l'importance de cette réforme à son article 9 : « À l'égard des marchés publics et des contrats de partenariat public-privé, la présente loi prévaut sur toute loi générale ou spéciale qui lui serait incompatible, qu'elle soit antérieure ou postérieure, à moins que cette autre loi n'énonce expressément qu'elle s'applique malgré la présente loi ».
- 4 Voir notamment, ailleurs dans le présent numéro, le texte d'Elizabeth Acorn, « Just a business decision? Debarment in Public Procurement in Canada and the United States ».
- 5 Ce seuil était originellement de 40 millions de dollars, mais a depuis été abaissé à quelques reprises pour se situer aujourd'hui à 5 millions de dollars pour les contrats et les sous-contrats de travaux de construction, et 1 million de dollars pour les contrats et les sous-contrats de services. Les contrats d'approvisionnement ne sont pas visés par ce registre.
- 6 Ci-après « l'Autorité ». Cette responsabilité a récemment été transférée à la nouvelle Autorité des marchés publics en vertu de la *Loi sur l'Autorité des marchés publics*, RLRQ c. A-33.2.1.

## Bibliographie

- Charbonneau, France et Renaud Lachance. 2015. Rapport de la Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction. Montréal : Commission d'enquête sur l'octroi et la gestion des contrats publics dans l'industrie de la construction.

- Gallant, Denis. 2019. *Décision annulant l'appel d'offres public 1272055 publié par le CHU de Québec-Université Laval*. Québec : Autorité des marchés publics.
- Garant, Patrice. 1966. « *Essai sur le service public au Québec* ». Thèse de droit, faculté de droit, Université de Paris.
- . 2018. *Droit administratif*. 7<sup>e</sup> édition. Cowansville : éditions Yvon Blais.
- Giroux, Pierre. 1985. *La nature juridique des appels d'offres des organismes publics*, Thèse de droit, faculté de droit, Université Laval.
- Giroux, Pierre et Denis Lemieux. 2020. (édition sur feuilles mobiles). *Contrats des organismes publics québécois*. Farnham : Publications CCH.
- Giroux, Pierre, Denis Lemieux et Nicholas Jobidon. 2013. *Loi commentée sur les contrats des organismes publics*. 2e édition. Brossard : CCH.
- Issalys, Pierre et Denis Lemieux. 2020. *L'action gouvernementale, précis de droit des institutions administratives*. 4<sup>e</sup> édition. Cowansville : éditions Yvon Blais.
- Jobidon, Nicholas. 2012. *Contrats des organismes publics inférieurs au seuil d'appel d'offres - Comment choisir le bon mode d'adjudication*. Brossard : CCH.
- Lajoie, Andrée. 1984. *Contrats administratifs: jalons pour une théorie*. Montréal : Les Éditions Thémis.
- La Rochelle, Louis. 1982. *En flagrant délit de pouvoir – Chronique des événements politiques de Maurice Duplessis à René Lévesque*. Montréal : Boréal Express.
- Marcoux, Nathaly. 2020. Allocution de Me Nathaly Marcoux, Présidente-directrice générale par intérim – Autorité des marchés publics. Dans Commission des finances publiques (dir.), Consultations particulières et des auditions publiques sur le projet de loi no 61, la Loi visant la relance de l'économie du Québec et l'atténuation des conséquences de l'état d'urgence sanitaire déclaré le 13 mars 2020 en raison de la pandémie de la COVID-19. Québec : Assemblée nationale.
- Québec, Assemblée nationale, Débats de l'Assemblée nationale. 2011. *Journal des débats*. 39<sup>e</sup> législature, 2<sup>e</sup> session. « Adoption du projet de loi 15 – Loi concernant la lutte contre la corruption ». Volume 42, no 38, le 8 juin 2011. Québec : L'Éditeur officiel du Québec.
- Québec, Assemblée nationale, Débats de l'Assemblée nationale. Assemblée nationale, Commission permanente des finances publiques. 2012. *Journal des débats de la commission permanente des finances publiques*. 40<sup>e</sup> législature, 1<sup>ère</sup> session. « Étude détaillée du projet de loi no 1 – Loi sur l'intégrité en matière de contrats publics ». Volume 43, no 7, le 22 novembre 2012. Québec : L'Éditeur officiel du Québec.
- Rocher, Guy. 2001. « Le 'laboratoire' des réformes dans la Révolution tranquille ». Dans Programme d'études sur le Québec de l'Université McGill, *Les Grandes conférences Desjardins*. Montréal : Université McGill.
- Salvas, Élie, Howard Irwin Ross et Jean-Marie Guérard. 1963. *Rapport des commissaires sur les méthodes d'achat utilisées au département de la colonisation et au service des achats du gouvernement du 1<sup>er</sup> juillet 1955 au 30 juin 1960*. Montréal : Gouvernement du Québec.
- Secrétariat du Conseil du Trésor. 2010. « Spécifications de matériaux ou de systèmes de construction dans les documents d'appel d'offres – RCTC 5-1 », dans Conseil du Trésor (dir.), *Bulletin d'interprétation des marchés publics*. Québec : Secrétariat du Conseil du Trésor.
- Vérificateur général du Québec. 2016. *Rapport du Vérificateur général du Québec à l'Assemblée nationale pour l'année 2016-2017 – Vérification de l'optimisation des ressources, printemps 2016*, Chapitre 7. Québec : Vérificateur général du Québec.