

## PAR COURRIEL

Le 5 août 2021

**Objet : Demande d'accès aux documents – Accusé de réception et décision**

V/Réf. : Copie du rapport intitulé « Répartir les normes : le choix entre les formes d'action étatique : rapport de recherche »

N/Réf. : R-96873

Conformément à la Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels (RLRQ, chapitre A-2.1, ci-après nommée « Loi sur l'accès »), nous avons traité votre demande d'accès reçue le 4 août dernier, laquelle se lit comme suit :

*« [...] Je souhaite obtenir une copie du Rapport de recherche de Pierre Issalys, Répartir les normes: Le choix entre les formes d'action étatique, Québec, Société de l'assurance-automobile du Québec, 2001. [...] »*

(Transcription intégrale)

### Décision

Nous donnons suite à votre demande. Vous trouverez ci-joint la copie du rapport demandé. **Veillez noter que conformément à l'article 12 de la Loi sur l'accès, le droit d'accès à un document « s'exerce sous réserve des droits relatifs à la propriété intellectuelle ».** Vous pouvez prendre connaissance du document, mais l'utilisation ou la diffusion de ce document exige l'accord du titulaire des droits d'auteur. Sachez que des recours civils et criminels sont prévus en cas de violation du droit d'auteur.

... 2

## Recours

Conformément à l'article 51 de la Loi sur l'accès, nous vous informons que vous pouvez, en vertu de la section III du chapitre IV de cette loi (article 135 et suivants), faire une demande de révision à l'égard de cette décision en vous adressant à la Commission d'accès à l'information dans les trente (30) jours suivant la date de la présente décision. À cet effet, vous trouverez joint à la présente le document intitulé Avis de recours.

Nous vous prions d'agréer l'expression de nos sentiments les meilleurs.



Marie-Claude Daraiche, avocate  
Responsable de l'accès aux documents

## AVIS DE RECOURS

### RÉVISION DEVANT LA COMMISSION D'ACCÈS À L'INFORMATION

#### a) POUVOIR

L'article 135 de la Loi prévoit qu'une personne peut, lorsque sa demande écrite a été refusée en tout ou en partie par le responsable de l'accès aux documents ou de la protection des renseignements personnels ou dans le cas où le délai prévu pour répondre est expiré, demander à la Commission d'accès à l'information de réviser cette décision.

La demande de révision doit être faite par écrit; elle peut exposer brièvement les raisons pour lesquelles la décision devrait être révisée (art. 137).

L'adresse de la Commission d'accès à l'information est la suivante :

#### QUÉBEC

525, boul. René-Lévesque Est  
Bureau 2.36  
Québec (Québec) G1R 5S9  
Tél. : 418 528-7741  
Numéro sans frais : 1 888 528-7741  
Télécopieur : 418 529-3102

#### MONTREAL

2045, rue Stanley  
Bureau 900  
Montréal (Québec) H3A 2V4  
Tél. : 514 873-4196  
Numéro sans frais : 1 888 528-7741  
Télécopieur : 514 844-6170

#### b) MOTIFS

Les motifs relatifs à la révision peuvent porter sur la décision, sur le délai de traitement de la demande, sur le mode d'accès à un document ou à un enregistrement, sur les frais exigibles ou sur l'application de l'article 9 (notes personnelles inscrites sur un document, esquisses, ébauches, brouillons, notes préparatoires ou autres documents de même nature qui ne sont pas considérés comme des documents d'un organisme public).

#### c) DÉLAIS

Les demandes de révision doivent être adressées à la Commission d'accès à l'information dans les trente (30) jours suivant la date de la décision ou de l'expiration du délai accordé au responsable pour répondre à une demande (art. 135).

La Loi prévoit spécifiquement que la Commission d'accès à l'information peut, pour motif raisonnable, relever le requérant du défaut de respecter le délai de trente (30) jours (art. 135).

## APPEL DEVANT LA COUR DU QUÉBEC

### a) POUVOIR

L'article 147 de la Loi sur l'accès stipule qu'une personne directement intéressée peut interjeter appel sur toute question de droit ou de compétence, devant le juge de la Cour du Québec, de la décision finale de la Commission, y compris une ordonnance de la Commission rendue au terme d'une enquête, ou, sur permission d'un juge de cette Cour, d'une décision interlocutoire à laquelle la décision finale ne pourra remédier.

### b) DÉLAIS ET FRAIS

L'article 149 de la Loi sur l'accès stipule que l'appel est formé par le dépôt auprès de la Cour du Québec d'un avis à cet effet précisant les questions de droit ou de compétence qui devraient être examinées en appel.

L'avis d'appel doit être déposé au greffe de la Cour du Québec dans les trente (30) jours qui suivent la date de la réception de la décision finale par les parties.

### c) PROCÉDURE

Selon l'article 151 de la Loi sur l'accès, l'avis d'appel doit être signifié aux parties et à la Commission dans les dix (10) jours de son dépôt au greffe de la Cour du Québec.

Le secrétaire de la Commission transmet au greffe, pour tenir lieu de dossier conjoint, un exemplaire de la décision contestée et les pièces de la contestation.

R é p a r t i r l e s

# normes

LE CHOIX

T73A78  
R36  
83  
QMC  
P.gouv.

ENTRE  
LES FORMES  
D'ACTION  
ÉTATIQUE

par  
Pierre Issalys

avec la  
collaboration de  
Michel Bourque

R A P P O R T D E R E C H E R C H E

Société de l'assurance  
automobile

Québec 



R é p a r t i r l e s



TZ3A78  
R36  
83  
QMC  
P. gouv.

LE CHOIX

ENTRE

LES FORMES

D'ACTION

ÉTATIQUE

par  
Pierre Issalys

avec la  
collaboration de  
Michel Bourque

M E R C H E



R A P P O R T

685686

Société de l'assurance  
automobile

Québec

8244

*« Cette étude a été faite en exécution d'un contrat de services professionnels avec la Société d'assurance automobile du Québec et le Ministère de la Justice du Québec. L'auteur remercie la Société, le Ministère du Conseil exécutif et le Ministère de la Justice d'en permettre la publication. Il va de soi cependant que les opinions émises dans cette étude n'engagent que la responsabilité personnelle de l'auteur et ne prétendent aucunement exprimer le point de vue de ceux qui ont permis cette publication (ou de la Société, du Ministère du Conseil exécutif ou du Ministère de la Justice du Québec) ».*

## **Avant-propos**

**C**e travail doit beaucoup à la collaboration active et à l'appui de plusieurs personnes, que l'auteur tient à remercier.

Pendant la phase de recherche et le début de la rédaction de ce texte, M. Michel Bourque a assumé avec compétence et méthode la tâche indispensable, mais parfois ingrate, de rassembler une partie des matériaux nécessaires, épars dans la législation québécoise, fédérale et étrangère. Ses utiles comptes rendus de nombreux articles et ouvrages ont alimenté la réflexion de l'auteur.

M<sup>e</sup> Claude Gélinas, directeur du secrétariat et du contentieux à la Société de l'assurance automobile du Québec, a soutenu ce projet de recherche avec patience, conviction et cordialité jusqu'à la publication de ce texte. L'auteur a tiré grand profit des avis que lui a donnés le comité de supervision animé par M<sup>e</sup> Gélinas. Constituait le noyau de ce comité, outre M<sup>e</sup> Gélinas, M<sup>e</sup> Marie-José Longtin, directrice générale associée, de la Direction générale des affaires juridiques et législatives au ministère de la Justice, M<sup>e</sup> Richard Tremblay, légiste conseil à la même Direction générale, ainsi que M. Jean-Claude Cloutier, conseiller au Secrétariat à l'allègement réglementaire au ministère du Conseil exécutif. Plusieurs de leurs collaborateurs et collaboratrices se sont joints à eux à l'occasion. Parmi ces derniers, M<sup>e</sup> Glenn Veer a su jouer avec brio le rôle de vulgarisateur des idées exposées dans ce texte, à l'intention de ceux et celles qui, sans être forcément juristes, pouvaient trouver intérêt, dans leurs fonctions, à en être rapidement informés.

Par ses commentaires au terme d'une lecture extrêmement attentive, la professeure Raymonde Crête, de la Faculté de droit de l'Université Laval, a apporté une précieuse contribution à la mise au point définitive du texte.

Aucune de ces personnes, bien entendu, ne saurait être tenue responsable des lacunes et des imperfections de ce travail; elles ne peuvent être imputées qu'à l'auteur.

Pour la mise en forme de ce texte, l'auteur a eu la chance de pouvoir compter, une fois de plus, sur la diligence et le savoir-faire de Mme Marjolaine Caron.

Que tous et toutes trouvent ici l'expression sincère de la gratitude de l'auteur.



# Table des matières

Introduction .....	4
<b>CHAPITRE 1 :</b>	
<b>Comment répartir les règles ? .....</b>	<b>7</b>
<b>A. Les critères de répartition actuellement reçus .....</b>	<b>10</b>
1. Des critères fondés sur une représentation unitaire, hiérarchisée et autarcique du droit.....	10
a. Le souci d'un déploiement étagé du droit .....	10
b. Le souci d'une démarcation nette du champ normatif juridique .....	12
2. Des critères fragilisés par l'évolution du système juridique .....	13
a. La porosité nouvelle de la normativité étatique. ....	14
b. L'infléchissement des formes juridiques de l'action étatique.....	16
<b>B. Vers une nouvelle position du problème.....</b>	<b>20</b>
1. Intégrer le couple loi-règlement dans un ensemble plus large .....	20
a. Répartir des tâches plutôt que des matières .....	21
b. Affecter à ces tâches un ensemble d'instruments juridiques.....	22
2. Préserver les exigences de justification des formes d'action étatique .....	23
a. Cinq critères de justification des formes d'action étatique .....	23
• Maîtrise politique.....	24
• Qualité de l'espace public .....	25
• Équité .....	27
• Compétence technique .....	28
• Économie de moyens.....	28
b. Critères anciens, critères nouveaux :	
leur application au Code de la sécurité routière.....	32
1. Les articles 24 et 68 CSR .....	34
2. Les articles 21 et 69 CSR .....	36
3. L'article 112 CSR.....	39
4. Les articles 114 et 115 CSR .....	40
5. Les articles 215 et ss. CSR.....	42
6. Les articles 151 à 166 et 207 à 209 CSR .....	43
7. Le chapitre II du titre I du CSR .....	48
8. La définition des types de véhicules .....	50
9. L'article 619, par. 1°, 5°, 6° et 8° CSR .....	52

## **CHAPITRE 2 :**

### **Comment concevoir de nouvelles formes de réglementation ? .....59**

#### **A. Agir sur l'élaboration de la norme .....62**

1. La réglementation négociée .....62
  - a. Le développement des pratiques .....62
  - b. L'exemple américain.....65
  - c. Évaluation.....68
2. L'autoréglementation contrôlée .....72
  - a. Le modèle des professions .....74
  - b. L'enracinement dans les pratiques de l'économie et de la société civile.....75
  - c. Évaluation.....84

#### **B. Agir sur la teneur de la norme.....89**

1. La réglementation par objectifs .....90
  - a. Nature et pratique de la réglementation par objectifs.....91
  - b. Problématique de la réglementation par objectifs .....94
  - c. Évaluation.....99
2. La réglementation par renvoi.....103
  - a. Nature et pratique de la réglementation par renvoi .....103
  - b. Problématique de la réglementation par renvoi .....110
  - c. Évaluation.....118

#### **C. Agir sur l'application de la norme.....123**

1. La contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle.....124
  - a. La délégation de la fonction de contrôle à un tiers .....125
  - b. La prise en charge de la fonction de contrôle par l'assujetti .....129
  - c. Évaluation.....136
2. Les dérogations et les tolérances .....142
  - a. Une pratique législative nuancée .....142
  - b. Une problématique particulièrement sensible.....147
  - c. Évaluation.....150
3. Les sanctions non pénales .....153
  - a. L'inadaptation des sanctions pénales.....153
  - b. Pratique des sanctions administratives.....155
  - c. Problématique des sanctions administratives.....161
  - d. Évaluation.....166

#### **Conclusion .....170**

## **CHAPITRE 3 :**

### **Comment mettre en œuvre des techniques non réglementaires ? .....175**

<b>A. Les techniques d'encadrement consenti.....</b>	<b>177</b>
1. L'idée d'encadrement spontané : l'autoréglementation intégrale.....	178
a. Notion et pratiques de l'autoréglementation intégrale.....	178
b. Problématique de l'autoréglementation intégrale.....	182
c. Évaluation.....	187
2. L'idée de subsidiarité : la substitution de normes.....	189
a. Une pratique encore embryonnaire.....	190
b. Une problématique d'éclatement du droit.....	199
c. Évaluation.....	203
3. L'idée de partenariat : la contractualisation des normes.....	210
a. Associer des acteurs et encadrer leur action conjointe.....	210
b. La problématique de la qualification contractuelle.....	215
c. Évaluation.....	220
<b>B. Les techniques d'encadrement souple.....</b>	<b>225</b>
1. L'idée d'orientation : l'énoncé de politique.....	226
a. Une notion multiforme.....	226
b. Une problématique à spécifier.....	234
c. Évaluation.....	242
2. L'idée d'encadrement interne : la directive.....	247
a. Pour sortir de la confusion : distinguer les réalités.....	248
b. Vers un régime des normes administratives.....	252
c. Évaluation.....	259
3. L'idée d'individualisation : l'élargissement des marges discrétionnaires.....	262
a. Changement de paradigme ou retour du balancier ?.....	262
b. Problématique actuelle du pouvoir discrétionnaire.....	265
c. Évaluation.....	269
<b>Conclusion.....</b>	<b>273</b>
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>277</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>286</b>
<b>Table de la législation citée.....</b>	<b>295</b>
<b>Table de la jurisprudence citée.....</b>	<b>299</b>
<b>RÉSUMÉ.....</b>	<b>301</b>

## Introduction

Le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle marque un tournant décisif dans l'histoire de notre droit public. Nos conceptions actuelles en matière d'organisation et d'action de l'État sont encore largement tributaires des événements de cette remarquable période et des principes qu'elle a consacrés. Qu'il suffise d'évoquer l'avènement du gouvernement représentatif et responsable, la consécration du suffrage universel masculin comme source de légitimation concrète du pouvoir politique et l'accession du Parlement à la souveraineté législative et financière. Le sens global de cet héritage nous apparaît aujourd'hui clairement : une société a pris en main les moyens qu'offre le droit pour agir sur elle-même.

Parmi cet ensemble de moyens d'action, la législation – la loi votée par le Parlement – occupe évidemment une situation privilégiée. Elle incarne mieux qu'aucun autre moyen cette volonté collective d'instituer une règle de droit. Un faisceau convergent de facteurs politiques, sociologiques et économiques ont à la fois confirmé et affaibli cette situation dominante de la loi. Confirmé, parce qu'ils ont favorisé le recours à la loi, en pleine conscience de sa force symbolique et de sa capacité de contraindre. Affaibli, parce qu'ils ont aussi valorisé la rapidité et la souplesse dans l'action et ont donc favorisé, pour la formulation des règles, des modes concurrents, certes subordonnés à la loi mais souvent de manière peu astreignante pour les auteurs de ces règles. Les questions juridiques soulevées par l'emploi de ces autres formes d'action étatique ont nourri le développement de notre droit administratif au cours du XX<sup>e</sup> siècle. On se rappellera les controverses juridico-politiques nées de la délégation au gouvernement de pouvoirs législatifs, exercés sous forme de règlements; les débats interminables et très techniques sur le pouvoir d'un tribunal de censurer l'exercice de pouvoirs discrétionnaires conférés par le Parlement à des autorités administratives; ou plus récemment, l'incertitude sur les effets juridiques des directives dites « internes » de l'administration publique.

En ce début du XXI<sup>e</sup> siècle, cette problématique générale ne fait que s'accroître. La question des rapports entre la loi et les autres moyens dont dispose une société pour faire naître et jouer en son sein des règles revêtues de la sanction du droit se pose sous un jour nouveau. Ce renouvellement est notamment lié au développement de nouveaux instruments d'action, souvent inspirés par le modèle contractuel, et à l'émergence de modalités insolites d'emploi du règlement comme principal complément

de la loi. C'est dans ce contexte que s'est présenté le projet de réécriture du *Code de la sécurité routière*. Ce texte est à bien des égards exemplaire d'un modèle classique de législation. Il l'est à la fois par l'amplitude de sa portée concrète, par le détail très poussé des règles qu'il renferme, par le volume des règlements qui complètent ses dispositions et par la volonté apparente de réduire à un minimum, dans l'application de cette loi, la marge d'appréciation discrétionnaire des situations individuelles. Par ailleurs, l'organisme public en partie responsable de sa mise en œuvre, la Société de l'assurance automobile, recourt dans plusieurs de ses domaines d'activité à la directive dite « interne » comme mode de formulation de règles de portée générale.

Le projet de réécriture du *Code de la sécurité routière* ne pouvait donc manquer de susciter une réflexion sur la répartition des règles entre la loi, la réglementation et les directives. Le premier chapitre de la présente étude est une contribution à cette réflexion. L'abondance, la technicité et le caractère détaillé de la réglementation qui complète, sur des points nombreux et variés, les dispositions du *Code de la sécurité routière* invitaient par ailleurs à réfléchir à la possibilité de donner à la réglementation des formes relativement inhabituelles – c'est-à-dire de s'écarter du modèle classique de la réglementation précise, détaillée, impérative et assortie de mesures de contrôle et de sanctions pénales. C'est ce second thème de réflexion qu'aborde le deuxième chapitre de l'étude.

Enfin, l'expérience de la Société de l'assurance automobile et de bien d'autres grandes organisations bureaucratiques suggérait d'examiner, dans la perspective d'un nouveau *Code de la sécurité routière*, les possibilités d'emploi de la directive comme moyen d'encadrer par des règles souples le pouvoir discrétionnaire des agents d'application. D'autres procédés, ayant en commun avec la directive de s'écarter de la notion de réglementation – entendue comme l'imposition unilatérale de règles fixes –, semblaient également mériter un examen dans cette perspective. Le troisième chapitre de cette étude tente d'éclairer la réflexion à ce propos.

Comme on le verra, l'ensemble de l'étude s'efforce de mettre en lumière l'importance de choisir, parmi les moyens qu'offre le droit pour permettre l'action d'une société sur elle-même, à partir de critères de justification rationnelle.



# Chapitre 1

COMMENT

RÉPARTIR

LES RÈGLES ?

conception de la plupart des textes législatifs entraîne l'obligation de choisir entre la loi et le règlement comme lieu d'énonciation d'une règle donnée. Le *Code de la sécurité routière* (cité par la suite CSR) n'est particulier à cet égard que par la fréquence avec laquelle ses concepteurs ont été amenés à envisager cette alternative. Le premier alinéa de l'art. 69 CSR est exemplaire, comme le montre l'analyse de sa formulation :

Pour obtenir ou pour renouveler un permis, une personne doit satisfaire aux **conditions** et aux **formalités établies par règlement** et,

[sauf dans les **cas prévus par règlement**],

payer à la Société les **frais prévus par règlement**. Elle doit également pour obtenir

un permis, [sauf dans les **cas prévus par règlement**], payer à la Société les **droits fixés par règlement** et revalorisés,

le cas échéant, conformément à l'article 151.4 de la *Loi sur l'assurance automobile* ainsi que

la contribution d'assurance fixée en vertu des articles 151 et 151.2 de cette loi et revalorisée, le cas échéant, conformément à l'article 151.4 de cette loi.

Les rédacteurs de ce texte ont manifestement jugé préférable de situer dans un règlement plutôt que dans la loi :

1. au moins une partie des conditions de fond régissant la délivrance d'une autorisation administrative (le permis exigé à l'art. 65 CSR);
2. au moins une partie des formalités applicable à la délivrance de cette autorisation;
3. la valeur de deux redevances administratives (les frais et les droits) exigibles à l'occasion de la délivrance de cette autorisation;
4. les cas d'exemption du paiement de l'une ou de l'autre de ces redevances.

Ces choix n'étonnent guère le lecteur familier de la technique législative québécoise. Il est fréquent de voir la loi renvoyer au règlement le traitement de matières telles que les conditions d'attribution d'une autorisation, les exigences formelles applicables à une demande d'autorisation, le taux ou le tarif d'une redevance, ou encore les catégories de cas soustraites à l'application d'une disposition de la loi. Il s'agit là de matières dans lesquelles l'intervention du règlement est de pratique bien établie depuis les années 1970 au moins (Garant et Issalys 1981 : 219, 226, 236 et 245).

La particularité de l'art. 69 CSR n'est donc pas dans le fait qu'on y ait eu recours au règlement pour préciser ces divers aspects des règles qu'il énonce. Elle est plutôt dans la concentration en une seule disposition de la loi de cinq renvois à la réglementation, auxquels s'ajoutent deux renvois à des dispositions d'une autre loi. Il en ressort, à la lecture du texte, un sentiment d'incomplétude dans l'expression de la règle, qu'aggrave encore l'absence de toute référence au concret - sauf pour l'acte de « payer ».

Les rédacteurs du CSR se sont également conformés à un usage bien établi en attribuant explicitement, au titre XIII du CSR, le pouvoir de prendre les règlements évoqués dans les douze titres précédents, et donc notamment à l'art. 69. Cette attribution de pouvoirs réglementaires, en ce qui concerne le gouvernement, principal titulaire, prend la forme d'une série d'énumérations, rassemblant au total 147 rubriques (art. 618, 619, 620, 621 et 622) et de quatre habilitations isolées (art. 619.1 à 619.4). Les matières à propos desquelles l'intervention d'un règlement est évoquée à l'art. 69 font ainsi l'objet d'une habilitation directe aux par. 4° (cas d'exemption des droits), 6° (conditions et formalités de délivrance d'un permis, notamment les documents et renseignements exigibles du demandeur), 6.2° (conditions et formalités additionnelles exigibles en cas d'échec de l'examen de compétence) et 7° (conditions et formalités particulières en cas de révocation antérieure ou de suspension du droit au permis) de l'art. 619, aux art. 619.2 et 619.3 (fixation et règles de calcul des droits) et aux par. 3° (frais exigibles pour la délivrance du permis) et 1.1° (cas d'exemption des frais) de l'art. 624, ce dernier attribuant le pouvoir réglementaire à la Société.

Ici encore, la particularité de ces textes ne réside pas dans leur teneur même, qui est conforme à une pratique déjà dominante dans les années 1970 (Garant et Issalys, 1981 : 111) et sans doute largement confirmée depuis lors. Elle se situe plutôt dans le caractère massif de la délégation de pouvoirs réglementaires opérée par le titre XIII du CSR, en dépit du fait que les douze titres précédents totalisent 617 articles. Même si l'on tient compte du fait que certaines habilitations réglementaires n'ont pas été exercées (on nous a signalé, par exemple,

celles qu'évoquent les articles 252, 259 et 271 CSR), il est manifeste que l'encadrement législatif et réglementaire concernant la sécurité routière est extrêmement élaboré.

Le CSR constitue donc un bon point de départ et d'application pour une réflexion sur le phénomène réglementaire, sur la place qu'occupe le règlement dans l'encadrement juridique des conduites, et sur l'allègement de celui-ci par le recours à des formes plus « légères » de réglementation ou à d'autres formes d'encadrement.

Dans cette perspective, le présent chapitre revient d'abord sur les conceptions actuellement reçues quant à la répartition des règles de droit entre la loi et le règlement (A). Il s'agit d'en rappeler la nature et d'en remettre en lumière les fondements et les présupposés, puis d'examiner comment l'évolution de la technique juridique affaiblit leur utilité et met en cause la logique qui les sous-tend. Sur cette base, on tentera de reformuler la question des rapports entre la loi et le règlement (B). L'essentiel du propos consistera alors à situer ces rapports dans l'ensemble des modalités d'action étatique tendant à l'encadrement des conduites, pour suggérer ensuite que les critères d'aménagement rationnel de cet ensemble appellent une nouvelle formulation; on esquissera sur la base de ces nouveaux critères une analyse de quelques dispositions du CSR et de ses règlements d'application.

## **A Les critères de répartition actuellement reçus**

On s'accorde, semble-t-il, à dire que la technique législative québécoise s'est dans l'ensemble conformée, depuis le début des années 1980, aux propositions de répartition des normes juridiques entre loi et règlement formulées à cette époque par divers auteurs (Alarie et Boisvert 1980; Sparer et Schwab 1980; Garant et Issaly 1981; ces travaux seront, dans la suite du présent chapitre, respectivement visés par les abréviations « AB », « SS » et « GI »). Ces propositions se différencient entre elles par leur niveau de détail; les dernières en date ont pris appui sur leurs devancières, plus globales, en même temps que sur une analyse systématique de la pratique législative pendant la décennie précédente. Toutes ces propositions se rejoignent cependant par leur esprit général, leurs présupposés et leurs limitations. Cette convergence repose sur une représentation commune du droit comme système unitaire, hiérarchisé et relativement autarcique (1.). Dans la mesure où l'évolution du système juridique tend à invalider cette représentation du droit, elle remet en cause, au moins en partie, la pertinence de ces critères de répartition des règles juridiques entre les lois et les règlements (2.).

### **1. Des critères fondés sur une représentation unitaire, hiérarchisée et autarcique du droit**

Un bref rappel de la nature des propositions formulées par ces trois groupes de chercheurs permettra de faire voir que celles-ci s'inscrivaient dans la perspective classique du normativisme juridique – perspective qu'à cette époque l'existence de la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avait pas encore commencé à brouiller. Cette perspective s'exprime principalement, on le sait, par deux idées. La première consiste à concevoir un ordre juridique national comme un réseau de normes structuré de façon hiérarchique (« pyramidale ») selon une logique de concrétisation croissante du sommet à la base de cette hiérarchie. Cette conception est très présente dans ces trois travaux (a.). La seconde idée représente cet ordre juridique comme un ensemble clos, relativement imperméable aux autres réseaux de relations entre humains, et en tout cas circonscrit par une démarcation nette entre les normes relevant du droit et tout autre rapport normatif. Cette idée apparaît aussi, au moins en arrière-plan, dans ces travaux (b.).

#### **a. Le souci d'un déploiement étagé du droit**

Résumons d'abord les conclusions des trois groupes de chercheurs. Alarie et Boisvert estiment que « [l]a situation d'une norme dans la hiérarchie des actes normatifs est fonction directe de l'amplitude de son caractère fondamental et fonction inverse de son degré d'intervention dans l'activité qu'elle vise » (AB 1980 : 573). Ils envisagent donc l'application d'une double échelle de localisation des normes, l'une allant de ce qui est le plus fondamental à ce qu'on peut considérer comme relativement marginal, et l'autre allant de l'intervention la plus poussée dans la matière ou l'activité visée à l'intervention la moins poussée. De cette double échelle – de transcendance d'une part, de matérialité d'autre part –, ils déduisent un certain

nombre de traits associés respectivement à la norme législative (abstraction, stabilité, permanence, caractère « politique », « philosophique » ou primordial) et à la norme réglementaire (caractère évolutif, temporaire, « administratif », technique ou accessoire). Ils reconnaissent par ailleurs la probabilité que, dans une matière donnée, la répartition suggérée par l'application de cette double échelle soit infléchie par des contingences politiques. Il y a lieu aussi d'escompter, selon eux, que l'application de cette double échelle laisse subsister dans de nombreux cas l'incertitude sur la localisation optimale de la norme. De part et d'autre de cette assez vaste « zone grise » où la localisation d'une norme resterait facultative, ils croient possible de cerner un domaine obligatoirement légal et un autre qui relèverait normalement du règlement.

Sparer et Schwab formulent également leurs conclusions en termes d'« échelles », indiquant par là eux aussi leur sentiment que la répartition de la règle de droit « sous forme de textes à valeur législative » (SS 1980 : 81) avait été jusqu'alors très largement tributaire du « poids des circonstances » (91) et ne pouvait encore faire l'objet que d'hypothèses explicatives. Ils citent quatre justifications plausibles, et souvent cumulées, de la répartition observable des règles de droit entre la Constitution, la loi et le règlement. Le passage de l'un de ces trois niveaux normatifs au suivant pourrait ainsi s'exprimer sur une échelle de généralité (mouvement du général au particulier), une échelle hiérarchique (mouvement des règles les plus importantes, ou fondamentales, vers celles qui le sont le moins), une échelle d'accessibilité aux usagers de la norme (mouvement des règles les plus largement accessibles à celles qui le sont le moins) et une échelle de mobilité (du moins malléable au plus malléable) (91-94). Le propos des auteurs étant avant tout de réfléchir sur la rédaction du corpus législatif considéré comme phénomène culturel, ces indications y suffisaient, et ils n'ont donc pas cherché à préciser davantage le type de contenu matériel rattachable à ces différents niveaux de textes à valeur législative.

C'est sur ce point que Garant et Issalys ont fait porter leurs efforts. Sur la base d'un échantillon de 156 lois, ils ont d'abord recensé la pratique du législateur québécois en matière d'habilitations réglementaires. Il en est ressorti une liste de vingt-quatre domaines matériels dans lesquels, avec une fréquence variable, le législateur confiait des pouvoirs réglementaires à diverses autorités administratives. Un examen critique du contenu de ces domaines de réglementation les a conduits à estimer, dans un premier temps, qu'au moins six de ces domaines matériels devraient relever de la loi plutôt que du règlement (GI 1981 : 199, 204, 216, 226-235 et 248; voir aussi 265-267, 270-272 et 274), que sept autres matières relevaient très légitimement du domaine réglementaire (GI 1981 : 265-272), alors que dans les autres domaines, correspondant au secteur intermédiaire décrit par Alarie et Boisvert, la répartition des normes dépendrait vraisemblablement de considérations d'opportunité propres à chaque cas. Ce n'est qu'au terme de cette analyse critique que ces auteurs ont proposé un critère global de répartition. La mission de la loi serait d'énoncer « tout ce dont il est nécessaire d'informer le citoyen, destinataire de la loi, pour qu'il puisse savoir en quoi sa situation juridique est touchée ou prévoir en quoi elle peut l'être » (279).

Ces trois études manifestent, plus ou moins expressément, leur adhésion à une conception fortement unitaire et légicentrique du droit. Qu'il s'agisse de l'insistance ultime mise sur le discours adressé par le Parlement au citoyen (GI : 279), du souci

de limiter la délégation du pouvoir législatif (AB : 569, 576), ou de l'image d'un réseau de textes normatifs assimilé à un système nerveux (SS : 90), on se trouve renvoyé aux conceptions classiques associant démocratie représentative et normativisme juridique dans la production d'un droit principalement légiféré. Comment s'en étonner chez des auteurs ayant observé au Québec, depuis alors vingt ans, un processus politique et social caractérisé par la revalorisation des institutions démocratiques, le développement et le perfectionnement technique de la législation et l'expansion rapide de l'appareil étatique voué à la mise en œuvre de ce cadre normatif ?

L'insistance sur le caractère hiérarchisé de ce réseau de textes normatifs n'est pas moins remarquable. Le rappel de la situation de dépendance du règlement par rapport à la loi (AB : 570; SS : 92; GI : 13 et 275) oriente d'emblée la recherche de critères de répartition. Ceux-ci prennent, prévisiblement, la forme d'échelles, de gradations du « plus » au « moins », du « haut » vers le « bas », les qualités « nobles » ou positives étant associées à la loi et les traits plus « triviaux » ou inquiétants au règlement. Même l'approche plus horizontale de Garant et Issalys, qui partent d'un constat quant aux matières placées dans le domaine réglementaire par la pratique du législateur, n'échappe pas à cet a priori, puisqu'elle tend de diverses manières à circonscrire et préciser l'habilitation à faire des règlements. Tout au plus les trois groupes d'auteurs tempèrent-ils ce postulat d'aménagement hiérarchisé des règles par l'admission – désabusée ? – qu'un autre auteur de cette époque n'avait peut-être pas tort d'écrire :

S'il fut un temps où les domaines respectifs de la loi et du règlement étaient exclusifs, cette époque est maintenant révolue. Il ne subsiste plus entre ces espèces de normes qu'une différence formelle qui tient à leur situation respective dans la hiérarchie et au fait que la quasi-totalité des règlements tirent leur autorité d'une habilitation législative, (...) (Blache 1981 : 55).

### ***b. Le souci d'une démarcation nette du champ normatif juridique***

S'ils reconnaissent la fréquence de ce brouillage des rapports hiérarchiques entre loi et règlement, les trois groupes d'auteurs postulent, quand ils ne l'affirment pas nettement, l'existence d'une démarcation radicale entre les textes normatifs à valeur législative et d'autres textes à vocation normative. La frontière est alors pour eux, semble-t-il, celle qui sépare le droit du non-droit. Deux de ces trois groupes d'auteurs évoquent en effet l'existence de textes normatifs de portée générale issus de l'activité administrative et servant notamment à encadrer ou à guider l'exercice par l'administration publique de ses pouvoirs discrétionnaires de statuer sur des situations individualisées. Cette évocation du cas des normes administratives internes, regroupées par commodité sous le vocable « directives », conduit à les situer en principe au-delà de la frontière du droit, ou du moins à préconiser une démarcation plus nette de cette frontière en ce qui les concerne (SS : 97-98; GI : 47-60). Cette aspiration à la fermeture de l'ordre juridique procède encore de la représentation du droit comme un réseau hiérarchisé de textes reproduisant la forme et les effets de la loi. Dans la mesure où la directive prend sa source dans les impératifs et les préoccupations de la gestion bureaucratique, et qu'elle ne reproduit qu'imparfaitement la forme et les effets de la loi, elle ne pouvait qu'être refoulée vers le « bas » à

un niveau non seulement « infraréglementaire », mais même « infrajuridique ». La directive se trouvait ainsi pratiquement mise hors de cause dans la réflexion sur la répartition optimale des normes juridiques. Tout au plus pouvait-elle faire une brève apparition, une fois théorisée comme norme administrative (c'est-à-dire non juridique) strictement interne (c'est-à-dire formellement dénuée de tout effet contraignant sur les citoyens), pour recueillir le trop-plein des prescriptions réglementaires en matière de « régie interne » (GI : 267).

Il n'y a sans doute pas lieu de s'étonner de ce traitement de la directive par deux de ces trois études (celle d'Alarie et Boisvert n'y faisant aucune allusion). Les analyses proposées jusque là par la jurisprudence ne permettaient guère de tirer de conclusions claires quant aux conditions d'accession de la directive au statut de norme juridique. La diversité de forme et de contenu des documents englobés sous ce vocable, leur ressemblance voulue mais incomplète avec les actes proprement réglementaires, leur fonction souvent difficile à cerner, le fait que l'existence de certains d'entre eux ait à l'occasion trouvé un fondement dans une disposition de la loi, tout concourait à compliquer et peut-être à voiler la difficulté fondamentale. Celle-ci était essentiellement de savoir si, mis à part les rapports contractuels, l'action étatique pouvait emprunter des formes juridiques non réductibles aux modèles classiques de la loi et de la décision individuelle d'application, tous deux imprégnés par les idées d'unilatéralité, de commandement et de contrainte pénale.

Dans cette vision des choses, toute forme d'action étatique non susceptible d'être rapportée aux schémas clairs et familiers de la « loi » (imitée par le règlement), du « jugement » (imité par la décision administrative individualisée) ou du « contrat » (promu au rang des formes d'action étatique depuis l'avènement du libéralisme économique et politique), se voyait repoussée au-delà de la frontière du droit, dans une pénombre souvent considérée avec suspicion.

## **2. Des critères fragilisés par l'évolution du système juridique**

Posée dans un tel cadre conceptuel, la question de la répartition des normes de portée générale ne pouvait guère déborder l'alternative loi/règlement. Seuls ces deux types d'instruments juridiques paraissaient susceptibles d'accueillir des règles de portée générale auxquelles pût être reconnu l'effet de la normativité juridique. Sauf à sortir du champ de cette normativité, en renonçant dès lors aux garanties d'efficacité attribuées exclusivement au droit (impérativité et sanction pénale), la seule voie de dépassement de l'alternative passait par la création d'un « troisième niveau » de normes juridiques de portée générale. La directive, norme administrative interne, candidate manifeste à ce nouveau statut, se le voyait en général refuser - et se le voit toujours.

L'évolution de la technique juridique et de la conception du droit, déjà amorcée à l'époque de ces travaux mais bien plus sensible aujourd'hui, suggère cependant que le cadre de cette problématique doit être repensé. Au moins deux facteurs y incitent. D'une part, le constat que la frontière du « droit » n'est plus aussi nettement démarquée (a.); d'autre part, la généralisation de formes nouvelles d'action étatique, ou du moins d'emplois nouveaux des procédés classiques de cette action (b.).

### a. La porosité nouvelle de la normativité étatique

La représentation classique du droit sous-tendant les travaux des premières années 80 sur la répartition des règles entre loi et règlement était celle d'un droit exclusivement et « consubstantiellement » étatique : pas de droit, pas d'État, mais surtout : pas d'État, pas de droit. N'apparaît comme juridique, dans une telle représentation, que la norme produite ou du moins « authentifiée » par l'appareil d'État. Bien entendu, le modèle de référence de la norme produite par l'État est constitué par la loi. Le règlement ne fait qu'imiter ce modèle de manière imparfaite, sous la contrainte d'un certain nombre de limitations, malgré lesquelles la *Loi sur les règlements* confirme qu'il « a force de loi ». Statut manifestement enviable, puisque la Constitution elle-même décline son identité sur le mode de la loi, se disant la « loi suprême » de l'État. Le « droit » dont il est question dans les vocables « État de droit » ou « primauté du droit » apparaît exclusivement comme un droit d'État, dont la forme canonique est la loi.

L'univocité du droit, cependant, n'est plus aujourd'hui si assurée. En se développant comme il l'a fait sans relâche durant tout le XX<sup>e</sup> siècle, le réseau de cette normativité étatique s'est mis en présence d'autres réseaux normatifs, dans la société civile et le marché. Dans l'une ou l'autre de ces deux sphères, le droit étatique a dû définir ses rapports avec des réseaux normatifs parfois anciens (par ex. ceux des professions libérales, des milieux de commerçants et d'industriels, ou des associations ouvrières), parfois émergents (par ex. ceux de communautés scientifiques ou de « métiers » de toute nature), parfois déclinants (par ex. ceux des communautés confessionnelles).

En raison de sa légitimité politique et de son efficacité technique supérieures, le droit étatique a généralement été en mesure de dicter la forme de ces rapports (Noreau 1998 : 49-51). Souvent, la poussée vers la « juridicisation du social » (ou de l'économique) a entraîné l'intégration en bloc de ces réseaux normatifs dans celui de l'État: le processus ayant conduit à l'adoption du *Code des professions*, en 1973, est exemplaire de ce type d'évolution. L'étatisation de ces réseaux normatifs ne se fait pas sans risques. Certes, la norme étatique issue de ce processus d'absorption conserve une part de l'enracinement dont bénéficiait la norme spontanée à laquelle elle succède; mais au prix qu'implique le remplacement d'un ordre fondé à la fois sur l'intérêt et sur un partage de valeurs par un ordre imprégné d'impérativité et de contrainte (Bégin 1998 : 361-364; Crête 1998 : 147).

Ailleurs, le processus d'intégration prendra une forme plus nuancée, et c'est par fragments et par étapes qu'un ordre normatif issu de la société civile ou du marché s'incorporera, au terme d'un « trajet normatif » (Lajoie 1996 : 160), à la normativité étatique. Celle-ci vient alors, pour ses propres fins, prendre appui sur un élément du réseau normatif préexistant. Cet élément ne cesse pourtant pas de faire référence à son réseau d'origine. Les idées de cohérence interne, d'autosuffisance et d'« autoréférentialité » du droit étatique sont ainsi mises en échec, sur ce point précis de sa frontière. Les cas de référence aux « principes généralement reconnus [par une communauté professionnelle] » ont illustré la problématique qui surgit alors (Voir par exemple *Comité d'administration du régime de rentes pour les employés de la ville de Saint-Laurent c. Régie des rentes du Québec*, [1980] RP 16 (CS).) (Trudel 1989 : 283-285).

Ce n'est finalement que dans un petit nombre de ces interfaces entre le droit étatique et d'autres réseaux normatifs que le premier a choisi de reconnaître les seconds comme radicalement étrangers et, à ce titre, comme des « autonomes ». Le cas le plus patent est sans doute celui des réseaux fondés sur une communauté de pensée à caractère religieux. Encore cette catégorie est-elle comprise comme ne visant en général que les communautés ou religions « établies ». Avec elles, le droit étatique a noué un nombre limité de rapports de collaboration (état civil, pendant une longue période), de protection (liberté de croyance et d'exercice du culte) ou de police (préservation de l'ordre public). La plupart des autres réseaux normatifs demeurent presque entièrement à l'écart du droit. Cette quasi-invisibilité n'entraîne pas pour eux que les avantages de l'autonomie; elle comporte aussi les limitations inhérentes à leur caractère privé. D'où, par exemple, l'aspiration d'associations regroupant les praticiens d'un métier en émergence à se faire reconnaître par le droit étatique : ils voient dans cette reconnaissance la possibilité d'asseoir leur autorité normative sur l'exercice de ce métier. N'exister, même collectivement, qu'à titre d'*objet* de la normativité juridique issue de l'État est peu de chose; dans un contexte où l'État paraît seul en mesure de dispenser légitimité et effectivité, il importe à certains groupements d'accéder au statut de *sujet actif* dans la production de cette normativité étatique.

Ce contexte, cependant, paraît en voie de se dissoudre. De toutes parts s'affirment et se posent, dans un rapport plus ou moins distancié au droit étatique, des légitimités plus étroites, revendiquant l'effectivité de leur autonomie (au sens premier de ce terme). Entreprises; communautés d'appartenance locales ou régionales; liens associatifs fondés sur l'intérêt, les connaissances, les opinions ou les convictions, le métier ou le travail; réseaux d'échanges commerciaux ou intellectuels : autant de cadres dans lesquels s'exprime l'aspiration à un véritable pluralisme normatif. Sous des bannières très diverses - décentralisation, gestion de proximité, gestion participative, autogestion, autorégulation, responsabilisation, accession au pouvoir d'agir, et bien sûr allègement réglementaire - se déploie et se développe un mouvement de fond, qui remet en question la représentation du droit étatique comme système unitaire, hiérarchique et relativement autarcique.

Ce mouvement aux composantes certes hétéroclites, voire à l'occasion inconciliables, paraît en effet converger sur un point : le droit étatique doit trouver, dans ses rapports avec les réseaux normatifs que secrètent la société civile et l'économie, un moyen terme entre l'annexion et le refoulement. Ce moyen terme semble résider dans la notion de coordination, comprise ici comme co/ordination, ordonnancement conjoint. Le droit de l'État, indispensable notamment pour maîtriser la longue durée, gérer les risques et assurer les arbitrages, semble appelé à s'associer (on hésite à évoquer un « partenariat », tant le mot paraît galvaudé) à ces réseaux normatifs, porteurs aujourd'hui de leurs propres garanties de légitimité et d'effectivité. Les modalités de cette co/ordination restent en partie à définir; déjà cependant, les formes nouvelles qu'emprunte l'action étatique en laissent entrevoir une partie.

Cette tendance à l'ouverture des frontières de la normativité étatique exigera bientôt, et suggère déjà, de réviser les notions de non-droit et d'infra-droit, dont on a vu quel rôle elles ont joué dans la recherche de critères de répartition des règles entre loi et règlement. Dans cet espace élargi, les rapports entre le couple loi-règlement,

foyer central de cette normativité étatique, et les autres normes relevant du droit étatique, les rapports entre lui et les autres réseaux normatifs, et même les rapports au sein du couple loi-règlement, sont à définir sur des bases différentes. La représentation de ces rapports sur l'axe centre/périphérie/non-droit, ou sur l'axe normes supérieures/normes dérivées/infra-droit, ne peut pas rendre compte de la normativité plurielle mais coordonnée vers laquelle tend le mouvement qu'on vient d'évoquer en (a.). Ce mouvement est par ailleurs alimenté par une évolution observable à l'intérieur même du droit, dans les formes de l'action étatique.

### **b. L'infléchissement des formes juridiques de l'action étatique**

L'évolution du droit public économique pendant les années 1980 a été marquée, au Québec comme dans les autres États d'économie libérale, par l'influence de l'idée de « déréglementation ». Cette idée a été fréquemment traduite en termes de recul de l'encadrement étatique de l'activité privée et, corrélativement, de « retour » à la liberté « naturelle » du marché. Cette opposition entre l'État et le droit, d'une part, le marché et l'autonomie des acteurs économiques, d'autre part, s'est rapidement révélée un peu trop schématique (Macdonald 1985; Arnaud 1997). Il serait en effet excessif de considérer que la « déréglementation » a toujours comporté le passage d'un état de « réglementation » (au sens très englobant d'encadrement par diverses formes d'action étatique, dont la réglementation au sens strict) à un état de « non-réglementation ». Bien souvent, il s'est plutôt agi d'un déplacement partiel des instances de réglementation, le niveau global d'encadrement restant à peu près constant. Bien entendu, ce déplacement s'est en général opéré vers des instances privées, dont le pouvoir discrétionnaire n'est pas contraint par les exigences de la légalité administrative. Encore cette façon de décrire ce déplacement doit-elle être nuancée, dans la mesure où ces instances privées ont pu être plus ou moins intégrées ou associées à un appareil public de réglementation. Mais sans doute bien plus souvent encore, la « déréglementation » s'est plutôt traduite par la mise en œuvre d'une gamme élargie de procédés juridiques d'action étatique, assouplis ou combinés de manière inédite, avec parfois pour résultat global un élargissement des marges discrétionnaires et de l'administration publique et des acteurs privés soumis à la « réglementation ».

Cette évolution apparaît, pour une large part, comme le produit de l'infléchissement des formes juridiques classiques de l'action étatique. Un exemple prosaïque, mais éclairant, en est fourni par le dispositif mis en place en 1984 par la *Loi sur les permis de distribution de bière et de boissons gazeuses* (LQ 1984, c. 30). Dans sa teneur initiale, ce dispositif imposait pour certaines activités commerciales la possession d'un permis, qui ne pouvait être délivré par le ministre qu'à un commerçant partie à une entente conclue avec un autre ministre, cette entente devant comporter, outre éventuellement des stipulations négociées, un contenu prédéterminé par un règlement pris en vertu de la loi de 1984, celle-ci n'imposant par elle-même aucune obligation au commerçant sinon celles d'être titulaire d'un permis et de respecter les stipulations de l'entente. Une telle répartition des normes repose sur le brouillage des formes classiques de l'action étatique et de leurs catégories familières, fondées sur les distinctions unilatéral/bilatéral et général/individualisé (Issalys et Lemieux 1997 : 121-127). En effet, dans ce dispositif :

- l'action unilatérale de portée générale par la **loi** n'a qu'un contenu matériel très mince : prévision des éléments du dispositif (permis, entente, règlement), assujettissement au dispositif (par l'exigence du permis) et sanction pénale (visant cette exigence et le respect de l'entente);
- l'action unilatérale de portée générale par le **règlement** a un contenu matériel plus développé, mais qui n'est pas directement normateur, puisque le règlement ne fait qu'énoncer les « principes et limitations » devant être « appliqués dans le cadre d'une entente », sans toutefois épuiser le contenu de celle-ci;
- l'action bilatérale, de type contractuel, par l'**entente** se présente, en première analyse, comme l'élément clé du dispositif, et suggère que le législateur a privilégié la négociation avec les acteurs économiques privés pour encadrer leur activité; cette analyse est toutefois démentie par le fait que cette entente s'apparente dans une large mesure à un contrat d'adhésion, dont les termes essentiels sont prédéterminés par les « principes et limitations » qu'impose le règlement;
- l'action unilatérale d'individualisation de la norme se réduit à un acte de pure application, la délivrance du **permis**, celle-ci dépendant uniquement du fait que le requérant soit partie à une entente, et ayant essentiellement pour fonction d'assurer l'assujettissement au dispositif, puisque le permis est obligatoire sous peine de sanction pénale; l'absence de possibilité pour le ministre d'assujettir le permis à des conditions particulières à un requérant montre bien que le processus d'individualisation de la norme ne peut avoir lieu qu'à l'étape de la négociation de cette part du contenu de l'entente qui n'est pas prédéterminée par le règlement.

Au total, donc, la loi et le permis apparaissent ici comme des formes presque « vides », dans la mesure où leur contenu matériel est minimal, alors que le règlement ne devient opérant que par l'entremise de l'entente, et que celle-ci ne comporte en réalité qu'une faible part de consensualisme puisque son contenu est très largement d'origine réglementaire. Loi squelettique, règlement inopérant par lui-même, entente assimilable à un contrat d'adhésion, décision individuelle de pure forme : derrière ce complexe jeu de miroirs mettant en évidence l'image d'une « réglementation négociée » se dissimule, encore très largement présente, la réalité d'un encadrement étatique de type classique.

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont successivement confirmé la légalité de ce montage (*Nap. Malenfant c. Depatie*, J.E. 88-205 (CS) et [1993] RJQ 1043 (CA)). Elles ont notamment rejeté les arguments fondés sur l'imprécision du règlement en regard des exigences de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sur l'existence d'une subdélégation illégale de son pouvoir par le ministre délivrant le permis au profit de son collègue ayant négocié l'entente, sur l'absence de publicité de l'entente considérée comme partie intégrante du volet réglementaire du dispositif, et sur l'absence d'intervention du gouvernement, titulaire du pouvoir réglementaire, dans la mise en œuvre de l'entente considérée ici encore comme partie intégrante du règlement.

L'évolution ultérieure du dispositif mis en place par la loi de 1984 (devenue la *Loi sur la vente et la distribution de la bière et de boissons gazeuses dans des contenants*

à remplissage unique, LRQ c. V-5.001) n'est pas moins significative. Elle manifeste un certain retour à l'utilisation plus classique des formes d'action étatique. Ainsi, le contenu matériel de la loi et de la délivrance du permis a été quelque peu enrichi. En effet, le permis est désormais accessible par une autre voie que la conclusion d'une entente avec le ministre : il peut aussi être délivré à un distributeur qui se conforme au règlement pertinent pris en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*. On voit ainsi réapparaître, parallèlement au permis « négocié » institué en 1984, un permis de type classique fondé sur la conformité à des normes réglementaires. Par ailleurs, la loi énonce maintenant certaines obligations des détaillants, acteurs économiques non assujettis au dispositif principal, et assortit ces obligations de sanctions pénales. Sur un point technique précis (les mentions devant figurer sur les contenants), ces nouvelles dispositions font référence à l'entente et au règlement pris en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, ce qui confirme obliquement la valeur réglementaire de cette entente : elle est ici utilisée pour cerner le contenu d'une obligation imposée à des tiers. Il est significatif qu'on ait jugé nécessaire de revenir ici à la forme la plus autoritaire d'action étatique pour garantir l'efficacité d'un dispositif plus novateur.

Cet exemple fait apparaître les faiblesses, dans l'état actuel des choses, d'une recherche des critères de répartition des règles cantonnée à la loi et au règlement, formes classiques de l'action étatique. Il montre que si ces procédés autoritaires d'édiction de règles de portée générale n'ont pas été abandonnés, et si la loi en particulier reste l'indispensable source d'orientations, d'objectifs et de sanctions pénales, il faut aujourd'hui situer la fonction de ces deux types de normes dans des dispositifs et des stratégies plus englobantes, faisant appel à un registre étendu de procédés d'action étatique, à la fois diversifiés et complémentaires (Delpérée 1994 : 34-35). De plus, cet exemple illustre la visibilité particulière accordée, dans ces dispositifs et ces stratégies, aux procédés de type consensuel; en même temps, il montre assez que cette visibilité ne doit pas détourner l'attention du fait que l'encadrement des conduites demeure pour une bonne part, en réalité, encore autoritaire.

La mise en évidence du caractère consensuel de l'encadrement étatique s'explique aisément comme réponse au mouvement de remise en question, évoqué plus haut et dirigé contre le caractère unitaire, hiérarchique et autarcique du droit public contemporain. L'invocation du contrat, forme juridique primordiale d'une société fondée sur les principes du libéralisme, répond aux attentes d'une partie de ce mouvement. D'autres courants, au sein de ce mouvement, sont plutôt sensibles à l'introduction dans le droit étatique d'un souci de rechercher l'adhésion et le consensus. Des thèmes de revendication issus de ce mouvement, tels que la « contractualisation des normes » ou l'« élaboration participative des normes » tantôt convergent et s'entrecroisent, tantôt se concurrencent et s'opposent. Mais leur influence conjuguée se fait sentir dans l'ensemble du droit public, et pas seulement dans des secteurs comme le droit public économique ou le droit de l'environnement. Ainsi voit-on une fonction aussi typiquement régaliennne que l'assistance publique aux indigents évoluer de plus en plus nettement vers une relation formellement bilatérale, de type conventionnel, reposant sur un échange de contreparties; la récente *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale* (LQ 1998, c.36),

comparée à ses devancières de 1988, 1969 et 1921, est très révélatrice de cette « contractualisation » des interventions sociales de l'État (Noël 1996; Lafore 1996; Carney 1998). Parallèlement, on voit ces autres fonctions étatiques par excellence, l'élaboration de politiques et la direction de leur mise en œuvre, passer d'un mode rigoureusement unilatéral à un mode associant l'autorité politique, la société civile et les acteurs économiques dans un processus de concertation continue. La *Loi sur le ministère de l'Emploi et de la Solidarité et instituant la Commission des partenaires du marché du travail* (LQ 1997, c. 63) est exemplaire à cet égard. Elle est également représentative du recours aux procédés de type contractuel à l'intérieur même de l'appareil d'État, l'un des fruits de la concertation étant la conclusion d'une « entente de gestion », assortie d'un « plan d'action » également élaboré de concert, pour encadrer l'activité des services de première ligne du ministère, constitués en unité autonome de services.

Cette récurrence de modèles d'action consensuelle n'est qu'un aspect - sans doute l'un des plus significatifs - de cet infléchissement généralisé des formes juridiques de l'action étatique. Certes, la loi demeure la clé de voûte de ces constructions juridiques. Mais elle semble dépendre de plus en plus, pour remplir les « blancs » laissés dans son « message » normatif, de l'intervention non seulement du règlement, mais d'autres procédés d'action étatique, les uns de type unilatéral sous la forme de décisions discrétionnaires individualisées, les autres de type consensuel sous la forme de contrats, d'ententes ou de décisions concertées, voire même de l'intervention de systèmes normatifs non juridiques. La loi conduit toujours l'action étatique, mais elle le fait d'une manière moins immédiatement directive et moins autosuffisante. Quant aux procédés juridiques mis en œuvre pour prolonger (peut-être faut-il plutôt écrire : permettre) l'action de la loi, ils connaissent eux aussi d'importantes adaptations. À côté de règlements qui « réglementent » au sens convenu de ce terme, il en est d'autres qui ne fournissent qu'une assise à un encadrement négocié des conduites. À côté de rapports de type consensuel dans lesquels, malgré l'autorité et la puissance prépondérantes de l'État, subsiste une réelle marge de négociation, il en est d'autres dont la teneur est prédéterminée pour l'essentiel par la loi ou le règlement et dont seul l'habillage évoque un échange de consentements. À côté de pouvoirs de décision discrétionnaires nettement circonscrits par la loi, il en est d'autres en apparence bien plus étendus mais dont l'exercice est en fait confiné dans des limites beaucoup plus étroites par l'intervention de normes administratives. Ce brouillage et ce croisement des catégories à partir desquelles s'analyse l'action étatique, comme la porosité nouvelle de la démarcation entre le droit étatique et les autres formes de normativité, invitent à poser autrement le problème de la répartition des normes, notamment entre la loi, le règlement et la directive.

## **B** Vers une nouvelle position du problème

Le double constat d'une évolution favorable à la coordination du droit étatique et d'autres réseaux normatifs, et d'une fluidité nouvelle des formes juridiques de l'action étatique, indique dans quel sens il y a lieu de reprendre l'examen de la répartition des règles.

D'une part, ce constat suggère qu'il faut formuler ce problème de répartition sur une échelle plus étendue que ne le faisaient les travaux du début des années 1980, centrés exclusivement sur le couple loi-règlement. Si l'on veut dégager des critères de répartition des règles qui soient vraiment adaptés aux pratiques actuelles en matière d'encadrement des conduites, il convient de traiter les deux éléments de ce couple comme deux éléments d'un répertoire plus large de procédés d'action étatique (1.).

D'autre part, ce double constat jette un jour nouveau sur l'observation, formulée dans ces travaux antérieurs, quant au caractère empirique, contingent et souvent politique de la répartition des règles effectuée dans un domaine quelconque à un point donné dans le temps. Cette observation semble encore plus valable aujourd'hui compte tenu de l'évolution ultérieure des formes d'action étatique. L'infléchissement de celles-ci vers des emplois assez éloignés de leur fonction classique, et leur combinaison dans des rapports d'interdépendance complexe, suggèrent qu'aujourd'hui plus encore que naguère, le choix de répartir les règles entre les divers « supports » possibles dépend moins d'un jugement technique sur la convenance de telle ou telle forme de règles par rapport à la matière à traiter, qu'à un jugement sur la légitimité de l'emploi de tel ou tel instrument d'action par rapport au résultat visé. C'est donc en termes d'exigences de *justification*, sur le plan de la technique juridique, d'un choix parmi les formes d'action étatique que nous reformulerons le problème de la répartition des règles, avant de proposer une première mise à l'essai de ces nouveaux critères de répartition dans le contexte du CSR (2.).

### **1. Intégrer le couple loi-règlement dans un ensemble plus large**

Le premier pas, dans la démarche devant conduire à la reformulation des critères de répartition des règles, est peut-être celui qui coûte le plus : il exige en effet de prendre quelque distance par rapport à la représentation usuelle du droit comme ensemble hiérarchisé. Comme on l'a rappelé plus haut, les recherches menées au début des années 1980 avaient fait une large place à la dimension hiérarchique des rapports entre loi et règlement. Nous essaierons au contraire ici de placer sur le même plan la loi et les autres procédés d'action étatique : règlement, acte à caractère consensuel, norme administrative régularisant l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, individualisation discrétionnaire d'une norme législative, et toutes les variantes et combinaisons de formes.

Ce glissement de perspective heurte sans doute notre sentiment de la prééminence de la loi. En s'y prêtant pour un moment, cependant, on ne fait que se rendre

à la réalité : dans la pratique des gouvernements, la loi n'est qu'un des instruments parmi d'autres, juridiques ou non, par lesquels on peut envisager de traiter une question, d'atteindre un objectif, d'accomplir les tâches que suppose la poursuite de cet objectif. Vu sous cet angle, le problème de la répartition des règles peut être formulé comme une répartition de tâches, et non plus comme une répartition de matières (a.). Les différentes modalités juridiques de l'action étatique se présentent alors comme autant d'instruments, à priori tous susceptibles d'être affectés à ces tâches (b.).

### **a. Répartir des tâches plutôt que des matières**

Les recherches antérieures sur la répartition des règles, particulièrement celles d'Alarie et Boisvert et de Garant et Issalys, ont abouti, en substance, à des propositions du type : « La matière X devrait être traitée dans la loi », « La matière Z devrait normalement l'être dans le règlement », etc. Cela tient au fait que ces auteurs abordaient le problème en se référant à la pratique habituelle en matière d'habilitations à réglementer : celles-ci consistent en effet le plus souvent à conférer le pouvoir de prendre des règlements sur une matière ou un objet décrits avec une certaine précision. La faiblesse de cette approche est qu'elle considère la technique rédactionnelle utilisée pour répartir les règles (l'attribution d'un domaine matériel de compétence à l'autorité réglementaire) comme l'expression de la manière dont le problème de répartition des règles se pose véritablement au départ.

Or, en réalité, le problème de répartition des règles ne se pose pas sous la forme suivante : « Étant donné le contenu normatif A, celui-ci relève-t-il du domaine de compétence invariablement ou généralement attribué à une autorité réglementaire, ou de celui invariablement ou généralement attribué au législateur ? » Contrairement à ce que laissent penser les conclusions de ces travaux, il ne s'agit pas en réalité de répartir des règles entre deux sources possibles, comme on peut le faire lorsqu'on s'interroge sur le rattachement d'une règle à l'un des champs de compétence législative créés par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le problème se pose plutôt sous la forme suivante : « Étant donné le contenu normatif A, quelle forme juridique est-on le mieux justifié de lui donner, compte tenu de la tâche qu'il s'agit d'accomplir et des valeurs, principes, contraintes et contingences qu'elle fait intervenir ? »

Ce n'est que sous une telle formulation que le problème de la répartition des règles reçoit toujours une solution conforme. Quelle que soit en effet la forme retenue dans un cas donné (loi, règlement ou autre), on devra conclure qu'en l'occurrence les concepteurs de la règle ont jugé que c'est cette forme qu'ils étaient le mieux justifiés de lui donner. On pourra certes critiquer la manière dont ils ont appliqué ce critère de répartition, mais du moins est-il certain que c'est bien ce critère qu'ils auront appliqué.

Au contraire, si l'on formule le critère de répartition des règles en termes de domaines « naturels » de compétence rattachables à telle ou telle forme juridique, non seulement est-on conduit à constater l'existence d'une vaste zone grise, où l'attribution d'une matière à un domaine de compétence ou à l'autre demeure incertaine et facultative, mais encore est-on forcé d'admettre qu'après tout, le législateur fait bien ce qu'il veut, et s'écarte souvent de la répartition proposée par les auteurs, même dans des matières à leur avis clairement rattachables à un domaine

plutôt qu'à l'autre. On ne peut qu'en conclure, comme le font d'ailleurs les auteurs avec réalisme, que les critères proposés par eux, malgré la cohérence et l'élégance de leur conception, n'ont qu'une assez faible valeur explicative ou prédictive en regard de la pratique.

La recherche de critères plus opérants doit, semble-t-il, partir de l'idée que le choix d'une forme juridique (ou, éventuellement, non juridique) répond avant tout à l'impératif d'adaptation de cette règle à la tâche qu'elle vise à accomplir, et à la nécessité de justifier rationnellement ce choix. Ces critères refléteront ainsi le fait que ce choix est une opération à visée essentiellement pragmatique, mais qui repose sur un certain nombre de principes de justification.

#### **b. Affecter à ces tâches un ensemble d'instruments juridiques**

Aborder ainsi le problème de la répartition des règles à partir des tâches à accomplir (par ex. vérifier la compétence des conducteurs de véhicules routiers; assurer le suivi des véhicules routiers acquis par un recycleur et des pièces qui en sont détachées; récupérer en vue de les recycler les contenants utilisés dans le commerce de la bière; etc.) conduit à envisager l'ensemble des diverses formes d'action étatique comme autant d'instruments susceptibles d'être affectés, et au besoin adaptés, à ces tâches. À priori, le choix d'une forme plutôt que d'une autre pour une règle est indifférent; aucune des formes n'est exclue à priori de la gamme des choix possibles. Une forme ne se recommandera plutôt qu'une autre que si son utilisation se justifie mieux que celle de l'autre, compte tenu de la tâche à accomplir, par rapport à un certain nombre de principes.

Il ne s'agit donc plus de se demander si le contenu normatif envisagé est conciliable avec les traits caractéristiques de telle ou telle forme d'action étatique. Il est manifeste que ces traits n'ont plus la fixité qu'on leur attribuait naguère. Les formes les plus typées ont acquis une malléabilité qui invalide toute tentative de lier nécessairement tel type de contenu à telle forme d'énonciation. La préoccupation des concepteurs de règles doit donc être plutôt, dans ce nouvel état des pratiques, de justifier rationnellement, par référence à certains principes, la préférence accordée à une modalité d'encadrement des conduites jugée nécessaire ou utile à l'accomplissement de la tâche. Il s'agit donc, en définitive, de rechercher la *convenance fonctionnelle* de cette modalité d'action étatique, c'est-à-dire un degré supérieur d'adaptation à sa fonction, tel qu'on peut en juger à partir de certains principes applicables à toute forme d'action étatique. Il ne s'agit *plus* de rechercher la *convenance formelle* de la norme à créer, c'est-à-dire sa conformité aux caractéristiques attribuées à la forme d'action étatique qu'on envisage de lui donner.

Cette approche, reconnaissons-le de nouveau, peut paraître déroutante dans la mesure où elle ignore - provisoirement - les différences qu'instaure entre les différents procédés d'action étatique leur situation respective dans la représentation hiérarchisée du droit. L'exposé des considérations à partir desquelles peut se justifier le choix d'une modalité d'action étatique de préférence aux autres va permettre de dissiper cette impression d'« aplatissement » et de réintroduire dans le traitement du problème de répartition des règles les rapports de prépondérance et d'antériorité liés à la structure hiérarchique du droit.

## **2. Préserver les exigences de justification des formes d'action étatique**

Il devient donc nécessaire de formuler un certain nombre de principes de justification des formes d'action étatique. Ces principes seront autant de critères de justification rationnelle, d'après lesquels pourront être évaluées et comparées les différentes formes d'action étatique envisageables pour donner corps à une règle encadrant les conduites. Au terme d'une telle évaluation, préférence devrait être accordée à la forme d'action étatique qui, compte tenu de la tâche à accomplir, se justifie le mieux en regard de l'ensemble des critères pertinents.

Si par exemple, visant à accroître la sécurité des occupants des véhicules routiers, on se propose de généraliser l'installation (coûteuse) et l'usage (peu convivial) d'un dispositif quelconque dans les véhicules, le choix d'une forme d'action étatique à cet effet (loi, règlement, appréciation discrétionnaire sur la base de normes administratives, subvention aux constructeurs de véhicules, activités de persuasion ou d'incitation dirigées vers l'association des constructeurs, ou vers le public automobiliste et les associations qui le regroupent, etc.) dépendra de la valeur globale des justifications qu'il est possible de donner à chacun des choix possibles, sur la base de cette série de critères. Ainsi, un choix fortement justifiable selon l'un des critères de légitimation (par ex. l'économie de moyens dans l'action étatique) pourrait être peu défendable selon un autre critère (par ex. la transparence de l'action étatique). Le choix optimal sera celui qui se justifie le mieux selon l'ensemble des critères pertinents.

On entrevoit déjà qu'il s'agit de faire reposer la répartition des règles sur la pondération d'un certain nombre de valeurs éventuellement concurrentes. C'est précisément en cela que les critères de répartition que nous allons maintenant formuler nous paraissent plus opérants que ceux dégagés par les travaux antérieurs. Plutôt que de guider le choix par une référence à des catégories juridiques aux contours flous et mouvants, il semble préférable de l'asseoir sur l'idée que l'action étatique, dans la forme qu'on choisit de lui donner, doit pouvoir se fonder sur la meilleure justification possible en regard d'un nombre limité de valeurs fondamentales. Nous inspirant en partie des propositions de Robert Baldwin (Baldwin 1995 : 33-58) et de Margot Priest (Priest 1998 : 274-283), nous formulerons d'abord cinq critères de justification des formes d'action étatique, susceptibles de guider la répartition des règles (a.). Nous en montrerons ensuite quelques applications possibles à la solution de problèmes de répartition soulevés par le CSR et ses règlements d'application, en les comparant sur ce plan aux critères de répartition actuellement reçus (b.).

### **a. Cinq critères de justification des formes d'action étatique**

Robert Baldwin, dans *Rules and Government*, ouvrage qui synthétise et prolonge ses travaux antérieurs portant notamment sur l'encadrement du pouvoir discrétionnaire par la directive, examine les possibilités de justifier rationnellement le choix de traiter une situation donnée par une action étatique soit sous forme de règles, et d'un type particulier de règles, soit sous forme de décisions discrétionnaires.

Ainsi formulée, la problématique de l'ouvrage est un peu plus étroite que celle que nous avons développée ici. Il nous apparaît néanmoins que certains des critères de légitimation qu'il énonce (*legislative mandate, accountability, fairness, expertise, efficiency*), et qu'il applique notamment au choix entre la norme réglementaire et la norme administrative, sont susceptibles de servir à la justification du choix de toute forme d'action étatique. La transposition partielle que nous en faisons a nécessité certaines adaptations, essentiellement celles qu'imposait l'état du droit québécois (par ex. l'existence de la *Loi sur les règlements*).

Margot Priest, dans sa récente étude des dispositifs d'autorégulation, utilise une méthode assez semblable pour comparer entre eux ces dispositifs et pondérer leurs avantages et inconvénients respectifs. Comme Baldwin, elle fonde cette pondération comparative sur un ensemble de critères (*efficiency, effectiveness, openness, fairness, accountability*). L'application combinée de ces critères lui permet de déterminer dans quelles conditions un dispositif d'autorégulation peut correspondre de manière optimale à l'intérêt public. Bien que ces critères ne recoupent qu'en partie ceux proposés par Baldwin, le parallélisme dans la démarche des deux auteurs semble confirmer la fécondité d'une approche faisant appel, pour guider le choix entre des formes d'encadrement des conduites, aux valeurs élémentaires propres à un ordre juridique démocratique.

Dans la reformulation que nous en proposons, les cinq critères à partir desquels devrait être choisie la forme d'action étatique globalement la mieux justifiée sont les suivants : le critère de **maîtrise politique**, le critère de **qualité de l'espace public**, le critère de **équité**, le critère de **compétence technique** et le critère de **économie de moyens**. Il s'agit là, on le verra, d'un ensemble de valeurs susceptibles de recueillir une large adhésion et d'après lesquelles on s'accorde généralement à juger de la qualité juridique des règles qui, dans une société démocratique, encadrent l'action étatique. Certes, d'autres valeurs pourraient être prises en considération et fonder des critères de justification supplémentaires (par ex. le critère de la valeur morale, ou celui de l'autonomie individuelle). Mais il paraît probable que ces critères, qui concernent la substance de la règle plutôt que sa qualité en tant que règle, ne feraient pas consensus au même degré, et ne seraient donc pas en mesure de fonder un débat significatif sur la justification du choix d'une forme d'action étatique.

Le critère de **maîtrise politique** peut être formulé dans les termes suivants. Il repose sur le principe élémentaire de notre conception de l'État et du droit, selon lequel toute action étatique doit, en dernière analyse, être impulsée par les choix et la volonté de l'instance politique. Le foyer de cette instance politique, dans un système de démocratie représentative, est constitué par le Parlement. Le gouvernement, animateur et collaborateur du Parlement, peut être englobé dans cette instance dans la mesure de sa responsabilité devant le Parlement, mais la maîtrise exercée par le gouvernement ou les ministres ne répond pas au même degré que celle qu'exerce le Parlement lui-même à l'exigence justificative que comporte ce critère. La valeur sous-jacente à ce critère est la liberté collective d'une société qui se gouverne elle-même, par la médiation de ses représentants. L'exigence de maîtrise politique est d'autant plus pressante que sont significatifs les enjeux sociaux et individuels de l'action étatique envisagée.

Selon ce critère, sera donc le mieux justifié le choix de la forme d'action étatique qui soumet cette action à un niveau de maîtrise politique approprié, compte tenu de la tâche qu'il s'agit d'accomplir. Si par exemple cette tâche paraissait susceptible d'exécution 1° au moyen d'une loi encadrant les conduites par un ensemble de pouvoirs, de droits, d'obligations et de sanctions, 2° au moyen d'une loi créant une incitation sous la forme d'une dépense fiscale ou 3° au moyen d'un programme de subventions discrétionnaires accordées par un ministre sur la base d'une affectation de crédits, le critère de maîtrise politique conduirait en principe à préférer l'une des deux premières formes d'intervention, puisqu'elles impliquent une maîtrise plus affirmée du contenu de l'action étatique par l'instance politique suprême. Le choix entre ces deux formes serait vraisemblablement déterminé par l'application d'autres critères, par exemple le critère d'économie de moyens. La troisième forme d'intervention envisageable pourrait toutefois présenter elle aussi une légitimité suffisante si les enjeux de cette action étatique n'exigent pas que sa maîtrise politique soit assurée au plus haut niveau.

Toutes choses étant égales sous le rapport des autres critères, le critère de maîtrise politique justifie donc de préférer les formes d'action étatique sur le contenu desquelles le Parlement exerce un contrôle, de préférence direct (par l'énonciation précise et récurrente d'un contenu matériel dans la loi), ou à la rigueur indirect (par l'affectation de crédits ou l'exercice d'un droit de regard ou de censure significatif sur des formes d'action du gouvernement ou des ministres).

Le second critère de justification fait appel à la notion d'**espace public**. Il repose sur l'idée que la réalisation effective d'un ordre juridique démocratique nécessite le maintien, entre l'appareil d'État et la sphère privée, d'un espace public, c'est-à-dire d'un ensemble de « lieux » où peuvent se développer l'exercice de la *participation* civique, la *communication* entre dirigeants et citoyens, le *débat* sur les objectifs et les moyens de l'action étatique, l'*imputabilité* des titulaires de pouvoirs étatiques et l'*évaluation* des résultats de l'action étatique. Bien que l'aménagement de cet espace public ne relève pas uniquement du droit, celui-ci doit contribuer à le constituer et à le maintenir en état de fonctionnement.

Notre conception de l'État et du droit implique en effet leur légitimation, non seulement à travers les institutions classiques de la démocratie représentative (Parlement élu, gouvernement responsable, « représentativité » suffisante du Pouvoir juridictionnel, autonomie relative des collectivités locales), mais aussi par l'existence d'une communauté politique dynamique, au sein de laquelle les objectifs collectifs exprimés notamment par le droit sont constamment soumis à la discussion et à un processus d'élaboration argumentée entre les individus et les groupes sociaux, et les résultats collectifs constamment soumis à la critique et à l'évaluation par les individus et les groupes (Bari 1992 : 303-308).

Des cinq fonctions de l'espace public évoquées à l'instant (participation, communication, débat, imputabilité, évaluation), l'imputabilité est celle dont le droit s'est le plus préoccupé jusqu'ici. En effet, le principe de surveillance continue des titulaires de pouvoirs étatiques est une donnée ancienne de notre droit public. Toute action étatique doit rester en permanence comptable d'elle-même, non seulement devant le Parlement qui lui donne l'impulsion, mais devant des instances

d'examen, de critique et de contrôle au sein de l'appareil d'État et devant la collectivité des citoyens. Notre conception de l'État et du droit implique en effet que les responsables d'une action étatique restent soumis à une série de contrôles sous différents angles : la conformité de cette action aux orientations données par l'instance politique, le respect du droit, l'équité, la rigueur comptable et financière, ou les exigences d'une « bonne administration ». Le Parlement et ses commissions, le gouvernement, les services juridiques de l'administration publique, les tribunaux, les organismes de protection des droits fondamentaux, le Protecteur du citoyen, le vérificateur général, les instances de recours au sein de l'administration publique, certaines commissions d'enquête participent tous de ce vaste appareil de contrôle.

Plus largement, cette imputabilité des titulaires de pouvoirs implique aussi l'ouverture de l'action étatique à l'examen, à la critique et au contrôle exercés par les citoyens et les médias. C'est ici que l'exigence d'imputabilité rejoint les quatre autres fonctions de l'espace public, relativement négligées jusqu'ici dans l'aménagement juridique de l'action étatique. Les exigences de la participation civique, de la communication politique, du débat social et de l'évaluation doivent pourtant, elles aussi, être prises en considération dans le choix des formes d'action étatique.

L'un des aspects de la remise en cause du caractère unitaire, hiérarchique et autosuffisant du droit étatique, évoquée plus haut, est en effet l'aspiration à l'ouverture, dans le système juridique et à son pourtour, d'un réseau de lieux de participation, de communication, de débat et d'évaluation. La légitimité du choix d'une forme pour une action étatique quelconque va dépendre en partie, désormais, de la mesure dans laquelle il fait la part de cette revendication. Depuis une trentaine d'années, d'ailleurs, différentes branches de notre droit public ont reconnu cet impératif de légitimation : le droit de l'aménagement, de l'environnement, de la santé et des services sociaux notamment, ont introduit dans le déroulement de l'action publique des phases et des instances ouvrant un espace public de délibération et de concertation. De nombreux autres terrains d'action étatique (emploi, solidarité sociale, énergie, éducation, répression et traitement de la délinquance, développement régional et local, etc.) appellent – et pour certains, commencent déjà à connaître – l'expérimentation de modalités nouvelles de formulation, de mise en œuvre et d'évaluation des politiques d'intérêt public. Le souci de légitimation converge ici avec le souci d'efficacité : l'adhésion des citoyens, dégagée dans l'espace public, conditionne l'une et l'autre.

La valeur sous-jacente à ce critère de qualité de l'espace public est en dernière analyse l'engagement civique. « Façon de vivre » caractéristique d'un système politique et juridique fondé sur la démocratie, cet engagement concerne à la fois le citoyen et le titulaire d'une fonction étatique. Il en découle, pour le premier, un droit et une obligation morale de veiller, personnellement et par des mandataires, à la gestion des affaires de la cité, et pour le second, en contrepartie des pouvoirs dont il est investi, une double obligation de faciliter l'exercice du droit des citoyens et de leur rendre des comptes quant à cette gestion.

Selon ce critère, sera donc le mieux justifié le choix de la forme d'action étatique qui soumet cette action à des exigences de transparence, à des procédures de délibération et à des possibilités de contrôle suffisantes, compte tenu toujours de la tâche qu'il s'agit d'accomplir. Par exemple, à ne considérer que ce critère, le règle-

ment devra normalement être préféré à la directive comme forme d'énonciation d'une règle. Les garanties de contrôle interne, de publicité, de consultation du public, apportées notamment par la *Loi sur les règlements*, les possibilités de contrôle de constitutionnalité et de légalité par le pouvoir judiciaire, assujettissent le processus réglementaire à des exigences de transparence, y introduisent au moins formellement un espace de discussion, et imposent aux titulaires du pouvoir réglementaire diverses formes d'imputabilité. Par conséquent, on peut estimer que l'action étatique sous forme réglementaire contribue, au moins depuis 1985, à la qualité de l'espace public. En revanche, sauf exception, la directive, en tant que norme administrative interne, n'est pas soumise à de telles exigences de transparence et de délibération publique dans son élaboration, et sa mise au jour dépendra souvent de l'exercice par les citoyens des droits à la communication que leur confèrent la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* ou la *Loi sur la justice administrative*. Quant aux possibilités de contrôle de l'action étatique sous forme de directive, elles sont assez limitées, en raison notamment du refoulement de la directive hors du champ juridique : c'est surtout en aval, à travers ses effets sur les décisions individualisées, que la directive pourra devenir justiciable d'instances de contrôle telles que les tribunaux ou le Protecteur du citoyen. Rien n'interdit de penser, cependant, que la pratique de la directive en vienne un jour à comporter des éléments de participation, de communication, de débat, de contrôle et d'évaluation. Si tel était le cas, le critère de qualité de l'espace public pourrait contribuer à justifier, dans certains domaines, le choix de cette forme d'action étatique.

Le troisième critère de justification des formes d'action étatique met en jeu un ensemble de considérations que l'on peut rattacher à la notion d'équité. Le principe qu'exprime ce critère est, lui aussi, au cœur de notre conception du droit et de l'État : toute action étatique doit traiter avec respect les personnes qu'elle atteint, leurs droits et intérêts. Dans le sens dont il s'agit ici, l'équité doit s'entendre comme un principe processuel, concernant la manière dont agit l'État, par opposition à la matière objet de son action ou au résultat de celle-ci. La valeur sous-jacente est évidemment la justice, entendue ici comme inconciliable avec le traitement arbitraire et donc imprévisible des situations, et comme exigence de régularité, de transparence et de prise en considération manifeste du point de vue, des droits et des intérêts de ceux qu'atteint l'action étatique. Cet aspect de la justification de l'action étatique, et de la forme qu'on choisit de donner à cette action, est évidemment celui sur lequel le juriste est porté à insister. Selon le critère d'équité, sera le mieux justifié le choix de la forme d'action étatique qui se prête le mieux à la prise en considération préalable des intérêts susceptibles d'être atteints, de préférence sous la forme d'un processus régularisé de publicité, de consultation, éventuellement d'audition des intéressés et de délibération. Cette recherche d'équité à l'échelle individuelle fera par exemple préférer une forme d'action étatique donnant lieu à l'application de la *Loi sur la justice administrative* à une loi laissant peu de place à l'individualisation des actes d'application, ou encore à une action sous une forme contractuelle étroitement encadrée par des règlements.

Les formes d'action étatique comportant un degré élevé d'individualisation seront donc a priori préférables, sous l'angle de ce critère, pourvu que la part d'appréciation discrétionnaire qu'elles comportent sur le *fond* n'y réintroduise pas

une trop grande part de cette imprévisibilité que la régularisation du *processus* tend au contraire à éliminer. La préférence accordée à l'action individualisable ne saurait cependant prendre un caractère systématique. Dans de nombreux cas, au contraire, la considération des exigences de l'équité par rapport à la tâche qu'il s'agit d'accomplir incitera plutôt à préférer la forme d'action étatique comportant un degré élevé d'uniformité dans le traitement des situations. L'exigence d'équité processuelle se résoud alors largement en un souci d'appréhension exacte de la situation individuelle par le décideur. La possibilité que le critère d'équité pointe, selon les hypothèses, dans des directions opposées, ne doit pas surprendre. L'idée de justice recouvre toujours une tension entre le pôle de l'uniformité rigoureuse, de l'égalité parfaite de tous devant le droit, et le pôle de la pesée minutieuse, de la sensibilité complète à la validité des prétentions de chacun. Selon le contexte, l'attraction prépondérante se déplace vers un pôle ou l'autre.

Le quatrième critère permettant d'apprécier le degré de justification rationnelle d'une forme d'action étatique est celui de la **compétence technique**. Il repose sur le principe d'adéquation de l'action étatique aux réalités, souvent complexes, sur lesquelles elle s'exerce. Le développement et la spécialisation des savoirs astreignent l'État à légitimer son action non seulement par le jugement politique, mais aussi par l'expertise technique. La valeur sous-jacente à cette exigence est le savoir humain, entendu essentiellement comme savoir constitué en science et attribué à cet indispensable collaborateur qu'est devenu, pour l'action étatique, l'expert. L'application de ce critère, lorsque la nature de la tâche qu'il s'agit d'accomplir fait appel à des connaissances spécialisées, conduira à préférer une forme d'action étatique qui laisse une place suffisante à l'intervention, éventuellement décisive, d'experts investis de la compétence technique appropriée. Certains organes de l'État, notamment ceux relevant du Pouvoir exécutif, sont eux-mêmes dépositaires d'une part importante des savoirs spécialisés, qu'il s'agit de mettre à contribution en fonction des besoins de l'action étatique. Le critère de compétence technique valorisera cependant les formes d'action étatique permettant l'accumulation et la confrontation d'expertises techniques - valorisation qui n'est elle-même qu'une application des règles en usage dans les communautés scientifiques, mais qui introduit toutefois dans l'action étatique l'indécidabilité découlant des conflits d'expertises et de savoirs.

Le cinquième et dernier critère de justification des formes d'action étatique, l'**économie de moyens**, paraît aller de soi mais soulève sans doute les plus grandes difficultés de mise en œuvre. On peut y discerner au moins deux niveaux de signification. Dans son sens le plus large, ce critère pourrait traduire le principe selon lequel l'action étatique doit tendre à l'exécution la plus complète possible des tâches qui lui sont assignées, par le meilleur emploi possible des ressources dont disposent non seulement l'État, mais l'économie et la société civile. La difficulté d'apprécier, sur le court et le long terme, l'emploi des moyens se complique du fait que l'action étatique poursuit, de manière concomitante, l'exécution de tâches très différentes, dont elle doit concilier les objectifs et les modalités de réalisation. Dans une acception un peu plus restreinte, plus proche peut-être de la problématique du choix entre les formes d'action étatique, le critère d'économie de moyens tend à privilégier, à efficacité égale sur le plan des résultats, les formes dont l'emploi est globalement le plus simple et le moins coûteux. Le domaine des prestations sociales a fréquemment

posé une alternative dans laquelle ce critère est particulièrement pertinent. En effet, on peut hésiter entre, d'une part, une réglementation complexe et détaillée du droit à des prestations, impliquant un appareil administratif et un processus décisionnel onéreux, mais produisant une forte proportion de décisions « correctes », aisément vérifiables, au regard des objectifs visés, et d'autre part, une forme d'encadrement dont la mise en œuvre est à la fois simple et économique, mais dont l'application conduit à une forte proportion de résultats « incorrects » qu'on ne pourra ensuite chercher à rectifier qu'à un coût élevé pour l'État, l'économie ou la société civile (Mashaw 1980).

Quelle que soit l'acception retenue, la valeur sous-jacente à ce critère est sans doute l'économie au sens d'emploi avisé des ressources au service des objectifs que l'on poursuit. La justification du choix d'une forme d'action étatique à partir de cette valeur implique, cependant, de comparer des hypothèses quant aux résultats que produirait, sur le plan de l'exécution effective de la tâche assignée à l'action étatique, le recours à chacune des formes envisagées. Elle exige aussi, en toute rigueur, de tenir compte des répercussions qu'auraient ces résultats hypothétiques sur l'efficacité d'autres actions étatiques.

Ainsi, le choix d'une forme d'action étatique juridiquement contraignante et comportant pour l'État des coûts de mise en œuvre relativement moins élevés, et donc à ce double titre en apparence hautement justifiable selon le critère d'économie de moyens, peut se révéler au contraire difficilement justifiable dès lors qu'on constate que ce choix entraîne une déperdition de ressources : par exemple, en raison d'une incohérence par rapport à l'action étatique dans l'exécution d'autres tâches, ou en raison des coûts (chiffrables ou non - mais cela seul est déjà matière à débat) que la forme d'action étatique choisie contraint les acteurs économiques ou la société civile à assumer.

En dernier ressort, le critère d'économie de moyens devrait, à coût égal et sous réserve de l'application des autres critères de justification, entraîner un préjugé favorable à la simplicité dans le choix des formes d'action étatique. Outre les avantages opérationnels que comportent des règles matérielles et processuelles simplifiées pour l'administration publique, on ne doit pas méconnaître l'intérêt que présente pour les citoyens un accès plus facile à la règle grâce à son intelligibilité plus immédiate.

Cet ensemble de critères, permettant d'apprécier et de comparer le degré de justification rationnelle du choix de telle ou telle forme d'action étatique, n'est manifestement pas d'un maniement simple. Comme les critères de répartition des règles proposés par Alarie et Boisvert ou Sparer et Schwab, il fait appel à la technique de l'« échelle », grâce à laquelle il peut comprendre une plus grande diversité de situations et nuancer plus finement les appréciations. Comme eux aussi, il implique la combinaison de plusieurs échelles d'appréciation, ce qui accroît sa complexité et peut-être l'imprévisibilité des résultats de son application, mais augmente par ailleurs la probabilité d'un résultat optimal, tenant compte de toutes les données de la situation et des principales valeurs en présence.

C'est dire que l'application de cet ensemble de critères au choix entre loi, règlement et directive (ou éventuellement, parmi une gamme plus étendue de formes d'action étatique) pour traiter une situation donnée renvoie, en dernière

analyse, à une pondération entre les exigences d'une série de valeurs. L'attraction exercée sur ce choix par chacune de ces valeurs sera en proportion de ce qu'elle est mise en cause par la situation à traiter. Par exemple, face à une situation de risque pour la santé et la sécurité d'un large public, le choix d'une modalité d'intervention devrait se faire à partir d'une médiation entre, primordialement, les exigences de la compétence technique et celles de la qualité de l'espace public (Fraiberg et Trebilcock 1998).

Par ses qualités d'adéquation et d'adaptabilité aux situations concrètes, cet ensemble de critères semble l'emporter sur celles que présentait l'approche, simplifiée mais par là même imprécise, consistant à répartir les règles en fonction des matières dont elles traitent, sans référence au contexte dans lesquels elles interviennent.

La mise à l'essai de ces critères, à propos d'un certain nombre de dispositions figurant actuellement dans le CSR et ses règlements d'application, permettra de vérifier leur caractère opérant.

## CINQ CRITÈRES DE JUSTIFICATION DES FORMES D'ACTION ÉTATIQUE

### • Maîtrise politique

*Principe* : L'action étatique doit être impulsée par l'instance politique

*Valeur* : Liberté collective par l'autogouvernement

*Préférence* : Formes qui ménagent un contrôle effectif, direct ou indirect, par le Parlement

### • Qualité de l'espace public

*Principe* : L'action étatique doit être l'objet de délibération et de contrôle par les citoyens.

*Valeur* : Engagement civique

*Préférence* : Formes qui favorisent la participation, la communication, le débat, l'imputabilité et l'évaluation dans un espace public

### • Équité

*Principe* : L'action étatique doit traiter avec respect les personnes, droits et intérêts qu'elle atteint.

*Valeur* : Justice processuelle

*Préférence* : Formes qui se prêtent à l'individualisation de l'action selon un processus régularisé

### • Compétence technique

*Principe* : L'action étatique doit être adéquate aux réalités.

*Valeur* : Savoir, notamment scientifique

*Préférence* : Formes qui permettent l'accumulation et la confrontation de l'expertise

### • Économie de moyens

*Principe* : L'action étatique doit poursuivre ses objectifs par le meilleur emploi des moyens de l'État, de l'économie et de la société civile.

*Valeur* : Emploi optimal des ressources

*Préférence* : Formes qui minimisent les coûts et la déperdition des ressources et privilégient la simplicité

**b. Critères anciens, critères nouveaux :**  
**leur application au Code de la sécurité routière**

On se propose ici de montrer comment pourraient être mis en œuvre les cinq critères de justification qui viennent d'être énoncés. Le terrain d'application nous est fourni par une série de questions concernant la localisation de diverses règles formulées dans le CSR et sa réglementation d'application. Ces questions se présentent comme autant d'alternatives opposant, à propos de la localisation d'une règle donnée, tantôt le CSR et un règlement, tantôt un règlement et une norme administrative du type directive. Au total, donc, la gamme de choix entre les formes d'action étatique n'englobe ici que trois possibilités : la loi, le règlement, la directive. On se bornera effectivement à n'envisager ici que ces trois hypothèses.

Le problème se pose donc de la façon suivante. Étant donné la tâche qu'il s'agit d'accomplir au moyen de la règle X, quelle forme d'action étatique (parmi les trois possibilités retenues ici) se justifie le mieux, en regard des critères de maîtrise politique, de qualité de l'espace public, d'équité, de compétence technique et d'économie de moyens ? La solution ne peut être que la résultante d'une pondération des réponses aux cinq questions suivantes (voir le tableau ci-joint).

- 1° Dans quelle mesure la nature de la tâche à accomplir exige-t-elle que l'action étatique soit le fait du Parlement lui-même, ou du moins soit directement et effectivement contrôlée par lui ? Plus cette mesure sera jugée importante, plus on sera justifié de donner à l'action étatique la forme d'une disposition législative, ou du moins de lui donner celle d'un acte (règlement, directive, ou décision) assujéti à un contrôle parlementaire direct (par ex. au moyen d'une obligation de dépôt devant l'Assemblée nationale) et effectif (par ex. en liant la prise d'effet de cet acte à son approbation expresse ou tacite par l'Assemblée nationale).
- 2° Dans quelle mesure la nature de la tâche à accomplir exige-t-elle que la détermination de l'action étatique fasse l'objet de délibération, et que sa mise en œuvre fasse l'objet d'évaluation, dans un espace public ? Plus cette mesure sera jugée importante, plus on sera justifié de donner à l'action étatique une forme qui se prête à ce type de délibération et d'évaluation publiques (par ex. la forme d'une directive dont l'élaboration et la révision périodique fassent l'objet d'audiences publiques).
- 3° Dans quelle mesure la nature de la tâche à accomplir exige-t-elle que l'action étatique consiste à traiter des situations individualisées dans un cadre processuel reposant sur la prise en considération, de manière équilibrée, de droits et d'intérêts particuliers ? Plus cette mesure sera jugée importante, plus on sera justifié de donner à l'action étatique une forme donnant ouverture à l'appréciation particularisée des situations (par ex. celle d'une disposition législative attribuant un large pouvoir de concilier l'intérêt public et les intérêts particuliers, ou celle d'une directive soulignant sa vocation à être appliquée avec souplesse).
- 4° Dans quelle mesure la nature de la tâche à accomplir exige-t-elle la mise à contribution de connaissances spécialisées ou faiblement diffusées ? Plus cette mesure sera jugée importante, plus on sera justifié de donner à l'action étatique une forme qui permette d'en déterminer, et éventuellement d'en actualiser, la teneur au moyen d'une consultation suffisamment large des porteurs de ces

connaissances (par ex. la forme d'un règlement ou d'une directive « codifiant » des données scientifiques et envisageant sa propre mise à jour en fonction de leur évolution).

- 5° Dans quelle mesure la nature de la tâche à accomplir exige-t-elle de ne pas donner à l'action étatique la forme dont les conditions d'élaboration, d'exécution et d'application sont les plus simples et comportant les coûts mesurables les moins élevés ? Plus cette mesure sera importante, plus on sera justifié de donner à l'action étatique une forme complexe et onéreuse (par ex. un dispositif législatif et éventuellement réglementaire complexe, dont la mise au point, l'exécution et le contrôle d'application engagent un niveau élevé de ressources publiques et privées, chiffrables ou non).

### **CINQ QUESTIONS POUR JUSTIFIER LE CHOIX D'UNE FORME D'ACTION ÉTATIQUE**

**Dans quelle mesure la nature de la tâche à accomplir exige-t-elle :**

- que l'action étatique soit le fait du Parlement lui-même, ou du moins soit directement et effectivement contrôlée par lui ?
- que la détermination de l'action étatique fasse l'objet de délibération, et que sa mise en œuvre fasse l'objet d'évaluation, dans un espace public ?
- que l'action étatique consiste à traiter des situations individualisées dans un cadre processuel reposant sur la prise en considération, de manière équilibrée, de droits et d'intérêts particuliers ?
- que l'action étatique repose sur des connaissances spécialisées ou faiblement diffusées ?
- que soient supportés des coûts relativement plus élevés, notamment ceux reliés à la complexité, dans l'élaboration, l'exécution et l'application de l'action étatique ?

Il s'agit donc maintenant, à propos d'une série de dispositions du CSR ou de sa réglementation d'application, dont on s'est demandé si elles avaient été localisées de façon optimale, d'effectuer une opération en trois temps :

- 1° déterminer la tâche que la disposition considérée vise à accomplir, c'est-à-dire l'objectif que suggère sa teneur;
- 2° déterminer la forme (loi, règlement, ou directive) qu'on est le mieux justifié de donner à cette disposition, compte tenu de la réponse aux cinq questions qui viennent d'être formulées;
- 3° comparer le résultat de cette analyse de justification avec celui auquel aurait conduit l'application des critères de répartition des normes suggérés par les travaux du début des années 1980.

## 1. Les articles 24 et 68 CSR

Ces articles imposent au mineur d'obtenir le consentement écrit du titulaire de l'autorité parentale pour demander l'immatriculation d'un véhicule routier ou la délivrance d'un permis. L'art. 67 CSR fixe par ailleurs à 16 ans l'âge minimum pour l'obtention d'un permis (14 ans dans le cas du permis visant exclusivement la conduite d'un cyclomoteur).

La tâche à accomplir semble être principalement d'assurer la sécurité des mineurs de 16 ans et plus, et celle du public, en chargeant le titulaire de l'autorité parentale d'exercer un contrôle sur ces démarches du mineur, notamment du point de vue de la maturité psychologique de ce dernier. À cette tâche directement liée aux objectifs du CSR s'ajoutent vraisemblablement le double souci d'harmoniser l'action étatique en matière de sécurité routière avec les règles du droit des personnes, de la famille, et de la responsabilité civile, et de traduire sur le plan de l'action étatique des pratiques culturelles qui font de l'accès à la conduite automobile et à la propriété d'un véhicule routier des « rites de passage » vers l'adolescence, puis l'âge adulte.

Selon le critère de **maîtrise politique**, il semble assez largement justifiable que l'action étatique exprimée par cette exigence de consentement parental soit le fait du Parlement lui-même. Certes, on pourrait considérer qu'il s'agit d'une exigence de nature technique fondée, dans une logique d'assurance, sur le constat du risque plus élevé d'accident lié à l'inexpérience et à l'immaturité des jeunes conducteurs ou sur la nécessité que les dommages résultant de l'emploi d'un véhicule routier soient imputables à une personne pleinement responsable. Mais ce serait là méconnaître les enjeux de la règle sur le plan de l'économie des rapports familiaux et de l'accès des personnes à l'autonomie. Sans qu'on puisse parler de droit fondamental (*Lepage c. R.*, [1993] RJQ 722 (CA)), le droit de conduire et celui de posséder un véhicule routier revêtent, dans la civilisation nord-américaine, une forte charge symbolique, notamment dans l'imaginaire social des jeunes. Le critère de maîtrise politique suggère donc fortement que les conditions d'accès des jeunes à ce droit soient fixées par le Parlement lui-même, de manière à leur conférer la généralité, l'autorité et la stabilité de la loi.

Selon le critère de **qualité de l'espace public**, il ne semble pas s'imposer que l'action étatique fasse suite, dans un tel cas, à un processus de délibération dans un espace public (global ou sectoriel, ce dernier étant d'ailleurs difficile à cerner en l'occurrence), ou qu'elle soit soumise à une évaluation critique dans un espace public. Ici encore, l'arrière-plan sociologique de cette action étatique semble jouer un rôle déterminant. Puisqu'il s'agit de consacrer sur le plan de la sécurité du public, et de traduire en termes administratifs, un fait de culture dont rien n'annonce une évolution à court terme, le débat public et parlementaire auquel donnent lieu l'adoption et la révision éventuelle d'une norme de type législatif paraît garantir une qualité suffisante de l'espace public. Le recours, par exemple, à la consultation du public dans le cadre de la procédure réglementaire paraît constituer un forum moins approprié pour ce genre de « débat de société ».

Selon le critère d'**équité**, il ne semble pas s'imposer de traiter de manière absolument particularisée la question de l'accès de la jeune personne à la conduite

automobile et à la propriété d'un véhicule routier. D'une part, en effet, la tradition culturelle se plie depuis longtemps à la fixation plus ou moins arbitraire de seuils d'âge uniformes pour chacun des passages de l'enfance à l'âge adulte (imputabilité pénale, nubilité, capacité civile). D'autre part, l'exigence d'un consentement parental discrétionnaire permet ici d'obtenir le degré de particularisation souhaitable, en fonction notamment de la maturité réelle du mineur; le titulaire de l'autorité parentale est à cette fin constitué en quelque sorte en collaborateur de l'administration publique (en retour du soutien qu'apporte le législateur à cette autorité...). La solution de type législatif retenue pour les 16-17 ans paraît donc mieux répondre au critère d'équité que, par exemple, une réglementation fondée sur les art. 618, par. 2° ou 7° et 619, par. 6° CSR ou une directive qui auraient détaillé les conditions de forme ou de substance auxquelles les demandeurs de cette classe d'âge auraient dû satisfaire.

Le critère de **compétence technique** ne semble pas devoir jouer ici de manière déterminante. La tâche à accomplir ne saurait être liée à la disponibilité de connaissances scientifiques précises. Il paraîtrait bien excessif (notamment en regard du critère d'économie de moyens) de faire dépendre le droit d'un jeune de demander un permis ou l'immatriculation de son véhicule d'une expertise psychologique ou comptable. En fait d'expertise, celle du titulaire de l'autorité parentale sera, dans le cours normal des choses, parfaitement adéquate. Ce critère n'exigeait donc pas que cette action étatique prenne la forme d'un règlement ou d'une directive, dont la malléabilité et le degré de précision technique, supérieurs à ceux de la loi, se prêtent mieux à la prise en compte de connaissances spécialisées aux stades de l'élaboration, de l'exécution et de la révision éventuelle de la norme.

Selon le critère d'**économie de moyens**, l'objectif de maximiser la sécurité du public pouvait peut-être justifier, dans un premier temps de l'analyse, que soient supportés des coûts relativement élevés, par la mise en place d'une norme relativement complexe, permettant de minimiser le risque d'irresponsabilité. Quelles qu'aient pu être les perspectives d'efficacité d'une évaluation administrative scrupuleuse de la situation psychologique et financière du jeune, le coût en ressources publiques et le coût social d'une bureaucratisation d'un aspect important des rapports familiaux auraient sans doute été prépondérants. Il était donc vraisemblablement sage de donner à l'action étatique la forme d'une norme législative simple, stable et uniforme sous réserve de modulation par simple « consentement écrit » du titulaire de l'autorité parentale.

Dans ce premier cas, les cinq critères proposés tendent, de façon plus ou moins nette, à justifier le choix de la forme législative. Du moins, l'application d'aucun des quatre derniers critères ne tend-elle à remettre en cause la solution fortement indiquée par le critère de maîtrise politique.

Les critères de répartition des normes proposés au début des années 1980 semblent eux aussi justifier cette solution. Selon le double critère de transcendance et de matérialité proposé par Alarie et Boisvert, le rattachement de cette règle au domaine légal se justifie. Bien que la règle intervienne assez profondément dans la vie des individus et des familles, elle le fait de manière simplifiée et sans formalisme, et surtout, elle revêt un certain caractère « fondamental », dans la mesure où elle conforte des pratiques liées à l'accession au statut sociologique et juridique d'adulte.

Selon la quadruple échelle de Sparer et Schwab, on se trouve également devant une règle rattachable au domaine de la loi en raison de sa généralité, de son importance, de son accessibilité et de sa stabilité. Enfin, la teneur des art. 24 et 68 CSR en ce qui concerne le mineur peut être rattachée à la rubrique des « conditions d'attribution d'un droit », relevant selon Garant et Issalys du domaine réglementaire sauf en ce qui concerne les conditions et les droits les plus importants, ce qui serait vraisemblablement le cas ici, vu les enjeux sur les plans de la sécurité du public et de l'autonomie des jeunes personnes.

## 2. Les articles 21 et 69 CSR

Ces articles, dont le second a été cité au début de cette étude, concernent les conditions d'obtention de l'immatriculation et d'un permis. L'un et l'autre énumèrent (dans le cas de l'art. 21, au moyen de paragraphes numérotés) ces conditions, parmi lesquelles figure le paiement de divers frais, droits et contributions. C'est à propos de ces prélèvements qu'on s'est demandé si une relocalisation de ces exigences dans un règlement ne serait pas préférable.

Il convient de faire à propos de ces textes quelques observations préalables. En premier lieu, on constate que l'un et l'autre ont pour objet, relativement aux prélèvements dont ils traitent, de les instituer, en créant l'obligation de les payer préalablement à l'obtention du certificat ou du permis. Ils n'en énoncent ni le montant, ni les règles d'après laquelle celui-ci sera éventuellement établi, ni les modalités de liquidation, d'acquittement ou de recouvrement, ni les cas d'exemption ou de réduction du prélèvement. Au contraire, sur ces différents points, ces deux textes font référence à un règlement ou à d'autres lois, ou sont complétés par d'autres dispositions du CSR.

En second lieu, conformément à la technique utilisée pour l'ensemble des pouvoirs réglementaires conférés par le CSR, les mentions d'un règlement aux art. 21 et 69 sont complétées par des dispositions directement habilitantes au titre XIII. En particulier, le pouvoir de fixer le montant des droits exigibles lors de l'obtention du certificat et du permis est conféré par les art. 619.1 à 619.3, celui de fixer le montant des frais par l'art. 624, 1<sup>er</sup> al., par. 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, alors que celui de fixer par règlement le montant des contributions d'assurance est conféré par les art. 151 et 151.1 de la *Loi sur l'assurance automobile*, celui de fixer le montant de la contribution au transport en commun par l'art. 88.3 de la *Loi sur les transports*, et celui de fixer le montant du droit additionnel payable sur certains véhicules de grande valeur par l'art. 619.4 CSR.

En troisième lieu, ces différents prélèvements ne sont pas de même nature. Alors que la contribution au transport en commun a le caractère d'un prélèvement fiscal, les contributions d'assurance ont manifestement la nature de cotisations d'assurance sociale. Le droit additionnel sur certains véhicules de grande valeur se présente comme un hybride entre ces deux types de prélèvement. Les autres « droits » prévus à ces articles relèvent de la catégorie des redevances afférentes à un système de permis (au sens générique de ce terme), alors que les « frais » constitueraient plutôt des redevances en contrepartie de services (Issalys et Lemieux 1997 : 529-534, 538-551).

C'est à la lumière de ces observations que l'on peut examiner quelle forme d'action étatique se justifie le mieux lorsqu'il s'agit de créer un prélèvement.

Selon le critère de **maîtrise politique**, on semble hautement justifié de conclure que la création d'un prélèvement exige l'intervention directe du Parlement, sous la forme d'une loi instituant ce prélèvement ou habilitant expressément à le créer par voie réglementaire. À vrai dire, s'agissant d'un prélèvement proprement fiscal, cette conclusion déborde les considérations de légitimation optimale : il s'agit d'un impératif constitutionnel, formulé par l'art. 4 du *Bill of Rights* de 1689 (1 Wm. & M., Sess. 2, c.2) et à ce titre reçu en droit constitutionnel canadien et québécois.

Au-delà de ce principe fermement établi, les certitudes s'estompent rapidement. Une première hésitation porte sur l'application du principe à des prélèvements non fiscaux - tels la plupart de ceux dont il est question aux art. 21 et 69 CSR. En général, les dispositions constitutionnelles relatives à la législation instituant des prélèvements semblent ne viser que ceux qui présentent un caractère fiscal (visés par les termes *tax or impost* ou *taxation* aux art. 53, 54, 91, 92 et 125 de la version anglaise de la *Loi constitutionnelle de 1867*; l'art. 30 de la *Loi sur l'Assemblée nationale*, en revanche, vise « l'imposition d'une charge »). Dans la pratique cependant, ces dispositions sont appliquées aussi à des textes créateurs de charges non fiscales, et celles-ci sont invariablement créées elles aussi, directement ou indirectement, par une loi. Notre compréhension du critère de maîtrise politique doit tenir compte de cette pratique. Il semble donc que même lorsque la tâche à accomplir consiste à créer un prélèvement non fiscal, ce critère exige de donner à l'action étatique la forme législative.

La seconde hésitation porte sur le degré de détail que doit comporter le texte législatif créateur du prélèvement. Ici intervient de nouveau la distinction entre prélèvements fiscaux et non fiscaux. On sait que la législation fiscale pousse très loin le traitement des situations, et cela pour un ensemble de raisons : besoin de certitude et de précision des règles, imbrication étroite de la législation dans les pratiques et le langage des affaires et de la comptabilité, mais surtout peut-être nécessité d'une légitimation par la maîtrise politique des textes. De nouveau également, même si ces considérations ne valent pas au même degré pour les autres types de prélèvement étatique, on observe un effet d'attraction sur le plan de la technique législative. Si la loi n'énonce pas elle-même le détail des règles d'assujettissement, d'assiette, de calcul, d'exemption, etc., à propos de ces prélèvements (cotisations d'assurance sociale, droit de permis, redevances administratives), elle s'efforce d'en légitimer les bases en formulant clairement le pouvoir réglementaire de traiter ces questions. Le CSR illustre cette tendance, de manière sans doute exagérément pointilleuse.

Le critère de maîtrise politique ne semble pas exiger que le Parlement prévienne avec autant de minutie qu'il l'a fait aux art. 618 (par. 8.3° à 8.5° et 8.7° à 11.2°), 619 (par. 4° à 6°), 619.1 à 619.3 et 624 le pouvoir d'aménager par règlement le régime des divers prélèvements évoqués aux art. 21 et 69. Les exigences de ce critère ne justifient l'intervention directe du Parlement que sur trois points essentiels : l'institution du prélèvement proprement dite, la détermination des redevables et celle de la base du prélèvement. Dans le cas des prélèvements énumérés aux art. 21 et 69 qui se fondent entièrement sur le CSR, le critère de maîtrise politique indiquerait donc que l'intervention de la loi doit se borner à la teneur du 1<sup>er</sup> alinéa des art. 21

et 69 et à celle des art. 619.1 et 619.2. Les autres aspects du régime de ces prélèvements seraient alors prévus par règlement. L'exemple d'autres lois instituant des prélèvements non fiscaux (*Loi sur l'assurance automobile, Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles, Loi sur les normes du travail*) laisse penser que les habilitations nécessaires pourraient être plus concises que celles du titre XIII du CSR.

Plus rapidement encore que dans les cas des art. 24 et 68 CSR, l'application des autres critères de légitimation ne semble pas conduire à remettre en cause les conclusions tirées par l'application du critère de maîtrise politique.

Le critère de **qualité de l'espace public** ne semble pas exiger que l'institution et le régime de l'ensemble des prélèvements énumérés aux art. 21 et 69 fasse l'objet de délibération et d'évaluation critique dans un espace public. Les exigences de ce critère pourraient cependant valoir pour un aspect du régime de certains de ces prélèvements : le niveau des contributions d'assurance et celui des prélèvements à caractère fiscal.

Ce niveau étant (si l'on s'en rapporte au critère précédent) fixé par règlement, les règles de prépublication et de consultation du public prévues à la *Loi sur les règlements* sont applicables; il serait envisageable d'aller au-delà et d'aménager un espace public de délibération et d'évaluation, activé de manière périodique, sur le niveau de ces prélèvements.

S'agissant d'instituer et d'effectuer un prélèvement, le **critère d'équité** prend une coloration particulière. Sans cesser d'évoquer la nécessité d'un traitement particularisé et régularisé des situations, il renvoie à l'idée d'égalité des citoyens devant les charges financières imposées par l'État. L'équité, en matière de prélèvements, commande une forte dose d'uniformité dans l'application. Elle justifie par conséquent le mieux les formes d'action étatique caractérisées par l'impersonnalité de la règle générale. Le recours à la loi ou au règlement, selon la répartition entre eux que suggèrent les autres critères, semble répondre aux exigences d'équité, dans ce domaine. En revanche, le recours à la directive, et à la souplesse d'application que celle-ci doit préserver, voire encourager, semble moins justifiable; sous réserve du rôle légitime reconnu, notamment en matière fiscale, à la directive interprétative.

Le critère de **compétence technique** sera vraisemblablement un facteur important du choix d'une forme d'action étatique en matière de prélèvements, lorsque ceux-ci ont une incidence profonde sur des activités commerciales ou sur l'ensemble de la situation financière des redevables. Dans de tels cas, en effet, le régime du prélèvement présente fréquemment un niveau de technicité très élevé, qui a suscité depuis longtemps l'émergence de savoirs spécialisés. Ce n'est pas le cas, pour l'essentiel, des prélèvements visés au CSR. Ceux-ci obéissent à des règles comparativement simples, et n'ont en général qu'une incidence limitée sur le patrimoine des particuliers et de certaines entreprises. On voit donc mal en quoi ce critère justifierait de remettre en cause les conclusions dégagées de l'application des critères de maîtrise politique et d'équité.

Il en va de même, semble-t-il, pour le critère d'**économie de moyens**. Certes, en matière de prélèvements en général, la tendance lourde est à la complexification croissante des règles, et ce phénomène induit certainement des coûts pour l'État et

les entreprises, en particulier pour les commerçants et employeurs constitués en mandataires de l'administration publique pour la perception de prélèvements. Le souci d'économie de moyens lutte difficilement contre cette tendance, malgré l'existence de ces surcoûts, car ces derniers permettent en général de maximiser l'efficacité du prélèvement. Par ailleurs, compte tenu de la préférence que commandent d'accorder à la loi et au règlement les critères de maîtrise politique et d'équité, on voit mal comment justifier par le critère d'économie de moyens un recours plus étendu à la directive. Cette conclusion paraît d'autant plus valable dans le cas des prélèvements visés au CSR, dont le régime n'atteint pas le niveau de complexité des prélèvements fiscaux ou même celui d'autres cotisations d'assurance sociale.

Les travaux des auteurs qui ont examiné la répartition des normes entre loi et règlement au début des années 1980 ne laissent pas entrevoir de conclusions très différentes. Le double critère de transcendance et de matérialité proposé par Alarie et Boisvert semble aiguiller le régime des prélèvements vers le domaine réglementaire, essentiellement en raison de son niveau de détail, tout en réservant à la loi, conformément à la Constitution, les éléments fondamentaux d'une imposition. La quadruple échelle décrite par Sparer et Schwab semble trouver dans la matière des prélèvements les limites de son application; seule l'échelle hiérarchique semble correspondre à la technique habituelle de répartition des normes dans ce domaine. Si l'on considère cependant le cas précis des prélèvements visés au CSR, l'application des quatre échelles proposées par ces auteurs justifierait globalement les mêmes conclusions que celle de nos cinq critères. Quant à l'étude de Garant et Issalys, qui n'a considéré essentiellement que des prélèvements à caractère non fiscal, elle conclut que leur régime relève normalement du domaine réglementaire, sous réserve des exigences de la Constitution. Bref, tous ces travaux ne fournissent ici que des indications de nature générale; celles-ci ne sont cependant pas inconciliables avec celles que produit l'application des cinq critères proposés plus haut.

### 3. L'article 112 CSR

L'objet de l'art. 112 CSR est d'imposer à une série d'agents publics l'obligation d'informer la Société de toute condamnation faisant suite à une infraction pour laquelle des points d'inaptitude sont prévus. La tâche à accomplir consiste donc à assurer l'application systématique du système de points d'inaptitude, en imposant à ces agents publics de collaborer avec la Société. Ce texte vise donc exclusivement des titulaires de charges ou de fonctions dans l'appareil étatique, qu'il s'agisse de l'administration centrale (le procureur général), du pouvoir judiciaire (par ex. le greffier d'une cour) ou des collectivités locales (par ex. le directeur d'un service de police).

Il résulte de la teneur de ce texte que, d'emblée, deux des critères de légitimation sont dénués de toute pertinence : du point de vue des critères de **qualité de l'espace public** et de **compétence technique**, le choix d'une forme d'action étatique, entre la loi, le règlement ou la directive, est indifférent. Le critère de **maîtrise politique** ne pèse sur ce choix que de manière très faible, et plutôt formelle : l'enjeu de l'action étatique ne paraît nullement exiger l'intervention du Parlement, qui ne se justifierait que par la préservation des rapports constitutionnels entre les trois Pouvoirs de l'État. On peut estimer, en effet, que seul le Parlement

peut légitimement adresser un commandement à la fois à un ministre de la Couronne, à des agents du Pouvoir judiciaire et à des fonctionnaires de collectivités locales, surtout à propos de tâches liées à l'administration de la justice. Ce critère justifierait donc faiblement qu'une préférence soit donnée à la loi dans le choix d'une forme pour cette obligation.

Les deux derniers critères semblent plus déterminants. Le critère d'équité paraît comporter, comme dans le cas des art. 21 et 69, une exigence d'uniformité. Il importe en effet que la sanction administrative fondée sur le système de points d'inaptitude soit mise en œuvre de manière parfaitement uniforme. D'où précisément l'obligation de notifier toute condamnation à la Société. L'application de ce critère conduit donc à exclure la directive, insuffisamment contraignante, comme forme possible de cette obligation. Au surplus, on voit mal quelle instance publique, mis à part peut-être le gouvernement, disposerait de l'autorité hiérarchique ou de l'autorité de tutelle lui permettant d'adresser une directive à l'ensemble des agents visés à l'art. 112. La Société, en tout cas, n'est sûrement pas en mesure de le faire. Le critère d'économie de moyens renforce cette conclusion. Le dispositif de l'art. 112 est précisément destiné à garantir l'efficacité et l'application systématique du régime de points d'inaptitude, en minimisant les coûts de sa mise en œuvre par l'imposition d'une notification automatique des condamnations à la Société. Ici encore, force est de conclure que la loi ou le règlement sont nécessaires à l'imposition de cette obligation à cet ensemble d'agents publics. Puisque le critère de maîtrise politique ne justifie pas impérieusement le recours à la loi, il s'ensuit que la forme d'action étatique la plus appropriée est le règlement.

La localisation actuelle de la règle n'est pas non plus conforme à ce que suggéraient les critères proposés par les travaux antérieurs. Dans la perspective d'Alarie et Boisvert, par exemple, une telle disposition se situe manifestement plus près du pôle de « matérialité » associé au domaine réglementaire. De même, l'application de trois des quatre échelles proposées par Sparer et Schwab suggère clairement le choix de la forme réglementaire; seule l'échelle de mobilité de la norme conduit à une conclusion équivoque. Quant à Garant et Issalys, ils estiment que les dispositions relatives aux « fonctions et pouvoirs des membres d'organismes publics » sont une matière destinée soit au règlement, soit à la directive.

#### 4. Les articles 114 et 115 CSR

Ces dispositions font également partie du régime de sanctions administratives que constitue le système de points d'inaptitude. Ce système est établi par règlement en vertu des art. 111 et 619, par. 9<sup>o</sup> à 9.3<sup>o</sup>, mais un certain nombre de ses éléments sont mis en place par les art. 110 à 117 et 185 CSR. Parmi ces éléments figure l'obligation imposée à la Société d'avertir le titulaire d'un permis qu'ont été inscrits à son dossier un certain nombre de points, fixé à 7 par l'art. 4 du *Règlement sur les points d'inaptitude* (D. 1424-91, (1991) 123 G.O.Q. II 5959, et modif.), et que lorsque ce nombre atteindra 15 (chiffre fixé par l'art. 5 du même règlement), la Société devra révoquer son permis ou suspendre son droit d'en obtenir un. Le législateur, sans doute conscient des aléas de la notification systématique des condamnations, prévue à l'art. 112, et de l'inscription immédiate des points correspondants, prévue à l'art. 113, a jugé nécessaire de nuancer le caractère

également immédiat de l'obligation d'avertissement imposée par l'art. 114. Il a donc envisagé, à l'art. 115, que la Société ne donne pas cet avertissement dans le très court délai que lui laisse l'art. 114, et a d'avance couvert cette irrégularité en validant l'envoi d'un avertissement tardif, voire même l'imposition éventuelle d'une sanction administrative sans qu'un avertissement ait été donné antérieurement.

Ces dispositions s'inscrivent donc dans la même tâche que l'art. 112 : il s'agit d'assurer l'application systématique, et aussi automatique que possible, du système de points d'inaptitude. Cet objectif conduit même à écarter les effets juridiques d'un éventuel dysfonctionnement de l'appareil administratif de mise en œuvre. À cette tâche vient cependant se greffer un objectif de protection des droits et des intérêts des personnes susceptibles de sanction administrative en vertu de ce système de points.

L'application des critères de choix d'une forme d'action étatique conduit, semble-t-il, aux mêmes conclusions que dans le cas précédent, pour des raisons qui ne sont que légèrement différentes. De nouveau, le critère de **compétence technique** semble peu pertinent. Dans la mesure où l'avertissement peut s'analyser comme une garantie de procédure accordée aux administrés - jouant un rôle analogue au préavis de décision défavorable exigé par l'art. 5 de la *Loi sur la justice administrative* (LQ 1996, c. 54) -, les critères de **maîtrise politique** et de **qualité de l'espace public** paraissent plus pertinents que dans le cas de l'art. 112. En effet, la protection des administrés est un domaine d'action étatique sur lequel le Parlement tient à conserver un droit de regard, comme en témoigne l'institution du Protecteur du citoyen. La justification d'une intervention de la loi dans ce cas précis est cependant affaiblie par le fait que la sanction administrative dont l'avertissement visé à l'art. 114 constitue l'annonce est une mesure de compétence liée : la Société doit l'appliquer dès que le seuil de 15 points est atteint. D'autre part, ce mécanisme d'avertissement est certes susceptible d'intéresser un large public. Cet intérêt porte toutefois non seulement sur ce mécanisme précis, mais sur l'ensemble du système de points d'inaptitude. Or, celui-ci est établi (sauf sur certains points, dont l'art.114) par règlement, forme d'action étatique perméable à un certain débat public, grâce à la *Loi sur les règlements*. Du point de vue de ce critère, il paraîtrait donc préférable que le mécanisme d'avertissement soit incorporé au dispositif réglementaire relatif aux points d'inaptitude.

En partie pour les mêmes raisons que dans le cas de l'art. 112, le **critère d'équité** joue en faveur de l'inscription du mécanisme d'avertissement dans la loi ou dans le règlement. Son poids est cependant plus grand, puisque l'art.114 est précisément une mesure tendant à préserver la situation des personnes visées en les incitant, par l'avertissement, à éviter de contrevenir davantage à la loi. Quant au critère d'**économie de moyens**, il intervient sensiblement de la même manière qu'à propos de l'art. 112, et s'accommode aussi bien d'une localisation dans le règlement que dans la loi.

Au total, un reclassement des art. 114 et 115 dans un règlement se justifie en regard de nos cinq critères. Toutefois, on notera que cette opération n'est pas par elle-même une solution au problème de fond que posent ces deux articles : ils tentent de concilier l'idéal que représente la combinaison d'un système de points efficace et d'un avertissement équitable aux personnes susceptibles de sanction, avec la réalité d'un appareil administratif où gens et choses ne vont pas nécessairement à la même vitesse que l'idée...

Les critères « classiques » de répartition des normes entre loi et règlement suggèrent une conclusion moins nette, mais pas incompatible avec le résultat indiqué par nos cinq critères. En effet, l'application des échelles proposées par Alarie et Boisvert ou Sparer et Schwab conduit au même résultat que dans le cas précédent, avec cependant une tendance à envisager aussi le choix de la forme législative, soit en raison du caractère relativement « fondamental » ou de l'« importance » que revêt le mécanisme d'avertissement, soit en raison de l'« accessibilité » plus grande de cette règle pour l'utilisateur de la loi. Quant à Garant et Issalys, ils voient dans les « modalités d'exercice de pouvoirs décisionnels » et dans la « procédure » des matières destinées au domaine réglementaire, sauf exception justifiée par l'importance de la règle.

## 5. Les articles 215 et ss. CSR

Une grande partie du titre VI du CSR a pour objet d'imposer la présence sur les véhicules routiers d'un ensemble d'équipements contribuant à la sécurité routière. Ces dispositions reproduisent en substance une partie de la réglementation fédérale applicable aux véhicules mis en vente dans le commerce international et interprovincial (*Règlement sur la sécurité des véhicules automobiles*, CRC c. 1038 et modif., dont la base légale se trouve aujourd'hui à l'art. 11 de la *Loi sur la sécurité automobile*, LC 1993, c. 16 et modif.). Les dispositions du CSR s'appliquent, quant à elles, aux véhicules fabriqués et mis en vente au Québec.

La tâche à accomplir est donc d'imposer aux fabricants et commerçants le respect d'un ensemble de règles de sécurité, mais de le faire sans alourdir leurs obligations par rapport à celles que leur imposerait leur activité sur le marché canadien. D'où l'énonciation au CSR d'une série de règles identiques à celles du droit fédéral. À l'occasion de cette transposition en droit québécois, ces règles sont cependant passées d'une forme réglementaire à une forme législative. Ce choix peut-il être justifié en regard des cinq critères que nous avons proposés ?

Le critère de **maîtrise politique** donne déjà lieu d'en douter. Quelque importante que soit la teneur de ces textes pour la sécurité du public, et significative pour les constructeurs, il ne paraît nullement indispensable que le Parlement se prononce sur la position et les caractéristiques des feux à installer sur les différentes catégories de véhicules. Ainsi en a-t-il d'ailleurs jugé le Parlement fédéral; sans doute celui du Québec n'a-t-il bien voulu se charger de cette corvée que parce qu'il lui suffisait de reprendre en bloc la teneur de la réglementation fédérale. Certes, dans la mesure où la propriété ou la conduite d'un véhicule non conforme expose à une poursuite pénale, ces règles concernent le grand public, ce qui justifie peut-être qu'on leur donne la visibilité et l'impérativité plus grandes qu'on attribue à la loi. Cet avantage de notoriété est cependant très relatif. La plupart des citoyens ignorent si les règles juridiques qu'ils connaissent ont un statut légal ou réglementaire, et attachent peu d'importance à cette distinction. L'essentiel pour eux, n'est pas qu'une règle soit légale plutôt que réglementaire, mais qu'elle soit connue plutôt que méconnue. Selon ce premier critère, la justification du choix de la forme législative paraît donc très faible.

Les critères de **qualité de l'espace public** et d'**équité** ne paraissent devoir exercer dans ce cas qu'une influence modérée. Certes, l'impact des règles en question sur le grand public et sur divers groupes d'intérêts justifie, dans une certaine mesure,

que leur introduction et leur évaluation critique fassent l'objet de délibération dans un espace public. Mais le caractère technique de ces dispositions indique les limites de l'intérêt d'un tel débat. Ici encore, celui que permet la *Loi sur les règlements* lors de l'introduction des textes nouveaux paraît suffire. Il est d'ailleurs notable que la loi habilitante fédérale assujettit la réglementation correspondant aux art. 215 et ss. à une procédure de consultation du public semblable à celle qu'instaure au Québec la *Loi sur les règlements*. Un cadre réglementaire semble donc parfaitement adéquat. Quant aux exigences du critère d'**équité**, elles tendraient plutôt à valoriser, en matière de sécurité, l'application régulière et sans défaillance de la norme, plutôt qu'une individualisation peut-être trop portée à des tolérances. La forme réglementaire paraît donc, là aussi, tout à fait adéquate, bien que le recours à la directive puisse être justifiable.

Le critère de **compétence technique** est en revanche hautement pertinent, dès lors qu'il s'agit de véhicules produits industriellement et d'exigences fondées sur la minimisation des risques. D'emblée, les formes d'action étatique, parmi celle considérées ici, qui offrent les meilleures possibilités d'intégration continue de l'expertise technique sont le règlement et la directive.

Le critère d'**économie de moyens** se présente lui aussi comme déterminant, s'agissant de normes destinées à être appliquées sur une grande échelle (même si une partie seulement du parc automobile québécois leur est assujettie). L'alignement sur la réglementation fédérale est en elle-même un facteur d'économie de moyens, notamment pour ce qui concerne le respect des normes par les constructeurs, qui sont d'ailleurs incités à ce respect par leur intérêt commercial. La recherche d'efficacité au moindre coût concerne donc surtout le respect des normes par les propriétaires et conducteurs de véhicules. L'expérience suggère vraisemblablement que la possibilité de sanctions pénales est essentielle pour garantir l'observation de ces normes par le grand public. Dès lors, le choix de la directive comme forme d'énonciation de ces normes paraît exclu. De la loi et du règlement, le second paraît constituer la forme la plus justifiable, notamment du fait de sa plus grande souplesse d'adaptation.

L'ensemble des critères convergent donc pour indiquer que la forme la mieux justifiable de ces normes de sécurité serait un règlement.

Les critères tirés des travaux antérieurs semblent pointer dans la même direction. Cela paraît assez clairement par rapport au pôle de « matérialité » proposé par Alarie et Boisvert. L'application de la quadruple échelle de Sparer et Schwab livre un résultat un peu moins net, puisque la matière en cause se situe en général à mi-chemin sur cette échelle. Quant à Garant et Issalys, leur traitement de la catégorie matérielle des « dispositions de fond » indique que le règlement est un mode d'expression plus approprié que la loi « dans des secteurs où un grand nombre de citoyens se sentent à juste titre concernés, mais où la règle de droit revêt par nécessité un caractère très technique » (GI 1981 : 261).

## 6. Les articles 151 à 166 et 207 à 209 CSR

Cet ensemble de dispositions vise les personnes qui se livrent au commerce ou au recyclage des véhicules routiers. Il s'agit en substance d'imposer à ces deux catégories de personnes un régime d'autorisation administrative. Ce régime permet essentiellement de contrôler l'accès des véhicules au parc automobile. Ce contrôle

tend à assurer la sécurité des véhicules, particulièrement de ceux montés par un recycleur (art. 157 CSR). Il permet, dans le cas des commerçants, de les instituer mandataires de la Société pour effectuer les opérations d'immatriculation des véhicules et de perception des frais, droits et contributions afférents (art. 9 et 161.1 CSR). Il tend également à la protection du consommateur, à la protection des réglementations d'urbanisme locales et à la lutte contre la criminalisation de ce type de commerces; ces différentes considérations ressortent notamment des art. 152, 154 et 207 CSR et des art. 2, 5, 7, 8 et 10 du *Règlement sur les commerçants et les recycleurs* (D. 1693-87, (1987) 119 GOQ II 6374, et modif.).

De façon tout à fait classique pour un régime de cette nature, les art. 151 à 166 et 620, par. 1° à 4.2°. CSR font largement appel au règlement pour en préciser certains aspects essentiels, notamment les conditions de délivrance de l'autorisation (art. 151 et 153), les conditions d'exploitation du commerce visé par cette autorisation (art. 161), et les obligations les plus significatives imposées aux demandeurs et titulaires de l'autorisation (art. 152, 154 et 155). On s'est demandé si cet ensemble de normes pouvait être différemment réparti entre le CSR, le règlement et des directives établies par la Société. À la différence des dispositions envisagées précédemment, on est ici en présence d'un ensemble relativement autosuffisant, dont les liens avec le reste du CSR sont moins étroits. Si l'on postule que cette matière doit continuer à relever du CSR plutôt que d'une autre loi, l'application des cinq critères de justification des formes d'action étatique ne paraît pas conduire à un réaménagement très poussé de cet ensemble de règles.

Le critère de **maîtrise politique**, qui conduit à privilégier le recours à la loi (ou, à défaut, à une forme d'action sur laquelle le Parlement peut exercer un contrôle effectif et direct), suggère que le Parlement doit conserver la maîtrise des atteintes à la liberté d'entreprendre. La limitation de la liberté d'initiative des individus, notamment en matière économique, exige l'intervention du législateur (Issalys et Lemieux 1997 : 626). L'imposition de l'exigence d'une autorisation administrative d'exploiter un certain type d'entreprise est donc normalement réservée à la loi. Il en va de même de l'attribution à une autorité administrative de pouvoirs comportant, pour les besoins de la surveillance des activités de l'exploitant autorisé, une atteinte à la liberté ou à la propriété de celui-ci (par ex. des pouvoirs de visite, d'examen, d'emport et de saisie). L'intervention de la loi est à plus forte raison nécessaire pour habiliter une autorité administrative à suspendre ou révoquer une autorisation, étant donné l'effet prohibitif de ces mesures. Ces caractéristiques de la politique et de la technique législatives en matière d'autorisation d'activités économiques reposent sur des principes fondamentaux de philosophie politique et juridique. Le critère de maîtrise politique justifie donc très nettement - au point où l'application des autres critères paraît peu susceptible de le remettre en cause - de localiser dans la loi la teneur des art. 151, 153, 156, 162 et 207 CSR. À ce noyau légal du régime d'autorisation devrait également être joint l'art. 161, relatif aux obligations du titulaire de licence, qui devrait cependant annoncer l'objet des principales d'entre elles (respect continu des conditions de fond de la délivrance, tenue d'un registre par le recycleur, assistance à la vérification, attestation de sécurité lors de la vente d'un véhicule monté par un recycleur), renvoyant au règlement pour les modalités de l'ensemble de ces obligations. De même, d'ailleurs, le critère de maîtrise politique justifierait

que soit annoncé par les art. 151 et 153 l'objet des principales conditions de délivrance ou du moins la présence parmi ces conditions d'une obligation de fournir caution, avec renvoi au règlement quant aux modalités de l'ensemble de ces conditions.

Le critère de **qualité de l'espace public** ne paraît devoir intervenir ici que dans une mesure assez modeste, l'objet de cet ensemble de normes n'appelant pas un débat public continu et de grande ampleur, une fois posé par le Parlement le principe d'un encadrement de ces deux types de commerce. Les possibilités de délibération publique qu'offre la *Loi sur les règlements* semblent répondre adéquatement aux exigences de ce critère dans le cas de ces règles. Rappelons qu'en l'état actuel des choses, le recours à la directive pour formuler une partie de ces règles se justifie plus difficilement sous l'angle de ce critère, aucune obligation juridique et aucune pratique généralisée n'imposant à l'administration publique de soumettre l'élaboration et l'évaluation critique des directives à une délibération publique.

Le critère d'**équité** n'intervient lui aussi que dans une mesure limitée. Son impact ne serait déterminant que si le régime d'autorisation faisait appel au jugement discrétionnaire de la Société. Or, ce n'est nullement le cas, puisque l'art. 162 souligne le caractère lié de la compétence pour refuser l'autorisation, lorsque les conditions de délivrance ne sont pas remplies, et que les art. 151 et 153 n'admettent qu'une part très réduite d'appréciation discrétionnaire dans l'application des conditions de délivrance « établies par règlement ». L'art. 2 du règlement ne fait d'ailleurs état que de conditions de délivrance parfaitement objectives. Quant à la suspension de l'autorisation, prévue à l'art. 207, elle ne peut se fonder que sur des motifs factuels; seule la durée de la suspension est laissée à la discrétion de la Société dans les situations visées aux par. 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, et 5<sup>o</sup> de cet article. Les critères de détermination de la durée d'une suspension dans ces trois types de situations pourraient très légitimement faire l'objet de directives.

Par ailleurs, le titre I de la *Loi sur la justice administrative* (LQ 1996, c. 54), et singulièrement son art. 5, s'appliquent aux décisions concernant la délivrance ou la suspension de telles autorisations. Leur existence réduit d'autant la nécessité de rechercher par d'autres voies l'application particularisée des règles. Sauf peut-être sur un point, on ne voit pas en quoi le critère d'équité justifierait que le contenu du CSR ou du *Règlement sur les commerçants et les recycleurs* reçoive plutôt la forme de directives. Ce seul point douteux concerne le montant du cautionnement (art. 160 CSR et art. 19 à 21 du règlement); on peut penser que des normes administratives, plus souples, permettraient de tenir plus précisément compte de la situation propre à chaque commerçant et des caractéristiques de son entreprise. C'est d'ailleurs ce que permet déjà l'art. 160.1 dans les cas où une association professionnelle se porte caution pour ses membres.

Le critère de **compétence technique** n'intervient ici qu'à la marge, compte tenu de la technicité assez faible de la matière. Ce critère tendra souvent à privilégier la directive, en raison de la malléabilité de celle-ci et de sa vocation à s'adresser à des personnes ayant une connaissance approfondie de la matière. On peut donc y voir une justification complémentaire du choix de la directive pour traiter la question du cautionnement exigible des commerçants.

Le critère d'**économie de moyens** revêt une pertinence particulière à propos de l'encadrement d'une activité commerciale. Il justifie le choix d'une forme d'action étatique susceptible de simplifier l'élaboration, l'application et l'observation des normes, et d'en minimiser les coûts pour l'État et les assujettis, tout en préservant l'efficacité de cette action. L'un des aspects de l'économie de moyens est l'harmonisation optimale des diverses interventions étatiques. Le dispositif constitué par le titre III du CSR et son règlement d'application se signale sur ce plan dans la mesure où il intègre dans le contrôle exercé sur les commerçants et les recycleurs aux fins de la sécurité routière une certaine prise en compte des interventions de l'État en matière de protection du consommateur et de lutte contre la criminalité, et des interventions des collectivités locales en matière d'urbanisme.

Par ailleurs, si l'on admet que le critère de maîtrise politique impose que les bases de l'encadrement d'une activité commerciale soient jetées par la loi, le critère d'économie de moyens peut s'accommoder, pour la formulation détaillée des exigences d'un système d'autorisation administrative, aussi bien du règlement que de la directive. Une préférence pour cette dernière ne se justifie qu'en présence d'une réglementation complexe, dont la mise en œuvre se révèle coûteuse et ne garantit pas une efficacité supérieure de l'encadrement. Encore une fois, le seul point du dispositif actuel où le recours à la directive paraît peut-être souhaitable est la fixation du montant des cautionnements.

L'application combinée des cinq critères de justification conduit donc aux conclusions que résume le tableau ci-joint.

## RÉGIME DES COMMERÇANTS ET DES RECYCLEURS LA LOCALISATION OPTIMALE DES RÈGLES

### Dans le CSR :

- Imposition de l'obligation d'être titulaire d'une licence (art. 151 et 153 CSR) et annonce d'un règlement fixant :
  - les conditions impératives (art. 162 CSR) de délivrance, comportant notamment l'obligation de fournir un cautionnement (art. 152 et 154 CSR) dont la Société détermine le montant;
  - la durée de validité de la licence;
  - les formalités d'obtention de la licence;
  - les frais afférents à la délivrance d'une licence.
- Imposition au titulaire de licence de l'obligation de se conformer continûment à des exigences réglementaires (art. 161 CSR et art. 8 RCR\*), concernant notamment :
  - la tenue d'un registre par un recycleur (art. 155 CSR);
  - l'assistance à la vérification par un agent de la Société (art. 156 CSR);
  - l'attestation de sécurité remise à l'acheteur d'un véhicule monté par un recycleur (art. 157 CSR).
- Énonciation du pouvoir et des motifs de suspension de la licence par la Société et annonce d'un règlement précisant les effets de la suspension, fixant sa durée ou autorisant la Société à la fixer (art. 207 et 209 CSR).

### Dans le RCR\* :

- Reprise du contenu actuel du RCR, sauf pour ses art. 8 et 19;
- Énonciation de l'étendue de la garantie donnée par la caution (art. 152 et 154 CSR);
- Énonciation du contenu obligatoire du registre (art. 155 CSR);
- Énonciation de la portée et des formalités de la vérification effectuée par un agent de la Société (art. 156 CSR);
- Énonciation de l'objet de l'attestation de sécurité (art. 157 CSR);
- Énonciation des modalités d'un cautionnement par une association professionnelle (art. 160.1 CSR);
- Imposition au commerçant mandataire de la Société de se conformer aux conditions fixées par la Société (art. 161.1 CSR);
- Énonciation des effets de la suspension (art. 163 CSR);
- Fixation de la durée de la suspension dans certaines situations (art. 207, par. 3°, 4° et 6°).

### Dans une directive :

- Critères de détermination des conditions auxquelles un commerçant est institué mandataire de la Société (voir art. 9 CSR);
- Critères de détermination du montant du cautionnement exigé d'un commerçant (art. 13 RCR\*);
- Critères de détermination des modalités et de la durée d'une suspension dans certaines situations (art. 207, par. 1°, 2° et 5° CSR).

\* Règlement sur les commerçants et les recycleurs

Le caractère très général des critères de répartition des normes entre loi et règlement proposés par Alarie et Boisvert, ainsi que Sparer et Schwab, ne permet pas de déterminer avec précision quelle démarcation ces auteurs auraient faite entre ces deux formes d'action étatique, s'ils avaient examiné cet ensemble de normes relatives aux commerçants et aux recycleurs. Il est clair, cependant, que notre propre analyse a recoupé en plusieurs points celle que fonderait la double échelle de transcendance/matérialité proposée Alarie et Boisvert. Quant à la quadruple échelle de Sparer et Schwab, elle ne paraît sur aucun point incompatible avec les résultats de l'application de nos critères. Enfin, le critère de répartition formulé par Garant et Issalys s'appuyait sur un classement des contenus d'habilitations en un certain nombre de catégories matérielles. Le régime des commerçants et des recycleurs comporte des dispositions qu'ils auraient rattachées aux catégories « Pouvoirs d'organismes publics », « Modalités d'exercice de pouvoirs décisionnels », « Conditions d'attribution d'un droit », « Prohibitions », « Sanctions pénales », « Atteinte aux droits fondamentaux », « Créations d'obligations et de devoirs », « Documents et formulaires ». Selon eux, seule la première de ces catégories relevait du domaine légal, alors que la deuxième et la dernière entraient dans le domaine réglementaire; les autres matières pouvaient, selon l'importance des règles et leur contexte, figurer soit dans la loi, soit dans le règlement. Ici encore, il apparaît que l'application de cette analyse n'aurait pas conduit à des résultats inconciliables avec ceux que nous venons d'exposer.

## 7. Le chapitre II du titre I du CSR

Les art. 14 à 20 CSR ont pour objet de soustraire certaines catégories de véhicules au principe d'immatriculation obligatoire posé par l'art. 6 CSR. Ces catégories sont définies par référence à l'un ou à plusieurs des éléments suivants : la nature du véhicule, l'utilisation qui en est faite, et certaines caractéristiques du propriétaire. La tâche que ces textes visent à accomplir est donc de restreindre le champ d'application du titre I, relatif à l'immatriculation des véhicules, en fonction du particularisme de certaines situations. On s'est demandé si ces dispositions, dont deux (les art. 14 et 15) font appel à un complément sous forme réglementaire, ne devraient pas être relocalisées ailleurs que dans la loi. Cette possibilité peut apparaître comme une solution élégante à un problème classique de la technique législative : faut-il traiter en détail, avant même d'aborder la substance des normes que le texte établit, la question préliminaire de leur champ d'application ? Il convient d'examiner si, dans le cas des art. 14 à 20 CSR, cette possibilité représente vraiment le choix le mieux justifiable en regard de nos cinq critères de justification.

Sous l'angle du critère de **maîtrise politique**, la détermination du champ d'application d'un ensemble de règles apparaît comme un complément essentiel de la substance de ces règles. Comment, en effet, en saisir la portée concrète, si on ne sait à quelles situations elles s'appliquent ? Dans de nombreux cas, ce champ d'application est évident ou facile à décrire, et le traitement de la question ne pose aucune difficulté. Si la délimitation du champ d'application suppose la description d'un ombre important d'hypothèses complexes, comme c'est le cas ici, les exigences du critère de maîtrise politique doivent être précisées. On peut pour cela partir de l'idée qu'il est essentiel et légitime que le Parlement détermine lui-même les principes

d'une loi. De là, on peut conclure que s'il revient légitimement au Parlement d'affirmer lui-même le principe de l'application d'une loi à un ensemble « X » de situations, il n'est pas indispensable qu'il énonce lui-même en détail les exceptions à ce principe, c'est-à-dire qu'il décrive les situations exclues du champ d'application. En revanche, il paraît souhaitable que le Parlement formule lui-même le « principe des exceptions », c'est-à-dire qu'il indique lui-même les considérations à partir desquelles les exceptions pourront être créées au moyen de textes complémentaires. Ainsi, dans le cas présent, le critère de maîtrise politique justifierait que la loi énonce les trois facteurs, énumérés plus haut, sur la base desquels le règlement pourrait constituer les catégories de véhicules exemptés de l'immatriculation. Le choix du règlement, plutôt que de la directive, paraît s'imposer ici dans la mesure où il s'agit de définir des catégories de situations exclues, à l'intérieur desquelles tous les cas sont traités de manière uniforme, et non pas de permettre des dispenses d'application, visant des cas individuels.

Cette dernière considération détermine comment intervient ici le critère d'équité. En effet, l'idée d'un traitement particularisé des situations, qui constitue l'un des éléments de ce critère, se heurte dans le cas des exemptions d'immatriculation à des limites logiques et pratiques. On voit mal comment justifier et mettre en œuvre la notion d'exemptions individualisées, par ailleurs peu compatible avec les principes de légalité et d'égalité de traitement. La prise en considération du particularisme de certaines situations ne peut donc intervenir que dans l'élaboration de règles d'exemption visant des catégories de situations pour lesquelles la nécessité d'une exemption peut être démontrée. Les exigences du critère d'équité rejoignent ici celles du critère de **qualité de l'espace public**, et conduisent à privilégier la forme réglementaire.

Alors que le critère de **compétence technique** paraît ici peu contraignant, et admet donc indifféremment l'une ou l'autre des formes d'action étatique envisagées, l'existence d'exemptions met en cause le critère d'**économie de moyens**. La définition, souvent complexe, de situations bénéficiant d'une exemption déroge, par elle-même, à l'idéal de simplicité associé à l'économie de moyens. En revanche, la création d'exemptions répond bien au souci de limiter les contraintes découlant de l'action étatique aux seules situations dans lesquelles l'intérêt public les réclame. Enfin, le mode de délimitation des exemptions n'est pas indifférent du point de vue de l'économie de moyens : plus il est précis et complexe, plus il risque d'accroître les coûts de son application, mais plus il contribue à créer une sécurité juridique avantageuse. Ce critère conduit donc, en matière d'exemption, à reconnaître des mérites équivalents, quoique différents, à l'action étatique sous forme de règlement ou sous forme de directive.

Considérés globalement, les cinq critères conduisent donc à confier au règlement la tâche de définir les exemptions à l'obligation d'immatriculer les véhicules, sous réserve de l'annonce, dans le CSR lui-même, des facteurs en considération desquels ces exemptions pourront être définies.

Pour autant qu'on puisse en juger, cette conclusion est compatible avec les critères de répartition proposés par Alarie et Boisvert et par Sparer et Schwab. Le partage entre loi et règlement que suggèrent nos cinq critères semble justifiable sur l'ensemble des échelles de répartition définies par ces auteurs. En revanche,

ce partage ne rejoint qu'en partie ce que préconisaient Garant et Issalys, qui auraient normalement réservé à la loi la création d'« exclusions » de catégories de personnes par rapport à l'ensemble de cette loi ou à certaines de ses dispositions. Du moins auraient-ils souhaité que la loi définisse elle-même avec précision les catégories susceptibles de faire l'objet d'une exemption éventuelle, laissant au règlement la seule tâche de décider de la mise en œuvre de l'exemption (GI 1981 : 226, 246 et 272-274).

## 8. La définition des types de véhicules

L'art. 4 CSR définit, outre les notions de « véhicule routier » et de « véhicule hors route », dix types de véhicules routiers; vingt autres types de véhicules routiers font l'objet d'une définition à l'art. 2 du *Règlement sur l'immatriculation des véhicules routiers* (D. 1420-91, (1991) 123 GOQ II 5881, et modif.) (ci-après : RIVR).

La plupart de ces catégories de véhicules entrent dans une hiérarchie complexe. La reconstitution de cette hiérarchie, à partir des textes, est un exercice laborieux. Il semble en ressortir que les « véhicules routiers » se composent d'une part des « véhicules automobiles » et d'autre part d'une série de types et de sous-types particuliers, allant du « véhicule d'urgence » à la « souffleuse à neige », en passant par la « remorque de ferme » et le « véhicule affecté au transport d'écoliers ». Les « véhicules automobiles » comprennent eux-mêmes un grand nombre de types, allant du « véhicule de promenade » au « véhicule de commerce », en passant par le « taxi » et l'« habitation motorisée ». Les véhicules automobiles appartenant à la plupart de ces types sont susceptibles d'entrer par ailleurs dans la catégorie transversale « véhicule commercial »; font exception les « autobus » et « minibus », qui font par ailleurs ensemble l'objet d'un reclassement en trois catégories d'« autobus »! Restent en marge de cette hiérarchie quelques isolés, que le règlement définit sans les englober explicitement dans un type de véhicules le (« tracteur de ferme » et la « machinerie agricole »). Vu les termes de la disposition habilitante, soit l'art. 618, par. 12, il faut cependant comprendre que ces définitions réglementaires ne peuvent concerner que des « véhicules routiers », dont l'art. 1, 2<sup>e</sup> al. CSR indique qu'ils sont les seuls « véhicules » susceptibles de faire l'objet d'immatriculation. D'autres types de « véhicules routiers » sont par ailleurs évoqués dans la loi ou le règlement, mais sans faire l'objet d'une définition; leur compréhension et leur situation exacte dans la hiérarchie demeurent donc incertaines (par ex. le « tracteur » de l'art. 15, par. 5<sup>o</sup> CSR, le « tracteur de jardin » et le « véhicule-jouet motorisé » de l'art. 14, par. 5<sup>o</sup> et 7<sup>o</sup> RIVR, ou le « véhicule de loisir » de l'art. 14, par. 3<sup>o</sup> CSR).

La tâche que ces textes visent à accomplir est de déterminer, par le biais d'une définition des termes employés dans le CSR ou son règlement d'application, le champ d'application des dispositions porteuses de règles. Le recours à la définition législative pour accomplir cette tâche est un procédé classique de la technique législative. On reconnaît de plus en plus volontiers, aujourd'hui, que son utilisation a un effet détestable sur la conception et l'intelligibilité des textes législatifs et réglementaires. Il est donc souhaitable de l'éviter, ou en tout cas de la minimiser. Parmi les solutions de rechange, deux se recommandent particulièrement à l'attention.

La première consiste à traiter ces définitions pour ce qu'elles sont, c'est-à-dire un élément déterminant le champ d'application global ou partiel de la loi ou du règlement. Il s'agit donc de reformuler ces définitions comme des dispositions énonçant le champ d'application de ces textes.

La seconde solution de rechange part du constat que beaucoup de ces définitions ne concernent qu'un nombre limité de dispositions du texte. Il est alors d'autant moins souhaitable de les faire figurer au tout début du texte, plutôt qu'à proximité - voire dans le corps même - des dispositions qu'elles concernent.

On abordera ici cette problématique, à propos des définitions de types de véhicules dans le CSR et le RIVR, sous l'angle plus étroit de la localisation optimale des définitions dans la loi, le règlement ou la directive. Cette approche, on le verra, ouvre néanmoins des perspectives plus larges sur l'utilisation de la définition en tant que procédé d'énonciation de normes.

Étant donné que les définitions législatives participent à la détermination du champ d'application des règles - en l'occurrence les règles relatives à l'immatriculation des véhicules routiers -, on paraît entièrement justifié de les traiter de la même manière que les dispositions exemptant de l'immatriculation certaines catégories de véhicules routiers. En substance, en effet, les deux types de dispositions remplissent une fonction de même nature.

Par conséquent, comme dans le cas des exemptions, la forme réglementaire paraît la mieux justifiable pour définir des types de véhicules. Cette solution de principe appelle cependant ici deux réserves.

La première concerne la notion de « véhicule routier ». Cette notion et celle de « chemin public » constituent les deux pôles du champ d'application de la loi, ainsi que le révèle rapidement la lecture des autres dispositions du titre préliminaire. La notion de « véhicule routier » joue par ailleurs un rôle central dans la plupart des autres titres du CSR, comme l'indiquent les articles 7, 61, 151 et 153, 167, 180, 212, 520, 546.1 et 616 CSR. Dans plusieurs des autres titres (les titres VII à VIII.2), elle intervient de manière fréquente et importante, même si elle n'est pas le pivot du dispositif. Il paraît s'imposer que le sens de cette notion soit livré au lecteur du CSR dans le corps même des dispositions énonçant le champ d'application du Code. Le caractère fondamental de la notion de « véhicule routier » pour l'intelligence de l'ensemble du CSR impose d'en réserver l'énonciation à la loi.

La seconde réserve qu'appelle l'attribution des définitions au domaine réglementaire est celle que nous avons formulée à propos des exemptions. Comme la première réserve, elle nous paraît se justifier de la même manière, à partir des cinq critères de légitimation, que dans le cas des exemptions. Il paraît souhaitable, en effet, que le Parlement indique lui-même que la notion de « véhicule routier » fait l'objet d'une décomposition en un certain nombre de catégories auxquelles s'appliquent les différentes dispositions du CSR, et qu'il annonce les considérations à partir desquelles le règlement définira ces catégories (par ex. les caractéristiques techniques des véhicules, les fins auxquelles ils sont destinés ou affectés, le statut professionnel de leur propriétaire, etc.).

Dans cette perspective, les dispositions réglementaires prendraient la forme d'un tableau du classement hiérarchique des catégories de véhicules routiers, accompagné d'une définition de chacune de ces catégories.

Deux des trois groupes d'auteurs du début des années 1980 n'ont pas accordé de traitement particulier aux dispositions comportant des définitions. On ne peut donc que constater que la répartition proposée ici n'est pas incompatible avec les échelles construites par Alarie et Boisvert et par Sparer et Schwab. Par contre, le choix de formes d'action étatique que nous venons d'exposer s'écarte nettement de celui que Garant et Issalys considéraient comme souhaitable. Pour ces auteurs, en effet, la loi devait donner elle-même le sens des notions qu'elle utilise. Le renvoi à une définition réglementaire ne leur paraissait admissible que dans le cas de termes d'une technicité élevée (et dont le sens ne pouvait donc être livré par la loi de manière à la fois concise, précise et intelligible au lecteur moyen) ou de notions n'intéressant qu'une très faible partie du dispositif légal.

## 9. L'article 619, par. 1<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup>, 6<sup>o</sup> et 8<sup>o</sup> CSR

Le CSR se distingue, parmi les lois québécoises, comme étant l'une de celles qui confèrent les pouvoirs réglementaires avec le plus de précision. Plus que le volume, certes imposant, de la réglementation fondée sur le CSR, c'est plutôt l'ampleur et le détail des dispositions habilitantes qui retiennent l'attention. En effet, comme nous l'avons relevé dès le début du présent chapitre, la minutie avec laquelle ont été décrits les pouvoirs réglementaires a conduit à dresser au titre XIII pas moins de sept listes d'habilitations (les art. 618 et 619, 620 à 622, 624 et 626) totalisant 187 paragraphes. Cette recherche d'exhaustivité par l'énumération précise semble s'être poursuivie dans la rédaction des règlements eux-mêmes. On a attiré notre attention sur quatre ensembles de normes réglementaires, qui ont en commun le recours plus ou moins massif à la méthode énumérative. Ces ensembles, ainsi que les dispositions du CSR sur lesquelles ils reposent, fournissent un autre terrain d'expérimentation des critères de légitimation des formes d'action étatique.

Le par. 1<sup>o</sup> de l'art. 619 CSR prévoit la détermination, par règlement du gouvernement, des « renseignements que doivent contenir les permis », complétant ainsi l'exigence de l'art. 63 CSR que « les permis contiennent les renseignements déterminés par règlement ». L'art. 5 du *Règlement sur les permis* (D.1421-91, (1991) 123 GOQ II 5919, et modif.) (ci-après : RP) énumère les sept mentions obligatoires sur le permis. Un dispositif semblable a été prévu en matière d'immatriculation par les art. 12 (qui ne vise que le certificat d'immatriculation) et 618, par. 40<sup>o</sup> CSR (habilitation relative à l'ensemble des pièces concernant l'immatriculation), et les art. 3 à 6 RIVR; l'art. 3, par exemple, énumère les dix mentions obligatoires sur le certificat.

Le par. 5<sup>o</sup> de l'art. 619 CSR habilite le gouvernement à établir par règlement les règles de calcul applicables en cas de remboursement des droits afférents à un permis. Ces règles sont énoncées, dans une série de six hypothèses, par les art. 79 à 84 RP. Un dispositif semblable est aménagé pour le remboursement des droits afférents à l'immatriculation par l'art. 618, par. 11<sup>o</sup> CSR et le ch. VI du RIVR.

Le par. 6<sup>o</sup> de l'art. 619 CSR autorise le gouvernement à prévoir par règlement « les renseignements qui doivent être fournis au soutien » d'une demande ou d'un

paiement périodique de droits concernant un permis, ainsi que « toute autre condition et formalité » applicable à ces opérations. Parmi ces formalités, diverses dispositions du *Règlement sur les permis* exigent la production, sur un formulaire fourni par la Société, d'une « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel », dont l'art. 7 RP décrit le contenu. De manière assez maladroitement, ce texte indique que la déclaration « doit porter sur l'un des problèmes de santé suivants »; suit une liste en 17 points sur laquelle figurent diverses affections et maladies, certaines pratiques susceptibles d'affecter le fonctionnement de la personne, et une clause générale résiduelle : « maladie autre que celles énumérées au présent article ».

Le par. 8° de l'art. 619 CSR prévoit l'établissement, par règlement du gouvernement, de « normes concernant la santé » déterminant quelles maladies, déficiences et situations sont considérées comme essentiellement ou relativement incompatibles avec la conduite d'une catégorie de véhicules routiers. La présence d'une telle maladie, déficience ou situation justifie notamment la Société de refuser un permis, aux termes des art. 81 ou 83 CSR. Le *Règlement sur les conditions d'accès à la conduite d'un véhicule routier relatives à la santé des conducteurs* (D. 32-89, (1989) 121 GOQ II 255, et modif.) (ci après : RSC) énumère ces maladies, déficiences et situations et qualifie l'incompatibilité qui en découle; en vertu de l'habilitation conférée par les art. 64 et 619, par. 2° CSR, il prévoit également dans quels cas ces états de santé justifient qu'un permis soit assorti de conditions.

Les tâches que visent à accomplir ces quatre ensembles de dispositions sont à la fois diverses et semblables. Il s'agit en effet, successivement, de « normaliser » la teneur d'un document officiel sur lequel repose une partie importante des règles du CSR, d'assurer à l'autorité administrative qu'elle dispose de renseignements personnels qui lui sont nécessaires pour assurer la sécurité routière, de préciser certaines des conditions d'accès à la conduite automobile, et enfin d'énoncer les règles de calcul du remboursement d'un prélèvement. Sauf dans le troisième cas, où des règles de fond de la sécurité routière sont en cause, ces ensembles normatifs intéressent des opérations administratives de mise en œuvre du CSR.

De plus, dans ces quatre ensembles, on a choisi de compléter le CSR par des normes ayant un statut et une forme réglementaires, dans lesquelles on a recherché la précision par une rédaction énumérative tendant à l'exhaustivité. On s'est demandé si ces normes ne devraient pas plutôt être exprimées dans des directives établies par la Société pour guider le travail de son personnel et de ses collaborateurs. L'application des critères de justification du choix d'une forme d'action étatique éclaire cette perspective.

Par rapport aux quatre tâches qu'il s'agit d'accomplir, le critère de **maîtrise politique** n'est mis en jeu que de manière négative. En effet, sauf sur deux points, l'intervention directe du Parlement semble une forme d'action disproportionnée aux enjeux de cette action.

Le premier de ces deux points faisant exception est l'imposition aux automobilistes de l'obligation de produire une « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel ». Cette obligation représente une atteinte, certes justifiable, au droit à la vie privée, que le Parlement devrait autoriser explicitement. On constate que ce n'est pas le cas en ce moment, puisque l'art. 69 CSR n'impose que le respect de

« formalités », dans lesquelles l'art. 619, par. 6° CSR englobe ensuite la fourniture de « renseignements », sans plus de précisions. Ce n'est en définitive qu'à la lecture du RP que se dévoile la nature de certains de ces renseignements : il s'agit de divulguer toute maladie, ainsi qu'un certain nombre d'affections, de comportements et de situations. L'ampleur de cette obligation de divulgation paraît nécessiter qu'elle soit imposée par le Parlement lui-même, bien que le contenu de la « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel » puisse légitimement, du point de vue de ce critère, être détaillé dans le règlement, comme c'est le cas actuellement. Quant à la directive, son rôle se situerait plutôt en aval, au stade de l'appréciation de la déclaration, comme on le verra plus loin.

D'autre part, fait également exception, sur le plan des exigences de la maîtrise politique, la création du droit au remboursement des droits afférents à un permis ou à l'immatriculation. L'existence de ce droit n'est envisagée qu'incidemment et à titre virtuel par les dispositions habilitantes des art. 619, par. 5° et 618, par. 11° CSR. Sa création dépend entièrement de l'intervention d'un règlement, qui détermine les cas d'ouverture au remboursement et de mode de calcul de celui-ci. De même que - comme on l'a relevé à propos des art. 21 et 69 CSR - l'imposition d'un prélèvement est une action étatique dont la forme doit répondre aux exigences de la maîtrise politique, de même le droit à un éventuel remboursement de ce prélèvement doit être garanti par une intervention directe du législateur. Si le mode de calcul de ce remboursement peut légitimement être déterminé par des prescriptions réglementaires, voire administratives, les cas donnant au citoyen droit à un remboursement devraient être indiqués par le Parlement.

Le critère de **qualité de l'espace public** semble assez peu exigeant quant à la forme de ces quatre actions étatiques. Seule l'ampleur de la divulgation de renseignements médicaux et personnels exigible relativement au permis de conduire pourrait justifier une délibération et une évaluation publiques. Dans une certaine mesure, le recours à la forme réglementaire garantit qu'il sera fait droit à cette exigence. Le point sensible de cette délibération et de cette évaluation serait toutefois, vraisemblablement, la protection du caractère confidentiel de ces renseignements, question relevant de l'application d'autres lois.

Le critère d'**équité**, et son exigence de prise en considération particularisée et régularisée des situations, ne se présente comme donnée vraiment significative que pour ce qui concerne l'appréciation de l'état de santé des conducteurs. Sur réception de la « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel », la Société doit en effet engager un processus d'appréciation de l'état de santé du déclarant. Ce processus est en grande partie déterminé par le **RSC**, qui renferme la qualification d'un grand nombre de situations de santé comme « essentiellement » ou « relativement » incompatibles avec la conduite. Il peut donner lieu, en vertu de l'art. 73 CSR, à un examen médical ou une évaluation de santé. Ce recours à l'expertise d'un professionnel de la santé dépend de l'application de « critères » établis par les membres du Comité consultatif sur la santé des conducteurs, lui-même composé de professionnels experts (art. 616, 1<sup>er</sup> al. CSR). Les situations non visées au RSC font l'objet d'un processus d'appréciation particulier, prévu au par. 3° de l'art. 81 CSR et comportant la consultation d'un membre de ce Comité (art. 616, 2<sup>e</sup> al. CSR).

Ces processus débouchent soit sur l'exercice par la Société de son pouvoir de refuser un permis (art. 81 CSR) ou de l'assortir de conditions (art. 64), soit sur le refus obligatoire du permis lorsqu'après examen ou évaluation, le requérant se trouve dans une situation de santé « essentiellement incompatible » avec la conduite (art. 83, par. 2<sup>o</sup> CSR).

Les exigences du critère d'équité portent principalement sur l'appréciation des états de santé non essentiellement incompatibles avec la conduite, mais susceptibles d'entraîner l'assujettissement du permis à certaines conditions, voire le refus du permis. Il y a là matière à une appréciation entièrement individualisée, qui tienne compte de l'état de santé global de chaque personne, tel qu'on peut l'établir à partir de sa « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel », qui a elle-même, rappelons-le, un objet global. L'encadrement de ce processus d'appréciation individualisée pourrait donc, légitimement du point de vue de l'équité, prendre la forme de normes administratives de la Société.

Ainsi, alors que l'énumération des états dont il est manifeste qu'ils sont toujours essentiellement incompatibles avec la conduite pourrait conserver une forme réglementaire, dont l'application entraîne un refus obligatoire du permis, l'appréciation de l'impact d'autres états sur la capacité de conduire conserverait un caractère souple. Les normes relatives au recours à l'expertise, à l'appréciation de l'état de santé, et à l'imposition de conditions au titulaire du permis, conserveraient ou prendraient donc la forme de directives.

Le critère de **compétence technique** conduit aux mêmes conclusions que le critère d'équité. Les considérations d'expertise scientifique ne pèsent sur le choix d'une forme d'action étatique que dans un seul de ces quatre cas : celui de l'appréciation de l'état de santé des conducteurs. La forme d'action étatique qui permet le mieux de tirer parti de l'expertise des sciences de la santé est la norme administrative, dont l'application souple peut intégrer un jugement scientifique nuancé et pleinement informé.

Le législateur, on l'a vu, a d'ailleurs déjà opté pour cette forme d'action étatique dans le cas des critères de recours à l'expertise prévue à l'art. 73 CSR. Ces normes administratives sont élaborées par une instance technique indépendante, le Comité consultatif sur la santé des conducteurs. Les normes administratives envisagées, en application de nos critères d'équité et de compétence technique, à propos des autres aspects de l'appréciation de l'état de santé des conducteurs, devraient logiquement être élaborées de la même manière.

De son côté, le critère d'**économie de moyens** paraît d'emblée devoir jouer ici un rôle significatif dans le choix d'une forme d'action étatique. En effet, trois des quatre tâches qu'il s'agit d'accomplir concernent essentiellement des opérations de mise en œuvre - par opposition à des questions de fond. Ce sont donc là des terrains sur lesquels se ressent particulièrement le besoin de concilier simplicité et efficacité tout en minimisant les coûts.

Les exigences de ce critère conduisent cependant à des conclusions variables. Elles incitent à privilégier la forme réglementaire en ce qui concerne la normalisation des mentions apparaissant sur les pièces officielles. En effet, vu l'importance des effets juridiques rattachés à ces pièces, l'efficacité commande vraisemblablement d'énumérer ces mentions de manière précise, stable et contraignante, dans un règlement.

En revanche, les trois autres tâches ne semblent nullement exiger dans la même mesure la mise en place de normes réglementaires. Au départ de ces trois tâches, il importe que le principe de l'action étatique soit affirmé dans la loi - ce qui n'est actuellement le cas que d'une seule d'entre elles. Le législateur doit poser lui-même le principe de l'obligation de produire une « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel », celui de la compétence de la Société pour refuser ou limiter l'accès d'une personne à la conduite automobile en fonction de l'appréciation que fait la Société de l'état de santé de cette personne, et enfin le droit du redevable de se faire rembourser un prélèvement dans certaines situations. Ces principes posés, le critère d'économie de moyens incite à donner pour le reste à l'action étatique la forme de normes administratives encadrant de façon souple la teneur de la déclaration, l'appréciation de l'état de santé et le calcul du remboursement.

Le tableau ci-joint résume nos conclusions à propos d'une partie de la réglementation fondée sur les par. 1°, 5°, 6° et 8° de l'art. 619 CSR. Il fait voir dans quelle mesure chacun des cinq critères justifie de maintenir ces dispositions réglementaires sous cette forme, ou de les reclasser plutôt dans la loi ou dans des directives. L'application combinée de nos critères suggère :

- qu'il n'y a pas lieu de modifier la forme des règles relatives aux mentions obligatoires sur les pièces officielles;
- que l'obligation de produire la « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel » devrait recevoir une expression législative précise, mais que le reste des prescriptions relatives à cette déclaration devrait prendre la forme de directives;

**LES DISPOSITIONS RÉGLEMENTAIRES FONDÉES  
SUR L'ART. 619, par. 1°, 5°, 6° et 8° CSR**  
*Propositions de localisation optimale*

CRITÈRE Objet de réglementation	Maîtrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Mentions sur les pièces	R ou → D	R ou → D	R ou → D	R ou → D	R
Déclaration de maladie	R ou → D <i>sauf obligation :</i> → L	R ou → D	R ou → D	R ou → D	→ D
États incompatibles avec la conduite	R ou → D	R ou → D	R et → D	R et → D	R et → D
Remboursement de droits	R ou → D <i>sauf droit au remboursement :</i> → L	R ou → D	R ou → D	R ou → D	→ D

L : Loi    R : Règlement    D : Directive    → : Relocalisation

- qu'il n'y a pas lieu de relocaliser les règles relatives à l'appréciation des états de santé essentiellement incompatibles avec la conduite automobile, mais que celles relatives à l'appréciation d'états non essentiellement incompatibles devrait prendre la forme de directives;
- que le droit au remboursement des droits, et les situations qui y donnent ouverture, devraient recevoir un fondement législatif direct, mais que les prescriptions relatives au calcul de ce remboursement devraient prendre la forme de directives.

Vu l'importance de la part revenant à la directive dans ces conclusions, il devient difficile de les comparer avec celles auxquelles auraient conduit les critères proposés dans les travaux des années 1980-1981. En effet, ainsi qu'on l'a relevé et expliqué au début du présent texte, ces travaux ont presque entièrement ignoré la directive, et n'ont donc pas proposé de critères de répartition des normes qui tiennent compte de cette forme d'action étatique.



Ce long essai d'application à quelques dispositions du CSR et de ses règlements d'application livre un certain nombre d'enseignements.

Il indique certainement que l'application des cinq critères que nous avons proposés ne pourra que rarement se réduire à une opération simple. Cette complexité était prévisible. L'espoir, encore timidement entretenu par les auteurs des années 1980, de parvenir à une « grille de classement » des normes, valable en toute occasion, doit être abandonné pour les raisons que nous avons exposées et qui tiennent à l'évolution du système juridique. En proposant de déterminer le choix d'une forme d'action étatique en fonction, d'une part, de la tâche concrète assignée à cette action, et d'autre part, des principales valeurs qui fondent l'action d'un État démocratique, nous avons tourné le dos aux « réponses toutes faites ». La démarche qu'implique la mise en œuvre de ces cinq critères est bien une démarche de justification. Il s'agit de rendre raison du choix d'une forme d'action étatique plutôt que d'une autre. Cela n'est pas sans analogie avec la démarche de celui qui rend raison de son jugement sur une affaire : dans les deux cas, il s'agit d'une justification située (elle est tributaire du concret) et argumentée (elle doit pondérer un ensemble de considérations plus ou moins divergentes). Telle est l'exigence de cette recherche de légitimation.

L'exercice qui vient d'être fait nous semble cependant confirmer que cette exigence porte ses fruits. En amenant à se poser les « vraies questions » à propos des enjeux d'une norme en projet, sur les plans politique, social, éthique, scientifique et pratique, cette démarche permet de savoir véritablement pourquoi cette norme devrait prendre telle forme plutôt qu'une autre. Certes, on l'a vu, les réponses obtenues ne sont pas forcément très différentes de celles que proposaient l'usage ou les critères plus approximatifs élaborés par nos devanciers, du moins tant que la gamme des choix se borne au couple classique loi/règlement. Mais cette gamme est aujourd'hui largement amplifiée, et le choix entre les formes d'action étatique doit être soumis à une démarche de justification qui en tienne compte.



# Chapitre 2

COMMENT

CONCEVOIR

DE NOUVELLES

FORMES DE

RÉGLEMENTATION ?



**Dans** ce second chapitre,

la réflexion sur les conditions de justification des formes d'action étatique se poursuivra, sans changer de nature, sur un plan différent. Comme on vient de le rappeler en concluant le chapitre précédent, cette réflexion ne peut plus se borner à examiner l'alternative entre les formes classiques d'énonciation de normes de portée générale – la loi et le règlement –, ni même à éclairer le choix entre l'une ou l'autre de ces deux formes et la directive, norme administrative de portée générale. L'évolution de la technique juridique a en effet suscité l'apparition ou le développement, sous la forme réglementaire, de procédés nouveaux d'action étatique.

Le recours à ces diverses pratiques de réglementation pose, à son tour, la question de sa justification optimale. Celle-ci ne pourra être pleinement appréciée, dans un cas donné, qu'en prenant en considération la tâche qu'il s'agit en l'occurrence d'accomplir. On peut toutefois ébaucher cette réflexion en tentant de situer chacune de ces nouvelles formes de réglementation par rapport aux exigences de la maîtrise politique, de la qualité de l'espace public, de l'équité, de la compétence technique et de l'économie de moyens. Telle sera la visée de ce second chapitre.

Avant de considérer, en regard de ces cinq critères de justification, les options qu'offrent ces nouvelles formes de réglementation, il est nécessaire de préciser les caractéristiques de chacune d'elles. Il s'agit donc, dans un premier temps, de décrire en quoi chacune de ces formes de réglementation s'écarte de la forme classique du règlement. La mesure de cet écart permet de comprendre quels avantages sont recherchés par le recours à cette forme de réglementation, et quelles précautions doivent être prises pour assurer la légalité de textes qui ne répondent pas en tous points à la notion orthodoxe de règlement. Ce n'est qu'après cette analyse de la nature de ces phénomènes réglementaires nouveaux, donc dans un deuxième temps, que nous leur appliquerons la problématique de justification exposée au chapitre 1.

Le point de départ de la réflexion est donc cette « notion orthodoxe » du règlement, aujourd'hui codifiée à l'art. 1 de la *Loi sur les règlements* : « acte normatif, de caractère général et impersonnel, édicté en vertu d'une loi et qui, lorsqu'il est en vigueur, a force de loi ».

Certaines des nouvelles formes de réglementation s'écartent de cette conception classique en ce qu'elles ne répondent plus tout-à-fait à l'idée d'un « acte édicté ». En effet, le caractère d'imposition unilatérale d'une règle s'y trouve sensiblement atténué par un élément d'autonomie (au sens premier que suggère l'étymologie de ce terme). L'écart, par rapport à la notion classique, apparaît donc dans l'*élaboration* de la norme, qui fait une place plus ou moins grande à la libre adhésion des assujettis.

D'autres formes nouvelles de réglementation peuvent s'analyser comme une remise en cause du caractère intrinsèquement « normatif » de l'acte. L'effet de règle, la valeur de norme de référence, que comporte la notion de règlement, s'y trouvent atténués par une sorte de distance mise entre le texte et les comportements qu'il vise à régir : tantôt le texte ne leur propose qu'une norme de référence reportée sur un horizon temporel, tantôt il les renvoie à une norme située ailleurs que dans le règlement lui-même. C'est ici dans la *teneur* même de la norme que se mesure l'écart par rapport à la notion classique.

Enfin, diverses autres formes de réglementation innovent sur le plan de la mise en œuvre, en ajoutant ou en dérogeant à l'idée qu'un règlement a « force de loi ». De cette idée se déduit normalement le recours, pour assurer l'application du règlement, aux moyens habituels d'application des lois : contrôle de conformité, aussi systématique que possible, par le Pouvoir exécutif et sanction éventuelle imposée par le Pouvoir judiciaire. Or, ces nouvelles formes de réglementation ont recours à d'autres agents de contrôle et à d'autres modes de sanction. C'est donc sur le terrain de l'*application* de la norme que se situe leur particularité.

Le choix de ces nouvelles formes de réglementation exprime donc une volonté d'infléchir sur trois plans différents l'emploi du règlement comme forme d'action étatique, en agissant tantôt sur l'*élaboration* de la norme réglementaire (**A**), tantôt sur la *teneur* de cette norme (**B**), tantôt sur son application (**C**).

## A Agir sur l'élaboration de la norme

Les procédés réglementaires dont il s'agit sur ce premier plan ont pour caractéristique commune d'atténuer le caractère d'unilatéralité associé à l'élaboration du règlement dans la représentation classique du pouvoir réglementaire. En effet, à travers ces procédés d'élaboration, le règlement tend à exprimer le résultat d'une interaction dialectique entre l'administration publique, titulaire de ce pouvoir, et les individus ou groupes d'intérêts que concerne le projet de réglementation. Dans les faits sinon dans la forme, cette interaction donne lieu à un partage du pouvoir réglementaire. Ce partage peut s'analyser selon deux modalités. La première est celle d'une association à l'élaboration du règlement; on pourra alors parler de *réglementation négociée* (1.). La seconde est celle d'une délégation de la tâche d'élaboration proprement dite aux groupes d'intérêts que concerne au premier chef la réglementation en projet, sous réserve d'un contrôle exercé par l'administration publique sur la mise au point définitive et l'édition de cette réglementation; on pourra qualifier ce procédé d'*autoréglementation contrôlée* (2.).

### 1. La réglementation négociée

#### a. Le développement des pratiques

Les premières phases d'expansion du pouvoir réglementaire et de la réglementation ont été les périodes de guerre mondiale. Le règlement a été durablement marqué, dans l'imaginaire social, par ces origines. Il continue d'évoquer une image régaliennne, autocratique, éventuellement arbitraire. Le mouvement de déréglementation a pu s'alimenter à cette image, et faire valoir que l'État persistait à employer pour l'encadrement des conduites, notamment économiques, des procédés essentiellement autoritaires hérités du dirigisme de guerre. En réalité, cependant, depuis au moins trois décennies au Québec, l'élaboration des règlements s'est considérablement éloignée de ce modèle supposé.

Il n'est pas douteux, en effet, que s'est implantée depuis longtemps, dans le processus d'élaboration des règlements, une pratique informelle de consultation. Ces discussions relèvent pour une part des exigences de la concertation à l'intérieur de l'appareil administratif de l'État, mais le cercle des participants peut être étendu bien au-delà. La consultation porte normalement sur le fond même d'une intervention réglementaire envisagée. Rien n'interdit de penser, cependant, qu'elle puisse concerner aussi la forme de textes en projet (Trevethan, Gordon et Roy 1995). L'existence de cette pratique de consultation a d'ailleurs été consacrée comme étape normale de ce processus par les versions successives du *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif* depuis au moins le début des années 1980 (voir D.1900-81, (1981) 113 GOQ II 3489; D.2000-83, (1983) 115 GOQ II 4243; D.140-96, (1996) 128 GOQ II 1518) : un mémoire au Conseil exécutif, notamment lorsqu'il recommande l'adoption ou l'approbation d'un règlement, doit faire état des consultations dont a fait ou doit faire l'objet la mesure qu'il propose. Certes, il ne s'ensuit pas pour autant qu'un intéressé puisse revendiquer,

sur la base de l'obligation d'agir équitablement, un « droit d'être consulté » à ce stade du processus d'élaboration (Keyes 1992 : 91-95). À supposer qu'un tel droit soit reconnu en matière réglementaire, par transposition du droit d'être entendu préalablement à une décision individualisée défavorable (*Loi sur la justice administrative*, LRQ c. J-3, art. 5 à 7), il faudrait en situer le cadre d'exercice au stade ultérieur de la publication du projet de règlement, prévue à la *Loi sur les règlements*. Au stade de l'élaboration administrative initiale d'un projet de règlement, le choix de ses interlocuteurs par l'administration publique demeure discrétionnaire.

La théorie de l'attente légitime ne semble pas susceptible de remettre en cause le caractère discrétionnaire de cette consultation informelle. Cette théorie, et les obligations de procédure qu'on peut en faire découler, ne s'applique pas « à un organe qui exerce des fonctions purement législatives » (*Renvoi : Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525, p. 558). Par conséquent, du moins dans le cas d'un pouvoir réglementaire conféré au gouvernement en des termes complètement discrétionnaires, même la promesse de consulter un intéressé lors de l'élaboration du texte ne peut faire naître un droit d'être consulté (*Apotex Inc. c. PG Canada*, [1997] 1 CF 518 (SPI); Keyes 1992 : 95-97; voir cependant Small 1995 : 137-144).

Enfin, le caractère législatif de l'acte réglementaire semble faire obstacle à son assujettissement à d'éventuelles exigences de consultation tirées de la *Charte canadienne des droits et libertés* (CCDL) (Keyes 1992 : 97-98). Certes, on a pu soutenir que les « principes de justice fondamentale » évoqués à l'art. 7 CCDL comporteraient une exigence d'assurer une participation significative des individus et des groupes intéressés, lors de l'élaboration d'un règlement susceptible de porter atteinte au droit à la vie et à la sécurité de la personne (Jackman 1991 : 27-34). Ici encore, cependant, à supposer qu'un tel droit puisse être fondé sur l'art. 7 CCDL, il semblerait que les possibilités de participation offertes par la procédure de publication des projets de règlement en constituent le cadre d'exercice.

Le caractère à la fois discrétionnaire et informel de la consultation à laquelle se livre l'administration publique lors de l'élaboration initiale d'un règlement comporte certains risques. L'un d'eux renvoie à l'image traditionnelle du pouvoir réglementaire : l'administration, en fait, ne consulterait personne et concocterait dans le secret des bureaux des textes liberticides qu'elle s'efforcerait ensuite de faire adopter tout aussi discrètement. À notre époque, ce n'est pas le risque le plus réel. Il faut redouter davantage que l'administration publique, sous couvert de consultations informelles, ne recueille, à dessein ou par la force des choses, que l'avis des intérêts les plus puissants et les mieux informés. Ce risque de captation du processus d'élaboration est le plus sérieux, notamment parce qu'il suscite la crainte de négociations occultes avec ces intérêts, au détriment de l'intérêt public. Le Parlement s'est montré sensible à ce risque. Il a cherché à atténuer ce double caractère discrétionnaire et informel (et, par suite, plus ou moins confidentiel) de la consultation préalable à l'élaboration des règlements.

En effet, depuis les années 1970, et de manière systématique depuis 1985, une procédure formelle de consultation du public est prévue à propos des projets de règlement (*Loi sur les règlements*, LRQ c. R-18.1, art. 8 à 14, 25 et 26). Cette opération de consultation intervient donc après le processus initial d'élaboration

administrative d'un projet de texte, et même après que celui-ci ait reçu l'approbation préliminaire de l'autorité investie du pouvoir de l'adopter. La consultation est cependant largement ouverte à tout intéressé, pendant un délai qui ne peut en principe être inférieur à 45 jours. L'efficacité de cette procédure est incertaine. On peut s'en faire une idée à partir de quelques constats. À la différence de ce qui se pratique, par exemple, lorsqu'une commission de l'Assemblée nationale procède à une consultation générale, l'invitation lancée au public n'apparaît que dans la *Gazette officielle du Québec*, et non pas dans la presse quotidienne. Cette dernière fait très rarement état de la publication d'un projet de règlement dans la *Gazette* et de la possibilité pour le public de faire connaître son point de vue. Tout porte donc à croire que ce sont essentiellement les groupes d'intérêts les mieux organisés et les plus puissants qui se prévalent de cette possibilité. En l'absence de données sur ce point, il est difficile de porter un jugement plus net sur la mesure dans laquelle la publication des projets de règlement permet véritablement d'élargir le cercle de la consultation.

Deux points positifs peuvent cependant être relevés. D'une part, depuis 1996, le *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif* (Annexe B, art. 7) prévoit que l'avis accompagnant le projet lors de sa publication signale l'existence de l'étude d'impact jointe au projet lors de sa proposition au Conseil exécutif, et résume les impacts prévisibles sur les citoyens et les entreprises, en particulier les PME. Cette étude étant normalement accessible au public, une base de discussion supplémentaire est ainsi mise à la disposition de quiconque souhaite commenter le projet. D'autre part, lors de la publication du règlement à la suite de son adoption ou approbation par le gouvernement, le décret porteur indique si les modifications que présente le texte par rapport au projet publié antérieurement font suite aux observations reçues du public; on peut ainsi constater dans quelle mesure il est tenu compte des résultats de la consultation. Bien entendu, le fait qu'il ne soit pas donné suite à un projet de règlement peut également être un effet de la consultation. Ces deux éléments n'ont toutefois qu'une valeur d'indices, et n'autorisent pas à porter un jugement d'ensemble sur l'efficacité de la consultation.

Le Parlement a manifestement attaché une certaine importance à cette procédure de consultation publique, puisqu'il a sanctionné sa violation par la nullité du règlement. Sans doute faut-il voir là un souci de garantir au processus d'élaboration des règlements un minimum de transparence, susceptible de réduire – sans le supprimer complètement – le risque de captation inhérente à des négociations occultes survenues en amont. La procédure de publication des projets consacre une ouverture au pluralisme des intérêts matériels ou moraux et à leur promotion. Elle présente cependant l'inconvénient de ne pas permettre que la discussion et l'arbitrage entre ces intérêts se déroule dans un véritable espace public. À cet égard, il convient d'évoquer le modèle qu'offre le droit fédéral de l'environnement. En effet, la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* de 1988 (LRC (1985), c.16 (4<sup>e</sup> suppl.) et modif., art. 13, 48, 62, 86 et 89 à 97), après avoir imposé la publication des projets de règlement qui en découlent, prévoit la possibilité pour quiconque de déposer un avis d'opposition au projet, susceptible d'enclencher une procédure d'enquête publique. Le rapport d'enquête doit être rendu public. Bien que le ministre fédéral de l'Environnement ait reçu depuis 1988 quelques avis d'opposition,

il n'a jamais exercé son pouvoir de leur donner suite en instituant une enquête. La procédure d'enquête a elle-même fait l'objet d'un projet de réglementation (voir (1992) 126 *Gaz. Can.* I.3899), qui n'a pas été adopté. Ces dispositions ont été reconduites lors de la récente refonte de cette loi (*Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), P.L. C-32, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> législ., art. 332 à 341); dans le cas de certains projets de règlement, l'avis d'opposition entraînera obligatoirement l'ouverture d'une enquête publique. La publication des projets de règlement ouvre une fenêtre sur les éléments de la négociation en cours, mais cette fenêtre se referme ensuite, et le processus reprend son opacité jusqu'à son terme. La conception régaliennne du pouvoir réglementaire persiste donc, et avec elle un certain nombre d'effets critiquables : une légitimation amoindrie; la perpétuation d'une culture de l'expert, peu favorable à la participation civique; la vulnérabilité au *lobbying* et aux pressions indues (Reid 1996 : 107).

Ces effets traduisent essentiellement l'écart entre le principe de consultation du public affiché par la *Loi sur les règlements* et les pratiques effectives de négociation des projets de réglementation entre l'administration publique et un cercle d'intérêts plus ou moins étendu. La réduction de cet écart ne peut passer que par l'institutionnalisation des pratiques de réglementation négociée.

Avant d'exposer un modèle possible d'un processus de réglementation négociée, une observation s'impose. Le souci d'allègement des normes réglementaires ne devrait pas se réduire exclusivement à un allègement du « poids objectif » de la réglementation, c'est-à-dire à une simplification du réseau des règles juridiques et à une diminution des contraintes, des interdits et des coûts qu'elles font peser sur la société civile et les acteurs économiques. L'allègement doit aussi se préoccuper du « poids subjectif » de la réglementation. Des règles mieux justifiées, élaborées avec la participation directe, réelle et concertée des intéressés, ont une légitimité plus clairement apparente, et les charges qui en découlent sont mieux acceptées parce que leur fondement et leur répartition ont fait l'objet d'un plus large consensus préalable. Tout ce qui tend à faire mieux assumer par les intéressés le sens d'une réglementation contribue à « alléger » celle-ci, et surtout à en accroître la qualité démocratique et l'efficacité.

D'où l'intérêt, semble-t-il, de reconnaître formellement, au moins pour certains types de règlements, que leur élaboration donne en pratique lieu à une véritable négociation de leur contenu entre l'État et divers intérêts, ou entre ceux-ci sous l'arbitrage de l'État, et d'organiser cette négociation.

### **b. L'exemple américain**

Le droit fédéral américain comporte depuis 1990 une procédure de réglementation négociée (*Negotiated Rulemaking Act*, P.L. 101-648, 5 USC 581-590), dont au moins certains éléments pourraient servir de modèle. L'exposé des motifs de la loi modificative (art. 2) fait voir que le contexte dans lequel cette procédure a été introduite aux États-Unis suscitait des préoccupations très différentes de celles que l'on vient d'évoquer pour le Québec. En effet, le droit administratif américain prévoit, sur la base d'un ensemble de textes remontant à l'*Administrative Procedure Act* de 1946, la tenue, par les organismes fédéraux de régulation, d'audiences publiques sur leurs projets de réglementation. Le caractère judiciairisé et contradictoire

de ces audiences a favorisé la confrontation, plutôt que la négociation et la conciliation, entre les intérêts en présence. Il a également nuï à la mise en commun des connaissances et des efforts, ralenti le processus réglementaire et occasionné des surcoûts importants (Harter 1982 : 19-27; DeMunck et Lenoble 1996 : 172-176). Le Congrès a tenté par la loi de 1990 de prévenir ces effets en mettant à la disposition des organismes de régulation une procédure de négociation des projets de règlement. Grâce à cette procédure, il visait à la fois à produire une réglementation de meilleure qualité, mieux acceptée par les intérêts qu'elle touche et moins susceptible de contestation judiciaire, et à réduire la durée globale du processus de mise en place d'une réglementation nouvelle.

Les étapes essentielles de la procédure sont les suivantes :

- L'autorité investie du pouvoir réglementaire décide de l'opportunité de recourir à cette procédure pour l'élaboration d'un texte. Elle tient compte d'une série de considérations, énumérées par la loi, et notamment du nombre des groupements d'intérêts susceptibles d'être touchés par le texte, de la possibilité d'assurer une représentation équilibrée de ces intérêts dans une éventuelle négociation, des perspectives que la négociation soit menée de bonne foi avec le désir de dégager un consensus, et des chances que ce consensus puisse se dégager dans un délai déterminé. L'autorité publique elle-même doit être disposée à affecter des ressources suffisantes à l'opération, et à fonder le projet de texte sur le consensus dégagé par la négociation.
- L'autorité publique peut charger un informateur (*convener*) impartial d'effectuer une démarche exploratoire visant à préciser le cercle des intérêts touchés, les questions à débattre lors d'une éventuelle négociation, et la praticabilité de celle-ci dans le cadre prévu par la loi. Le rapport de l'informateur est accessible au public.
- L'autorité publique engage la procédure par la publication d'un avis dans le journal officiel (*Federal Register*) et, s'il y a lieu, dans la presse spécialisée. L'avis énonce l'objet du règlement envisagé, les questions à débattre, la liste des intérêts susceptibles d'être touchés, la liste des personnes invitées à assurer la représentation de ces intérêts au sein de la commission de négociation (*negotiated rulemaking committee*), le nom de ses propres représentants, un programme et un échéancier de travail et la date prévue de mise au point du projet définitif. Le public est invité à faire connaître son point de vue sur le contenu de l'avis, et notamment à proposer la représentation d'autres intérêts ou le nom d'autres représentants que ceux désignés dans l'avis.
- Au terme d'un délai de 30 jours, l'autorité publique peut constituer une commission de négociation. En principe, celle-ci ne peut compter plus de 25 membres.
- L'autorité publique propose à la commission le nom d'un modérateur (*facilitator*), en principe choisi sur une liste permanente constituée par l'Assemblée des juges administratifs fédéraux (*Administrative Conference*) en consultation avec le Service fédéral de médiation et de conciliation. La commission peut récuser toute candidature successivement proposée par l'autorité et choisir elle-même son modérateur. Le modérateur préside les séances de la commission, prête un concours impartial à la négociation et tient le procès-verbal des travaux.

- La commission décide elle-même du déroulement de ses travaux, au terme desquels elle fait rapport à l'autorité publique. En principe, ce rapport doit faire état de conclusions unanimes, à moins que la commission elle-même ait convenu de viser un large consensus, et donc de ne pas s'astreindre à l'unanimité. Le rapport peut formuler un projet de texte issu de la négociation ou, à défaut de majorité suffisante sur un tel projet, se contenter d'indiquer les questions mises en négociation sur lesquelles un accord a pu être dégagé. La commission peut faire dans ce rapport toutes observations ou propositions qu'elle juge utile. Les membres minoritaires peuvent y joindre leur opinion.
- L'autorité publique titulaire du pouvoir réglementaire décide si elle donne suite au projet de réglementation; dans l'affirmative, elle tient normalement compte, dans toute la mesure où le droit applicable le lui permet, des résultats de la négociation pour formuler le projet définitif. Celui-ci est par la suite soumis au processus réglementaire habituel. Grâce à la négociation qui l'aura préparé, on peut prévoir que le projet franchira plus rapidement les étapes de ce processus, puisque l'essentiel des éventuelles oppositions aura été désamorcé.

L'objectif de cette innovation en droit américain est manifestement de contrer certains des excès et dysfonctionnements imputables à la judiciarisation de l'action administrative. Ce n'est absolument pas là ce qu'on peut déplorer à propos du processus réglementaire au Québec. Il s'agit plutôt, dans notre contexte juridique, de tempérer le caractère unilatéral de l'action étatique en forme réglementaire, en associant à l'élaboration d'un projet de règlement les groupes d'intérêts éventuellement touchés, au moyen d'une procédure plus ouverte et plus explicitement délibérative que la consultation actuellement prévue.

Une innovation de ce genre ne paraît nullement inconciliable avec la culture politique et administrative du Québec. L'idée de concertation définit depuis un bon moment l'un des caractères principaux de l'action étatique au Québec, notamment en matière économique. La réglementation négociée envisagée ici paraît susceptible de compléter et de prolonger les institutions et les pratiques déjà en place et rattachables à cette idée. L'analogie avec le processus législatif est d'ailleurs suggestive : la procédure de réglementation négociée jouerait un rôle comparable à celui que tient en matière législative la procédure de renvoi d'un projet en commission pour consultation générale après sa présentation. La pratique politique montre que ce renvoi est fréquemment l'occasion d'une quasi-négociation du contenu du projet de loi entre le ministre promoteur, l'opposition parlementaire et les groupes d'intérêts entendus par la commission.

Par ailleurs, on observera que ce modèle américain préserve le rôle déterminant de l'État dans le processus réglementaire. L'autorité publique décide souverainement de l'opportunité de recourir à la procédure de négociation. Elle délimite l'objet de la négociation. Elle demeure libre de donner suite au résultat de la négociation, sous réserve du poids politique dont bénéficie un rapport unanime de la commission, que seuls des obstacles juridiques difficilement contournables justifieraient d'ignorer (Harter 1982 : 100-101).

À l'évidence, une telle procédure ne saurait s'appliquer à l'ensemble de la réglementation. Sa mise en œuvre dépendrait, dans un cas donné, de l'appréciation

d'un ensemble de facteurs : l'existence d'un équilibre relatif entre les intérêts en présence, leur nombre, la maturité de la question, l'inévitabilité à court terme d'une réglementation de cette question, la possibilité de concessions réciproques et d'une répartition des gains entre les différents intérêts, la possibilité d'isoler des questions ne mettant pas en jeu des valeurs fondamentales non négociables, la disponibilité des données factuelles pertinentes et l'accès de l'autorité publique à ces données (Harter 1982 : 44-52). Les combinaisons variables que peuvent présenter ces différents facteurs déterminent non seulement la possibilité d'entreprendre ou de réussir une négociation, mais encore la forme que sont susceptibles de prendre ses résultats. Seules certaines d'entre elles offrent une possibilité réelle de déboucher sur un texte à caractère réglementaire (Lascoumes 1993 : 66-83).

### **c. Évaluation**

Considérée globalement, en tant que forme d'action étatique, et donc en faisant abstraction de la matière d'une éventuelle réglementation, quelle appréciation peut-on formuler à propos de la réglementation négociée, à partir des cinq critères de justification exposés au chapitre 1 ?

L'absence, en droit québécois, d'un processus formalisé de négociation des règlements, comme il en existe en droit fédéral américain, oblige à procéder à cette évaluation en deux temps. Il convient d'appliquer d'abord nos critères à un tel processus formalisé, dans l'hypothèse où on en envisagerait l'introduction au Québec, soit de manière générale, soit dans un cadre plus limité, par exemple celui du CSR. Dans un second temps, il convient d'apprécier les pratiques de négociation informelle auxquelles se prête aujourd'hui le processus réglementaire québécois.

Envisagée comme étape formelle susceptible d'être introduite dans le processus d'élaboration de règlements, la négociation semble appeler une appréciation très favorable du point de vue de la qualité de l'espace public, de même que de celui de la compétence technique; en revanche, elle suscite quelques réserves par rapport aux trois autres critères, notamment à celui de l'équité.

Une procédure formelle de réglementation négociée contribue manifestement à la **qualité de l'espace public**. Elle institue un nouveau lieu de délibération publique, permettant d'associer une large gamme d'intérêts à l'élaboration d'une réglementation. Par ses caractères d'ouverture et de publicité, elle se compare favorablement à la procédure actuelle, dans laquelle la négociation n'est que faiblement formalisée et demeure largement opaque. Elle crée la possibilité – en plus de celle que comporte la procédure actuelle de publication des projets – d'une participation civique à l'élaboration de l'action publique sur des sujets de large portée. Elle aménage un nouveau canal de communication, à ciel ouvert, entre les responsables politiques et administratifs et la société civile. Elle rend possible un véritable débat, non seulement au sein de la commission de négociation, mais dans l'opinion publique, sur les fins et les moyens d'importantes interventions réglementaires de l'État.

Sous l'angle de la **compétence technique**, un processus formel de réglementation négociée peut fournir un cadre propice au rassemblement et à la discussion des données produites par les sources d'expertise pertinente. Il convient de rappeler, cependant, que le rassemblement et la mise en commun des données, et la réduction des incertitudes qu'elles comportent, sont des préalables à une négociation réussie.

L'expertise technique ne peut constituer l'objet de la négociation. Elle en est le support, pour autant qu'elle soit mise à la disposition de l'ensemble des parties à la négociation dans des conditions d'égalité entre elles. Le processus formel de réglementation négociée permet de valider les résultats de la négociation en regard des données de l'expertise technique; ce n'est pas le cas d'un processus officieux de négociation, car celui-ci ne garantit pas que toutes les données pertinentes soient rendues accessibles au public en temps utile.

Par ailleurs, tout processus de négociation est susceptible de distorsions dues aux déséquilibres de pouvoir. Même formalisé et soumis à une large publicité, un processus de réglementation négociée n'échappe pas à ce risque d'atteintes à l'équité. Un effort de tous les instants est donc nécessaire – au premier chef de la part de l'autorité publique qui recourt à la procédure de réglementation négociée – pour éviter que, livrée à elle-même, celle-ci ne s'engage dans une démarche inconciliable avec l'équité. Au moins deux hypothèses sont à craindre sur ce plan. La première se présenterait si la participation des intérêts mis en cause est incomplète, insuffisante ou inefficace : certains d'entre eux pourraient alors être en mesure de faire émerger un résultat en apparence équilibré, mais en réalité biaisé en leur faveur. La seconde serait le risque d'un résultat comportant certes une répartition des avantages entre les intérêts particuliers mis en cause, mais au détriment de considérations d'intérêt public global. On voit bien quelle importance revêtent le comportement du médiateur et la participation de l'autorité publique à la négociation, pour écarter ces risques. En effet, même si le résultat du processus demeure soumis au contrôle ultime de l'autorité publique, celle-ci peut ne pas être en mesure de le récuser, son caractère « négocié » le faisant bénéficier d'une présomption d'acceptabilité générale.

Les préoccupations d'équité rejoignent ainsi, en partie, celles de la **maîtrise politique**. Le déplacement du lieu d'élaboration du règlement, de l'administration publique vers un forum de négociation, implique un certain dessaisissement de l'autorité politique. Même si le processus formalisé de négociation est encadré dans un processus réglementaire plus global dont le Pouvoir exécutif contrôle le déclenchement et l'aboutissement, la maîtrise effective du résultat lui échappe en bonne partie. Comme le confirment d'ailleurs les termes mêmes de la loi américaine, on s'attendra, dans le cours normal des choses, à ce que l'autorité publique donne effet au résultat de la négociation. Le Parlement, pour sa part, ne serait guère plus apte ou enclin qu'à l'heure actuelle à désavouer un règlement ainsi formellement négocié.

Il y a d'ailleurs lieu d'observer que le modèle américain de réglementation négociée ne semble vraiment convenir qu'aux domaines de réglementation sur lesquels les autorités politiques ont déjà renoncé à exercer directement leur maîtrise : essentiellement, ceux qu'ils ont confié à un organisme autonome de régulation. Un organisme de ce genre a en effet vocation à réaliser, dans le secteur placé sous sa surveillance, une pondération entre les divers intérêts en présence, dans le cadre global d'une politique publique énoncée par la loi et parfois précisée par le gouvernement. Les pratiques de négociation, dans le cadre ou en marge d'audiences publiques, sont admises et fréquentes dans ce type de régulation étatique. Un processus formalisé de réglementation négociée apparaît dès lors comme le prolongement d'un double mouvement d'information (Issalys 1983) ou d'une

démarche de « conversation continue » entre l'autorité publique et les milieux soumis à régulation (Black 1998), comme l'application d'un modèle tripartite de la régulation publique (Ayles et Braithwaite 1992 : 54-60) ou, mieux encore, comme une « cogestion » du secteur soumis à régulation, assumée par l'autorité publique et l'ensemble des intérêts mis en cause (Salter 1993 : 92-97).

Le recours à un processus formalisé de réglementation négociée n'appelle donc une appréciation nettement favorable, sous l'angle du critère de maîtrise politique, que si la matière à réglementer a déjà été confiée par le Parlement à un organisme autonome de régulation.

Le critère d'**économie de moyens** conduit, quant à lui, à une appréciation ambivalente de la réglementation négociée. Les promoteurs de ce procédé réglementaire font valoir qu'il permet à l'État de réaliser d'importantes économies de ses ressources. Ces économies se situeraient sur deux plans. D'une part, la réglementation négociée ferait reposer sur l'ensemble des intérêts participant à la négociation une grande partie des coûts de cette transaction entre eux. D'autre part, sur le long terme, le fait que la réglementation soit négociée entre les intéressés plutôt qu'imposée serait de nature à favoriser le respect des normes par les assujettis, devenus parties prenantes à leur élaboration. Tout aussi plausibles paraissent les motifs de scepticisme. La lourdeur, la lenteur et le risque de blocage de la négociation pourraient induire des coûts directs pour l'État. Dans bien des domaines, d'ailleurs, l'État devrait assumer seul le coût de la négociation, faute de participants aptes à le prendre en charge. Les acteurs économiques et la société civile seraient appelés à supporter les effets d'un décalage temporel entre l'apparition de besoins de réglementation et leur comblement. Au total, on doit conclure que sur le plan de l'économie de moyens, un processus formalisé de réglementation négociée ne pourrait être un choix défendable que dans certains types de situation – ce que reconnaît d'ailleurs le *Negotiated Rulemaking Act* en indiquant d'après quelles considérations s'apprécie l'opportunité d'engager la procédure de réglementation négociée.

Dans l'état actuel du droit québécois, cependant, la réglementation négociée n'est qu'une pratique diffuse, officieuse et non systématique. C'est en tant que telle qu'on tentera maintenant de lui appliquer nos cinq critères de justification. Dans cette version informelle, la réglementation négociée semble appeler une appréciation tout-à-fait différente : sensiblement plus positive sur les plans de l'économie de moyens et de la maîtrise politique, elle l'est comparativement de moins en moins à mesure qu'on envisage les critères de compétence technique, de qualité de l'espace public et d'équité.

Sur le plan de l'**économie de moyens**, en effet, le recours à des pratiques informelles de négociation des règlements permet d'espérer, au moins en partie, les économies à long terme que comporte une meilleure acceptation de la réglementation par les assujettis, tout en opérant à court terme un certain transfert des coûts d'élaboration de la réglementation vers les assujettis. Même concrétisés à un niveau modeste, ces avantages justifient les coûts que pourrait comporter un retard dans l'intervention réglementaire du fait de sa négociation préalable. Du reste, ce retard peut facilement être évité, l'autorité publique conservant la possibilité d'accélérer, voire de brusquer, le processus.

Sur le plan de la **maîtrise politique**, d'ailleurs, il est manifeste que les pratiques informelles de réglementation négociée appellent une appréciation positive. La liberté d'action de l'autorité publique n'est pas juridiquement contrainte par le processus ou le résultat de la négociation; le Parlement et le gouvernement restent donc sensiblement dans la même situation que lorsque le pouvoir réglementaire s'exerce de façon purement unilatérale.

Le critère de **compétence technique** entraîne a priori une appréciation positive de la réglementation négociée. Simplement, peut-on estimer qu'un cadre informel de négociation présente, par rapport à un processus formalisé de réglementation négociée, moins de garanties que toute expertise technique pertinente sera mise à la disposition de l'ensemble des participants à la négociation, et donc une moindre possibilité de vérifier l'adéquation du résultat aux réalités. On observera par ailleurs que le souci de compétence technique peut, dans le cas d'un processus informel de réglementation négociée, porter atteinte à la qualité de ce processus en tant qu'espace public : une discussion limitée aux experts ne contribue pas, par elle-même, à la légitimation démocratique de la réglementation qui en est issue. Comme on l'a signalé plus haut, il s'agit là de l'un des pièges que recèle le caractère discrétionnaire et informel des pratiques actuelles de consultation.

D'ailleurs, sur le plan de la **qualité de l'espace public**, l'appréciation de la réglementation négociée est très différente selon que l'on envisage un processus formalisé ou une pratique informelle. Celle-ci, en effet, représente sans doute, si l'autorité publique y associe l'ensemble des interlocuteurs qualifiés, une avancée démocratique par rapport à un modèle purement autoritaire de réglementation. Mais comme on l'a déjà indiqué, une telle pratique, en raison de son caractère officieux et occulte, est vulnérable à la captation. Elle peut aussi se réduire à une opération de pure forme. Même réelle et équilibrée, la négociation informelle d'une réglementation demeure un processus interne à l'administration publique. Elle ne répond donc pas pleinement à l'exigence de publicité inhérente à la notion d'espace public. Certes, cette publicité n'est pas toujours praticable ni souhaitable dans la négociation. Mais lorsque la nature de la tâche qu'il s'agit d'accomplir impose à l'action étatique sous forme de réglementation négociée une ouverture sur l'espace public, un processus de négociation formalisée sera certainement préférable à une négociation informelle.

Enfin, le critère d'**équité**, déjà peu favorable au recours à un processus formalisé de réglementation négociée, ne peut qu'appeler une appréciation encore plus réservée d'un processus informel de négociation des règlements. Les risques que l'équité fasse les frais de l'arrangement issu d'une négociation semblent en effet aggravés dès lors que le règlement est élaboré en vase clos par un cercle d'interlocuteurs dont la représentativité, le comportement et l'influence échappent au regard du public. Les exigences de l'équité ne semblent pouvoir se réaliser qu'au-delà d'un seuil minimal de formalisme, que représenterait un préavis des projets de réglementation. Un tel avis équivaldrait à ouvrir à tout intéressé une possibilité de participer, sinon à une véritable négociation du texte en projet, du moins à un échange implicite de vues à propos de ce texte.



Résumons sous forme de tableau les résultats de cette appréciation de la réglementation négociée, en distinguant selon son niveau de formalité :

	CRITÈRES				
	Maitrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Processus <i>formalisé</i> de négociation des règlements	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable	Favorable	Assez défavorable
Processus <i>informel</i> de négociation des règlements	Favorable	Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable

Il ressort donc qu'un processus formalisé de réglementation négociée ne devrait être envisagé comme forme de l'action étatique que lorsque la tâche à accomplir justifie d'accorder un poids particulier aux considérations de qualité de l'espace public et de compétence technique. Inversement, le choix de cette forme d'action étatique semblerait peu défendable lorsque la nature de la tâche impose d'accorder la prééminence aux considérations d'équité.

Quant au choix d'un processus informel de réglementation négociée, il devrait être envisagé si les considérations de maîtrise politique et d'économie semblent particulièrement pressantes compte tenu de la tâche qu'il s'agit d'accomplir. Il devrait être exclu si les considérations d'équité paraissent dominantes.

## 2. L'autoréglementation contrôlée

Cette seconde modalité de partage du pouvoir réglementaire s'analyse, on l'a vu, comme un dispositif comportant à la fois la reconnaissance par l'État d'un pouvoir normatif relativement libre et extérieur par rapport à lui, et l'imposition d'un contrôle étatique, d'intensité variable, sur l'exercice de cette capacité auto-normative. Ce type de dispositif recèle donc une tension fondamentale entre deux pôles opposés – le pôle d'autonomie et le pôle de contrôle –, tension que rend manifeste la désignation même d'« autoréglementation contrôlée ». Cette tension explique que les exemples de tels dispositifs présentent entre eux d'importantes différences, selon leur proximité d'un pôle plutôt que de l'autre.

Cette gamme des situations d'autoréglementation contrôlée s'inscrit elle-même dans la gamme plus étendue des dispositifs d'autoréglementation. Ainsi, dans sa récente analyse comparative de ce qu'elle appelle les « modèles d'autoréglementation », Margot Priest en distingue cinq (Priest 1998 : 239-267), dont deux (*statutory self-regulation* et *supervised self-regulation*) correspondent à peu près aux deux versants de notre « autoréglementation contrôlée ». Ses trois autres modèles d'autoréglementation s'apparentent à ce que nous analyserons plus loin sous les rubriques de la contractualisation du contrôle d'application (*infra*, C, 1.), de l'autoréglementation intégrale (ch. 3, A., 1.) et de la contractualisation des normes (ch. 3, A., 3.).

L'idée d'autoréglementation rassemble donc un vaste ensemble de formes d'encadrement des conduites. Cet ensemble peut être caractérisé par l'existence de

« normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité » (Trudel 1989 : 251), ou par la présence d'une « organisation [qui] établit ses propres normes de comportement, auxquelles [...] ses membres devront adhérer et se conformer » (Dion 1995 : 1016). Elle implique donc, en théorie dès le départ, un regroupement spontané de personnes ou d'entreprises qui acceptent, dans l'intérêt de l'ensemble du groupe, certaines limitations à la liberté de leur comportement (Whittaker 1990 : 37).

Susceptible, comme on le verra, d'exister en-dehors de toute reconnaissance ou intervention par le droit étatique, l'autoréglementation comporte fréquemment – ce sont les cas qui nous intéressent ici – une articulation quelconque avec ce dernier. Cette articulation se traduit principalement par un certain contrôle exercé par l'État sur les modalités, les résultats et les effets de l'autoréglementation; elle entraîne fréquemment une atténuation du caractère « autoréférentiel » ou « clos » de l'autoréglementation, par exemple par la participation décisionnelle de personnes extérieures au regroupement visé. L'autoréglementation tend alors à prendre le caractère d'une corégulation par le milieu concerné, l'État, et des tiers intéressés (Ayres et Braithwaite 1992 : 102); d'un « contrat social » comportant la reconnaissance, au profit du groupement, de pouvoirs et privilèges en contrepartie de l'adhésion de ses membres à certaines normes et d'une prise en compte par eux d'intérêts collectifs plus larges (Dion 1995 : 1028-1030; Morand 1999 : 140); ou même d'une délégation de tâches et de pouvoirs étatiques à des institutions privées de type corporatiste, pour les fins de la mise en œuvre de normes en partie élaborées par les personnes que regroupent ces institutions (Graham 1994 : 190-191; Michael 1995 : 175; Priest 1998 : 237-238).

Au cœur de ces dispositifs d'autoréglementation intégrés de diverses manières au droit étatique, et à la source de la tension entre autonomie et contrôle, s'entre-croisent deux forces d'attraction. D'une part, ces dispositifs manifestent l'émergence de réseaux normatifs plus ou moins spontanés dans la société civile ou le système économique. D'autre part, l'interconnexion établie entre ces réseaux et la normativité étatique tend à l'englobement complet des premiers dans la seconde. Le déploiement de ces forces d'attraction est à son maximum lorsque le couplage de systèmes normatifs met l'ordre juridique étatique en présence d'un système préexistant, qui cherche pour ses propres raisons d'efficacité à entrer en rapport avec le droit étatique, ou que ce dernier entreprend, pour ses propres raisons, de s'annexer. Mais le même phénomène se discerne aussi dans des situations plus ambiguës, où l'ordre juridique étatique suscite la mise en place d'un système normatif qui n'est donc pas, ou pas entièrement, « spontané » mais plutôt « délégué ». Dans ce type d'hypothèse, dont la fréquence s'accroît, l'autoréglementation est un produit de l'ordre juridique étatique, plutôt qu'une donnée traitée par lui. Il conviendrait alors de parler d'autoréglementation conférée plutôt que reconnue (*cf.* Hecquard-Théron 1977 : 141-142).

Dans un cas comme dans l'autre, cependant, les modalités d'articulation sur l'ordre juridique étatique justifient de parler d'autoréglementation contrôlée. Les exemples n'en manquent pas en droit québécois. En effet, contrairement à la réglementation négociée (*supra*, I.), qui en reste pour l'instant au stade des pratiques relativement peu formalisées, l'autoréglementation contrôlée plonge des racines très

anciennes dans notre droit positif. Depuis un siècle et demi, elle a été, avec diverses variantes, le modèle des relations entre l'État et les professions libérales (a.). Profondément remanié et systématisé en 1973, le droit des professions inspire les dispositifs d'autoréglementation contrôlée de divers autres groupements d'intérêts (b.).

### **a. Le modèle des professions**

Le *Code des professions* (LRQ c. C-26) met en place un appareil de régulation à trois niveaux. Les concepteurs de ce régime l'ont qualifié d'« autogestion tempérée » des professions libérales (Québec 1970 : 10). Considérant l'ensemble des fonctions et pouvoirs répartis par le Code, on peut donc parler d'autorégulation des professions sous réserve d'une tutelle exercée par des autorités étatiques; s'agissant plus précisément des pouvoirs réglementaires, la qualification d'« autoréglementation contrôlée » convient parfaitement.

On constate en effet que les ordres professionnels sont titulaires de la plupart des pouvoirs réglementaires attribués par le Code (art. 65 et 87 à 94). Les autorités de surveillance, soit l'Office des professions et le gouvernement, ne possèdent en propre qu'un ensemble comparativement limité de pouvoirs réglementaires (art. 12, 1<sup>er</sup> al., 6<sup>o</sup>; 12.1; 12.3; 183; 183.1; 184; 186). En revanche, cette capacité autonormative est encadrée de façon très poussée sur au moins trois plans.

En premier lieu, les ordres professionnels sont *tenus* d'exercer les plus importants parmi ces pouvoirs réglementaires. En ce qui concerne le code de déontologie de la profession, la conciliation et l'arbitrage des différends concernant les comptes d'honoraires, le traitement des valeurs confiées aux professionnels, l'inspection professionnelle, la tenue des livres et registres, l'équivalence des diplômes, l'assurance-responsabilité et les structures électives de l'ordre, l'autoréglementation n'est donc pas une faculté reconnue ou conférée mais bien une obligation imposée (art. 87 à 91 et 93). L'Office des professions est chargé de veiller à l'exécution de cette obligation et peut, en cas de défaut, recommander au gouvernement d'adopter un texte de substitution (art. 12, 3<sup>e</sup> al., 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> et 183).

En second lieu, les pouvoirs réglementaires des ordres professionnels, même lorsque l'exercice en est facultatif, sont soumis à des contrôles de tutelle exceptionnellement développés. Seule la réglementation relative au fonctionnement interne de l'ordre n'est soumise qu'à une tutelle minimale sous la forme d'un dépôt des textes adoptés par le bureau de l'ordre auprès de l'Office des professions (art. 95.1), celui-ci ayant par ailleurs la possibilité d'en suggérer à tout moment la modification (art. 12, 2<sup>e</sup> al.). La réglementation, obligatoire ou facultative, à caractère plutôt technique (concernant par ex. l'assurance-responsabilité ou la tenue des dossiers) adoptée par le bureau de l'ordre est soumise à un pouvoir d'examen, d'approbation et de modification par l'Office (art. 95.2 et 12, 3<sup>e</sup> al., 5<sup>o</sup>). En ces matières également, l'Office peut aussi formuler à tout moment des suggestions. Enfin, dans les autres matières, et notamment celles où l'adoption d'une réglementation est obligatoire, les textes adoptés par le bureau de l'ordre sont soumis au pouvoir d'examen et de recommandation de l'Office, préalablement à leur approbation, avec ou sans modification, par le gouvernement (art. 95). De plus, lorsque l'exercice de l'autoréglementation est obligatoire, l'Office est habilité à suggérer à tout moment

des modifications, et, faute par le bureau de donner suite à ces suggestions, à recommander l'adoption par le gouvernement d'un texte de substitution (art. 12, 3<sup>e</sup> al., 3<sup>o</sup> et 183).

En troisième lieu, les pouvoirs réglementaires des ordres professionnels doivent être exercés en conformité de la mission principale dont ces derniers sont investis par le Code : assurer la protection du public (art. 23). La fonction de l'Office se résume d'ailleurs à veiller à ce que chaque ordre s'acquitte de cette mission (art. 12, 1<sup>er</sup> al.). Le caractère obligatoire d'une grande partie de l'autoréglementation des professions, et l'ampleur de la tutelle instituée sur son exercice, s'expliquent par cet objectif primordial.

L'intensité de la tutelle exercée par le gouvernement, directement ou par l'intermédiaire de l'Office, situe ce dispositif très près du pôle de contrôle, et assez loin du pôle d'autonomie, sur la gamme des procédés d'autoréglementation contrôlée. Selon la modélisation proposée par Margot Priest, il s'agit clairement de *supervised self-regulation*, alors que les divers dispositifs d'autoréglementation des professions institués au Québec avant 1973 relevaient plutôt de la *statutory self-regulation* : la tutelle exercée sur les pouvoirs reconnus aux instances professionnelles par la loi était dans l'ensemble assez réduite. Le sens de la réforme de 1973 s'exprimait, très largement, par un net déplacement du dispositif sur la gamme de l'autoréglementation contrôlée.

#### **b. L'enracinement dans les pratiques de l'économie et de la société civile**

Malgré cette évolution dans le sens d'une limitation de l'autonomie des groupements fondés sur l'exercice d'une profession, le modèle constitué par l'autoréglementation des professions libérales a conservé son pouvoir d'attraction. Même en l'absence d'encadrement législatif, et notamment lorsque l'accès au régime du *Code des professions* est impossible, d'autres professions ont cherché à reproduire certains éléments du modèle. Dans d'autres milieux professionnels, on a vu apparaître des formes différentes d'autoréglementation, auxquelles une reconnaissance législative a été par la suite accordée. Dans d'autres cas encore, le Parlement a pris les devants, mettant à la disposition d'un ensemble de groupements d'intérêts économiques ou professionnels un régime uniforme d'autoréglementation dans lequel ils étaient invités à s'inscrire. Il est résulté de toute cette évolution un répertoire varié de régimes d'autoréglementation contrôlée. Cette diversité de régimes laisse toutefois entrevoir un thème commun : le souci d'assurer l'efficacité de la réglementation en mobilisant les intérêts, les connaissances, et les moyens de ceux-là même qui lui sont assujettis, et non pas exclusivement l'autorité et les ressources de l'État. Il s'opère alors un subtil glissement du but visé : d'un objectif de conformité des pratiques à la règle, assurée au besoin par la contrainte étatique, on passe à un objectif de coïncidence des pratiques et de la règle, assurée avant tout par une prise en charge de la fonction normative par les praticiens eux-mêmes, sous la surveillance de l'État.

Quelques exemples illustreront diverses modalités de cette approche.

Remontant à la *Loi des marchés agricoles du Québec* de 1956 (SQ 1955/1956, c. 37), le régime d'autoréglementation des producteurs agricoles est une création législative. Bien qu'il ne doive sans doute rien au modèle des professions libérales, il présente avec lui certaines analogies. L'actuelle *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche* (LRQ c. M-35.1) institue en effet elle aussi un dispositif sur trois niveaux, la quasi-totalité des pouvoirs réglementaires étant attribués aux offices de mise en marché (art. 71, 72, 92, 93 et 96 à 100.1). Ces offices sont constitués automatiquement dès l'entrée en vigueur d'un plan conjoint de production et de mise en marché (art. 64). Le plan est issu de l'initiative d'un groupement de producteurs (art. 45 à 50). Sa mise en vigueur est l'aboutissement d'un processus complexe comportant une consultation publique (art. 51) et un examen par un organisme étatique de régulation (art. 52) suivi, si le résultat en est positif, d'un référendum auprès des producteurs intéressés (art. 54 et 55) ou d'une décision du gouvernement (art. 56). La loi n'attribue en propre à l'organisme de régulation (la Régie des marchés agricoles et alimentaires du Québec) que des pouvoirs réglementaires assez limités (art. 34, 40, 40.1), quoique non soumis à l'approbation par le gouvernement, qui n'a reçu lui-même aucun pouvoir réglementaire.

L'image d'organisation spontanée et de forte autonomie que ces dispositions confèrent aux offices de producteurs est toutefois sensiblement estompée par l'importance du contrôle qu'exerce la Régie sur les pouvoirs réglementaires des offices. Tout règlement d'un office est en effet soumis à l'approbation de la Régie (art. 101). De plus, la Régie peut de son propre mouvement modifier ou abroger un règlement d'un office, en suspendre l'application (art. 28) ou en exempter certaines personnes ou catégories de personnes ou produits (art. 36). Elle peut exiger d'un office qu'il soumette un règlement existant ou en projet à l'assemblée des producteurs (art. 31), soumettre elle-même un règlement à un référendum des producteurs (art. 32), demander à un office d'ouvrir une négociation avec d'autres intéressés sur un règlement existant ou en projet (art. 33), ou ordonner à un office d'adopter un règlement (art. 43).

Au total, l'intensité du contrôle exercé sur l'activité d'autoréglementation des offices est assez comparable à celle du contrôle exercé sur les ordres professionnels. L'autonomie, à première vue plus large, liée au fait que les offices ont pour fonction de « promouvoir, défendre et développer les intérêts des producteurs visés par le plan », et non de protéger le public, a été profondément entamée par la mission régulatrice de la Régie. Celle-ci doit en effet favoriser notamment « le développement de relations harmonieuses entre les différents intervenants [...] en tenant compte des intérêts des consommateurs et de la protection de l'intérêt public » (art. 5; voir aussi l'art. 52, 2<sup>e</sup> al.). Il reste cependant que, de manière peut-être plus nette encore que dans le *Code des professions*, les pouvoirs réglementaires sont concentrés à la base de l'appareil de régulation, entre les mains d'une instance représentative d'un groupement d'intérêts, ici économiques. Il s'agit donc bien d'autoréglementation, mais de nouveau soumise à un contrôle de tutelle très poussé.

L'intensité du contrôle exercé sur l'activité d'autoréglementation est encore assez forte dans la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*

(LRQ, c. C-61.1). L'autoréglementation apparaît ici dans un cadre tout à fait différent, mis en place à compter de 1978. Il s'agit en effet de délégation de pouvoirs réglementaires appartenant en propre au gouvernement, au profit du gestionnaire privé d'une partie du domaine public foncier. Cette délégation s'opère à l'occasion d'un contrat de mandat conclu entre le ministre et un organisme privé (art. 106; voir sur la nature et la portée de ce contrat : Issalys et Lemieux 1997 : 844-847, 854-857 et Labrecque 1997 : 177-178). Depuis les modifications apportées à la loi en 1988, l'effet d'autoréglementation que comporte ce mandat est plus apparent; l'art. 110.1 précise en effet le caractère réglementaire de certains des pouvoirs délégués, de même que le caractère collectif de leur exercice par les membres de l'organisme délégataire. Cette faculté d'autoréglementation n'est cependant conférée que dans un cadre très précisément circonscrit par règlement du gouvernement (art. 110, 1<sup>er</sup> al., 6<sup>o</sup> et *Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée*, D.122-89, (1989) 121 GOQ II 1283, et modif.). Le ministre de tutelle veille d'ailleurs au respect de cet encadrement et des conditions d'exercice collectif des pouvoirs réglementaires délégués : il dispose à cette fin du pouvoir de modifier ou de remplacer un règlement non conforme (art. 110.2). À l'intérieur de ces limites – très étroites il est vrai – les membres de l'organisme de gestion jouissent cependant d'une véritable capacité d'autoréglementation. À cet égard, cet exemple d'autoréglementation contrôlée se situe un peu plus près du pôle d'autonomie que les deux précédents.

Le déplacement vers l'autonomie s'observe aussi, avec une portée beaucoup plus ample, dans le régime des professions d'intermédiaire du secteur des assurances et de l'investissement. Ce régime, institué d'abord en 1989 par la *Loi sur les intermédiaires de marché* (LRQ c. I-15.1), est en voie de réorganisation par la *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, (LQ 1998, c. 37). Ces deux textes, et particulièrement le second, qui sera examiné ici, font une large place à l'autoréglementation de ces professions. Au-delà d'un emprunt explicite en matière de procédure disciplinaire (art. 376), la loi de 1998 évoque à certains égards le régime du *Code des professions*.

Elle institue un appareil de régulation qui, pour l'essentiel, comporte lui aussi trois niveaux. À la base, deux Chambres professionnelles (la Chambre de la sécurité financière et la Chambre de l'assurance de dommages) se répartissent les neuf professions de « représentants » constituées par la loi (art. 1 à 11 et 284 à 290). Ces chambres succèdent, avec une compétence élargie, à deux associations (l'Association des intermédiaires en assurances de personnes du Québec et l'Association des courtiers d'assurances de la province de Québec) auxquelles la loi de 1989 confiait sensiblement le même rôle (art. 555). Les deux associations visées à la loi de 1989 n'en tiraient pas leur origine; la première succédait à un groupement professionnel formé en 1962 sous le régime de la Troisième partie de la *Loi des compagnies* (l'Association provinciale des assureurs-vie du Québec), alors que la seconde avait elle-même été constituée sous le même régime en 1932 (art. 92 et 115 de la loi de 1989). Le dispositif d'autoréglementation contrôlée mis en place à compter de 1989 prend donc appui sur une pratique préexistante d'autoréglementation de certains des groupes professionnels visés. La loi de 1998 a cependant rattaché à ce dispositif d'autres groupes professionnels (les représentants en valeurs mobilières et les planificateurs financiers).

Les chambres formées par la loi de 1998 sont investies de certains pouvoirs réglementaires, dont l'exercice est obligatoire (art. 310; 313; 315, 2<sup>e</sup> al.; 364). Sur les objets les plus importants (déontologie des représentants, cotisation annuelle prélevée auprès des membres pour financer l'ensemble du dispositif de régulation), les règlements des chambres sont soumis à l'approbation du gouvernement, qui peut les modifier à cette occasion. La soumission à cette tutelle gouvernementale entraîne l'application à ces textes de la *Loi sur les règlements* (art. 160, 2<sup>e</sup> al.). Les autres règlements et projets de règlement des chambres reçoivent une publicité équivalente à celle que prévoit la *Loi sur les règlements* (art. 193 et 194).

Quoique les pouvoirs réglementaires des chambres soient beaucoup moins étendus que ceux des ordres professionnels, le caractère obligatoire de leur exercice et le contrôle assez poussé que peut exercer sur eux le gouvernement suggèrent un parallèle. D'ailleurs, les chambres ont elles aussi pour mission la protection du public (art. 312, 1<sup>er</sup> al.).

Des différences significatives entre les deux régimes, en revanche, se révèlent au second niveau de l'appareil de régulation. En effet, alors que l'Office des professions est clairement un organe étatique, dont on a vu qu'il sert d'instrument au contrôle de tutelle exercé par le gouvernement sur les ordres professionnels, son homologue dans la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* a un caractère tout différent, qui accentue la dimension d'autonomie de ce régime d'autoréglementation contrôlée.

Ce deuxième niveau de l'appareil de régulation est constitué par le Bureau de la sécurité financière. Les deux-tiers du conseil d'administration du Bureau, dont son président, sont formés de dix personnes nommées par le ministre des Finances. Ces personnes n'appartiennent pas aux groupes professionnels soumis au dispositif de régulation; cinq d'entre elles représentent la public, et les cinq autres les partenaires commerciaux des représentants (assureurs, institutions de dépôts, organismes de placement collectif, etc.) (art. 162). Le tiers restant du conseil d'administration est composé des présidents et vice-présidents des deux chambres (art. 296 et 297).

Il semble significatif, par ailleurs, que la loi précise que le Bureau « n'est pas un organisme public, un organisme gouvernemental ou une entreprise du gouvernement » au sens, notamment, de la *Loi sur l'administration financière*, de la *Loi sur le ministère du Conseil exécutif* et de la *Loi sur le vérificateur général*. Le Bureau paraît ainsi placé aux confins, sinon complètement en dehors, de l'appareil d'État. Certes, le Bureau est soumis, comme les deux chambres, à un pouvoir d'inspection exercé par le ministre des Finances (art. 394). Ce dernier peut d'ailleurs, notamment s'il estime que la protection du public n'est plus assurée, adresser au Bureau une ordonnance prescrivant des correctifs (art. 395 et 397). On mesure cependant l'écart entre ce procédé et ceux de la tutelle administrative classique au fait que le Bureau doit être entendu au préalable et peut contester l'ordonnance devant la Cour supérieure (art. 396 et 400). Un autre aspect du contrôle exercé sur le Bureau confirme sa situation « hors cadre » par rapport à l'appareil d'État : il est également soumis, quant à la partie de son activité qui intéresse les représentants en valeurs mobilières, à un pouvoir d'inspection exercé par la Commission des valeurs mobilières, organisme étatique de régulation (art. 386 et 391 à 393). Cette Commission

peut par ailleurs prescrire au Bureau toute mesure qu'elle estime nécessaire pour assurer l'exécution de sa propre mission, et demander au ministre de rendre une ordonnance si le Bureau n'obtempère pas (art. 233).

Le Bureau dispose en propre, pour exécuter sa mission de protection du public (art. 184, 1<sup>er</sup> al.), de vastes pouvoirs réglementaires (art. 177, 180, 196, 198, 200, 202, 203, 206 à 213, 215, 216, 223 à 226, 228, 246, 271 et 273). Peu de ces pouvoirs sont d'exercice obligatoire; les plus notables de ceux-ci concernent la déontologie du personnel du Bureau et de son organe satellite, le Fonds d'indemnisation des services financiers, ainsi que les droits exigibles des représentants pour la délivrance d'un certificat et les droits annuels d'inscription des cabinets, représentants autonomes et sociétés autonomes (art. 180; 203, 1<sup>er</sup> al., 2<sup>o</sup> et 2<sup>c</sup> al.; 225 et 273). Dans la majorité des cas, la réglementation adoptée par le Bureau est soumise à l'approbation du gouvernement, qui peut la modifier à cette occasion. Dans un petit nombre de cas, ce pouvoir d'approbation est exercé par la Commission des valeurs mobilières (art. 223, 3<sup>e</sup> al.). Reste tout de même un important secteur (art. 177, 180, 200, 203 en partie, 208 à 210, 223 en partie, 228 en partie, 246, 271 et 273) dans lequel la réglementation du Bureau n'est soumise qu'au pouvoir global d'inspection et d'ordonnance attribué au ministre des Finances.

Le modèle d'autoréglementation contrôlée que présente la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* semble, au total, traduire un délicat équilibre entre autonomie et contrôle, mais aussi entre les intérêts en présence. Les activités des représentants en produits et services financiers sont réglementées, pour une part, par des chambres représentatives soumises à un contrôle gouvernemental assez poussé (approbation des règlements, éventuellement avec modifications, par le gouvernement; pouvoir d'inspection et d'ordonnance du ministre), et pour le reste, par une instance non étatique à direction tripartite (public/institutions financières/représentants en produits et services financiers) qui n'est qu'en partie soumise à un contrôle immédiat de son activité de réglementation, mais relève elle aussi du pouvoir d'inspection et d'ordonnance du ministre – dont on a vu qu'il n'a pas le caractère irrésistible de la tutelle administrative classique. Dans ce modèle, la présence d'un contrôle étatique n'est pas douteuse, mais ce contrôle paraît un peu moins étendu et absolu que dans les cas précédents. Quant à l'autoréglementation, elle prend ici un sens un peu différent, puisque les représentants, qui sont visés par la réglementation, n'en sont pas les seuls auteurs : au niveau du Bureau, ils partagent ce rôle avec le public consommateur et leurs partenaires commerciaux. Il s'agirait donc, dans une certaine mesure, de réglementation d'activités professionnelles par le milieu dans lequel s'exercent ces activités, sous une surveillance relativement distante de la part de l'État. Sous cet angle, le dispositif de la *Loi sur la distribution de produits et services financiers* répond assez bien à l'idée de « corégulation » (Ayres et Braithwaite 1992 : 102).

La régulation du commerce des valeurs mobilières, secteur voisin de celui que vise la *Loi sur la distribution des produits et services financiers*, offre un autre exemple d'autoréglementation contrôlée, qui se situe depuis 1982 encore un peu plus près du pôle d'autonomie. Avant cette date, la *Loi sur les valeurs mobilières* (LRQ c. V-1) et ses règlements d'application entraient dans le détail des obligations des courtiers et des bourses de valeurs (voir notamment les art. 66, 81 à 100 et 110). La loi

de 1982 (LRQ c. V-1.1) comporte au contraire un titre VI « Organismes d'autorégulation », qui permet à l'organisme étatique de régulation (la Commission des valeurs mobilières) de « reconnaître » une bourse de valeurs, une chambre de compensation de valeurs ou une association professionnelle de courtiers et de leur déléguer certaines tâches d'application de la loi et des règlements (art. 169 et 170). La reconnaissance de ces organismes est discrétionnaire; elle doit donc se fonder sur les objectifs d'intérêt public de la loi, tels qu'ils se dégagent de la mission de la Commission. Cette mission consiste à assurer le bon fonctionnement du marché, la protection des épargnants, l'information des investisseurs et l'encadrement de l'activité des professionnels du marché, « des associations qui les regroupent et des organismes chargés d'assurer le fonctionnement d'un marché de valeurs mobilières » (art. 174, 276 et 316).

Cette allusion aux associations professionnelles et aux bourses de valeurs confirme que le Parlement entendait superposer à ces institutions d'autorégulation du marché des valeurs mobilières l'appareil étatique de régulation qu'il réorganisait par la loi de 1982. Il faut donc rectifier l'impression que pourrait laisser la lecture des art. 169 et 170 : les organismes d'autorégulation ne sont pas que de purs délégués de tâches d'application; préexistant à la loi, ils sont titulaires d'un pouvoir réglementaire inhérent sur leurs membres, comme le montrent les mentions du « règlement interne » et des « règles de fonctionnement » de l'organisme aux art. 174 et ss.

Il s'agit donc bien, à ce premier niveau de l'appareil de régulation, que forment les « organismes d'autorégulation reconnus », d'autorégulation des professionnels du marché par leurs propres instances représentatives. L'existence de cette autorégulation est une donnée prise en compte par la loi, qui n'en est pas la source. Cette autorégulation fait, tout aussi manifestement, l'objet d'un contrôle à partir du moment où l'organisme sollicite sa reconnaissance comme délégué de tâches d'application de la loi et des règlements du gouvernement aux courtiers et conseillers en valeurs mobilières. Dans le cas d'une bourse de valeurs ou d'une association professionnelle, en particulier, la reconnaissance par la Commission suppose que la réglementation de l'organisme soit conforme à certaines exigences de fond (art. 175 et 176). Elle doit ainsi comporter un mécanisme de sanction disciplinaire, susceptible de servir en cas de contravention aux dispositions législatives et réglementaires visées par la délégation de pouvoirs. Une fois la reconnaissance obtenue, la réglementation de l'organisme devient soumise à un contrôle préalable de la Commission (art. 176 et 177), et au pouvoir de celle-ci d'en suspendre l'application ou d'en ordonner la mise en conformité à la loi ou aux règlements (art. 179 et 180). De manière plus globale, l'organisme reconnu est soumis à des pouvoirs d'inspection et d'ordonnance attribués à la Commission (art. 180.1 et 181). Qu'il soit reconnu ou non, un organisme d'autorégulation peut faire l'objet d'un blâme de la part de la Commission : sanction non négligeable dans un secteur d'activités reposant peut-être plus qu'un autre sur la réputation et la confiance, ces valeurs impalpables (art. 273).

Au deuxième niveau de l'appareil de régulation, la Commission des valeurs mobilières dispose donc de divers moyens d'assurer l'encadrement des associations professionnelles et des bourses de valeurs. En revanche, le Parlement n'a pas voulu

lui confier de pouvoirs réglementaires, qui lui auraient permis d'encadrer directement l'activité des professionnels. Du moins la Commission n'est-elle pas habilitée à prendre de « règlements ». En revanche, elle peut, pour formuler les exigences découlant de sa mission, établir des « instructions générales » (art. 274). Ces textes sont destinés à intervenir « à l'intérieur de la discrétion [...] conférée [à la Commission] ». Ils ne sont soumis à aucun contrôle de la part du gouvernement ou d'un ministre, mais un règlement du gouvernement a préséance sur eux. Ils sont publiés dans un bulletin périodique diffusé par la Commission (art. 298). La nature juridique de ces textes n'est pas très claire. On les considère généralement comme des normes administratives de portée générale, assimilables à des directives et destinées à encadrer l'exercice par la Commission des pouvoirs discrétionnaires que lui confère la loi (Bilodeau 1996 : 415, 417, 463-466). Ainsi, l'une de ces instructions générales indique que la Commission « tient compte », lorsqu'elle exerce son pouvoir d'apprécier la compétence, la probité, la solvabilité et les assises financières d'un courtier qui sollicite son inscription (art. 151), de l'appartenance de ce courtier à un organisme d'autorégulation et par suite de sa participation à un fonds de protection des épargnants (*Instruction générale n° C-49, (1993) 24 Bull. CVMQ, n° 20, p. 3*). Bien que la qualification de ces instructions générales comme directive implique qu'on leur dénie tout effet juridique direct, on notera que le Parlement a créé à leur bénéfice une « attente de conformité » : le pouvoir d'inspection accordé à la Commission a notamment pour objet de vérifier « dans quelle mesure » un organisme d'autorégulation ou un courtier « se conforme aux dispositions des instructions générales » (art. 151.1 et 180.1). Les instructions générales de la Commission correspondent donc assez bien à la notion de directives quasi réglementaires (Issalys et Lemieux 1997 : 129-133).

Les véritables pouvoirs réglementaires sont donc, à la différence de presque tous les dispositifs examinés jusqu'ici, concentrés au niveau supérieur de l'appareil de régulation, entre les mains du gouvernement (art. 331-333). À la reconnaissance expresse d'une activité d'autorégulation préexistant dans le milieu soumis à la régulation, le Parlement a donc juxtaposé une très forte emprise du Pouvoir exécutif de l'État sur le contenu de la réglementation du commerce des valeurs mobilières. Le niveau médian de l'appareil de régulation n'est pas pour autant dénué d'importance, étant donné le pouvoir de la Commission d'établir des instructions générales. Le champ d'intervention de ces instructions peut d'ailleurs être élargi par le gouvernement, qui est autorisé à conférer, dans un règlement, un pouvoir discrétionnaire à la Commission (art. 334).

Le régime de la *Loi sur les valeurs mobilières* révèle, au total, plus crûment qu'aucun autre, l'entrecroisement des deux forces d'attraction que comporte l'autorégulation contrôlée. Il s'appuie en effet, d'un côté, sur une tradition d'auto-organisation et d'autocontrôle dans le milieu boursier, mais exprime, d'un autre côté, une exigence impérieuse de contrôle étatique, fondée sur l'importance de l'enjeu économique.

Le dernier exemple d'autorégulation contrôlée est de moins grande portée, mais révélateur d'une tendance à s'en remettre à l'auto-organisation de secteurs d'activité professionnelle ou économique. Il s'agit de la *Loi sur les appellations réservées* de 1996 (LQ 1996, c. 51; LRQ c. A-20.02). La certification des produits

portant une appellation réservée et la surveillance de l'utilisation de l'appellation sont confiées à des organismes de certification (art. 1). Ces organismes peuvent regrouper des producteurs, des transformateurs, des distributeurs ou des détaillants d'un même produit (art. 2, 2<sup>e</sup> al.). La loi ne contient aucune exigence quant à la nature et à l'organisation de ces groupements, dont la formation est donc entièrement libre. La loi prévoit par ailleurs la création, à l'initiative d'un tel groupement, d'un Conseil d'accréditation constitué en personne morale et « représentatif du milieu concerné par un type d'appellation » (art. 2, 3<sup>e</sup> al.). Le groupement qui propose que soit reconnu à ses membres le monopole d'une appellation doit démontrer qu'il peut satisfaire aux conditions d'une accréditation, délivrée par le Conseil; cette accréditation lui donne accès au statut d'organisme de certification pour l'appellation proposée (art. 11 et 12). Cette démonstration faite, le ministre reconnaît l'appellation (art. 6) et le Conseil accrédite l'organisme (art. 8 et 16). L'usage de l'appellation est dès lors réservé aux produits certifiés par l'organisme de certification (art. 21).

On discerne la présence de pouvoirs de type réglementaire à chacun des trois niveaux de cet appareil de régulation. L'encadrement réglementaire d'ensemble est confié au ministre (art. 10). Il détermine par règlement les conditions de reconnaissance d'une appellation, les modalités de formation et de fonctionnement d'un Conseil d'accréditation, ainsi que les conditions d'accréditation des organismes de certification. Au second niveau, un Conseil d'accréditation et son comité des normes sont habilités à élaborer un « référentiel » (sur ce type de texte, voir : Chiaradia-Bousquet 1994 : 69-74) précisant, conformément aux règlements du ministre, les conditions d'accréditation (art. 4, 1<sup>er</sup> al., 1<sup>o</sup> et 5, 1<sup>o</sup>). La nature juridique de ce référentiel est donc celle d'un règlement, puisqu'il complète par des « normes et critères », pour un type d'appellation, les normes générales d'accréditation énoncées par le ministre. Par ailleurs, un Conseil peut, par un acte non qualifié mais qui présente un caractère réglementaire, « imposer une contribution aux organismes de certification accrédités pour couvrir ses frais d'exploitation » (art. 4, 2<sup>e</sup> al.). Ces frais correspondent non seulement aux activités d'accréditation du Conseil, mais aussi à ses tâches de surveillance des organismes accrédités (art. 5, 2<sup>o</sup> et 19) et de protection des appellations (art. 4, 2<sup>e</sup> al.; 5, 3<sup>o</sup>; 19, 23 et 24). Enfin, à la base de l'appareil de régulation, l'organisme de certification paraît susceptible d'exercer sur ses membres un pouvoir réglementaire interne conforme à sa structure juridique (association dotée ou non de la personnalité juridique). La *Loi sur les appellations réservées* ne lui confère cependant pas de pouvoir explicitement réglementaire. Tout au plus peut-on relever qu'elle reconnaît à l'organisme le pouvoir, symétrique à celui du Conseil, d'« imposer une contribution à ses membres pour couvrir ses frais d'exploitation » (art. 18, 7<sup>o</sup>). Ces frais correspondent aux tâches de mise en œuvre du « programme de certification », du « cahier des charges » et du « plan de contrôle » que comportent les exigences de son accréditation par la Conseil (art. 5, 1<sup>o</sup> et 2<sup>o</sup> et 18, 1<sup>o</sup> à 3<sup>o</sup>); s'y ajoute la charge de la contribution que l'organisme est lui-même astreint à verser au Conseil.

Le régime mis en place par la *Loi sur les appellations réservées* s'apparente donc à la fois à l'autorégulation des marchés agricoles et à celle du milieu des services financiers. Il emprunte à la première le modèle d'un cadre législatif et réglementaire

mis à la disposition d'un nombre indéterminé de groupements spontanés d'intérêts, et à la seconde celui d'une surveillance de groupements professionnels par une instance représentative d'un milieu plus large (sur ce dernier point, voir le *Règlement sur les appellations réservées*, (1997) 129 GOQ II 6398). Au total, ce régime se rapproche encore davantage du pôle d'autonomie. La nature des enjeux explique que la présence de l'État dans ce dispositif vise plutôt à régulariser un processus qu'à en contrôler continuellement le fonctionnement.

L'examen de cet ensemble de dispositifs de la législation québécoise laisse entrevoir quelles sont les conditions de praticabilité de l'autoréglementation. Elle suppose la constitution, voire la préexistence, d'une communauté d'acteurs suffisamment large, rassemblée avec suffisamment de cohésion autour d'intérêts communs, et partageant la volonté de contraindre la liberté de chacun de ses membres sur la base de normes convenues entre eux et relatives à leur activité commune (Page 1986 : 148; Trudel 1989 : 251; Whittaker 1990 : 38; Trebilcock 1994, cité par Priest 1998 : 256). Si dans le secteur des professions libérales ou sur le marché des valeurs mobilières, les contours de telles communautés se précisent d'eux-mêmes assez facilement, dans le secteur des marchés agricoles il s'est plutôt agi de mettre en place un cadre dans lequel elles puissent se former – et se reformer – librement. Dans certains cas, comme celui des produits et services financiers, les frontières des communautés sont plus imprécises et mouvantes, et c'est à l'occasion de l'intervention étatique qu'on s'efforce de les démarquer.

L'existence de telles communautés n'est pas qu'une affaire d'appareil ou d'infrastructure. L'aspect essentiel en est plutôt la dimension psychologique et éthique, fondée sur une solidarité d'intérêts matériels ou moraux. C'est dans ce terreau que se développe une « communauté interprétative » (Black 1997 : 32-37) et que peut s'enraciner l'autoréglementation : cette communauté d'acteurs doit avoir un sentiment et un discours partagés sur la compréhension et la qualification des pratiques de ses membres dans l'activité qu'ils ont en commun. Il doit exister un consensus au moins implicite sur la nécessité, les fins et les moyens d'une régulation collective de ces pratiques.

Cet ensemble de dispositifs québécois montre bien quels sont les avantages recherchés, pour l'action étatique, dans le fait de prendre appui sur cette volonté et capacité d'autorégulation. L'autoréglementation contrôlée permet de canaliser le processus d'autoréglementation vers des objectifs publics (typiquement, mais pas exclusivement, la « protection du public »), en intégrant ceux-ci aux objectifs « naturels » jugés légitimes de ce processus. Dès lors, ces objectifs publics étant ainsi partiellement pris en charge par l'appareil d'autoréglementation, leur mise en œuvre comporte pour l'État d'importantes économies de ressources (Priest 1998 : 268-271). Il est significatif, sur ce plan, que les six régimes examinés ici comportent tous l'imposition, aux acteurs assujettis à l'autoréglementation et bénéficiaires des avantages et privilèges qui lui sont liés, d'une obligation de supporter financièrement tout ou partie des coûts de mise en œuvre du dispositif d'autoréglementation. Déchargé en bonne partie des tâches d'application, l'appareil d'État peut concentrer ses efforts sur les fonctions stratégiques de conception des normes, d'observation du milieu, d'intervention corrective ponctuelle, de prévision, d'évaluation et de mise en cohérence avec la régulation d'autres activités (Whittaker 1990 : 38; Ogu

1995 : 97). Encore la conception initiale des normes est-elle, on l'a constaté dans la majorité des régimes étudiés, en partie confiée au milieu autoréglementé. Ces normes peuvent alors revêtir une forme plus souple, mieux adaptée, que les normes juridiques classiques, mais néanmoins suffisamment précise grâce à leur enracinement dans une « communauté interprétative » (Black 1997 : 34-35). Le repli du droit n'est d'ailleurs pas complet, puisqu'il peut prendre appui sur ces normes autoréglementaires dans l'application des siennes propres (par ex. en en faisant un critère de mesure de l'obligation juridique de diligence; Trudel 1989 : 261-283), sans pour autant renoncer à apprécier la rigueur de ces normes (Poirier 1998 : 34-35).

Le recours à l'autoréglementation comporte aussi des risques et des incertitudes, que l'assujettissement à un contrôle étatique vise à réduire. Le principal est peut-être de légitimer par avance une dérive anticoncurrentielle, qui détournerait le régime d'autoréglementation de ses objectifs d'intérêt public et de ses objectifs collectifs légitimes. À ce risque est lié celui que soient exclus de l'appareil d'autoréglementation les intérêts de tiers, touchés par l'activité du milieu assujetti; le contrôle de l'autoréglementation dépend alors exclusivement de la vigilance et des possibilités d'intervention des instances étatiques. Le troisième, plus insidieux, est une déresponsabilisation des instances gouvernementales, sous couvert de préserver l'autonomie des milieux autoréglementés (Page 1986 : 142-144). Enfin, certains aléas peuvent menacer l'efficacité d'un régime d'autoréglementation; par exemple, la possibilité pour certains acteurs de rester à l'écart d'un dispositif d'autoréglementation d'une activité économique, ou du moins de se soustraire impunément à l'autorité des instances d'autoréglementation (Graham 1994 : 192-194; Ogus 1995 : 98). L'examen des régimes québécois laisse voir que le Parlement a été sensible, à des degrés variables, à la présence de ces risques. En témoignent notamment les mécanismes de surveillance, continue ou ponctuelle, l'introduction de représentants du public ou des tiers intéressés, ou l'imposition de permis d'exercice délivrés par l'instance d'autoréglementation.

### **c. Évaluation**

L'autoréglementation contrôlée, en tant que forme d'action étatique, appelle une appréciation positive des points de vue de la compétence technique et de l'économie de moyens. Elle suscite forcément des réserves du point de vue des autres critères, notamment celui de qualité de l'espace public. Comme l'a déjà laissé entrevoir la description des dispositifs actuels, ce type d'aménagement de l'action de l'État met en relief l'opposition de perspectives entre l'expert et le citoyen. Voyons cela de plus près.

Le critère de **compétence technique** fournit évidemment la meilleure justification du recours à l'autoréglementation contrôlée. L'existence d'un champ d'activité bien déterminé, occupé par des praticiens spécialistes, suscite depuis longtemps une forme plus ou moins poussée d'autonormativité. En fait, les trois phénomènes (démarcation d'un champ d'activité, constitution d'un ensemble de connaissances spécialisées, émergence de normes consensuelles) semblent indissolublement liés. Réunis, ils paraissent à la fois appeler et légitimer une certaine retenue dans l'intervention étatique. Il suffit, semble-t-il, que soient garanties certaines dimensions essentielles de l'intérêt public, soit directement par l'imposition

membre et l'intérêt d'un non-membre à l'occasion d'un rapport professionnel. La crédibilité des mécanismes de contrôle disciplinaire n'est, sur ce plan, pas facile à établir. Les modifications apportées en 1994 au *Code des professions* cherchaient manifestement à la renforcer, sans pouvoir la garantir. À l'évidence, ne serait-ce que sur ce seul plan, l'autoréglementation contrôlée ne peut que susciter des réserves. Elle présente, par sa nature même, le risque de voir l'action étatique se mouler dans un rapport social comportant une inégalité plus ou moins prononcée, et conforter ainsi cette inégalité à la faveur d'un privilège d'autonomie.

Le critère de **maîtrise politique** conduit également à une analyse assez défavorable de l'autoréglementation contrôlée. Certes, de forts arguments militent au départ contre une intervention poussée de l'instance politique dans des rapports professionnels économiques de nature privée, dans lesquels le lien de confiance entre fournisseur et client joue un rôle souvent crucial. L'autoréglementation contrôlée se présente ouvertement, sous cet angle, comme un instrument de dépolitisation de rapports sociaux.

La nature du contrôle exercé sur l'activité d'autoréglementation reflète cette volonté de dépolitisation. Il s'agit le plus souvent d'un contrôle de blocage, permettant des interventions ponctuelles, mais reconnaissant que l'initiative appartient en principe à la communauté autoréglementée. Ce contrôle passif, qu'on peut considérer comme la forme normale de contrôle dans le cadre d'une autoréglementation contrôlée, ne saurait suffire dans tous les cas aux exigences de la maîtrise politique. On a vu d'ailleurs que le Parlement s'écarte, dans certains domaines, de cette conception passive du contrôle étatique. Par exemple, il a parfois autorisé le gouvernement à se substituer à l'instance autonome lorsque celle-ci n'exerce pas ses pouvoirs ou ne les exerce pas de manière conforme à l'objectif de protection du public. Plus encore, il peut, comme le montre le cas de la *Loi sur les valeurs mobilières*, se réserver ou réserver au Pouvoir exécutif l'essentiel de l'encadrement d'une activité par ailleurs autoréglementée.

Les exigences de la maîtrise politique ont donc trouvé dans la pratique législative en matière d'autoréglementation contrôlée une traduction plus convaincante que celles de l'équité. Dès lors, on serait pour l'instant fondé à croire que l'autoréglementation contrôlée est une forme d'action étatique un peu moins inconciliable avec les exigences de la maîtrise politique qu'avec celles de l'équité. Il reste que, dans son principe, cette forme d'action étatique – avec ses connotations corporatistes prélibérales – marque une rupture foncière avec le principe d'unité du droit exprimé par la souveraineté législative du Parlement.

Le critère de **qualité de l'espace public** incite encore moins à recourir à l'autoréglementation contrôlée. L'effet de clôture, déjà relevé du point de vue de l'équité, de même que la mise en relief de l'expertise technique d'une communauté professionnelle, sont des traits a priori peu conciliables avec l'ouverture d'un espace public. La présence de représentants du public dans les instances dirigeantes de ces systèmes clos ne garantit pas la possibilité d'une délibération et d'un contrôle dans un espace public ouvert à la participation, à la communication, au débat, à l'imputation des responsabilités et à l'évaluation des résultats.

Certes, le caractère souvent privé des rapports professionnels dont il s'agit, et le rôle qu'y joue la confiance interpersonnelle, limitent les possibilités de délibération et de contrôle dans un espace public. Dans l'état actuel du droit, le processus de publication des projets de règlement constitue pratiquement la seule manifestation du type de transparence que requiert la création d'un tel espace. Il convient d'ailleurs de relever que lorsque la réglementation produite par certaines communautés professionnelles a été soustraite à la *Loi sur les règlements*, le Parlement a exigé qu'elle fasse l'objet d'une prépublication visant au moins le milieu plus restreint directement concerné par ces textes.

Ces aménagements restent des correctifs apportés à une situation fondamentalement peu propice à la qualité de l'espace public. Pourtant, il n'est pas fatal que les tendances à la clôture et à la technicité, certes inhérentes à l'idée d'autoréglementation, fassent complètement écran à toute délibération et à tout contrôle dans un espace public. L'expérience historique de forte autonomie et d'une situation socio-économique privilégiée, associées aux professions anciennes, constitue vraisemblablement le principal obstacle – d'ordre psychologique – à l'émergence d'une conception différente de l'autoréglementation contrôlée. Tant que ce modèle conservera son influence, cette forme d'action étatique restera peu compatible avec les exigences de qualité de l'espace public.

Au total, l'évaluation de l'autoréglementation contrôlée, à partir des cinq critères de justification du choix entre les formes d'action étatique, conduit donc aux résultats que résume le tableau suivant :

CRITÈRES				
Maitrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Assez défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable

Dès lors, s'agissant de choisir la forme de réglementation la mieux justifiable en regard de la tâche à accomplir, on ne devrait envisager l'autoréglementation contrôlée que si les exigences de compétence technique et d'économie de moyens paraissent prépondérantes. Par contre, lorsque le souci de qualité de l'espace public, d'équité, et de maîtrise politique paraît déterminant, cette forme d'action étatique devrait être écartée.

législative de certaines règles, soit de manière médiate par l'exercice d'une surveillance confiée au Pouvoir exécutif, ou encore, le plus souvent, par une combinaison des deux procédés. Au-delà de ces garanties, le critère de compétence technique incite à laisser les acteurs spécialistes de la matière régir eux-mêmes leurs rapports réciproques et ceux qu'ils nouent, à l'occasion de leur activité spécialisée, avec les autres acteurs sociaux.

La réglementation de la déontologie d'activités professionnelles constitue le terrain d'élection de cette forme d'action étatique. L'expansion actuelle de la notion de déontologie (ainsi a-t-on vu émerger dans le droit positif la déontologie des membres et du personnel de tribunaux administratifs : *Loi sur la justice administrative*, LQ 1996, c.54, art. 76, 180 et ss., ou celle des artisans pêcheurs : *Loi sur le Bureau d'accréditation des pêcheurs et assistants-pêcheurs*, LQ 1999, c.32, art. 14, 2<sup>e</sup> al., 2<sup>o</sup>) exprime parfaitement le phénomène de porosité des normes étatiques sur lequel le chapitre 1 a attiré l'attention. En reconnaissant ou suscitant, selon le cas, l'existence de réseaux normatifs non spécifiquement juridiques, l'ordre normatif étatique se dissout dans un type de normes dont la genèse lui échappe en partie mais qu'il s'annexe en en faisant un prolongement de son propre réseau. C'est ce modèle d'autoréglementation contrôlée, appliqué classiquement à la déontologie de communautés professionnelles d'« experts », qui connaît en ce moment un indéniable succès fondé en grande partie sur le prestige social dont bénéficie la compétence technique.

Le critère d'**économie de moyens** valorise lui aussi l'autoréglementation contrôlée, pour des raisons qui sont en partie les mêmes. En prenant appui sur la volonté d'une communauté d'intérêts professionnels de se soumettre elle-même à certaines contraintes, cette forme d'action étatique ménage les moyens de contrainte de l'État. Le contrôle disciplinaire interne de cette communauté suffit habituellement à produire le niveau de conformité souhaité – pour peu que les instances de contrôle jouissent d'une autorité suffisante, ce que tendent à garantir l'institution d'un monopole professionnel et le caractère électif conféré à ces instances. Le contrôle étatique proprement dit n'intervient qu'en seconde ligne, comme le montre bien l'analyse des appareils de régulation mis en place dans les différents secteurs autoréglementés.

Ce déplacement de responsabilité vers les communautés professionnelles, et dans certains cas vers le milieu plus large dans lequel celles-ci exercent leur activité, s'accompagne, on l'a vu, d'un transfert de la charge financière. Le dispositif de régulation est très largement, sinon entièrement, mis à la charge des communautés bénéficiaires d'une situation de monopole professionnel créée par le Parlement. C'est donc sur ces communautés que joue essentiellement l'incitation à minimiser les coûts de ce dispositif, notamment par la simplification. Le risque que cette incitation conduise à l'inefficacité de la régulation est compensé par les mécanismes de contrôle étatique, et notamment par l'obligation d'autoréglementer certaines matières.

La tension entre le pôle d'autonomie et le pôle de contrôle, de même que l'équilibre entre ces deux pôles recherché par les diverses modalités d'autoréglementation contrôlée, semblent donc répondre de manière adéquate aux exigences de l'économie de moyens. Certes, il serait erroné d'associer systématiquement

autoréglementation négociée et allègement réglementaire. Le volume considérable de la réglementation découlant des lois professionnelles, de même que le développement très rapide de celle que prévoit la nouvelle *Loi sur la distribution de produits et services financiers*, montrent bien que, pour être relativement autonomes par rapport à l'État, les instances d'autoréglementation n'en sont pas moins friandes de normativité juridique. Le poids, notamment financier, de cette autoréglementation est cependant supporté par les communautés professionnelles et leurs clients, plutôt que par la collectivité étatique. Ces constats incitent à relativiser l'intérêt de l'autoréglementation contrôlée du point de vue de l'économie de moyens. Aussi la préférence accordée à cette forme d'action étatique est-elle moins nette que du point de vue de la compétence technique.

Les autres critères de justification conduisent à une appréciation plutôt négative de l'autoréglementation contrôlée.

Le critère d'équité soulève d'emblée des difficultés, compte tenu du phénomène de clôture ou d'exclusion inhérent à l'idée d'autoréglementation d'une communauté d'intérêts. Dès le moment où les membres de cette communauté sont habilités à définir eux-mêmes des règles qui, à certains égards, affectent les intérêts de non-membres, surgit un risque de traitement inéquitable ou discriminatoire. Existe également, mais avec moins d'intensité, le risque qu'à l'intérieur même de la collectivité des membres, le pouvoir normatif soit exercé de manière inéquitable. Le souci de minimiser ces risques est bien sûr l'une des considérations militent en faveur d'un contrôle externe, par l'appareil étatique, sur l'exercice de cette autonomie normative. L'efficacité de ce contrôle, du point de vue de l'équité, demeure parfois problématique.

Certes, de très importantes garanties sont généralement prévues au bénéfice des membres des communautés professionnelles en régime d'autoréglementation contrôlée. Les mécanismes de contrôle disciplinaire présentent en général un degré suffisant d'indépendance et d'impartialité, ainsi qu'un cadre procédural et des voies de recours externes qui mettent un membre de la communauté à l'abri d'un traitement inéquitable de la part de ses collègues. Dans la plupart des cas, également, l'accès à la communauté (et donc au monopole professionnel) s'obtient sur des bases objectives et sous un contrôle externe, ce qui limite le risque de traitement inéquitable. C'est donc essentiellement dans les rapports entre les membres de la communauté et les non-membres, à l'occasion de l'activité professionnelle, que la préservation de l'équité est la plus problématique.

De manière globale, on peut craindre que l'autoréglementation, exercée par une communauté d'intérêts, se révèle insensible aux intérêts des non-membres. Le Parlement s'est efforcé de bloquer cette dérive en imposant aux communautés autoréglementées l'objectif primordial de protéger le public. Tout en ménageant à l'État des moyens de contrôler le respect de cet objectif, le Parlement a veillé à introduire dans les instances dirigeantes des communautés professionnelles des personnalités qui leur sont étrangères et dont le rôle est d'y faire valoir l'intérêt du public ou du moins celui d'un milieu plus large que la communauté professionnelle.

Les préoccupations d'équité ont été plus difficiles à satisfaire dans le traitement de situations individualisées de conflit entre le comportement ou l'intérêt d'un

## B Agir sur la teneur de la norme

Les deux formes de réglementation envisagées jusqu'ici dans ce second chapitre témoignaient de l'atténuation du caractère unilatéral de la réglementation. Elles montraient comment, à la faveur d'un partage ou d'une délégation du pouvoir normatif, des acteurs privés pouvaient être associés à l'autorité étatique dans l'élaboration de règlements.

L'évolution dont il s'agit maintenant d'analyser les manifestations infléchit la notion de règlement d'une autre manière : elle atténue l'effet directement normatif de celui-ci. Elle conduit à admettre que la teneur même de la norme ne soit plus livrée immédiatement par le texte du règlement.

Elle remet subtilement en cause notre représentation de la norme de type législatif, qui sous-tend des formules comme celle de la *Loi d'interprétation* : « La loi parle toujours » (art. 49). Selon cette représentation, le texte à caractère législatif est une parole, celle d'un législateur, exprimant sa volonté à l'adresse exclusive des personnes soumises à son autorité, sous la forme d'une règle intemporelle, obligatoire dès le moment de son entrée en vigueur dans tout l'espace enclos par les frontières de l'État – et seulement dans cet espace. Les idées d'intemporalité et de clôture systémique sont donc profondément inscrites dans notre conception de la loi et, par extension, du règlement. Le texte législatif s'inscrit fortement dans l'« ici » et le « maintenant ». « Demain » n'existe pas, grâce à la fiction de l'intemporalité de la règle; il ne fait qu'une fugitive apparition dans les règles transitoires. « Ailleurs » n'existe pas non plus, puisque le droit a vocation à connaître de tout, et exclut par hypothèse de son champ de vision le non-juridique.

Ce sont ces présupposés, dont le chapitre 1 a déjà évoqué la fragilisation, qui sont remis en cause par les pratiques dont il va être maintenant question. Leur point commun est en effet d'atténuer l'effet directement normatif du règlement par l'introduction d'un écart, temporel ou spatial, entre celui-ci et la norme dont il est censé être porteur. Dans un premier cas, celui de la *réglementation par objectifs* (1.), la norme est mise à distance dans le temps. La règle ne saisit plus l'activité humaine dans son déroulement dès l'instant où elle entre en vigueur; elle porte plutôt sur les résultats éventuels de cette activité, qu'elle saisit donc de manière différée, sur un horizon temporel plus ou moins éloigné, déterminé avec plus ou moins de précision, jalonné ponctuellement ou au contraire établi dans la durée. D'une certaine manière, il s'agit d'un droit pour demain. Dans le second cas, celui de la *réglementation par renvoi* (2.), la norme est mise à distance dans l'espace. Elle ne surgit plus de la pensée propre de l'autorité qui en est l'auteur. Elle est simplement introduite dans l'ordre juridique national par cette autorité qualifiée pour « produire du droit »; par sa provenance réelle, toutefois, cette norme se révèle comme extérieure à la normativité juridique nationale. Toutes les métaphores utilisées pour décrire cette opération (« adoption », « incorporation », « naturalisation ») évoquent cette origine extérieure, étrangère. On peut donc voir dans ces normes un droit venu d'ailleurs.

## 1. La réglementation par objectifs

La réglementation par objectifs (RPO) est présentée depuis une quinzaine d'années comme l'une des techniques à privilégier dans la réforme de la réglementation (voir par ex. Mannix 1994 : 9-12; Martin 1996 : 3-4). Elle fait d'ailleurs l'objet d'une adhésion officielle dans la politique d'allègement des normes énoncée depuis 1996 à l'Annexe B du *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif*, D.140-96, (1996) 128 GOQ II 1518, et modif. L'étude d'impact à l'appui d'un projet de législation ou de réglementation doit en effet, pour démontrer que la conception du texte proposé tend à minimiser les coûts qu'il comporte, « s'inspir[er] [du] principe [...] » selon lequel « la solution doit être axée sur des résultats plutôt que sur des moyens » (art. 3, 2<sup>e</sup> al., par. a)). L'une des principales justifications de ce qu'on désigne par la « réforme de la réglementation » serait en effet la rigidité, et par suite, l'inefficacité, notamment économique, d'un encadrement réglementaire excessivement prescriptif, imposant aux acteurs sociaux de manière détaillée des comportements destinés à préserver certains intérêts collectifs. En substance, la promotion de la RPO vise à remettre davantage l'accent sur les objectifs ou les résultats visés par les pouvoirs publics lors de l'imposition de ces règles, et moins sur les comportements ou les moyens susceptibles de conduire à la réalisation de ces objectifs.

Au-delà de ces propositions actuelles sur la manière de rédiger des règlements, il faut voir la RPO pour ce qu'elle est : l'un des avatars d'un phénomène de plus longue date et de plus grande ampleur. En effet, la RPO s'inscrit dans un mouvement historique qui a profondément transformé la nature du droit dans les sociétés occidentales. Le droit libéral des deux premiers tiers du XIX<sup>e</sup> siècle était un droit « sans finalités particulières » (Morand 1999 : 45-46). Son rôle était de fixer la règle du jeu dans les conditions d'une société bourgeoise (Arnaud 1973; Larue 1989), au sein de laquelle la poursuite par chacun de ses finalités individuelles devait rester libre. Le développement intense de l'interventionnisme étatique au XX<sup>e</sup> siècle a conduit à l'abandon de cette conception du droit dans de nombreux secteurs de la vie sociale. Une série d'objectifs (protection des travailleurs dépendants, de l'enfance, de la santé publique, des marchés intérieurs, de ressources collectives rares, de l'environnement, etc.; promotion de l'éducation, de l'hygiène, de l'égalité, de l'accès à la culture, etc.) ont été pris en charge comme finalités du droit étatique, justifiant la formulation juridique de règles précises d'encadrement des conduites. Enfin, à l'époque récente, la complexité croissante des réalités matérielles et sociales que vise à encadrer le droit (de même que la complexité croissante de notre connaissance de ces réalités) a poussé les États à infléchir leurs modes d'intervention, notamment juridiques, et à en élargir la gamme. Nous avons évoqué au chapitre 1 (A., 2., b.) cette évolution vers ce que certains décrivent comme l'État stratège ou, dans un langage moins militaire, l'État propulsif (Morand 1991 a).

La RPO relève de cet infléchissement des formes d'action étatique. Sans remettre en cause le caractère foncièrement autoritaire de la réglementation classique, elle l'amortit en quelque sorte par un effet de mise à distance de la norme. Il s'agit toujours d'une règle imposée, mais la « densité normative » (Morand 1999 : 98) de cette règle est amoindrie. Les promoteurs de la RPO peuvent faire valoir, que depuis quelques décennies déjà, le Parlement a fréquemment infléchi dans le même

sens la teneur de la législation. La formulation d'objectifs d'intérêt public, notamment au moyen de la réglementation, apparaît donc, dans la perspective de cette évolution, comme la fonction caractéristique de l'État contemporain. Reste à savoir si et comment la forme réglementaire d'action étatique peut être adaptée à cette fonction. Il faut d'abord pour cela préciser ce qu'on peut entendre par « réglementation par objectifs » (a.), et examiner ensuite la compatibilité de la notion de règlement avec un contenu de ce type (b.).

#### **a. Nature et pratique de la réglementation par objectifs**

On a pu écrire que la RPO, tout en étant dans le discours économique et politique actuel une idée reçue, n'a été que rarement mise en pratique (Savage 1997 : 253). Ce paradoxe doit être nuancé. Si d'une part, la notion de RPO est si largement acceptée, c'est qu'elle recouvre un éventail de possibilités assez large, et que ses contours sont donc imprécis. Si d'autre part, les énoncés réglementaires d'objectifs à caractère général sont peu courants, il n'est pas très difficile de relever, dans la production réglementaire récente, des textes rattachables à l'idée de RPO.

La notion de RPO se révèle, à l'analyse, à la fois polysémique, complexe et non exclusive.

On fait en général reposer le sens de cette notion sur l'opposition entre normes de moyens et normes de résultat (Chiaradia-Bousquet 1994 : 22) ou entre normes de conception et normes de performance (Mannix 1994 : 10). Les normes de moyens ou de conception sont celles qui décrivent de façon précise les conduites, procédés, équipements, etc. obligatoires pour que l'activité réglementée soit conforme à l'objectif recherché. Par exemple, une réglementation de ce type contiendra des prescriptions techniques détaillées sur la conception, l'implantation et l'isolation sonore de machines bruyantes, de manière à protéger la santé des travailleurs; elle imposera des règles de conception, d'utilisation et de nettoyage d'équipements utilisés dans la transformation de produits alimentaires, de manière à protéger la salubrité de ceux-ci. On compte parmi les textes d'application du CSR de nombreuses dispositions de ce type : par ex. *Règlement sur les normes de charges et de dimensions applicables aux véhicules routiers et aux ensembles de véhicules routiers*, D.1299-91, (1991) 123 GOQ II 5213, et modif., art. 4; *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers*, D.1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221, art. 32 et 92. Dans une réglementation de ce type, il se peut d'ailleurs que l'objectif recherché ne soit nulle part clairement énoncé, et qu'on doive le déduire de l'ensemble de textes constitué par le règlement et la loi habilitante.

Les normes de résultat ou de performance, en revanche, décrivent avec plus ou moins de précision l'objectif recherché, sans spécifier les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Le choix de ces moyens est alors, en principe, laissé à la discrétion de l'assujetti, dans l'attente implicite que celui-ci, tout en se conformant à d'autres réglementations qui pourraient lui être applicables, mettra en œuvre les moyens qui lui assurent au moindre coût global la conformité à la norme de résultat ou de performance. En pratique, la liberté laissée à l'assujetti ne semble pas toujours aussi grande que le laisse prévoir cette représentation théorique de la norme de résultat. En effet, l'encadrement des conduites ne se résume que rarement à la formulation d'une telle norme, comme on va le voir plus loin.

On peut citer comme exemples de normes de résultat ou de performance, conformes à l'idéal-type de la RPO, les textes suivants :

Le personnel, les locaux, le matériel et l'équipement de la vacherie, de la chèvrerie, de la salle de traite ou de la laiterie doivent être propres.

(*Règlement sur la salubrité des produits laitiers*, D.183-88, (1988) 120 GOQ II 1483, et modif., art. 11)

Tout équipement (...) doit toujours être en état de fonctionnement et doit fonctionner de façon optimale pendant les heures d'exploitation de l'établissement de manière à assurer le rendement pour lequel il a été conçu.

(*Projet de Règlement sur la qualité du milieu de travail*, (1998) 130 GOQ II 5103, art. 6)

Tout équipement (...) visé au présent chapitre doit être adéquat, c'est-à-dire approprié à sa fonction et constamment tenu en bon état de fonctionnement.

(*Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers*, D. 1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221, art. 5)

On observera que dans ces trois exemples, le titre du règlement fait lui-même état d'un objectif qualitatif; dans le second cas, cet objectif doit être précisé par celui de la loi habilitante, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*. La disposition réglementaire énonçant un objectif fait ainsi apparaître un raisonnement causal : si, par des moyens librement choisis (ou précisés autre part), l'objectif assigné par la disposition est atteint, alors on présumera, toutes choses égales par ailleurs, que l'objectif exprimé par l'ensemble du règlement le sera aussi. Par exemple, si le producteur laitier s'assure, par diverses précautions, de la propreté de son personnel et de ses installations, alors on présumera, sous réserve d'une mauvaise qualité de la matière première, ou d'incidents en cours de transport, d'entreposage ou de distribution du produit, que ce dernier est salubre. La présence de ce type de raisonnement révèle l'une des caractéristiques de la RPO : elle repose sur un calcul de probabilités. La formulation d'une norme de résultat implique que l'on croie possible et rationnel pour l'assujéti de se comporter de manière à obtenir, selon toute probabilité, le résultat visé. Ces exemples montrent ensuite que l'atteinte de ce résultat fait à son tour présumer que, selon toute probabilité, l'objectif plus global visé par le règlement sera lui aussi atteint. On voit dès lors apparaître une première condition essentielle de praticabilité de la RPO : l'activité visée ne doit être soumise à aucun aléa susceptible de rendre incertaine l'atteinte du résultat par un assujéti diligent – sinon à des aléas négligeables ou à ceux (par ex. la mauvaise qualité du lait en raison d'une maladie animale, ou les mauvaises conditions d'entreposage par le grossiste) que tendent à supprimer d'autres réglementations.

C'est autour de cette distinction fondamentale entre normes de moyens et normes de résultat, et sur la base d'une préférence pour ces dernières, que s'est développé le courant d'idées favorable à la RPO. La proposition de départ consistait naturellement à souhaiter que le plus grand nombre possible de normes réglementaires de moyens, ou de conception, soient converties en normes de résultat, ou de performance. Des modèles de normes de performance déjà courants pouvaient être proposés : par ex. les normes fixant un taux maximum de présence d'un contaminant dans un milieu donné, ou celles qui assujétissent un matériau ou un produit à

un test de résistance. Sur ce thème de fond ont cependant été greffées une série de variantes, qui élargissent considérablement le contenu de la notion de RPO (Martin 1996 : 4-6). Ces variantes sortent dans plusieurs cas du cadre d'une réglementation. Elles seront examinées ailleurs dans le présent chapitre et au chapitre 3, sous les rubriques de la réglementation par renvoi (2. *infra*), de la contractualisation du contrôle d'application (C. 1., *infra*), de la substitution de normes (ch. 3, A., 2.), de la contractualisation des normes (ch. 3, A., 3.) et de l'élargissement des marges discrétionnaires (ch. 3, B., 3.).

Le caractère hautement polysémique qu'a fini par revêtir la notion de RPO oblige à rappeler qu'on ne l'envisage ici que dans son acception première, celle d'une norme réglementaire formulée en termes de résultat, ou de performance, plutôt que de moyens ou de conception.

En revanche, rien n'interdit de penser que la RPO ainsi comprise soit associée à d'autres formes d'action étatique. Non seulement peut-elle être utilisée en combinaison avec des normes réglementaires de moyens, de type classique (comme c'est le cas dans le *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers*), mais elle peut être complétée, par exemple, par des normes de moyens à caractère indicatif formulées dans des directives (voir par ex. les normes envisagées en matière de salubrité des produits laitiers, des viandes et des volailles : Moore et Skogstad 1998 : 137-138), ou par un dispositif d'autocontrôle (comme ceux que prévoient les art. 543.2 à 543.16 CSR ou les art. 2, 6.1, 15 et l'Annexe VI du *Règlement sur l'inspection du poisson*, CRC c. 802 et modif.). La RPO au sens propre n'exclut donc de recourir ni à d'autres formes de réglementation, ni à diverses formes non réglementaires d'action étatique.

Les avantages prêtés à la RPO, dans son acception première, tiennent d'une part à ses qualités intrinsèques et d'autre part aux effets qu'elle induirait dans le fonctionnement de l'appareil d'État et les comportements des assujettis.

Au titre des avantages intrinsèques, on fait principalement valoir la plus grande facilité d'actualisation des normes de résultat en fonction de l'évolution des savoirs et des techniques. Ainsi, la découverte de nouveaux procédés permettant d'obtenir de meilleurs résultats se traduira normalement, en présence d'une norme de résultat, par un simple relèvement de celle-ci, alors que l'existence d'une norme de moyens oblige à une révision complète de cette norme si l'on veut imposer l'adoption de ces nouveaux procédés (Penneau 1989 : 71-74; Martin 1996 : 3-4; Savage 1997 : 255).

Qui plus est, la présence de normes de résultat est de nature à encourager la recherche de ces nouveaux procédés; leur expérimentation est a priori compatible avec ces normes, alors que l'imposition de procédés canoniques par des normes de moyens peut avoir l'effet pervers d'empêcher l'innovation.

Puisqu'elles n'entrent pas dans le détail de l'activité visée, mais en considèrent seulement le produit, les normes de résultat sont généralement plus simples, donc plus aisément intelligibles et applicables par les intéressés; toutes choses égales par ailleurs, elles auraient donc plus de chances d'être effectivement et correctement appliquées que les normes de moyens. Cette simplicité relative des normes de résultat les rend aussi plus facilement harmonisables au niveau interétatique.

Enfin, pour autant – et c'est là la seconde condition essentielle de praticabilité de la RPO – que le résultat décrit par la norme soit mesurable, en particulier par échantillonnage, le contrôle d'application des normes de résultat est considérablement simplifié par rapport à celui des normes de moyens. En effet, le contrôle de la conformité au résultat prescrit, comme la norme de résultat elle-même, s'intéresse à un point précis du déroulement d'une activité, alors que le contrôle de la conformité aux normes de conception ou de moyens s'exerce, vu la nature de ces normes, sur plusieurs phases d'une activité ou plusieurs caractéristiques d'un bien.

Les avantages induits de la RPO sont moins facilement démontrables. Le plus apparent serait le gain d'efficacité économique produit par la combinaison d'une plus grande souplesse dans l'exécution de la norme par les assujettis et d'une diminution des coûts liés au contrôle d'application par l'État (surtout si ce contrôle fait en partie l'objet d'un transfert vers les assujettis eux-mêmes).

On invoque aussi des effets psychologiques souhaitables chez les assujettis, sous la forme d'une plus grande « intériorisation » des exigences réglementaires, correspondant au fait que celles-ci doivent être intégrées à la conception et au déroulement de l'activité dont le résultat fait l'objet de la norme (Martin 1996 : 3; Black 1997 : 9). Cette attitude positive à l'endroit des normes de résultat serait à opposer aux effets pervers de la norme de moyens, susceptible de paraître déraisonnable et d'engendrer une disposition à la délinquance, un refus de coopérer à l'application, un sentiment d'injustice, une tendance à la contestation politique ou judiciaire de la norme. Dans la mesure où les normes réglementaires s'adressent à des pouvoirs économiques dominants, de telles considérations soulèvent directement le débat sur les fins et les moyens de l'action du politique sur l'économique.

### ***b. Problématique de la réglementation par objectifs***

Il ne saurait évidemment être question d'entrer ici dans un débat de cette nature. On se bornera à poser la problématique de la RPO sur un terrain strictement juridique. Il s'agit d'examiner dans quelle mesure, ou à quelles conditions, l'énonciation d'objectifs assignés aux conduites est une action étatique susceptible de recevoir la forme d'un règlement. Ou pour le dire autrement : la nature juridique d'un règlement est-elle compatible avec la formulation de normes en termes d'objectifs ? La réponse à cette question est fonction du degré de précision qu'on attend d'une norme réglementaire.

La description de l'imposition d'objectifs par des textes législatifs est une pratique devenue familière. L'évolution, décrite plus haut, dans la conception des fins du droit étatique, en est responsable. Nous sommes habitués à ce que le Parlement, non seulement crée des droits et des obligations par des dispositions directement applicables à des situations concrètes, mais énonce les finalités d'intérêt public en fonction desquelles il ordonne, de manière plus générale, l'activité des sujets de droit, et notamment des autorités publiques, dans un domaine donné. Les juristes sont habitués à déceler l'expression de ces finalités dans les différents éléments d'un texte de loi. Parfois le Parlement leur facilite la tâche, en concentrant dans l'un de ces éléments (déclaration d'objet de la loi, description de la mission d'une autorité administrative, énoncé d'une politique, règles de fond de portée très générale,

préambule...) l'expression de la finalité d'intérêt public qu'il entendait promouvoir. À défaut d'une expression aussi claire, les juristes mettront à contribution d'autres dispositions (par ex. une liste d'habilitations à prendre des règlements ; envisagée globalement, elle peut donner une idée de l'objectif sous-jacent à la loi), voire des sources extérieures à la loi (par ex. les travaux préparatoires). Ce travail de mise au jour des objectifs visés par le Parlement, et auxquels il a entendu assujettir l'action publique et privée, oriente de plus en plus nettement la rédaction, la lecture et l'application des textes législatifs. L'interprétation judiciaire, de plus en plus favorable à une approche téléologique du texte des lois, ne fait qu'alimenter cette tendance, en faisant de l'objectif visé par le texte la base de la démarche interprétative. Corrélativement, la Cour suprême, interrogée sur l'intensité de l'exigence de précision que comportent pour le langage législatif les notions de « justice fondamentale » (art. 7 CC DL) et de « règle de droit » (art. 1 CC DL), a donné une réponse cohérente par rapport à l'approche dite « moderne » de l'interprétation : il est non seulement admissible, mais même indispensable dans de nombreux cas, que le Parlement se limite à énoncer des règles de très large portée, comportant pour les assujettis une « simple » norme de résultat. En dépit de sa « teneur indécise » (Amselek 1992), une disposition législative de cette nature ne comporte pas pour autant une atteinte à la justice fondamentale, et conserve la qualité de règle de droit éventuellement apte à restreindre, dans les conditions de l'art. 1, l'un des droits et libertés protégés par la CC DL. Il suffit, pour répondre au critère constitutionnel de précision des lois, que sa teneur se prête à un débat rationnel utilisant des arguments de droit.

L'applicabilité de la CC DL aux règlements, du moins lorsque leur édicition peut être considérée comme une action du « gouvernement » au sens de l'art. 32 CC DL, conduit à appliquer aux textes réglementaires les mêmes exigences constitutionnelles de précision qu'aux textes législatifs. À ne considérer la question que sous cet angle constitutionnel uniquement, on pourrait être conduit à admettre qu'un règlement puisse, tout comme une loi, énoncer une norme de résultat en des termes relativement flous mais conformes à l'exigence constitutionnelle de précision.

Dans un « ordre réel de droit positif [reposant sur] le principe plus général de l'ordre normatif » (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 RCS 721, p. 749) le régime juridique du règlement n'est cependant pas tributaire de la seule Constitution; il dépend au premier chef de la loi habilitante. En tant qu'acte administratif fondé sur les termes d'une loi, le règlement est soumis à des exigences de légalité qui s'ajoutent à celle de sa conformité à la Constitution. Le point d'appui de ces exigences est évidemment la disposition législative qui confère le pouvoir de prendre des règlements. Mais ces exigences ne se résument pas à la conformité d'un éventuel règlement à cette disposition, ou même à l'ensemble de la loi habilitante; elles relèvent en partie des conditions générales de légalité de tout acte administratif accompli, comme le règlement, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Bref, ces exigences découlent de la nature même d'un règlement (Pépin 1996 : 664-670).

Il arrive que le pouvoir réglementaire soit conféré en termes d'objectifs. Le Parlement confère alors le pouvoir de prendre des règlements devant tendre à la réalisation d'un objectif plus ou moins précis. Cette norme de résultat se confond parfois avec l'objectif de la loi dans son ensemble. On trouve assez peu de dispositions

de ce type dans la législation québécoise : par ex. *Loi sur la protection de la santé publique*, LRQ c. P-35, art. 69n); *Loi sur les caisses d'épargne et de crédit*, LRQ c. C-4.1, art. 516, par. 12°; *Loi sur l'instruction publique*, LRQ c. I-13.3, art. 430.

La norme de résultat ainsi imposée au titulaire du pouvoir réglementaire lui laisse le libre choix des moyens d'atteindre l'objectif visé. Il dispose d'un large pouvoir discrétionnaire de déterminer la teneur d'un éventuel règlement. Si large que soit ce pouvoir, encore doit-il être exercé de façon significative. La structure de l'ordre normatif implique que l'exercice du pouvoir réglementaire ait pour effet de préciser significativement le contenu normatif de la loi. Ainsi, sur la base d'une habilitation à prendre des règlements « pour assurer la sécurité des véhicules », le titulaire de ce pouvoir ne pourrait se borner à énoncer à son tour, à l'adresse cette fois des propriétaires de véhicules, une norme réglementaire de résultat d'un égal niveau de généralité (« Le propriétaire d'un véhicule doit l'entretenir de manière à en assurer la sécurité »). Cette atteinte à la volonté du Parlement d'attribuer un pouvoir normatif au titulaire de ce pouvoir réglementaire ne saurait être réparée par l'intervention de directives précisant les modalités de l'obligation faite aux propriétaires de véhicules d'en assurer la sécurité : ces directives pourraient ne pas provenir du titulaire de l'autorité réglementaire, et n'auraient pas, dans l'état actuel du droit, valeur de norme juridique.

L'hypothèse de la disposition habilitante comportant elle-même une norme de résultat est assez peu courante, on l'a noté, et l'exigence de concrétisation croissante des normes juridiques est donc peu susceptible d'être appliquée à des règlements pris sur une telle base. L'examen de cette hypothèse met toutefois déjà en lumière la principale difficulté susceptible d'être soulevée par la RPO : le caractère trop général d'une norme réglementaire de résultat.

Dans le cas beaucoup plus courant où le titulaire est habilité à prendre des règlements traitant d'un objet déterminé ou d'une matière décrite en termes plus ou moins amples, la formulation par règlement d'une norme de résultat demeure problématique, mais à un degré variable. Au moins trois facteurs semblent devoir déterminer la compatibilité d'une telle norme de résultat avec la forme réglementaire.

Le premier de ces facteurs est le libellé de la disposition habilitante. Plus celle-ci porte sur un objet précisément déterminé, moins elle paraît susceptible d'être exercée significativement sous la forme d'une norme de résultat, à moins que celle-ci ne soit elle-même très précise, ou à moins que l'objet visé par l'habilitation ne soit justement la création de normes de résultat (comme par ex. à l'art. 31d) de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, LRQ c. Q-2). En revanche, lorsque l'habilitation à réglementer vise simplement la matière à propos de laquelle des normes réglementaires pourront être établies, il est nettement plus facile d'envisager qu'une norme de résultat puisse constituer un exercice significatif du pouvoir réglementaire. La conformité de normes réglementaires de résultat par rapport à la disposition habilitante n'est cependant tout à fait certaine que si l'édiction de ce type de normes est expressément prévue par cette disposition.

Le second facteur est la mesurabilité du résultat prescrit par le règlement. On l'a déjà relevé, la possibilité de mesurer l'atteinte du résultat est l'une des conditions essentielles de praticabilité de la RPO. Les exigences de la légalité administrative

prolongent ce réquisit de simple logique. Une norme réglementaire de résultat décrivant celui-ci en des termes permettant une mesure exacte de la conformité (par ex. en fixant un seuil chiffré) est tout aussi compatible avec la nature d'un règlement qu'une norme de moyens prescrivant en détail les conditions d'une activité ou les caractéristiques d'un bien. Par contre, une norme réglementaire de résultat décrivant celui-ci en termes qualitatifs est a priori nettement moins compatible avec la nature juridique d'un règlement. La légalité d'une telle norme serait contestable en tant que dénaturation d'un pouvoir réglementaire, soit parce qu'elle ne constitue pas un exercice significatif de ce pouvoir, par rapport au contenu normatif de la loi, soit parce qu'elle est trop imprécise, ou encore parce qu'elle opère en fait une subdélégation du pouvoir discrétionnaire de créer la norme réglementaire. Ce second facteur met donc particulièrement en évidence l'impossibilité de formuler un jugement global sur la compatibilité de la RPO avec les exigences de précision découlant de l'application du principe de légalité aux actes réglementaires : certaines normes de résultat, donc certains types de RPO, peuvent répondre sans difficulté à ces exigences, d'autres non.

Toutefois, même lorsque sa formulation place apparemment une norme de résultat à l'abri de toute contestation sur la base de ces exigences, certaines difficultés peuvent subsister. Ainsi, sur le plan de la sécurité juridique, la norme de résultat, avec l'effet de mise à distance qu'elle comporte, paraît moins satisfaisante que la norme de moyens, avec ses prescriptions détaillées et immédiatement applicables. Dans l'éventualité du passage d'un type de normes à l'autre, en particulier, ce déficit de sécurité juridique pourrait être vivement ressenti par les assujettis. Par ailleurs, sur le plan de l'égalité de traitement, la norme de résultat, en faisant l'impasse sur le déroulement d'une activité pour ne s'intéresser qu'à son aboutissement, pénalise ceux que leur situation économique ou sociale moins avantageuse prive de tout accès à des « raccourcis » conduisant au résultat visé. Sans doute ce type de discrimination est-il susceptible de se produire à propos de n'importe quelle réglementation; mais la RPO qui met l'accent sur la « performance » plutôt que sur la « régularité », semble y être particulièrement vulnérable.

Ces préoccupations de sécurité juridique et d'égalité de traitement ne concernent d'ailleurs pas que le droit. La doctrine économique libérale, soucieuse de la neutralité des règles juridiques encadrant l'activité des entreprises, peut y être sensible. Ainsi propose-t-elle d'étaler dans le temps et dans l'espace la mesure de l'atteinte des résultats; on peut ainsi admettre, sous réserve d'un niveau global de conformité à la norme, des écarts temporaires ou des disparités individuelles. Le droit de l'environnement connaît de tels aménagements des normes (voir par ex. les art. 162 (système de points transférables en matière d'émissions) et 322 et ss. (permis échangeables) du projet de *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (1999), P.L. C-32 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> législ.). Certains proposent aussi d'offrir aux assujettis le choix entre une norme de moyens et une norme de résultat conduisant à des résultats équivalents; dans une première phase, la norme de moyens, préexistante, constituerait le droit commun, la norme de résultat pouvant faire l'objet d'une option de la part de l'assujetti, alors que la situation serait par la suite inversée (Mannix 1994 : 11-12). Ce type de proposition évoque déjà des formes d'action étatique dont il sera question plus loin (C. 2. *infra*, et ch. 3, A. 2.).

Le dernier facteur influant sur la compatibilité de la RPO avec la forme réglementaire est le rôle joué par la norme de résultat dans l'ensemble du dispositif. Il faut pour apprécier ce rôle rapprocher cette norme des autres normes – de moyens ou de résultat – figurant dans la loi et dans le règlement.

En effet, ainsi qu'on l'a rappelé plus haut, la formulation d'objectifs d'intérêt public et de normes de résultat exprimées en termes larges est aujourd'hui admise et courante dans les textes législatifs. Ce type de dispositions coexiste dans les lois avec des règles de facture plus classique, précises, objectives et directement applicables à des situations d'espèce. Cette coexistence n'a pas été sans soulever de difficultés dans les cas où une même situation pouvait être saisie à la fois par une norme plus générale, formulée en termes d'objectifs ou de résultat, et une norme plus précise et directement applicable. On a considéré dans cette hypothèse que c'est la norme plus précise qui devait recevoir application (*Alex Couture Inc. c. Piette*, [1990] RJQ 1262 (CA)). Cette solution suggérerait que le rôle de la norme plus générale était essentiellement supplétif, que sa valeur était celle d'un principe dont les normes plus spécifiques représentaient autant d'applications. Ce raisonnement a été poussé à son terme dans une autre hypothèse : celle où une situation donnée échappait aux normes susceptibles d'application directe, mais pouvait entrer dans le champ d'application de la norme plus générale, constituée typiquement par une norme de résultat formulée en termes larges. On a alors considéré que celle-ci prenait effectivement valeur de principe, et permettait de combler les lacunes apparaissant entre les diverses autres dispositions. L'inapplicabilité de ces dispositions justifiait un repli sur la norme de principe (*Domtar c. CALP*, [1990] RJQ 2190 (CA)).

Ce type de raisonnement, qui repose sur les oppositions conceptuelles familières principe/applications, principe/déroptions et droit commun/règles particulières, permet de dégager une solution satisfaisante lorsque les règles exprimant le « principe » ou le « droit commun » et prenant éventuellement la forme de normes de résultat se trouvent dans la loi, alors que les règles particulières peuvent se trouver indifféremment dans la loi ou le règlement. Il peut également servir à structurer les rapports entre les dispositions d'un règlement (par ex. le *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers*, D.1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221) où coexistent normes de résultat, prenant valeur de principe, et normes de moyens, exprimant autant d'applications du principe. Le raisonnement paraît cependant mal adapté à l'hypothèse où le règlement ne contient qu'une norme de résultat formulée en termes larges, alors que certaines situations justiciables de ce principe font par ailleurs l'objet de règles particulières dans la loi. La hiérarchie formelle des textes se trouve alors en contradiction avec leur hiérarchie logique. Il est incongru de confier à l'autorité réglementaire l'expression d'un « principe » ou d'un « droit commun » que le Parlement n'aurait pas su formuler lui-même, consacrant toute son attention à en prévoir certaines applications ou exclusions. On entrevoit alors – mais non sans appréhension – vers quelle issue nous oriente cette hypothèse : le Parlement s'en tiendrait à l'énoncé de « super-principes » d'une haute généralité; au pouvoir réglementaire serait confiée la formulation de « principes » ou d'un « droit commun » sectoriels; l'encadrement détaillé des conduites étant refoulé vers des normes non juridiques.

C'est donc ce dernier facteur qui dévoile l'aspect le plus critique de la problématique soulevée par la RPO. La compatibilité des normes de résultat et de la forme réglementaire soulève certes des difficultés en regard des deux autres facteurs; mais ces difficultés peuvent être en grande partie être levées par la technique législative, grâce à une rédaction suffisamment précise des dispositions habilitantes et au recours à des normes de résultat se prêtant à une mesure objective. Le troisième facteur, cependant, indique qu'une RPO consistant exclusivement en normes réglementaires de résultat formulées en termes larges soulève des questions de fond : au-delà de difficultés d'interprétation, ces questions mettent en jeu la place du droit et de l'État dans la régulation des rapports sociaux.

### **c. Évaluation**

Certains éléments de cette problématique de la RPO sous l'angle du droit administratif et du droit constitutionnel sont manifestement pertinents lorsqu'on s'interroge sur cette forme d'action étatique dans la perspective de nos cinq critères de justification. Par exemple, les doutes que soulève, par rapport à la logique de l'ordre juridique, la présence dans un règlement de normes de résultat formulées en termes très larges rejoignent le souci d'assurer la maîtrise politique effective sur la définition d'objectifs sociaux fondamentaux. Autre exemple : le fait que, pour être praticable et répondre aux exigences juridiques de précision, une norme de résultat doit se prêter à une mesure objective de conformité met en jeu le critère de compétence technique.

L'application des critères de justification conduit à une appréciation globalement positive de la RPO, puisque quatre des cinq critères, mais particulièrement le critère d'économie de moyens, incitent à favoriser le recours à cette forme d'action étatique. Seul le critère de maîtrise politique tend à une conclusion défavorable. Rappelons tout de même que cette appréciation globale n'est justement que cela. Pour fonder une conclusion précise sur la justification du recours à la RPO dans un cas donné, il est nécessaire d'apprécier le poids relatif de chacun des critères, compte tenu la tâche qu'il s'agit d'accomplir. Néanmoins, puisque quatre des critères conduisent à une appréciation plutôt favorable, il est à prévoir que seules les tâches pour lesquelles la maîtrise politique apparaîtrait comme une considération de première importance seraient a priori insusceptibles de faire l'objet d'une RPO.

Selon le critère d'**économie de moyens**, la RPO présente, au moins en théorie, des qualités indéniables. En effet, les normes de résultat semblent, par nature, relativement simples à concevoir, à formuler, à faire connaître et à exécuter. Lorsqu'elles sont précises, la conformité à leurs exigences garantit l'efficacité de l'action étatique tout aussi bien que la conformité à une norme de moyens. Lorsqu'elles sont formulées en termes larges, elles laissent libre cours à la logique gestionnaire, tendant à l'atteinte des résultats au coût global le moins élevé possible; cette logique peut alors présider à la fois au comportement des assujettis, à l'activité d'incitation et de contrôle de l'autorité publique, et à la recherche d'accommodements entre l'objectif énoncé par la norme et les possibilités concrètes.

Dans la mesure où l'on peut associer la rigueur et l'ampleur d'une réglementation avec une déperdition de ressources, la RPO semble promettre d'appréciables diminution des coûts pour l'État et les assujettis, quel que soit le degré de précision que

revêt la norme de résultat. La perte d'efficacité que l'on peut redouter lorsque cette norme est formulée en termes très larges n'apparaît pas comme un obstacle rédhibitoire, puisqu'elle peut être minimisée par des mesures de contrôle et d'accommodement dont le coût restera, selon toute vraisemblance, encore inférieur à celui des mesures d'exécution d'une série de normes de moyens permettant de parvenir au même objectif.

Le critère de **compétence technique** conduit lui aussi à une appréciation favorable de la RPO. Il semble que cette appréciation doive être un peu moins nette que dans le cas du critère d'économie de moyens; du point de vue de la compétence technique, en effet, la RPO ne présente pas d'avantage décisif par rapport à la forme d'action étatique la plus directement comparable, c'est-à-dire la réglementation classique par des normes de moyens.

Néanmoins, et précisément parce qu'elle ne se prononce pas sur les moyens, la RPO peut apparaître comme une forme souhaitable d'action étatique dans un certain nombre de domaines à forte technicité. En effet, la norme réglementaire de résultat renvoie par son silence le choix des moyens aux experts. Elle répond au vœu naturel d'une communauté d'experts : « Dites-nous ce que vous voulez obtenir, et laissez-nous élaborer, entre experts, les moyens les plus performants pour y parvenir ». La norme de résultat se prête donc très bien, au niveau de son application, à l'accumulation et à la confrontation des savoirs d'experts, et ouvre un espace à des décisions fondées exclusivement sur les normes d'une discipline scientifique ou technique ou du moins sur le consensus dominant au sein d'une « communauté de spécialistes » (largement entendue).

Par ailleurs, lorsqu'elle est précise, la norme réglementaire de résultat, avec l'exigence de mesurabilité objective qu'y introduit la principe de légalité, apparaîtra souvent comme une « norme d'expert », puisque son élaboration et le contrôle de son respect requerront des connaissances spécialisées, au même titre que de nombreuses normes de moyens.

Enfin, quelle que soit sa facture, la norme réglementaire de résultat peut inciter les assujettis, encore une fois avec le concours de l'expert, à une adaptation technique créative des installations, procédés ou produits en vue d'assurer leur conformité à la norme. On a vu que cette incitation à l'innovation est l'un des avantages prêtés à la RPO par ses promoteurs.

Deux autres critères donnent de la RPO une image assez favorable. Celui de l'**équité** renvoie, rappelons-le, à deux préoccupations en partie contradictoires, tendant à assurer d'une part le traitement individualisé des situations et d'autre part la régularité et l'uniformité de l'application des normes. Selon sa texture plus ou moins ouverte, la norme de résultat répond plutôt à l'une ou à l'autre de ces préoccupations. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, le fait de ne viser que le résultat permet de composer plus facilement avec la diversité des situations et d'individualiser le choix des moyens de mise en conformité. À l'inverse, la norme de moyens, qui impose le parcours conduisant à ce résultat, accentue l'autre dimension de l'équité, celle qui valorise les normes susceptibles d'une application régulière et uniforme.

Inévitablement, la norme de résultat semble par contre porteuse des risques associés à l'excès d'individualisation : l'incohérence des décisions dans leur ensemble, l'effet discriminatoire et la difficulté d'une appréciation comparative des comportements. Les préoccupations d'équité rejoignent ici celles, évoquées plus haut, d'économistes soucieux de préserver la neutralité des règles dans leurs effets sur le marché. La norme réglementaire de résultat peut en effet comporter un biais, et donc un effet discriminatoire, à l'encontre des assujettis les plus faibles économiquement, incapables soit de supporter le coût de « raccourcis » permettant d'atteindre la norme plus vite ou plus facilement, soit de suivre le mouvement à la hausse des normes de résultat, auquel incitent les performances des plus forts.

L'évaluation de la RPO du point de vue de l'équité n'est donc pas exempte d'ambivalence. Mais au total, les exigences de l'équité pourront vraisemblablement, dans un certain nombre de cas où l'utilisation de la RPO pourrait être envisagée, s'exprimer dans les qualités de souplesse associées à cette forme d'action étatique. Cette souplesse est par ailleurs, on l'a vu, un aspect positif des normes réglementaires de résultat du point de vue des critères d'économie de moyens et de compétence technique. Elle justifie également une appréciation plutôt favorable de cette forme d'action étatique du point de vue du critère d'équité. Cette convergence est peut-être révélatrice d'une évolution plus globale dans notre conception de l'équité dans les normes juridiques : nous serions aujourd'hui plus enclins qu'autrefois à voir une promesse d'équité dans une norme relativement « molle », exprimant des objectifs d'action, même en termes relativement larges. Symétriquement, nous serions plus sensibles au risque d'iniquité que recèle la norme « dure », saisissant les comportements de manière précise et prescriptive.

Le critère de **qualité de l'espace public** recentre l'attention sur la norme elle-même plutôt que sur son application. Il semble conduire lui aussi à une appréciation assez favorable de la RPO, du moins en comparaison de l'alternative constituée par la réglementation classique, axée sur les normes de moyens. En effet, une réglementation sous la forme de normes de résultat se prêtera souvent mieux à la communication et au débat, à la participation civique et à la délibération, à l'imputation de responsabilité et à l'évaluation, dans un espace public, que la norme de moyens. Celle-ci, en effet, se présente fréquemment sous une forme extrêmement technique peu accessible au public non spécialiste. Elle tend à ne mobiliser l'attention que des seuls assujettis. En revanche, la norme de résultat peut être libellée en termes plus larges et donc plus susceptibles de discussion, et s'intéresse à ce qui touche directement le public (par ex. la sécurité d'un lit d'enfant, la qualité de l'eau dans les rivières bordant des installations industrielles, le risque de lésions professionnelles à une époque d'innovation technologique intense, etc.). Elle est donc plus susceptible de faire naître une demande de débat public – ce qui, faut-il le rappeler, est souhaitable dans une société démocratique.

Certes, dans l'état actuel du droit et des pratiques régissant le processus d'élaboration et de suivi des règlements, l'espace public susceptible de s'ouvrir à ce débat n'est qu'imparfaitement aménagé. Il faut donc relativiser la clarté des indications données ici par le critère de qualité de l'espace public. Il reste que, compte tenu des limitations actuellement inhérentes à la forme réglementaire d'action étatique, la RPO devrait bénéficier d'un préjugé légèrement favorable du point de vue de ce critère.

Seul, donc, le critère de **maîtrise politique** appelle des réserves quant à l'utilisation de la RPO. Ces réserves sont en quelque sorte la contrepartie des motifs pour lesquels la RPO suscite une appréciation favorable du point de vue du critère de compétence technique. En effet, on l'a vu, le recours à des normes réglementaires de résultat tend à élargir le champ de décision et d'action laissé à l'expert. En valorisant ainsi l'hypothèse dans laquelle la réglementation consiste essentiellement en normes de résultat, certaines pouvant être formulées en termes très larges, le point de vue de l'expert tend à faire jouer par le règlement un rôle – la définition d'objectifs publics – relevant de l'instance législative proprement dite.

Certes, le pouvoir réglementaire est confié dans un grand nombre de cas au gouvernement – lui-même instance politique soumise au contrôle du Parlement – ou, s'il est confié à une autre autorité, demeure en général soumis à un contrôle de tutelle par le gouvernement.

Certes aussi, quoique en théorie plutôt qu'en réalité, le Parlement a le pouvoir de se saisir de textes réglementaires (art 117 et 145 du *Règlement de l'Assemblée nationale*) et de les désavouer (art. 21 à 24 de la *Loi sur les règlements*). Il reste que la RPO, si elle devait être largement pratiquée sous la forme de normes de résultat formulées en termes larges, ne pourrait que contribuer à vider les lois d'une part de leur contenu naturel.

Il n'est pas assuré que cet affaiblissement de la maîtrise exercée par le Parlement sur la définition d'objectifs publics serait compensée par un renforcement du contrôle exercé par le Parlement sur la réglementation. Sans doute les normes de résultat définissant des objectifs d'assez large portée seraient-elles plus susceptibles de retenir l'attention des parlementaires que les normes de moyens de type classique, avec leurs prescriptions détaillées. Toutefois, à moins de modifications importantes dans le fonctionnement du système politique et dans l'organisation du travail parlementaire, il paraît peu probable que les parlementaires trouvent la volonté et le temps d'examiner de plus près la réglementation.

Le recours à la RPO semble donc bien comporter le risque d'un déplacement du lieu de décision quant à des objectifs sociaux susceptibles d'avoir une très large portée. Par conséquent, lorsque la tâche à accomplir réclame le maintien d'un niveau élevé de maîtrise politique sur l'action de l'État, la RPO n'apparaît pas comme une forme souhaitable de cette action.

En résumé, cette évaluation de la RPO à partir de nos cinq critères de justification des formes d'action étatique se présente donc ainsi :

CRITÈRES				
Maîtrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Défavorable	Assez favorable	Assez favorable	Favorable	Très favorable

Il s'ensuit que la RPO apparaît comme une forme d'action justifiable, à un degré variable selon la nature de la tâche à accomplir, selon l'ensemble des critères, à l'exception du critère de maîtrise politique. Le poids accordé à ce critère relativement à cette tâche déterminera s'il y a lieu d'exclure la RPO de la gamme des choix possibles.

## 2. La réglementation par renvoi

Cette seconde forme de mise à distance de la norme se caractérise, on l'a dit, par un déplacement de celle-ci dans l'espace. La norme relative à un objet donné, plus ou moins étendu, est annoncée au lecteur par le texte normatif, mais celui-ci n'en livre pas (ou pas entièrement) le contenu; il donne plutôt des indications, plus ou moins précises, invitant le lecteur à se reporter à une autre source pour connaître (ou compléter) ce contenu normatif. On se trouve donc en présence d'une pratique instituée de circulation entre sources normatives. Cette circulation est rendue à la fois nécessaire et possible par la coordination entre normes différentes composant un système plus ou moins bien intégré et cohérent. L'idée même de système normatif implique la complémentarité entre les normes qui le composent; l'existence d'un tel système rend donc normal, souhaitable et courant le renvoi d'une norme à une autre.

Cette circulation à laquelle sont astreints les lecteurs de textes normatifs obéit à un certain nombre de règles, applicables à l'intérieur d'un même système normatif. Ainsi, la forme des renvois au sein de textes législatifs et réglementaires, ou de l'un de ces textes à un autre, fait l'objet de dispositions de la *Loi d'interprétation* (LRQ c. I-16, art. 43, 44, 46, 47 et 62) et de la *Loi sur la refonte des lois et des règlements* (LRQ c. R-3, art. 8 et 27.2). Ces règles contribuent à renforcer la cohérence de cet ensemble de textes et à en faire un véritable réseau normatif.

Le chapitre 1 a cependant attiré l'attention sur le fait que le réseau normatif juridique des différents États a été amené, du fait de sa propre expansion, à établir des rapports d'interconnexion avec d'autres réseaux normatifs, juridiques ou non, de source gouvernementale ou non, d'origine nationale, internationale ou étrangère. Le développement de ces rapports a considérablement amplifié la *pratique* du renvoi, notamment dans les textes réglementaires (a.). La réglementation par renvoi (RPR) apparaît aujourd'hui comme une modalité extrêmement répandue de l'action étatique. La diffusion de ce procédé soulève cependant, par rapport aux formes plus classiques de renvoi, une *problématique* aggravée (b.), qu'il convient de mesurer avant de proposer une *évaluation* de cette forme d'action étatique sur la base de nos critères de justification (c.).

### a. Nature et pratique de la réglementation par renvoi

Dans son sens le plus large, le renvoi, dans un texte législatif ou réglementaire, se présente comme une technique de rédaction permettant de compléter un texte (le texte référent) en indiquant au lecteur de ce texte qu'il doit se reporter à une autre source (normalement, il s'agira d'un texte) qui lui est désignée (la règle de référence) (Côté 1990 : 76-77; Bergel 1997 : 1212).

Formellement, le renvoi est censé produire un effet de réception de la règle de référence dans le texte référent, la première se trouvant fictivement transposée dans le second. Il y a transposition d'une règle dans un contexte plus ou moins différent de celui où elle se trouvait originellement (Molfessis 1997 : 1198). Le texte référent s'« incorpore » la règle de référence, qui devient partie de lui-même, sinon matériellement, du moins au niveau du sens du texte. Quelle que soit la métaphore utilisée (l'« adoption » et la « réception », notamment), elle rappelle l'origine plus ou moins étrangère de la règle de référence.

Cette extranéité de la règle de la référence par rapport au texte référent est toutefois affaire de degré, ce qui permet de constituer une typologie des renvois; cette typologie permettra à son tour d'affiner la problématique développée plus loin.

On oppose d'abord très généralement (Sparer et Schwab 1980 :166-175; Côté 1990 : 77) renvoi interne et renvoi externe. Le renvoi interne ne comporte qu'un élément d'extranéité purement formel, puisque le siège de la règle de référence se trouve dans le même ensemble textuel que le texte référent : il s'agit d'un autre article de la même loi, d'un autre alinéa du même article, par exemple. Ce type de renvoi met donc en relief les rapports d'interdépendance entre dispositions d'un même texte législatif ou réglementaire. Il obéit à des conventions de rédaction bien établies qui en favorisent la précision. Il donne lieu à peu de difficultés de compréhension ou d'interprétation, et ne présente pas d'intérêt ici.

Le renvoi externe présente bien entendu un élément d'extranéité plus fort, mais très variable selon l'hypothèse envisagée.

Le cas le plus fréquent est le renvoi externe à un texte, étranger au texte référent. Mais il arrive que le renvoi vise non pas un texte formulant une règle, mais une notion à caractère normatif plus ou moins flou, un « standard ». On entend par là un « type moyen de conduite sociale correcte pour la catégorie déterminée d'actes qu'il s'agit de juger » (Penneau 1989 : 7). Certains de ces standards sont entrés dans l'outillage normatif du droit (par ex. les « règles de l'art », la « personne raisonnable »). D'autres, par contre, relèvent de réseaux normatifs a priori étrangers au droit (par ex. les « pratiques généralement reconnues » par les membres d'un groupe professionnel); ils émergent à la faveur de phénomènes d'autoréglementation (cf. A. 2., a. *supra*).

Le renvoi aux standards juridiques (par ex. l'exigence de conformité aux « règles de l'art », à propos de la conception, de la construction et de l'installation de certains équipements, à l'art. 38, par. 2)a) du *Règlement sur la sécurité dans les édifices publics*, RRQ 1981 c. S-3, r.4 et modif.) ne suscite pas de difficultés particulières d'interprétation. En effet, malgré le flou qu'elles comportent, ces notions ont acquis dans le langage et la compréhension des juristes une densité normative suffisante (voir par ex. Quinn 1998) pour satisfaire aux exigences de précision des règlements, aussi bien du point de vue du droit constitutionnel que de celui du droit administratif (cf. B., 1., b. *supra*).

Le renvoi à des standards d'origine non juridique, non codifiés dans un texte, est en revanche beaucoup plus problématique. L'origine de ces standards et leur irréductible imprécision semblent a priori exclure que leur mention comme règle de référence dans un texte réglementaire (voire législatif) puisse satisfaire aux exigences de précision des normes juridiques (Trudel 1989 : 272-273). Il semble toutefois que certains textes, caractérisés par le fait qu'ils s'adressent en pratique « en circuit fermé » à un lectorat très spécialisé, puissent valablement pratiquer de tels renvois. Ce serait notamment le cas de textes relatifs à la déontologie de groupes professionnels (*Béliveau c. Comité de discipline du Barreau*, [1992] RJQ 1822 (CA) ou des textes fiscaux (*2747-3174 Québec Inc. c. Régie des permis d'alcool*, [1996] 3 RCS 919, j. l'Heureux-Dubé, pp. 1011-1015). Ce type de renvoi est toutefois assez peu courant (voir par ex. l'art. 16 1<sup>er</sup> al. de la *Loi sur le Bureau d'accréditation des*

*pêcheurs et aides-pêcheurs du Québec*, LQ 1999, c.32, qui permet la révocation du certificat professionnel d'un pêcheur « qui ne respecte par les pratiques de pêche commerciale généralement reconnues et applicables » à cette profession), et retiendra peu notre attention ici.

Parmi les renvois visant un texte, il importe de distinguer nettement deux hypothèses. Dans la première, la règle de référence est tirée d'un système de droit. Elle a donc, dans ce système, valeur de norme juridique. Dans l'autre hypothèse, au contraire, la règle de référence se situe dans un texte qui, par lui-même, n'a pas valeur de norme juridique. L'une et l'autre de ces deux hypothèses recouvrent chacune une grande diversité de situations. Celles-ci ne sont pas toutes également problématiques.

Le renvoi externe à un texte ayant par lui-même valeur de norme dans un système de droit peut viser un texte :

- 1° du système de droit national;
- 2° dans un État fédératif, du système de droit fédéral (dans un texte appartenant au système de droit d'un État fédéré) ou du système juridique d'un ou de plusieurs des États fédérés (dans un texte de droit fédéral);
- 3° du système juridique international;
- 4° d'un système juridique étranger.

Le premier cas n'est absolument pas problématique. Ce type de renvoi est une manifestation courante des rapports de complémentarité, de coordination ou de hiérarchie entre les textes législatifs et réglementaires d'un même ordre juridique. Des conventions rédactionnelles bien établies s'appliquent à ce type de renvoi (Tremblay, Journeault-Turgeon et Lagacé 1984 : 35-37, 49, 75-77). Bien que certaines difficultés puissent se présenter dans l'interprétation de ces renvois au droit national, notamment sur le point de savoir si le renvoi est statique ou dynamique (Côté 1990 : 78-81), les procédés d'interprétation des textes juridiques nationaux permettent d'en dégager une solution.

Le second cas est à peine plus problématique. Il est inévitable, dans un système fédératif, que les textes législatifs et réglementaires établis à l'un des niveaux de souveraineté entrent dans des rapports de complémentarité, de dépendance ou de recoupement avec ceux établis à l'autre niveau. D'où la relative fréquence de renvois entre eux, particulièrement de la part des textes du droit d'un État fédéré vers ceux du droit fédéral. Tous ces textes constituent d'ailleurs ensemble, à certains égards, un système de droit dont il importe d'assurer la coordination interne. Ils forment le « droit en vigueur au Québec », dont un tribunal prend connaissance d'office (art. 2807 C.c.Q.).

L'élément d'extranéité va cependant croissant dans les troisième et quatrième cas. Le renvoi à des normes conventionnelles ou coutumières du droit international vise en effet des textes tirés d'un système de droit dont seules certaines normes peuvent être applicables sur le territoire national. Quant au renvoi à des textes

appartenant à un système de droit étranger, il apparaîtra surtout dans les textes de droit national donnant effet à un accord international. En sont des cas classiques les lois donnant effet aux conventions fiscales internationales, et les règlements d'application des ententes internationales en matière de sécurité sociale. On peut également citer des exemples plus ponctuels de renvoi au droit étranger (par ex. l'art 203 du *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers*, D.1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221, ou les art. 12 et 13 de la *Loi sur la sécurité automobile*, LC 1993 c.16 et modif.); ils procèdent eux aussi d'objectifs de coordination ou d'harmonisation entre systèmes juridiques.

Ces deux dernières formes de renvoi externe à des textes ayant valeur de norme juridique peuvent susciter les mêmes difficultés d'interprétation et d'application que les précédentes, mais sous une forme accentuée, puisque l'intégration technique ou conceptuelle au système référent est a priori faible ou nulle. La solution de ces difficultés reste tout de même facilitée par des liens de connexité ou de ressemblance (que le renvoi tend d'ailleurs à renforcer), et surtout par le fait qu'on se trouve en présence, de part et d'autre, de normes juridiques appartenant à un système de textes cohérent, organisé, basé sur la logique des obligations, habilitations et interdictions.

Dans les quatre cas, cependant, la structure de l'opération est la même : il s'agit de l'emprunt d'une règle, ou d'un régime, au système juridique de référence, pour l'introduire dans le texte référent. Cet emprunt, outre son intérêt sur le plan de la coordination ou de l'harmonisation des systèmes, permet au système référent de réaliser une économie d'efforts, n'ayant pas à assumer la conception des règles qu'il emprunte, mais seulement l'adaptation de celles-ci à leur contexte d'accueil.

C'est le renvoi externe à un texte n'ayant *pas* par lui-même valeur de norme dans un système de droit qui soulève les difficultés les plus sérieuses. Il s'agit donc d'un document soit dénué de toute valeur normative (par ex. purement descriptif), soit affecté d'une telle valeur mais dans un système normatif non juridique (par ex. au sein d'une communauté éthique). Il s'agit certes encore d'un texte (et non pas d'un ensemble de pratiques définissant un « standard » de conduite); mais ce texte, n'ayant pas vocation à fonder l'effet contraignant d'une norme juridique, ne se prête pas au type de lecture et d'application que pratique l'interprète des normes juridiques, nationales ou autres. Sa non-juridicité, voire sa non-normativité, le met en situation d'extranéité radicale, quoiqu'on puisse y distinguer des nuances. Celles-ci sont fonction de deux éléments. D'une part, l'aire géographique d'application du texte de référence : nationale, fédérale, internationale (à l'échelle régionale ou mondiale), étrangère; d'autre part, l'instance d'où provient ce texte : appareil étatique, organisation internationale, organisme non gouvernemental. La combinaison de ces deux facteurs permet de distinguer une série de variantes dans ce type de renvois. Citons quelques exemples de textes référents tirés de la législation et de la réglementation québécoises et fédérales.

Les articles 12.2, 94.1 et 184.1 du *Code des professions* (LRQ c. C-26) autorisent les divers titulaires de pouvoirs réglementaires à rendre obligatoire, par un règlement, « une norme élaborée par un gouvernement ou un organisme ».

Les art. 51 et 52 de la *Loi sur la sécurité du transport terrestre guidé* (LRQ c. S-3.3) prévoient qu'un code réglementaire de sécurité peut rendre obligatoires « les

instructions du fabricant » relatives à un matériau, un équipement ou un véhicule, de même qu'« une norme technique relative à la sécurité [...] élaborée par un autre gouvernement ou par un organisme ayant pour mandat d'élaborer de telles normes ».

L'art. 619.4 CSR prévoit que les règles d'évaluation d'un véhicule déterminées par règlement peuvent référer à « un prix ou une valeur fixé par un autre gouvernement, un organisme ou une personne qu'indique ce règlement ».

L'art. 57 du *Règlement sur les produits pétroliers* (D.753-91, (1991) 123 GOQ II 2834, et modif.) oblige à effectuer périodiquement des vérifications conformément à « la norme CAN/ULC-S 603.1-92 » et au « rapport n° 87-1 de février 1987 de Petroleum Association for Conservation of the Canadian Environment (PACE) ».

L'art 7.1 du *Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics* (D.1166-93, (1993) 125 GOQ II 6191, et modif.) exige du cocontractant de l'État, dans un contrat relevant de certaines spécialités et portant sur une valeur supérieure à un seuil, qu'il soit « titulaire d'un certificat d'enregistrement, délivré par un registraire accrédité par le Conseil canadien des normes ou par un organisme d'accréditation reconnu par celui-ci, selon lequel il possède un système qualité [...] conforme à la norme ISO indiquée à l'annexe [du règlement] » (1<sup>er</sup> et 3<sup>e</sup> alinéas). Dans d'autres cas (2<sup>e</sup> al.), l'exigence porte sur une « accréditation basée sur le Guide ISO/CEI 25, délivrée par le ministre de l'Environnement en vertu de l'art. 118.6 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* », relatif aux laboratoires d'analyses.

Il est également question de la Commission électrotechnique internationale (CEI) à l'art 1 du projet de *Règlement sur la qualité du milieu de travail* ((1998) 130 GOQ II 5103), mais avec un effet normatif seulement indirect, puisqu'il s'agit de définir le décibel : « unité [...] dont l'application à la pression sonore est établie conformément à l'art. 3 de la publication n° 179 (2<sup>e</sup> édition, 1973) du Bureau central de la CEI ». Le même projet de texte contient par d'ailleurs plusieurs renvois opérant plus directement une transposition de normes. C'est le cas par exemple de l'art. 40, qui assujettit le choix, l'installation, l'utilisation et l'entretien d'extincteurs à « la norme Portable Fire Extinguishers NFPA-10, applicable selon l'année d'installation ». Ou de l'art. 46, 2<sup>e</sup> al., qui impose aux prélèvements et analyses de poussière une norme de résultat : « une précision équivalente à celle obtenue en appliquant des méthodes décrites dans le Guide d'échantillonnage des contaminants de l'air, publié par l'Institut de recherche en santé et sécurité du travail du Québec ».

La documentation de l'Organisation internationale de normalisation (ISO) est également évoquée dans le *Règlement sur les appellations réservées*, pris par arrêté du ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation ((1997) 129 GOQ II 6398). L'art. 2 de ce texte exige que la documentation à l'appui d'une demande de reconnaissance d'appellation soit présentée conformément au « guide ISO 65 ». L'art. 4 exige que le référentiel établi par un Conseil d'accréditation soit conforme à trois guides ISO/CEI; la disposition comprend l'adresse postale de l'ISO en Suisse. Le même règlement fait dépendre la reconnaissance d'une appellation par le ministre de la conformité de certains produits aux « normes [...] prévues dans les

“Directives concernant [...] les aliments biologiques” adoptées par la Commission du *Codex alimentarius* en vertu du Programme mixte FAO/OMS sur les normes alimentaires » (art. 1, 1<sup>er</sup> al., par. 1<sup>o</sup>). Cette fois, la disposition ne comporte pas l’adresse de la Commission. Ces Directives n’existaient d’ailleurs pas encore lors de la prise du règlement, puisque l’art. 5 prévoit l’application, à titre intérimaire, des « normes du document “Normes de base pour l’agriculture [...]” de la Fédération internationale des mouvements d’agriculture biologique », et précise l’adresse postale du secrétariat de cet organisme, en Allemagne.

Un renvoi semblable à la documentation annexe du *Codex alimentarius* apparaît dans le *Règlement sur les aliments et drogues* (CRC c. 870 et modif., art. B.01.056(3)), qui exige que la demande d’autorisation de mise en marché provisoire d’un additif alimentaire soit accompagnée d’une déclaration justifiée de conformité du produit aux « Principes généraux régissant l’adjonction d’éléments nutritifs aux aliments, reconnus par la Commission du *Codex alimentarius* de [la FAO] et de l’OMS (Rome, 1996), et publiés dans le *Codex alimentarius*, avec ses modifications successives ».

De manière plus laconique, le *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers* (D.1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221) se borne, dans un certain nombre de ses dispositions (par ex. les art. 15, 182, 183 et 185), à exiger la conformité aux « normes du fabricant ».

En vertu du pouvoir que lui confère la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics* de réglementer la construction de ces édifices et les précautions à y prendre contre les incendies, le gouvernement a adopté en 1993 le *Règlement sur l’application d’un Code du bâtiment – 1990* (D.1440-93, (1993) 125 GOQ II 7380), qui exige que tout édifice public dont la construction a commencé après le 11 novembre 1993 soit conforme au « Code national du bâtiment du Canada 1990, édition française, CNRC n<sup>o</sup> 30620, publié par le Conseil national de recherches du Canada », « tel que modifié par [ce] règlement » (art. 1 et 2).

Le *Règlement sur la réduction de la pollution d’origine agricole* (D.742-97, (1997) 129 GOQ II 3483, et modif.) renvoie depuis avril 1999, pour la détermination des besoins prévisibles des cultures en éléments nutritifs, au « document intitulé Grilles de référence en fertilisation publié par le Conseil des productions végétales du Québec Inc. (AGDEX 540, 2<sup>e</sup> édition, 1996) » (art. 11, 2<sup>e</sup> al. et 17, 2<sup>e</sup> al.). Dans leur version de 1997, ces dispositions tentaient plutôt d’énoncer elles-mêmes les critères d’après lesquels l’épandage de fertilisants pouvait être limité; l’art. 11 renvoyait alors au « guide agro-environnemental de fertilisation publié par le ministre de l’Environnement ». Quant à l’art. 93.1 du même règlement, relatif à une dérogation transitoire, il renvoie, à titre de norme intérimaire de substitution (cf. ch. 3, A., 2.), aux « prescriptions du Guide de bonnes pratiques agro-environnementales pour la gestion des fumiers des bovins de boucherie publié par la Fédération des producteurs de bovins du Québec (Envirodoq EN 981494) ».

L’art. 27(2) de la *Loi sur le transport des marchandises dangereuses (1992)* (LC 1992, c.34) prévoit que ses règlements d’application puissent renvoyer à « tout document », et en particulier, « en vue de prescrire d’autres moyens de se conformer » à cette loi, qu’ils puissent renvoyer au *Code maritime international des marchandises*

*dangereuses* de l'Organisation maritime internationale, aux *Instructions techniques pour la sécurité du transport aérien des marchandises dangereuses* de l'Organisation de l'aviation civile internationale, ou au titre 49 du *Code of Federal Regulations* américain.

Le *Règlement sur l'inspection du poisson* (CRC c. 802 et modif., art. 2 et 6.1 (1.1)c)) assujettit la délivrance d'un permis d'importation à la conformité du programme de gestion de la qualité établi par le demandeur au « *Manuel d'inspection des produits du poisson*, publié en 1988 par le ministère des Pêches et Océans, avec ses modifications successives ».

Les renvois externes à ce type de normes se font parfois nettement moins précis, comme dans le *Règlement sur la sécurité dans les édifices publics* (RRQ 1981, c. S-3, r.4 et modif.), qui évoque des « normes reconnues sur le sujet, notamment le Code CSA B54.1 » (art. 1, par.17<sup>o</sup>), les « normes du bulletin n<sup>o</sup> 30 de l'Association nationale de la prévention des incendies (NFPA) [...], ou toute autre norme jugée équivalente par l'inspecteur » (art. 29, par. c) ii.), ou les « normes publiées [...] par le ministère » (art. 52, 1<sup>er</sup> al.).

Cet échantillon, si limité qu'il soit, illustre parfaitement la diversité d'origine et de facture de textes de référence dénués par eux-mêmes de valeur juridique, mais incorporés au droit en vigueur au Québec, ou susceptibles de l'être. Tous les cas de figure y sont représentés, chacun en plusieurs exemplaires :

- des « normes », « manuels » ou « guides » produits par l'appareil étatique national;
- des « normes », « normes techniques », « codes » et une « valeur » établis par l'appareil étatique fédéral et cités dans un texte québécois;
- des documents de même nature produits par un gouvernement étranger, et dans un cas une loi étrangère;
- des « normes », mais aussi des « guides », « directives », « principes » et « publications » issus d'organisations internationales à participation étatique (FAO, OMS) ou semi-étatique (ISO, CEI) (sur le fonctionnement de ces systèmes normatifs internationaux, voir : FAO/OMS 1993; Chiaradia-Bousquet 1994; Igalens et Penan 1994);
- des « normes », « normes techniques », « guides », « codes » et « rapports » établis par des organisations non gouvernementales opérant à l'échelle québécoise ou canadienne, en territoire étranger, ou encore au niveau international;
- des « normes » d'utilisation ou d'entretien et des « instructions » établies par le fabricant d'un bien, qui sera le plus souvent une société commerciale québécoise, canadienne ou étrangère.

On a pu constater par ailleurs que dans presque tous ces cas les normes de référence présentent un caractère technique plus ou moins accusé. C'est bien là l'intérêt que présentent en général ces textes dénués par eux-mêmes de valeur juridique, aux yeux de l'auteur du texte référent. Ils cernent de plus près, grâce à l'expertise que possède l'instance qui les a élaborés, des réalités peu familières au droit. Celui-ci ne pourrait se saisir de ces réalités qu'au prix d'un travail de conception exigeant et onéreux. Le renvoi à ces textes non juridiques apparaît donc comme une économie d'efforts; mais c'est aussi une économie de droit.

L'échantillon donne également une faible idée de l'extension du phénomène. Au-delà de ses manifestations ponctuelles sous forme de renvoi plus ou moins précis, sur une matière plus ou moins circonscrite, à un ensemble textuel de référence plus ou moins élaboré, se laisse voir une approche renouvelée des réalités par le droit. On est donc justifié de parler de « législation par renvoi », ou de « réglementation par renvoi » comme d'une forme d'action étatique sinon nouvelle, du moins en voie de diffusion.

L'extension du phénomène s'observe cependant surtout – l'échantillon le suggère aussi – dans certains domaines d'élection : essentiellement ceux où le développement des sciences, des technologies et des savoirs spécialisés, ainsi que l'exploitation commerciale de ce développement, suscitent ou aggravent des risques pour la sécurité et la santé des personnes ou la qualité de l'environnement naturel. La maîtrise de ces risques est déjà l'une des préoccupations majeures à tous les niveaux de l'organisation sociale. L'État, pour sa part, ne peut y contribuer efficacement que s'il mobilise à la fois l'appareil de la légalité et les autres réseaux de « normalité ». En particulier, il doit faire appel aux réseaux que suscitent les communautés scientifiques, techniques et professionnelles ou les intérêts des entreprises et d'autres acteurs économiques.

En effet, pour reprendre l'analyse d'Alain Supiot (Supiot 1994 : 215-239), si la légalité permet de délimiter les comportements par des règles qui doivent être observées, les normes produites par ces autres réseaux de normalité demandent à être « vécues » et rendent possible de modeler les comportements sur elles. C'est dans cette logique que s'inscrivent aussi bien la RPR que l'autoréglementation contrôlée (*supra*, A., 2.).

Il serait cependant réducteur d'imputer le développement de la RPR à l'émergence d'une « société du risque ». Sur un plan plus rapproché, il est clair que l'intégration économique mondiale favorise ce développement. Le souci de rationaliser les productions, de préserver la compétitivité, de promouvoir les exportations est omniprésent dans les entreprises. La RPR y répond, en se prêtant à l'harmonisation internationale des règles juridiques, notamment sur la base de normes techniques définies en grande partie par les entreprises elles-mêmes. Sous ce dernier aspect, la pratique de la RPR ouvre certes des perspectives inquiétantes. Son extension pourrait, à terme, justifier les craintes que « la normalisation des comportements [soit] aujourd'hui essentiellement le fait du marché, en fonction des seules exigences du système de production industrielle » et que l'État ne soit plus « qu'un simple relais dans un processus sur lequel il n'a aucune prise » (Henry 1991 : 639).

Les pratiques de RPR ayant été décrites et expliquées, il convient maintenant de résumer la problématique juridique de cette forme d'action étatique.

#### ***b. Problématique de la réglementation par renvoi***

Le renvoi, en tant que procédé de la technique législative, et son utilisation dans des textes réglementaires, a fait l'objet de plusieurs travaux (Barbe 1983 : 175-194; Tremblay 1987; Côté 1990 : 76-82; Desjardins et Legault 1991; Keyes 1992 : 269-286), dont l'ensemble permet de cerner l'essentiel de la problématique de la RPR.

Le recours au procédé du renvoi semble considéré, en lui-même, comme une manière tout à fait admissible d'exercer une compétence de type législatif (Barbe 1983 : 179-181; Dussault et Borgeat 1984 : 536; Keyes 1992 : 271). Les limitations à l'emploi du procédé, notamment dans des textes réglementaires, n'apparaissent qu'en aval : à la source, la légitimité du procédé ne fait pas problème. Au contraire, il se recommande manifestement du point de vue de l'économie d'expression, de la coordination des textes ou de l'harmonisation du droit. Il est significatif que la Cour suprême, interrogée sur le régime linguistique applicable aux documents faisant l'objet d'un renvoi dans un « texte de nature législative », n'a pas contesté le droit de l'auteur du texte de recourir à ce procédé; elle a simplement rappelé qu'il ne pouvait par ce moyen se soustraire aux exigences constitutionnelles relatives à la langue de la législation (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212, pp. 228-229).

Que le procédé soit en lui-même « habituellement légitime » aux yeux de la Cour suprême (p. 230) n'exclut pas qu'on puisse en abuser. Sa fréquence de plus en plus grande peut faire craindre un évidement des textes législatifs et réglementaires, et donc du pouvoir même de légiférer. En transformant les règles de droit légiféré en simples « bureaux d'accueil » (Molfessis 1997 : 1204) chargés d'indiquer aux lecteurs le véritable siège de la compétence normative, le renvoi laisse apparaître, à sa manière généralement discrète, le phénomène de dispersion, voire de dissolution de la souveraineté évoqué au chapitre 1 (A., 2., a.). L'inquiétude suscitée par ce phénomène s'est d'ailleurs exprimée, en termes techniques, à travers différents aspects de la problématique du renvoi.

Le caractère a priori « normal », non problématique, du procédé a pour conséquence qu'une habilitation expresse n'est pas nécessaire pour que le titulaire d'une compétence de nature législative l'exerce sous la forme d'un renvoi. De la même façon qu'il n'est pas nécessaire que la Constitution habilite expressément le Parlement à légiférer par renvoi, il n'y a pas lieu d'exiger d'un texte réglementaire comportant un renvoi qu'il se fonde sur une habilitation législative autorisant expressément le renvoi. On a vu cependant que dans certaines lois, le Parlement a jugé utile de formuler une telle habilitation; en général, la présence de ce texte s'explique non seulement par la volonté d'habiliter à réglementer par renvoi, mais aussi par celle de donner à ces renvois éventuels un caractère dynamique, ce qui rendait nécessaire – on le verra plus loin – l'intervention expresse du Parlement.

Les auteurs du projet fédéral de *Loi sur les règlements* (P.L. C-25, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 1996) étaient sans doute conscients de l'incertitude que crée le manque d'uniformité des lois quant à l'attribution du pouvoir de réglementer par renvoi. Tout indique qu'ils n'étaient pas par ailleurs insensibles aux inquiétudes soulevées par la RPR quant à la souveraineté effective du Parlement et du gouvernement. Quoi qu'il en soit, ils avaient prévu (art. 16 à 19) d'instituer un régime général de la RPR. Ce régime aurait notamment autorisé le titulaire d'un pouvoir réglementaire en vertu d'une loi fédérale à incorporer par renvoi dans un règlement des documents de toute nature et de toute provenance. Outre les sources les plus courantes (organismes de normalisation, en particulier ceux agréés par le Conseil canadien des normes; gouvernements et organismes gouvernementaux; organisations internationales), cette autorisation visait aussi tout document produit par « une organisation

commerciale ou industrielle », ainsi que « tout document technique ou explicatif produit par l'autorité réglementante ». Le projet de loi envisageait également la possibilité de renvoyer à des traductions, adaptations ou extraits, établis par l'autorité réglementante, d'un document provenant d'une source quelconque. Ces dispositions, si elles avaient été adoptées, auraient confirmé, en droit fédéral, la légalité des pratiques de RPR, tout en décrivant de manière très large la nature et la provenance des textes de référence.

L'emploi, dans ce projet de loi, de l'expression « incorporation par renvoi » était sans doute délibéré, puisque c'est celle dont s'est servi la Cour suprême dans son avis de 1992, précité, relatif aux lois manitobaines. La Cour a en effet distingué dans cet avis deux formes de renvoi. La première, particulièrement peu problématique, consiste en une simple mention d'un document dans un texte législatif; dans ce cas, « il n'est pas nécessaire de [...] consulter [ce document] pour comprendre le texte lui-même » (« *they need not be consulted before the operation of the instrument [...] can be understood* ») (p. 228). À ce renvoi simple s'oppose la seconde forme, la véritable « incorporation par renvoi », qui a pour effet que les documents de référence « font partie intégrante du texte primaire comme s'ils y étaient reproduits » (*ibid.*). En pratique, il semble assez difficile de discerner quels types de dispositions pourraient relever de la première de ces deux formes, à moins qu'on réduise la seconde aux cas extrêmes de textes législatifs ou réglementaires « vides », dont tout le contenu normatif se trouve dans les documents auxquels ils renvoient. Le seul « exemple clair d'incorporation véritable » cité par la Cour relève d'ailleurs de cette hypothèse : c'est celui des textes ayant fait l'objet de l'arrêt *P.G. Québec c. Collier*, [1990] 1 RCS 260.

La distinction faite par la Cour suprême semble donc en définitive assez peu opérante. Dès lors qu'un texte législatif ou réglementaire renvoie à un document de référence pour compléter son propre contenu normatif, le document fait partie intégrante de la règle dans la mesure nécessaire pour compléter le sens de celle-ci. Il s'agit donc dès ce moment d'« incorporation par renvoi », au sens « véritable » ou élargi. Dans tous les exemples que nous avons cités, le document de référence acquiert manifestement un effet normatif dans la mesure où il complète la règle. Certes, dans plusieurs cas, ce complément de sens ne concerne qu'un point de détail technique, et on peut donc comprendre l'essentiel du texte référent sans consulter le document de référence; il n'en s'agit pas moins alors d'« incorporation par renvoi » et donc, pour ce qui nous concerne ici, de RPR.

Cette intégration au texte référent n'est cependant qu'une fiction. Elle n'a pas empêché certains d'estimer que le renvoi à une source étrangère à l'auteur de la norme porte atteinte aux pouvoirs souverains du Parlement. Dans le cas de la RPR en particulier, on a fait valoir que le Parlement perdait le pouvoir de contrôler directement le titulaire d'une habilitation à réglementer, puisque celui-ci, délégué du Parlement, se déchargeait sur un autre de la tâche de formuler la norme réglementaire. Cette analyse fondée sur la règle de non-déléguabilité de pouvoirs discrétionnaires n'a plus cours dans la mesure où « l'autorité qui utilise le renvoi sait exactement quelles normes elle rend applicables aux citoyens » (Dussault et Borgeat 1984 : 536). C'est manifestement le cas lorsque le renvoi peut être considéré comme « statique », c'est-à-dire qu'il ne vise le document de référence que dans

l'état où se trouve celui-ci au moment de renvoi, à l'exclusion des modifications que son auteur pourrait lui apporter ultérieurement.

Le problème de la subdélégation illicite du pouvoir réglementaire par l'effet d'un renvoi subsiste cependant à propos de l'effet « évolutif » ou « dynamique » du renvoi (Barbe 1983 : 185-188; Côté 1990 : 79-80; Desjardins et Legault 1991 : 248-253; Keyes 1992 : 283-286; Chénard 1995 : 189-191). Même sur ce terrain, toutefois, l'analyse du renvoi comme opérant subdélégation de pouvoir est critiquable (Desjardins et Legault 1991 : 250-252). Le véritable motif de refuser en principe l'effet dynamique à un renvoi dans un règlement est ailleurs. Il réside dans la nature du règlement et de son rôle dans l'ordre juridique : il doit énoncer une norme, et une norme connaissable (Issalys et Lemieux 1997 : 462-463). Pour reprendre l'expression de Dussault et Borgeat, il est nécessaire qu'au moment du renvoi son auteur « [sache] exactement quelles normes [il] rend applicables » à l'avenir. C'est ce que le renvoi dynamique ne permet pas, et qui justifie que la RPR ne comporte en principe qu'un effet statique.

Il ne s'agit là, cependant, que d'une position de principe, qui peut être écartée par une intervention expresse du Parlement. Ainsi, plusieurs lois habilitant expressément à effectuer des renvois dans un règlement précisent que ces renvois peuvent avoir un effet dynamique (par ex. : l'art. 619.4 CSR; *Code des professions*, LRQ c. C-26, art. 12.2, 94.1 et 184.1; *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, LRQ c. A-19.1, art. 118, 3<sup>e</sup> al.; *Loi sur la sécurité automobile*, LC 1993 c.16, art. 12(2) et (4); le projet de *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, P.L. C-32, 1<sup>re</sup> sess., 36<sup>e</sup> législ., 1999, art. 161 et 330(2); *Loi sur la qualité de l'environnement*, LRQ, c. Q-2, art. 124.0.1, qui limite cependant l'effet dynamique à certains renvois). En droit fédéral, d'ailleurs, les renvois à un texte législatif ou réglementaire fédéral, dans l'un de ces textes, sont considérés comme dynamiques, sauf indication contraire (*Loi d'interprétation*, LRC (1985) c. I-21 et modif., art. 40(2)). Le projet fédéral de *Loi sur les règlements* (art. 16(5)) aurait autorisé, sous réserve de disposition législative contraire, un règlement fédéral à comporter des renvois dynamiques.

En l'absence d'une disposition législative admettant l'effet dynamique des renvois dans un règlement, le titulaire du pouvoir réglementaire ne pourrait donc conférer de lui-même cet effet aux renvois qu'il effectue dans un règlement. Faute de « savoir exactement quelles normes il rend applicables », il n'énonce pas une règle connaissable en permanence. À supposer même qu'une telle disposition dans un règlement soit considérée comme valable, des considérations techniques (Tremblay 1987 : 19) ou de politique législative (Barbe 1983 : 187-188) déconseillent d'y avoir recours. Il existe pourtant des exemples de dispositions réglementaires de cette nature : voir par ex. le *Règlement sur les aliments et drogues*, CRC c. 870 et modif., art. B01.056(3)a), ou le *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers*, D.1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221, art. 1, qui limite cependant l'effet dynamique aux seuls renvois à des dispositions législatives ou réglementaires. On peut aussi parvenir au même résultat par une formulation qui n'altère pas le contenu fixe de la règle, comme dans le récent projet de *Règlement sur la qualité du milieu de travail* ((1998) 130 GOQ II 5103, art. 2) : « [...] un équipement ou une installation conforme à une norme d'un organisme de réglementation plus récente que celle prescrite dans le présent règlement est réputé conforme à cette dernière ».

En l'état actuel du droit québécois, il paraît donc qu'à moins d'une disposition législative attribuant l'effet dynamique aux renvois que comporte un règlement, (1°) ces renvois doivent être considérés comme statiques, et (2°) un renvoi, dans un règlement, précisant qu'il a un effet dynamique constitue une dénaturation du pouvoir réglementaire.

L'incorporation fictive du document de référence au texte réglementaire référent ne permet donc pas d'éviter la problématique du transfert du pouvoir réglementaire effectif vers une source située « ailleurs », éventuellement à l'extérieur de l'ordre juridique national. En revanche, cette intégration paraît avoir comme conséquence logique l'assujettissement du document « incorporé » aux règles de forme et de procédure applicables au texte réglementaire référent, auquel il s'incorpore. En réalité, cette conséquence doit être écartée sur plusieurs points, sans quoi la RPR perdrait une bonne part de ses avantages pratiques (Keyes 1992 : 271).

Les interrogations sur les conséquences de l'incorporation par renvoi se sont notamment développées à propos du régime linguistique des règlements. Que ce régime repose sur l'unilinguisme ou le bilinguisme officiel, le problème est le même : il se peut que le document de référence ne soit pas disponible dans une ou dans la langue officielle, et son incorporation à la réglementation nationale exigerait donc qu'il soit d'abord traduit. Dans le cas de documents de grande ampleur ou de nature technique, cette exigence implique des frais et des retards considérables. L'économie d'efforts que permet la RPR risque alors d'être en partie annulée. Mais puisque la primauté du droit implique, à l'évidence, l'intelligibilité de la règle de droit pour les citoyens, l'incorporation d'un document de référence paraît exiger qu'il soit soumis au même régime linguistique que la réglementation nationale, et donc au besoin traduit, sinon intégralement, du moins dans toute la mesure nécessaire pour compléter le sens du texte référent.

La Cour suprême a cependant tempéré quelque peu la rigueur de ce raisonnement dans son avis précité concernant la législation manitobaine. Elle a estimé que l'exigence constitutionnelle de bilinguisme des textes législatifs ne devait être étendue aux documents visés par un renvoi qu'à trois conditions. Il faut d'abord que le texte référent lui-même soit un texte assujéti à cet exigence en tant que texte « de nature législative » – ce qui, dans le cas de la RPR, n'est pas douteux. Il faut ensuite que le renvoi opère véritablement l'incorporation du document de référence – ce qui, on l'a vu plus haut, est le cas de toutes les formes de RPR. Il faut enfin qu'il n'existe aucune « raison légitime » de ne pas traduire le document de référence de manière à ce qu'il soit conforme au régime linguistique de la réglementation (pp. 229-231).

Selon la Cour, l'existence d'un tel motif est peu vraisemblable si le document provient de l'appareil étatique national. Elle est possible lorsque le document est un texte législatif étranger qui sert de base à une harmonisation de régimes juridiques nationaux. Enfin, l'existence d'une « raison légitime » est particulièrement plausible lorsque le renvoi vise des normes techniques établies par un organisme non gouvernemental.

Dans ce dernier cas, la Cour avance trois arguments susceptibles de justifier que ces documents techniques soient soustraits au régime linguistique de la législation.

Le premier découle du constat que « ces normes sont révisées continuellement par l'organisme qui les élabore ». Sans faire allusion à l'effet statique ou dynamique d'un renvoi, la Cour relève la difficulté pour le Parlement (et sans doute aussi, dans son esprit, pour le Pouvoir exécutif) de garder à jour une traduction faisant autorité. Le second argument est tiré de l'objet (*purpose*) de l'incorporation d'un tel document; on croit comprendre que la Cour évoque ici l'économie d'efforts réalisée en recourant à l'expertise technique des organismes de normalisation. Le troisième argument consiste à relativiser l'exigence d'accès à la règle de droit: « il est peu probable que cette traduction garantisse l'accessibilité de documents qui, en pratique, sont déjà inaccessibles à la majorité des citoyens en raison de leur nature technique » (p. 231). Comme exemples de tels documents de référence, la Cour cite des normes de sécurité concernant les casques de motocycliste et l'utilisation et le stockage d'un produit chimique. Elle conclut à propos de tels documents qu'il y aura rarement lieu d'exiger le respect du régime linguistique de la réglementation.

La Cour suprême a donc validé la pratique réglementaire déjà ancienne, et dont on a cité en a. quelques exemples, consistant à renvoyer à des normes techniques d'origine étrangère (notamment américaines) ou provenant d'organismes internationaux, alors que ces documents ne sont pas disponibles dans les deux langues de la législation.

Sur d'autres points également, il faut bien admettre que l'incorporation du document de référence ne lui fait pas perdre tout caractère d'extranéité. Par exemple, le contrôle administratif des projets de règlement (*Loi sur les règlements*, LRQ c. R-18.1, art. 4 à 7) ne peut pas s'exercer au même degré sur le document de référence que sur le texte du règlement proprement dit. De même, les exigences de publication des projets de règlement et des règlements ne s'appliquent pas aux documents de référence (art. 9 et 16, 1<sup>er</sup> al.). Enfin, le contrôle parlementaire des règlements (art. 21 à 24) ne peut porter que sur le règlement proprement dit, en tant que texte dont l'auteur est comptable devant le Parlement. Le document de référence, malgré son incorporation fictive au règlement, grâce à laquelle il acquiert une valeur normative sur le plan du droit, demeure donc par ailleurs soustrait au régime général du pouvoir réglementaire. Sur ce point encore, le projet fédéral de *Loi sur les règlements* (P.L. C-25, 2<sup>e</sup> sess., 35<sup>e</sup> légis., 1996, art. 19) n'aurait fait que cristalliser l'état actuel du droit en disposant que « [l']incorporation par renvoi d'un document dans un règlement ne lui confère pas, pour l'application de la présente loi, valeur de règlement ».

Un grand nombre des documents visés par la RPR se trouvent donc dans une situation équivoque : d'une part, ils sont censés faire partie intégrante du règlement, et donc de l'ordre normatif juridique; d'autre part, ils sont soustraits au régime juridique applicable à l'action étatique en forme réglementaire, et la légitimité de leur intégration à cet ordre normatif s'en trouve fragilisée. La principale problématique de fond que soulève cette situation équivoque concerne l'intelligibilité et l'accessibilité de la règle de droit (Keyes 1992: 270). Ultimement, elle met en jeu des notions dont l'arrêt R. c. *Nova Scotia Pharmaceutical Society* ([1992] 2 RCS 606) a rappelé la liaison étroite avec la primauté du droit : l'opposabilité d'une règle de droit aux citoyens suppose que cette règle leur soit rendue accessible et soit porteuse d'une norme intelligible. Dans le cas où la RPR vise des documents étrangers à l'ordre juridique national, la conformité à ces exigences n'est pas assurée.

En effet, comme on l'a vu, ces documents de référence échappent aux exigences de publication officielle applicables aux textes référents, et leur non-disponibilité dans l'un ou l'autre des langues de la législation ne fait pas obstacle à leur accession à la normativité juridique. La possibilité que le renvoi à ces documents ait un effet dynamique ne fait qu'aggraver le risque d'atteinte à la primauté du droit.

Le Parlement a montré, à l'art. 16, 2<sup>e</sup> al. de la *Loi sur les règlements*, qu'il était sensible à l'existence de ce risque : on ne peut être condamné pour contravention à un document de référence non publié à la *Gazette officielle* que si « ce texte a été autrement publié et que les personnes susceptibles d'être visées par [lui] pouvaient en prendre connaissance avant la commission de l'infraction ». C'est là un correctif très limité, qui ne garantit nullement que soient réalisés en permanence les conditions d'accès à la règle de droit que suppose le principe de primauté du droit. Cette disposition prend appui sur l'idée plausible que les « personnes susceptibles d'être visées » seront en grande partie des spécialistes du domaine de connaissances techniques auquel appartiennent ces documents de référence. Elle ne répond cependant pas à l'attente légitime, de la part de l'ensemble des citoyens d'un État de droit, que les règles juridiques leur soient continuellement accessibles.

Pour mettre la RPR pleinement en conformité avec les présupposés de la primauté du droit, il faudra semble-t-il recourir à des mesures actives de mise à disposition du public. Tout renvoi, dans un règlement (mais aussi dans une loi) à un document étranger à l'ordre juridique national – c'est-à-dire, rappelons-le, un document soit dénué de valeur juridique, que sa provenance soit nationale, étrangère ou internationale, soit ayant valeur de norme dans un système juridique étranger ou en droit international – devrait impliquer que ce document soit mis à la disposition du public par l'auteur du texte référent ou, de préférence, par l'autorité responsable de l'application de ce texte. Le texte référent devrait être accompagné, lors de toutes ses publications, des coordonnées des différents lieux où cette autorité permet au public de prendre gratuitement connaissance du document de référence ou d'en obtenir copie à faible coût. Les « lieux » dont il est ici question seraient à la fois des lieux physiques (idéalement, un établissement gouvernemental dans chacune des régions administratives) et un site informatique. Bien entendu, dans tous les cas où le renvoi à un tel document a un effet dynamique, cet exemplaire officiel du document de référence devrait être maintenu à jour en fonction des modifications apportées par l'auteur du document. Ces mesures devraient faire partie du régime général institué par la *Loi sur les règlements*.

Quant au problème de la non-disponibilité de ces documents dans l'une ou l'autre des langues de la législation, il pourrait être atténué par un ensemble d'initiatives non législatives.

Premièrement, la disponibilité d'un document de référence dans les deux langues de la législation devrait être un facteur important dans le choix d'une norme de référence, et même dans la décision de renvoyer à un document de référence dans un règlement. Cette préoccupation trouverait un prolongement logique dans une politique d'encouragement et d'incitation à la mise au point par des organismes québécois de normes susceptibles d'équivaloir à des normes de provenance étrangère, non disponibles dans les deux langues de la législation. Certains secteurs d'activité économique pourraient être ciblés en priorité par cette politique.

Deuxièmement, lorsque le renvoi ne vise qu'un extrait assez bref du document de référence, une traduction pourrait être établie, de préférence au préalable ou en tout cas dans les meilleurs délais après l'entrée en vigueur du texte référent. Cette traduction serait mise à la disposition du public, avec la version d'origine; elle bénéficierait au Québec d'une égale autorité.

Troisièmement, le gouvernement du Québec pourrait promouvoir des modifications à la *Loi sur le Conseil canadien des normes* (LRC (1985), c. S-16), imposant au Conseil de veiller à préserver et promouvoir l'égalité des langues officielles dans les processus de normalisation, aussi bien en ce qui concerne la propre participation du Conseil à ce processus que celle des organismes qu'il agréé. Dans l'état actuel de sa loi organique, le Conseil a simplement la faculté de « traduire [...] l'information sur les normes et les activités de normalisation [...] au Canada et à l'étranger » (art. 4(2)k).

Quatrièmement, le Québec pourrait proposer aux autres États économiquement avancés de la Francophonie un programme d'action concertée en vue de traduire à court terme en français des documents techniques de référence susceptibles de faire l'objet de renvoi dans la législation et la réglementation des pays francophones.

Cinquièmement, le gouvernement du Québec pourrait s'efforcer, dans toute la mesure de son action directe et indirecte au niveau international, de promouvoir le multilinguisme dans les organisations interétatiques ou privées productrices de normes de référence à ce niveau.

Le développement, déjà notable, de la RPR, et celui qu'on peut prévoir à moyenne échéance, impose que des mesures soient prises dès maintenant pour assurer qu'il se fasse en harmonie avec le principe de primauté du droit et avec l'identité culturelle du Québec. Les mesures qui viennent d'être décrites concernent les aspects formels de la RPR. Leur mise en œuvre ne dispenserait pas d'une réflexion sur la nature même de ces documents de référence étrangers à l'ordre juridique national, qui tiennent une place si importante dans les pratiques de RPR, et sur les conditions de production de ces documents.

Une partie importante de ces documents de référence est en effet produite par des organismes de normalisation d'activités à caractère technique donnant lieu à une exploitation économique. Malgré les garanties d'indépendance, d'impartialité et de compétence que sont censés offrir ces organismes (Igalens et Penan 1994 : 108), il est à craindre qu'ils ne soient en réalité dominés par les intérêts des producteurs, et qu'au contraire les intérêts des consommateurs, des travailleurs et du milieu social ambiant n'exercent qu'une influence indirecte sur le processus de normalisation (Supiot 1994 : 239). Derrière l'écran interposé par la technicité des objets de normalisation, il existe un risque réel de captation par des intérêts économiques dominants (Santé Canada 1994 : 41). En dernière analyse, la problématique de la RPR se concentre sur ce point : dans quelle mesure et par quels moyens peut-on surmonter l'incompatibilité foncière entre les pratiques de renvoi à des documents de référence étrangers à l'ordre juridique national et les principes de transparence et de participation civique, aujourd'hui instaurés, quoiqu'imparfaitement, dans le régime de l'activité réglementaire de l'État (Chénard 1995 : 37) ?

### c. Évaluation

L'appréciation que l'on peut faire de la RPR sur la base des cinq critères de justification des formes d'action étatique reflète à plusieurs égards la problématique que l'on vient de décrire. Elle conduit à des résultats très voisins de ceux produits par l'évaluation de l'auto-réglementation contrôlée. Ce constat était prévisible, étant donné la parenté entre ces deux formes d'action étatique. Dans un cas comme dans l'autre, en effet, l'action étatique prend souvent appui sur des réseaux normatifs préexistants et plus ou moins extérieurs par rapport à l'ordre normatif juridique et à l'appareil d'État. Les principales différences entre ces deux formes d'action étatique tiennent à ce que l'autoréglementation contrôlée implique une interconnexion continue entre l'ordre juridique et le réseau d'autonormativité, qu'elle comporte l'assujettissement de l'appareil d'autorégulation à un certain contrôle de la part de l'État, et que sa portée peut englober un vaste répertoire d'objets de réglementation; inversement, la RPR se présente généralement comme un phénomène ponctuel d'interconnexion sous la forme d'« emprunts », n'entraîne pas l'imposition d'un contrôle étatique sur la production des normes de référence, et comporte un caractère fortement technique et spécialisé.

De manière donc largement prévisible, la RPR suscite une appréciation nettement positive sous l'angle de la compétence technique et de l'économie de moyens. Par contre, elle apparaît comme une forme d'action étatique peu souhaitable du point de vue des critères de maîtrise politique et de qualité de l'espace public, et dans une moindre mesure selon le critère d'équité.

Lorsque la nature de la tâche à accomplir exige que l'action étatique prenne appui sur la **compétence technique**, la RPR se présente d'emblée comme une forme d'action à privilégier. Ainsi que le montre l'utilisation qui en est faite le plus souvent à l'heure actuelle, la RPR permet à l'ordre juridique de s'incorporer des prescriptions techniques détaillées établies, révisées et mises en œuvre par des experts. Comme l'autoréglementation contrôlée, cette forme d'action étatique fait entrer en jeu, pour la mise en œuvre de la réglementation, une « communauté interprétative ». Dans le cas de la RPR, cette communauté réunira le plus souvent les praticiens et les spécialistes d'un savoir technique. Du fait, cependant, que ce savoir technique est fréquemment relié à des activités à caractère économique, les préoccupations de « connaissance » et celles d'« intérêt » sont en général étroitement associées en tant que fondements de cette communauté interprétative.

Dès lors, la RPR laisse entrevoir une discordance entre la normativité juridique, porteuse de choix éthiques et politiques, et la rationalité technicienne, à base scientifique et commerciale, caractéristique des normes de référence. Tant que le renvoi reste à une échelle limitée, et n'apparaît que de façon ponctuelle, on peut encore le considérer comme un simple « auxiliaire de la réglementation » (Chiaradia-Bousquet 1994 : 36). Mais le développement de la RPR, s'il correspond bien à l'espace occupé par les pratiques et les discours d'inspiration technicienne dans la vie économique et sociale, pourrait à terme accuser un recul de l'éthique et du politique, et vider de sa substance propre une grande partie du droit. Sur ce plan, la RPR, précisément parce qu'elle est plus axée encore sur le primat de la compétence technique, se distingue de l'autoréglementation contrôlée : celle-ci, on l'a vu, fait une place importante à l'éthique, et présente par là une plus grande affinité avec le propos du droit.

Le critère d'**économie de moyens** suggère aussi une appréciation favorable de la RPR. Celle-ci s'analyse en effet, au moins formellement, comme un processus d'« emprunt » par le système juridique à des réseaux normatifs préexistants par ailleurs. Le droit s'approprie ainsi la matière préconstituée de règles qui n'ont donc pas à être élaborées par l'appareil étatique de production de normes; il suffit d'aménager l'incorporation de cette « matière normative » dans le tissu de la normativité juridique. Cet aménagement se réduit en général à peu de choses, puisque dans la plupart des cas la norme de référence est fictivement transcrite telle quelle dans le texte référent. Ce n'est qu'exceptionnellement que la norme de référence est modifiée en vue de son adaptation à son nouveau statut. L'intérêt que présente l'opération suppose d'ailleurs que la norme « empruntée » subsiste dans son état originnaire, de manière à ce que même transposée dans son nouvel environnement, elle continue de faire référence à la « communauté interprétative » qui a permis sa naissance. En empruntant ainsi un discours qui lui est au départ étranger, et qu'il s'épargne la peine de « traduire », le système juridique se rend ainsi plus facilement audible au sein de cette communauté.

Cette économie de moyens au plan de la communication de la règle de droit est relayée par une seconde, au plan de la mise à exécution de la règle : comme l'a relevé Alain Supiot, la norme technique de référence tend à modeler les comportements par la seule force d'attraction de la « normalité » (celle-ci étant de surcroît revêtue en général du prestige de la neutralité technicienne), et minimise donc la nécessité de faire jouer les sanctions du droit. La RPR est donc porteuse de la promesse d'une régulation qui s'auto-définit, puis s'auto-exécute : si cette promesse se concrétise, la RPR serait une forme d'action étatique particulièrement recommandable du point de vue de l'économie de moyens.

De plus, la RPR permettra souvent de prendre appui sur une normalisation effectuée au niveau international. Elle facilite ainsi la recherche d'harmonisation interétatique, elle-même facteur de simplification du cadre juridique, du moins dans la perspective d'activités économiques poursuivies à l'échelle multinationale. La priorité éventuellement accordée à l'économie de moyens pour l'accomplissement d'une tâche devrait donc, pour cette raison également, favoriser le recours à la RPR.

Toutefois, il se peut que la RPR ne tienne pas ses promesses. En particulier, l'introduction dans la réglementation de prescriptions d'un haut niveau de détail technique peut conduire à des dysfonctionnements coûteux. Le niveau d'exigence de ces prescriptions peut se révéler tel, au moins pour certains assujettis, que l'on risque de faire face à une alternative dont les deux termes sont également inconciliables avec l'économie de moyens. Ou bien les coûts d'exécution de ces règles par l'appareil d'État, et ceux de la mise en conformité des activités assujetties, vont être excessivement élevés. Ou bien les règles vont demeurer inappliquées, et les objectifs visés par l'action étatique ne seront pas atteints, ou ne pourront l'être que par d'autres voies moins coûteuses mais moins efficaces. Il y a dans la RPR un pari sur l'effectivité immédiate ou prévisible des normes de référence. Certes, un pari de ce genre est inhérent à toute forme de réglementation; mais il paraît plus hasardeux dans le cas de la RPR, puisque l'État en maîtrise moins qu'ailleurs les données. Il suffit pour s'en rendre compte d'inverser la représentation habituelle de la norme technique de référence comme « auxiliaire de la réglementation » : il apparaît alors

qu'en adoptant une norme conçue en-dehors de lui, l'État met la contrainte juridique au service de cette norme, en espérant qu'il parviendra ainsi à réaliser ses objectifs sans avoir à faire jouer cette contrainte.

La RPR n'est donc pas dépourvue d'aléas, ce qui, semble-t-il, justifie que son appréciation soit un peu moins favorable du point de vue de l'économie de moyens que de celui de la compétence technique.

Les trois autres critères de justification suscitent, à des degrés divers, une appréciation défavorable de la RPR.

Le critère d'équité est chargé de la tension entre les deux expressions de l'idéal de justice : le jugement, sensible aux particularités de l'espèce, et la règle, base d'un traitement impartial et uniforme des situations. Il conduit à préférer plus souvent la première de ces expressions que la seconde, mais aussi à rechercher, grâce à la régularité du processus conduisant au jugement, un équilibre entre jugement et règle. La RPR, en raison de l'élément d'extranéité qu'elle introduit dans le droit, vient brouiller ce schéma. Cela paraît d'autant plus sensible là où cet élément d'extranéité est le plus fort, c'est-à-dire là où la RPR entraîne l'incorporation dans le droit d'une « normalité » extrajuridique. En effet, là où le règlement fait référence à des normes techniques conçues en-dehors du droit, et en transpose la teneur dans la normativité juridique, le jugement juridique perd pied. Il n'existe alors que la règle, sous la forme d'une normalisation. Celle-ci ne relâche son emprise généralement minutieuse et implacable que pour faire place au jugement d'expert, et non au jugement de droit (diversement appelé « discrétion judiciaire », « équité », « libre recherche selon la science du droit » ou « recherche de convenance juridique »). Dans de tels cas, qui ne représentent pas la totalité des pratiques de RPR, mais certainement une grande partie d'entre elles, l'équité ne trouve pas toujours son compte.

Par conséquent, ce n'est que si la nature de la tâche à accomplir appelle impérieusement le traitement uniforme des situations que l'on pourra justifier, du point de vue de l'équité, le recours à la RPR visant des normes de référence à caractère technique et dénuées par elles-mêmes de valeur juridique. Encore faudra-t-il tenir compte, même dans ces cas, de la problématique de l'accès à ces normes. Puisque l'équité se joue dans le rapport de la règle aux personnes qu'elle vise, et implique l'exacte appréciation de la situation individuelle par le décideur, celui-ci ne peut faire abstraction des possibilités réelles de connaissance et de compréhension de la règle par tout assujetti.

La RPR ne paraît donc pas toujours aisément justifiable comme forme d'action étatique, du point de vue du critère d'équité. Dans la mesure où elle met en jeu une « normalité » extrajuridique, met lourdement l'accent sur l'uniformité, et compromet l'accès de tous à la règle de droit, la RPR paraît assez peu favorable à la recherche d'équité.

Les préoccupations d'accès à la norme sont également très pertinentes du point de vue de la **qualité de l'espace public**. En regard de ce critère de justification, la RPR paraît présenter de graves inconvénients, particulièrement lorsque le renvoi vise des normes à caractère technique, dénuées par elles-mêmes de valeur juridique. À tous les stades de son existence, ce type de RPR revêt un caractère d'opacité, en raison de la teneur généralement très technique de son contenu, mais aussi en

raison du caractère fermé que présente le processus d'élaboration de la plupart des normes de référence, et de l'emprise exercée par les communautés d'experts sur la conception, la formulation et l'application de ces normes. Déjà observé à propos de l'autoréglementation contrôlée, ce risque de clôture devient dans le cas de la RPR une quasi-fatalité, du moins si l'on s'en tient à la remarque désabusée de la Cour suprême dans l'avis relatif aux lois manitobaines (« de toute façon [...], ces documents [...] sont déjà inaccessibles à la majorité des citoyens » : [1992] 1 RCS 212, p. 237). La non-disponibilité des normes de référence dans la langue des citoyens ne fait évidemment qu'aggraver l'insensibilité de la RPR à la notion même d'espace public.

Il s'ensuit que lorsque la tâche à accomplir paraît justifier un souci particulier de la qualité de l'espace public dans le choix d'une forme d'action étatique, on ne devrait pas envisager le recours à la RPR. À tout le moins faudrait-il, dans un tel cas, s'assurer de l'accessibilité immédiate et de l'intelligibilité élémentaire des normes de référence. Le développement éventuel de la RPR devrait par ailleurs être lié à une transformation de ses conditions d'élaboration, d'édiction et d'application. La protection de l'intérêt public, et bien sûr le souci de préserver et développer la qualité de l'espace public, ne permettent pas, sous couvert de reconnaître l'expertise technique, de laisser la RPR se développer en circuit fermé. Il s'agira de tempérer l'emprise exercé sur une partie des normes de référence par les communautés scientifiques et les intérêts économiques, de manière à ce que dès le stade de leur élaboration, mais aussi lors de leur transposition et de leur application en tant que règles de droit, elles soient exposées à la délibération, à la diffusion, et à l'évaluation dans un espace public.

Enfin, le critère de **maîtrise politique** apparaît, de manière prévisible, comme le plus radicalement inconciliable avec la RPR. Comme la plupart des formes nouvelles de réglementation, elle procède en partie d'un souci de dépolitiser des questions considérées comme purement techniques, comportant donc par hypothèse des enjeux plus circonscrits, et n'appelant pas, par conséquent, une décision des dirigeants politiques. Mais, plus clairement peut-être que les autres formes nouvelles de réglementation, la RPR laisse voir dans quelle direction le pouvoir de décider des enjeux se trouve déplacé. Une fois franchi le pas de l'« incorporation » par renvoi, ce pouvoir est, au moins pour un temps, délocalisé vers la source de la norme de référence. Or, cette source est « ailleurs », là où la maîtrise politique ne s'exerce que faiblement, voire pas du tout : organismes privés, États étrangers, organisations internationales, organismes internationaux ou nationaux de normalisation...

De plus, il paraît difficile de remédier à cet inconvénient inhérent à la RPR. Certes, on peut toujours prétendre, comme on n'a pas manqué de le faire pour écarter la thèse que le renvoi comporte subdélégation de pouvoir, que le Parlement ou l'autorité réglementaire qui est l'auteur du renvoi peut à tout moment « reprendre en main » la matière soumise à une norme de référence, et formuler lui-même la règle. Cette argumentation trop formaliste méconnaît les réalités qui entourent la RPR. Pour que l'instance politique puisse de manière efficace et crédible prendre elle-même en charge la conception de règles aptes à remplacer la norme de référence, elle doit disposer d'une base de connaissances équivalente à celle dont peut se prévaloir l'auteur de cette norme. Or, la création ou le maintien d'une telle

base est précisément ce dont l'appareil étatique fait l'économie lorsqu'il adopte une RPR. On voit donc que, sans être irréversible, le choix de la RPR comme forme d'action étatique induit un amoindrissement durable de la maîtrise politique sur les questions qui en font l'objet.

L'ensemble des appréciations de la RPR à partir des cinq critères de justification se résume donc par le tableau suivant :

<b>CRITÈRES</b>				
<b>Maîtrise politique</b>	<b>Qualité de l'espace public</b>	<b>Équité</b>	<b>Compétence technique</b>	<b>Économie de moyens</b>
Très Défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable

Il s'ensuit que, de nouveau, cette forme d'action étatique paraît convenir aux tâches dans l'accomplissement desquelles les considérations de compétence technique et d'économie de moyens sont jugées dominantes. En revanche, la RPR semble devoir être écartée lorsque la tâche à accomplir paraît exiger le maintien d'un niveau élevé de maîtrise politique, ou impose un souci particulier de la qualité de l'espace public.

## C Agir sur l'application de la norme

Les infléchissements que connaît dans la pratique récente la notion classique de réglementation s'orientent aussi dans une troisième direction : ils concernent alors moins la norme elle-même que son application. Leur portée n'en est pas moins considérable. En effet, en modifiant la manière dont la réglementation agit sur les conduites, ces pratiques remettent en cause l'idée reçue d'une règle de droit : idée qui comporte une attente de conformité des conduites à la prescription réglementaire, une vérification de cette conformité par le Pouvoir exécutif, et une sanction de la non-conformité éventuelle par le Pouvoir judiciaire. Bref, une règle de droit n'en est vraiment une que s'il existe un *appareil de surveillance* pour déceler les contrevenants, et la possibilité d'intervention d'un juge répressif.

Ce schéma classique n'échappe pas au brouillage conceptuel décrit au chapitre I. Sa validité est aujourd'hui affectée de manière significative dans trois types de situations.

La première est celle où le Parlement, généralement par souci de délester l'appareil d'État et de réduire la dépense publique (ces objectifs affichés renvoyant en dernière analyse à une stratégie de déplacement du pouvoir vers les cercles économiques dirigeants), prévoit que la tâche de contrôler l'application de normes législatives ou réglementaires puisse être confiée, en tout ou en partie, soit à un tiers étranger à l'administration publique, dans le cadre d'une relation assimilable au contrat de mandat, soit aux assujettis eux-mêmes, chargés d'effectuer en lieu et place de l'administration publique, le contrôle de leurs propres activités. On évoquera donc d'abord ces pratiques de *contractualisation du contrôle d'application et d'autocontrôle* (1.).

La seconde situation témoignant d'un écart par rapport au modèle classique est créée par la multiplication des cas où le Parlement admet que la réglementation dont il autorise l'édition n'aura pas valeur de règle absolue. La loi intègre alors dans ses prévisions, pour ainsi dire, l'hypothèse que certaines conduites puissent se révéler non conformes à la réglementation. Peut-être faut-il voir là une reconnaissance par le Parlement du facteur d'incertitude dont semble grevée une grande partie du droit, en raison de la complexité et de la mobilité des phénomènes qu'il cherche à saisir. Quoi qu'il en soit, le Parlement est ainsi amené à s'écarter des idées de généralité et d'impersonnalité attachées à l'acte de type législatif. Il le fait à deux niveaux. D'abord en permettant que, par un acte formellement qualifié de règlement, le Pouvoir exécutif soustraie des catégories de personnes ou de situations, voire des personnes ou situations parfaitement individualisées, à l'application d'une règle valable par ailleurs pour tout le monde. Ensuite, il lui arrive de prévoir expressément que, du moins pour un temps, certaines conduites non conformes à la réglementation généralement applicable pourront ne donner lieu à aucune action répressive. Une situation ponctuelle de non-conformité est ainsi tolérée, parfois moyennant un engagement à se mettre en conformité, parfois (cette hypothèse sera examinée au ch. 3, A., 2.) sous réserve de l'application de normes de substitution. Tous ces dispositifs imposent d'examiner la *dérogation* et la *tolérance* (2.) comme formes d'action étatique dans le cadre de la réglementation.

L'idée selon laquelle le juge pénal est le garant ultime de l'effectivité de la règle de droit est, elle aussi, affectée par l'évolution du droit administratif. D'une part, on a depuis longtemps constaté que la répression la plus efficace de certaines conduites non conformes à la réglementation, notamment en matière économique, n'était pas la répression pénale : une mesure relevant de la compétence du Pouvoir exécutif (par ex. le retrait d'une autorisation) aura un effet plus immédiat et radical sur l'activité du contrevenant que l'imposition, au terme d'un procès pénal, d'une amende peu dissuasive. Par conséquent, dans certains domaines, c'est cette mesure administrative à caractère de sanction, plutôt que la sanction pénale, qui constitue la garantie ultime de conformité. Une condamnation pénale sera d'ailleurs souvent le préalable à l'imposition d'une telle mesure. Le système des points d'inaptitude (art. 110, 111 et 185 CSR), dont certains aspects ont été examinés au chapitre 1, en constitue un exemple. Le pouvoir de suspension de l'art. 190 CSR est cependant plus représentatif de ce type de mesures, en raison de son élément discrétionnaire et de la nature des motifs de suspension.

D'autre part, le rôle de la sanction pénale a encore été relativisé par un autre constat. On s'est en effet avisé que la répression par le processus pénal est mal adaptée à certains types de conduite, dont l'illicéité répond certes à des exigences tirées de l'intérêt public, mais non pas à des impératifs moraux socialement reconnus. L'effet nuisible de ces comportements (par ex. le retard à transmettre une déclaration ou à acquitter une redevance) étant surtout sensible, à bref délai, à l'intérieur de l'administration publique, il paraît incongru, et peu efficace sur les plans de la dissuasion et de la réparation, de mettre en branle le processus pénal contre les contrevenants. Le Parlement a donc été amené à prévoir, à titre alternatif ou exclusif, d'autres formes de répression, par voie de décision administrative, seul le juge civil étant éventuellement susceptible d'intervenir pour assurer le recouvrement de sanctions pécuniaires. L'action du Pouvoir exécutif a cette fois explicitement pour objet de sanctionner le contrevenant, à la différence des mesures évoquées précédemment, qui se présentent comme la conséquence administrative d'une situation de non-conformité.

Pour l'une ou l'autre de ces deux raisons, l'action étatique en forme réglementaire s'accompagne de plus en plus souvent de la possibilité de *sanctions non pénales* (3.).

## **1. La contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle**

Les dispositifs comportant un transfert de la responsabilité du contrôle d'application des règlements, traditionnellement assumée en exclusivité par le Pouvoir exécutif, se présentent sous deux formes. Dans le premier cas, l'autorité administrative est autorisée à déléguer à une entité de droit privé l'exécution de cette mission publique de contrôle; des moyens d'action sont alors mis à la disposition de l'entité délégataire, à charge pour elle de rendre compte de l'accomplissement de sa mission : se noue ainsi un rapport de type contractuel (a.). Dans le second cas, une double visée d'allègement des tâches de l'appareil étatique

et de responsabilisation de l'assujetti quant à la conformité de ses conduites à la réglementation conduit à charger ce dernier de se contrôler lui-même, sous réserve d'un droit de regard résiduel de l'autorité publique (b.).

#### **a. La délégation de la fonction de contrôle à un tiers**

Dans le modèle classique de mise en œuvre de la réglementation, le contrôle de conformité repose principalement sur deux moyens : d'une part, l'obligation de rendre compte faite aux assujettis, sous forme notamment de rapports, relevés ou déclarations périodiques, et d'autre part les pouvoirs d'inspection accordés à l'autorité administrative, qui lui permettent un contrôle sur place, notamment par inspection visuelle ou vérification de pièces documentaires dont l'établissement et la conservation sont imposés aux assujettis. Si les obligations faites aux assujettis impliquent qu'ils prennent en charge, financièrement, une grande partie du contrôle qu'elles permettent d'effectuer, le coût du processus d'inspection est en principe supporté par l'État. C'est donc à ce niveau que s'est surtout fait sentir la volonté de comprimer les dépenses publiques.

Cette volonté se heurtait au départ à l'ampleur de la tâche d'inspection. Dans certains domaines, où l'enjeu immédiat est la sécurité ou la santé du public, un processus de surveillance continue paraît difficilement évitable pour assurer le respect de la réglementation. Partout ailleurs, la tâche d'inspection peut être allégée par diverses techniques (échantillonnage, visites non annoncées, fréquence d'inspection variable en fonction du niveau de risque apparent, etc.). L'importance des moyens matériels et humains à mettre en œuvre, en regard des ressources publiques disponibles, a toutefois amené depuis longtemps l'administration publique à retenir par contrat les services d'experts pour effectuer des inspections. Sous cette forme, la contractualisation des tâches de contrôle est une pratique bien établie (Priest 1998 : 264-265).

Parallèlement, se sont développés des dispositifs tendant à faire supporter par les assujettis une partie au moins des coûts liés au processus d'inspection. Le paiement de redevances périodiques ou ponctuelles est aujourd'hui exigé par un grand nombre de textes législatifs ou réglementaires. Tantôt cette exigence sera présentée comme afférente à un système de permis, et désignée comme une contrepartie des avantages économiques que retire le titulaire des activités autorisées par le permis. Tantôt, elle sera justifiée comme « prix d'un service » fourni par l'administration publique, service consistant à informer l'assujetti de son état de conformité à la réglementation.

La convergence de ces deux phénomènes a donné naissance à des pratiques de contractualisation qui combinent l'idée d'un mandat confié à un tiers extérieur à l'administration, et portant sur la totalité ou une partie de la mission de contrôle, avec un mécanisme de redevance permettant de rétribuer ce tiers, qui reste tenu de rendre compte à l'autorité administrative de l'exécution de sa mission. Il s'agit donc d'habiliter une personne de droit privé à accomplir deux types d'actes relevant de fonctions régaliennes classiques : l'empiètement sur la liberté individuelle afin de contrôler le respect d'une réglementation, et la perception d'un prélèvement obligatoire. Cette privatisation de fonctions publiques, qui sont ainsi transposées sur le plan d'échanges quasi marchands, est atténué par le fait que l'État conserve les

fonctions de conception et d'édiction de la réglementation qu'il s'agit de faire respecter, par la persistance d'un contrôle de type tutelle sur les activités du « cocontractant », et par le fait que celui-ci aura vraisemblablement le caractère d'un groupement professionnel auquel adhèrent les assujettis. On discerne donc des ressemblances avec l'autoréglementation contrôlée.

Un tel démembrement des fonctions de l'État n'a été jusqu'ici prévu ou envisagé, dans l'espace politique canadien, que par des Parlements adhérant en majorité à l'idéologie néolibérale; encore ne l'ont-ils fait que sur une échelle assez modeste.

La loi albertaine de 1994, *Government Organization Act* (RSA c. G-8.5, Sch 10) envisage la délégation à une personne physique ou morale de droit privé, ou à une municipalité, de tâches, pouvoirs et obligations attribués à un ministre par un texte législatif ou réglementaire. Les conditions dans lesquelles se réalise cette opération la situent toutefois clairement dans un cadre de droit public et lui dénie, au moins formellement, le caractère contractuel. D'une part, en effet, la délégation s'opère par un règlement du gouvernement, qui en circonscrit la portée (art 2 (1)c)). D'autre part, sont d'emblée soustraits à toute possibilité de délégation les pouvoirs réglementaires d'un ministre, ainsi que son pouvoir de nomination des membres d'un organisme (art. 2 (1)a)). Au surplus, la loi elle-même et les éventuels règlements de délégation envisagent que le ministre dispose de pouvoirs caractéristiques d'une tutelle administrative : compétence d'appel sur certaines décisions du délégataire (art. 2(1)e)), approbation de certains de ses actes (art. 3 (2) et (4)), inspection et vérification de ses livres et registres (art. 9), réception d'un rapport annuel, déposé ensuite au Parlement (art. 10).

En revanche, la délégation des pouvoirs ministériels d'application de lois et de règlements en matière de protection de la santé et de la sécurité du public s'accompagne à la fois d'éléments du régime de droit public et de dérogations à ce régime; l'effet global est d'accentuer l'autonomie du délégataire. Ainsi, le délégataire peut bénéficier d'une immunité de responsabilité civile comparable à celle des agents publics (art. 2 (1)d)); il est investi d'un pouvoir réglementaire propre, grâce auquel il peut notamment subdéléguer à son personnel ou à des mandataires les pouvoirs que lui délègue le gouvernement (art. 3); il peut être autorisé à percevoir des cotisations ou redevances auprès des assujettis (art. 2 (1)f)); le produit de ces prélèvements, ajouté à la rétribution que lui accorde le gouvernement, peut servir au financement des activités du délégataire, ou devoir être versé au Trésor public (art. 2 (1)f) à h)). Par ailleurs, ni le délégataire, ni son personnel ou ses mandataires n'ont qualité de mandataires de l'État (art. 5); le régime général des textes réglementaires ne s'applique pas à ceux que prend le délégataire (art. 3 (3)); le régime des finances publiques ne s'applique pas non plus à ses activités (art. 6).

La loi ontarienne de 1996, *Safety and Consumer Statutes Administration Act* (SO 1996, c. 19), répond d'un peu plus près à l'idée de contractualisation. Elle ne se montre toutefois pas moins soucieuse que sa devancière albertaine de préserver des liens avec l'appareil étatique. Elle réserve au gouvernement le déclenchement du processus de délégation contractuelle, au moyen d'un règlement désignant comme susceptibles de délégation tout ou partie des pouvoirs conférés par l'une des lois énumérées en annexe à la loi de 1996 (art. 3 (1)). Ici encore, la délégation des pouvoirs réglementaires est expressément exclue (art. 3 (4)). Il appartient ensuite

au ministre responsable de négocier un accord avec le délégataire éventuel (art. 4 (1)). Celui-ci doit être une personne morale à but non lucratif et sans capital-actions, constituée en vertu du droit privé ontarien ou fédéral et exerçant ses activités en Ontario (art. 2). L'accord doit notamment prévoir les aspects financiers de la délégation (y compris le droit du délégataire de percevoir des redevances); la mise à disposition d'éléments du domaine public (y compris l'accès à des dossiers détenus par l'administration publique), l'obligation du délégataire de respecter le principe du « maintien d'un marché loyal, sûr et renseigné », et le régime de responsabilité civile applicable aux actes du délégataire (y compris l'obligation de contracter une assurance) (art. 4 (2)). Une fois cet accord élaboré, une nouvelle intervention réglementaire du gouvernement est nécessaire pour faire du délégataire l'« organisme d'application désigné » relativement aux textes visés dans le premier règlement (art. 3 (2) et 4 (1)). L'opération de délégation elle-même est donc contrôlée de bout en bout par le gouvernement.

Comme dans la loi albertaine, la mission d'application de la loi et des règlements confiée à l'organisme délégataire (art. 7 (1)) s'effectue dans un cadre où s'entremêlent règles de droit public et manifestations d'autonomie d'un organisme privé.

D'un côté, en effet, on relève que l'organisme est habilité à prélever des redevances, droits et amendes administratives (art. 12 (1)), et à exiger, à titre de condition de délivrance des permis institués par la loi qu'il est chargé d'appliquer, l'adhésion du titulaire à l'organisme (art. 8 (6)). Ces prérogatives régaliennes sont contrebalancées par d'importantes manifestations de tutelle : ainsi, le ministre peut modifier unilatéralement les termes de l'accord (art. 4 (3)), il nomme une minorité des membres du conseil d'administration de l'organisme délégataire (art. 8 (1) et (2)), il doit approuver la procédure et les critères selon lesquels l'organisme impose des prélèvements (art. 12 (1)), et il reçoit le rapport annuel de l'organisme, avant de le déposer devant le gouvernement et le Parlement (art. 13); le gouvernement peut réglementer la procédure et les recours applicables aux décisions de l'organisme (art. 15 (1) c)) et surtout il peut révoquer la désignation de l'organisme ou celle des pouvoirs délégués, moyennant certaines garanties de procédure (art. 6). Ce dernier élément montre que l'intervention d'un dispositif de type contractuel ne fait pas écran au contrôle exercé par le gouvernement, au nom de l'intérêt public, sur la délégation de tâches d'application.

Par ailleurs, l'organisme délégataire conserve certains traits de sa nature privée. La loi précise que ni lui, ni ses dirigeants, son personnel, ses collaborateurs contractuels, ou ses représentants n'acquièrent la qualité de mandataires de la couronne (art. 9 (2) et 10 (1)). Le régime des finances publiques ne s'applique pas aux sommes prélevées par l'organisme (art. 12 (4)). Celui-ci n'est d'ailleurs pas tenu de se consacrer exclusivement à sa mission d'application de la loi; il peut avoir d'autres activités, et les financer au moyen de ces prélèvements (art. 7 (2) et 12 (4)).

Les titulaires de ces délégations de pouvoirs d'application se trouvent donc placés, aussi bien dans le régime albertain que dans le régime ontarien, dans une situation de mixité public/privé. On trouve là, comme dans les dispositifs d'autoréglementation contrôlée (voir A., 2. *supra*), un « couplage structurel » (Morand 1999 : 146) entre intérêt public et intérêts privés que Margot Priest, dans son répertoire de modèles d'autoréglementation, qualifie de *regulatory self-management* (Priest

1998 : 262-263). Ce couplage structurel se traduit, ici encore, par une tension entre l'aménagement d'un espace d'autonomie au profit des délégataires, et la persistance d'un contrôle étatique sur l'existence de cette autonomie et l'emploi qui en est fait. La différence essentielle par rapport à l'autoréglementation contrôlée semble tenir au fait que celle-ci s'étend souvent au fond du droit dans le domaine considéré, et comporte une insertion plus poussée dans l'appareil étatique. La contractualisation du contrôle d'application ne porte au contraire que sur l'application du droit. Elle s'inspire au moins formellement du contrat d'entreprise (dans l'optique du délégataire) ou du contrat de mandat (dans l'optique de l'État), l'un et l'autre admettant une large autonomie d'un cocontractant issu du secteur privé. Celui-ci doit assurer au moins en partie l'autofinancement de l'exécution du contrat.

Un dernier exemple de contractualisation du contrôle d'application permettra d'en préciser la problématique. Il s'agit de celle qu'envisageait le projet fédéral de *Loi sur l'efficacité de la réglementation* (P.L. C-62, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> législ. 1994). Ce texte, visant notamment à « réduire les dépenses associées à la réglementation et supportées par les entreprises et la population en général » (art. 3 b)), aurait institué à cette fin un régime d'« accords administratifs ».

Le point de départ du processus menant à la conclusion d'un tel accord aurait été un règlement du gouverneur en conseil désignant une loi ou un règlement comme susceptible d'en faire l'objet. Le projet de loi C-62 imposait la publication du projet de règlement, et son dépôt devant le Parlement (art. 4). L'autorité administrative chargée de conclure avec toute personne de droit public ou privé un accord concernant l'application de textes devait s'efforcer de consulter, avant de conclure, les milieux directement concernés (art. 13 (1) et (2)). Le projet de loi ne cherchait pas à encadrer le contenu ou la négociation des accords, mais habilitait le gouverneur en conseil à le faire par règlement (art. 15 a)). L'accord, une fois conclu, devait être tenu à la disposition du public par l'autorité administrative, sous réserve du caractère confidentiel attribué à des secrets industriels ou des renseignements d'intérêt commercial (art. 14). Seul un avis de la conclusion de l'accord devait être publié à la *Gazette du Canada* (art. 13 (3)). Il était d'ailleurs précisé que ces accords n'avaient pas le caractère de textes réglementaires au sens du droit fédéral (art. 16). L'insistance sur leur caractère consensuel ressortait d'ailleurs d'une disposition validant par avance tout accord conclu en violation des exigences légales ou réglementaires applicables à sa conclusion (art. 17). Dans le même esprit, le projet de loi prévoyait que l'une ou l'autre des parties à un accord pouvait y mettre fin selon les termes de celui-ci, ou moyennant un préavis raisonnable (art. 13 (4)).

Le caractère de « chèque en blanc », apparent à la lecture de ces dispositions du projet de loi C-62, explique sans doute, avec d'autres facteurs, l'hostilité qu'il a soulevée et son abandon par le gouvernement fédéral (voir : Comité mixte d'examen de la réglementation 1995 : ch. VI). En particulier, le projet ne donnait aucune assurance que les finalités d'intérêt public de la réglementation continueraient de prévaloir une fois l'application de celle-ci confiée à un cocontractant privé, dont la nature demeurerait au surplus imprécise. La tension entre le pôle d'autonomie et le pôle de contrôle étatique semblait résolue de manière démesurément favorable au premier; l'ampleur virtuelle de la délégation de tâches, l'opacité et l'indétermination du processus de négociation des accords, enfin l'absence de mécanismes de suivi et

de contrôle résiduel par un ministre ou par le gouverneur en conseil, laissent entrevoir un risque de captation du processus d'application des lois et règlements par des intérêts privés peu préoccupés d'en maintenir le niveau d'exigence.

Sur plusieurs de ces points, la loi ontarienne de 1996 témoigne d'une sensibilité plus grande à la nécessité d'un contrôle étatique au nom de l'intérêt public sur les activités du cocontractant. Si le processus de conclusion des accords y est encore largement opaque, leur contenu est plus précisément délimité par la loi, et on décèle un souci minimal de représentation pluraliste des intérêts. De plus, le champ matériel ouvert à la contractualisation du contrôle d'application y est restreint à un certain nombre de lois. Si tant est qu'on puisse parler de modèle en la matière, dans l'espace public canadien, c'est la loi ontarienne qui devrait servir de référence.

### ***b. La prise en charge de la fonction de contrôle par l'assujetti***

L'idée d'autocontrôle est paradoxale. Peut-on, de manière crédible, s'attendre que l'assujetti assure lui-même le contrôle de la conformité de sa conduite à la réglementation ? N'est-ce pas placer le contrôle d'application des règlements à la merci d'un continuel conflit d'intérêts ? Ce paradoxe vient s'ajouter à l'élément d'incongruité, ou tout au moins d'étrangeté, que comporte le dessaisissement par l'État, en faveur de personnes privées, de sa fonction traditionnelle de veiller au respect des lois, élément que présentait déjà la contractualisation du contrôle d'application.

Pourtant, l'idée d'autocontrôle n'est pas entièrement nouvelle dans notre droit positif. Sous la forme de l'autocotisation, elle est présente depuis très longtemps dans ce secteur classique de l'action étatique qu'est l'administration fiscale. Ce mécanisme d'autocotisation repose sur une attente raisonnable de la part de l'État, que le redevable s'acquittera avec exactitude et sincérité de sa responsabilité d'assister l'administration fiscale dans sa tâche de liquider le prélèvement auquel il est assujetti. L'efficacité de cet appel à la responsabilité sociale du redevable est évidemment appuyée sur l'existence de moyens de contrôle et de sanctions administratives ou pénales. Mais le contrôle n'entre en jeu qu'en seconde ligne, le redevable jouant le rôle d'un collaborateur de première ligne de l'administration fiscale.

Les dispositifs d'autocontrôle de l'application des réglementations procèdent eux aussi d'une mise en relief de la responsabilité des assujettis. Dans ce retour à la responsabilité individuelle, la part de l'exigence éthique est assez faible, encore qu'il coïncide tout-à-fait avec la vision éthique individualiste que promeut l'idéologie néolibérale. Des préoccupations d'efficacité et la volonté de comprimer les dimensions et les dépenses de l'appareil étatique ont été plus immédiatement la source du développement des pratiques d'autocontrôle. Ces pratiques, décrites sous les vocables d'*enforced self-regulation* (Ayres et Braithwaite 1992 : 101-128) ou de *cooperative implementation* (Michael 1996; Priest 1998 : 264-265), ont en effet pour traits communs de mettre entièrement à la charge des assujettis, le contrôle continu de la conformité de leurs propres activités à la réglementation; de leur faire supporter financièrement, au moins en partie, le coût du contrôle de second niveau, ponctuel ou périodique, exercé par l'autorité étatique; et de faire porter ce contrôle de second niveau sur l'efficacité du contrôle de premier niveau, et non pas, en principe, sur les activités contrôlées par celui-ci. L'objet du contrôle étatique est

donc modifié : alors qu'il comportait une surveillance de l'activité réglementée, il devient un droit de regard sur la qualité de la surveillance exercée par l'assujetti. On espère ainsi, en intégrant la fonction de contrôle à l'activité globale de l'assujetti, réduire considérablement les tâches de l'autorité étatique, et par conséquent les ressources qui lui sont nécessaires, tout en obtenant un niveau de conformité au moins égal à celui que produit l'utilisation des moyens classiques du contrôle d'application.

Ce dernier point est évidemment le plus problématique. On ne peut en juger qu'à la lumière d'une expérience suffisamment longue. En raison de cette incertitude, le recours à l'autocontrôle est fréquemment envisagé par le Parlement comme une simple solution de rechange offerte à l'assujetti, en lieu et place du contrôle d'application de type classique. L'assujetti ne peut alors s'en prévaloir qu'avec l'accord de l'autorité administrative. Cette dualité de régime paraît d'autant plus nécessaire que tous les assujettis ne disposent pas nécessairement de moyens équivalents pour assumer l'autocontrôle de leur activité. Le caractère optionnel du régime d'autocontrôle signifie également qu'en cas de défaillance de l'assujetti autorisé à s'en prévaloir, l'autorité administrative peut revenir à son endroit au régime de contrôle classique.

La législation québécoise contient certains dispositifs d'autocontrôle. L'art. 55.9.4, introduit en 1993 dans la *Loi sur la protection sanitaire des animaux* (LRQ c. P-42) mais non encore en vigueur, après avoir énoncé de façon très classique que le ministre désigne les inspecteurs chargés d'appliquer les dispositions légales relatives à la santé et au bien-être des animaux, aménage une alternative. Le ministre est habilité à conclure avec toute personne une entente établissant un « programme d'inspection » et prévoyant les modalités de ce programme, son financement, la rémunération des inspecteurs et la prise en charge de leurs dépenses, ces frais étant mis à la charge de la personne qui a conclu une entente. Ce texte, en raison de l'imprécision de la notion de « personne » autorise aussi bien la contractualisation du contrôle (si par ex. le programme est convenu avec une association d'éleveurs, dotée de la personnalité morale) que l'autocontrôle par un éleveur, personne physique ou morale.

Ainsi, dans cette dernière hypothèse, l'éleveur aurait la faculté de proposer au ministre la conclusion d'une entente comportant de sa part l'engagement d'instaurer, d'appliquer dans son entreprise et de financer, sur une certaine durée, un ensemble cohérent et planifié (un « programme ») d'inspection, pour l'exécution duquel il pourrait disposer, à ses frais, des services d'inspecteurs désignés par le ministre. Le non-dit de cette disposition est l'intérêt que pourrait présenter une telle entente pour l'éleveur : il faut comprendre ici que l'entente lui permettrait, moyennant l'exercice continu d'une auto-inspection avec un suivi documentaire adéquat, de ne faire appel aux inspecteurs qu'à des intervalles plus longs que ceux qui sépareraient les inspections effectuées selon le mode classique.

Les dispositions introduites en 1996 au titre IV du CSR (« Vérification mécanique des véhicules ») sont beaucoup plus précises et explicites. Les art. 543.2 et ss. permettent aux propriétaires de véhicules visés à l'art. 521 de demander à la Société de l'assurance automobile la reconnaissance d'un « programme d'entretien préventif » de ces véhicules. Ce programme comporte en substance l'exécution, par le propriétaire ou par un tiers dont il retient les services, de la vérification mécanique

obligatoire prévue au ch. I du titre IV et effectuée normalement par la Société ou une personne qu'elle mandate à cette fin. La responsabilité de la vérification mécanique est donc clairement déplacée vers le propriétaire; elle lui incombe même s'il charge un tiers de l'exécution du programme (art. 543.9).

Les conditions de reconnaissance d'un programme sont précisées au *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers* (RNSV) (D. 1483-98 (1998) GOQ II 6221) (art. 543.2, 543.3 et 621, par. (32.1°) et 32.2°) CSR; art. 209 à 211 RNSV. Elles portent notamment sur l'objectif spécifique du programme (assurer la conformité des véhicules aux normes de sécurité énoncées par le RNSV), sur la qualification professionnelle du personnel qui sera affecté à son exécution, sur l'obligation de tenir pour chaque véhicule un dossier auquel sont notamment versés un calendrier d'entretien et une fiche d'entretien normalisée, et sur les prévisions de fréquence des opérations d'entretien (compte tenu des fréquences minimales imposées par le RNSV). Le programme est d'ailleurs défini comme un ensemble d'« interventions planifiées » visant à atteindre l'objectif général du « bon état de fonctionnement » des véhicules, notamment en assurant leur conformité aux normes de sécurité du RNSV. Ces interventions planifiées consistent en « actions prédéterminées » (inspections, ajustements, changements) de la part du mécanicien affecté à l'exécution du programme. Le constat d'une « anomalie laissant présager un mauvais fonctionnement » doit entraîner une mesure corrective immédiatement ou dans un délai déterminé (art. 208 RNSV).

La reconnaissance du programme par la Société emporte pour le propriétaire quatre obligations principales (art. 543.8 et 543.9 CSR; 215 à 217 RNSV) :

- 1° se conformer de manière continue aux « normes minimales », c'est-à-dire aux conditions de reconnaissance du programme;
- 2° tenir les dossiers d'entretien préventif prévus au RNSV;
- 3° se conformer aux exigences de son programme qui vont au-delà des « normes minimales », ce qui répond à l'idée que l'autocontrôle permet d'adapter les exigences de conformité à la situation particulière de l'assujetti;
- 4° maintenir les véhicules visés par le programme « en bon état mécanique », objectif général dont on retrouve l'écho, à propos du régime normal de vérification mécanique, à l'art. 5 RNSV, déjà cité comme exemple de réglementation par objectifs (**B.**, I.a. *supra*).

Le droit de regard de la Société sur la qualité de l'entretien préventif effectué par le propriétaire est concrétisé par des pouvoirs d'inspection visant à la fois les dossiers d'entretien et les véhicules eux-mêmes (art. 543.13 à 543.16 CSR), et par le pouvoir de révoquer la reconnaissance du programme si la Société constate, pour la troisième fois sur une période de trois ans, que l'entretien n'est pas conforme aux normes de sécurité ou aux fréquences prescrites par le RNSV (art. 543.10 CSR et 220 RNSV). Les mêmes faits peuvent par ailleurs donner lieu à des sanctions pénales (art. 546.0.2 CSR), ce qui laisse voir que le programme est tenu pour aussi contraignant que la réglementation elle-même. Les écarts de conduite du propriétaire par rapport à d'autres dispositions légales ou réglementaires relatives à l'entretien préventif (par ex. falsification ou non-conservation

de dossiers, qualification insuffisante d'un mécanicien, entrave à l'inspection) ne donnent lieu qu'à des sanctions pénales (art. 546.0.1 et 546.0.4 CSR; art. 218 et 219 RNSV).

Un dispositif d'autocontrôle a également été introduit en 1997 dans la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers* (LRQ c. U-1.1, modif. par LQ 1997, c. 64). Comme celui du CSR, il comporte la faculté pour l'assujetti, propriétaire d'équipements pétroliers à risque élevé, de proposer au ministre un programme d'autocontrôle (« programme privé de vérification ») (art. 57). Pour être approuvé, ce programme doit comporter un contenu minimal fixé par règlement (art. 59); le *Règlement sur les produits pétroliers* (D. 753-91, (1991) 123 GOQ II 2384, et modif.) ne comporte pas encore de dispositions en ce sens. La loi énonce au surplus, à titre indicatif, un certain nombre de matières à propos desquelles le programme peut comporter des dispositions, par ex. la production de rapports périodiques (art. 58, 1<sup>er</sup> al.). Le programme peut avoir une durée de cinq ans, pendant lesquels son exécution tient lieu des contrôles et vérifications normalement exigibles, et au terme desquels le renouvellement du permis d'utilisation de ces équipements est facilité si le programme a été respecté (art. 58, 2<sup>e</sup> al. et 60). Le programme peut prévoir la possibilité pour l'une ou l'autre des parties d'y mettre fin. Le ministre peut y mettre fin prématurément « et sans indemnité », notamment si l'assujetti n'est plus en mesure de l'exécuter, ne satisfait plus aux conditions réglementaires d'approbation, ou n'exécute pas le programme conformément à ses dispositions (art. 61). L'emploi du terme « dispositions », ainsi que l'application expresse de l'art. 5 de la *Loi sur la justice administrative*, montrent que le Parlement n'a pas entendu situer le programme dans une logique contractuelle, mais bien dans une logique d'individualisation des normes réglementaires.

À cette structure globalement très semblable à celle du CSR, la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers* ajoute une particularité notable : le régime réglementaire normalement applicable aux équipements pétroliers à risque élevé est lui aussi caractérisé par un élément d'autocontrôle. En effet, si le titulaire du permis d'utilisation de ces équipements ne fait pas approuver un « programme privé de vérification », il est tenu de procéder lui-même à un contrôle de leur fonctionnement, dont la teneur, la fréquence et les conditions d'exécution sont déterminées par règlement. Il doit de plus faire procéder, conformément au règlement, à des vérifications par un vérificateur agréé par le ministre (art. 8). L'alternative oppose donc ici un autocontrôle prédéterminé par la réglementation et un autocontrôle dont les modalités sont en partie négociées avec le ministre. On peut comprendre l'intérêt que présente cet autocontrôle plus « autonome », au moins pour certains titulaires de permis. Il correspondra sans doute plus précisément aux caractéristiques de leurs équipements et aux moyens dont ils disposent pour assurer leur conformité aux exigences réglementaires. Du point de vue du ministre, plus le centre de gravité de l'application se déplace vers l'autocontrôle, plus l'inspection a de chances d'intervenir préventivement plutôt que correctivement, plus l'obligation de sécuriser les équipements apparaît comme incombant au premier chef à leur utilisateur, et plus les moyens disponibles pour le contrôle classique peuvent être concentrés sur ces cas les plus menaçants pour la sécurité du public.

Ces trois objectifs (prévention systématique, répartition précise des responsabilités, emploi optimal des moyens publics de surveillance), qui résument les avantages attendus de l'autocontrôle, ont trouvé un terrain d'application particulièrement fertile dans la réglementation de la salubrité des aliments (Taylor 1997 : 20). Le développement de l'autocontrôle dans ce domaine est favorisé par la convergence de trois éléments. Le premier est la possibilité d'y donner à l'autocontrôle une base scientifique précise et habituellement indiscutée. Le second est la diffusion de l'assurance-qualité comme principe de gestion des entreprises. Cette diffusion est notamment favorisée par l'utilisation des normes ISO 9000 et par l'adoption, dans certains secteurs industriels (notamment alimentaires et pharmaceutiques) de codes volontaires de « bonnes pratiques de fabrication » (Chiaradia-Bousquet 1994 : 22-23 et 61; Santé Canada 1993 : 47; Trudel 1989 : 259-260). Ces codes volontaires, quoique dénués par eux-mêmes de toute valeur juridique, peuvent d'ailleurs servir de référence dans le cadre du contrôle classique de conformité (Chenok 1997 : 44). Le troisième facteur favorable au développement de l'autocontrôle dans la réglementation de la salubrité des aliments est l'influence des organisations internationales. En effet, dans le sillage des négociations ayant conduit à la naissance de l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation mondiale de la santé (OMS) a été amenée à recommander aux États membres de développer l'autocontrôle dans leur réglementation nationale. Cette recommandation a été reprise et précisée en ce qui concerne la salubrité des aliments par la Commission du *Codex alimentarius*, organe conjoint de l'OMS et de l'Organisation des Nations-Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) (Chiaradia-Bousquet 1994 : 64-65; Chenok 1997 : 46).

Ces facteurs expliquent le recours, pour contrôler l'application de la réglementation en matière de salubrité des aliments, à une technique de gestion des technologies de transformation comme sous le nom d'Analyse des risques et maîtrise des points critiques (ARMP; en anglais *Hazard Analysis and Critical Control Points*, HACCP). Cette technique, que préfiguraient les codes volontaires de « bonnes pratiques professionnelles » ayant cours dans l'industrie de transformation des aliments, fournit une assise scientifique aux pratiques d'autocontrôle. Elle comporte les éléments suivants (Chiaradia-Bousquet 1994 : 63-64; Chenok 1997 : 47) :

1. analyse des risques de contamination ou de dénaturation inhérents aux différentes étapes du processus de fabrication;
2. repérage des « points critiques » de ce processus pour la maîtrise de ces risques;
3. détermination des niveaux critiques devant être mesurés par un contrôle à chacun de ces points critiques;
4. établissement de mesures de surveillance et de contrôle aux points critiques;
5. détermination des mesures correctives à mettre en œuvre lorsqu'un contrôle révèle qu'un point critique n'est plus maîtrisé;
6. vérification de l'efficacité du système ARMP selon une fréquence régulière et à chaque modification du processus de fabrication;

7. organisation d'un système documentaire pour l'enregistrement continu des relevés effectués lors de la surveillance et des contrôles, de l'effet des mesures correctives et des résultats de la vérification du système.

La validité de l'ARMPC comme instrument du contrôle d'application de la réglementation repose en grande partie sur l'intensité et la qualité du suivi documentaire de l'autocontrôle. La mise en œuvre de l'ARMPC exige donc l'emploi d'un personnel qualifié et la tenue rigoureuse d'une importante documentation. On comprend que cette technique d'autocontrôle puisse être appréciée des grandes entreprises, mais que son implantation chez des transformateurs plus modestes ou économiquement plus fragiles puisse nécessiter un soutien technique et financier de la part de l'État. (Chenok 1997 : 46; Moore et Skogstad 1998 : 144).

L'importance du suivi documentaire tient à ce que c'est lui, plutôt que l'activité du transformateur elle-même, qui fait en principe l'objet du contrôle étatique. La nature du travail d'inspection s'en trouve profondément modifiée; il devient plus « paperassier », mais exige en même temps une sensibilité accrue aux conditions concrètes de fonctionnement de chaque entreprise assujettie (Chenok 1997 : 48; Simon 1998 : 689). La charge de la preuve est inversée; il s'agit moins pour l'inspecteur de prouver que la réglementation (classiquement fondée sur des obligations de moyens) n'a pas été respectée, et davantage pour l'assujetti de prouver qu'il s'est conformé à la réglementation (qui pourra plus souvent être fondée sur des obligations de résultat). En revanche, même si l'inspection étatique n'intervient qu'en seconde ligne dans le contrôle de conformité, elle doit pouvoir déboucher au besoin sur des interventions immédiates et énergiques; le recours à l'autocontrôle, notamment en matière de salubrité des aliments, doit être assorti de puissants moyens d'action étatique : ordonnances correctives, ordres de retrait des produits, sanctions non pénales sévères. Enfin, le recours à l'ARMPC, comme aux autres techniques d'autocontrôle, n'entraîne pas l'abandon du mode classique de contrôle d'application : celui-ci demeure, à la fois comme « arme de dissuasion » et comme moyen d'action sélective contre les risques les plus sérieux.

Des dispositifs d'autocontrôle relevant de cette technique ont été introduits dans le *Règlement sur l'inspection du poisson* (CRC c. 802 et modif.) en 1992, en ce qui concerne les établissements de transformation, et en 1998 en ce qui a trait aux importations.

Le règlement concrétise d'abord le principe selon lequel la responsabilité première du maintien de la salubrité des aliments incombe aux assujettis. Tout transformateur ou importateur ayant connaissance de renseignements mettant en doute l'innocuité du poisson est tenu de faire enquête, et s'il constate un risque pour le public, de le signaler à l'autorité administrative dans les 24 heures (art. 6.01).

Pour l'exploitation d'un établissement de transformation, l'autorisation administrative nécessaire ne peut être délivrée que si l'assujetti s'est doté d'un « programme de gestion de la qualité »; ce programme doit être conforme à un ensemble d'exigences réglementaires (art. 15 (1) et Annexe VI). Ces exigences correspondent aux caractéristiques d'un système ARMPC (voir le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, joint au DORS/92-75, (1992) 126 *Gaz. Can.* II 511). Le programme doit comporter :

1. l'identification de la personne qui en est responsable dans l'entreprise;
2. pour chacun des onze points de contrôle dont le règlement dresse la liste : une description des normes et procédures de contrôle utilisées, la fréquence des contrôles, les formulaires utilisés lors des contrôles, et les mesures correctives prévues;
3. la liste, et la justification de conformité aux lois et règlements applicables, des ingrédients ajoutés au poisson, des matériaux d'emballage et des produits de nettoyage, d'entretien mécanique et de contrôle parasitaire;
4. la description du processus interne d'approbation des étiquettes de produits;
5. la description du système de traçage des produits expédiés, jusqu'à leur première destination;
6. la description de la formation reçue par le personnel affecté au traitement à l'autoclave.

Une fois l'autorisation délivrée, le titulaire est tenu de mettre le programme en application, de s'y conformer, de s'assurer qu'il reste conforme aux exigences initiales, de tenir à jour les renseignements qu'il a fournis à propos du programme, et de tenir à jour et conserver trois ans à la disposition des inspecteurs du ministère le registre des inspections et relevés qu'il effectue et des mesures correctives qu'il a appliquées (art. 15 (2)). Toute dérogation à ces exigences, toute falsification des renseignements fournis ou des registres, de même qu'une contamination grave dans l'établissement, expose le titulaire au retrait de l'autorisation d'exploitation (art. 17).

Le dispositif applicable aux permis d'importation de poisson obéit à la même logique. Il est toutefois plus complexe, puisqu'il offre à l'importateur le choix entre trois régimes.

L'importateur peut demander un permis d'importation simple, dont la délivrance l'assujettit à un contrôle d'application de type classique; le poisson qu'il importe peut notamment faire l'objet d'une inspection aléatoire d'un type prévu au règlement (28 types différents sont énumérés). Il doit acquitter un droit de 500 dollars pour obtenir ce permis simple, et des droits sont payables lors d'une inspection (variables en fonction du poids du poisson importé, du type d'inspection et de la taille de l'échantillon) (art. 6.1 (1), 6.4 et 6.5).

L'importateur peut aussi demander un « permis avec programme de gestion de la qualité ». Il doit pour cela démontrer qu'il a établi un tel programme pour ses activités d'importation, et payer des droits de 5000\$. Le programme doit être conforme aux exigences du *Manuel d'inspection des produits du poisson*, publié par le ministère des Pêches et Océans, dans l'état courant de cette publication (art. 6.1 (1.1)). Une fois le permis délivré, l'importateur est tenu de conserver à jour une description de son programme, assez semblable à celle que doivent conserver les exploitants l'établissement de transformation (art. 6.1 (3)e); il doit en particulier y fournir la preuve que ses normes, procédés et fréquences d'inspection, d'analyse et de mesure sont semblables ou équivalents à ceux que comporte le contrôle de type classique exercé par l'autorité administrative. Cette dernière exigence, ajoutée au renvoi fait au Manuel d'inspection du ministère, aligne en quelque sorte le processus d'autocontrôle sur les méthodes du contrôle classique.

La nature des activités d'un importateur explique que, contrairement à l'exploitant d'un établissement de transformation, il puisse confier à un tiers l'implantation et la mise en œuvre de son programme de gestion de la qualité; il ne peut cependant s'agir que d'un laboratoire reconnu par l'autorité administrative ou accrédité par le Conseil canadien des normes (art. 6.6).

Le demandeur d'un permis d'importation avec programme de gestion de la qualité dispose d'un droit d'option entre deux régimes. Le programme qu'il propose de mettre en œuvre peut en effet être un programme « à application complète » ou « à application partagée ». La différence est l'ampleur de la gamme d'inspections qu'il comporte. L'importateur assume l'« application complète » lorsque son programme comporte toutes les inspections pertinentes parmi les 28 types d'inspection aléatoire que comporte le contrôle effectué par l'autorité administrative. L'application est « partagée » lorsque le programme ne comporte que les 5 types d'inspection plus globale (art. 6.1(4)b) et c)). Du choix entre ces deux modèles de programme découle une différence de régime. Le titulaire du permis avec programme à application partagée demeure susceptible des types d'inspection aléatoire qu'il n'effectue par lui-même, et au paiement des droits correspondants. Les droits payables pour l'inspection à l'importation sont plus élevés pour lui que pour le titulaire d'un permis avec programme à application complète, mais l'un et l'autre bénéficient d'un traitement beaucoup plus avantageux que celui du titulaire d'un permis simple (art. 6.4(1)).

Le degré de raffinement atteint par la technique d'ARMPC dans le domaine de la salubrité des aliments contribue à son pouvoir d'attraction comme modèle d'autocontrôle. L'analyse des textes montre la possibilité de greffer l'autocontrôle d'application à la réglementation existante, dont les dispositions de fond peuvent demeurer inchangées, tandis que ses dispositions relatives au contrôle d'application peuvent subsister à titre d'alternative à l'autocontrôle. L'ARMPC, en particulier, séduit par son double ancrage dans les sciences de la gestion, d'une part, et les sciences du vivant et la technologie, d'autre part. Son efficacité à long terme comme solution de rechange au contrôle d'application assuré par l'État n'est toutefois pas encore démontrée (Moore et Skogstad 1998 : 137). Il sera donc nécessaire de maintenir assez longtemps aussi bien des exigences élevées quant à l'autocontrôle qu'un droit de regard étendu et des pouvoirs d'intervention énergique de la part de l'administration publique.

### **c. Évaluation**

Bien qu'il ait paru nécessaire, à des fins analytiques, de distinguer contractualisation du contrôle d'application (CCA) et autocontrôle, ces deux formes d'action étatique peuvent être considérées ensemble du point de vue des cinq critères de justification. Elles relèvent en effet, on l'a vu, de la même logique. Seule les différencie, au fond, l'identité du « contrôleur » substitué en partie au contrôle étatique. Dans un cas, il s'agira d'une entité plus ou moins distincte de l'assujetti, alors que dans l'autre le « tiers » assumant des fonctions de contrôle est en fait le responsable de l'autocontrôle au sein de l'entreprise assujettie. On se bornera donc à nuancer l'évaluation commune de ces deux formes d'action étatique là où les différences entre elles paraissent le justifier.

Globalement, la CCA et l'autocontrôle semblent répondre particulièrement bien aux préoccupations de compétence technique et d'économie de moyens. Ils appellent aussi une appréciation assez favorable du point de vue de l'équité. En revanche, les critères de maîtrise politique et surtout de qualité de l'espace public devraient, lorsque la nature de la tâche à accomplir incite à leur accorder une importance particulière, conduire à écarter le choix de ces deux formes d'action étatique.

Le critère de **compétence technique** conduit manifestement à privilégier ces deux formes d'action étatique. Ce préjugé favorable ne tient pas essentiellement à l'aptitude supérieure que présenteraient la CCA et l'autocontrôle à soutenir l'action étatique dans des domaines à haute technicité. Il repose plutôt sur le fait que ces deux formes d'action tendent à confier l'application des règlements à ceux qui connaissent le mieux le terrain, quelle que soit par ailleurs la technicité de cette connaissance. Le premier expert de l'activité soumise à la réglementation est censé être celui qui se livre à cette activité. Dans cette perspective, même si l'on admet que la conception des normes réglementaires doive relever, au moins en partie, d'autres que l'assujetti (c'est-à-dire si l'on exclut l'hypothèse d'autoréglementation intégrale, ou même celle d'autoréglementation contrôlée), il est normal de faire appel à lui pour assurer le contrôle de première ligne sur l'application de ces normes. L'autocontrôle répond directement à cette visée, mais la CCA sera aussi en mesure d'y répondre si le délégataire de la mission de contrôle est choisi en fonction de sa proximité des milieux dans lesquels s'applique la réglementation.

Lorsque l'activité réglementée met à contribution des connaissances scientifiques et techniques de niveau élevé, le même raisonnement acquiert une valeur persuasive encore plus forte. L'expertise de l'assujetti ou du délégataire peut alors se révéler particulièrement rare, voire unique; on est d'autant mieux justifié de compter sur elle pour garantir la rigueur, la pertinence et l'efficacité du contrôle d'application. Le droit de regard exercé sur l'autocontrôle, ou les pouvoirs de type tutelle auxquels restent soumis les délégataires, suffisent à permettre l'intervention d'une contre-expertise de la part de l'autorité administrative.

La justification apportée ici à partir du critère de la compétence technique comporte néanmoins quelques tempéraments. D'une façon compréhensible mais qu'on ne saurait méconnaître, elle postule implicitement l'étanchéité de la frontière entre connaissance et intérêt. En réalité, cette frontière est très poreuse dans les conduites, en particulier dans les activités à caractère économique comme la plupart de celles qui sont visées ici. L'efficacité de l'autocontrôle est particulièrement sensible aux conséquences de ce constat; on peut s'interroger sur la capacité de l'« autocontrôleur » de dissocier son point de vue d'expert de l'intérêt qu'il a dans l'activité qu'il contrôle. Par ailleurs, si la perspective de compétence technique valorise la responsabilité de l'expert, elle a tendance à faire l'impasse sur la notion d'intérêt public, comme si celle-ci épuisait sa pertinence dans la conception de la norme, et pouvait rester à l'écart du processus de son application. La « privatisation » du contrôle d'application, qu'opèrent aussi bien la CCA que l'autocontrôle, rapproche sensiblement du point de rupture la tension entre autonomie (privée) et contrôle (public). L'expérience seule permettra de dire si les équilibres recherchés dans les textes analysés plus haut (et dont le plus ancien remonte à 1992) auront suffi à conserver à l'intérêt public sa nécessaire prééminence.

Le raisonnement fondé sur le critère de compétence technique, tel qu'on l'applique à la justification de ces deux formes d'action étatique, présente un autre aspect préoccupant. L'insistance mise sur l'expertise des gens de terrain, c'est-à-dire des assujettis eux-mêmes ou de tiers suffisamment proches d'eux, implique une relative incompétence technique de ceux qui ne sont pas sur le terrain - et notamment des inspecteurs appartenant à l'administration publique ou mandatés par elle. Sauf à admettre que cet écart se corrige par la circulation des personnes entre « terrain » et « inspection » (ce qui soulève d'autres problèmes), il risque de se creuser à mesure que l'expertise de l'autorité administrative se réduit à celle que permet d'accumuler le contrôle de seconde ligne. Moins présente sur le terrain, l'administration publique risque, à terme, de ne plus pouvoir participer à armes égales à la discussion scientifique et technique avec les assujettis, et de ne plus pouvoir légitimer, non seulement sa mission de contrôle d'application, mais même sa participation à la conception des normes réglementaires.

Malgré ces hésitations à caractère prospectif, que des mesures correctives peuvent permettre de surmonter en partie, il n'est pas douteux que le critère de compétence technique conduit à porter une appréciation très favorable sur ces deux formes d'action étatique.

On peut en dire autant du critère d'économie de moyens. Il est manifeste que le recours à la CCA et à l'autocontrôle a été très largement motivé par le souci de réduire les charges financières que représente pour l'État le contrôle d'application des règlements. L'imposition de redevances perçues à l'occasion de ce contrôle, ou leur accroissement, ne pouvaient, à eux seuls, produire le résultat recherché. Ces mesures ont donc été combinées, dans certains secteurs, à un dispositif de CCA ou d'autocontrôle. Ces deux formes d'action étatique pouvaient sembler particulièrement propices à un emploi optimal des ressources.

En effet, le déplacement, vers des acteurs privés, d'une partie au moins de la responsabilité du contrôle d'application tend à intégrer celui-ci à l'activité réglementée. Cette activité ayant un caractère économique, le responsable privé devrait s'efforcer de minimiser les coûts et de maximiser l'efficacité de la fonction de contrôle. Par ailleurs, dans le cas de l'autocontrôle, cette intégration de la fonction de contrôle préventif d'application des règlements à l'organisation des activités de l'assujetti peut apparaître du point de vue de ce dernier comme une simplification, puisqu'elle supprime la dualité entre le fonctionnement réel de ses activités et des attentes normatives imposées de l'extérieur. Même la CCA permet d'obtenir une partie de cet avantage, dans la mesure où elle se prête à la prise en main du contrôle d'application par un organisme représentatif de l'ensemble des assujettis.

Une réduction des coûts de mise en conformité peut également être attendue de la transformation des tâches de l'autorité administrative, à la suite de ce transfert partiel de responsabilité. Ou du moins, on peut escompter qu'avec des ressources équivalentes, l'autorité administrative obtiendra un niveau global de conformité supérieur. Moins onéreux en personnel, en temps et en moyens matériels, l'exercice du droit de regard sur le contrôle de première ligne effectué par les assujettis, ou l'exercice d'une tutelle sur les organismes délégataires du contrôle d'application, devraient dégager des ressources pour le contrôle de première ligne effectué par l'autorité administrative à titre résiduel ou dans les situations à risque élevé.

L'ensemble de ces résultats escomptés de la CCA et de l'autocontrôle semble donc justifier une appréciation très favorable du point de vue de l'économie de moyens. La validité de ces calculs dépend cependant d'un facteur que seule l'expérience permettra de mesurer : l'efficacité de ces nouvelles modalités de contrôle dans la poursuite des objectifs d'intérêt public de la réglementation. Il y a là un pari. Au vu des textes, il semblerait que les dispositifs d'autocontrôle soient mieux en mesure que ceux de CCA de garantir que ce pari sera gagné de manière continue. L'autocontrôle introduit en effet dans l'application des règlements des éléments de responsabilisation individuelle et d'intégration étroite des normes réglementaires aux activités qu'elles visent, qui n'apparaissent pas dans les dispositifs de CCA. À la limite, ceux-ci ne font que substituer à l'inspecteur gouvernemental un inspecteur employé par une organisation privée : ils ne tendent pas à produire de changements aussi profonds dans les attitudes et les façons de faire en matière de conformité à la réglementation.

De manière moins prévisible, le critère d'équité semble justifier une appréciation assez favorable de la CCA et de l'autocontrôle. L'élément le plus positif de ces deux variantes d'action étatique en forme réglementaire, particulièrement dans le cas de l'autocontrôle, est l'adaptation du contrôle d'application à la situation des assujettis. Le mode de contrôle classique, plus distant, présente un risque assez sérieux de sombrer tantôt dans l'uniformité aveugle, tantôt dans la particularisation aléatoire ou arbitraire. En rapprochant le contrôleur de l'activité à contrôler, en lui permettant même de participer activement (par organisme délégataire interposé, ou directement en proposant son propre programme de contrôle) à la conception et à la mise en œuvre du contrôle, ces deux formes d'action réglementaire favorisent une adéquation plus exacte des modalités de contrôle à l'activité qui en fait l'objet et aux risques de non-conformité. Elles tendent à répartir le « poids » du contrôle d'application entre les assujettis en tenant compte de la réalité de ces risques et de l'effort collectif ou individuel des assujettis pour les maîtriser.

Le thème de la responsabilisation des assujettis, particulièrement développé à propos de l'autocontrôle, n'est pas non plus dénué de pertinence du point de vue de l'équité. Il est à première vue plus équitable de faire reposer le contrôle d'application sur la preuve, à faire par l'assujetti, que sa conduite est conforme à la norme réglementaire; on accorde ainsi à juste titre une prime à l'assujetti consciencieux. Le mode classique de contrôle, au contraire, est exposé à produire des résultats inévitables dans la mesure où il repose sur la recherche des situations de non-conformité, ce qui accorde une prime à l'assujetti plus habile à dissimuler les contraventions.

Mais la CCA et l'autocontrôle suscitent aussi, du point de vue du critère d'équité, une importante réserve qui oblige à en nuancer l'appréciation. Le mode classique de contrôle présente certes un risque d'arbitraire : les inspections ou les interventions correctives ou répressives peuvent être mal ciblées, en raison par exemple d'une mauvaise analyse des risques ou des aléas de l'échantillonnage. Du moins peut-on estimer qu'il vise en principe toutes les situations de non-conformité avec une égale rigueur et des moyens également répartis, même si l'on sait qu'un contrôle à 100 % de ces situations est en pratique irréalisable. L'arbitraire dans l'application reste alors involontaire et occasionnel.

La CCA et l'autocontrôle présentent en revanche des risques structurels d'arbitraire, de discrimination ou d'approximation. Ces risques tiennent au fait que la responsabilité technique et financière du contrôle d'application est alors déplacée vers les assujettis. Or, il est possible que certains de ceux-ci ne puissent pas – ou ne souhaitent pas – répondre aux attentes. Suite à une telle défaillance du contrôle, la CCA pourrait rendre plus difficile la recherche des responsabilités, en raison de l'interposition d'un délégataire contractuel chargé de veiller au contrôle de conformité. Quant à l'autocontrôle, la possibilité d'y recourir pourrait se révéler un avantage supplémentaire accessible aux seuls assujettis déjà favorisés par des ressources plus importantes. La vraisemblance de tels scénarios ne pourra être mesurée qu'après un certain temps; elle paraît déjà suffisante pour tempérer l'appréciation favorable de ces deux formes d'action étatique du point de vue de l'équité.

Le critère de **maîtrise politique** semble par contre appeler une appréciation défavorable de la CCA et de l'autocontrôle. On peut le comprendre à partir d'observations suscitées par l'application du critère de compétence technique. Ce dernier critère valorise le point de vue selon lequel il vaut mieux confier l'application de la réglementation à ceux qui, sur le terrain, en connaissent le mieux les conditions concrètes de mise en œuvre. Ce point de vue, on l'a noté, implique une relative incompétence de l'administration publique pour veiller efficacement à cette mise en œuvre. Il implique aussi un relatif désintérêt des dirigeants politiques, en particulier du Parlement, pour les questions d'application. L'affirmation du primat des « gens de terrain », c'est-à-dire ici principalement des acteurs économiques privés, dans l'application de la réglementation et le contrôle de celle-ci, conduit à penser qu'il suffit que la maîtrise soit assurée quant au fond de la réglementation.

Ce postulat peut justifier un très large dessaisissement du Parlement et du gouvernement, comme le montrait le projet fédéral de *Loi sur l'efficacité de la réglementation*. La CCA semble particulièrement susceptible de mener dans cette direction, en faisant en quelque sorte du contrôle d'application des règlements un « service » susceptible de faire l'objet d'un contrat avec un fournisseur privé. Les dispositifs d'autocontrôle, sans échapper complètement à cette logique, se situent plus nettement dans le cadre du rapport administration-assujetti, qu'ils infléchissent dans le sens de la collaboration.

L'idée d'un relatif désintérêt – voire, plus radicalement, d'une certaine incompétence – des instances de direction politique pour les questions de contrôle d'application de la réglementation ne peut être accueillie. Les modalités d'exécution des lois et de la réglementation ne sauraient laisser indifférents ni le Parlement, ni les dirigeants du Pouvoir exécutif. Non seulement nos principes de gouvernement, mais aussi les réalités de la vie politique, s'y opposent. Dans la mesure où la CCA et l'autocontrôle tendent à faire écran à la surveillance que les dirigeants politiques peuvent et doivent légitimement exercer sur cette exécution, ces formes d'action étatique devraient en principe être écartées lorsque la tâche à accomplir impose au contraire que les instances de direction politique conservent la maîtrise effective de l'action de l'État.

Enfin, le critère de **qualité de l'espace public** suggère une appréciation particulièrement défavorable de ces deux formes d'action étatique. L'une et l'autre,

en effet, tendent à exclure toute délibération publique sur les fins et les moyens du contrôle d'application, sur l'imputabilité de ses responsables immédiats ou sur l'évaluation de ses résultats; elles ouvrent peu de possibilités à la participation du public et à la communication avec lui. Du moins, tel semble être le cas des modèles existants de ces formes d'action étatique. Leur principale justification se fonde sur le critère de compétence technique, ce constat n'est pas étonnant. Dès lors que le contrôle d'application est présentée comme une affaire d'experts, à débattre (si même il y a lieu à débat) tout au plus entre spécialistes directement engagés dans l'activité contrôlée et dans le contrôle rapproché de celle-ci, la notion d'espace public est évacuée.

Du point de vue de ce critère, les dispositifs d'autocontrôle ont des implications particulièrement pernicieuses. Leurs promoteurs se plairont à dire que l'intégration de la fonction de contrôle de conformité à la réglementation dans le processus même de l'activité contrôlée contribue à faire de l'entreprise où se déroule cette activité une « bonne citoyenne » : l'entreprise assume une responsabilité, dans l'intérêt général, quant au respect de la réglementation. Cette responsabilité s'exerce toutefois en vase presque clos, sous la seule garantie d'un droit de regard de la part de l'autorité administrative. L'apparente « citoyenneté d'entreprise » se révèle comme une citoyenneté solitaire, dans laquelle les rapports de responsabilité sociale sont complètement estompés.

Certes, il n'est pas forcé qu'il en aille ainsi. La CCA et l'autocontrôle pourraient être conçus avec la préoccupation, en s'éloignant du schéma autoritaire et bipolaire (administration / assujetti) que comporte le mode classique de contrôle d'application, d'aménager un espace public de délibération et d'intervention dans le processus de contrôle ainsi renouvelé. Les possibilités qu'offrent à cet égard ces nouvelles formes de contrôle d'application des règlements semblent jusqu'ici avoir été ignorées.

Le tableau suivant résume les résultats de cette appréciation de la CCA et de l'autocontrôle. Il montre que plus la tâche à accomplir exigera de mettre au premier plan les préoccupations de compétence technique et d'économie de moyens, plus justifiable sera le recours à ces deux modalités de contrôle d'application des règlements. L'importance de considérations d'équité pourrait apporter un surcroît de justification au choix de ces modalités. Mais le souci de maintenir et de développer, pour le traitement de cette tâche, la qualité de l'espace public, ou le souci de préserver la maîtrise politique sur le contrôle d'application dans le cadre de cette tâche, devraient au contraire inciter à se tourner plutôt vers d'autres formes d'action étatique.

CRITÈRES				
Maîtrise Politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable

## 2. Les dérogations et les tolérances

Le second aspect de l'infléchissement que peut connaître la réglementation sur le plan de l'application est plus déroutant. Il s'agit d'abord des cas où, par l'effet de la loi ou du règlement lui-même, l'application de la réglementation est écartée dans un ensemble de situations ou dans une situation en particulier. Les cas visés sont alors soustraits aux règles que comporte le texte; les conduites non conformes au texte deviennent dès lors parfaitement licites. Ce mécanisme de dérogation permet donc d'éviter l'application de la réglementation à des hypothèses dans lesquelles elle n'est pas jugée souhaitable. L'effet de la dérogation est en principe permanent; dans la mesure où elle vise une catégorie abstraite de situations, la dérogation a d'ailleurs elle-même le caractère d'une règle. La tolérance est au contraire une décision individualisée, prise dans le cadre de l'application d'une réglementation, qui en suspend certains effets à l'égard du cas qu'elle vise. Le cas visé demeure assujéti à la réglementation, à laquelle par hypothèse il n'est pas conforme; mais la sanction de cette illégalité est suspendue, sur la base d'une appréciation de l'intérêt public et, très souvent, moyennant l'imposition de certaines mesures au contrevenant. Cette tolérance à l'égard d'une situation d'illégalité n'a pas vocation à durer; elle est en principe provisoire.

Après avoir donné une idée des pratiques législatives en ces matières (a.), nous tenterons d'en cerner les conditions de possibilité et les limites (b.), avant d'en proposer une appréciation selon les cinq critères de justification du choix d'une forme d'action étatique (c.).

### *a. Une pratique législative nuancée*

La pratique législative en matière de dérogations témoigne très généralement de l'adhésion du Parlement à la logique de l'ordre juridique. Cette logique repose essentiellement sur une structure hiérarchique du système de normes et sur le principe de concrétisation et d'individualisation croissantes des normes juridiques à mesure que l'on descend dans leur hiérarchie. Qui plus est, cette pratique valorise le modèle législatif, c'est-à-dire la règle permanente, abstraite et impersonnelle. Des considérations de sécurité juridique, notamment, incitent le Parlement à énoncer lui-même des séries de règles d'application successive – ou à en permettre l'énonciation par diverses autorités –, ces règles conservant ces attributs classiques du modèle législatif mais cernant de manière de plus en plus précise des catégories de situations individuelles. C'est fréquemment de cette manière que le Parlement traite le problème des dérogations, c'est-à-dire le problème posé par l'existence prévisible de situations dans lesquelles il n'apparaîtra pas souhaitable que s'appliquent les règles énoncées jusque là. Bref, c'est souvent au moyen de règles d'application relativement générale que le Parlement corrige l'excès d'amplitude d'autres règles d'application plus générale encore.

L'utilisation de ce procédé est bien mise en lumière par le CSR. Cette loi recourt en effet abondamment au règlement pour déterminer les cas d'exemption ou de dérogation relatifs à différentes dispositions du CSR. Conformément à la technique législative utilisée par ailleurs de manière systématique dans le CSR, des habilitations réglementaires précises ont été prévues à cet effet : voir les art. 618, par. 6°, 8.9°, 10° et 18°; 619, par. 4°, 6.3° et 9.2°; 621, par. 12.02°, 12.2°, 31.3°,

36° et 42°; et 624, par. 11°. En revanche, le CSR formule lui-même les exemptions ou dérogations intéressant l'ensemble du Code, c'est-à-dire les cas exclus du champ d'application de cette loi; les dispositions à cet effet ont été analysées au ch. 1 (B., 2., b.).

Un exemple analogue est fourni par la *Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les aliments* (LRQ c. P-29, art. 40n), qui permet de prendre un règlement ayant pour effet d'exempter, en tout ou en partie, de l'application de la loi ou de ses règlements d'application « une catégorie de personnes, d'animaux, d'établissements ou d'activités ». De même, la *Loi sur les installations électriques* (LRQ, c. I-13.01, art. 10.1) prévoit qu'un règlement détermine les cas dans lesquels la Régie du bâtiment peut approuver l'utilisation d'un matériau, d'un accessoire ou d'un appareil différents de ceux que prescrits la réglementation, si elle estime qu'il offre un niveau de sécurité équivalent. Ces exemples, comme celui du CSR, montrent que les dérogations sont envisagées en termes catégoriels; ce n'est que si une situation individuelle relève de la catégorie de cas décrite par le règlement qu'elle pourra être soustraite à la loi. La part de l'appréciation discrétionnaire de l'opportunité d'une dérogation est donc en principe réduite au minimum, de même par conséquent que le risque de traitement préférentiel de tel ou tel assujetti. Elle ne subsiste vraiment que dans la mesure où le Parlement lui-même en prévoit l'intervention indépendamment des conditions réglementaires, comme dans le cas de la *Loi sur les installations électriques*.

La législation fédérale recourt elle aussi à ce procédé. Par exemple, la *Loi sur les télécommunications* (LC 1993, c. 38, art. 9 et 10) permet au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) de prendre une ordonnance soustrayant une catégorie d'entreprises à l'application de la loi, pour autant qu'il estime cette exemption compatible avec la mise en œuvre de la politique canadienne de télécommunication, énoncée par ailleurs à la loi. Le caractère législatif de l'ordonnance est mis en relief par l'exigence qu'elle soit déposée au Parlement en vue d'un examen éventuel par les comités compétents.

Le point commun de ce type d'habilitations est précisément leur caractère proprement réglementaire, souvent souligné par l'emploi du mot « catégorie » pour désigner les bénéficiaires d'une éventuelle dérogation. Le Parlement entend donc manifestement ici moduler l'application de la loi et de la réglementation à partir de catégories elles-mêmes décrites dans la loi (par ex. aux art. 14 à 20 CSR) ou dans un règlement. Le procédé de la dérogation s'intègre donc au schéma normatif classique loi/règlement/décision d'application. L'art. 519.31 CSR en fournit une illustration. Il permet à la Société, dans les cas que prévoit un règlement pris en vertu de l'art. 621, par. 12.0.2°, d'autoriser une dérogation, par un exploitant de véhicules lourds, à la réglementation relative au nombre d'heures de conduite ou de travail de ses conducteurs.

Le caractère proprement réglementaire du processus de dérogation est encore accentué lorsque la réglementation détermine non seulement les cas donnant ouverture à une dérogation, mais encore les conditions auxquelles sont assujettis les bénéficiaires de celle-ci. C'est le cas de l'autorisation prévue à l'art. 519.31 CSR, ou des exemptions envisagées à l'art. 40n) de la *Loi sur les produits agricoles,*

*les produits marins et les aliments*. La dérogation prend alors le caractère d'un régime exceptionnel préconstitué, et l'intervention de l'autorité administrative se limite à constater qu'il y a lieu de faire bénéficier un assujéti de ce régime exceptionnel.

Ce n'est cependant pas là la seule voie empruntée par le Parlement pour écarter l'application de la loi ou de la réglementation dans les cas où elle pourrait ne pas se révéler souhaitable. Dans d'autres textes, en effet, le Parlement envisage la dérogation comme une possibilité visant une situation individualisée. C'est alors précisément les particularités de cette situation elle-même, et non pas les traits qu'elle peut présenter du fait de son appartenance à une catégorie, qui fondent l'opportunité de la dérogation.

Ainsi, la *Loi sur les valeurs mobilières* (LRQ c. V-1.1, art. 263) autorise la Commission des valeurs mobilières à dispenser entièrement ou partiellement « une personne ou un groupe de personnes » des obligations prévues par la loi ou la réglementation, « lorsqu'elle estime que cette dispense ne porte pas atteinte à la protection des épargnants ». Cette disposition envisage donc une appréciation discrétionnaire de l'opportunité d'une dérogation, mais rappelle que cette appréciation doit tenir compte de l'objectif d'intérêt public de la loi.

De même, la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* (LRQ c. C-61.1, art. 47) et la *Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les aliments* (LRQ c. P-29, art. 11.1, modif. par LQ 1997, c.68) habilent un ministre à délivrer une autorisation de déroger à diverses dispositions de ces lois ou de leurs règlements d'application, à des fins scientifiques, éducatives, expérimentales ou alimentaires, ou, dans le cas de la première de ces lois, dans l'intérêt de la gestion de la faune. Ce type de dispositions laisse voir que le Parlement a reconnu l'opportunité de dérogations éventuelles en fonction d'objectifs légitimes, même s'ils sont étrangers à la finalité d'intérêt public de la loi.

Le droit fédéral des transports contient plusieurs dispositions de ce type, habilitant le ministre ou l'Office des transports du Canada, par une décision individualisée, à soustraire une personne physique ou morale ou certains équipements ou installations à l'application de la réglementation, par ex : *Loi sur la sécurité ferroviaire*, LRC (1985), c.32 (4<sup>e</sup> suppl.) et modif., art 22(2); *Loi sur la sécurité du transport maritime*, LC 1994, c.40, art. 12; *Loi sur les transports au Canada*, LC 1996, c.10, art. 50(4) et 80(1) et (2). Certaines de ces dispositions rappellent que l'appréciation de la situation doit reposer sur l'intérêt public, et que la dérogation ne doit pas compromettre l'objectif de sécurité du public. Par ailleurs, certains de ces textes permettent de tenir compte des possibilités ou de la conduite de l'assujéti, qui peut ne pas être en mesure de se conformer à la réglementation, ou au contraire avoir déjà pris des mesures équivalentes à ce qu'exigerait la réglementation si on la lui appliquait. L'Office est même autorisé, en matière de transport aérien, à consentir à une dérogation s'il estime que la situation ne rend pas nécessaire, ni même souhaitable ou commode, l'application de la loi ou de la réglementation. Le caractère discrétionnaire de l'habilitation à consentir une dérogation se trouve porté à son point maximum à l'art. 22(1) de la *Loi sur la sécurité ferroviaire* : c'est alors le gouverneur en conseil qui peut consentir une dérogation au moyen d'un décret, sans que la loi précise quels motifs peuvent justifier cette dérogation; le pouvoir discrétionnaire n'est alors circonscrit que par l'objectif d'intérêt public de la loi.

Cette seconde voie, de manière tout aussi classique que la première, comporte donc la création par la loi elle-même, au bénéfice d'une autorité administrative, du pouvoir discrétionnaire de consentir une dérogation au moyen d'une décision individualisée. Le processus de création des dérogations se réduit alors au schéma simplifié loi/décision discrétionnaire. Le caractère discrétionnaire de l'intervention de l'autorité administrative est encore accentué par le fait qu'il s'applique non seulement à la décision de donner accès au régime dérogatoire, mais à la détermination des exigences que comportera ce régime pour son bénéficiaire. La possibilité d'individualisation est donc largement ouverte, ne restant limitée que par l'objectif d'intérêt public de la loi et par les considérations ayant justifié la création d'une dérogation.

Les résultats auxquels conduisent ces deux modes de création des dérogations sont donc très contrastés. Les uns et les autres sont cependant en cohérence avec la logique de l'ordre normatif juridique. Le Parlement fédéral s'écarte parfois de cette logique, ce qui ne peut manquer de susciter confusion et incertitude. Ainsi, l'art. 86(1)I de la *Loi sur les transports au Canada* autorise l'Office des transports à exempter par règlement « toute personne » des dispositions de la loi relatives au transport aérien. Le par. (3) du même article ajoute qu'un règlement peut être « de portée générale ou limitée quant aux [...] personnes [...] ou catégories de personnes [...] visé[s] ». Ces textes envisagent donc l'existence de dispositions formellement réglementaires mais dont l'objet matériel est parfaitement individualisé. Il s'agit là d'une aberration, à la fois par rapport à la logique de l'ordre normatif, par rapport à l'analyse de la « nature législative » d'un texte exposée par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* ([1992] 1 RCS 212, pp. 224-225) et par rapport à l'entendement commun de ce que comporte un règlement. Elle ne devrait pas faire école. Elle est sans doute explicable par deux facteurs propres au droit fédéral. Le premier est l'imprécision de la *Loi sur les textes réglementaires* (LRC (1985) c. S-22 et modif., art. 2(1)), qui se borne à définir le règlement comme un texte « pris dans l'exercice d'un pouvoir législatif conféré sous le régime d'une loi fédérale, avec autorisation expresse de prise du texte ». Cette imprécision permet de prétendre que, de même qu'il existe des lois d'intérêt privé, dont l'objet est de consentir relativement à certaines personnes ou certains biens le bénéfice de dérogations au droit commun, de même il peut exister des règlements de portée individuelle, pouvant notamment comporter la création de dérogations. Le second facteur est la thèse, soutenue par le Pouvoir exécutif fédéral, selon laquelle une habilitation à prévoir des dérogations par règlement permet de consentir sous cette forme des dérogations individualisées. Le Comité mixte d'examen de la réglementation a fortement critiqué cette thèse (*Rapport n° 54 : Exemptions illégales*, juin 1993). La définition du « règlement » à l'art. 1 de la *Loi sur les règlements* ferait obstacle à sa réception - au demeurant peu souhaitable - en droit québécois.

Cet examen de la pratique législative indique que si le Parlement est sensible à la possibilité que l'application intégrale de la réglementation à tous les cas qu'elle vise n'est pas forcément toujours souhaitable, il répond au besoin de souplesse de manière nuancée. Il traite parfois lui-même la difficulté, notamment en soustrayant d'emblée à l'application de la loi des situations qui auraient dû normalement en relever. Dans d'autres cas, il privilégie le traitement de ces situations sensibles par des règles générales et impersonnelles, qu'il charge une autorité administrative

d'établir par règlement; c'est alors ce texte qui détermine dans quels cas et à quelles conditions une situation individuelle pourra bénéficier d'une dérogation. Enfin, là où, sans doute, le besoin de souplesse lui paraît l'emporter sur les avantages que présente le règlement en termes de sécurité juridique, il opte pour le traitement individualisé et discrétionnaire des situations par l'autorité administrative, sur la base de l'objectif d'intérêt public de la loi.

Que le Parlement choisisse la seconde ou la troisième solution, il manifeste toutefois clairement, par de telles dispositions, qu'il lui appartient en propre de consentir des dérogations à la loi, ou du moins d'autoriser le Pouvoir exécutif à les consentir. Dispenser de l'application de la loi ne relève pas - sauf délégation expresse par le Parlement - des tâches d'application de la loi, mais bien de l'énonciation même de la loi. Régulariser, par le mécanisme de la dérogation, une situation de non-conformité à la loi, c'est faire la loi.

Il en va bien différemment de la tolérance. Celle-ci n'est qu'une abstention d'appliquer dans les faits une loi ou une réglementation; celle-ci n'en demeure pas moins applicable (*PG Québec c. Danis*, JE 95-1762 (CQ)). La situation de non-conformité subsiste; seuls certains de ses effets sont suspendus. Plus précisément, la tolérance implique que les sanctions, pénales ou autres, prévues par la loi en cas de non-conformité des conduites, ne soient pas mises en œuvre. Ce non-agir n'a pas à être directement envisagé par la loi. En effet, s'agissant des sanctions pénales, leur mise en œuvre par l'introduction de poursuites relève du pouvoir discrétionnaire du procureur général. Sa décision de ne pas poursuivre, qui peut se fonder sur divers aspects de l'intérêt public, implique que soit tolérée une situation de non-conformité. Il s'agit là d'une donnée permanente et pratiquement inéluctable de tout système de justice pénale. S'agissant des sanctions non pénales, la loi confère en général à la décision de les imposer un caractère discrétionnaire. En affirmant qu'une autorité administrative « peut » prendre à l'endroit d'un contrevenant une sanction administrative (par ex. révoquer l'autorisation d'exploiter une entreprise), la loi admet implicitement qu'elle puisse ne pas le faire et donc tolérer une situation de non-conformité. Les hypothèses, dans lesquelles on pourrait considérer que cette faculté d'agir s'analyse en fait comme une obligation d'imposer une sanction dès lors que certaines conditions sont réunies, sont assez limitées.

Il en résulte que la tolérance des situations de non-conformité fait rarement l'objet de dispositions législatives expresses. Elle n'apparaît, pour ainsi dire, à la surface des textes législatifs que si le Parlement entend donner à cette tolérance un contenu « actif ». Tant que la tolérance ne consiste qu'en une pure abstention d'agir de la part d'une autorité investie de la faculté de sanctionner ou de faire sanctionner la violation de la loi, elle relève de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Dès lors, cependant, que cette autorité agit en vue d'obtenir une modification de la conduite de l'assujéti en contrepartie de son abstention de la sanctionner, un encadrement législatif de cette tolérance devient possible et justifiable. Il reste peu fréquent; il est en effet a priori incongru de voir le Parlement envisager expressément l'absence de sanction en cas de non-conformité au droit - admettre ouvertement l'hypothèse de la « lettre morte ».

Le plus souvent, le Parlement ne formalisera les pratiques de tolérance que sous réserve que soit substituée aux exigences réglementaires en contravention

desquelles on se trouve, un ensemble d'exigences différentes mais équivalentes par leurs effets et issues d'une négociation entre le contrevenant et l'autorité d'application. Ce type de pratiques relève de la substitution de normes, forme d'action étatique qui sera évoquée au chapitre 3 (A., 2.).

En dehors de ces cas où l'abstention de sanctionner s'accompagne de la mise en place d'un cadre normatif nouveau, le Parlement peut également formaliser une pratique de tolérance accompagnée d'un engagement de la part du contrevenant à se mettre en conformité avec la réglementation existante dans un délai donné. L'autorité d'application suspend alors provisoirement, en contrepartie de cet engagement, l'exercice de son pouvoir de sanction.

L'art. 116.2 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* (LRQ c. Q-2) illustre cette utilisation de la tolérance par le Parlement. En présence d'une contamination portant atteinte à la qualité de l'environnement, notamment en violation de la réglementation, le ministre peut approuver un « programme d'assainissement » que lui propose le responsable de cette contamination. L'exécution conforme de ce programme, dont l'approbation est entourée d'une certaine publicité, met le contrevenant à l'abri non seulement des poursuites pénales, mais encore du recours en injonction prévu par la loi en cas de contravention (Halley 1998 : 8-14).

Cet exemple laisse entrevoir que la tolérance, si elle s'accompagne de mesures actives de mise en conformité, peut constituer une forme d'action étatique relativement efficace. En s'appuyant sur la puissance dissuasive du droit répressif, mais en consentant que l'atteinte de la conformité soit reportée dans le temps, l'autorité d'application peut légitimer son acceptation d'une situation de non-conformité par la perspective d'un retour à la légalité. Le respect de cette légalité est-il mieux servi par une telle formalisation d'un régime de tolérance que par des pratiques administratives de négociation sans publicité et dont l'issue est moins encadrée ? Cette question relève, parmi d'autres, de la problématique qu'il s'agit maintenant de cerner.

### ***b. Une problématique particulièrement sensible***

Les vocables « dérogation » et « tolérance » se présentent d'emblée, dans la perspective juridique, comme chargés de connotations assez négatives. L'un et l'autre impliquent un écart par rapport à la règle, et paraissent donc miner le sens même du droit. Ils semblent compromettre tout à la fois la sécurité juridique, l'égalité de tous devant la loi, l'application uniforme et régulière de la loi par le Pouvoir exécutif, et les qualités de transparence, d'intelligibilité et de rationalité du droit. Admettre trop largement ces notions dans l'outillage conceptuel du droit comporte apparemment des risques sur le plan politique : la représentation d'un ordre juridique démocratique, constitué de règles valables pour tous et décidées par des représentants élus par tous, n'en sort pas indemne. Face à de tels principes, les arguments tirés de la nécessaire adaptation de l'action étatique aux réalités, du souci d'adéquation plus exacte du droit aux faits, du sens pratique, de la supériorité de l'incitation et de la dissuasion sur la répression, ou même des vertus de l'accommodement raisonnable, ne semblent pas peser très lourd, du moins aux yeux des juristes.

De toutes les formes d'action étatique examinées dans le présent chapitre, aucune ne suscite d'opposition aussi tranchée entre certains principes et valeurs essentiels du droit et certains impératifs pratiques de l'application du droit. Il est

pourtant déjà acquis - la pratique législative le montre - qu'une conciliation est possible entre les exigences de la légalité et la nécessité pratique de prévoir des dérogations, voire même entre ces exigences et des dispositifs de tolérance « active ». La véritable problématique consiste donc à préserver cette conciliation, même dans la perspective d'un recours plus fréquent et plus étendu à ces formes d'action étatique.

Cette perspective ne peut pas être exclue d'emblée. Certes, ces deux formes d'action visent, par nature, des situations d'exception, et ne peuvent devenir le « régime de droit commun » de l'action étatique. Il n'y a même pas lieu d'admettre qu'en principe, toute réglementation devrait comporter la possibilité pour l'autorité d'application d'y consentir des dérogations, ou de s'engager routinièrement dans des rapports de tolérance « active ». Par contre, le recours ponctuel à ces deux formes d'action étatique semble aujourd'hui faire partie intégrante de la gestion juridique d'une réalité sociale et technologique de plus en plus diversifiée et complexe.

Le recours à la dérogation et à la tolérance correspond en effet au constat que face à la réalité, le processus classique de développement des normes juridiques trouve ses limites. Ce processus demeure fondé sur une représentation du droit comme un ensemble de propositions normatives hiérarchisées selon une logique de concrétisation croissante depuis le sommet jusqu'à la base de cette hiérarchie.

Cette logique comporte une double attente. D'une part, n'importe quelle situation concrète peut faire l'objet d'une proposition normative particularisée, tirée d'une autre de portée générale; le système des normes juridiques a la capacité et la vocation de fournir pour toute situation une règle qui soit susceptible de lui être appliquée. D'où la non-pertinence de l'idée de dérogation, sinon sous la forme de l'application d'une règle de portée plus limitée que celle qui s'appliquerait normalement. D'autre part, les propositions normatives du droit n'ont de sens qu'en tant qu'elles sont toujours applicables, et toujours effectivement appliquées - au besoin sous la contrainte de l'appareil répressif de l'État, appliquant des règles de sanction. D'où la non-pertinence de l'idée de tolérance. Bref, dérogations et tolérances viennent démentir la prévision que tout fait trouve son répondant dans le droit, et que toute règle de droit trouve sa traduction dans les faits.

L'accélération et la complexification du mouvement social et du développement technologique obligent aujourd'hui à admettre l'inévitabilité de ces démentis. Le processus de développement des normes juridiques n'est plus en mesure de produire en temps utile les règles qui permettraient d'éviter le recours à la dérogation; il est de moins en moins en mesure d'assurer en continu l'exécution parfaite et « intolérante » des normes existantes. Il s'agit donc de composer avec l'élément de non-droit qu'implique aussi bien la dérogation que la tolérance, et de le réintégrer tant bien que mal dans la logique du droit. C'est ce à quoi s'emploient les dispositifs décrits en a..

Certes, cette conciliation des contraires et leur intégration dans une logique commune ne va pas sans périls. Ils ont été évoqués plus haut, et soulignés avec force dans le cas des dérogations (Comité mixte d'examen de la réglementation 1993) comme dans celui des tolérances (Halley 1998). Ils peuvent être surmontés, semble-t-il, à une condition : la création de ces « situations de non-droit » doit être assujettie à une *procédure* qui permette de s'assurer qu'en dépit de leur non-conformité

à la lettre de la règle, elles contribuent en dernière analyse à atteindre les *objectifs* de celle-ci. Cette condition se résume, pour l'essentiel, à une exigence de transparence (Rossi 1995 : 296; Halley 1997a : 377). La transparence de la procédure conduisant à admettre une dérogation à la règle dans une situation particulière, ou à consentir une tolérance à l'endroit d'un contrevenant moyennant des mesures actives de mise en conformité, permet un contrôle de la rationalité d'une telle décision en regard des objectifs de la règle. Grâce à cette transparence, dérogations et tolérances peuvent être mises en harmonie avec « l'idéal de création du droit par un processus ouvert de délibération » sur ses fins et ses moyens (Seidenfeld 1992, cité par Rossi 1995 : 296).

Parmi les moyens de cette transparence, on peut envisager la publicité préalable des décisions. L'analogie avec le processus applicable à la délivrance de diverses autorisations administratives paraît sur ce point très convaincante. Ces autorisations, en effet, s'analysent formellement comme des dérogations, puisque le Parlement, pour exiger qu'on soit titulaire d'une autorisation administrative, emploie généralement les termes suivants : « Nul ne peut se livrer à l'activité X, à moins d'être titulaire d'une autorisation délivrée par l'autorité A ». De même qu'une demande d'autorisation (ou une décision envisagée suite à une telle demande) fait souvent l'objet d'une notification au public ou à certains intéressés, une demande de dérogation devrait en principe recevoir une publicité appropriée avant qu'une décision soit rendue. La conclusion d'une entente comportant une tolérance « active » devrait elle aussi faire l'objet d'une publicité préalable; dans ce cas comme dans celui de la dérogation, il s'agit de minimiser le risque d'atteinte à l'égalité de tous devant la loi, et de créer un cadre procédural favorisant la démonstration de la conformité d'une décision aux objectifs de la règle.

Un second moyen de rendre transparent le processus conduisant à une dérogation ou à une tolérance « active » peut être mis en œuvre, notamment lorsque la décision et les conditions dont elle est assortie relèvent d'une appréciation discrétionnaire. Il consiste, pour l'autorité administrative investie du pouvoir d'accorder une dérogation ou de consentir une tolérance, à énoncer et divulguer par avance les orientations ou les critères qu'elle entend appliquer dans ces décisions. Le recours à l'énoncé de politique ou à la directive, comme technique servant à encadrer le pouvoir discrétionnaire ou la démarche d'application d'un règlement sera évoqué au chapitre 3 (B., 1. et 3.); il semble particulièrement approprié ici comme moyen de rendre explicites les rationalisations possibles d'une dérogation ou d'une tolérance.

Enfin, l'exigence de transparence devrait se traduire par des mesures de publicité et de reddition de comptes permettant un contrôle a posteriori des dérogations et tolérances. Ces moyens pourraient notamment comporter l'inscription de toute décision accordant une dérogation et de toute entente comportant une tolérance « active » à un registre accessible au public. Il y aurait également lieu d'exiger, selon une logique comparable à celle qu'applique aux mandats spéciaux la *Loi sur l'administration financière* (LRQ c. A-6, modif. par LQ 1999, c.9, art. 41, 42 et 71c)), la notification périodique au Parlement des dérogations et tolérances et de leur justification.

Créées dans de telles conditions, les « situations de non-droit » suscitées ou admises par les dérogations ou les tolérances reposeraient sur un rattachement démontrable aux objectifs de la règle dont elles écartent ou suspendent l'application.

Ainsi, par exemple, il pourrait être rendu apparent qu'une dérogation sert ces objectifs en permettant l'expérimentation de moyens techniques plus performants dans l'atteinte de ces objectifs mais incompatibles avec la réglementation en vigueur; ou qu'une entente comportant une tolérance « active », même si elle implique de renoncer à la mise en conformité immédiate, favorise l'implantation durable d'une « culture » de conformité à la réglementation dans une entreprise assujettie.

Il conviendra de tenir compte d'éventuels aménagements en ce sens des dispositifs de dérogation et de tolérance, dans l'évaluation qu'on peut en faire à partir des cinq critères servant à justifier le choix d'une forme d'action étatique.

### **c. Évaluation**

Les pratiques de dérogation et de tolérance suscitent une appréciation positive du point de vue de l'économie de moyens, et dans une moindre mesure sous l'angle de la compétence technique. Elles appellent en revanche une réaction très négative dans la perspective de la qualité de l'espace public. Les critères d'équité et de maîtrise politique ne favorisent guère, eux non plus, le recours à ces deux formes d'action étatique.

Le bilan positif que dégage l'application du critère d'**économie de moyens** se fonde essentiellement sur le fait que l'existence de dérogations et de tolérances permet à l'administration publique d'alléger quelque peu ses tâches « lourdes » de contrôle et de répression. Les coûts matériels et psychologiques considérables qu'implique l'exécution de la réglementation dans des situations où, par hypothèse, la conformité est loin d'être acquise, sont remplacés par ceux, plus modestes, que peuvent impliquer la négociation et la mise en œuvre des conditions imposées au bénéficiaire d'une dérogation ou d'une tolérance « active ». Le coût social global de celles-ci pourrait cependant amoindrir, voire supprimer, cet avantage, surtout si l'octroi d'une dérogation ou d'une tolérance suscite une pression en faveur de leur multiplication; la prévisibilité et le chiffrage de cette perte globale d'efficacité de la réglementation seront toutefois difficiles à préciser. Par ailleurs, dans la mesure où elles accroissent la complexité globale de la réglementation, les dérogations et tolérances signifient un certain recul par rapport à l'idéal de simplicité que nous avons associé à l'économie de moyens; mais ce sacrifice sera généralement justifié par la perspective d'un progrès, à moyen terme, sur le plan de la conformité globale aux objectifs de la réglementation.

L'aménagement des dispositifs de dérogation et de tolérance dans le sens d'une plus grande transparence devrait valoriser ce bilan déjà positif. En effet, si les contraintes de procédure liées à la recherche de transparence comportent des coûts, elles incitent à faire la démonstration que le recours à une dérogation ou une tolérance constitue, en l'espèce, le moyen de maximiser le rendement des ressources publiques et privées dans la poursuite des objectifs de la réglementation.

Le critère de **compétence technique** conduirait à une appréciation plutôt favorable du recours à la dérogation et à la tolérance. En mettant l'accent sur les particularités d'une situation comme fondement d'un traitement différencié, ces deux formes d'action étatique invitent à tenir compte de connaissances spécialisées, et notamment celles de l'assujetti lui-même. On retrouve ainsi, dans une version modifiée, le point de vue développé à propos de l'autocontrôle : l'assujetti, en tant

qu'expert du « terrain », est le mieux placé pour mettre sa propre activité en conformité avec la réglementation. L'argument servait alors à justifier un transfert des tâches de contrôle de conformité; il tend ici à faire admettre que l'assujetti peut revendiquer qu'on lui applique une norme particulière (une dérogation assortie de conditions) ou qu'on lui accorde un délai pour se mettre progressivement en conformité avec la norme généralement applicable (par une entente de tolérance « active »). Cependant, le régime applicable au bénéficiaire d'une dérogation ou d'une tolérance n'est pas, contrairement au régime d'autocontrôle, un régime préconstitué par voie réglementaire; son contenu est issu d'une négociation entre le bénéficiaire et l'autorité administrative. Rien ne garantit que cette négociation soit menée sur des bases strictement techniques. Même si c'est le cas, il est possible que l'expertise plus approfondie dont dispose l'assujetti place l'autorité administrative en situation de relative faiblesse dans cette négociation. La justification du recours aux dérogations et tolérances sur la base du critère de compétence technique est donc moins convaincante.

Elle pourrait l'être davantage si le recours à ces deux formes d'action étatique s'effectue dans les conditions de transparence évoquées en **b**. Un processus transparent, tendant à faire ressortir et à soumettre à la délibération les justifications techniques d'une dérogation ou d'une tolérance, ne peut que valoriser le point de vue de la compétence technique et accroître les chances que l'action étatique s'appuie sur l'exploitation et la confrontation des connaissances spécialisées.

Deux des critères conduisent par contre à une appréciation plutôt réservée de ces deux formes d'action étatique. Le critère d'**équité** peut, en première analyse, paraître favoriser le recours à des formes d'action hautement sensibles aux particularités de situations individuelles. Mais l'équité doit être normalement recherchée dans un équilibre entre l'uniformité de la règle et la diversité des situations. Or, la dérogation et la tolérance impliquent une rupture de cet équilibre, l'abandon de la certitude de la règle et la prévalence plus ou moins complète, plus ou moins durable, du « cas » présenté comme irréductible à la règle. Le recours à ces deux formes d'action étatique n'est donc recevable, du point de vue de ce critère, qu'en présence de situations véritablement exceptionnelles, dans lesquelles on peut montrer que le droit est pris de court.

Ici encore, cette appréciation serait à nuancer dans un sens plus favorable en présence d'une « régularisation » du recours à ces formes d'action étatique par des mesures de transparence. Une procédure transparente pour l'octroi des dérogations et des tolérances « actives » permettrait en effet de mesurer l'ampleur de l'écart entre la règle et la situation dont on revendique le caractère exceptionnel. Le choix de ces formes d'action étatique répondrait alors aux exigences de l'équilibre entre les deux dimensions de l'équité : l'adhésion à la règle commune et aux objectifs dont elle est porteuse, d'une part, et d'autre part la considération individualisée des situations et des contraintes qu'elles introduisent dans la mise en œuvre du droit.

Quant au critère de **maîtrise politique**, l'examen de quelques dispositifs existants a montré qu'il exerce une influence importante en matière de dérogations. En effet, outre les cas où le Parlement traite lui-même certaines hypothèses de dérogation (par ex. en définissant les cas exclus du champ d'application d'une loi), il est fréquent que les situations donnant ouverture à une dérogation et les conditions

auxquelles celle-ci peut être accordée soit définies par règlement, et donc plus aisément soumises à un droit de regard de sa part. Les exigences de maîtrise politique ne se révèlent donc pressantes que dans le cas des tolérances « actives » et de certaines dérogations, dont la possibilité et les modalités sont laissées à l'appréciation discrétionnaire d'une autorité administrative. La maîtrise politique devient alors plus lointaine et aléatoire, avec le risque que ces formes d'action étatique soient détournées des objectifs fixés par le Parlement. Les mesures de transparence dont pourrait être entouré le recours aux dérogations et tolérances contribueraient, en facilitant le contrôle politique de ces décisions, à minimiser les inconvénients qu'elles présentent du point de vue de ce critère.

Enfin, le critère de **qualité de l'espace public** apparaît, dans l'état actuel du droit, comme le moins favorable à ces formes d'action étatique. Certes, dans la mesure où les hypothèses de dérogation et les conditions dont une dérogation peut être assortie sont définies par voie réglementaire, les exigences de ce critère ne sont pas entièrement méconnues. Les mesures de publicité entourant l'approbation d'un programme d'assainissement, en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, laissent entrevoir la place qu'on pourrait leur faire en matière de tolérance « active ». Au-delà de ces acquis limités, cependant, le régime actuel des dérogations et tolérances présente un tel caractère d'opacité qu'il exclut l'idée même d'un espace public de délibération, de communication, de contrôle et d'évaluation. Cet état de choses ne peut qu'alimenter l'image négative que projettent la dérogation et la tolérance comme forme d'action étatique. Le pouvoir discrétionnaire de créer une dérogation ou de convenir d'une tolérance « active » ne peuvent qu'apparaître comme une manifestation particulièrement inquiétante d'arbitraire administratif.

C'est évidemment sous l'angle de ce critère que le souci d'une plus grande transparence dans l'octroi des dérogations et dans la conclusion d'ententes de tolérance « active » s'impose le plus nettement. Les mesures de publicité évoquées plus haut paraissent de nature à créer autour des projets de dérogation ou de tolérance un espace public permettant la confrontation des points de vue et des justifications avancés par le bénéficiaire éventuel, le public intéressé, l'autorité administrative et les experts. Dérogations et tolérances sont ainsi pleinement réintégrées dans le processus régulier de création du droit.

Les résultats combinés de cette évaluation peuvent donc être résumés par le tableau suivant :

CRITÈRES				
Maitrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Assez défavorable	Très défavorable	Assez défavorable	Assez favorable	Favorable

Il s'ensuit que lorsque la nature de la tâche qu'il s'agit d'accomplir rend particulièrement impérieuses les considérations d'économie de moyens, la dérogation et la tolérance apparaissent comme des formes recommandables d'action étatique. L'importance des considérations de compétence technique devrait aussi jouer en ce sens. En revanche, là où le maintien ou le développement de la qualité de l'espace

public se présente comme une considération majeure, le recours à la dérogation ou à la tolérance devrait être exclu. Les point de vue de l'équité et de la maîtrise politique, s'ils interviennent de façon particulièrement significative en regard de cette tâche, devraient également détourner du choix de ces deux formes d'action étatique.

### **3. Les sanctions non pénales**

L'application des normes réglementaires peut encore s'écarter sur un autre point du modèle classique de mise en œuvre : l'instance de sanction de la norme peut être déplacée, du juge vers l'autorité administrative elle-même. La violation du règlement n'a plus alors à être établie au moyen d'un procès pénal, au terme duquel une peine - amende, privation de liberté, mesures compensatoires, ou combinaison de deux de ces formes - est imposée au contrevenant par un tribunal. C'est plutôt, dans de tels cas, l'autorité administrative chargée de veiller à l'exécution de la réglementation qui assume elle-même cette fonction répressive. Elle est en effet habilitée, dès lors qu'elle constate certaines situations de non-conformité, à imposer elle-même diverses sanctions, sous réserve de garanties minimales de procédure en faveur du présumé contrevenant. Le registre des sanctions susceptibles d'être appliquées exclut les peines privatives de liberté, mais comporte des mesures inconnues en droit pénal et correspondant à une recherche d'efficacité et au souci de réaliser les objectifs de la réglementation. L'existence de ce droit administratif répressif s'explique par la relative inadaptation du droit pénal à ces préoccupations (a.). Elle est illustrée, en droit québécois et fédéral, par divers dispositifs dont on résumera ici les caractéristiques les plus notables (b.). La coexistence, et le parallèle, entre ces dispositifs et le droit pénal laissent entrevoir la problématique du recours aux sanctions non pénales pour garantir l'application des règlements (c.). L'ensemble de ces observations alimentera une évaluation de cette forme d'action étatique à partir des cinq critères de justification (d.).

#### ***a. L'inadaptation des sanctions pénales***

Le développement de l'encadrement juridique des conduites devait inévitablement conduire à une crise de la sanction pénale. Un écart devait fatalement apparaître entre les très nombreuses infractions créées pour garantir l'application des lois et de la réglementation et les possibilités réelles de poursuivre les auteurs de ces infractions et de leur appliquer les peines prévues. C'est dans cet écart entre la pénalisation des comportements et les possibilités effectives d'application de la norme pénale que s'est développé, parmi d'autres solutions de rechange, le recours à des sanctions administratives. À ce titre, les sanctions administratives participent du même mouvement que la décriminalisation de certains comportements, les pratiques de tolérance évoquées en 2., la déjudiciarisation du traitement de certains accusés, ou la réinsertion sociale des détenus et les autres mesures tendant à réduire le surpeuplement des prisons.

Mais l'apparition et le développement du recours aux sanctions administratives obéit aussi à sa logique propre, qui procède d'un constat d'inadaptation de la répression pénale à certaines formes de contravention aux lois et à la réglementation. Pourtant, soucieux de garantir l'application de ces textes, le Parlement a constamment recours aux sanctions pénales, par différents procédés :

- en constituant en infraction le fait de contrevenir à une disposition précise de la loi; c'est la principale solution retenue dans le CSR, dont les titres I à IX.1 et XIV comportent tous des dispositions pénales de cette nature;
- en constituant en infraction le fait de contrevenir à une disposition quelconque de la loi ou de ses règlements d'application, ou de ne pas se conformer à un ordre donné en vertu de ces textes, comme par exemple dans la *Loi sur la protection de la santé publique* (LRQ c. P-35, art. 71);
- en constituant en infraction le fait de contrevenir à une disposition quelconque des règlements d'application de la loi; ce procédé se combine avec la pénalisation de dispositions précises de la loi, comme dans la *Loi sur l'assurance-médicaments* (LRQ c. A-29.01, art. 85);
- en habilitant une autorité investie de pouvoir réglementaire à déterminer par règlement quelles contraventions aux règlements constitueront une infraction, et à fixer les peines (amende, emprisonnement, ou l'un et l'autre) sous réserve de plafonds fixés par la disposition habilitante elle-même; le CSR recourt à ce procédé en plusieurs occasions (art. 619, par. 22°; 621, par. 20.3°, 32.8°, 35° et 48°; 622, par. 8°).

En ce qui concerne les contraventions aux règlements, la sanction pénale peut donc soit être prévue en bloc par la loi habilitante, soit être aménagée de manière précise par la réglementation elle-même dans un cadre, défini par la loi, qui laisse le choix des dispositions à garantir par une telle sanction et permet une gradation plus fine des peines en fonction de la gravité des contraventions. Cette seconde forme de qualification pénale doit, pour respecter le principe de légalité des délits et des peines, reposer sur une disposition législative expressément habilitante. Par sa précision et sa souplesse, elle paraît préférable à la première, quoi qu'elle réponde moins bien à l'idéal de certitude et d'intelligibilité immédiate de la loi.

Le véritable problème se situe toutefois en amont du choix entre différentes formes de qualification pénale. Il concerne l'opportunité de recourir à la sanction pénale. Celle-ci, en tant que contrainte ultime dont dispose un État de droit à l'égard des personnes soumises à son autorité, est investie d'une forte charge symbolique. Elle renvoie à la représentation de comportements comme unanimement réprouvés par le corps social, et à celle d'un État apte à traduire, à tout moment, cette réprobation par une répression au terme d'une procédure judiciaire. Or, dans de nombreux contextes d'action étatique, ces représentations sont inopérantes. L'ampleur même de cette action, en multipliant les occasions de contravention à une norme législative ou réglementaire, a pour effet d'une part de banaliser les comportements non conformes, et d'autre part de rendre pratiquement irréalisable la mise en œuvre systématique du processus judiciaire de sanction. Qui plus est, cette invocation « à vide » de la charge symbolique de la sanction pénale a des effets nuisibles à l'efficacité de l'action étatique. La menace latente de sanctions pénales est susceptible de faire naître, dans les rapports de l'autorité administrative avec les administrés, une attitude de méfiance, de non-coopération, voire d'hostilité, de la part de ces derniers (Fitzgerald 1997 : 232). Or, il est au contraire très souhaitable que ces rapports soient marqués par la franchise, la coopération et le dialogue. Le recours effectif aux sanctions pénales, par ailleurs, s'il permet de garantir à plus ou moins

court terme et de façon plus ou moins généralisée, le respect de la réglementation, expose à payer très cher ce résultat. Non seulement le processus pénal est-il coûteux pour toutes les parties, mais en raison de ses effets symboliques conflictuels et dégradants, sa mise en œuvre peut compromettre les chances d'une véritable adhésion à la norme de la part des assujettis (De Kerchove 1991 : 111-112; Ayres et Braithwaite 1992 : 49). Du reste, les exigences de preuve que comporte le régime pénal sont telles que, dans bien des cas, la condamnation du contrevenant est une perspective assez aléatoire, de telle sorte que les résultats positifs d'un procès pénal ne sont même pas acquis.

D'où la recherche d'un mode de sanction plus expéditif, moins coûteux, mieux intégré au processus décisionnel habituel de l'administration publique, moins conflictuel, plus sensible à la diversité des situations, plus efficace, susceptible de remplacer la sanction pénale ou du moins d'en constituer l'alternative. Cette recherche s'est notamment développée dans deux contextes d'action étatique. D'une part, ceux où cette action implique le traitement de très grands nombres de cas individuels (par ex. les prélèvements fiscaux ou les prestations sociales); et d'autre part, ceux où la régulation d'une activité à caractère économique exige, pour être efficace, une collaboration continue entre l'autorité régulatrice et les assujettis. Dans le premier cas, le processus pénal est inadapté en raison du grand nombre de contraventions et de la gravité limitée de la plupart d'entre elles. La notion de gravité renvoie ici d'une part aux coûts que chacune de ces contraventions, considérée isolément, fait supporter par l'État, et d'autre part à l'intensité de la réprobation sociale que suscite le comportement du contrevenant. Dans le second contexte, le processus pénal est inadapté en raison de ses effets pervers sur les rapports de collaboration et sur l'adhésion des assujettis à la norme.

Quelques illustrations permettront d'entrevoir la diversité des sanctions administratives autorisées par le Parlement, ainsi que leur situation variable par rapport aux sanctions pénales. Il s'en dégage la physionomie générale de ce droit administratif répressif.

### ***b. Pratique des sanctions administratives***

Malgré l'ampleur de son dispositif pénal, le CSR fait une large place à des sanctions de type administratif. Les plus notables sont prévues, pour l'essentiel, au titre V.

Elles comprennent d'abord le régime des points d'inaptitude, aménagé par les art. 110 à 117 et débouchant sur la révocation d'un permis ou la suspension du droit d'en obtenir, conformément aux art. 185 et 76. Ce régime se situe cependant dans le prolongement du processus pénal, plutôt que comme alternative à la répression pénale : l'imposition de la sanction administrative est obligatoire dès qu'est atteint le nombre réglementaire de points d'inaptitude, ceux-ci étant attribués en fonction de l'existence et de l'objet d'une condamnation pénale. Ce caractère obligatoire, qui fait de la sanction administrative une simple opération auxiliaire d'une décision prise par une autre instance, administrative ou judiciaire, en application d'autres règles que celles du CSR, apparaît également aux art. 189 (obligation d'interdire la remise en circulation d'un véhicule), 196 et 200 (obligation de suspendre un permis).

Les autres mesures de sanction prévues au titre V sont plus caractéristiques puisqu'au moins dans certains cas, leur imposition dépend d'une appréciation relativement discrétionnaire de la part de la Société.

Ainsi, l'art. 188 permet à la Société d'interdire la remise en circulation d'un véhicule, dans un certain nombre d'hypothèses de contravention. Certains de ces comportements sont par ailleurs visés par des dispositions pénales du CSR : ainsi, des comportements décrits aux par. 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> correspondent à des infractions constituées respectivement par les art. 59, 546, 141 et 524. Le CSR soumet donc ces comportements à un double régime de sanction, dont le cumul ne semble exclu par aucune disposition. Par ailleurs, dans certains cas visés aux par. 3<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup>, le pouvoir de sanction de la Société est utilisé au soutien de l'application de la *Loi sur l'assurance automobile* ou de la *Loi sur la taxe de vente du Québec* : indice révélateur de l'efficacité prêtée à une telle mesure de sanction administrative.

De même, l'art. 190 permet de suspendre un permis dans diverses hypothèses. Ici encore, certaines d'entre elles peuvent également donner lieu à une sanction pénale (par. 5<sup>o</sup> à 7<sup>o</sup>, correspondant respectivement aux art. 142, 138 et 141), sans que le cumul des sanctions paraisse exclu. Cette possibilité d'appliquer concurremment sanctions administratives et sanctions pénales reflète vraisemblablement le fait que les premières peuvent intervenir bien avant les secondes. Dans le cas de la suspension, elle peut aussi s'expliquer par le but que recherche cette mesure : aux termes de l'art. 202.1, la suspension du permis, contrairement par exemple à sa révocation, n'a pas pour but de sanctionner une situation de non-conformité, mais plutôt de « protéger le titulaire du permis et le public ». Cette précision introduite au CSR en 1996 n'empêche pas que la suspension, comme la révocation, soit qualifiée de « sanction » par les importantes dispositions interdisant de conduire lorsqu'on fait l'objet d'une suspension ou d'une révocation de permis (art. 105 à 106.1 et 76.2). Ces hésitations conceptuelles sont révélatrices de la double finalité des sanctions administratives : elles poursuivent à la fois un but répressif (englobant lui-même, comme la répression pénale, une double visée rétributive et dissuasive) et un but « administratif », c'est-à-dire la réalisation la plus efficace des fins de loi par laquelle elles sont prévues.

L'art. 207 illustre le recours à la suspension de l'autorisation administrative concernant l'exploitation d'une entreprise, comme sanction de comportements non conformes à la loi (par. 3<sup>o</sup>, 4<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup>), à la réglementation (par. 1<sup>o</sup> et art. 161), à une autre loi (par. 2<sup>o</sup>) ou à une autre réglementation (par. 5<sup>o</sup>). L'effet sanctionnateur est alors particulièrement sensible, puisque l'exploitation de l'entreprise devient illicite (art. 151 et 153).

L'effet de sanction n'est guère moins sensible pour la dernière mesure prévue au titre V, soit la faculté de saisir le véhicule qu'une personne conduit sans permis ou alors qu'elle est sous le coup d'une suspension ou d'une révocation de son permis (art. 209.1 et 209.2). Le véhicule n'étant pas l'objet de la contravention au CSR, la privation de son usage et l'obligation faite au propriétaire d'en payer les frais de garde et de remorquage remplissent manifestement une fonction dissuasive.

La *Loi concernant les propriétaires et exploitants de véhicules lourds* (LQ 1998, c.40) recourt aussi à des mesures ayant un caractère de sanction, mais tendant

également à la réalisation du but de la loi (art. 1 : « accroître la sécurité des usagers » et « préserver l'intégrité » du réseau routier). L'action de la Commission des transports en vertu de cette loi prend la forme de « mesures administratives » dont la teneur diverse est décrite à l'art. 26 (voir aussi les mentions de « mesures administratives » aux art. 8, 20, 21, 33, 34, 39 et 48). Cette désignation souligne l'assujettissement de ces décisions au chapitre I du Titre I de la *Loi sur la justice administrative* (art. 37).

L'effet de sanction caractérise certaines de ces mesures, comme le reconnaît l'art. 8, évoquant une « mesure administrative prise pour sanctionner un comportement ». Il s'agit notamment des déclarations d'aptitude totale (art. 26, 1<sup>er</sup> al., par. 2<sup>o</sup>), qui entraînent une interdiction de circuler ou d'exploiter (art. 30) dont la durée, déterminée par la Commission, peut atteindre cinq ans (art.31). Parmi les comportements donnant lieu à une telle déclaration, certains sont également susceptibles de sanctions pénales (art. 27, par. 2<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup>, 43 et 48). Dans d'autres cas, la déclaration d'aptitude totale vient prolonger une condamnation criminelle ou une sanction administrative étrangère (art. 27, par. 4<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup>). Quant à la déclaration d'aptitude partielle, elle sanctionne l'opposition ou l'entrave à une inspection ou le manquement à diverses autres lois (art. 29, par. 2<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup>). Elle permet à la Commission d'imposer des conditions particulières à l'activité du propriétaire ou de l'exploitant (art. 32). L'effet de gradation des sanctions, d'un type d'aptitude à l'autre, ressort nettement du fait que l'aptitude totale sanctionne les comportements mettant « en péril » la sécurité des usagers ou compromettant « de façon significative » l'intégrité du réseau routier, alors que l'aptitude partielle vise ceux qui mettent cette sécurité « en danger » ou compromettent, sans plus de précision, cette intégrité (art. 27, par. 1<sup>o</sup> et 29, par. 1<sup>o</sup>).

La *Loi sur la sécurité du revenu* (LRQ c. S-3.1.1) appliquait aux prestataires contrevenant à ses dispositions soit des sanctions pénales, soit des sanctions administratives. Les premières étaient réservées aux cas de déclarations incomplètes, fausses ou trompeuses (art. 84). Les sanctions administratives visaient en revanche une large gamme de comportements qualifiés de « violations » : l'insuffisance de la recherche d'emploi; l'inobservation d'instructions reçues pour les fins de cette recherche; le refus, l'abandon ou la perte fautive d'un emploi; le défaut de se prévaloir de droits ou d'avantages prévus par une loi; la non-divulgateion d'un recours alimentaire; la cession de biens de manière à se rendre admissible (art. 28 à 32); le défaut de fournir des renseignements, de se prêter à une expertise médicale, ou de notifier un changement de situation (art. 62, 64 et 65). Ces diverses « violations », dont seules les dernières citées recoupaient l'objet de la disposition pénale, pouvaient donner lieu au refus, à l'interruption ou à la réduction des prestations (art. 33 et 66). Le *Règlement sur la sécurité du revenu* (D. 922-89, [1989] 121 GOQ II 3304, et modif.) précisait le taux de réduction des prestations en cas de violation des art. 28, 29 et 32 (art. 73 et 83 du règlement). Ces diverses sanctions étaient qualifiées de « mesures administratives », sauf en cas de violation des art. 28 et 29, à propos de laquelle le règlement employait l'expression « sanctions administratives ».

Ce dispositif a été reconduit par la nouvelle *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale* (LQ 1998, c.36, art. 34, 35, 41, 43 à 45, 47, 49, 53, 54 et 149) et son règlement d'application (*Règlement sur le soutien du revenu*, D.1011-99, [1999] 131 GOQ II 4083, art. 150 à 154). Les comportements

donnant ouverture à une sanction y sont cependant décrits avec beaucoup plus de précision, de manière notamment à admettre certaines exceptions et moyens de défense. Un élément a été ajouté à la liste des comportements réprimés : le défaut de répondre à une convocation en vue de recevoir des renseignements ou des informations relatifs à la recherche d'emploi (art. 47), ou de faire évaluer sa situation aux fins d'un « parcours » de réinsertion professionnelle (art. 56, non encore mis en vigueur). Le Parlement semble avoir cherché à voiler l'effet de sanction attaché à ces dispositions; les contraventions y sont qualifiées de « manquement », et le vocable « mesure » continue de désigner la sanction.

La *Loi sur l'assurance-maladie* (LRQ c. A-29) juxtapose et distingue clairement sanctions pénales et sanctions administratives à sa section IX (« Dispositions pénales et autres sanctions »). Les sanctions administratives à l'endroit des professionnels de la santé y prennent la forme d'ordonnances de non-participation au régime d'assurance-maladie, prises par la Régie de l'assurance-maladie. L'effet d'une telle ordonnance est d'empêcher le professionnel d'obtenir de la Régie la rémunération des services assurés qu'il fournit à ses patients; il doit donc se faire rémunérer par ses patients, sans que ceux-ci puissent se faire rembourser par la Régie (art. 1, 1<sup>er</sup> al., par. c)). La Régie est tenue de prendre une telle ordonnance lorsque le professionnel poursuivi en vertu du *Code criminel* est déclaré coupable d'une infraction ou d'un acte criminel ayant trait à une réclamation d'honoraires faites par lui à la Régie (art. 77, 1<sup>er</sup> al.). Elle a le pouvoir de le faire si elle refuse, pour les motifs et au terme de la procédure prévus à l'art. 47, le paiement d'honoraires d'un professionnel, alors qu'une décision de même nature avait été rendue contre ce professionnel dans les 60 mois précédents (art. 77.0.1). Les motifs prévus à l'art. 47 sont la dispensation des services « [non] requis au point de vue médical, optométrique, dentaire ou pharmaceutique et [...] par conséquent [...] fournis plus fréquemment que nécessaire » et la dispensation « abusive » de services. Aucune disposition pénale ne vise les comportements décrits à l'art. 47. Le refus de la Régie lui permet d'opérer compensation avec des honoraires payables par ailleurs à ce professionnel (art. 50).

Quant à la *Loi sur la qualité de l'environnement* (LRQ c. Q-2), elle illustre, entre 1978 et 1988, une autre forme de dépénalisation de la répression. L'art. 108.1 autorisait alors le recours, par un fonctionnaire habilité, à la technique du « billet d'assignation ». Ce document, signifié à l'auteur d'une infraction constatée par le fonctionnaire, lui offrait d'éviter une plainte pénale moyennant le paiement d'une amende de 25 \$, plus 2 \$ de frais, dans un délai de 15 jours. Le paiement libérait de toute autre peine, mais comportait reconnaissance de culpabilité. Entièrement facultative, cette procédure n'était pas un préalable à une plainte ultérieure. La répression administrative s'y présentait plutôt comme une version allégée et simplifiée de la répression pénale que comme un régime de sanction véritablement distinct.

La *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (LRC (1985), c. 16 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 134; l'abrogation de cet art. par LC 1992, c. 47, art. 84, n'est pas encore entrée en vigueur) contient un dispositif analogue. Un règlement doit cependant intervenir pour déterminer quelles infractions à la loi peuvent faire l'objet d'un « formulaire de contravention ».

Un parallélisme encore plus étroit entre le droit québécois et le droit fédéral s'observe en matière fiscale. La législation fiscale a d'ailleurs sans doute été la

première branche du droit dans laquelle s'est développé le recours aux sanctions administratives. Des pénalités financières sont ainsi prévues par la *Loi sur le ministère du Revenu* (LRQ c. M-31, art. 59 à 59.5), la *Loi sur les impôts* (LRQ c. I-3, art. 1045, 1049 et 1050) et, en droit fédéral, notamment par la *Loi de l'impôt sur le revenu* (LRC (1985), c. 1 (5<sup>e</sup> suppl.) et modif., art. 162, 163 et 227(8) et (9)). Elles visent essentiellement l'exécution tardive de leurs obligations de déclaration, de transmission ou de paiement par les contribuables ou les mandataires de l'administration fiscale.

D'autres textes de droit fédéral présentent un plus grand intérêt.

Ainsi, la *Loi sur l'aéronautique* (LRC (1985), c. A-2 et modif.) instaure un véritable régime de sanctions administratives en cas de contravention à certains de ses règlements d'application. Le gouverneur en conseil est habilité à désigner par règlement quelles contraventions donneront lieu à l'application de ce régime, et à fixer pour chacune d'elles le montant maximal de l'amende, en-deça d'un plafond fixé par la loi (art. 7.6 (1) et *Règlement sur les textes désignés*, DORS/86-596, [1986] 120 *Gaz. Can.* II 2364). Dès ce moment, ces contraventions ne peuvent plus donner lieu qu'à cette amende administrative; toute poursuite pénale est exclue (art. 7.6 (2)). L'« avis de contravention » signifié par le ministre des Transports offre au contrevenant de mettre fin à la procédure moyennant paiement de l'amende fixée « conformément aux critères que [le ministre] peut établir à cette fin » (art. 7.7). Le défaut de payer cette amende dans le délai imparti par le ministre entraîne l'assignation du contrevenant devant le Tribunal de l'aviation civile (art. 7.8); le ministre y a la charge de la preuve, et le contrevenant le droit de se faire entendre (art. 7.9). La décision du membre du Tribunal saisi de l'affaire peut comporter une nouvelle détermination de l'amende (art. 8). Elle est susceptible d'appel, sur dossier, devant une formation de jugement du Tribunal (art. 8.1). Ce régime de sanctions administratives présente donc une complète autonomie par rapport au régime pénal.

Le souci de créer « une solution de rechange au régime pénal et un complément aux autres mesures d'application » est précisément l'objet de la *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire* (LC 1995 c.40 et modif., art. 3). Un règlement du ministre de l'Agriculture désigne les violations auxquelles s'applique le régime de sanctions administratives institué par cette loi. Il peut s'agir de violations à diverses lois en matière d'agriculture et d'agroalimentaire, ou aux règlements ou arrêtés ministériels pris pour leur exécution. Ce règlement du ministre peut également répartir les violations en trois classes selon leur degré de gravité, fixer le montant des amendes, prévoir des critères de majoration ou de minoration des amendes (en fonction notamment de l'intention, de la négligence, du tort causé, et des antécédents), et prévoir la possibilité pour le contrevenant de se libérer par le paiement d'une somme inférieure à l'amende (art. 4). Dans les cas où le comportement visé peut être qualifié à la fois de violation et d'infraction, la loi pose le principe de non-cumul des sanctions; le recours aux sanctions administratives exclut donc une poursuite pénale, y compris celle fondée sur l'art. 126 du *Code criminel* (art. 5).

Le procès-verbal de violation établi par l'agent du ministre peut comporter soit un avertissement, soit l'imposition d'une amende; dans ce dernier cas, il offre la possibilité de se libérer en payant une somme inférieure à cette amende (art. 7).

Le défaut de contester l'avertissement, de même que le paiement de l'amende ou de cette somme, valent déclaration de responsabilité à l'égard de la violation, et la procédure s'arrête là (art. 8 et 9(1) et (3)). À défaut de payer le contrevenant peut soit demander à conclure une « transaction en vue de la bonne application de la loi ou du règlement », soit contester les faits auprès du ministre ou d'une instance de recours (art. 9(2)). La transaction est un engagement à se conformer aux lois et règlements, garanti par un cautionnement. Elle vaut déclaration de la responsabilité du contrevenant à l'égard de la violation. Si l'engagement est tenu pendant toute sa durée, le ministre restitue le cautionnement et la procédure s'arrête là; dans le cas contraire, le ministre peut exiger le paiement d'une double amende, ou confisquer le cautionnement (art. 10). Le ministre peut cependant refuser de transiger, et le contrevenant ne peut alors se soustraire au paiement de l'amende qu'en contestant les faits devant l'instance de recours (art. 11). Le ministre a dès lors la charge de la preuve, mais le contrevenant ne peut invoquer l'absence de faute ou la diligence raisonnable de sa part; ces facteurs font en effet partie des critères de détermination du montant de l'amende par le ministre (art. 18 et 19).

Une version très simplifiée de ce régime apparaît à la *Loi sur les transports du Canada* (LC 1996, c. 10, art. 177 à 181 et *Règlement sur les textes désignés (OTC)*, DORS/99-244, [1999] 133 *Gaz. Can.* II 1533). On n'y retrouve ni la modulation individualisée du montant des amendes, ni le classement des violations en fonction de leur gravité, ni les possibilités d'avertissement, de paiement d'une somme inférieure à l'amende ou de transaction, ni voies de recours, ni règles de preuve. Le dispositif se résume donc à permettre l'imposition d'une amende (qui peut atteindre 25 000 \$ dans le cas d'une personne morale) sur la base d'un procès-verbal de violation d'un texte législatif ou réglementaire ou d'une condition attachée à la licence d'un transporteur.

Le régime de sanctions administratives le plus complexe est probablement celui que comporte la *Loi sur l'assurance-emploi* (LC 1996, c. 23). L'ancienne *Loi sur l'assurance-chômage* (SC 1970-71-72, c. 48, art. 47) comportait une disposition – dont certains éléments remontaient eux-mêmes à 1946 – autorisant la Commission d'assurance-chômage à infliger à un prestataire une « pénalité » financière lorsqu'elle estimait que celui-ci avait « fait sciemment une déclaration fautive ou trompeuse » à l'occasion d'une demande de prestations. Pour chaque déclaration, la pénalité pouvait atteindre le triple du taux de prestations hebdomadaires du prestataire. Cette disposition de 1971 subsiste dans la loi actuelle (art. 38); elle vise cependant aujourd'hui l'ensemble des comportements d'un prestataire susceptibles de donner lieu à une sanction pénale (art. 135(1)). La loi pose le principe de non-cumul des sanctions: l'imposition d'une pénalité exclut l'introduction d'une poursuite pénale, et réciproquement (art. 40 et 135(2)).

Autour de ce dispositif déjà ancien, qui continue de s'appliquer aux prestations de chômage (Partie I), la loi de 1996 a déployé un ensemble très élaboré de sanctions administratives. Des pénalités plus fortes encore, tenant compte de la gravité de la contravention, peuvent être imposées aux employeurs ayant fait des déclarations trompeuses à l'occasion de l'application de la loi (art. 39 et 54 g.1)). Les bénéficiaires de prestations d'emploi (Partie II) sont eux aussi susceptibles de se voir infliger une pénalité en cas de déclarations trompeuses, de refus ou d'abandon

d'une activité de développement de l'employabilité, ou d'expulsion d'une telle activité; la pénalité peut atteindre la valeur totale du soutien financier qui leur a été accordé (art. 65.1). Un règlement du ministre du Développement des ressources humaines peut par ailleurs prévoir une pénalité financière en cas de non-production de renseignements relatifs à des cotisations d'assurance-emploi (art. 108(1)).

Les pénalités prévues aux art. 38 (prestations de chômage) et 39 (employeurs) peuvent, depuis 1996, prendre la forme d'un avertissement (art. 41.1 (1)). Alors qu'en principe une pénalité ne peut être infligée que dans les 36 mois suivant l'acte délictueux, ce délai est porté à 72 mois dans le cas d'un avertissement (art. 40, 65.1(3) et 41.1(2)). L'avertissement permet à son destinataire d'échapper au paiement d'une amende; mais il n'en constitue pas moins une pénalité, comptabilisée pour les fins du régime très complexe de sanctions administratives introduit par l'art. 7.1. En effet, en vertu de ce texte, un avertissement, l'imposition d'une pénalité financière au titre des art. 38, 39 ou 65.1, de même qu'une condamnation pénale ayant trait à l'application de la *Loi sur l'assurance-emploi* et fondée sur cette loi ou sur le *Code criminel*, donnent lieu à un avis de violation. Toute violation ainsi notifiée à un assuré au cours des 260 mois précédant sa demande de prestations entraîne une majoration du nombre d'heures d'emploi assurable dont il doit justifier pour se rendre admissible à des prestations de chômage. L'ampleur de cette majoration est fonction d'une qualification des violations, prévue par la loi. Cette qualification dépend, à son tour, dans le cas d'une première violation imputée à l'assuré, de l'importance du versement excédentaire de prestations lié à l'acte délictueux constituant la violation; elle comporte trois degrés : mineure, grave, très grave. Un avertissement n'est pas qualifié. Dans le cas d'une violation subséquente, il n'est pas tenu compte de cet élément de gravité; mais la violation subséquente emporte la majoration la plus forte, même si la première violation n'avait donné lieu qu'à un avertissement.

Ce mécanisme a pour effet d'alourdir sensiblement les sanctions administratives prévues par cette loi. En effet, en plus de fonder l'imposition d'une amende très conséquente (chaque fausse déclaration pouvant donner lieu, en 1999, à une amende maximale de 1270 \$), les comportements visés se répercutent négativement sur les possibilités d'accès aux prestations de chômage pendant plusieurs années - théoriquement, jusqu'à dix ans. La valeur pécuniaire réelle de la sanction administrative devient très difficile à établir; l'effet répressif - sous l'angle de la rétribution comme sous celui de la dissuasion - n'en est pas moins manifeste.

### **c. Problématique des sanctions administratives**

Les dispositifs que l'on vient de décrire montrent que le droit administratif répressif est une réalité significative dans plusieurs secteurs du droit. Cette forme d'action étatique semble avoir acquis aux yeux des Parlements québécois et fédéral une légitimité, une rationalité et une efficacité suffisantes. On reviendra en **d.** sur la justification du recours aux sanctions non pénales. Il convient d'abord de dresser le bilan de cette pratique, d'abord en la situant par rapport à l'ensemble des moyens dont dispose l'État pour s'assurer de la conformité des conduites aux normes législatives et réglementaires, et ensuite en signalant quelques-unes des difficultés que soulève l'existence d'une répression administrative à côté de la répression pénale.

La place des sanctions administratives dans la recherche de conformité des conduites aux lois et aux règlements ressort clairement de l'analyse que proposent de la régulation étatique Ian Ayres et John Braithwaite dans *Responsive Regulation* (Ayres et Braithwaite 1992 : 35-38). Certes, cette analyse vise principalement la régulation d'activités à caractère économique, mais elle paraît largement applicable dans d'autres secteurs d'action étatique. Ces auteurs répartissent les moyens dont dispose l'État pour s'assurer de la conformité des conduites sur une échelle hiérarchique. À la base de l'échelle se situent les moyens d'action les moins contraignants; au sommet, ceux dont la mise en œuvre représente la plus forte sanction dont soit susceptible l'activité soumise à régulation. Cette structure de la dissuasion se présente donc ainsi, depuis la base jusqu'au sommet :

1. Action persuasive  
(information, formation, conseil, incitation, recommandation)
2. Avertissement.
3. Autres sanctions administratives.
4. Sanctions pénales.
5. Suspension du droit de se livrer à l'activité.
6. Révocation du droit de se livrer à l'activité.

Les différents moyens d'action sont ainsi hiérarchisés en fonction de leur sévérité croissante. Mais cette même hiérarchie est également fonction inverse de leur fréquence d'utilisation. En effet, l'application optimale d'un dispositif de régulation implique que les situations de non-conformité puissent être traitées le plus souvent possible par les moyens d'action les moins contraignants possible. Le recours à la contrainte ultime doit être réservé aux cas les plus graves et les plus persistants. Un dispositif de régulation n'est susceptible d'un fonctionnement optimal que si, d'une part, il met à la disposition de l'autorité étatique la gamme complète de ces moyens d'action et si, par conséquent, le recours à un moyen d'action plus contraignant est toujours possible en réponse à une situation de non-conformité persistante, éventuellement jusqu'à la mise en œuvre de la contrainte ultime. Le fonctionnement du dispositif repose donc sur le principe de l'escalade (*tit for tat*).

### Structure de la dissuasion



d'après : Ayres et Braithwaite, *Responsive Regulation*, 1992

Les sanctions non pénales occupent une place considérable dans cette structure de la dissuasion. Elles constituent en effet les niveaux 2 (avertissement), 3 (amendes, interdictions partielle de l'activité), 5 (suspension du droit) et 6 (révocation du droit). Elles se répartissent donc sur deux phases dans le déroulement du processus d'escalade. La première phase est antérieure au recours à des sanctions pénales; la seconde lui est normalement postérieure.

On retrouve sans peine plusieurs éléments de cette structure, sinon tous, dans les dispositifs décrits en **b.** L'élargissement de la description à l'ensemble de la loi dans laquelle ils s'inscrivent aurait montré plus clairement encore la validité du modèle. Par exemple, l'examen des pouvoirs d'ordonnance et de la révocation des certificats d'autorisation dans la *Loi sur la qualité de l'environnement* aurait permis de montrer que la procédure du billet d'assignation s'inscrivait parfaitement dans cette structure de la dissuasion. De même, on peut voir dans les règles d'inadmissibilité et d'exclusion de la *Loi sur l'assurance-emploi* les équivalents fonctionnels de la suspension ou de la révocation administratives du droit de se livrer à une activité.

L'existence de sanctions non pénales comme moyen de garantir l'application des lois et de la réglementation répond donc à une logique démontrable. Elle ne laisse cependant pas de soulever un certain nombre d'interrogations, qui découlent essentiellement de la juxtaposition de ces sanctions à la garantie classique d'application du droit, fournie par l'existence de sanctions pénales. Le rapport entre ces deux types de sanctions n'est pas aisé à cerner; sa description fait tour à tour appel, pour résoudre ces interrogations, aux idées de ressemblance, de distinction, de hiérarchie, de complémentarité ou de parallélisme.

Comme le montre la pratique constante du Parlement, on tient pour acquis que le principe de légalité des délits et des peines s'applique aussi bien aux sanctions administratives qu'aux sanctions pénales. L'intervention de la loi est nécessaire pour soumettre un comportement à une répression administrative, et pour déterminer la gravité des sanctions dont il peut faire l'objet (*Re : Tribunal de l'aviation civile*, [1995] 1 CF 43 (SPI)). Au minimum, le Parlement doit habiliter une autorité administrative à déterminer par règlement quels comportements seront visés et quel

sera le niveau maximal de la sanction dont le règlement frappera les contrevenants (*PG Québec c. Produits Desbiens*, JE 96-440 (CQ)). La transposition du principe de légalité des délits et des peines n'est cependant pas sans nuances. Ainsi, l'exigence de non-rétroactivité de la loi pénale est-elle applicable à une sanction administrative dont la mise en œuvre est obligatoire à la suite d'une condamnation pénale (*Zarruk c. Régie de l'assurance-maladie du Québec*, [1982] CS 1036), mais non pas à une sanction administrative dont l'imposition vise à protéger le public plutôt qu'à punir un contrevenant (*Brousseau c. Alberta Securities Commission*, [1989] 1 RCS 301). À cette réserve près, il y a identité de régime entre les sanctions administratives et les sanctions pénales.

La pratique du Parlement montre que l'on tient également pour acquise l'impossibilité pour les sanctions administratives de comporter une peine privative de liberté; la garantie constitutionnelle du droit à la liberté s'oppose en effet à ce qu'une telle peine puisse être imposée en dehors du contrôle d'un juge pénal. En revanche, les garanties constitutionnelles relatives à l'inculpation (art. 11 CCDL), aux peines inusitées (art. 12), à l'autoincrimination (art. 13) et à l'assistance d'un interprète (art. 14) ne sont pas applicables, si l'on s'en rapporte à la jurisprudence relative aux sanctions disciplinaires : elles ne concernent que le processus pénal proprement dit. La protection constitutionnelle contre les saisies abusives peut toutefois être invoquée dans le cas d'une saisie ayant le caractère d'une sanction administrative.

L'analogie avec les sanctions disciplinaires permet également de résoudre le problème du cumul d'une sanction administrative et d'une sanction pénale fondées sur les mêmes faits. Le cumul d'une sanction pénale et d'une sanction d'une autre nature (disciplinaire et administrative) est admissible dans la mesure où l'une et l'autre visent des objectifs différents (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 RCS 541). Or, si les sanctions administratives relèvent pour une part d'une visée répressive (rétributive et dissuasive), elles sont toujours orientées vers la réalisation du but d'intérêt public propre à la loi qui autorise leur imposition. Leur cumul avec les sanctions pénales est donc a priori envisageable. Il est d'ailleurs implicitement admis par certains des dispositifs décrits en b., alors que d'autres le prévoient expressément, faisant de la condamnation pénale le préalable à l'imposition d'une sanction administrative. En revanche, on peut présumer que lorsque le Parlement a exclu le cumul des deux types de sanctions, c'est qu'il a estimé que la sanction administrative, notamment en raison du montant élevé de l'amende, relevait davantage d'une visée répressive que de la poursuite d'un objectif proprement « administratif ».

Même lorsque les sanctions administratives et les sanctions pénales prévues par un texte ne visent pas les mêmes faits, leur coexistence peut soulever des difficultés d'une autre nature. En effet, en raison de son contenu symbolique, de son fondement dans la morale ou l'éthique, et de son encadrement constitutionnel et processuel très poussé, la répression pénale paraît destinée à frapper plus sévèrement des comportements plus graves, en comparaison de la répression administrative. Or, l'analyse de la structure de la dissuasion dément en partie cette prévision : les sanctions ultimes sont en effet des sanctions administratives, plus radicales, plus lourdes et plus rapides, donc plus efficaces. Le Parlement l'a d'ailleurs bien vu lorsqu'il a fait de la condamnation pénale le préalable à ce type de sanction administrative : il admettait alors implicitement que c'est à travers la sanction administrative que le jugement pénal

déployait pleinement ses effets. Ce rapport de complémentarité ne peut cependant expliquer toutes les situations où l'on constate que la sanction administrative est plus sévère que la sanction pénale. C'est le cas en particulier lorsque par le montant de l'amende ou la durée de ses effets, la sanction administrative frappe plus durement le contrevenant que la sanction pénale applicable aux mêmes faits ou à des faits de moindre gravité. Parmi les dispositifs décrits plus haut, ceux qui font le plus largement appel à des sanctions administratives - la *Loi concernant les propriétaires et exploitants de véhicules lourds* et la *Loi sur l'assurance-emploi* - semblent prêter à la critique sur le plan de la proportionnalité des sanctions administratives en regard des sanctions pénales.

La proportionnalité des sanctions administratives peut également soulever une autre difficulté, cette fois par rapport à la gravité objective des comportements qu'elles visent à réprimer (Ouellet 1998 : 103-108). Le Parlement, en appliquant dans le cas des sanctions administratives le principe de légalité des délits et des peines, a utilisé la même méthode que pour les sanctions pénales, c'est-à-dire la fixation d'une peine maximale ou d'une fourchette comportant un maximum et un minimum. Il a donc laissé à l'autorité administrative, comme au juge pénal, le pouvoir de moduler la lourdeur de l'amende en fonction de la gravité de la contravention. L'extension du pouvoir discrétionnaire de l'administration publique à des décisions à caractère répressif n'est pas en soi problématique. Elle rend toutefois particulièrement souhaitable l'autolimitation de ce pouvoir au moyen d'énoncés de politique ou de directives. Le Parlement fédéral, dans la *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, est d'ailleurs allé plus loin. Il a jugé nécessaire d'énoncer lui-même certains des critères de majoration ou de minoration du montant des amendes, et a habilité le ministre à donner aux autres une forme réglementaire. Une prévisibilité plus grande des peines administratives, par rapport à celles que prévoit le régime pénal, compense en quelque sorte ici la réduction des garanties de procédure qu'implique le recours à la répression administrative.

La comparaison avec le régime pénal soulève une dernière interrogation en ce qui a trait à la charge et au degré de la preuve. L'économie du droit de la preuve, et l'analogie avec le régime pénal, conduisent à mettre à la charge de l'autorité administrative la motivation en fait (dans un premier temps) et la justification par une preuve factuelle (devant une instance de recours) d'une sanction administrative. Les art. 5 et 8 de la *Loi sur la justice administrative*, et dans une moindre mesure l'art. 6, dans leur application aux « décisions défavorables » relevant de l'exercice d'une fonction administrative, confirment cette conclusion. On aura noté par ailleurs que certains dispositifs du droit fédéral attribuent expressément la charge de la preuve à l'autorité administrative.

La question du degré de preuve se laisse moins facilement résoudre. A priori, la norme de preuve pénale semble devoir être réservée au régime proprement pénal. Elle se justifie en effet notamment par deux considérations qui ne semblent pas présentes, du moins pas au même degré, dans la répression administrative : l'enjeu de la condamnation sur le plan de la liberté individuelle, et son caractère infamant. En revanche, la norme de preuve civile peut paraître insuffisamment exigeante en matière de répression administrative, puisque les enjeux matériels de la décision peuvent être considérables et mettent souvent en cause l'honorabilité des

comportements. Il est vrai que la force de ce dernier argument est amoindrie par la publicité plus limitée, voire nulle, d'une grande partie de la répression administrative. Le débat entre ces deux thèses a longtemps divisé la jurisprudence à propos des sanctions administratives prévues à l'ancienne *Loi sur l'assurance-chômage*. La tentative de définir une norme de preuve *sui generis*, intermédiaire entre les exigences respectives de la preuve civile et de la preuve pénale, s'est révélée peu concluante et la Cour d'appel fédérale a finalement tranché en faveur de la norme de preuve civile (*McDonald c. CEIC*, [1991] 3 CF F-31, 131 NR 389). À moins d'indication contraire de la part du Parlement, il y a donc lieu de s'en tenir à la prépondérance de preuve.

#### d. Évaluation

Le recours à une réglementation assortie de sanctions non pénales (SNP) soulève donc une problématique tout à fait particulière. Alors que les autres formes de réglementation envisagées jusque là dans le présent chapitre opéraient des déplacements de pouvoir du Parlement vers l'Exécutif, ou de l'un et l'autre vers des acteurs économiques ou d'autres acteurs de la société civile, les SNP opèrent un transfert du Pouvoir juridictionnel vers l'Exécutif.

Certes, ce n'est pas là le premier transfert de cette nature. L'existence de juridictions administratives, et notamment, aujourd'hui, celle du Tribunal administratif du Québec, en fournit une autre illustration. Mais ce transfert de pouvoirs ne concerne généralement que le pouvoir de juger et d'ordonner. De plus, il est en quelque sorte compensé par l'autonomie relative reconnue à ces juridictions administratives dans l'organisation du Pouvoir exécutif. Dans le cas des SNP, cependant, le transfert porte sur le pouvoir de punir, et il bénéficie à des autorités administratives étroitement intégrées à l'appareil du Pouvoir exécutif.

C'est sur cette toile de fond qu'on peut tenter de préciser l'appréciation que suscitent les SNP du point de vue des cinq critères de justification applicables au choix d'une forme d'action étatique.

L'appréciation la plus favorable des SNP semble être celle que suggère le critère d'économie de moyens. Les critères de compétence technique et de maîtrise politique vont dans le même sens. En revanche, les critères d'équité et de qualité de l'espace public incitent à la réserve face au recours à cette forme d'action étatique.

Le critère d'**économie de moyens** conduit manifestement à une appréciation positive. L'existence même de sanctions à l'endroit des conduites non conformes à un objectif d'action étatique est en soi une garantie d'efficacité. Cette garantie ne peut perdre de sa valeur que si les inconvénients et les coûts de la mise en œuvre de ces sanctions dépassent les avantages qu'on peut en escompter, ou si l'effet dissuasif attendu ne se produit pas ou se produit trop tardivement. La sanction la plus efficace est en principe celle dont la possibilité suffit à elle seule à garantir la conformité des conduites, sans qu'il soit nécessaire de l'appliquer très souvent. Une sanction très lourde répond à ce modèle; mais on ne peut recourir systématiquement à des sanctions très lourdes, sous peine de miner leur efficacité. L'optimum d'efficacité véritable est donc plutôt à chercher dans une adéquation, la plus exacte possible, de la sanction à la contravention, jointe à la simplicité et à la rapidité de la mise en œuvre, et à un certain dosage entre répression pure et « rééducation » du contrevenant.

Les SNP se rapprochent beaucoup plus facilement de cet optimum que les sanctions pénales classiques. En effet, l'objectif d'adéquation de la sanction à la contravention ne peut être recherché par le juge pénal que dans un cadre assez étroit : la gamme de sanctions ne comporte en général que l'amende et l'emprisonnement (outre l'effet de sanction produit par la tenue du procès pénal elle-même), et le jugement pénal ne s'inscrit pas dans un rapport continu entre son auteur et le contrevenant (même si, par la prise en compte de la récidive et par les règles relatives à la libération conditionnelle, le processus pénal s'inscrit dans une certaine durée). Au contraire, les SNP jouent sur un registre beaucoup plus étendu et nuancé, de l'avertissement à la révocation d'une autorisation; et leur imposition n'est qu'un épisode dans les rapports entre l'autorité administrative et un administré, rapports consignés à un « dossier » permanent ayant un caractère bien différent de celui d'un casier judiciaire.

Du point de vue de la simplicité et de la rapidité de la mise en œuvre, le processus pénal comporte des inconvénients notoires, que l'imposition administrative de SNP surmonte facilement, entraînant d'appréciables économies de ressources pour les deux parties.

Enfin, la combinaison d'une visée répressive avec une visée « rééducative » paraît plus difficilement réalisable à l'intérieur du processus pénal. Celui-ci demeure imprégné d'une symbolique de la rétribution et de l'exemplarité. Il n'est généralement pas le lieu d'un dialogue tendant à la rectification future des conduites. Le formalisme et la publicité qui l'entourent ne font qu'accentuer ces aspects, d'ailleurs essentiels, de la répression judiciaire. Au contraire, l'imposition administrative de SNP, notamment par sa souplesse, par son intégration au processus administratif courant, par la publicité très réduite dont elle fait l'objet, se prête à une démarche qui, au-delà de la punition, vise à obtenir au moindre coût pour l'État et au plus juste coût matériel et moral pour le contrevenant, la conformité des conduites à la loi.

Le critère de **compétence technique** suggère également une appréciation favorable des SNP. Ici encore, les avantages de celles-ci apparaissent par contraste avec les caractéristiques du processus pénal. Ce dernier repose en dernière analyse sur un jugement éthique, puisqu'il met nécessairement en jeu la responsabilité du contrevenant. Certes, dans de nombreux domaines - et notamment celui des infractions dites « réglementaires », dont les fondements éthiques sont souvent réduits au minimum -, le jugement pénal s'appuie sur les constats d'experts. Mais la compétence de l'expert n'intervient alors, à côté d'autres éléments, que peut éclairer le jugement pénal; l'expert n'exerce pas lui-même la fonction de juger, et le savoir dont il se réclame n'est pas le fondement du jugement.

Au contraire, l'imposition administrative de SNP, en évacuant très largement le jugement éthique pour traiter le problème sous l'angle technique de l'application régulière de la loi aux conduites des assujettis, laisse un rôle décisif au jugement de l'expert. L'ensemble du processus d'imposition des SNP : établissement et appréciation des faits, appréciation des conduites (notamment professionnelles), évaluation de l'opportunité d'une sanction, choix de la sanction la plus adéquate par sa nature et sa gravité, analyse et réfutation de la contre-expertise invoquée par le contrevenant, toutes ces étapes se prêtent à un traitement par des spécialistes de la matière et à une discussion entre eux sur la manière de traduire en termes techniques la conformité à la loi.

La répartition de l'expertise technique entre l'autorité administrative et les assujettis apparaît donc comme un facteur déterminant de l'efficacité de cette forme d'action étatique. L'imposition administrative de SNP n'est praticable et défendable que si elle repose sur une maîtrise des données techniques au moins équivalente à celle dont disposent les assujettis. Sous cet angle, il pourra se révéler délicat de la combiner avec un dispositif d'autocontrôle, puisque celui-ci expose l'administration publique à perdre une partie de sa compétence technique. Le recours aux SNP dans la réglementation ne paraît donc susceptible d'une pleine justification, sous l'angle de la compétence technique, que pour autant que le pouvoir d'imposer des SNP s'appuie sur une expertise technique suffisante.

Le critère de **maîtrise politique** tend lui aussi à favoriser le recours aux SNP dans la réglementation. En effet, on a vu que le principe de légalité des délits et des peines est interprété comme exigeant une intervention du Parlement (au moins sous la forme d'une habilitation à réglementer) pour prévoir des SNP aussi bien que des sanctions pénales. Mais alors que dans le cas des sanctions pénales, le Parlement et le gouvernement se tiennent ensuite à l'écart de l'exécution des règles pénales par le Pouvoir judiciaire, ils sont en mesure d'exercer un certain droit de regard sur la mise en œuvre des SNP, puisque celle-ci est le fait d'organes du Pouvoir exécutif. Sous cet angle, on peut dire que les SNP permettent aux instances politiques dirigeantes de suivre de plus près l'exécution effective des lois. Sans que ce droit de regard justifie leur intervention dans des cas d'espèce, il peut être l'occasion de mesurer à la fois l'intensité du contrôle d'application et le niveau de conformité des conduites que celui-ci permet d'obtenir.

En fait, compte tenu du caractère dérogoire des SNP par rapport au processus normal de la contrainte étatique dans l'exécution des lois, on s'attendrait à ce que le Parlement s'intéresse de plus près aux résultats obtenus par l'imposition des SNP. Par exemple, le Protecteur du citoyen et le Vérificateur général pourraient être expressément chargés de faire rapport annuellement, en fonction de leur mission respective, sur la mise en œuvre de cette forme très particulière d'action étatique.

Par contre, le critère d'**équité** ne peut que susciter des réserves quant à l'emploi des SNP, notamment au service de la réglementation. Sans doute, par certains de leurs aspects, les SNP se prêtent à l'individualisation des décisions, sous la forme d'une prise en compte attentive des particularités d'une situation, et d'une modulation fine de la sanction imposée au contrevenant. Toutefois, le caractère expéditif et la non-publicité de l'imposition des SNP peuvent faire craindre que le processus privilégie trop lourdement l'efficacité immédiate par rapport à la régularité et à la délibération. De plus, le caractère fréquemment discrétionnaire des SNP, et la faible publicité qui entoure souvent leur imposition, n'offrent guère de garanties de cohérence. Enfin, l'évacuation de la dimension du jugement éthique au profit d'une appréciation technique des contraventions peut faire redouter une dépersonnalisation du processus et une sous-estimation systématique de l'effet des SNP sur la situation globale de l'administré (particulièrement dans le cas où les SNP équivalent en fait à une « interdiction professionnelle »). Au total, l'appréciation des SNP sous l'angle de l'équité semble devoir être assez défavorable.

Mais c'est sous le rapport de la **qualité de l'espace public** que les SNP paraissent une forme d'action peu recommandable. De nouveau, la comparaison avec le processus pénal s'impose. Quoique ce processus ne constitue pas en lui-même un espace public de délibération, de communication, de débat et d'évaluation à propos des fins et des moyens de l'action étatique, il présente normalement un caractère public et peut ainsi alimenter indirectement un tel espace public. Au contraire, le processus d'imposition des SNP, qui revêt très souvent un caractère quasi confidentiel, semble échapper très largement à l'emprise d'un espace public, et permettre à l'action étatique de se poursuivre avec un minimum d'obligations de rendre compte. Sans doute n'y a-t-il pas lieu d'escompter ou de souhaiter que toute imposition d'une SNP entre automatiquement et pour elle-même dans le champ de la délibération publique. En revanche, l'utilisation globale de cette forme d'action d'étatique et les règles, de nature juridique ou administrative, qui en assurent l'encadrement, sont de plein droit matière à délibération publique. Les pratiques punitives du Pouvoir exécutif ne sauraient être soustraites au regard des citoyens. Par exemple, les politiques et directives administratives concernant l'imposition des SNP et les résultats de leur application devraient être soumis à délibération et évaluation dans un espace public. En l'état actuel du droit et des pratiques, ces conditions qui permettraient de concilier SNP et qualité de l'espace public ne sont pas réunies. L'appréciation de cette forme d'action étatique sous l'angle de ce critère ne peut donc être que défavorable.

L'appréciation générale qu'on peut faire du recours aux SNP pour garantir l'application des règlements se résume donc de la façon suivante :

CRITÈRES				
<b>Maîtrise politique</b>	<b>Qualité de l'espace public</b>	<b>Équité</b>	<b>Compétence technique</b>	<b>Économie de moyens</b>
Favorable	Défavorable	Assez défavorable	Favorable	Très favorable

Le recours à cette forme d'action étatique apparaîtrait donc comme particulièrement justifiable lorsque la nature de la tâche à accomplir impose de privilégier à la fois les préoccupations d'économie de moyens, de compétence technique et de maîtrise politique. Le résultat de cette convergence de trois critères ne devrait être remis en cause que là où le souci de maintenir et développer la qualité de l'espace public ou, dans une moindre mesure, des préoccupations d'équité, semblent déterminants pour le choix d'une forme d'action étatique.

## Conclusion

Envisagée globalement, cette analyse de sept procédés utilisés dans l'action étatique en forme réglementaire livre un certain nombre de conclusions. L'application, à ces variantes de la réglementation, des cinq critères de justification proposés pour le choix d'une forme d'action étatique a mis en lumière certaines convergences et divergences entre ces critères. Il est maintenant possible d'en dresser le bilan. Ces constatations ouvrent une perspective plus globale sur la recherche de procédés de réglementation qui s'écartent plus ou moins du modèle classique. Ce modèle se caractérise, faut-il le rappeler, par l'imposition unilatérale de règles complètes, détaillées et précises, appliquées uniformément par l'administration publique sous la garantie de sanctions pénales.

Une première forme de bilan consiste à rapprocher les appréciations proposées pour ces différentes formes nouvelles de réglementation par chacun des critères de justification. C'est ce que permettra un tableau général, constitué à partir des tableaux récapitulatifs présentés au terme de l'analyse des sept formes de réglementation (huit si l'on tient compte des deux formes de réglementation négociée). Ce tableau général est le suivant :

Formes de réglementation	CRITÈRES				
	Maîtrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Réglementation négociée (formalisée)	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable	Favorable	Assez défavorable
Réglementation négociée (informelle)	Favorable	Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable
Autoréglementation contrôlée	Assez défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable
Réglementation par objectifs	Défavorable	Assez favorable	Assez favorable	Favorable	Très favorable
Réglementation par renvoi	Très défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable
Contractualisation du contrôle et autocontrôle	Défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable
Dérogations et tolérances	Assez défavorable	Très défavorable	Assez défavorable	Assez favorable	Favorable
Sanctions non pénales	Favorable	Défavorable	Assez défavorable	Favorable	Très favorable

Ce tableau rend immédiatement apparentes certaines régularités.

La première régularité est la convergence quasi complète entre les critères de compétence technique et d'économie de moyens. Dans tous les cas sauf un, ces diverses formes de réglementation suscitent une appréciation positive du point de vue de l'un et de l'autre critère. La portée de la seule exception est d'ailleurs réduite : elle concerne la réglementation négociée, mais seulement dans sa version formalisée, actuellement inconnue du droit québécois. Cette remarquable convergence n'est guère étonnante. En effet, le développement récent de ces diverses formes de réglementation est l'une des retombées du mouvement de « réforme de la réglementation », activement promu par l'OCDE. Or, ce mouvement privilégie justement, pour orienter cette réforme, des préoccupations relevant du thème de la compétence technique (notamment sous la forme d'une prise en charge de l'encadrement des conduites par ceux mêmes dont la conduite est visée, puisque ce sont ceux qui en maîtrisent le mieux les données concrètes) et du thème de l'économie de moyens (notamment sous la forme du rendement optimal des moyens, par principe limités, affectés à cet encadrement par l'État). Ces deux ordres de justification étant ainsi, en ce moment, à la source d'un recours plus fréquent à ces divers procédés réglementaires, il était prévisible qu'ils conduisent à une appréciation concordante et positive de presque tous ces procédés. Cette concordance semble se manifester de manière particulièrement claire à propos de la contractualisation du contrôle d'application et de l'autocontrôle, procédés qui cumulent en effet un maximum d'avantages du point de vue de ces deux critères. Mais on constate aussi qu'elle vaut un fort soutien, sous cette double perspective, à l'autoréglementation contrôlée, à la réglementation par renvoi, à la réglementation par objectifs et à l'utilisation des sanctions non pénales.

La seconde régularité est, inversement, l'appréciation globalement plutôt négative de ces procédés de réglementation, à une exception près, sous l'angle des trois autres critères : qualité de l'espace public, maîtrise politique et équité. Dans deux cas (la réglementation par renvoi et l'utilisation des dérogations et tolérances), ces trois critères convergent dans leur appréciation défavorable. Cinq autres procédés suscitent des réserves sous l'angle de deux de ces trois critères, alors que le troisième tend à converger avec les critères de compétence technique et d'économie de moyens. La seule exception à ce schéma est constituée par la réglementation par objectifs, dont seul le critère de maîtrise politique suggère une appréciation négative. Ce second constat de régularité n'est pas non plus très étonnant. Les résistances à la primauté des considérations d'« expertise » et d'« efficacité » dans l'encadrement des conduites par les pouvoirs publics viennent, très logiquement, du souci de préserver, voire de développer, le rôle de l'équité comme déterminant des modes d'action étatique, celui de l'instance politique comme lieu d'arbitrage et de guidage dans et pour une société, ou celui de la participation civique aux choix publics comme expression fondamentale du lien social.

La troisième régularité concerne l'intensité de l'opposition révélée par les deux premières. Bien que les critères d'équité, de maîtrise politique et de qualité de l'espace public conduisent à des appréciations différentes, et quelquefois en partie divergentes, de ces nouvelles formes de réglementation, le résultat de ces appréciations apparaît négatif, pour chacun d'eux, six fois sur huit. Des trois, il semble bien

cependant que ce soit le critère de qualité de l'espace public qui justifie les réserves les plus fortes à l'endroit des nouvelles formes de réglementation. Cela non plus ne doit pas surprendre, car à la différence des deux autres, ce critère renvoie à des aspirations et des préoccupations relativement nouvelles, et donc plus facilement méconnues jusqu'ici, en matière d'encadrement des conduites par le droit étatique. Son émergence traduit le besoin d'un contrepoids à la prépondérance actuelle des valeurs qui sous-tendent les critères de compétence technique et d'économie; elle traduit aussi l'incapacité des voies d'expression classiques de l'équité et de la maîtrise politique à constituer par elles-mêmes un contrepoids suffisant à cette prépondérance.

Des trois régularités observables sur ce tableau-synthèse se dégage donc la conclusion suivante. En ce qui concerne les formes nouvelles de réglementation, envisagées de manière globale, la problématique du choix entre ces formes, comme d'ailleurs entre l'une ou l'autre d'entre elles et le modèle classique de la réglementation, ressort assez clairement. Il s'agira de concilier au mieux, dans ce choix, les indications respectives de la compétence technique et de l'économie de moyens, d'une part, et de la qualité de l'espace public, d'autre part, sans négliger celles de la maîtrise politique et de l'équité.

Cette problématique générale sera cependant modifiée, dans un cas donné, par la pondération établie entre les différents critères en fonction de la tâche à accomplir. Le poids plus considérable alors accordé à tel ou tel critère infléchira le sens de la conciliation recherchée entre les exigences de l'ensemble des critères.

Dans cette perspective du choix d'une forme de réglementation en fonction de la tâche à accomplir, un deuxième bilan du présent chapitre fournit des indications utiles. Il s'agit cette fois de dégager, à partir des appréciations formulées sur ces diverses formes de réglementation, un ordre de préférence entre elles du point de vue de chacun des cinq critères de justification. Ainsi, dès lors qu'un critère de justification est considéré comme particulièrement pertinent en regard d'une tâche donnée, on peut orienter le choix vers certaines formes de réglementation - sous réserve, bien entendu, des préférences associées aux autres critères et du poids accordé à ceux-ci.

L'ordre de préférence indiqué par chacun des critères est le suivant.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que l'action étatique repose sur des connaissances spécialisées ou faiblement diffusées - et met donc en jeu le critère de **compétence technique** -, devraient être envisagés de manière

- très favorable :
  - l'autoréglementation contrôlée,
  - la réglementation par renvoi,
  - la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle,
- favorable :
  - un processus formalisé de négociation des règlements,
  - la réglementation par objectifs,
  - l'utilisation de sanctions non pénales;

- assez favorable :  
un processus informel de négociation des règlements,  
la possibilité de dérogations ou de tolérances.

Si la nature de la tâche à accomplir n'exige pas que soient supportés des coûts relativement plus élevés, notamment ceux relatifs à la complexité, dans l'élaboration, l'exécution et l'application de l'action étatique - et met donc en jeu le critère d'**économie de moyens** -, devraient être envisagés de manière

- très favorable :  
la réglementation par objectifs,  
la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle,  
l'utilisation de sanctions non pénales;
- favorable :  
un processus informel de négociation des règlements,  
l'autoréglementation contrôlée,  
la réglementation par renvoi,  
la possibilité de dérogations ou de tolérances;

mais devrait en revanche être envisagé de manière

- assez défavorable :  
un processus formalisé de négociation des règlements.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que l'action étatique soit, sinon le fait du Parlement lui-même, du moins directement et effectivement contrôlée par lui - et met donc en jeu le critère de **maîtrise politique** -, devraient être envisagés de manière

- favorable :  
un processus informel de négociation des règlements,  
l'utilisation de sanctions non pénales;

mais devraient en revanche être envisagés de manière

- assez défavorable :  
un processus formalisé de négociation des règlements,  
l'autoréglementation contrôlée,  
la possibilité de dérogations ou de tolérances;
- défavorable :  
la réglementation par objectifs,  
la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle;
- très défavorable :  
la réglementation par renvoi.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que l'action étatique consiste à traiter des situations individualisées dans un cadre processuel reposant sur la prise en considération, de manière équilibrée, de droits et d'intérêts particuliers - et met donc en jeu le critère d'**équité** -, devraient être envisagées de manière

- assez favorable :  
la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle,  
la réglementation par objectifs;

mais devraient par contre être envisagés de manière

- assez défavorable :  
l'autoréglementation contrôlée,  
la réglementation par renvoi;  
la possibilité de dérogations ou de tolérances,  
l'utilisation de sanctions non pénales;
- défavorable :  
un processus formalisé de négociation des règlements;
- très défavorable :  
un processus informel de négociation des règlements.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que la détermination de l'action étatique fasse l'objet de délibération, et que sa mise en œuvre fasse l'objet d'évaluation, dans un espace public - et met donc en jeu le critère de **qualité de l'espace public** -, devraient être envisagés de manière

- très favorable :  
un processus formalisé de négociation des règlements;
- assez favorable :  
la réglementation par objectifs;

mais devraient par contre être envisagés de manière

- assez défavorable :  
un processus informel de négociation des règlements;
- défavorable :  
l'autoréglementation contrôlée,  
la réglementation par renvoi,  
l'utilisation de sanctions non pénales;
- très défavorable :  
la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle,  
la possibilité de dérogations ou de tolérances.

L'ensemble de ces indications et contre-indications correspondent à l'appréciation initiale, généralement valable, des diverses formes nouvelles de réglementation. Elles pourront être nuancées, dans un cas donné, si la forme de réglementation envisagée peut recevoir des aménagements propres à la concilier avec un critère a priori défavorable. Certains aménagements de cette nature ont été évoqués à l'occasion, lors de l'évaluation de ces diverses formes de réglementation.

# Chapitre 3

COMMENT

METTRE

EN ŒUVRE

DES

TECHNIQUES

NON

RÉGLEMENTAIRES ?

Le chapitre 2 a montré comment les nouvelles données du problème de répartition des règles, exposées au chapitre 1, se traduisaient par de nouvelles pratiques en matière de réglementation. Quel que soit par ailleurs leur degré de nouveauté, ces pratiques comportent toutes une atténuation des caractéristiques habituelles du règlement. La notion même de règlement s'en trouve infléchie de diverses manières. Malgré ces aménagements, toutefois, la réglementation demeure fondamentalement indissociable de l'idée d'imposition autoritaire de règles impératives, fixes et uniformes dont l'observation fait l'objet d'un contrôle par l'appareil d'État. Quoique brouillée dans l'un ou l'autre de ses aspects, voire simultanément en plusieurs points (par ex. par l'utilisation combinée des techniques du renvoi et de l'autocontrôle), l'image du règlement continue de renvoyer à la conception régaliennne de la normativité étatique. La diffusion apparemment croissante de ces nouvelles modalités de réglementation ne suffit pas, à elle seule, à adapter cette normativité à l'évolution des techniques, des sociétés et des structures économiques. Aussi la recherche de nouvelles formes d'action étatique s'est-elle également engagée sur le terrain non réglementaire. Des procédés nouveaux d'action non réglementaire ont été expérimentés; des procédés déjà connus ont été utilisés sur une plus grande échelle. Il s'agit dans le présent chapitre d'en dresser sommairement le tableau, et d'en proposer une évaluation à partir des cinq critères de justification d'un choix parmi les formes d'action étatique. La réflexion est donc de même nature que celle qu'a menée le chapitre 2 à propos des formes nouvelles de réglementation.

L'émergence ou l'expansion de formes non réglementaires d'encadrement des conduites ont été largement déterminées par deux aspirations : la recherche de formes d'encadrement fondées sur une adhésion directe des assujettis, et le souci d'adapter l'encadrement le plus possible aux particularités et à la mobilité des situations. À ces deux aspirations, les formes réglementaires d'action étatique ne peuvent apporter, malgré les aménagements examinés au chapitre 2, qu'une réponse imparfaite. L'élément d'unilatéralité inhérent à l'action en forme réglementaire fait irréductiblement obstacle à la pleine réalisation d'un idéal d'autonormativité : si ouvert que soit le processus d'élaboration et d'application de la norme à la participation des assujettis, l'acte décisif demeure le fait unilatéral de l'autorité publique. Quant aux éléments de généralité et d'impersonnalité, et en même temps de relative précision, inhérents à l'énonciation d'une norme réglementaire, ils entravent l'adaptation fixe et continue de cette norme à des situations de plus en plus différenciées et changeantes à mesure que se complexifient les réalités technologiques, sociales et économiques. Les conditions inhérentes à l'action en forme réglementaire incitent par conséquent à chercher dans d'autres formes d'action étatique la réponse au souci de libre adhésion et d'adaptation optimale. C'est donc autour des thèmes de l'encadrement consenti (A) et de l'encadrement souple (B) que se laisse appréhender le développement des formes non réglementaires d'encadrement des conduites.

## A Les techniques d'encadrement consenti

L'adhésion des citoyens à l'ordre juridique étatique, constitué de normes de portée générale à l'élaboration desquelles ils participent, est à la fois le caractère propre et la condition de viabilité d'une démocratie politique. Cette adhésion, déjà médiatisée une première fois, en raison de l'intervention de la représentation politique, dans le cas des normes édictées par le Pouvoir législatif, l'est une seconde fois dans le cas des normes réglementaires, édictées par le Pouvoir exécutif en vertu d'une délégation accordée par le Parlement. Ce n'est donc que par le jeu de fictions politiques et constitutionnelles qu'on peut conclure à l'adhésion des assujettis à l'encadrement réglementaire de leurs conduites.

Certaines des formes de réglementation examinées au chapitre 2 – notamment la réglementation négociée, l'autoréglementation contrôlée, la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle d'application – s'efforcent de réduire l'écart entre ces fictions et les faits. Mais pour surmonter l'obstacle interposé entre l'assujetti et la norme qui le régit, il a parfois paru nécessaire de sortir de l'unilatéralité inhérente à la réglementation. Le développement de techniques non réglementaires s'est ainsi orienté dans trois directions.

La première impliquait d'écarter l'idée même d'imposition de normes d'origine étatique, pour s'en remettre plutôt à l'émergence spontanée d'un encadrement issu du milieu social générateur d'une activité. C'est alors moins la notion de réglementation qui est remise en cause que son origine étatique. Il est postulé que la collectivité des assujettis peut dans certains cas, de sa propre initiative et par ses propres moyens, assurer un encadrement efficace, dans l'intérêt général, des activités de ses membres, sans intervention de la puissance étatique : c'est l'hypothèse d'*autoréglementation intégrale* (1.). Le problème du consentement à un ordre normatif imposé de l'extérieur disparaît alors, du fait de l'engendrement spontané des normes parmi ceux qu'elles sont destinées à régir.

Une seconde orientation ne remet pas en cause aussi radicalement la justification du rôle de l'État. Elle part de l'idée que si, dans un certain nombre de domaines, l'intervention de l'État, notamment en forme réglementaire, paraît être la seule modalité d'encadrement efficace des conduites, cette intervention n'est pas toujours indispensable dans d'autres domaines. La réglementation d'origine étatique n'est alors justifiée qu'à titre subsidiaire, c'est-à-dire dans la seule mesure où il se révèle impossible de lui substituer des normes d'une égale efficacité produites par les assujettis eux-mêmes, collectivement ou individuellement. La confiance dans l'aptitude des assujettis à s'autoréglementer est donc ici relative; mais elle est suffisante pour justifier de la préférer, partout où elle est possible, à la réglementation d'origine étatique. Dans cette hypothèse de *substitution de normes* (2.), réglementation étatique et autoréglementation sont appelées à coexister, dans la perspective du remplacement ponctuel, voire progressif, de la première par la seconde. Le problème du consentement à l'ordre normatif trouve ici une solution évolutive, tendant à faire prévaloir l'auto-encadrement des conduites (sous réserve d'une surveillance étatique résiduelle) et à refouler la normativité étatique vers une fonction supplétive.

Enfin, la recherche de formes d'encadrement consenti s'est tournée vers le modèle contractuel des rapports juridiques. La visée n'est plus alors – comme c'était le cas avec la réglementation négociée, la contractualisation du contrôle d'application ou certaines formes de tolérance – d'introduire des éléments d'un rapport contractuel dans la structure unilatérale de la réglementation, mais bien de remplacer entièrement le modèle réglementaire par le modèle contractuel. Ce ne sont plus certains aspects de la norme qui font l'objet d'une contractualisation, mais bien la norme elle-même. Celle-ci perd son caractère d'unilatéralité et son origine essentiellement étatique pour prendre celui d'une norme produite de concert par deux acteurs juridiques et plus souvent même par plusieurs. Dans cette hypothèse de *contractualisation des normes* (3.), une autorité publique, ou plusieurs de ces autorités, s'associent en tant que « partenaires » à d'autres acteurs juridiques pour élaborer et mettre en œuvre une norme qui les engage tous. Le problème du consentement à l'ordre normatif se résoud donc par une pratique de consensualisme, impliquant la libre adhésion de chacun des partenaires à cet engagement commun.

## **1. L'idée d'encadrement spontané : l'autoréglementation intégrale**

Il semble à première vue paradoxal de faire figurer l'autoréglementation au premier rang des techniques *non* réglementaires. Le paradoxe se résoud si l'on songe que l'alternative recherchée ici se définit par rapport à la réglementation *étatique*, et non pas par rapport à toute espèce de réglementation. Une réglementation issue spontanément de la société civile, qui ne prend pas appui sur la normativité étatique, et dont l'intégration à celle-ci est nulle ou minimale, répond donc bien à l'objectif visé. Il reste qu'on se trouve en présence d'une réglementation, peut-être aussi complexe et détaillée qu'une réglementation étatique, et exerçant peut-être dans les faits une contrainte d'intensité équivalente; l'élément véritablement distinctif de cette réglementation réside dans son caractère endogène et donc, présument, consenti.

Cette caractéristique fondamentale doit cependant être précisée pour permettre de distinguer cette forme d'autoréglementation, qualifiée d'« intégrale », en regard de l'autoréglementation contrôlée dont il a été question au chapitre 2 (A, 2.). Cette analyse de la notion d'autoréglementation intégrale et des pratiques qui en relèvent (a.) sera suivie d'un exposé de la problématique qu'elle présente sur les plans de la légitimité et de l'efficacité (b.). Ces considérations permettront d'en faire une évaluation sur la base des cinq critères de justification d'un choix parmi les formes d'action étatique – l'« action » consistant dans ce cas en une inaction étatique délibérée, laissant libre cours à l'autoréglementation (c.).

### **a. Notion et pratiques de l'autoréglementation intégrale**

Dans l'une et l'autre de ces deux variantes, le recours à l'autoréglementation suppose que soient réunies certaines conditions. Il doit exister une communauté d'acteurs suffisamment large; dans l'hypothèse d'autoréglementation intégrale, l'existence de cette communauté doit être indépendante de toute intervention étatique, et émerger au contraire spontanément de la pratique des acteurs qui la composent. Cette communauté doit par ailleurs présenter une cohésion suffisante, sur

la base de certains intérêts partagés entre ses membres; ici encore, dans l'hypothèse d'autoréglementation intégrale, la définition de ces intérêts doit être le produit spontané du rassemblement et de l'adhésion des membres de la communauté. De plus, toute autoréglementation implique la volonté commune de contraindre la liberté de chacun de ces membres; dans l'hypothèse d'autoréglementation intégrale, cependant, cette contrainte ne peut s'appuyer que sur la volonté d'autodiscipline, sans pouvoir mobiliser en renfort la contrainte étatique. Enfin, cette volonté autonormative doit s'exprimer par l'établissement concerté de normes relatives à l'activité qu'ont en commun les membres de la communauté; dans l'hypothèse d'autoréglementation intégrale, l'assise de ces normes reste purement conventionnelle et s'écarte donc de l'unilatéralité indissociable de la réglementation étatique.

L'analyse de l'autoréglementation contrôlée est structurée, on l'a vu au chapitre 2, par l'opposition entre un pôle d'autonomie relative des organisations et un pôle de contrôle étatique; les différentes manifestations de ce type d'autoréglementation se situent à des points intermédiaires sur une échelle entre ces deux pôles. Les pratiques d'autoréglementation intégrale, pour leur part, se situent dans le prolongement de cette échelle au-delà du pôle d'autonomie relative. Dans cette zone, l'attraction exercée par le pôle de contrôle étatique est minimale, voire nulle. Le phénomène d'autonomie des groupes y produit son effet intégral, qui n'admet guère plus, de la part de l'ordre juridique étatique, qu'une reconnaissance de son existence.

Par définition, donc, l'autoréglementation intégrale n'a pas de fondement législatif. Elle n'est pas le produit d'une action étatique, sauf de manière indirecte; elle en est plutôt une donnée, dont il peut être avantageux de tenir compte dans la mesure où elle peut suppléer l'action étatique. Des pratiques d'autoréglementation sont ainsi apparues, dans certains cas depuis très longtemps, dans les milieux les plus divers :

- Le commerce international demeure régi, au-delà des règles formelles d'origine étatique ou interétatique, par les usages constituant la *lex mercatoria* (Osman 1992 : 267-291).
- L'éthique professionnelle des organes de presse et de leurs collaborateurs fait l'objet de normes conventionnelles, écrites pour partie seulement (Conseil de presse du Québec 1998; Trudel et Abran 1991 : 261-262).
- Les entreprises de publicité se sont astreintes depuis 1963 à des normes d'éthique rédigées de concert (Conseil des normes de la publicité 1991; Trudel et Abran 1991 : 259-261).
- Le milieu bancaire traite par l'autoréglementation, depuis 1987, les questions de confidentialité des opérations de banque (L'Heureux et Fortin 1999 : 290-291; comp. Bellanger 1991).
- En dehors du champ d'application de la *Loi sur la sécurité dans les sports* de 1979 (LRQ c. S-3.1), les organismes sportifs continuent d'exercer de manière autonome leur activité traditionnelle d'autoréglementation de la pratique sportive.
- Les métiers du bâtiment ont cherché depuis 1957 à régulariser la concurrence lors d'un appel d'offres, au moyen de règles conventionnelles applicables aux

soumissions et à l'adjudication; bien qu'elles relèvent à plusieurs égards depuis 1964 d'un régime légal, ces règles conservent une assise dans des relations de type conventionnel entre groupements professionnels (Kott et Déry 1998 : 193-194; Moffet 1990 : 1-5; Kauffman 1990 : 297-299).

- À l'incitation active de l'organisme étatique de régulation, les associations professionnelles regroupant les entreprises privées de radiodiffusion et de télédiffusion, ainsi que les radiodiffuseurs publics, se sont dotés dans les années 1980 de normes d'éthique concernant en particulier la publicité (Trudel et Abran 1991 : 249-258).
- Les entreprises de certaines branches industrielles ont convenu, également depuis les années 1980, d'observer des pratiques d'exploitation compatibles avec la protection de l'environnement (OCDE 1997a; Grandbois 1999b : 571, 587-588).
- La *Loi sur la protection du consommateur* (LRQ c. P-40.1, art. 314 à 315.1) encourage depuis 1978 la formulation, par des organisations professionnelles de commerçants, d'« engagements volontaires » relatifs aux pratiques commerciales de leurs membres à l'endroit des consommateurs; cet encadrement consenti, une fois accepté par le président de l'Office de protection du consommateur, peut éventuellement être entendu par décret à tous les commerçants d'un même secteur d'activités, et acquérir dès lors une valeur réglementaire.
- Des entreprises multinationales ont été amenées, depuis la fin des années 1980, sous la pression de l'opinion publique, à se doter de règles applicables à leurs activités et à celles de leurs sous-traitants et fournisseurs et tendant à y assurer le respect de normes minimales du travail salarié, voire même de droits fondamentaux de la personne (Compa 1996; Diller 1999).
- La réglementation du réseau Internet a été, par la force des choses, largement laissée aux initiatives d'autoréglementation des serveurs (Trudel 1997 : 3-34 à 3-43).
- Les entreprises exploitant un service d'observation des mammifères marins dans le Parc marin du Saguenay-Saint-Laurent ont élaboré, à l'instigation de la direction du Parc, un code de conduite tendant à préserver la sécurité et la tranquillité de ces animaux et de leur habitat (Gilbert 1998 : 21-13).

Cette liste ne prétend pas à l'exhaustivité. Elle vise simplement à donner une idée de la diffusion et de la nature du phénomène. Certains de ces exemples laissent entrevoir que les pratiques d'autoréglementation intégrale sont parfois dénuées, au moins dans un premier temps, de tout caractère collectif. C'est le cas notamment des « codes de conduite » relatifs à la protection de l'environnement, aux normes du travail ou à la diffusion dans un environnement électronique : ces codes seront d'abord le produit de l'initiative d'un acteur économique individuel, mais auront tendance à être imités par ses concurrents et à devenir ainsi une véritable norme professionnelle.

De manière générale, cependant, le phénomène d'autoréglementation intégrale présente d'emblée une dimension collective. Sous cet angle, on est justifié d'y voir une manifestation de corporatisme (Hannoun 1989 : 423; Graham 1994 : 190;

Morand 1999 : 147). Ce néocorporatisme évoque sans doute, par certains côtés, le mode privilégié d'encadrement des sociétés prélibérales en Occident; il n'en est cependant pas une simple résurgence, puisque ses finalités sont aujourd'hui profondément différentes. Dominées par le caractère économique des activités visées, plutôt que par le souci de définir une identité sociale collective sur la base de références morales, ces finalités concernent la régulation du marché. Il s'agit en dernière analyse pour des opérateurs économiques de discipliner leur comportement de manière à préserver l'acceptabilité de leurs activités aux yeux du milieu social, la confiance de leurs clients et ultimement l'ampleur de leur propre autonomie d'action. Dans cette perspective d'« économie autorégulée », la modalité – collective ou individuelle – de l'autoréglementation n'est qu'accessoire. L'analogie avec le corporatisme prélibéral se révèle donc assez superficielle, et le lien avec l'idéologie individualiste néolibérale ressort au contraire avec force.

Les justifications du recours à l'autoréglementation intégrale pour assurer la régulation d'activités économiques sont donc des arguments essentiellement économiques (Ogus 1995 : 97). L'autoréglementation se présente comme un moyen de corriger des dysfonctionnements de certains rapports économiques (par ex. les disparités d'information entre les parties), de compenser l'inefficacité relative d'autres correctifs (par ex. la responsabilité civile, ou les surcoûts supportés par l'auteur d'un comportement « déviant »), ou de minimiser le coût inhérent à l'encadrement des conduites (par rapport à la réglementation étatique). Si dans un cas donné ces justifications tirées de l'optimisation du marché ne suffisent pas à convaincre un opérateur économique des bienfaits de l'autoréglementation, deux facteurs sont susceptibles d'emporter sa décision : la perspective prochaine d'une intervention étatique (ou la possibilité de réduire une intervention déjà réalisée) et l'aiguillon de la concurrence.

Dans sa version intégrale, l'autoréglementation est donc plus nettement axée sur des considérations économiques que dans sa forme contrôlée. Elle rend aussi plus directement sensible son assise contractuelle et son caractère de « constitution privée » pour l'entité – collective ou individuelle – qui se dote par convention de telles « normes volontaires » (Harden 1992 : 31). La dimension contractuelle de l'autoréglementation intégrale apparaît sur deux plans. D'une part, en effet, cette autoréglementation, lorsqu'elle est collective, repose sur l'accord intervenu entre les membres du groupe quant au contenu de ces normes, et sur l'engagement qu'ils prennent entre eux de s'y conformer. D'autre part, qu'elle soit individuelle ou collective, l'autoréglementation comporte un engagement vis-à-vis de tiers intéressés (clients, usagers, consommateurs, « milieu » social au sens large). Quant à la dimension « constitutionnelle » de l'autoréglementation, elle ressort particulièrement des codes volontaires les plus élaborés, comportant à la fois un aspect « législatif » (l'énonciation de normes), un aspect « exécutif » (un mécanisme de reconnaissance de conformité, notamment par labellisation; Priest 1998 : 247) et un aspect « juridictionnel » (un mécanisme de sanction en cas de non-conformité, au terme d'un processus de type disciplinaire : Trudel 1997 : 3-43 à 3-46).

L'expression « codes volontaires » rend donc parfaitement les caractéristiques essentielles des produits les plus achevés de l'autoréglementation intégrale; Margot Priest décrit d'ailleurs cette forme d'autoréglementation sous le vocable *voluntary codes of conduct* (Priest 1998 : 242-244).

Le qualificatif « volontaire » doit cependant se comprendre essentiellement au sens de « non étatique ». En effet, l'adoption de ces normes est rarement le produit d'une action tout à fait spontanée. En général, des incitations économiques ou des pressions de l'autorité publique jouent un rôle déterminant dans l'apparition de ces codes. Même si l'on considère que les codes volontaires se forment et se répandent par une libre adhésion à leur contenu de la part de dirigeants d'entreprise, leur mise en œuvre repose généralement sur la contrainte : les codes sont imposés de manière autoritaire au personnel de ces entreprises (Crête 1998 : 148-149).

En revanche, l'« effet de code » produit par ces documents ne doit pas être sous-estimé. Ils se présentent fréquemment comme une juxtaposition de règles tirées de sources diverses, les unes autoproduites, les autres reproduisant des normes juridiques en vigueur. Les textes d'autoréglementation visent ainsi à faciliter l'assimilation et l'acceptation de ces normes juridiques par les assujettis, grâce à leur « réception » dans l'ordre normatif endogène. Sur le plan formel, d'ailleurs, la facture des « codes volontaires » a tendance à imiter celle des lois et des règlements (Dion 1995 : 1027; Crête 1998 : 148). Ces codes au style impératif sont parfois complétés par des documents de valeur indicative (Priest 1998 : 247) jouant auprès d'eux un rôle comparable à celui que jouent auprès des lois et des règlements les directives de l'administration publique (*cf.* B., 2. *infra*).

La tension entre la libre adhésion à la norme et l'impérativité de celle-ci, tension inhérente à l'idée d'autoréglementation, se focalise sur le mode de sanction des codes volontaires. Dans le cas du personnel des entreprises adhérant au code, la sanction des normes autoréglementaires a un caractère disciplinaire; elle s'appuie donc sur le contrat de travail et s'inscrit pour une part appréciable dans le champ de la normativité étatique. Elle n'exclut pas la présence d'un élément de réprobation morale. Dans le cas des entreprises elles-mêmes, la sanction des codes volontaires ne peut être qu'économique. Typiquement, il s'agira d'une amende prévue par le code, ou de la privation d'avantages économiques liés à l'adhésion de l'entreprise au code. L'élément de réprobation morale sera minimisé, voire inexistant (Hannoun 1989 : 449). Le rôle de la normativité étatique dans la mise en œuvre de la sanction sera généralement très faible.

#### **b. Problématique de l'autoréglementation intégrale**

Les aspects problématiques de l'autoréglementation n'ont pas échappé à ceux qui ont analysé le phénomène, que ce soit sous l'angle juridique ou sous l'angle de la science économique (Ogus 1994 : 108 et 1995 : 98). Leurs observations se rattachent à deux thèmes : la légitimité et l'efficacité.

Un régime d'autoréglementation intégrale se situe, par définition, hors de l'appareil étatique de régulation et échappe par là aux exigences formelles de légitimation de l'action étatique. En particulier, son existence et son application n'ont pas à trouver leur fondement dans une habilitation conférée par le Parlement. Dans la mesure cependant où l'autoréglementation intégrale implique une prétention à instituer et appliquer des normes valables pour une collectivité mais dont les fins et les effets débordent au-delà des intérêts de cette collectivité, elle doit pouvoir se légitimer. Cette légitimation soulève, à bien des égards, les mêmes questions que la légitimation de l'ordre juridique étatique.

Ainsi, un dispositif d'autoréglementation intégrale fait face au problème de sa *responsabilité* à l'endroit de tous ceux dont il prétend dans son action atteindre les intérêts. Dans l'ordre étatique, ce problème trouve notamment sa solution au plus haut niveau, par la responsabilité du gouvernement devant le Parlement et par celle des élus devant le peuple. Un dispositif non étatique d'autoréglementation d'une collectivité comportera vraisemblablement une certaine dose de responsabilité des dirigeants de cette collectivité envers ceux qui sont directement assujettis à ce dispositif; mais a priori rien ne laisse présager l'existence d'une obligation de rendre compte au public plus large touché par les effets de l'autoréglementation. Ainsi, les règles qui, dans le cas de l'action étatique, incitent à la transparence (motivation des décisions, processus formalisé de traitement des plaintes, voies de recours) risquent de faire cruellement défaut dans le fonctionnement de l'autoréglementation (Graham 1994 : 198-199).

Se pose aussi le problème de la *représentativité*. Dans l'ordre étatique, celui-ci est résolu de manières diverses par tout un ensemble de règles (élection des dirigeants, recrutement et promotion « au mérite » des agents publics, neutralité politique des juges et des fonctionnaires, participation égalitaire des citoyens aux processus politique, administratif et juridictionnel) et par la référence constante à l'intérêt public. Un dispositif d'autoréglementation intégrale doit, de son côté, pour asseoir sa légitimité comme expression d'une synthèse représentative des intérêts qu'il prétend soumettre à son action, surmonter au moins deux obstacles. Le premier tient à sa nature même de système normatif clos, spécifique à une collectivité et donc a priori étranger aux préoccupations de ceux qui n'appartiennent pas à cette collectivité. Le second tient au fait que l'autoréglementation intégrale est aujourd'hui principalement envisagée dans le cas de collectivités d'intérêts économiques : son fonctionnement interne risque donc de reproduire et de conforter les inégalités au sein d'une telle collectivité, et son action d'aggraver ces inégalités au préjudice de l'intérêt collectif général. On conçoit sans peine que si les organismes étatiques de régulation économique ont parfois pu être soupçonnés de captation par les intérêts dominants du secteur d'activités placé sous leur surveillance, c'est là, à plus forte raison, une menace constante sur l'indépendance et la représentativité d'un organisme non étatique d'autoréglementation.

Se pose enfin le problème de l'*aménagement des pouvoirs*. Dans l'ordre étatique, cet aménagement se caractérise par tout un système de contrôles internes et réciproques, qui rend tolérable une certaine confusion des pouvoirs et des fonctions étatiques. De plus, l'ordre étatique, en protégeant les libertés politiques, d'opinion et d'association, s'intègre un espace où des contre-pouvoirs peuvent se déployer. Dans un système d'autoréglementation intégrale, en revanche, l'effet inhérent de clôture du système sur lui-même comporte deux risques également sérieux pour sa légitimité : ou bien le transfert de pouvoirs consenti par les membres de la collectivité au profit de l'instance d'autoréglementation est trop limité, et aucun véritable pouvoir n'est donc constitué en contrepois à celui que possède chaque membre individuellement; ou bien les pouvoirs transférés à l'instance d'autoréglementation sont réels, mais dangereusement confondus (par ex. si les fonctions de conception, d'adoption, d'application et de sanction des normes sont cumulées par un même organe).

À supposer résolues ces questions de légitimité, un dispositif d'autoréglementation intégrale doit encore surmonter un certain nombre de problèmes d'efficacité. Sa vulnérabilité sur ce plan est la contrepartie de sa qualité éminente : son caractère d'encadrement consenti. Son assise consensuelle prive en effet l'autoréglementation intégrale, par rapport à la réglementation autoritaire, d'attributs de généralité et de permanence et du soutien de la sanction judiciaire.

Une première difficulté concerne l'*adhésion* au dispositif d'autoréglementation. Par hypothèse, cette adhésion ne peut être imposée par une norme juridique : l'autoréglementation est le fruit d'un mouvement spontané d'adhésion à une instance à caractère collectif. La liberté d'adhésion implique que certains de ceux dont il s'agit d'encadrer l'activité puissent rester à l'écart du mouvement, ou se soustraire au dispositif une fois celui-ci mis en place, en fonction de ce que commande leur intérêt. Il paraît donc essentiel, sur le plan de l'efficacité, que le fait d'adhérer et de se conformer au dispositif d'autoréglementation présente par lui-même un intérêt économique. On peut envisager en particulier deux façons d'y parvenir. La première est de lier entre elles l'adhésion à un « code volontaire » et la participation à des mécanismes collectifs de distribution d'avantages (parts de marché, facilités consenties par des fournisseurs, aides gouvernementales); les impératifs de la libre concurrence ne laissent cependant que peu de possibilités de cette nature. La seconde avenue est beaucoup plus plausible : elle consiste à valoriser l'adhésion au « code volontaire » par une certification ou une labellisation des entreprises ou produits conformes, en escomptant que cette reconnaissance en vienne rapidement à constituer un avantage commercial pour ses titulaires. Dès lors, en effet, la non-adhésion ou la non-conformité entraîne une pénalisation commerciale.

Quels que soient les avantages mesurables de l'adhésion, il faut s'attendre que les adhérents les mettent en balance avec les coûts de l'autoréglementation. En effet, même si l'on postule que ces coûts seront en principe inférieurs à ceux que comporte une réglementation d'origine étatique, ils ne seront pas nuls. L'adhérent peut être appelé à participer financièrement aux coûts collectifs d'élaboration et d'application d'un « code volontaire ». La mise en conformité de ses activités ou de ses produits peut également l'obliger à engager des frais. Il ne sera pas nécessairement en mesure de reporter tous ces surcoûts sur ses clients. Une dégradation de sa situation commerciale peut rendre trop onéreuses l'adhésion et la conformité auxquelles il avait consenti dans une conjoncture plus favorable. L'idée d'encadrement consenti atteint ici l'une de ses limites. Puisque l'autoréglementation intégrale d'une collectivité d'opérateurs économiques se donne comme dérivée plus ou moins spontanément de leur activité, il est à prévoir que son efficacité sera directement fonction des conditions économiques générales de cette activité. En haute conjoncture, un « code volontaire » suscitera un fort taux d'adhésion et de conformité dans la collectivité qu'il vise; viennent les mauvais jours, et seuls les plus forts pourront continuer à supporter le coût des avantages liés à l'autoréglementation.

Même en supposant que ces conditions demeurent favorables, ou ne peut tenir pour acquise la *continuité* dans l'efficacité de l'autoréglementation. En effet, pour rester efficace, le dispositif d'autoréglementation dépend de la bonne volonté constante des assujettis. Le consensus qui permet l'élaboration et l'adoption d'un « code volontaire » doit être réactivé quotidiennement pour permettre le contrôle

de son application (ou la vérification de l'autocontrôle effectué par les assujettis), sa révision et sa mise à jour continues, et la circulation d'informations dans l'ensemble de la collectivité (Graham 1994 : 192-193 et Priest 1998 : 248). Le caractère consensuel de l'autoréglementation trouve ici une autre de ses limites : il faudra pouvoir mobiliser au service du « code volontaire » un esprit d'émulation, d'entraide et de surveillance mutuelle tout à la fois.

Le problème de la continuité paraît susceptible d'apparaître également au niveau institutionnel. Pour que le dispositif d'autoréglementation reste efficace, l'instance qui en assure la mise en œuvre doit avoir à la fois une existence durable et une attitude dénuée de complaisance. L'une et l'autre sont cependant difficiles à garantir, si l'on s'en tient à l'idée d'autoréglementation intégrale. Une intervention étatique paraît en effet le seul recours. La loi pourrait ainsi imposer à une collectivité d'opérateurs économiques de se doter d'un dispositif d'autoréglementation conçu et appliqué par une instance représentative (Priest 1998 : 249). Elle pourrait de plus organiser une mise en concurrence périodique d'organisations candidates à une mission d'autoréglementation pour un secteur d'activités économiques (Ogus 1994 : 109-111). Dans un cas comme dans l'autre, l'État assume une fonction de contrôle, et il ne s'agit plus tout à fait d'autoréglementation intégrale.

Enfin et surtout, l'efficacité de l'autoréglementation intégrale soulève le problème des *sanctions*. C'est sur ce point que se révèle l'écart décisif entre l'autoréglementation contrôlée et l'autoréglementation intégrale. La contrepartie du contrôle étatique exercé sur une instance d'autoréglementation est en effet l'intégration des normes produites par cette instance à la normativité étatique; symétriquement, la contrepartie de l'autonomie intégrale laissée à une telle instance est le refoulement des normes qu'elle produit au-dehors de la normativité étatique, du moins pour ce qui concerne la sanction pénale de ces normes. Il serait en effet contraire au principe de légalité pénale qu'une sanction pénale soit attachée à la violation d'une norme produite par une instance à caractère privé en l'absence d'une habilitation expresse par le Parlement à formuler une telle norme, ou d'un renvoi à une telle norme par une instance étatique. L'affirmation de Pierre Trudel selon laquelle « [e]n théorie, rien n'empêche l'État de conférer à l'autoréglementation une force contraignante » (Trudel 1989 : 261) doit se comprendre comme visant le passage d'un système d'autoréglementation intégrale à un système d'autoréglementation contrôlée; cette affirmation n'implique pas que l'État puisse conférer une force contraignante à une norme produite entièrement en-dehors de lui, autrement que par un renvoi opéré par une norme juridique elle-même déjà porteuse de la contrainte juridique.

En l'absence de sanction juridique directe, c'est donc essentiellement dans leur portée économique qu'il faut chercher la sanction des « codes volontaires ». Certes, il est concevable qu'un dispositif d'autoréglementation intégrale cherche à imiter le processus pénal, en mettant en place une procédure de plainte, comportant une audition par une instance de type disciplinaire et, en cas de violation prouvée, l'imposition d'une amende. Mais une procédure de ce type, outre qu'elle est formaliste et coûteuse, ne peut prendre appui que sur un véritable contrat entre les membres de la collectivité. Elle ne convient qu'à des collectivités fortement intégrées, et semble peu courante. Son efficacité contre les contrevenants est encore

plus aléatoire que celle du processus pénal. Aussi les sanctions habituellement prévues pour les entreprises contrevenant à un « code volontaire » auquel elles ont adhéré mettent-elles plutôt l'accent sur la réprobation collective à l'endroit du contrevenant et les conséquences que celle-ci peut avoir pour les intérêts commerciaux du contrevenant. Ainsi, un blâme public, le retrait d'une certification ou d'un label, ou l'expulsion du contrevenant, sont les types de sanctions les plus fréquents. Leur effet sera variable, en fonction notamment de la publicité qui les entoure et de la valeur commerciale d'une réputation de conformité aux exigences du « code volontaire » (Page 1986 : 151; Libois 1997 : 84). Ces deux facteurs peuvent se neutraliser dans un cas donné : si la réputation de conformité au code présente une grande valeur commerciale, les adhérents peuvent préférer une procédure discrète (de type conciliation, médiation ou arbitrage), permettant d'amortir les effets négatifs d'un constat de contravention.

L'efficacité d'un dispositif d'autoréglementation intégrale, en particulier au moment critique de son application à un contrevenant, exige cependant que celle-ci n'ait pas lieu en vase clos. En effet, l'acceptation de l'autoréglementation par une collectivité d'acteurs économiques procède d'un désir de gagner la confiance : confiance des clients, des investisseurs et du public d'une part, confiance de l'État d'autre part. Pour mériter et conserver cette confiance, le dispositif d'autoréglementation doit rendre apparente son efficacité, et donc présenter une certaine transparence, notamment dans son mécanisme de sanction. Deux aménagements sont de nature à assurer cette transparence : d'une part, la participation de tiers indépendants ou d'intéressés représentatifs (individus ou groupements) au processus de surveillance et de sanction; d'autre part, une publicité suffisante autour de l'imposition de sanctions.

On voit que l'efficacité d'un dispositif d'autoréglementation suppose, d'une manière ou d'une autre, une atteinte aux dogmes fondamentaux associés à la liberté d'entreprise : autonomie de gestion, secret commercial, maximisation du rendement. L'action étatique ne peut donc s'appuyer sur l'autoréglementation que lorsque les pressions que subit le secteur concerné (de la part de l'opinion publique, de secteurs concurrents et de l'État lui-même) sont assez fortes pour que cette solution s'impose aux entreprises du secteur comme la « moins mauvaise » des solutions.

On voit aussi qu'un dispositif d'autoréglementation intégrale ne peut surmonter durablement les objections quant à sa légitimité et son efficacité que s'il s'appuie sur une « instance tierce » (Libois 1997 : 89). Celle-ci, par hypothèse, ne peut être située dans l'appareil d'État; elle ne peut non plus rester strictement endogène au secteur autorégulé – en ce sens, une autoréglementation présentant des garanties optimales de légitimité et d'efficacité ne peut jamais être absolument « intégrale ». Dans certains secteurs de l'activité économique, cette instance tierce ne peut même pas prendre appui sur les différents acteurs du marché concerné (par ex. entreprises – consommateurs – travailleurs), car la régulation de ces secteurs met en jeu des considérations non marchandes – éthiques, culturelles ou environnementales. C'est donc là, en définitive, le prix à payer par un secteur d'activité économique pour que son effort d'autoréglementation soit pris au sérieux en tant que substitut de l'action étatique : il doit admettre, dans sa structure et son fonctionnement, des éléments étrangers à la collectivité des assujettis. En d'autres termes, il doit démontrer sa capacité à prendre en compte l'ensemble des intérêts

mis en jeu par les activités des assujettis et à en dégager une synthèse équilibrée, équivalent fonctionnel de l'intérêt public promu par l'action étatique (Hannoun 1989 : 442; Libois 1997 : 88).

### c. Évaluation

Avec les tolérances (ch. 2, c., 2. *supra*), l'autoréglementation intégrale se distingue des autres formes d'encadrement des conduites en ce qu'elle implique l'inaction de l'État. Plus radicale que les tolérances, cependant, elle marque un dessaisissement du droit au profit d'un autre réseau normatif. Ce caractère radical la démarque aussi de l'autoréglementation contrôlée, qui implique au contraire un équilibre entre autonomie et contrôle et une articulation entre le droit étatique et un réseau normatif extérieur à lui.

Cette radicalité inhérente à l'autoréglementation intégrale détermine l'appréciation qu'on peut en faire à partir des cinq critères de justification d'un choix parmi les formes d'action étatique. En effet, elle entraîne une appréciation au moins aussi défavorable que celle portée sur l'autoréglementation contrôlée, dans le cas des critères de qualité de l'espace public, de maîtrise politique et d'équité, alors que l'appréciation favorable portée sur la base des critères de compétence technique et d'économie de moyens est quelque peu tempérée (*cf.* ch. 2, A., 2., c.).

Le critère de **compétence technique** devrait favoriser le recours à l'autoréglementation intégrale comme solution de rechange à l'encadrement étatique en forme réglementaire. Les motifs qui fondaient une appréciation très favorable de l'autoréglementation contrôlée sont encore pertinents en regard d'un recours cette fois exclusif à la capacité autonormative de collectivités détentrices d'un savoir spécialisé.

Mais l'exigence de ce critère ne porte pas que sur la disponibilité d'un tel savoir comme assise de la régulation de l'activité qu'ont en commun ses détenteurs; elle englobe la validation de ce savoir par la confrontation et la critique des connaissances. Or, de ce point de vue, l'autoréglementation intégrale paraît constituer une solution moins satisfaisante que l'autoréglementation contrôlée. En effet, dans le cas de celle-ci, la surveillance exercée par l'État et l'aménagement structurel et processuel qu'il impose aux instances d'autoréglementation rendent au moins possible une critique externe, et minimisent le risque que la dynamique de l'intérêt l'emporte sur la dynamique du savoir. L'autoréglementation intégrale ne présente pas ces garanties; il faudra une conjonction aléatoire de circonstances pour qu'un dispositif de cette nature fasse une place, dans son fonctionnement, à la délibération critique et ouverte sur la base de la confrontation d'expertises.

L'appréciation de l'autoréglementation intégrale, du point de vue du critère de compétence technique, demeure donc favorable, mais n'exclut pas certaines réserves.

Le critère d'**économie de moyens** conduit également à une appréciation favorable. Ici encore, des nuances significatives paraissent s'imposer par rapport au jugement porté sur l'autoréglementation contrôlée. De prime abord, le recours à une forme intégrale d'autoréglementation maximise l'économie des moyens de l'État. Les coûts de la régulation sont transférés vers le secteur autoréglementé et vers les acteurs qui se trouvent en situation de dépendance économique par rapport à lui. Mais contrairement à ce qui se passe lorsque subsiste un contrôle étatique, la tendance à l'inefficacité du dispositif en raison d'une volonté d'en réduire les coûts

ne rencontre guère d'obstacle. Seule la sensibilité de l'instance d'autoréglementation à des pressions extérieures susceptibles de se traduire en pertes économiques pour les assujettis pourra neutraliser cette tendance. Il existe donc un risque sérieux de ne jamais parvenir aux objectifs d'intérêt public que l'on espère atteindre par le biais de l'autoréglementation. Il semblerait donc que, pour pouvoir répondre pleinement aux exigences du critère de l'économie de moyens, le choix de l'autoréglementation intégrale doit être présenté comme révocable à tout moment. Le bénéfice de l'autoréglementation intégrale ne serait par conséquent accordé à un secteur d'activité qu'accompagné de la menace permanente d'une intervention étatique en cas d'échec à réaliser les fins publiques. Or, pour être crédible, cette menace doit s'appuyer sur une surveillance des résultats de l'autoréglementation. Puisque les divers acteurs du marché et de la société civile n'auront pas forcément les moyens d'exercer adéquatement cette surveillance, il est vraisemblable que l'État devra s'en charger au moins en partie lui-même.

À l'analyse, il apparaît donc que l'autoréglementation intégrale, précisément en raison de son caractère radical, parvient moins bien que l'autoréglementation contrôlée à dégager un équilibre satisfaisant entre l'intérêt public et les intérêts de la collectivité autoréglémentée. Le solde positif du bilan tracé dans la perspective de l'économie de moyens est donc moins net.

Le critère d'équité justifiait déjà de sérieuses réserves à propos de l'autoréglementation contrôlée; ces réserves sont encore accentuées dans la perspective d'une autoréglementation complètement détachée de l'appareil normatif étatique. Le risque d'un traitement inéquitable des intérêts extérieurs à la collectivité autoréglémentée, ou même des intérêts de certains membres de cette collectivité, est aggravé par l'absence d'un contrôle étatique, de garanties légales de procédure et de voies de recours utiles. Ces faiblesses de l'autoréglementation intégrale du point de vue de l'équité ne pourront disparaître que par la généralisation d'une conception nouvelle de l'entreprise et de la liberté d'entreprise. Une telle conception, intégrant d'emblée l'entreprise dans un réseau de liens de responsabilité sociale, commence à peine à s'esquisser. Pour qu'elle puisse s'exprimer à travers l'autoréglementation intégrale des secteurs d'activité économique, et y impose notamment des standards d'équité comparables à ceux que véhicule le droit étatique, beaucoup reste à faire. En particulier, tout développement de l'autoréglementation intégrale semblerait devoir s'accompagner d'un soutien actif de l'État aux intérêts menacés, par l'effet de ce développement, de marginalisation, voire d'exclusion – ou de l'aggravation d'une situation de marginalité ou d'exclusion.

Comme le critère d'économie de moyens, donc, le critère d'équité conduit à penser que les inconvénients de l'autoréglementation intégrale sont tels que leur neutralisation exigera vraisemblablement de l'État une action d'une certaine ampleur. La perspective d'un désengagement de l'État grâce à une autoréglementation d'acteurs privés pourrait se révéler en partie illusoire.

Le critère de **qualité de l'espace public** ne peut pas conduire à une appréciation plus favorable que dans le cas de l'autoréglementation contrôlée. Tous les motifs qui justifiaient une conclusion défavorable sur cette forme atténuée d'autoréglementation peuvent être invoqués ici avec une force accrue, sans même la nuance qu'introduisaient la présence fréquente de représentants du public dans les instances

d'autoréglementation contrôlée, ou la publication de projets de règlement élaborés par elles. L'application de ce critère de justification à l'autoréglementation intégrale force à constater, comme c'était le cas à propos des critères précédents, que la sortie de la normativité étatique rend très problématique la réalisation des valeurs qui, selon notre analyse, sous-tendent l'action étatique. La pente naturelle d'un dispositif d'autoréglementation ne le conduit pas à réaliser ces valeurs; le constat est d'autant plus net si ce dispositif est entièrement laissé à lui-même.

Le critère de **maîtrise politique** est, à l'évidence, celui qui s'accommode le plus mal de l'autoréglementation intégrale d'une collectivité d'acteurs économiques. Cette forme d'inaction étatique cantonne l'instance politique, pour l'essentiel, dans le rôle de recours exceptionnel. Elle lui dénie en tout cas les moyens d'exercer une véritable maîtrise sur le domaine livré à l'autoréglementation. L'instance politique peut tout au plus, par des interventions indirectes, tenter de modifier les rapports de force au sein et autour du secteur autoréglementé afin de préserver quelque chose des objectifs et des valeurs de l'action étatique. Cette possibilité d'agir de manière détournée ne saurait justifier autre chose qu'une appréciation très défavorable.

Le tableau d'ensemble de cette évaluation de l'autoréglementation intégrale se présente donc de la façon suivante :

CRITÈRES				
<b>Maîtrise politique</b>	<b>Qualité de l'espace public</b>	<b>Équité</b>	<b>Compétence technique</b>	<b>Économie de moyens</b>
Très Défavorable	Défavorable	Défavorable	Favorable	Assez favorable

Il s'ensuit que le choix de l'autoréglementation intégrale ne peut être envisagé que si la nature de la tâche à accomplir impose d'accorder un poids tout à fait déterminant aux considérations de compétence technique. Compte tenu cependant de l'incompatibilité apparente de ce type d'autoréglementation avec les exigences de la maîtrise politique, de la qualité de l'espace public et de l'équité, ce choix devrait en définitive être écarté dans la plupart des cas – du moins tant qu'on n'aura pas vu s'implanter une conception nouvelle de l'entreprise et des rapports économiques.

## 2. L'idée de subsidiarité : la substitution de normes

Si l'autoréglementation, dans sa forme intégrale, fait entièrement reposer l'encadrement des conduites sur l'adhésion spontanée des acteurs, et revitalise ainsi l'idée de « solidarités intermédiaires » faisant écran entre le citoyen et sa collectivité étatique d'appartenance, elle se prive par là même de la force de légitimation et de contrainte associée au droit étatique. Le recours à l'idée de subsidiarité vise à combler ce déficit d'autorité. Cette idée implique, on l'a vu, que l'action étatique visant à encadrer les conduites ne soit pas exclue (contrairement, donc, au postulat de base de l'autoréglementation intégrale), mais ne demeure justifiée que dans la seule mesure où l'encadrement spontané se révèle inapte à produire l'état de choses souhaité. Dans un contexte historique où l'encadrement par le droit étatique constitue

la situation de départ, le recours à l'idée de subsidiarité implique la substitution aux normes d'origine étatique de normes autoproduites par les assujettis. Il s'agit donc bien d'un recul de la normativité étatique. Toutefois – et c'est sur ce point que se précise l'écart par rapport à l'autoréglementation intégrale –, ce recul n'est pas un effacement. L'encadrement produit par les assujettis eux-mêmes vient en effet s'encadrer dans la normativité étatique, et acquiert ainsi de ce fait certains de ses attributs, et donc une part de sa force de légitimation et de contrainte.

Les pratiques de substitution de normes présentent donc des analogies avec l'autoréglementation contrôlée (ch. 2, A., 2.) et avec l'autocontrôle (ch. 2, C., 1.). Elles se distinguent de la première en ce que leur origine n'est pas nécessairement collective et en ce que l'intégration à la normativité et à l'appareil étatiques y est moins poussée. Elles se distinguent du second en ce que leur objet est le fond même de la réglementation, et non pas seulement le contrôle de son application. Par ailleurs, précisément parce que cette substitution de normes concerne des règles de substance et qu'elle peut intervenir à l'échelle d'un seul assujetti, elle présente comme on le verra des liens étroits avec les pratiques de dérogation et de tolérance « active » (voir ch. 2, C., 2.).

Les caractéristiques de la substitution de normes se dégagent assez bien d'un nombre encore limité de dispositifs, introduits pour la plupart après 1988, et dont on trouvera ici une présentation sommaire (a.). Le caractère encore circonscrit, voire hésitant, de ces innovations s'explique par la problématique très délicate qu'elles soulèvent (b.). L'examen de cette problématique éclaire l'évaluation qu'on peut en faire à partir de nos critères de justification d'un choix parmi les procédés d'action étatique (c.).

### **a. Une pratique encore embryonnaire**

Les art. 519.31 et 621, par. 12.3° CSR, introduits en 1998, laissent entrevoir certains éléments caractéristiques d'une substitution de normes. Le premier de ces textes a déjà été évoqué comme exemple d'un dispositif de dérogation (ch. 2, C., 2., a.). En effet, il permet à la Société d'autoriser un exploitant qui en fait la demande à déroger aux normes réglementaires relatives au nombre d'heures de conduite ou de travail des conducteurs. Cette possibilité de dérogation est cependant fermement encadrée par la réglementation, puisqu'elle ne joue que dans deux types de situations définis par règlement : soit « dans le cadre d'un programme de gestion de la fatigue » dont les « normes, conditions et modalités d'application » sont prévues par le règlement visé à l'art. 621, par. 12.3°, soit « dans les cas et aux conditions prévus par tout autre règlement ». Une fois accordée cette dérogation, cependant, intervient la possibilité d'une substitution de normes. En effet, la Société peut « y prévoir » (le référent grammatical de ce « y » n'est pas évident, mais paraît devoir être l'acte autorisant une dérogation au bénéfice de l'exploitant qui l'a demandée) des « normes, conditions et modalités autres que celles établies par règlement ». L'exploitant sera donc assujetti à un programme de gestion de la fatigue établi en fonction de ses conditions spécifiques d'exploitation; ce programme est substitué au programme que décrit le règlement et qui est lui-même un régime dérogatoire par rapport à la durée de travail « normale » prévue par un règlement pris en vertu de l'art. 621, par. 12°. Puisque c'est à la demande de l'exploitant

que le bénéficiaire d'un programme de gestion de la fatigue lui est accordé, on peut s'attendre que les « normes, conditions et modalités » particulières que comporte son programme seront issues d'une négociation entre lui et la Société, sur la base de ses propositions. Or, ce sont ces normes de substitution qui renferment la substance des obligations de cet exploitant en matière d'heures de conduite ou de travail de ses conducteurs (art. 519.24, 1<sup>er</sup> al. CSR), obligations dont la violation entraîne une sanction pénale (art. 519.53 CSR).

Quelques traits caractéristiques de la substitution de normes ressortent déjà de ce premier exemple :

- la substitution permet de remplacer une réglementation d'application générale et impersonnelle par des normes conçues pour s'appliquer à un seul;
- elle peut résulter de l'initiative du destinataire;
- elle exige une autorisation administrative, qui n'est pas nécessairement donnée par l'auteur de la réglementation;
- les normes substituées au règlement ont, à l'égard du destinataire, la même force contraignante que le règlement.

D'autres dispositifs du droit québécois permettent de compléter et de préciser cette première approche. Le plus notable d'entre eux est le régime des attestations d'assainissement prévu à la *Loi sur la qualité de l'environnement* pour certaines catégories d'établissements industriels (LRQ c. Q-2, art. 31.10 à 31.31 et 31.41). Institué en 1988, ce régime n'est cependant en vigueur que depuis 1993, et ne concerne pour l'instant que l'industrie des pâtes et papiers (*Décret concernant les catégories d'établissements visés par l'article 31.10 de la Loi sur la qualité de l'environnement*, D.602-93, (1993) 125 GOQ II 3563) (Halley 1998 : 14-19; Grandbois 1999a : 113-116). L'exploitant d'un établissement de ce secteur industriel est tenu de demander une attestation d'assainissement (art. 31.16). La délivrance de cette attestation est précédée d'un processus de négociation et de consultation du public, aménagé en détail par la loi (art. 31.18 à 31.22). L'attestation, valable pour cinq ans, peut comporter l'assujettissement de l'exploitant à un ensemble de règles adaptées aux caractéristiques de l'établissement, à ses conditions d'exploitation et à la sensibilité particulière du milieu environnant (art. 31.13 et 31.27). Le ministre de l'Environnement peut notamment énoncer dans l'attestation des normes relatives au rejet de contaminants plus exigeantes que celles que comporte la réglementation applicable, dès lors que ces dernières lui apparaissent insuffisantes pour assurer la qualité du milieu ou éviter l'exposition à des risques inacceptables. Il doit au préalable rendre publics les critères et méthodologies suivant lesquels il établira de telles normes. Il lui appartient également de fixer les échéances d'application de ces normes de rejet propre à l'établissement, et de reporter en conséquence l'application d'une norme réglementaire dont l'exécution nuirait à celles des normes de substitution fixées par lui (art. 31.15). De même, le ministre peut fixer dans l'attestation des exigences de contrôle et de surveillance plus rigoureuses que celles qu'impose la réglementation en vigueur (art. 31.15.3). Sur les points non visés par les normes de substitution qu'établit le ministre, l'attestation doit préciser quelles dispositions réglementaires lui demeurent applicables (art. 31.12, par. 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 6<sup>o</sup>).

La demande d'attestation, le dossier afférent y compris les commentaires du public ou de municipalités, l'attestation elle-même et les résultats des mesures de contrôle et de surveillance sont versés à un registre public tenu par le ministre (art. 118.5). Les décisions du ministre portant refus, modification, suspension ou révocation de l'attestation sont susceptibles de recours au Tribunal administratif par l'exploitant; en revanche, une municipalité ou un intéressé ne peut recourir contre la décision de délivrer l'attestation (art. 96, 2<sup>e</sup> al.). Le titulaire de l'attestation est tenu de respecter les normes de substitution qu'elle comporte (art. 31.23, 1<sup>er</sup> al., par. 1<sup>o</sup> à 2<sup>o</sup>) sous peine de sanctions pénales (art. 106 et 106.2).

Le dispositif des art. 31.10 à 31.31 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* fait apparaître un certain nombre d'autres traits caractéristiques de la substitution de normes :

- elle peut être obligatoire pour une catégorie d'assujettis; ceux-ci n'ont donc pas dans ce cas l'initiative de la mise en place de normes de substitution; il s'agit plutôt de permettre l'individualisation systématique des normes pour les assujettis de cette catégorie;
- la substitution peut viser tantôt l'imposition de normes plus exigeantes que la réglementation, tantôt l'accès à des normes allégées par rapport à celle-ci;
- la substitution de normes plus exigeantes peut s'accompagner, en contrepartie, d'un report de leur application;
- la substitution de normes se prête à une négociation, dont le déroulement peut s'étaler sur une assez longue durée;
- s'agissant de faire passer le destinataire des normes sous un régime d'exception, dérogoire au « droit commun » de la matière, il convient de se prémunir contre deux risques: d'une part, que le destinataire se trouve injustement chargé d'un surcroît d'obligations, et d'autre part qu'il se voie accorder le bénéfice d'un encadrement indûment favorable, au détriment de l'intérêt public ou des intérêts légitimes des tiers (parmi lesquels les autres exploitants assujettis à la réglementation); d'où la nécessité de mesures de transparence, d'une ouverture à la participation des tiers et de voies de recours;
- la substitution de normes, du fait de l'individualisation qu'elle comporte, donne lieu à l'application de la *Loi sur la justice administrative* et non plus au régime procédural de la *Loi sur les règlements*.

Diverses autres lois québécoises présentent au moins certains éléments du schéma général de la substitution de normes, tel qu'il ressort de ces deux premiers exemples. Ainsi, la *Loi sur l'économie de l'énergie dans le bâtiment* (LRQ c. E-1.1) permet depuis 1980 au propriétaire d'un bâtiment de demander au ministre du Travail le bénéfice de normes de rendement énergétique, ou d'exigences visant les économies d'énergie, différentes de celles que prévoit la réglementation du gouvernement (art. 16 et 18). Il doit cependant démontrer au ministre que les normes ou mesures qu'il propose d'appliquer « entraînent une économie d'énergie égale ou supérieure » à celle que permettrait l'application du règlement. La loi ne constitue pas en infraction le fait de contrevenir à ces normes de substitution (art. 21). On peut en déduire que l'autorisation du ministre pourrait être opposée à une poursuite fondée sur la violation du règlement, et que la seule sanction immédiate serait le retrait de cette autorisation.

La *Loi sur la sécurité du transport terrestre guidé* (LRQ c. S-3.3) comporte depuis 1988 un dispositif beaucoup plus élaboré de substitution de normes (art. 54 à 68), présentant de fortes analogies avec celui que prévoit pour les « règles » d'exploitation la *Loi sur la sécurité ferroviaire fédérale*, examinée plus loin. On n'en relèvera ici qu'un seul élément, relatif précisément à la sanction des normes de substitution. L'art. 54.1, 3<sup>e</sup> al., précise que le ministre qui autorise exceptionnellement un exploitant à appliquer dans son entreprise des normes particulières assurant « une sécurité équivalente », indique quelles sont les dispositions réglementaires auxquelles ces normes sont substituées; dès lors, les sanctions pénales applicables à la violation de ces dispositions sont transposées sur les normes correspondantes. L'ensemble de ce dispositif de substitution de normes n'est cependant pas encore en vigueur.

Dans la *Loi sur les forêts* (LRQ c. F-4.1), un texte introduit en 1993 permet au ministre d'autoriser l'exploitant bénéficiaire d'un contrat d'approvisionnement et d'aménagement forestier à appliquer, dans une unité territoriale, des normes d'intervention forestière différentes de celles fixées par règlement du gouvernement (art. 25.3). La substitution de ces normes doit être justifiée par « les caractéristiques du milieu propres à cette unité et [par] la nature du projet qu'on entend y réaliser ».

La *Loi sur les produits et les équipements pétroliers* (LRQ c. P-29.1) comporte depuis 1997 une disposition, entrée en vigueur en 1999, permettant la substitution d'« équipements, procédés ou normes » (art. 65), analogue à celle de la *Loi sur l'économie de l'énergie dans le bâtiment*. Il est toutefois précisé que la conformité à la substitution autorisée vaut conformité à la disposition réglementaire correspondante, indiquée dans l'autorisation (art. 65). On peut en déduire, *a contrario*, que le non-respect de la substitution autorisée est traitée comme une contravention au règlement. Comme dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*, les substitutions autorisées doivent être consignées en détail dans un registre public (art. 66).

En 1997 également, une modification au *Règlement sur la sécurité des édifices publics* (RRQ 1981, c. S-3, r. 4, modif. par le D.1477-97 (1997) 129 GOQ II 7314) a créé la possibilité d'une substitution de normes dans le cas de certains monastères, couvents et noviciats (art. 6, par. 4.3<sup>o</sup>). En l'absence d'une disposition habilitante expresse dans la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*, il n'aurait pas été possible de charger la Régie du bâtiment d'apprécier l'opportunité de soustraire l'un de ces établissements à la réglementation pour le faire bénéficier de normes de substitution proposées par le propriétaire ou élaborées par la Régie; aussi la norme de substitution est-elle dans ce cas une autre norme réglementaire, le *Règlement sur l'application d'un Code du bâtiment - 1990*, (D. 1440-93, (1993) 125 GOQ II 7380; voir ch. 2, B., 2., a.). Le propriétaire peut s'en prévaloir en montrant qu'il s'y conforme, par la production, tous les cinq ans, d'une attestation délivrée par un architecte ou un ingénieur. Il s'agit donc essentiellement d'un droit d'option entre deux réglementations, l'une d'elles comportant un contrôle de conformité allégé. Du fait, précisément, que la substitution de normes se réduit ici à une possibilité d'option entre deux réglementations, on peut estimer qu'il n'était pas nécessaire qu'elle soit envisagée de manière expresse par la disposition habilitante de la *Loi sur la sécurité dans les édifices publics*; l'art. 39, par. 1 de cette loi ne contient en effet qu'une habilitation à caractère très général.

L'accent est également mis sur l'initiative des assujettis dans le dispositif introduit en 1997 à l'art. 284.2 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (LRQ c. A-3.001). Un groupe d'employeurs peut en effet proposer à la CSST de conclure avec lui une entente prévoyant des conditions dérogatoires d'assujettissement de ces employeurs à des taux de cotisation personnalisés ou au régime d'ajustement rétrospectif de leur cotisation, ainsi que des modalités particulières de calcul de ces taux ou de cet ajustement. Le contenu de ces ententes doit cependant s'inscrire dans un cadre qui s'applique à elles de manière générale et que la CSST détermine à l'avance par règlement (Vigneault 1998 : 135-146). Ainsi, ce règlement impose que toutes les ententes conclues la même année prévoient des conditions et modalités identiques (*Règlement-cadre concernant les ententes relatives au regroupement d'employeurs aux fins de l'assujettissement à des taux personnalisés et aux modalités de calcul de ces taux*, D. 1296-97, (1997) 129 GOQ II 6561, art. 6). La loi précise en outre elle-même que les différends nés de l'application de ces ententes sont soustraits à la compétence des instances de recours, et réservés plutôt à un arbitrage dont l'entente doit prévoir les règles. Dans une assez large mesure, il s'agit donc ici d'un contrat d'adhésion, sur la base d'une entente type établie par la CSST. La substitution de normes prend donc en fait, ici encore, le caractère d'une option entre deux régimes réglementaires, dont l'un comporte pour les assujettis des avantages financiers en contrepartie d'obligations particulières, assumées par l'ensemble du groupe et par chacun de ses membres, en matière de prévention des lésions professionnelles.

À ces dispositifs du droit québécois répondent plusieurs lois fédérales concernant les transports. La plus notable est la *Loi sur la sécurité ferroviaire* de 1988 (LRC (1985), c. 32 (4<sup>e</sup> suppl.) et modif.). Ce texte a prévu de manière très élaborée la substitution aux règlements pris par le gouverneur en conseil de normes produites par les compagnies ferroviaires de leur propre initiative ou à la demande du ministre des Transports. Ce dispositif a été remanié en 1999 de façon à accroître encore l'importance de ces normes de substitution (LC 1999, c. 9). Le nouvel art. 3 de la loi indique d'ailleurs qu'elle vise à « favoriser la mise en place d'outils de réglementation modernes, flexibles et efficaces » et à « reconnaître la responsabilité des compagnies de chemin de fer en ce qui a trait à la sécurité de leurs activités ».

Dans son nouvel état, ce dispositif se présente de la façon suivante. Il comporte deux volets, l'un relatif à la construction et à la modification des installations ferroviaires (art. 7), l'autre concernant l'exploitation et l'entretien des installations et du matériel ferroviaires (art. 19 et 20). La substitution s'effectue de manière semblable dans les deux cas; ses effets sont cependant plus significatifs dans le volet « exploitation » que dans le volet « construction ». Dans un cas comme dans l'autre, la matière relève au départ du pouvoir réglementaire du gouverneur en conseil (art. 7(1) et 18(1) et (2.1)). Dans sa version de 1988, la loi n'envisageait la substitution d'autres normes à ces normes réglementaires que dans les domaines à l'égard desquels ce pouvoir réglementaire n'avait pas été exercé (art. 7(2), 19(1) et 20(1)); le texte de 1999 a supprimé cette restriction (art. 7(2) et (2.1), 19(1) et 20(1)). Le nouveau texte soulève donc avec une acuité plus grande la question de la compatibilité des normes de substitution et du règlement. La loi résout cette question de manière différente selon qu'il s'agit des « normes techniques » élaborées en

matière de construction ou des « règles » élaborées en matière d'exploitation. Seules ces dernières ont une valeur contraignante (art. 23(1)) et sont assorties de sanctions pénales au même titre que les règlements (art. 41 (2)), bien que le gouverneur en conseil ou le ministre des Transports puissent y soustraire une installation (art. 22). Dans sa version de 1999, l'art. 49 de la loi étend même à ces « règles » d'exploitation le caractère de prépondérance dont jouissaient déjà les règlements par rapport aux textes d'application de toute autre loi fédérale. En revanche, en cas d'incompatibilité entre les « règles » et un règlement pris en vertu de la *Loi sur la sécurité ferroviaire*, ce dernier prévaut (art. 18(3)). Dans sa version de 1999, la loi envisage d'ailleurs qu'un règlement soit abrogé pour laisser s'appliquer une « règle » visant une compagnie ferroviaire (art. 19(5.1) et 20(4)). La solution s'impose avec moins de clarté dans le cas des « normes techniques » de construction. Celles-ci, en effet, laissent à la compagnie ferroviaire qui en est la destinataire la possibilité de faire approuver des dérogations par le ministre – en principe au préalable (art. 10(1), (3) et (4)). Ces « normes techniques » ont donc un caractère plus indicatif que véritablement contraignant. Il semble aller de soi, cependant, qu'elles interviennent en complément de la réglementation, celle-ci constituant l'encadrement minimal obligatoire. Néanmoins, le texte de 1999 envisage, comme dans le cas des « règles », qu'un règlement soit abrogé pour laisser place à une « norme technique » établie pour le cas d'une compagnie en particulier (art. 7(3) et 19(5.1)).

Ni les « règles » ni les « normes techniques » ne sont considérées comme des textes réglementaires (art. 46). Le contrôle administratif de légalité, ainsi que le régime de publication, de preuve, d'entrée en vigueur et de contrôle parlementaire, prévus à la *Loi sur les textes réglementaires*, ne leur sont donc pas applicables.

Le processus de substitution, du moins dans le cas des « règles », corrige quelque peu le caractère confidentiel que risque de donner à ces documents leur exclusion du régime des textes réglementaires.

L'initiative du processus appartient à la fois au ministre des Transports, qui peut, par arrêté, « enjoindre » une compagnie ferroviaire d'établir des « normes techniques » ou des « règles » (art. 7(2) et 19(1)), et à la compagnie, qui peut spontanément les proposer (art. 7(2.1) et 20(1)). Le défaut par une compagnie de donner suite à l'arrêté du ministre constitue une infraction (art. 41(2)b)) et justifie le ministre d'établir lui-même les normes de substitution (art. 7(3), 19(7) et (9) et 20(4)). Ces normes élaborées par la compagnie doivent être approuvées par le ministre, qui décide si elles « contribuent (...) à la sécurité, compte tenu des usages en la matière, de l'opinion de la compagnie, de celle des organisations consultées et de tout point qu'il juge utile » (art. 7(3), 19(4) et 20(4)). Le ministre peut recourir à une expertise pour éclairer sa décision (art. 19(5)). Sa décision doit en principe intervenir dans un délai de 60 jours (art. 19(10)), dont l'écoulement peut être interrompu par l'ouverture d'une enquête justifiée par des considérations d'intérêt public mises en jeu par le projet de règles (art. 19(11) et 40). En toute hypothèse, d'ailleurs, la loi exige une certaine transparence du processus de substitution, du moins pour ce qui est des « règles » : la compagnie est tenue de recevoir les observations d'« organisations intéressées susceptibles d'être touchées par la mise en œuvre » du projet de règles qu'elle élabore et de joindre ces observations au projet lors de son dépôt auprès du ministre, qui est lui-même tenu, avant de statuer sur le projet,

de recevoir de telles observations et de tenir compte d'éventuelles oppositions fondées sur un motif de sécurité (art. 19(2), (3) et (8)). Ces dispositions manifestent un souci d'ouverture dans le processus d'élaboration des « règles ». Ce souci s'est également manifesté à propos des projets de règlement, que l'art. 50 assujettit exceptionnellement à une procédure obligatoire de publication et de consultation du public.

Alors que le dispositif de substitution de normes prévu à la *Loi sur la sécurité ferroviaire* comporte deux volets, portant respectivement sur des matières distinctes, c'est plutôt d'un dispositif de substitution à deux, voire trois niveaux qu'il faut parler dans le cas de la *Loi sur la sûreté du transport maritime* (LC 1994, c. 40). Cette loi habilite en effet, dans un premier temps, le ministre des Transports à établir des « mesures de sûreté » sur les matières à propos desquelles le gouverneur en conseil est par ailleurs habilité à faire des règlements. Ces « mesures de sûreté » peuvent s'ajouter ou se substituer à des dispositions réglementaires (art. 7). Le ministre peut obliger un exploitant à les mettre en œuvre, ou l'autoriser à le faire si ce dernier le lui demande. L'inexécution de « mesures de sûreté » imposées par le ministre constitue une infraction (art. 9).

Dans un second temps, la loi envisage la substitution aux « mesures de sûreté » exigées ou autorisées par le ministre, de « règles de sûreté » élaborées par l'exploitant de sa propre initiative ou à la demande du ministre (art. 10). Le processus conduisant à l'approbation de ces « règles de sûreté » par le ministre est très voisin de celui qui s'applique aux « règles » prévues à la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. L'inexécution de ces règles de sécurité est constituée en infraction (art. 11).

Enfin, dans un troisième temps, s'il estime que la sécurité n'est pas assurée à bord d'un bâtiment ou dans une installation maritime, le ministre peut y mettre lui-même en œuvre des « mesures de sûreté » qui peuvent s'ajouter aux « mesures de sûreté » établies en vertu de l'art. 7 et aux « règles de sûreté » applicables à l'exploitant (art. 8). La contravention à ces nouvelles normes de substitution est également constituée en infraction (art. 9).

Sans doute inspiré par le souci de s'adapter au plus près aux caractéristiques de chaque navire et de chaque installation, de même qu'à des situations imprévisibles, ce dispositif rend ainsi possible le recours, en partie à l'initiative de l'assujetti, à des normes de substitution de plus en plus spécifiques, appuyées sur la contrainte pénale.

Quant à la *Loi sur les transports au Canada* (LC 1996, c. 10), elle se borne, ainsi qu'on l'a relevé à propos des dispositifs de dérogation (ch. 2, C., 2., a.), à autoriser l'Office des transports à soustraire à une disposition législative ou réglementaire quiconque « a pris des mesures équivalant à l'application effective de la disposition » (art. 80(1)b)). On atteint ici les limites de la notion de substitution, puisque la seule « norme » instituée en remplacement du texte législatif ou réglementaire est le comportement effectif de l'assujetti, et la seule « sanction » utilisable en cas de défaillance est son réassujettissement à ce texte. La contrepartie de la dérogation apparaît donc minimale; de plus, l'octroi de la dérogation dépend d'une large appréciation de l'équivalence des résultats, et n'est entouré d'aucune exigence de preuve, de publicité ou de consultation.

Ces divers dispositifs du droit fédéral des transports évoquent les propositions que contenait le projet de *Loi sur l'efficacité de la réglementation* (P.L. C-62, 1<sup>re</sup> sess., 35<sup>e</sup> législ., 1994), dont un autre aspect a déjà été examiné à propos de la contractualisation du contrôle d'application (ch. 2, C., I., a.). Ce projet envisageait en effet de pratiquer la substitution de normes dans l'ensemble du droit réglementaire fédéral, « notamment en matière de santé et de sécurité publiques et d'environnement » (art. 3). Les règlements susceptibles d'être remplacés par des normes de substitution devaient être désignés par le gouverneur en conseil au moyen d'un règlement assujéti à la prépublication et au dépôt préalable devant le Parlement (art. 4). Ce règlement devait également désigner une « autorité » chargée d'agréer les normes de substitution; cette « autorité » pouvait être un ministre, un organisme administratif, ou une personne ou un organisme de droit privé. L'autorité d'agrément devait faire publier à la *Gazette du Canada* la procédure à suivre pour lui proposer des normes de substitution et les « paramètres » d'après lesquels ces propositions seraient évaluées (art. 6). Cette exigence était d'ailleurs la seule, dans tout le processus de substitution, qui eût été véritablement impérative (art. 17).

Tout assujéti pouvait dès lors proposer à cette autorité des normes de substitution « compatibles avec les objectifs » du règlement qu'elles remplaceraient, et à préciser à quelles personnes, biens ou activités elles s'appliqueraient (art. 5). L'agrément de la proposition ne devait être précédé que d'un minimum de publicité : un avis de la proposition ne devait être donné dans la *Gazette du Canada* que si – cas exceptionnel en droit fédéral – le règlement qu'elle visait à remplacer était soumis à la prépublication; et l'autorité d'agrément devait simplement « s'efforcer de consulter » les personnes et les autorités publiques concernées (art. 7).

Pouvaient être agréées, sur la base des « paramètres » publiés au préalable par l'autorité, les normes de substitution « [satisfaisant] aux objectifs du règlement » et à ceux de la *Loi sur l'efficacité de la réglementation* (art. 9(2)); ces derniers comprenaient notamment le « principe de développement durable », la réduction des dépenses publiques et privées liées à la réglementation et le souci de « rendre plus efficace la réglementation sans compromettre les principes d'égalité, de justice et de responsabilité gouvernementale » (art. 3). L'agrément pouvait par ailleurs être subordonné à diverses conditions, notamment quant à « la communication [de] renseignements [permettant] de contrôler le respect des normes de substitution » (art. 9(3)). Un avis de l'agrément devait être publié à la *Gazette du Canada* (art. 22), mais les normes de substitution elles-mêmes n'étaient pas assujéties à la publication. Il suffisait qu'elles soient « [mises] à la disposition du public » par l'autorité d'agrément, selon des modalités fixées par règlement et sous réserve d'objections fondées sur le secret industriel ou commercial (art. 14 et 15c)). Ni les normes de substitution, ni la procédure et les « paramètres » d'agrément, ne devaient d'ailleurs être considérés comme des règlements au sens de la *Loi sur les textes réglementaires* (art. 16); on peut en déduire qu'ils auraient pu être considérés comme des textes réglementaires et à ce titre soumis au contrôle parlementaire prévu à l'art. 19 de cette loi.

Malgré la faiblesse de cette publicité, les normes de substitution agréées devaient suspendre les effets du règlement dans leur champ d'application, et comporter l'application du « régime pénal et administratif » prévu par la loi habilitant à

prendre le règlement (art. 10). Il était donc clair que les sanctions pénales applicables aux contraventions au règlement étaient transposées sur les normes de substitution, sous réserve que des mesures raisonnables aient été prises pour que les intéressés soient informés de l'existence de ces normes (mais pas nécessairement de leur teneur, comme le prévoit l'art. 11(2) de la *Loi sur les textes réglementaires* en cas d'infraction à un règlement non publié) (art. 10(2) et 15b)). Il semblait aussi que les sanctions administratives (cf. ch. 2 C., 3.) éventuellement prévues en cas de contravention au règlement auraient été applicables aux normes de substitution. On pouvait toutefois se demander si l'expression « régime administratif » englobait également les pouvoirs de surveillance et de contrôle (vérification, inspection, emport, saisie, confiscation, etc.) prévus par la loi habilitante pour assurer l'exécution du règlement.

Ce projet marquait à plusieurs égards (objectifs, portée et effets de la substitution, publicité et caractère impératif du processus d'élaboration et d'approbation des normes) un recul par rapport au prototype fédéral qu'offrait la *Loi sur la sécurité ferroviaire*. Aussi, malgré l'appréciation favorable de plusieurs juristes (Weiler 1995; Reid 1996 : 102-105; Fitzgerald 1997; Savage 1997), a-t-il été abandonné après avoir suscité des réactions méfiantes ou hostiles dans l'opinion publique et fait l'objet d'une critique détaillée dans un rapport préparé pour le Comité mixte d'examen de la réglementation, avant même que celui-ci soit saisi du projet de loi (Comité mixte d'examen de la réglementation 1995).

De cet ensemble de dispositifs québécois et fédéraux ressort une image composite de la substitution de normes. Autour de quelques éléments caractéristiques, que nos premiers exemples laissaient déjà entrevoir, ont pris place tout un ensemble d'éléments subsidiaires, qui ne sont ni forcément présents, ni toujours traités de la même manière. Un bilan sommaire incite à les regrouper sous trois thèmes.

Le processus par lequel est opérée la substitution de normes reçoit un aménagement variable. Ainsi, son déclenchement peut être imposé par le Parlement, dépendre d'une décision contraignante d'une autorité administrative, ou dépendre de l'initiative d'un assujetti. Il peut faire l'objet de mesures de publicité dès son déclenchement, dès qu'un projet de normes de substitution est élaboré, dès que ce projet est soumis à la décision d'une autorité administrative, ou seulement une fois cette décision rendue. L'ampleur et la forme de la publicité des normes elles-mêmes font l'objet de règles variées. La nature même du processus conduisant à la substitution change d'un régime à l'autre : elle semble admettre dans la plupart des cas une certaine négociation des normes avec l'assujetti, mais l'ouverture de cette négociation à l'intervention de tiers, la délimitation de l'intérêt justifiant une telle intervention, et le moment auquel l'intervention peut avoir lieu, n'ont pas fait l'objet de solutions uniformes.

La teneur des normes de substitution n'apparaît pas sous le même jour d'un régime à l'autre. Un niveau élevé d'individualisation les caractérise certainement; mais si elles concernent le plus souvent un seul assujetti, il arrive qu'elles bénéficient à un groupe d'assujettis, ou qu'elles connaissent une surspécification pour ne viser qu'une partie des activités d'un assujetti. Leur rapport aux normes réglementaires auxquelles elles sont substituées peut varier; alors que certains régimes évoquent une équivalence globale entre les résultats des deux formes d'encadrement, certains

dialogue circonscrit à l'autorité administrative et un seul assujetti risque d'aggraver le risque d'imprégnation de cette autorité administrative par les valeurs, les perspectives et les intérêts des assujettis, et notamment des plus puissants d'entre eux.

La *teneur* de la norme de substitution témoigne elle aussi de ce phénomène d'éclatement du droit. Elle ne recherche plus, en effet, la sécurité juridique dans la constance de la règle adressée et applicable à tous, mais au contraire dans la correspondance parfaite avec le comportement de chaque assujetti, dont elle représente la « validation » juridique (Halley 1998 : 18). La prolifération des normes de substitution signifie la multiplication des régimes juridiques particuliers, issus de négociations menées par des interlocuteurs différents, à des moments différents et dans des conjonctures et des conditions variables : la cohérence de ces normes multiples, tout comme leur adéquation aux objectifs publics, paraissent inéluctablement compromises (Ayres et Braithwaite 1992 : 107; Halley 1998 : 34; Morand 1999 : 151).

Le postulat d'équivalence de résultats entre la norme réglementaire et la norme de substitution est parfois, ou l'a vu, le seul rempart opposé à ce morcellement du droit. Mais la simple affirmation de ce postulat ne saurait constituer à elle seule une garantie suffisante. Même l'intervention, prévue par le projet de loi C-62, de « paramètres d'évaluation » des normes de substitution dans un domaine réglementaire donné ne paraît pas constituer une réponse suffisamment précise au besoin que les normes de substitution soient au moins équivalentes à la norme réglementaire qu'elles visent à remplacer. L'atteinte de cette équivalence doit être démontrée. Cette preuve doit incomber à l'assujetti, et faire référence précisément aux normes réglementaires visées par la substitution, de sorte que l'approbation éventuellement donnée puisse elle aussi porter sur le remplacement de dispositions réglementaires précises. La teneur de la norme de substitution apparaît dès lors moins comme l'expression d'un arrangement de type contractuel entre l'administration et l'assujetti, et davantage comme l'autorisation administrative d'un comportement apprécié en regard d'une obligation de résultat (*cf.* ch. 2, B., 1., a.).

Plus fondamentalement, on peut s'interroger sur la nécessité de cet éclatement de la teneur des normes. Les objectifs d'adaptabilité et de flexibilité des normes doivent-ils nécessairement commander la généralisation de « normes sur mesure » ? Peut-on admettre sur une grande échelle que le traitement d'une matière au moyen de règles de droit commence, paradoxalement, par considérer que les cas individuels sont irréductibles à la règle ? N'y a-t-il pas là un renoncement fatal à l'idée même de droit : une perte de confiance en la capacité du droit à se saisir de la réalité au moyen de catégories rationnellement et empiriquement valides ? La raison publique peut-elle s'exprimer couramment sur le mode de son propre effacement devant la décision privée ? La règle peut-elle durablement se concevoir comme le résidu d'une infinité d'exceptions ?

Car le risque paraît grand de voir la substitution de normes glisser vers la régularisation, au coup par coup, de pratiques dérogatoires. Si quelques-uns des dispositifs actuellement édictés soulignent expressément qu'ils ne sont destinés à servir qu'exceptionnellement, d'autres se présentent comme le mode normal d'encadrement de certaines activités. Le projet de loi C-62 a montré qu'aux yeux de certains, la substitution de normes est une forme d'action étatique susceptible d'une ample généralisation. En tant que norme individualisée, issue non pas de

l'action du juge, ni même de celle de l'administrateur public appliquant une norme de type législatif, mais d'une transaction entre cet administrateur et un acteur privé, la norme de substitution ne paraît pouvoir se légitimer que pour le traitement de cas véritablement exceptionnels (Halley 1998 : 35).

Les effets de la substitution de normes, tels qu'ils sont développés dans les textes que nous avons examinés, ne vont pas sans soulever eux aussi des interrogations fondamentales. Celles-ci paraissent toutefois découler non pas du phénomène d'éclatement observé dans le processus de substitution ou dans la teneur des normes de substitution, mais plutôt de la tentative de réintégrer ces normes éclatées, caractérisées par leur singularité, dans le régime normal des effets attachés à une norme de type législatif. En effet, on l'a vu, les différentes expériences de substitution de normes attribuent à la norme singulière, une fois celle-ci substituée à la norme réglementaire, les effets normalement produits par une norme de type législatif, notamment la mise en jeu de la contrainte pénale et la possibilité d'exercer un contrôle administratif d'exécution.

Or, la contrainte pénale et le contrôle administratif ont en principe pour objet de garantir la conformité des conduites à une règle formulée de manière unilatérale, abstraite et impersonnelle. Lorsque ces garanties sont étendues à l'exécution de normes individualisées (par ex. le respect des conditions dont est assorti un permis d'exploitation, ou des conditions mises à la libération anticipée d'un détenu), il s'agit toujours de garantir la conformité à une norme imposée, formulée en application de règles de type législatif. La part de consensualisme dans l'élaboration de cette norme reste très faible, quand elle n'est pas nulle.

La norme de substitution, en revanche, s'écarte de ce modèle dans la mesure où elle s'analyse comme une transaction entre l'autorité administrative et l'assujéti. L'élément de consensualisme et d'individualisation est si fort – le processus d'élaboration et la teneur des normes de substitution en témoignent – qu'il devient malaisé de « faire comme si » cette norme s'incorporait à la légalité générale et donnait donc lieu, en pleine légitimité, à l'exercice de la contrainte publique. Toute une série d'interrogations surgissent en effet au moment où l'on veut donner à la norme de substitution le bénéfice des garanties pénales et administratives d'exécution.

D'entrée de jeu, on peut se demander si la juxtaposition de normes d'origine consensuelle et de normes légales ne remet pas implicitement en cause le caractère raisonnable de celles-ci; cette interrogation ne peut manquer d'apparaître dès le moment où le régime des exceptions prend le pas sur le « droit commun » de la matière. Or, le caractère raisonnable attendu d'une norme légale garantie par des sanctions pénales tient à ce que cette norme renvoie implicitement à des exigences éthiques très largement reconnues. La norme de substitution s'affranchit au contraire, a priori, de cette référence à l'éthique commune (Ayres et Braithwaite 1992 : 120). Son existence est donc susceptible, sous couvert d'« accommodements » justifiés par le pragmatisme, de creuser l'écart entre le droit et l'éthique et donc de miner les assises morales de la légalité.

En second lieu, les normes de substitution paraissent peu conciliables avec certains traits fondamentaux de la légalité. Les exigences constitutionnelles de précision et de notoriété de la norme – particulièrement si elle est assortie de sanctions

exigent une équivalence mesurée à l'échelle de chaque disposition réglementaire, d'autres envisagent expressément que les normes de substitution comportent des exigences plus élevées, et d'autres encore admettent aussi bien l'allègement que le relèvement par rapport aux exigences réglementaires.

Enfin, les *effets* de la substitution ne sont pas non plus conçus de manière uniforme. Certes, il ressort généralement que les normes de substitution sont contraignantes pour l'assujetti, que leur existence suspend l'applicabilité de la réglementation, et que leur violation expose aux mêmes sanctions pénales que l'infraction au règlement. La qualification d'acte réglementaire leur est souvent expressément déniée, ce qui entraîne l'assujettissement du processus de substitution au régime des décisions administratives individualisées. Mais certaines conséquences n'en sont pas toujours tirées, notamment quant à l'applicabilité des moyens de surveillance prévus par la loi ou des sanctions administratives.

La disparité observable dans le traitement de ces multiples aspects de la substitution de normes s'explique aisément : cette forme d'action étatique est encore une pratique expérimentale. Le sort du projet de loi C-62 montre qu'avant que cette pratique puisse recevoir une application plus étendue, la problématique qu'elle soulève devra être maîtrisée.

#### **b. Une problématique d'éclatement du droit**

À l'analyse, la substitution de normes se révèle comme une manifestation particulièrement éloquente de l'infléchissement des formes juridiques de l'action étatique évoqué au ch. 1 (A., 2., b.). Comme le reconnaît un partisan de la substitution de normes, il s'agit de combiner de manière inédite la forme contractuelle, empruntée au droit privé, et la sanction pénale, empruntée au droit public répressif (Savage 1997 : 256). Ces expériences d'« hybridation du droit public et du droit privé » (Morand 1999 : 147) impliquent une altération profonde des visées de la régulation juridique (Weiler 1995 : 107), dont il n'est pas sûr que notre philosophie du droit puisse facilement s'accommoder (Ayes et Braithwaite 1992 : 123). Analysant par exemple le régime des attestations d'assainissement dans le droit québécois de l'environnement, Maryse Grandbois le décrit en termes d'éclatement : « Éclaté en une multitude de normes privées plus ou moins confidentielles, [le droit de l'environnement] ne conserve aucune des caractéristiques de la réglementation. D'ailleurs, celle-ci, mise en sourdine, ne s'applique plus que par défaut » (Grandbois 1999b : 588). Valable au-delà du domaine de l'environnement, ce constat d'éclatement paraît concerner la substitution de normes en général, sous les trois aspects évoqués plus haut : le processus de substitution, la teneur des normes de substitution, et les effets de la substitution.

Le *processus* de formation d'un droit démocratique comporte un effet d'inclusion, qui conditionne sa légitimité. « Tout le peuple statue » par la loi, selon le *Contrat social*; à sa manière, l'image de la « Reine en son Parlement » renvoie elle aussi à cette convergence des apports de tous à la détermination de l'action publique. Certes, les conséquences de ce postulat ne sont pleinement développées que pour la législation; mais la *Loi sur les règlements* en a reconnu naguère la pertinence pour le processus d'élaboration des règlements : chacun peut, aujourd'hui, s'exprimer sur un projet de réglementation. La publicité des lois et des règlements,

indissociable de leur obligatorité, comme d'ailleurs celle de nombreux autres actes des pouvoirs publics, et l'existence de collections officielles de ces textes, renvoient à l'unité du droit, mais aussi à l'engagement de tous dans et par le processus qui le produit.

Ces évidences, parfaitement intériorisées par les juristes, ne doivent pas passer inaperçues lorsqu'on examine le processus de substitution de normes. En effet, ce processus, tel qu'il ressort des exemples présentés plus haut, ne recherche pas, ou plus autant, l'effet d'inclusion. Au motif que la norme qu'il s'agit de substituer à la norme réglementaire ne sera applicable qu'à un seul, le processus de son élaboration est généralement conçu sur le modèle de la négociation avec cet assujetti. Certes, ce modèle admet souvent aussi la possibilité, plus ou moins discrétionnaire, pour une autorité administrative d'imposer la substitution et même la norme à substituer. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, le modèle conserve un caractère essentiellement, voire exclusivement, dialogique. Subissant l'attraction du modèle des négociations de contrats commerciaux, il se pliera facilement à la demande de confidentialité formulée par l'assujetti (Grandbois 1999b : 587). La participation de tiers, lorsqu'elle est prévue, est soit symbolique (admise à un stade ou sous une forme qui ne lui permet pas de peser efficacement sur l'issue du dialogue), soit limitée (à un cercle immédiat d'intérêts, tracé par les deux interlocuteurs initiaux). Bien que la norme de substitution soit présentée comme l'équivalent fonctionnel de la norme réglementaire, leurs processus de formation respectifs sont donc profondément différenciés.

Les effets pervers de cette substitution de procédure sur le plan de la transparence et, en dernière analyse, de la légitimité (Weiler 1995 : 109; Halley 1998 : 35) ne sont que partiellement compensés par l'exigence que le résultat de la négociation soit entériné par un ministre, autorité politiquement responsable. Cette responsabilité demeure plus théorique que réelle tant qu'une publicité suffisante et systématique n'est pas donnée à la délibération du ministre et au résultat de la substitution. L'existence d'un registre central des décisions portant substitution de normes, sur le modèle de l'art. 118.5 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, constitue à cet égard le minimum indispensable à un examen critique de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'approuver les normes de substitution.

Enfin, le réalisme impose de tenir compte des « pesanteurs sociologiques » susceptibles de faire dériver le processus de substitution de normes. Tous les assujettis, en effet, n'auront pas un égal accès à ce processus : la possibilité de négocier les normes risque de ne bénéficier qu'aux assujettis les plus puissants, les mieux informés, et dont les moyens financiers, techniques et juridiques – pour ne pas parler du poids politique – sont à la mesure de l'intérêt économique que peut présenter la substitution (Halley 1998 : 37). Le projet de loi C-62 tentait de limiter cet effet de sélectivité en envisageant que soit appliquée une procédure moins exigeante aux propositions de substitution présentées par des assujettis disposant de ressources plus faibles. Par ailleurs, il y a lieu de redouter que se manifeste et se creuse avec le temps un déséquilibre de l'expertise technique entre les assujettis et l'autorité administrative, en faveur des premiers; ce risque, inhérent à tout recul de l'encadrement étatique, a déjà été signalé à propos de l'autocontrôle (ch. 2, C., 1., c.). Enfin, la transformation du processus d'élaboration des normes dans le sens d'un

pénales – sont mises en cause. Ces exigences, formulées en fonction de la norme de type législatif, visant abstraitement et de manière impérative un nombre indéterminé d'assujettis, portent à faux lorsqu'on tente de les appliquer aux normes de substitution. Celles-ci sont en effet conçues à l'adresse d'un seul assujetti, à l'issue d'un processus de type consensuel, et en rapport immédiat avec sa situation concrète. Quelles conséquences tirer, dans ce contexte, de l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité ? Comment comprendre l'exigence de précision ? Ces exigences tirées du caractère public de la norme, et dont dépendent son obligatorité et la possibilité de la garantir par des sanctions pénales, perdent leur pertinence en présence de ce « droit pénal privé ».

En troisième lieu, la substitution de normes a pour effet de transformer la nature de l'opération d'application. Le régime administratif d'application des normes légales admet, au nom du caractère universel et impératif de la légalité, des atteintes au domaine privé, voire à la liberté des personnes, de la part de l'autorité publique. Ces atteintes demeurent limitées par la loi et par les garanties constitutionnelles. La substitution aux normes légales de normes à caractère consensuel pose sous un jour tout à fait différent le problème du contrôle d'application et des moyens qu'il permet de mettre en œuvre. Ceux-ci semblent devoir reposer sur le droit des contrats plutôt que sur la contrainte unilatérale de la part de l'État. La transparence nécessaire au contrôle d'application n'est alors nullement garantie : comment contraindre le bénéficiaire de la substitution de normes à divulguer les données relatives à son activité, dont la connaissance exacte conditionne toute vérification de conformité (Grandbois 1999b : 587) ? La logique de cette transformation du contrôle d'application était poussée à son terme par le projet fédéral de *Loi sur l'efficacité de la réglementation*, qui envisageait que ce contrôle soit confié à un organisme de droit privé.

Même si l'approbation des normes de substitution continue de relever d'une autorité publique, et demeure donc qualifiable comme acte administratif, elle change de nature et donc de régime : il ne s'agit plus d'un acte réglementaire, mais plutôt d'une décision individualisée concernant le destinataire de ces normes et un cercle plus étroit de personnes intéressées. Tout débat sur la légalité de cet acte ne mettra donc pas en présence les mêmes participants et arguments que s'il s'agissait d'un acte réglementaire (Weiler 1995 : 116-117).

Au-delà de ses effets insolites sur le rôle de l'administration publique dans l'élaboration et la mise en œuvre des règles de droit, la substitution de normes met en cause notre conception de la primauté du droit elle-même. Au-delà de sa justification rhétorique par l'invocation d'une nécessaire réduction de l'interventionnisme étatique, elle se recommande en dernière analyse par un souci de pragmatisme. On peut se demander, avec Paule Halley, si des considérations pragmatiques nous autorisent à délaissier les valeurs toujours menacées qu'incarne la légalité (Halley 1998 : 35).

### **c. Évaluation**

C'est sur la toile de fond constituée par cette problématique que se présente maintenant la question du choix de la substitution de normes parmi l'ensemble des formes d'action étatique. Avant d'indiquer quelle appréciation peut être portée sur

la substitution de normes à partir des cinq critères de justification de ce choix, il convient de revenir sur l'idée de subsidiarité.

L'idée de subsidiarité, on l'a vu, est à la base de la substitution de normes. Elle consiste en effet à dire que la réglementation d'origine étatique doit, aussi souvent que possible, n'intervenir qu'à titre subsidiaire. Légèrement en retrait par rapport à l'objectif d'autoréglementation intégrale, elle conduit à reconnaître aux acteurs sociaux – et singulièrement aux entreprises – une vocation à concevoir eux-mêmes les normes devant régir leur activité, l'imposition d'une réglementation étatique ne se justifiant que si les normes autoproduites sont insusceptibles de servir les objectifs d'intérêt général visés par l'encadrement de cette activité, ou se révèlent incapables de les atteindre.

La portée que peut prendre l'idée de subsidiarité dépend donc de l'optimisme avec lequel on envisage la capacité des acteurs sociaux de produire par eux-mêmes des normes adéquates aux exigences de l'intérêt général. Si cet optimisme est faible, la possibilité de substituer à la réglementation étatique des normes autoproduites apparaîtra comme exceptionnelle. Si ce niveau de confiance est élevé, c'est au contraire la réglementation étatique qu'on sera tenté de considérer comme un recours exceptionnel. Les textes présentés en a. témoignent d'importantes variations de ce niveau d'optimisme, et donc de la portée envisagée pour la substitution de normes. L'évaluation de cette forme d'action étatique doit tenir compte de ces variations d'amplitude. Dans la majorité des cas, le Parlement a souligné de diverses manières qu'il n'envisageait qu'un recours exceptionnel à la substitution de normes. Cependant, la *Loi sur la qualité de l'environnement* et surtout le projet fédéral de *Loi sur l'efficacité de la réglementation* laissent entrevoir que cette forme d'action étatique pourrait éventuellement se déployer sur une plus grande échelle et donner un caractère beaucoup plus nettement subsidiaire à l'intervention de l'État dans divers secteurs d'activité.

Globalement, la substitution de normes appelle une évaluation assez semblable à celle qui a été formulée au chapitre 2 (C., 1., c.) à propos de la contractualisation du contrôle d'application et de l'autocontrôle. Cette convergence était prévisible, puisque ces diverses formes d'action étatique impliquent, pour l'essentiel, le même genre de transfert de responsabilités de l'administration publique vers l'assujetti; il s'agissait alors des tâches d'exécution de la norme, il s'agit maintenant de la formulation même de la norme. La substitution de normes paraît donc justifier une appréciation favorable du point de vue de la compétence technique et, dans une moindre mesure, de l'économie de moyens et de l'équité. En revanche, elle paraît beaucoup plus difficile à concilier avec les exigences de la qualité de l'espace public et avec celles de la maîtrise politique.

Comme c'était le cas en matière de dérogations et de tolérances (ch. 2, C., 2., c.), l'appréciation portée sur la base de plusieurs de ces critères sera colorée par une variable particulièrement significative : le degré de transparence que présente un dispositif de substitution de normes.

Le critère de **compétence technique** donne de la substitution de normes à la fois une vision optimiste et une appréciation favorable. Comme on l'a vu à propos de plusieurs autres formes d'action étatique, ce critère part de l'idée que l'assujetti

est celui qui connaît le mieux les conditions d'application d'une réglementation. Cette reconnaissance de l'expertise de l'assujetti – par qui l'on entend généralement l'exploitant de l'entreprise – justifie que l'on recoure à lui, non seulement pour assurer le contrôle d'application de cette réglementation, mais aussi pour élaborer les règles au moyen desquelles tel ou tel objectif d'intérêt public s'imposera à son activité. Dans certains dispositifs, on l'a vu en **a.**, l'assujetti peut être contraint par l'autorité administrative d'élaborer des normes destinées à se substituer, dans son cas, à la réglementation étatique. Cette obligation faite à l'assujetti témoigne clairement de la conviction du Parlement que c'est bien l'assujetti qui, dans certaines hypothèses, est le mieux placé pour concevoir des règles parfaitement adaptées à la situation visée. Le plus souvent, cependant, cette aptitude technique supérieure apparaît simplement comme vraisemblable : l'initiative de la substitution de normes revient alors à l'assujetti.

De manière plus ou moins explicite selon les cas, le Parlement a confirmé l'importance des considérations d'efficacité technique en exigeant que soit établie (ou du moins, appréciée par l'autorité administrative) l'équivalence de résultats entre les normes dont la substitution est proposée et la réglementation qu'elles sont destinées à remplacer. Cette exigence suppose la confrontation d'expertises et tend à faire prévaloir, dans la décision d'autoriser la substitution de normes, les motifs avancés de divers points de vue (administration, consommateurs, usagers, travailleurs, concurrents, scientifiques et techniciens, groupements d'intérêts) par les détenteurs de connaissances spécialisées.

En revanche, une fois les normes autoproduites substituées à la réglementation, il se peut que les exigences de compétence technique trouvent plus difficilement satisfaction. On retrouve ici certaines des réserves déjà formulées à propos de l'autocontrôle (ch. 2, **C.**, **1.**, **c.**) et de l'autoréglementation intégrale (**A.**, **1.**, **c.** *supra*). Ces réserves concernent les possibilités de confrontation et de critique à la lumière de l'expertise externe à l'assujetti. L'existence de telles possibilités suppose une certaine transparence de la part de l'assujetti. Or, cette transparence lui apparaîtra souvent peu conciliable avec la nature (notamment commerciale) de son activité. Il paraît donc nécessaire, pour que la substitution de normes demeure justifiable sur le plan de la compétence technique, qu'un cadre réglementaire impose au bénéficiaire de la substitution une exigence de transparence. Les normes de substitution doivent, par l'effet de cette réglementation, rester exposées à la critique technique, notamment quant à leur mise en œuvre et à leur actualisation. Dans la logique de la substitution, la fonction de critique technique serait assumée en première ligne, non par l'administration publique, mais par les tiers intéressés à l'atteinte des objectifs d'intérêt public que les normes de substitution sont censées poursuivre. Bref, si l'expertise technique de l'assujetti est bien l'assise de la substitution de normes, elle ne saurait être considérée comme la seule expertise pertinente.

Le critère de l'**économie de moyens** conduit, pour des motifs voisins, à une appréciation assez favorable de la substitution de normes. Le recours aux connaissances de l'assujetti, à son sens des responsabilités et à sa juste compréhension de ses intérêts peut être présenté comme un moyen de maximiser l'efficacité et l'effectivité dans la mise en œuvre des objectifs publics et en même temps comme un moyen de minimiser le coût global de cette mise en œuvre.

Cette analyse des effets de la substitution de normes repose sur le postulat que des normes autoproduites par l'assujetti sont mieux adaptées et mieux intégrées à son activité. L'effet psychologique escompté de cette prise en charge de la définition des normes représente l'essentiel de l'idée d'encadrement consenti. On peut penser, en effet, qu'en s'appropriant la formulation des règles, l'assujetti se motive lui-même à en assurer la mise en œuvre avec conviction mais en économisant ses ressources. C'est donc sur le moyen terme, et au niveau de la mise en œuvre des normes plutôt qu'à celui de leur conception, que l'économie de moyens est le plus susceptible d'apparaître. Elle est donc plutôt un effet induit qu'une conséquence immédiate de la substitution de normes.

Corrélativement, l'économie réalisée sur les moyens de l'État n'est pas immédiatement apparente. Puisque, en effet, la réglementation étatique préexistante demeure à titre subsidiaire – c'est-à-dire dans toute la mesure où elle n'est pas remplacée par des normes de substitution –, l'État doit continuer à supporter les coûts d'actualisation de cette réglementation. Il est vrai qu'il peut, dans cette tâche d'actualisation, tirer parti des avancées techniques réalisées par les bénéficiaires d'une substitution de normes. L'obtention de cet avantage par l'État suppose toutefois une transparence suffisante de la part des bénéficiaires.

Par ailleurs, et même en supposant que la substitution de normes s'accompagne d'un recours à l'autocontrôle d'application, l'État doit conserver une capacité de surveillance « de deuxième ligne ».

Enfin, comme on l'a déjà noté à propos d'autres formes d'action étatique comportant un transfert de responsabilités vers les assujettis, il faut tenir compte du risque que les économies de moyens se réalisent aux dépens de l'atteinte effective des objectifs d'intérêt public visés par la réglementation. L'effet d'internalisation que comporte la substitution de normes autoproduites à des normes imposées peut être positif; mais il peut aussi encourager le laxisme, les « raccourcis » périlleux ou l'installation dans le moindre effort.

Les avantages de la substitution de normes, du point de vue de l'économie de moyens, ne sont donc ni suffisamment directs ni suffisamment assurés, pour justifier plus qu'une appréciation modérément favorable de cette forme d'action étatique.

Le critère d'équité conduit lui aussi à une appréciation plutôt favorable, mais nuancée. Ce critère tend à valoriser l'individualisation de l'action étatique, sous la double condition que cette individualisation se moule dans un processus régularisé et n'aboutisse pas à traiter différemment des situations identiques. Puisque la substitution de normes a précisément pour but d'adapter les règles à la situation concrète et particulière d'un assujetti ou d'un groupe relativement limité d'assujettis, elle comporte manifestement une recherche d'équité par la prise en compte de cette situation. Il est tout aussi manifeste, cependant, que la substitution de normes appelle de sérieuses réserves sur les plans de la régularité du processus et de l'uniformité de traitement.

L'accès au processus de substitution – et donc la possibilité de remplacer éventuellement les normes étatiques par des normes autoproduites – devrait en principe être ouvert à tous les assujettis. En pratique, il risque de ne l'être qu'aux plus puissants d'entre eux, ceux qui ont les moyens humains, techniques et financiers

d'élaborer des normes de substitution, de les mettre en œuvre, et de convaincre l'administration publique de l'opportunité de les substituer aux normes étatiques. Le processus de substitution doit tenir compte de cette réalité et tendre à en éviter les conséquences néfastes. Il est donc indispensable, pour satisfaire aux exigences de l'équité, que le processus s'impose à quiconque entend s'en prévaloir, qu'il présente une transparence suffisante et que les coûts en soient répartis de manière à tenir compte de l'inégalité des ressources.

Le processus de substitution devrait également, dans la perspective de l'équité, comporter une démonstration et une vérification de l'équivalence de résultats entre les normes de substitution et les normes étatiques. Cette démonstration et cette vérification devraient être conduites dans des conditions de transparence. Ces conditions seront particulièrement difficiles à garantir en présence d'intérêts légitimes au secret commercial et technologique : on peut estimer raisonnable, cependant, que celui qui demande à bénéficier d'un traitement dérogatoire soit contraint, pour justifier ce traitement, de compromettre une partie de ces intérêts. Par ailleurs, la démonstration et la vérification de l'équivalence de résultats ne devraient pas déboucher sur une appréciation purement discrétionnaire de la part de l'autorité publique : chaque décision en faveur de l'individualisation des normes doit pouvoir se justifier objectivement et montrer sa cohérence avec d'autres décisions semblables. Ici apparaît, sur le plan de l'équité, la nuance entre la technique de la dérogation et celle de la substitution de normes. En effet, la dérogation, on l'a vu, a vocation à traiter une situation exceptionnelle ou momentanée; la substitution de normes, en revanche, vise à répondre aux données individuelles stables d'une situation qui n'est pas forcément exceptionnelle. D'où la possibilité d'exiger la justification d'une substitution de normes par des considérations plus larges que le simple constat d'un cas *sui generis*, qui pourrait suffire à fonder l'octroi d'une dérogation. En dernière analyse, alors que la dérogation implique une rupture délibérée avec l'idée d'uniformité de traitement, la substitution de normes s'inscrit à l'intérieur du principe d'égalité. Ce n'est que par là qu'on peut expliquer que le Parlement ait prévu dans la plupart des cas l'extension, aux normes de substitution, du régime pénal applicable aux normes d'origine étatique.

D'ailleurs, si les sanctions pénales ne s'appliquent pas à la violation des normes de substitution, un risque supplémentaire d'atteinte à l'équité se manifeste : la sanction de la non-conformité aux normes de substitution se privatise, et prend les formes prévues par l'acte autorisant la substitution. La sanction serait alors, selon toute vraisemblance, objet de négociation entre l'assujéti et l'instance de surveillance. Elle revêtirait, comme la norme de substitution elle-même, un caractère consensuel. Seule une parfaite transparence pourrait alors restaurer une garantie minimale d'équité au regard de l'intérêt public et des intérêts de l'ensemble des assujettis.

Sous l'angle de la **maîtrise politique**, les inconvénients de la substitution de normes l'emportent assez nettement sur ses avantages. Certes, l'examen d'un certain nombre de dispositifs a montré que le Parlement et le gouvernement se sont ménagé un contrôle plus ou moins poussé sur le processus de substitution de normes. Ainsi, il revient au Parlement de circonscrire par la loi les cas d'ouverture à la substitution de normes, ou du moins de charger le gouvernement de le faire par règlement. Sauf dans le projet fédéral de *Loi sur l'efficacité de la réglementation* et, virtuellement,

dans la *Loi sur la qualité de l'environnement*, ces cas d'ouverture sont assez étroitement circonscrits. Le processus de substitution fait lui-même l'objet, dans plusieurs cas, de prescriptions législatives ou réglementaires assez détaillées. Il est significatif que ce soit particulièrement le cas du dispositif prévu à la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, la substitution n'étant pas, dans ce cas, autorisée par le gouvernement ou un ministre mais par la CSST, organisme administratif autonome. Le plus souvent, en effet, le pouvoir d'autoriser la substitution de normes appartient à un ministre, qui en est donc comptable devant le Parlement.

Une fois la substitution autorisée, cependant, les considérations de maîtrise politique se font nettement moins présentes. Or, précisément en raison du risque d'éclatement du droit que comporte le recours à la substitution de normes, il est nécessaire que le Parlement et le gouvernement disposent en permanence d'une vue d'ensemble du phénomène, de manière à pouvoir intervenir s'ils en jugent le développement nuisible à l'intérêt public et à la cohésion sociale. Cette vue d'ensemble implique que le Parlement soit, comme dans le cas des dérogations (*cf.* ch. 2, C., 2., b.), tenu informé des substitutions autorisées, de leur justification, et de la teneur des normes de substitution. L'institution d'un registre public, également souhaitable pour d'autres raisons, est donc un préalable au maintien d'une maîtrise politique suffisante sur le recours à la substitution de normes.

Dans la mesure cependant où elle s'inspire de l'idée de subsidiarité, la substitution de normes paraît comporter de manière inhérente une tendance à l'affaiblissement de la maîtrise politique. Certes, l'idée de subsidiarité peut être comprise et appliquée aux rapports entre autorités politiques; elle peut alors servir à structurer les rapports entre État et collectivités infra-étatiques, entre État fédéral et États fédérés, entre confédération et États fédérés. Mais dans une version plus étendue ou plus radicale, l'idée de subsidiarité peut être comprise et appliquée – notamment sous la forme d'une substitution de normes – aux rapports entre pouvoirs publics et personnes privées, de manière à refouler les premiers vers une position d'acteur subsidiaire de la vie et de l'organisation des sociétés. Les enjeux de ce repli du politique sont considérables. Les exigences de maîtrise politique inhérentes à la démocratie commandent donc que ce repli s'effectue prudemment, en bon ordre, avec une vision stratégique qui préserve la possibilité de reprendre au besoin le terrain cédé.

Les dispositions prises en ce sens dans les textes examinés en a. ne sont pas uniformément rassurantes. Elles indiquent tout de même, dans leur ensemble, que la substitution de normes n'est encore envisagée, à juste titre, qu'avec prudence par le Parlement. L'un et l'autre constat justifient que soit porté sur cette forme d'action étatique, sous l'angle de la maîtrise politique, un jugement assez défavorable.

Le critère de **qualité de l'espace public** justifie, quant à lui, une appréciation très défavorable. L'effet d'internalisation des règles produit par la substitution de normes semble impliquer que celles-ci sortent de l'espace public dans lequel se forme et se déploie la réglementation étatique. À la différence de cette réglementation, les normes de substitution sont formulées, examinées, approuvées et mises en œuvre dans des conditions qui n'admettent qu'une participation limitée du public. Ici encore, le manque de transparence fait craindre que les fonctions de communication, de délibération, d'imputabilité et d'évaluation, liées à l'existence d'un espace public, ne soient rendues largement inopérantes.

Du point de vue de ce critère, la substitution de normes ne peut être envisagée avec faveur que si, au minimum, trois conditions sont réunies. L'approbation de normes de substitution devrait, en premier lieu, être précédée d'un débat public aussi ouvert et aussi ample que celui auquel sont soumis les projets de réglementation étatique. L'autorisation de substituer aux normes étatiques des normes autoproduites devrait, en second lieu, comporter l'obligation de donner à ces dernières une publicité fonctionnellement équivalente à celle que reçoit la réglementation étatique. Cette publicité pourrait donc emprunter d'autres canaux que la *Gazette officielle du Québec*, pour autant que soit assurée en permanence la diffusion des normes de substitution à l'ensemble des parties prenantes à la situation visée par ces normes. Enfin, la substitution de normes ne devrait être envisagée que si un espace public est constitué autour de cette situation d'application; c'est-à-dire s'il est prévu un ensemble de mécanismes (parmi lesquels, précisément, cette diffusion permanente des textes de normes) permettant aux parties prenantes d'exercer les fonctions de participation, de communication, d'examen critique, d'imputabilité et d'évaluation. La délimitation du cercle de ces parties prenantes serait manifestement l'un des enjeux de la procédure d'autorisation d'une substitution de normes. Cet espace public plus restreint, particularisé, est en quelque sorte substitué à l'espace public général dans lequel se forme et se définit la normativité étatique. Il remplit, à cette échelle plus réduite, la même fonction de légitimation des normes au regard de ceux qu'elles concernent.

Les dispositifs de substitution de normes existants ne répondent qu'imparfaitement à ces exigences de qualité de l'espace public. Tant qu'il ne sera pas fait plus largement droit à ces exigences, la substitution de normes restera affectée d'une connotation d'opacité. Or, la satisfaction de ces exigences, qui renvoient encore une fois à une nécessaire transparence dans la vie des règles, se heurte à de sérieux obstacles psychologiques et pratiques, compte tenu notamment du cadre juridique actuel de l'entreprise et du niveau de responsabilité sociale qu'elle se reconnaît généralement. Dès lors, le recours à la substitution de normes ne peut aujourd'hui que susciter de profondes réserves du point de vue de la qualité de l'espace public.

Au total, donc, l'évaluation de la substitution de normes à partir des cinq critères de justification d'un choix parmi les formes d'action étatique produit le résultat suivant. Cette forme d'action étatique ne devrait être envisagée que si la nature de la tâche à accomplir impose de faire nettement prévaloir des considérations de compétence technique. Des motifs tirés de l'économie de moyens et de l'équité pourraient également soutenir ce choix. En revanche, cette forme d'action étatique serait inappropriée si la tâche à accomplir met au premier plan les exigences de qualité de l'espace public, et peu recommandable si elle requiert un niveau élevé de maîtrise politique. Le tableau suivant résume cette évaluation :

CRITÈRES				
<b>Maîtrise politique</b>	<b>Qualité de l'espace public</b>	<b>Équité</b>	<b>Compétence technique</b>	<b>Économie de moyens</b>
Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable	Assez favorable

### 3. L'idée de partenariat : la contractualisation des normes

Cette troisième variation sur le thème de l'encadrement consenti se démarque des deux précédentes sur deux plans. D'une part, la contractualisation des normes, comme l'indique son appellation, produit des normes d'essence contractuelle, et non pas d'essence réglementaire comme le font les dispositifs d'autoréglementation ou de substitution de normes. Dans ces deux derniers cas, en effet, la distance est prise par rapport à la réglementation *étatique* : celle-ci est remplacée par une autre sorte de réglementation, autoproduite cette fois. La contractualisation des normes, quant à elle, accuse la distance par rapport à l'idée de réglementation au sens de norme produite par un auteur unique : elle valorise l'idée de coproduction des normes par l'État et les assujettis. Les normes ainsi produites tirent leur force coercitive de la concertation et de l'engagement réciproque d'une pluralité d'auteurs. D'autre part, sur un second plan, la contractualisation des normes réintroduit l'autorité étatique comme auteur actif de la norme, alors que l'autoréglementation intégrale et la substitution de normes impliquent l'effacement de l'État. Cette présence de l'État est toutefois, qualitativement, assez différente de ce qu'elle est dans la réglementation classique : l'État reconnaît n'être que l'un des auteurs de la norme, qui prendra la forme d'un engagement contractuel, négocié au sein d'un cercle plus ou moins étendu de partenaires. Comme on va le voir, l'État assume néanmoins, en raison de l'amplitude des intérêts dont il a la charge, un rôle éminent dans cette concertation entre partenaires, notamment pour en définir les objectifs.

L'examen de quelques dispositifs de contractualisation des normes (a.) permettra de préciser ces caractéristiques de cette forme d'action étatique. Il en ressortira une problématique (b.) centrée d'une part sur le processus de formation de l'acte contractuel et d'autre part sur la sanction des obligations que celui-ci comporte pour les partenaires. Sur cette toile de fond pourra être proposée une évaluation de cette forme d'action étatique en regard des cinq critères permettant d'en justifier le choix (c.).

#### **a. Associer des acteurs et encadrer leur action conjointe**

Ainsi qu'on l'a noté dès le début de ce texte (ch. 1, A., 2., a.), l'emploi du mot « partenariat » est tellement généralisé qu'il semble hasardeux de lui prêter une signification précise sur le plan de la technique juridique (Hémery 1998 : 348). Mieux vaut le cantonner dans le rôle de support idéologique d'une technique d'action à laquelle on réservera l'appellation plus précise de contractualisation. La notion de partenariat peut d'ailleurs, parallèlement, servir de substrat idéologique à d'autres formes d'action étatique, notamment la réglementation négociée (ch. 2, A., 1.), l'autoréglementation contrôlée (ch. 2, A., 2.) ou certaines formes d'action incitative comme la subvention. La notion de contractualisation des normes est certes susceptible d'une acception très large, quasiment équivalente à celle que reçoit l'idée de partenariat (Morand 1991a : 183-195). Mais on l'entendra plutôt ici de manière plus étroite, cristallisant en quelque sorte l'idée de partenariat à travers l'une de ses manifestations. Elle la spécifie en ajoutant, à son noyau originare constitué par une association de « partenaires » qui se reconnaissent des obligations réciproques en vue d'une action menée en commun, les deux caractéristiques évoquées plus haut : le résultat de la concertation entre partenaires prend une

forme assimilable à un contrat, et l'État assume un rôle directeur parmi les partenaires de cette concertation, notamment pour en définir les objectifs.

Ainsi peut-on définir la contractualisation des normes comme une forme d'action étatique dans laquelle l'État détermine les objectifs d'intérêt public d'un ensemble de mesures à être conçues et mises en œuvre, sur une certaine durée, par lui et par un ensemble d'acteurs publics ou privés, dans un cadre normatif élaboré de concert sous une forme contractuelle. Une telle forme d'action étatique semble particulièrement apte à cimenter l'adhésion durable d'un nombre important d'acteurs sociaux collectifs (par ex. grandes entreprises ou groupements d'entreprises, collectivités locales ou régionales, organisations représentatives de toute nature, groupements d'intérêts matériels ou moraux) à des normes contraignantes définies en commun et en association avec l'État, en fonction d'objectifs généraux fixés par ce dernier en vue de « traiter » des situations pérennes et complexes. Le recours à la contractualisation des normes exprime donc la croyance que le contrat est une forme d'action mieux adaptée que la réglementation autoritaire classique – et même que toute forme de réglementation – à la maîtrise de la durée et de la complexité (Morand 1999 : 134). Il fournit un moyen de surmonter les cloisonnements de compétences, notamment ceux que crée la décentralisation administrative fonctionnelle ou territoriale. Enfin, le recours à la contractualisation vise, en dernière analyse, à mobiliser au service de la gouverne politique la symbolique du contrat et son référent éthique (Harden 1992 : 1-5).

Mis à part son ancrage – problématique, on le verra – dans le droit des contrats, la contractualisation des normes compose donc avec des matériaux peu juridiques : des rapports de forces, la présence aléatoire d'un esprit de coopération, et le sentiment éthique de la parole donnée. On comprend que, malgré l'attrait qu'elle exerce, la contractualisation des normes ne soit encore pratiquée qu'avec prudence dans notre droit positif.

Un texte de 1970 en présente tout de même déjà un prototype. Il s'agit de l'article 19 de la *Loi sur l'assurance maladie* (LRQ, c. A-29) (LAM). Cette disposition habilite le ministre de la Santé et des Services sociaux à conclure avec des groupements représentatifs de professionnels de la santé, sous réserve d'approbation par le gouvernement, des « ententes pour l'application » de cette loi. Le processus envisagé consiste en une série de négociations bilatérales menée en parallèle avec des acteurs de droit privé, plutôt qu'en une véritable concertation à plusieurs acteurs. Mais par ailleurs, ces négociations conduisent à des actes normatifs de type contractuel (*Association des chirurgiens-dentistes du Québec c. Lavoie-Roux*, [1988] RJQ 2484 (CS); *Phaneuf c. PG Québec*, [1991] RJQ 101 (CS); *Hébert c. Conseil d'arbitrage*, JE 91-749 (CS); *Association des radiologistes du Québec c. Rochon*, JE 99-851 (CA)). Cet acte produit un effet contraignant non seulement sur les parties à la négociation, mais sur un ensemble de tiers (la Régie de l'assurance-maladie, les régies régionales de la santé et des services sociaux, les établissements de santé, les professionnels n'adhérant pas au groupement représentatif mais exerçant dans le même champ que les membres de celui-ci : art. 19, 13<sup>e</sup> al.; 21; 22 et 31 LAM), dont certains seulement se voient reconnaître le droit d'être consultés dans l'élaboration des ententes (art. 19, 14<sup>e</sup> al. LAM). L'objectif des ententes est l'application de la loi, et notamment de son article 3, qui prévoit la prise en charge par la Régie de l'assurance-maladie

du coût d'un certain nombre de services rendus par les professionnels de la santé. L'article 3 décrit ce « panier » de « services assurés » accessibles gratuitement, mais envisage que cette description soit précisée sur certains points, par ajout ou retranchement effectué sous forme réglementaire en vertu de l'article 69. Les ententes ont pour teneur essentielle de déterminer la rémunération de ces services assurés (art. 19, 2<sup>e</sup> al. LAM). Elles ont donc pour objet principal de préciser les conditions de l'accès gratuit des personnes assurées aux services de santé. À cet objectif de gratuité énoncé par l'État au moyen de la loi (et précisé à certains égards par lui au moyen de règlements) vient se greffer un objectif dérivé auquel les ententes sont également destinées à concourir : favoriser une meilleure répartition des effectifs médicaux sur le territoire national et dans chaque région sociosanitaire (art. 19, 4<sup>e</sup>, 5<sup>e</sup> et 7<sup>e</sup> al. LAM). À défaut par les parties de convenir de mesures visant cet objectif dérivé, le gouvernement peut en imposer par voie réglementaire (art. 19, 8<sup>e</sup> et 10<sup>e</sup> al. LAM).

Ce dispositif de contractualisation des normes produit donc au total un « régime hybride, partiellement imposé unilatéralement par la loi et les règlements, partiellement négocié dans le cadre des ententes » (Lajoie 1984 : 198). De nature contractuelle mais comportant des effets réglementaires – au même titre qu'une convention collective, avec laquelle s'impose une analogie –, les ententes prévues à l'art. 19 LAM sont des contrats, mais des contrats atypiques (Lajoie 1984 : 204), qui préfigurent ce que pourrait être une contractualisation plus souple dans son processus et ses résultats.

Un autre exemple d'imbrication étroite de normes réglementaires classiques et de normes contractualisées est fourni par le dispositif de récupération et de recyclage des contenants de bière et de boissons gazeuses, décrit au chapitre 1 (A., 2., b.). Le mouvement vers la contractualisation paraît plus hésitant encore dans ce cas. Le champ effectif de la négociation des normes y paraît en effet simplement résiduel, l'essentiel des obligations des assujettis reposant sur le règlement. Il s'agit d'ailleurs bien de négociation entre parties de force inégale, plutôt que de concertation entre un ensemble étendu de partenaires relativement égaux et en tout cas interdépendants.

La *Loi sur les forêts* (LRQ c. F-4.1) esquisse aussi depuis 1987 un mouvement vers la contractualisation. Dans ce cas, cependant, le mouvement concerne moins les normes réglementaires que les autorisations administratives en matière d'aménagement du domaine public forestier. Ainsi, un régime de conventions d'aménagement est prévu pour les réserves forestières (art. 102 à 106.1). Ce régime est destiné à « favoriser le développement économique ». Il est notamment envisagé qu'une municipalité, ou plusieurs, soient bénéficiaires de ces conventions, dont le contenu est laissé à la négociation entre elles et le ministre des Ressources naturelles. Malgré son nom, la convention demeure cependant assez proche d'une autorisation administrative individuelle de type classique. Cette ressemblance paraît devoir s'accroître par l'effet des modifications prévues au projet de loi 136 de 2000 (*Loi modifiant la Loi sur les forêts et d'autres dispositions législatives*, art. 82 à 87). Selon ces modifications, la convention d'aménagement entraînerait en principe la délivrance annuelle d'un permis d'intervention pour l'approvisionnement d'une usine de transformation du bois, et le régime de la convention d'aménagement se rapprocherait de celui du contrat d'approvisionnement et d'aménagement forestier (CAAF).

Ce contrat est destiné à la gestion du domaine public forestier affecté à l'approvisionnement de l'industrie de transformation du bois (art. 36 à 84). Ici encore, on se trouve en présence d'une autorisation administrative de type classique, essentiellement discrétionnaire (art. 36). Dans la mesure où il est possible, à propos de l'octroi du CAAF, de parler véritablement de contrat, il s'agirait d'un contrat-type ou d'un contrat d'adhésion (Brochu 1990 : 742, 765). Une fois l'autorisation délivrée, cependant, son contenu effectif laisse place à une certaine négociation. Celle-ci peut notamment porter sur les plans d'aménagement (plan général sur 25 ans, plan quinquennal et plan annuel) que le bénéficiaire du contrat doit soumettre à l'approbation du ministre. L'évolution des textes depuis 1986 fait apparaître que cette négociation tend à prendre le caractère d'une concertation. Le CAAF demeure certes un acte hybride, dont l'enveloppe contractuelle n'empêche pas que son contenu soit très largement prédéterminé par la loi et par les règlements pris en vertu de l'art. 172 (Issalys et Lemieux 1997 : 846-849). Mais une place croissante est laissée, dans la négociation des obligations du bénéficiaire, à un cercle plus étendu d'intéressés. Ainsi, à la simple exigence de publicité des CAAF prévue dès 1987 (art. 38) sont venues successivement s'ajouter : l'obligation pour le ministre de rendre publics le plan général et le plan quinquennal avant leur approbation (art. 58.1, introduit en 1988), la faculté pour les personnes et les groupes de déclencher une procédure de consultation sur ces plans à la suite de leur publication (art. 58.2 et 58.3, introduits en 1993), l'obligation pour le bénéficiaire de consulter sur ces plans la municipalité régionale de comté concernée par cet aménagement (art. 58.2, 3<sup>e</sup> al., introduit en 1993), et enfin l'obligation pour le bénéficiaire d'« inviter à participer à la préparation du plan général » un ensemble de parties intéressées (MRC, communautés autochtones, gestionnaires de ZEC, prestataires de services en réserve faunique, pourvoyeurs, titulaires de permis d'acériculture) (nouveaux art. 54 et 55, prévus au projet de loi 136 de 2000). Le régime du CAAF semble donc, tendanciellement, se rapprocher du modèle de la contractualisation de normes, tel qu'il est entendu ici. L'assimilation serait plus forte encore si l'élargissement du cercle des intéressés s'était accompagné de leur promotion au rôle de coauteurs de la norme; ce n'est pas le cas, même dans la version prévue au projet de loi 136, puisque leur participation ne porte que sur le plan général et non sur l'ensemble des plans d'aménagement qui s'incorporent au contrat, et puisqu'elle n'a qu'un caractère consultatif.

L'aménagement de l'espace et des ressources est probablement un terrain d'élection pour la contractualisation des normes, puisqu'il s'inscrit dans la longue durée et met en jeu des phénomènes naturels et des rapports socio-économiques souvent complexes. Le droit fédéral l'illustre très clairement par la *Loi sur les océans* (LC 1996, c. 31). Ce texte affiche dès son préambule une volonté de « promouvoir la gestion intégrée des océans et des ressources marines » et d'encourager, par l'action du ministre des Pêches et Océans, une stratégie de gestion des écosystèmes estuariens, côtiers et marins élaborée et mise en œuvre en collaboration avec un ensemble de parties prenantes (autres autorités administratives fédérales, gouvernements des provinces et territoires, organisations autochtones, collectivités côtières, « autres personnes de droit public ou privé intéressées »). Le dispositif de la loi consacré à la gestion des océans (Partie II) réitère plusieurs fois, quasi rituellement, cette énumération des parties prenantes (voir notamment les art. 29 et 31 à 33). L'effet

de concertation ainsi mis en valeur n'empêche pas que le ministre fédéral des Pêches et Océans « dirige et favorise l'élaboration et la mise en œuvre » des deux instruments de la gestion intégrée des océans : la « stratégie nationale » (art. 29), dont la loi énonce par ailleurs les principes directeurs (art. 30), et les « plans de gestion intégrée » applicables aux estuaires et aux eaux côtières ou marines (art. 31). Dans la mise en œuvre de ces derniers, le rôle directeur du ministre fédéral est mis en évidence (art. 32), bien que le ministre soit appelé à coopérer avec les autres parties prenantes (art. 33 (1)a)). Une action conjointe avec ces dernières ou une prise en considération de leur point de vue sont d'ailleurs envisagées à propos de la constitution et de la composition d'organismes de consultation ou de gestion (art. 32, al. c)). Les parties prenantes doivent être consultées par le ministre fédéral pour l'établissement de « directives, [d']objectifs et [de] critères concernant la qualité du milieu » (art. 32, al. d)) et peuvent l'être à tout autre propos (art. 33(2)). Enfin, le ministre fédéral peut conclure des accords avec toute autre partie prenante, dans l'exercice de ses attributions (art. 33(1)b)). La forme explicitement contractuelle n'apparaît donc que comme l'un des instruments de mise en œuvre de la « stratégie » et des « plans de gestion intégrée », ces derniers comportant il est vrai par nature un élément de concertation. Les accords envisagés à l'art. 33 sont d'ailleurs encadrés dans un dispositif marqué par l'unilatéralité : situés en aval de l'action du ministre, ils peuvent se prolonger eux-mêmes en aval par une réglementation établie par le gouverneur en conseil (art. 52.1). La contractualisation des normes apparaît donc ici encore comme hésitante, tout au plus comme une modalité facultative, et peut-être accessoire, d'une action étatique encore imprégnée du modèle régalien.

D'autres pays se sont apparemment engagés plus résolument dans la voie de la contractualisation des normes. Les Pays-Bas, notamment, recourent dans divers domaines d'action étatique à des conventions bi- ou multilatérales entre l'État et divers acteurs sociaux publics ou privés. L'utilisation de ces « covenants » en matière de protection de l'environnement a suscité un intérêt particulier (Pays-Bas 1994; Bastmeijer 1997). Depuis le milieu des années 1980, l'État néerlandais a passé avec les associations professionnelles représentant les principaux secteurs industriels plusieurs dizaines de covenants destinés à permettre l'atteinte des objectifs généraux de la politique nationale de protection de l'environnement. Dans certains cas, d'autres parties (administrations régionales et locales, autorités administratives spécialisées, entreprises individuelles, groupes de défense de l'environnement) ont souscrit à ces accords. Tous les covenants n'ont pas une valeur contractuelle; certains se présentent comme une déclaration d'intention ou un code de bonne conduite, dénués de force exécutoire. Ils s'inscrivent généralement dans le prolongement de la législation existante. Plus rarement, ils donnent lieu à une substitution de normes par rapport au cadre réglementaire existant. Dans d'autres cas, ils suppléent, à titre expérimental ou intérimaire, à l'absence d'encadrement juridique. Les normes que renferment les covenants peuvent concerner les produits, les procédés de production, ou encore les modalités d'exercice des pouvoirs de l'administration. Dans ce dernier volet, on peut penser que les covenants fournissent l'occasion de systématiser des pratiques de tolérance active (voir ch. 2, C., 2., a.).

Le processus de négociation et de conclusion des covenants est peut-être leur aspect le plus remarquable. En 1992 a été élaboré, avec la participation de

l'ensemble des parties prenantes à la négociation des covenants sur la protection de l'environnement, un « code de conduite » pour la conclusion des covenants. Ce document, repris par la suite pour sa part par l'État sous la forme de directives internes du ministère de la Justice, tend à normaliser le contenu des covenants. Il prévoit ainsi qu'un covenant permette l'adhésion subséquente d'acteurs n'ayant pas participé à la négociation originale, qu'il précise si les engagements qu'il comporte sont susceptibles de sanction selon le droit des contrats ou par d'autres voies, qu'il fasse état, le cas échéant, de la participation consultative de tiers à son élaboration, et qu'il précise comment ses stipulations se concilient avec la législation et la réglementation existantes (Bastmeijer 1997 : 36-37). Le code de conduite établit également les modalités du contrôle politique des covenants. Ainsi, le ministre promoteur doit-il donner au Parlement un préavis de son intention de conclure un covenant; il peut aussi en informer le public par un avis au journal officiel, accompagné d'un appel à commentaires. Un projet de covenant peut être soumis à un débat au Parlement par le ministre, qui doit en déposer le texte final devant les deux chambres et le faire publier au journal officiel (Bastmeijer 1997 : 37 et 41).

L'ampleur des domaines d'application des covenants aux Pays-Bas, de même que les garanties de contrôle parlementaire et citoyen prévues au code de conduite, laissent penser que cette forme d'action étatique prend dans ce pays une place tout à fait significative. Il y a lieu de croire que cette ample contractualisation de normes s'inscrit parmi les pratiques de « démocratie consociative » (Lijphart 1977) dont la société néerlandaise donne l'un des exemples classiques. La société québécoise s'apparente à ce type de culture politique; on l'a déjà noté à propos de la réglementation négociée (ch. 2, A., 1., b.). Les pratiques de concertation (dont les « sommets » ne sont que l'une des illustrations les plus spectaculaires) pourraient fournir un terrain propice au développement de la contractualisation des normes. Encore faudra-t-il, comme le suggère l'existence du code de conduite néerlandais, que les participants s'entendent a priori sur les modalités d'élaboration, la forme et la portée des normes ainsi contractualisées. Sans quoi, la légitimité et l'efficacité de celles-ci risqueraient d'être mises en échec par la problématique assez lourde que recèle cette forme d'action étatique.

### ***b. La problématique de la qualification contractuelle***

Dans le sens qui lui est attribué ici, la contractualisation de normes cherche donc, par l'association d'un cercle plus ou moins étendu d'acteurs et de l'État (association qui lui confère un type particulier de légitimité) à dégager de concert l'encadrement d'une action à mener par l'une, par certaines ou par l'ensemble de ces parties (action dont le caractère concerté conditionne l'efficacité du procédé), en vue de la réalisation d'objectifs globalement prédéterminés par ailleurs par une instance étatique. On retrouve sans trop de peine derrière ce schéma général les éléments fondamentaux du contrat : des parties, un objet, une cause. C'est donc bien un acte de type contractuel dont on cherche à faire l'équivalent fonctionnel d'une réglementation jugée en tant que telle peu praticable ou peu souhaitable.

Cette invocation du modèle contractuel surgit aussi, bien entendu, sous d'autres formes – qui sont autant d'avatars de l'idée de partenariat. Le chapitre 1

(A., 2., b.) a déjà attiré l'attention sur ce phénomène et sur ce qu'il comporte de remise en cause du caractère hiérarchique et autarcique associé au droit public classique. Une première série de manifestations de ce phénomène suggère une évolution générale des rapports entre le citoyen/administré individuel et l'État : contractualisation du contenu de certains permis ou autorisations administratives, contractualisation formelle de l'octroi de certaines prestations sociales, voire « Pacte social » entre l'Administration publique et la société civile proposé naguère par le Protecteur du citoyen (Protecteur du citoyen 1994 : 59-64). Une seconde série de manifestations montre la force d'attraction du modèle contractuel au sein même de l'appareil d'État : contractualisation de la gestion de services publics, « conventions de performance et d'imputabilité » entre un ministre et les services placés sous son autorité hiérarchique ou sa tutelle (*Loi sur l'administration publique*, LQ 2000, c. 8, art. 12 à 18). C'est d'une troisième série de manifestations qu'il s'agit ici, mettant en présence une ou plusieurs autorités publiques et un ou plusieurs acteurs sociaux, ceux-ci ayant généralement un caractère collectif : le modèle contractuel permet ainsi de rejoindre des ensembles aussi vastes que ceux qu'on pourrait assujettir à une réglementation. Reste à savoir si, dans ce dernier type d'hypothèses, le recours au « modèle » contractuel comporte la mise en jeu intégrale du régime juridique du contrat. La question se pose à la fois au moment de sa formation de cet acte contractuel, et à celui de sa mise à exécution.

Dès le stade de la formation de l'acte consensuel, la contractualisation des normes soulève, en raison même de ses caractères spécifiques, divers problèmes de compatibilité avec le régime normal du contrat. Ainsi, l'existence d'un contrat valable suppose chez chacune des parties une capacité contractuelle suffisante. Peu problématique dans le cas de l'État, représenté par un ministre, qui exerce une compétence contractuelle générale, cette capacité doit être vérifiée avec plus de soin dans le cas des personnes morales de droit privé, et peut se trouver trop étroitement circonscrite par la loi dans le cas des autorités administratives décentralisées. Le problème de l'inadéquation des pouvoirs contractuels des différentes parties prenantes par rapport à l'objet du « contrat » est d'autant plus susceptible de se poser qu'il correspond précisément à l'un des dysfonctionnements que cherche à résoudre la contractualisation des normes : l'incapacité de chacune des parties prenantes à traiter efficacement, avec ses seuls pouvoirs et moyens, une situation que les déborde. Il devient donc nécessaire d'assurer au préalable à chacun des « partenaires » de la contractualisation une capacité contractuelle adéquate – éventuellement par des modifications législatives.

La solution de ce problème exige que soit clarifiée au préalable une autre donnée : l'étendue du cercle des parties prenantes. Quels acteurs doivent être pleinement engagés par le processus de contractualisation, à titre de coauteurs de la norme éventuelle ? Y a-t-il d'autres acteurs dont la participation à l'élaboration de la norme est au moins souhaitable, voire nécessaire, mais dont il est inutile ou impossible d'engager la responsabilité contractuelle ? Ici encore, ces interrogations surgissent en raison même des ambitions affichées par la contractualisation des normes : ne s'agit-il pas d'harmoniser l'action d'un ensemble d'acteurs disparates et inégaux par le statut, la puissance, les intérêts ? Peut-on, de manière réaliste, gommer cette diversité et ces disparités en appliquant le postulat classique de la parfaite

égalité formelle des cocontractants ? Comme dans un processus formalisé de négociation des règlements (*cf.* ch. 2, A., 1., a.), il paraît nécessaire de préciser à l'avance quels acteurs ont qualité pour participer au processus de contractualisation, et lesquels ont qualité pour être pleinement partie à l'acte issu de ce processus. Au face-à-face contractuel classique (la « rencontre des volontés ») doit être substituée l'image plus complexe d'un « noyau consensuel » entouré de cercles concentriques d'intérêts diversement touchés et engagés par l'objectif et l'objet communs que renferme ce noyau.

Une autre visée caractéristique de la contractualisation peut soulever des difficultés, cette fois en regard des exigences propres aux contrats de droit public. Il s'agit, typiquement, de faire produire de concert par un ensemble d'acteurs des normes qui les engagent durablement en vue de la solution d'un problème à long terme. Or, dans le cas des acteurs publics, les règles du droit financier ne se concilient pas facilement avec des engagements à long terme (malgré des assouplissements récents dans le cas du budget de l'État : *Loi sur l'administration publique*, LQ 2000, c. 8, art. 45, 2<sup>e</sup> al. et 47). Au-delà de l'obstacle technique se profile ici la question du contrôle continu exercé par les élus sur l'affectation et la gestion des deniers publics.

En amont de ce contrôle politique continu, un autre aspect du régime du contrat administratif peut faire problème : quelle place faut-il faire, dans la contractualisation des normes, au contrôle politique de l'acte contractuel lui-même par le gouvernement et le Parlement ? Dans la mesure où cette forme d'action étatique se présente comme un équivalent fonctionnel de la réglementation, donc comme une forme assimilable à la « législation déléguée », ne convient-il pas que le Parlement exerce un droit de regard sur la conclusion de ce contrat porteur de normes de large portée ? Ou du moins n'y a-t-il pas lieu de ménager un contrôle politique par le gouvernement, comme le fait par exemple la *Loi sur l'assurance maladie* ? Une réponse positive à ces questions entraîne un renforcement considérable de la position du ministre dans la négociation avec ses « partenaires » ; mais elle tend aussi, par là même, à amoindrir la portée réelle de la contractualisation et à en rapprocher l'effet de celui d'une pratique formalisée de réglementation négociée (ch. 2, A., 1.).

Dans la mesure où le processus de contractualisation est lui-même formalisé par la loi, se pose la question du contrôle juridictionnel de la régularité de ce processus. On a vu plus haut qu'une telle formalisation serait nécessaire au moins sur un point : la détermination du cercle des parties prenantes ayant accès à la négociation du « contrat ». La loi peut par exemple faire dépendre cet accès d'une reconnaissance préalable par le ministre responsable de la négociation. Les conditions de cette reconnaissance peuvent alors donner prise à un contrôle juridictionnel plus ou moins étendu. D'autres aspects du processus de formation du « contrat » sont également susceptibles d'être formalisés, notamment la publicité qui l'entoure et l'accès du public aux documents produits dans le cours de la négociation ; ces règles de transparence prêtent également à l'intervention d'organes juridictionnels dans le processus de contractualisation. Enfin, on peut se demander dans quelle mesure l'intervention du juge pourrait être sollicitée pour vérifier le respect des exigences de sincérité et de bonne foi dans la conclusion du « contrat » ou, dans une perspective de droit public, pour vérifier la conformité du « contrat » et de ses diverses clauses aux finalités d'intérêt public de la loi dans le cadre de laquelle il est conclu

avec la participation d'un ministre (voir, sur la problématique adéquation du « contrat » à l'intérêt public, Morand 1991a : 199).

La nature hybride de l'acte issu d'une contractualisation de normes soulève donc, quant à la formation de la volonté commune des « partenaires », un certain nombre de problèmes. Il en va de même quant aux effets de cet acte.

De nouveau, l'assujettissement sans nuance de cet acte au régime du contrat ne semble pas conciliable avec la nature et les objectifs de la contractualisation de normes. Il est en effet prévisible que, dans certains contextes, les partenaires souhaitent préciser, dans l'acte exprimant leur volonté commune, que celui-ci ne vaut que comme déclaration d'intention, et non comme fondement d'obligations de résultat. La « densité normative » d'une telle déclaration étant très faible, la contractualisation ne produit pas de « normes » véritables, et relève de la programmation de l'action plutôt que de l'action elle-même. Il se peut aussi que l'acte distingue entre les partenaires selon le degré d'intensité, voire d'exigibilité, de leurs engagements. Plus vraisemblablement encore, l'acte issu de la contractualisation de normes s'affranchira du principe de l'effet relatif des contrats, puisqu'au-delà du cercle de ses auteurs et des autres participants à son élaboration, il pourra chercher à produire des effets au bénéfice ou à l'encontre d'un vaste cercle de tiers. Sur le plan des effets, donc, ce type de « contrat » ne peut être que largement *sui generis*; il serait donc souhaitable que le cadre législatif de la contractualisation s'efforce de préciser ces effets à l'avance – réduisant d'autant la marge de créativité laissée aux parties prenantes.

De même, le mode de règlement des différends nés de la mise en œuvre de l'acte contractuel est susceptible de refléter les caractères spécifiques de la contractualisation de normes. Ainsi, le souci de préserver l'esprit de coopération nécessaire à la conclusion d'un accord incite à favoriser des modes relativement non contentieux de règlement des litiges; le choix de ces modes sera lui-même l'un des objets du processus de contractualisation (Reid 1996 : 109), à moins qu'il ne soit fait dès le départ par le Parlement.

L'interprétation, par les acteurs concernés et par l'instance de règlement des différends, des normes issues de la contractualisation se voit d'emblée confrontée à la nature hybride de celles-ci. Faut-il, compte tenu de leur source, leur appliquer le mode d'interprétation des actes contractuels, ou plutôt, compte tenu de leurs effets, les traiter comme des actes administratifs unilatéraux, pris pour l'exécution d'une loi ?

Le contenu matériellement réglementaire d'une grande part des normes issues de la contractualisation pose d'ailleurs la question de leur assujettissement au régime des actes réglementaires. Le Parlement a donné, dans certains des cas examinés en a., une réponse explicitement négative à cette question. En l'absence d'une telle disposition soustrayant au régime de l'acte réglementaire les normes « contractualisées », la qualification contractuelle de ces normes (ou plus exactement, de l'acte qui en est le porteur) pourrait être remise en question « lorsque le contrat est conclu en vertu de la loi et remplace essentiellement l'adoption d'un règlement » (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212, p.226). À un niveau plus fondamental, ce contenu matériellement réglementaire est susceptible de soulever le problème du conflit entre ces normes « contractualisées » et des normes

proprement réglementaires, édictées par ailleurs par l'autorité étatique. Si, au stade de la conclusion du « contrat », la hiérarchie des normes juridiques oblige à faire prévaloir les normes réglementaires existantes et impératives sur les stipulations contractuelles incompatibles (Lajoie 1984 : 206-208), la situation s'inverse par la suite par l'effet du principe de stabilité des contrats (*Association des chirurgiens-dentistes du Québec c. Lavoie-Roux*, [1988] RJQ 2484 (CS)). La primauté des normes réglementaires ne peut alors être rétablie que par une intervention du Parlement (comme par ex. à l'art. 69, 3<sup>e</sup> al. de la *Loi sur l'assurance maladie*).

Enfin, la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du « partenaire » défaillant semble se heurter à des difficultés à la fois pratiques et conceptuelles. En supposant établie l'intention des parties prenantes d'imposer à telle ou telle d'entre elles une obligation suffisamment précise et juridiquement contraignante, le recours civil basé sur le « contrat » ne paraît pas le mieux adapté en cas de violation de cette obligation, du moins lorsque cette violation est le fait d'un acteur privé. Des mesures administratives de contrôle et de sanction (*cf.* ch. 2, C., 3.) offrent alors de meilleures garanties d'efficacité et répondent mieux à la réalité des situations. Quelle que puisse être son utilité en toute autre hypothèse d'inexécution du « contrat », le recours en responsabilité civile pourrait cependant se heurter à la difficulté pour le demandeur d'établir un préjudice qui lui soit propre. En effet, sans méconnaître la part d'intérêt propre que chacun des partenaires peut chercher à inscrire dans la teneur ou l'effet des normes issues du processus de contractualisation, il reste que celui-ci est une modalité de l'action étatique, ordonnée à des finalités d'intérêt public. C'est donc essentiellement à l'intérêt public que porte préjudice une violation des normes contractualisées. Il semblerait donc plus sûr d'inscrire dans la loi aménageant un processus de contractualisation des normes les sanctions auxquelles s'exposent les parties prenantes en cas de contravention à ces normes. À défaut, le « contrat » lui-même pourrait les prévoir.

La qualification contractuelle attribuée au résultat d'un dispositif de contractualisation des normes porte donc à faux, à bien des égards. L'examen de ses conséquences suggère qu'elle ne convient, à proprement parler, qu'à l'enveloppe de l'acte dont il s'agit, ou si l'on préfère à la procédure de type consensuel qui lui donne naissance. Le contenu matériel de l'acte – qu'il s'agisse d'un tarif d'honoraires professionnels, d'un plan d'aménagement, d'une stratégie ou d'un plan de gestion, ou des conditions d'exploitation d'une catégorie d'activités commerciales – se laisse difficilement ramener, vu sa nature ou sa portée, à la notion de stipulation contractuelle. On observe d'ailleurs une intégration ou du moins une imbrication étroite entre ce contenu « contractuel » et des actes unilatéraux (règlements ou autorisations) d'autorités administratives. Le réalisme commande donc de reconnaître le résultat d'un dispositif de contractualisation pour ce qu'il est : un acte hybride, essentiellement *sui generis*, dont le régime doit être construit à chaque fois au préalable selon les données de la situation et les objectifs poursuivis par l'action étatique.

Inqualifiable, l'acte issu d'un processus de « contractualisation » des normes (l'emploi de guillemets semble, en définitive, s'imposer pour signaler le caractère analogique, plutôt emblématique que vraiment adéquat, de cette référence au contrat) exprime au plus haut point les phénomènes de porosité et d'infléchissement évoqués au chapitre I à propos de la normativité étatique et de ses formes. Sur un

plan plus large encore, cette forme d'action étatique, telle qu'on vient de la décrire et de l'analyser, semble esquisser la « désintégration de la construction monocratique de l'État [sur la base] d'un contrat social fictif et [la] mise en place d'une construction polycratique, cimentée par des contrats sociaux immanents et en perpétuelle recomposition » (Morand 1991a : 203).

### c. *Évaluation*

Il n'est peut-être pas inutile de rappeler encore une fois que la contractualisation des normes a été abordée ici, non dans son sens très général comme « style d'action » étatique, mais comme une forme particulière de cette action, caractérisée par la présence d'un certain nombre d'éléments : association d'acteurs publics et privés dans un processus visant l'élaboration concertée de normes plus ou moins précises encadrant leur action et celle de tiers en vue d'objectifs prédéterminés par le Parlement. C'est ce type de dispositif qu'il s'agit maintenant d'apprécier en regard des cinq critères d'après lesquels devrait être justifié le choix de cette forme d'action étatique pour accomplir une tâche donnée.

Le résultat de cette appréciation n'est pas très tranché. Aucun des critères, en effet, ne conduit à une appréciation très favorable ou très défavorable. Seul le critère de l'économie de moyens fonde une conclusion franchement positive, que soutiennent avec plus de réserves les critères de compétence technique et de qualité de l'espace public. En sens contraire, le critère d'équité n'incite pas à choisir la contractualisation des normes comme forme d'action étatique, et le critère de maîtrise politique y est assez défavorable. L'ensemble de ces jugements demeure nuancé, ce qui n'est peut-être pas sans lien avec les ambiguïtés que recèle dans sa nature même ce procédé d'action étatique.

Le critère de l'**économie de moyens** favorise donc la contractualisation des normes, essentiellement au motif que celle-ci devrait entraîner l'internalisation des objectifs de l'action et des coûts de leur mise en œuvre. Le fait pour les acteurs, notamment privés, de négocier entre eux et avec l'État les moyens de mettre en œuvre, à travers leur action, les objectifs fixés par ce dernier, est en effet de nature à les faire adhérer avec plus de conviction à ces objectifs et aux impératifs de cette mise en œuvre. L'expression « partie prenante » renvoie précisément à l'idée que les acteurs de la contractualisation prennent une part active à la formulation de normes qui vont s'appliquer à eux et ont un intérêt à faire valoir, en composition avec d'autres, dans l'actualisation d'objectifs d'intérêt public. On s'attend donc que l'inscription de ces normes dans une forme contractuelle entraîne une perception plus claire non seulement des enjeux globaux de l'action qu'il s'agit d'encadrer, mais aussi des enjeux qu'elle comporte pour chacun des « cocontractants ». L'effet d'internalisation se manifeste par ailleurs en termes chiffrables, dans la mesure où, en s'associant à un ensemble d'acteurs publics et privés pour élaborer et appliquer l'appareil normatif visant à mettre en œuvre certains de ses objectifs, l'État se décharge d'une partie des tâches de conception et de surveillance qu'il serait autrement amené à assumer seul.

Bien que la concrétisation de ces attentes paraisse plausible et que celles-ci justifient donc une évaluation positive de la contractualisation de normes, on doit convenir qu'elles reposent sur un pari. Ces conséquences bénéfiques sont à la merci

de plusieurs variables. Il faut pouvoir compter sur des rapports de forces favorables, entre l'État et ses « partenaires » d'une part, entre ces divers partenaires d'autre part. Il faut escompter que l'esprit de concertation nécessaire à l'ouverture d'une telle négociation en sorte renforcé et susceptible de durer. Il faut que l'effet d'engagement volontaire recherché par la contractualisation soit pris au sérieux, et ne se limite pas à une adhésion superficielle. Il faut aussi – mais cet élément est déjà plus maîtrisable – que l'incitation à conclure soit suffisamment forte pour l'ensemble des parties prenantes, sans quoi l'action étatique s'expose à une paralysie plus ou moins durable si on n'a pas pris soin de réserver à l'État la faculté d'agir unilatéralement. À ces éléments d'incertitude s'ajoute le fait que la possibilité de contraindre les parties prenantes au respect des normes contractualisées dépend en grande partie de la précision qu'on aura convenu de donner à ces normes. L'efficacité concrète des normes contractualisées apparaît, sous cet angle, moins assurée que celles des normes imposées. Pour toutes ces raisons, l'appréciation portée sur la contractualisation de normes en fonction du critère d'économie de moyens n'est pas sans réserves; mais elle demeure globalement favorable.

Le critère de **compétence technique** incite à un jugement plus nuancé encore. Certes, l'idée même de faire appel à une concertation pour élaborer des normes acceptables pour l'ensemble de ceux qui y participent renvoie à l'image d'une communauté d'« experts ». Il s'agit en effet de rassembler les points de vue informés de tous ceux dont l'activité et les intérêts sont mis en cause par la réalisation de certains objectifs publics. Dans la mesure où tous les acteurs intéressés sont effectivement parties prenantes, et où s'engage entre eux une négociation réelle, on peut escompter que se réalise l'idéal d'une concentration et d'une confrontation des expertises, débouchant sur des choix pleinement éclairés.

Mais ces attentes risquent d'être déçues si – et l'examen de quelques dispositifs suggère que c'est généralement le cas – le processus d'élaboration du « contrat » demeure informel et opaque. Rien alors – sinon le rôle médiateur que peuvent, dans certaines situations, choisir de jouer les acteurs publics – ne garantit que la confrontation loyale des expertises ne sera pas faussée par les rapports de forces entre les parties prenantes, ou par l'insincérité ou la dissimulation de certaines d'entre elles. Le degré de formalisation et de publicité que présente le processus de contractualisation paraît donc conditionner le jugement qu'on peut porter sur lui à partir des valeurs de la compétence technique. Ce jugement ne peut donc être, dans l'état actuel des choses, que modérément favorable.

Le critère de **qualité de l'espace public** conduit à une appréciation de même nature, pour des raisons assez voisines. L'intérêt qu'il s'agit ici de préserver est l'existence et le développement d'une délibération publique sur les moyens de mise en œuvre de certains objectifs d'action étatique. La qualité de cette délibération repose sur son ouverture à la participation des citoyens/administrés, notamment par des voies collectives (associations, groupements d'intérêts, personnes morales de droit public à caractère représentatif). L'examen de quelques dispositifs a permis d'entrevoir que cette ouverture est très variable. Le vaste domaine de l'aménagement du milieu et des ressources paraît s'y prêter davantage. Mais comme dans le cas de l'expertise technique, la réalité de cette participation dépend très largement du degré de formalisation et de transparence que présente le processus de contractualisation.

Toutefois, ces deux attributs du processus n'apparaissent pas comme d'indiscutables qualités, en particulier si l'on envisage l'introduction de multiples « parties intervenantes » dans la délibération conduisant à un « contrat ».

Dans l'état actuel des choses, la contractualisation de normes ne semble répondre que modérément aux préoccupations de qualité de l'espace public. Certes, elle comporte par nature la création de nouveaux lieux de délibération concernant la réalisation d'objectifs publics. Mais du fait que cette délibération porte sur le contenu d'un contrat engageant un certain nombre d'acteurs sociaux, et non pas explicitement sur des normes réglementaires, son caractère public ne s'impose pas d'emblée. La participation citoyenne n'y trouve donc pas naturellement sa place.

Le critère de **maîtrise politique** incite à des réserves encore plus marquées, et donc à un jugement plutôt défavorable.

À l'évidence, la contractualisation tend à dessaisir l'instance étatique d'une partie de son pouvoir normateur au profit de l'ensemble constitué par les parties prenantes. Dans cet ensemble, l'instance étatique accepte de figurer sur un pied d'égalité relative, sous réserve du rôle d'animateur, d'initiateur, de facilitateur, d'orienteur, voire de médiateur que le Parlement aura pu lui réserver. Peuvent aussi figurer dans cet ensemble une pluralité d'instances politiques, comme c'est le cas par exemple dans le cercle de parties prenantes visé à la *Loi sur les océans* (instances fédérales, provinciales et locales). La contractualisation implique donc un changement de registre de la gouverne politique : écartant l'ambition de maîtriser les rapports de forces sociales par l'exercice d'un pouvoir éminent, elle s'inscrit dans le jeu de ces rapports avec l'espoir de les infléchir et de les encadrer en les amenant à concevoir la conformité en termes de collaboration.

Ce changement de registre comporte toutefois des risques. Le plus manifeste est de voir l'action étatique et les choix politiques qu'elle traduit enserrés dans les rapports de forces qu'elle prétend infléchir et encadrer. Sa signification proprement politique tend alors à se dissoudre dans la perpétuation des positions dominantes acquises. Le « contrat » ne sera, pour l'essentiel, que ce que les forces dominantes du moment voudront bien qu'il soit et seront en mesure d'imposer à leurs « partenaires », y compris à l'État si celui-ci a exclu d'avance la possibilité d'exercer un pouvoir éminent. Même si l'état des forces en présence rend peu plausible ce risque de captation du processus de contractualisation, il subsiste un autre aléa. La contractualisation des normes destinées à assurer la mise en œuvre d'objectifs publics déterminés par l'instance politique risque de déborder sur une redéfinition de ces objectifs eux-mêmes.

Certes, l'examen des dispositifs présentés en a. montre que jusqu'ici, le Parlement, le gouvernement et le ministre responsable se sont en général réservé la maîtrise des objectifs. Tantôt, ils ont poussé très loin la prédétermination non seulement de ces objectifs mais d'une grande partie des modalités de mise en œuvre, ne laissant parfois qu'une marge résiduelle à la contractualisation. Tantôt, le gouvernement ou le ministre ont gardé un pouvoir de blocage, sous la forme d'une exigence d'approbation par eux des résultats de la contractualisation. Il est notable cependant que seul, parmi les dispositifs présentés en a., le covenant néerlandais est susceptible par convention d'un contrôle parlementaire direct et d'un examen

critique par l'opinion publique. Telle qu'on peut l'observer aujourd'hui dans le droit positif applicable au Québec, la contractualisation de normes ne comporte sans doute pas de transfert massif et manifeste de pouvoir vers des « partenaires » de l'État. Elle semble cependant contribuer à accroître l'autonomie du Pouvoir exécutif par rapport au Parlement : le pouvoir de surveillance consacré, au Québec, par l'article 4 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* (LRQ c. A-23.1) ne peut s'exercer aussi directement lorsque la mise en exécution des lois fait intervenir des normes convenues par contrat avec des acteurs privés, que lorsqu'elle prend la forme de décisions d'application prises par un ministre et ses fonctionnaires (Daintith 1979 : 59). Même s'il doit approuver le résultat de la négociation pour lui donner effet, le Pouvoir exécutif n'a pas sur eux une complète maîtrise : un résultat qui fait consensus parmi les autres « partenaires » comporte par là même un puissant effet de pression sur l'instance politique.

Enfin, la contractualisation de normes appelle une appréciation réservée du point de vue de l'équité, pour des raisons qui recourent les motifs de réserve déjà exposés. En première analyse, l'élaboration concertée des normes destinées à encadrer une action commune, et la formalisation de ces normes par contrat, semblent susceptibles de produire « naturellement » un résultat conforme à l'équité. C'est précisément en raison de cette jonction de l'éthique et du juridique, réalisée dans l'idéal type du contrat, que l'on peut prétendre à la supériorité de la contractualisation sur la réglementation autoritaire. Cette analyse est au cœur de la conception libérale du droit. Quels que soient ses mérites en ce qui a trait aux rapports entre personnes privées, elle semble un peu courte à propos des réseaux complexes de rapports, impliquant fréquemment des collectivités et des organisations plutôt que des individus, que l'action étatique vise à saisir par des normes « contractualisées ».

Dans le contexte de ces réseaux de rapports, l'équité contractuelle ne peut se réaliser. La prise en considération équilibrée des intérêts n'a de sens que si tous les intérêts mis en cause prennent part à la concertation, à proportion de leur importance et dans des conditions de relative égalité (notamment sur le plan de l'information). Elle n'est possible que si les conditions de la négociation permettent de l'affranchir suffisamment des rapports de force préexistants entre les « partenaires ».

Dans l'ensemble, le choix de la contractualisation de normes comme forme d'action étatique semble difficile à justifier – ou à exclure – de façon très convaincante. Il ne s'impose comme une modalité souhaitable que si les considérations d'économie de moyens sont absolument dominantes, compte tenu de la tâche qu'il s'agit d'accomplir. Le souci de faire une part importante, dans l'action étatique envisagée, à l'apport de compétences techniques peut renforcer la justification d'un choix en faveur de la contractualisation de normes; il en va de même si la nature de la tâche à accomplir incite à valoriser la création d'un espace public de délibération, de critique et d'évaluation. En revanche, plus les considérations d'équité et de maîtrise politique paraîtront cruciales pour l'action étatique à entreprendre, moins on sera justifié de retenir la contractualisation de normes comme option envisageable.

Le tableau suivant résume le bilan de cette évaluation :

<b>CRITÈRES</b>				
<b>Maîtrise politique</b>	<b>Qualité de l'espace public</b>	<b>Équité</b>	<b>Compétence technique</b>	<b>Économie de moyens</b>
Assez Défavorable	Assez favorable	Défavorable	Assez favorable	Favorable

## **B Les techniques d'encadrement souple**

La recherche de procédés non réglementaires d'action étatique répond également au souci d'adapter celle-ci à la diversité et à la mobilité des situations. Le règlement, en effet, ne paraît plus convenir, du fait de son inflexibilité relative et de sa précision, à la régulation de phénomènes changeants et complexes. L'action étatique est donc amenée à s'écarter du modèle de la règle stable et uniforme pour se rapprocher plutôt du modèle du jugement ponctuel et éclairé. À l'idéal de sécurité juridique associé à la règle constante et abstraite est opposé, de plus en plus souvent, un idéal de convenance servi par une recherche relativement libre de solutions « appropriées », sensibles aux particularités de situations concrètes. Dans cette perspective, le paradigme dominant de l'action administrative redeviendrait la décision individualisée, à fort contenu discrétionnaire.

D'où un renouveau d'intérêt pour trois formes d'action étatique dont le trait commun est précisément de valoriser l'individualisation des décisions et leur dimension discrétionnaire.

La première procède de l'idée que la décision sur un cas donné, plutôt que d'être plus ou moins prédéterminée par l'existence d'une norme contraignante exprimée dans un règlement, pourrait être simplement orientée – donc soumise à une contrainte beaucoup plus lâche – par une norme « molle » ou « souple » formulée par une instance dirigeante de l'appareil administratif : l'*énoncé de politique* (1.).

La seconde forme d'encadrement souple est apparue il y a déjà longtemps dans la pratique des autorités administratives. Elle repose en effet sur le constat que toute organisation humaine (association, entreprise, bureaucratie, etc.) produit dans et pour son fonctionnement interne un certain nombre de règles (Mockle 1992). Par elles, les dirigeants de l'organisation encadrent et rationalisent l'action de leurs subordonnés ou celle d'autres personnes sur lesquelles ils exercent une forme quelconque d'autorité. L'objet et l'effet de ces règles varie considérablement. Certaines concernent l'accomplissement plus ou moins routinier d'actes purement matériels, d'autres au contraire visent l'exercice, par les personnes qui en sont les destinataires, d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire de situations individualisées. Certaines ont un effet contraignant, en fait sinon en droit, d'autres sont simplement indicatives. En dépit de cette diversité, ces règles sont regroupées par commodité sous le vocable « *directive* » (2.). Notamment en raison de cette diversité d'objets et d'effets, elles se sont révélées difficiles à situer par rapport aux notions classiques du règlement et de la décision individualisée, entre lesquels elles cherchent à occuper une position intermédiaire.

Enfin, le désir d'échapper aux rigidités inhérentes à l'idée de réglementation favorise l'*élargissement des marges discrétionnaires* (3.) dans l'action étatique. L'un des aspects méconnus de l'« allègement réglementaire » est en effet que, dans un certain nombre de domaines en particulier, il ne débouche pas sur un recul de la présence étatique. Dans ces domaines, la réglementation a reflué, mais pour être remplacée par une autre forme d'interventionnisme étatique, jugée plus compatible avec le néolibéralisme économique ambiant : un pouvoir de décision individualisée, à forte teneur discrétionnaire.

## 1. L'idée d'orientation : l'énoncé de politique

À la fois familière et imprécise, la notion d'énoncé de politique, en tant que vecteur d'orientations pour l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, demande à être précisée (a.). Il sera ensuite possible de mieux discerner la problématique que soulève un recours élargi à cette forme d'action étatique en remplacement de la réglementation (b.). L'ensemble de ces considérations éclairera l'évaluation qu'on peut faire de l'énoncé de politique à partir des cinq critères de justification permettant de fonder le choix d'une forme d'action étatique (c.).

### a. Une notion multiforme

Il paraît plausible que l'expression « énoncé de politique » soit entrée dans le vocabulaire technique du droit public québécois comme équivalent de *policy statement*, elle-même introduite au Canada par emprunt au droit américain (voir 5 USC, sec. 551 et 553(b)). Le *policy statement* semble en effet traduire, à son origine, une pratique des organismes autonomes de régulation économique. Ce type d'autorité administrative, création originale et l'une des pièces maîtresses du droit administratif américain, a été adopté progressivement et adapté au nord des Grands Lacs depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle. Les organismes canadiens et québécois de régulation ont, comme leurs devanciers américains, souvent eu recours à l'énoncé de politique comme instrument de leur action régulatrice. Cet instrument leur permet de faire connaître aux assujettis, aux autres organes de l'État et au public, par un écrit dont la forme et les effets sont en principe plus souples que ceux d'un règlement, les orientations de cette action. Il n'en ont toutefois pas été les seuls utilisateurs. La technique de l'énoncé de politique a en effet une autre origine, liée celle-ci au fonctionnement et aux traditions d'un régime parlementaire de type britannique. Dans ces traditions, il est normal, souhaitable et fréquent que les ministres « énoncent » devant le Parlement la politique qu'ils entendent suivre dans tel ou tel domaine d'action gouvernementale, de manière à informer les parlementaires, entendre leurs avis et obtenir leur appui à cette politique. L'institution traditionnelle du « Livre blanc » n'est que la manifestation écrite de cette pratique essentielle au contrôle politique exercé par les élus sur le Pouvoir exécutif. Elle vise aussi à permettre aux gouvernants d'ouvrir une discussion non seulement avec les parlementaires, mais avec le public.

Issue de cette double origine, la notion d'énoncé de politique paraît aujourd'hui, au Québec, présenter le contenu suivant (Issalys et Lemieux 1997 : 77-79, 105-107). Il s'agit d'un texte, élaboré par une autorité administrative et plus ou moins largement diffusé, dans lequel cette autorité énonce – c'est à dire déclare, explique et justifie – les objectifs et les orientations qu'elle se propose de poursuivre à l'avenir, dans un champ d'action, notamment au moyen de décisions discrétionnaires, de portée générale ou individuelle, qui devraient dans l'ensemble se conformer à ces objectifs et orientations. Ce document a donc un quadruple caractère public, indicatif, justificatif et prospectif.

Toute autorité administrative titulaire de pouvoirs discrétionnaires peut donc légitimement formuler un énoncé de sa politique relatif à l'exercice éventuel et de ses pouvoirs. Ainsi voit-on le gouvernement, le Conseil du trésor, des ministres, des organismes administratifs autonomes et des collectivités locales se doter d'énoncés

de politique dans les matières de leur compétence. Toutes ces autorités utilisent cette forme d'action étatique pour préparer des actes éventuels. Assimilable à une déclaration d'intention, l'énoncé de politique est une forme d'action à effet différé. En tant que facteur de transparence et de prévisibilité de l'action étatique, l'emploi de l'énoncé de politique a été apprécié positivement par la Cour suprême dans un passage souvent cité de l'arrêt *Capital Cities Communications c. CRTC*, [1978] 2 RCS 141, p. 171.

En raison même de ce qu'il a pour objet de déclarer – des « objectifs » et des « orientations » pour une action éventuelle –, l'énoncé de politique n'est pas susceptible de comporter un effet juridiquement normatif. Il ne se le propose d'ailleurs pas, se limitant à expliquer à l'avance le sens que son auteur entend imprimer à des actes non encore intervenus. Cet auteur s'expose dès lors à ce que ces actes soient éventuellement appréciés en fonction de leur conformité aux objectifs et orientations qu'il aura ainsi préalablement affichés. À plus court terme, il se soumet également à ce que l'énoncé de sa politique soit lui-même apprécié en fonction de sa cohérence et de sa conformité aux objectifs et aux orientations déjà exprimés par le Parlement dans les lois attributives de compétence.

Sensible aux avantages de l'énoncé de politique en tant que forme d'action étatique, le Parlement en a d'ailleurs expressément prévu l'emploi à plusieurs niveaux de l'appareil exécutif de l'État. La récente *Loi sur l'administration publique* (LQ 2000, c. 8) prévoit et confirme à la fois, de manière très visible, l'existence d'énoncés de politique. Ainsi, elle fait allusion au fait que le gouvernement énonce une « politique générale en matière de marchés publics » (art. 61, 2<sup>e</sup> al. et 77, par. 9<sup>o</sup>), une « politique budgétaire » (art. 70, 2<sup>e</sup> al.), une « politique relative à l'autoroute de l'information » (art. 77, p. 8<sup>o</sup>) et des « orientations en matière de ressources » (art. 77, par. 12<sup>o</sup>). La même loi charge par ailleurs le Conseil du trésor d'établir « des politiques de gestion des ressources humaines de la fonction publique » (art. 31, 1<sup>er</sup> al.), de déterminer « des orientations portant sur les principes ou les pratiques à favoriser en matière de gestion des ressources » (art. 72, 1<sup>er</sup> al.) et d'élaborer de concert avec le ministre des Finances des « politiques et orientations » relatives aux « investissements en immobilisations » (art. 77, par. 6<sup>o</sup>, auquel fait écho l'art. 4, par. 7<sup>o</sup> de la *Loi sur le ministère des Finances*, LQ 1999, c. 77). Une comparaison avec la *Loi sur l'administration financière* de 1970 (LRQ c. A-6) suggère que le Parlement reconnaît aujourd'hui de manière beaucoup plus explicite l'intérêt et la légitimité de l'énoncé de politique comme forme d'action du gouvernement et du Conseil du trésor.

D'autres textes législatifs québécois le font aussi à propos des ministres considérés individuellement. La plupart des lois organiques des ministères, de même que certaines lois traitant de domaines particuliers d'action gouvernementale, chargent les ministres de formuler et, généralement, de proposer au gouvernement des « politiques » à tel ou tel sujet, et d'en assurer ou coordonner par la suite la mise en œuvre. Ainsi, la *Loi sur le ministère de l'Emploi et de la Solidarité et instituant la Commission des partenaires du marché du travail* (LRQ c. M-15.001) prévoit la formulation de « politiques » (comportant des « orientations générales »), de « stratégies » et d'« objectifs » (art. 3 et 17, 1<sup>er</sup> al.). Le ministre de la Culture et des Communications est chargé d'élaborer une « politique culturelle » dont les buts lui

sont indiqués par le Parlement et qui peut comporter des politiques sectorielles (*Loi sur le ministère de la Culture et des Communications*, LRQ c. M-17.1, art. 11 et 12); parmi celles-ci, la politique en matière de bibliothèques publiques comporte la détermination de « besoins » et d'« objectifs », et se traduit par des « priorités » et des « moyens » (art. 16 et 17). Le même ministre est appelé à formuler des politiques en matière de communications (art. 12.1) et une politique d'intégration des arts à l'architecture (art. 14). Le ministre responsable de l'habitation établit, dans le cadre des « politiques » qu'il élabore, des « besoins », des « priorités » et des « objectifs » (*Loi sur la Société d'habitation du Québec*, LRQ c. S-8, art. 1.1 et 1.2). Le ministre de la Santé et des Services sociaux, en revanche, s'est vu prescrire par le Parlement les « objectifs » de la « politique en matière de médicaments » qu'il doit élaborer (*Loi sur l'assurance-médicaments*, LRQ c. A-29.01, art. 51). Le ministre des Relations avec les citoyens et de l'Immigration est chargé par la loi organique du ministère (LRQ c. M-25.01) « de définir des objectifs quant au nombre de ressortissants étrangers admissibles au cours d'une période donnée » (art. 12, par. 1<sup>o</sup>) et d'élaborer « des orientations et des politiques... sur l'immigration et l'intégration des immigrants » (art. 13, 1<sup>er</sup> al.). La *Loi sur l'immigration au Québec* (LRQ c. I-0.2) fait d'ailleurs référence à ces objectifs et à ces politiques, à ses art. 3 et 3.0.1, en tant que « cadre » du plan annuel d'immigration et de la sélection des immigrants. Ces dispositions, pour la plupart de facture récente, confirment l'intérêt du Parlement pour cette manière d'encadrer l'action des ministères.

Dans plusieurs cas, le Parlement a non seulement prévu l'existence éventuelle d'énoncés de politique, mais encore envisagé pour leur élaboration des mécanismes de « concertation », de « collaboration » ou de « participation », ou (*Loi sur la qualité de l'environnement*, LRQ c. Q-2, art. 2.1) exigé la publication d'un énoncé de politique.

Enfin, l'utilisation d'énoncés de politique a parfois été envisagée par le Parlement dans le cas d'organismes administratifs autonomes. Ainsi, de manière assez timide – puisque ce ne peut être que « dans le cadre de règles » établies par règlement du gouvernement –, il a autorisé la Commission des transports à énoncer des « principes en vue de la gouverne de ses affaires » (*Loi sur les transports*, LRQ c. T-12, art. 34.1). Mais plus récemment, il a fait référence, comme à une pratique allant de soi, à la « politique administrative » de la Société de l'assurance automobile, selon laquelle la Société identifierait certains administrés « dont le comportement présente un risque et qui, en conséquence, doivent faire l'objet de contrôles particuliers » (*Loi concernant les propriétaires et exploitants de véhicules lourds*, LRQ c. P-30.3, art. 22).

La pratique législative fédérale va dans le même sens. Elle s'en distingue toutefois sur un point : le Parlement fédéral a entrepris, dans divers domaines d'action étatique, d'énoncer lui-même les bases de la politique fédérale. Ce choix de technique législative a donné naissance à des textes parfois longs et complexes (voir par ex. la *Loi sur les transports au Canada*, LC 1996, c. 10, art. 5; la *Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, c. 11 et modif., art. 3; la *Loi canadienne sur la santé*, LRC (1985) c. C-6 et modif., art. 3; la *Loi sur l'immigration*, LRC (1985) c. I-2 et modif., Partie I; et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, LC 1999, c. 33, art. 2).

Toutefois, même lorsqu'il choisit de formuler lui-même les orientations de l'action étatique, le Parlement fédéral reconnaît aux autorités administratives la mission de développer ces orientations sous la forme d'énoncés de politique. C'est le cas par exemple du CRTC, habilité expressément à formuler des « directives » non contraignantes (la version anglaise évoque, de manière plus nuancée, des « *guidelines and statements* ») sur toute question relevant de sa compétence en matière de radiodiffusion (*Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, c. 11, art. 6). De son côté, le ministre fédéral de l'Environnement est chargé d'établir, entre autres documents à caractère non réglementaire, des « objectifs énonçant (...) l'orientation des efforts (...) pour lutter pour la protection de l'environnement », alors que son collègue de la Santé doit faire de même « en ce qui concerne les aspects de l'environnement qui peuvent influencer sur la vie et la santé de la population » (*Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, LC 1999, c. 33, art. 54(1)a), 55 (1) et 121 (1)). Ces « objectifs » doivent être portés à la connaissance du public.

Comme le montrent plusieurs des lois fédérales qui viennent d'être citées, les objectifs et les caractéristiques de l'énoncé de politique font qu'il est difficile de le réduire à la forme d'une disposition légale. Cette difficulté contribue sans doute à expliquer que le Parlement québécois, dans des textes par ailleurs assez comparables, ait renoncé à donner une forme législative à la politique qui les inspirait et qui devait guider leur mise en œuvre (voir par ex. la *Loi sur les transports*, LRQ c. T-12; la *Loi sur la qualité de l'environnement*, LRQ c. Q-2; la *Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles*, LRQ c. P-41.1). Préférant une approche plus strictement juridique, il s'en tient plutôt à une disposition déclarative de l'objet de la loi, qui vise notamment à orienter l'interprétation du texte (voir par ex. la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, LRQ c. A-3.001; la *Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale*, LRQ c. S-32.001, art. 1, qui renvoie cependant à « une politique active du marché du travail », 13, 59 et 67; la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche*, LRQ c. M-35.1, art. 1 et 5). Certaines lois québécoises sont cependant plus explicites et soit s'adossent expressément à une politique gouvernementale (par ex. la *Loi sur l'immigration au Québec*, LRQ c. I-0.2, art. 3), soit s'engagent elles-mêmes dans l'énonciation d'une politique, comportant des objectifs, des moyens de les réaliser et des principes directeurs (par ex. la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, LRQ c. S-4.2, art. 1 à 3). Dans le cas de cette dernière loi, comme dans les lois fédérales évoquées plus haut, le ministre est appelé à développer cet énoncé législatif par les politiques qu'il est chargé d'élaborer seul ou avec l'approbation du gouvernement (art. 431 et 436 et *Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux*, LRQ c. M-19.2, art. 2).

La pratique des autorités administratives montre que cette reconnaissance législative de leur fonction d'énonciation de politiques renvoie à une réalité multiforme. Un échantillon d'énoncés de politique révèle cependant l'existence de deux grands types.

Certains énoncés, préparés par un ministre mais adoptés par le gouvernement, se situent, au moins partiellement, en amont de la législation : ils annoncent l'intention du gouvernement et de celui ou ceux des ministres concernés, d'entreprendre un ensemble de mesures, et notamment d'introduire des projets de loi

devant le Parlement. L'intérêt principal de ce type d'énoncé est d'expliquer quels sont les objectifs poursuivis par cet ensemble de mesures, et de faire ressortir l'unité de visée à travers la description d'un ensemble de projets qui pourraient sans cela sembler disparates. Les projets de législation annoncés par ce type d'énoncé de politique en sont en général la partie la plus notable. Ces projets y sont d'ailleurs parfois décrits avec une précision telle qu'un débat peut déjà s'amorcer sur le détail de leur contenu. Dans la perspective de la recherche de solutions de rechange à la réglementation, c'est parfois par d'autres aspects de leur teneur que les énoncés de ce type peuvent retenir l'attention. Ils sont en effet riches de données explicatives, susceptibles d'être invoquées par la suite comme fondements de décisions de toute nature. Ainsi, un tel énoncé de politique renferme généralement une description de l'état de choses existant, une analyse de la problématique que le gouvernement juge nécessaire de résoudre, un rappel des mesures antérieurement prises à ce sujet et une justification des moyens nouveaux choisis pour le faire. Dans une perspective plus large que ne peuvent le faire, par exemple, l'étude d'impact d'un projet de réglementation, ou le mémoire à l'appui d'une mesure proposée au Conseil exécutif, l'énoncé de politique permet de rendre compte des objectifs de l'action étatique et de rattacher des actes ultérieurs à la poursuite de ces objectifs. Dans la mesure où l'énoncé de politique annonce l'intention d'agir et explique le sens de l'action, il s'intègre à l'action et son intérêt comme instrument d'action étatique ne doit pas être sous-estimé.

Un exemple célèbre de ce premier type d'énoncé de politique est le *Programme énergétique national* formulé en 1980 par le gouvernement fédéral (Canada/Énergie, Mines et Ressources 1980). Ce document annonçait un vaste ensemble de mesures, notamment législatives, destinées à assurer la sécurité de l'approvisionnement énergétique, à régulariser le marché intérieur des hydrocarbures et à redistribuer les recettes dérivées de leur exploitation. Le gouvernement a tenté de reproduire dans son action législative l'effet de cohérence recherché par cet énoncé de politique, en présentant au Parlement un projet de loi « omnibus », qu'il a dû cependant accepter de fractionner en huit textes distincts (Projet de *Loi de 1982 sur la sécurité énergétique*, P.L. C-94, 1<sup>re</sup> sess., 32<sup>e</sup> législ. 1982). Certains de ces textes législatifs renvoyaient expressément à l'énoncé de politique (voir par ex. la *Loi sur la taxe d'accise*, LRC (1985) c. E-15, art. 30, aujourd'hui abrogé). Saisie de la question de la constitutionnalité de l'un d'entre eux, la Cour suprême avait d'ailleurs pris en considération l'énoncé de politique pour établir quel était l'objet véritable de la loi (*Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 RCS 1004). Parmi les exemples plus récents de ce type d'énoncé de politique, on peut citer, au Québec, celui de 1990 sur l'immigration et l'intégration des immigrants (Québec/Communautés culturelles et Immigration 1990), celui de 1991 sur le développement de la main-d'œuvre (Québec/Main-d'œuvre, Sécurité du revenu et Formation professionnelle 1991) ou celui de 1999 sur la gestion gouvernementale (Québec/Conseil du trésor 1999).

Le second type d'énoncé de politique présente encore davantage d'intérêt en tant que forme d'action étatique susceptible de remplacer la réglementation. Il se situe en effet, comme celle-ci, en aval de la législation, et vise donc de plus près l'encadrement de l'action étatique. Alors que les énoncés du premier type sont

invariablement le fait du gouvernement, agissant sur la proposition du ministre principalement concerné, les énoncés de ce second type peuvent être formulés par les différentes instances dirigeantes de l'appareil administratif : gouvernement, Conseil du trésor, ministres, dirigeants d'organismes administratifs autonomes. Il leur sert à faire connaître au public (y compris les parlementaires) et au personnel de l'administration publique (en particulier à celui sur lequel l'auteur de l'énoncé exerce une forme d'autorité) les conditions de fond ou de forme dans lesquelles seront exercés, par l'auteur du document, par d'autres personnes agissant en son nom, ou par d'autres autorités, des pouvoirs discrétionnaires conférés par les lois. Ces textes sont donc en général destinés à un double lectorat : d'une part, les administrés susceptibles d'être touchés par les décisions à intervenir, et d'autre part les agents publics susceptibles de participer à l'élaboration et à la prise de ces décisions. Aux uns et aux autres, l'énoncé de politique indique les orientations de l'action étatique dans laquelle s'inscrivent les décisions dont il s'agit, et la manière dont ces orientations se traduiront dans l'élaboration et la motivation de ces actes éventuels.

Le caractère de ce second type d'énoncés de politique est extrêmement variable, et paraît lié à la diversité des objets traités. Certains énoncés intéressent la totalité de l'action étatique (par ex. une politique sur la qualité de la langue employée dans les documents administratifs), ou du moins un large pan de cette action (par ex. une politique concernant les modalités d'élaboration de la réglementation : Canada/Conseil du Trésor 1995); d'autres concernent des domaines d'action étatique beaucoup plus circonscrits (par ex., une politique concernant les conditions d'octroi de subventions à une catégorie précise d'acteurs privés : Québec/OSGE 1992); ou une politique régissant, dans le cas de certains biens du domaine public foncier, certains actes de gestion et les conditions de leur aliénation : Québec/Transports 1983).

Le mode d'énonciation varie aussi, dans ce deuxième type d'énoncés de politique, en fonction de la diversité de leurs destinataires et de leurs objets. Ordinairement, ils tendent vers plus de précision que les énoncés intervenant en amont de la législation. Certains d'entre eux recourent toutefois au moins pour une part, à des termes assez vagues, et donc porteurs d'indications très générales. Une précision plus grande dans l'expression est habituellement associée à une plus forte attente de conformité, spécialement de la part des agents publics. Au-delà d'un certain seuil de précision et donc de « directivité », seuil difficile à situer exactement, l'énoncé de politique passe dans la catégorie des directives, dont il sera question plus loin (*cf.* 2. *infra*), de la même façon qu'au-delà d'un certain seuil d'impérativité la directive passe elle-même dans la catégorie des règlements. Même présentant le faible niveau de « densité normative » qui le caractérise, l'énoncé de politique s'incorpore en quelque sorte aux actes qu'il annonce et dont il éclaire la visée. À ce titre, on est justifié de considérer avec attention le rôle qu'il peut jouer dans l'action étatique, à la fois dans la phase de préparation de cette action, immédiatement consécutive à la publication de l'énoncé, et dans les phases de mise en œuvre, plus ou moins lointaines, au cours desquelles l'énoncé déploie ses effets à travers un ensemble d'actes de l'administration publique.

On retrouve fréquemment dans les énoncés de ce second type plusieurs éléments de la structure des énoncés du premier type : description de l'état de choses

existant et de la problématique qu'il recèle, rappel des mesures antérieurement prises (qui fournit l'occasion de signaler une rupture ou une continuité avec celles-ci), exposé des intentions d'action. Il s'y ajoute souvent un élément propre : le rappel des dispositions législatives habilitant à formuler cet énoncé, et dont on a relevé plus haut quelques exemples.

Le gouvernement est la source d'un certain d'un certain nombre d'énoncés de ce type, notamment ceux dont la nouvelle *Loi sur l'administration publique* prévoit l'existence (par ex. la politique d'achat, ou la politique concernant l'utilisation des technologies de l'information). La portée de ces politiques est cependant très particulière, en raison de la situation du gouvernement dans l'appareil administratif. Point focal de tout le réseau de rapports hiérarchiques et de tutelles qui traverse et unifie cet appareil, le gouvernement est en mesure de donner à l'énoncé de ses politiques une expression et une valeur fortement directives. Un exemple – non dénué d'ironie – peut être trouvé dans le fait que la politique d'allègement normatif du gouvernement a été traduite, à l'annexe B du *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif* (D. 140-96, (1996) 128 GOQ II 1518, mod. par D. 391-99, (1999) 131 GOQ II 1619) sous forme de « règles »; le libellé impératif de celles-ci s'explique par le fait qu'elles ont pour destinataires uniques des personnels de l'administration publique.

Le Conseil du trésor produit également un nombre important d'énoncés de politique. La nouvelle *Loi sur l'administration publique* met aujourd'hui très en évidence, on l'a vu plus haut, cet aspect de la mission du Conseil. Elle confirme également la position du Conseil dans l'appareil de l'administration publique, position qui confère à l'énoncé de ses politiques une valeur directive à peine moins forte que celle qui s'attache aux énoncés formulés par le gouvernement. Les contrats de l'administration publique sont l'un des objets les plus significatifs de la compétence du Conseil du trésor. En effet, c'est à lui qu'il revient, aux termes de la nouvelle *Loi sur l'administration publique*, d'une part de recommander au gouvernement des dispositions réglementaires sur les conditions de ces contrats et le régime d'autorisation administrative qui leur est applicable (art. 58 et 59), et d'autre part de proposer au gouvernement une « politique générale en matière de marchés publics » dont la loi le charge de coordonner la mise en œuvre (art. 77, par. 9°). On entrevoit donc ici un terrain sur lequel l'énoncé d'une politique des marchés publics pourrait remplacer en partie la réglementation. La possibilité en est illustrée par l'état actuel du droit fédéral : une grande partie des matières qui font, au Québec, l'objet d'un traitement réglementaire fondé sur l'art. 49 de l'ancienne *Loi sur l'administration financière* est régie, en droit fédéral, par des énoncés de politique du Conseil du trésor (Canada/Conseil du trésor s.d. : *Politique sur les marchés et Lignes directrices sur les marchés*; pour une analyse de ces textes, voir : Houle 1999 : 177-185) ou du Cabinet. L'actuel projet d'intégration et d'allègement de la réglementation québécoise en matière de contrats administratifs annonce vraisemblablement une évolution dans le même sens (voir le projet de *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et organismes publics*, (2000) 132 GOQ II 2292).

Les ministères diffusent également des énoncés de politique, comme le laissent prévoir les dispositions de leurs lois organiques signalées plus haut. Le ministère de l'Environnement en fait un usage particulièrement notable. Il a par exemple énoncé

en 1988 une *Politique de conformité aux exigences environnementales* (Paquet 1995 : 4011). Manifestement destiné au public aussi bien qu'au personnel du ministère, ce document se présente lui-même comme l'expression d'« un virage majeur dans l'action du ministère » (p. 4019). Il commence en effet par une autocritique des pratiques de contrôle, de sanction et de répression suivies jusque là, et développe par la suite les objectifs, les principes, la stratégie et les moyens de mise en œuvre de la nouvelle conception de ces activités. Ce texte présente donc avec une particulière netteté les caractères de publicité et de prospectivité d'un énoncé de politique. Il en souligne aussi la malléabilité et la sensibilité à la conjoncture.

Une autre politique élaborée par le même ministère a un objet sensiblement différent. Expressément prévue par l'article 2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement* et adoptée par décret du gouvernement sur proposition du ministre de l'Environnement, la *Politique de protection des rives, du littoral et des plaines inondables* (D. 103-96, (1996) 128 GOQ II 1263) revêt un caractère beaucoup plus nettement impératif. Destinée à servir de « cadre normatif minimal » à la réglementation des municipalités locales et régionales, cette politique peut justifier une intervention de tutelle de la part du ministre sur la base de l'art. 165 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme* (LRQ c. A-19.1). Elle est donc en partie formulée en termes d'« exigences » (« sont interdits... à l'exception de », « est possible aux conditions suivantes », « doit », « devra »). Mais elle comporte aussi une marge de souplesse qui interdit de l'assimiler totalement à un règlement. D'une part, en effet, elle envisage la possibilité que des « situations particulières » soient soustraites à ces exigences par l'intervention de mesures protectrices de substitution, répondant elles-mêmes à des objectifs et des exigences formulés dans l'énoncé de politique. Elle envisage aussi que d'autres « situations particulières » justifient les municipalités de prendre des mesures protectrices supplémentaires, allant au-delà des exigences de la politique. D'autre part et surtout, la politique est en partie formulée en termes non contraignants (« le ministre recommande », « devrait »). Une politique de ce genre tend à se rapprocher d'une directive donnée dans le cadre d'un pouvoir de tutelle (voir 2., a. *infra*).

Le glissement vers la catégorie des directives est encore plus sensible dans le cas d'un autre énoncé de politique du même ministère, concernant l'accréditation de laboratoires d'analyse (Paquet 1995 : 3012). La *Loi sur la qualité de l'environnement* envisage implicitement l'existence d'un tel texte à son art. 118.6, qui habilite le ministre à déterminer les cas et les conditions dans lesquels il peut accréditer un laboratoire. L'énoncé de politique informe le public de la procédure que suivra le ministère pour ouvrir un champ de spécialité à l'accréditation, indique que celle-ci sera liée à l'obtention, par le laboratoire demandeur, d'un certain pointage sur une échelle d'appréciation relative à un ensemble de critères, et annonce dans quelles situations et selon quelle procédure le ministre se réserve de suspendre ou de retirer l'accréditation. De manière tout à fait caractéristique du brouillage des catégories juridiques évoqué au chapitre 1 (A., 2., b.), l'énoncé s'efforce d'introduire un élément de consensualisme dans le rapport typiquement régalién que comporte une « accréditation » discrétionnaire : il énumère (p. 3101) les termes d'un « engagement » réciproque du laboratoire et du ministre, ce dernier s'engageant notamment à « accréditer le laboratoire selon la procédure définie dans

le présent document ». Ces laboratoires étant appelés, une fois accrédités, à entretenir avec le ministère des rapports de collaboration, on peut comprendre ce souci de créer dès l'origine de ces rapports un climat favorable; le choix de l'appellation « politique » plutôt que « directive » relève peut-être du même souci. Quant au fond, cependant, on discerne assez mal l'écart qui pourrait séparer ce texte de certaines directives du même ministère, dont il sera question plus loin (2., a.).

Enfin, il convient d'évoquer un exemple remarquable d'utilisation de l'énoncé de politique par un organisme administratif autonome. Il s'agit des énoncés publiés par le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes. Cet organisme de régulation, tout comme ses devanciers, s'est reconnu le pouvoir implicite de formuler dans des documents publiés les orientations qui le guident dans l'exécution de sa mission. L'arrêt *Capital Cities* a entièrement validé cette pratique (Trudel et Abran 1991 : 223-225), qui trouve aujourd'hui un fondement explicite aux art. 6 de la *Loi sur la radiodiffusion* (LC 1991, c. 11 et modif.) et 58 de la *Loi sur les télécommunications* (LC 1993 c. 38 et modif.). Dans le seul domaine de la radiodiffusion, le CRTC applique actuellement plus de 125 énoncés de politique. Ainsi, l'énoncé *Politiques relatives à la radio communautaire et à la radio de campus* de 1992 énumère, à propos des radios communautaires, les caractéristiques d'une station de ce genre, et indique notamment la part de temps d'antenne consacrée à la publicité, aux émissions produites localement, au « contenu canadien », à la chanson francophone, etc. Sur plusieurs points, l'énoncé rappelle que la loi permet au CRTC de déroger à ses propres politiques dans un cas donné (Canada/CRTC 1992 : 779, 780, 784). Quant à la *Politique en matière de tribunes téléphoniques* de 1988, elle conclut, après un rappel de la problématique et des dispositions législatives et réglementaires permettant d'y faire face, à l'inopportunité d'une intervention normative de la part du CRTC. Elle annonce cependant l'intention de celui-ci de se montrer plus exigeant à l'endroit des diffuseurs délinquants (Canada/CRTC 1988 : 614).

### **b. Une problématique à spécifier**

La jurisprudence et la doctrine considèrent en général l'énoncé de politique comme l'une des nombreuses variantes de la directive – variantes qui se distingueraient peu sur le fond, et ne seraient, à la limite, qu'une série d'appellations interchangeables (Dussault et Borgeat 1984 : 417; Bilodeau 1996 : 430). Certains auteurs, plus sensibles à l'écart entre la directive, au sens propre (*cf.* 2., a. *infra*) et l'énoncé de politique, préfèrent les englober l'un et l'autre dans un ensemble plus large, défini par son analogie avec le règlement : les actes pararéglementaires (Mockle 1984; Garant 1996, vol. 1 : 395). Plus récemment, l'intérêt porté aux phénomènes d'internormativité (voir ch. 1, A., 2., a.) et le problème de la juridicité de cet ensemble d'actes ont suscité d'autres désignations du phénomène : « autonormativité institutionnelle dans l'administration publique » (Mockle 1992 : 1042) ou « règles administratives » (Houle 1999 : 1-5). Dans l'ensemble, ces analyses ne font guère ressortir la spécificité de l'énoncé de politique parmi l'ensemble de pratiques normatives auxquelles on le rattache.

Dans la perspective de l'utilisation délibérée de l'énoncé de politique comme substitut de la réglementation, il devient nécessaire de se faire une idée plus précise

des avantages et des inconvénients propres à cette forme d'action étatique, telle qu'elle a été décrite en a.. À travers la multiplicité de ses manifestations, on a pu en déceler certains traits distinctifs et constants, tout en observant qu'elle pouvait intervenir tantôt en amont, tantôt en aval d'un texte législatif conférant des pouvoirs discrétionnaires. Quelle que soit sa situation dans le temps par rapport à ce texte, l'énoncé de politique se présente essentiellement comme porteur d'orientations, comme un réservoir de motifs auxquels pourront être imputés, et le seront vraisemblablement dans la plupart des cas, un ensemble d'actes à intervenir, de la part d'acteurs administratifs et politiques en nombre variable, sur un horizon temporel généralement indéterminé.

Dans la recherche d'un point d'équilibre entre prévisibilité et flexibilité, l'énoncé de politique tend à réaliser un dosage particulièrement subtil. Il combine en effet cohérence et continuité d'une part (grâce à la fixation d'orientations), indétermination et adaptabilité d'autre part (grâce au caractère général et indicatif de ces orientations). Au total, cependant, dans la mise en œuvre de l'énoncé de politique, la flexibilité l'emporte sur la prévisibilité – l'inverse étant vrai, on le verra plus loin, dans le cas de la directive au sens propre et étroit du terme.

C'est en gardant présentes à l'esprit les caractéristiques et la fonction propres à l'énoncé de politique en tant que forme d'action étatique, qu'on peut relever les problèmes que soulève son utilisation.

Le premier problème est celui de l'*effet pratiquement contraignant* que tendrait à prendre l'énoncé de politique. Il semble clair qu'un énoncé de politique ne peut par lui-même avoir d'effet juridiquement contraignant (*Pezim c. Superintendent of Brokers*, [1994] 2 RCS 557). Si un document présentant par ailleurs les caractères d'un énoncé de politique devait recevoir, par suite d'une indication expresse donnée par le Parlement, une valeur juridiquement contraignante, au moins à l'endroit de certains acteurs, il faudrait le qualifier plutôt de directive quasi réglementaire (voir 2., a. *infra*), voire même de règlement s'il se révélait avoir « force de loi ». Le Parlement donne rarement une telle indication à propos d'un énoncé de politique. Le cas le plus proche d'une telle hypothèse, parmi ceux examinés en a., est celui de la *Politique sur la protection des rives, du littoral et des plaines inondables* prévue à l'article 2.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, mais même dans ce cas, il faut observer que l'effet contraignant appartient en réalité à la décision discrétionnaire du ministre de demander à une municipalité, en vertu de l'article 165.2 de la *Loi sur l'aménagement et l'urbanisme*, de mettre son règlement en conformité avec cette politique.

L'attribution d'un effet contraignant à un énoncé de politique est donc ordinairement une situation de fait, créée par la conjonction de deux facteurs. D'une part, une autorité administrative peut être tentée de rechercher cet effet pratiquement contraignant tout en échappant elle-même aux contraintes de procédure inhérentes à l'élaboration et à l'édition d'un acte réglementaire. Diverses considérations peuvent l'y inciter : le souci d'accroître la prévisibilité des résultats de son action, le désir de modifier chez les assujettis la perception des attentes de comportement qu'elle a à leur endroit, la volonté d'exercer un contrôle plus affirmé sur ses agents d'exécution et sur les assujettis (Black 1995 : 95). D'autre part, les assujettis eux-mêmes préféreront souvent, par souci de sécurité et de prévisibilité, se

conformer aux indications de la politique plutôt que de s'en remettre aux aléas d'une appréciation discrétionnaire de leur cas (Bilodeau : 1996 : 468).

Le comportement des assujettis en réaction à l'existence de l'énoncé de politique dépendra sans doute en partie de la manière dont est formulé ce texte. Des tournures assertives ou impératives non assorties de nuances telles que « normalement », « généralement » ou « sauf exception », seront à juste titre interprétées par les assujettis comme des indices d'une volonté de contraindre leur comportement. Les tribunaux, de leur côté, au moment de statuer sur la légalité d'un énoncé de politique, tiendront compte de cet aspect formel, mais aussi de l'écart que peuvent présenter les attentes de comportement exprimées par le texte en regard des exigences de la loi et des règlements, ainsi que des sanctions, même non pénales (*cf.* ch. 2, C., 3.) auxquelles les expose la non-conformité à ces attentes (*Nu-Pharm Inc. c. Rochon*, [1997] RJQ 1713 (CS), pp. 1718-1720; cette décision a été portée en appel; *cf. Pharmaceutical Manufacturers' Association v. AG British Columbia*, (1998) 2 Admin. L.R. (3d) 71 (BCCA); la Cour suprême a refusé l'autorisation d'en appeler de cet arrêt).

Pour éviter que se pose le problème de l'effet pratiquement contraignant d'un énoncé de politique, le plus sûr est sans doute que le Parlement s'en saisisse, et circoncrive lui-même la portée de tels énoncés. Cela suppose, d'une part, que la loi confère expressément le pouvoir d'élaborer et d'énoncer des politiques, et d'autre part qu'elle précise que l'énoncé d'une politique ne peut comporter d'obligations ou d'interdictions.

La seconde difficulté concerne la *portée du caractère indicatif* de l'énoncé de politique. Car une fois admis que l'énoncé de politique ne peut comporter d'obligations ou d'interdictions et que son seul effet doit être d'indiquer les orientations qui seront habituellement suivies dans l'action administrative subséquente, il reste à préciser cet effet indicatif. Conscients de la règle de droit selon laquelle l'exercice ultérieur d'un pouvoir discrétionnaire ne peut être entièrement déterminé à l'avance par un acte qui supprime la liberté d'appréciation du titulaire de ce pouvoir (*cf.* par ex. *Apotex v. Minister of Health*, (1995) 30 Admin. L.R. (2d) 259 (Ont. Div. Ct)), les auteurs d'énoncés de politique prennent parfois soin, on l'a vu, de se réserver expressément la faculté de ne pas appliquer cette politique dans un cas donné. Les tribunaux se sont parfois montrés assez peu exigeants quant à la sincérité ou au caractère explicite de ces clauses de réserve; voir par ex. *In re North Coast Air Services*, [1972] CF 390 (CAF); *McInnis v. Halifax Social Planning Department*, (1990) 70 DLR (4th) 296 (NSSC-AD). Certes, étant donné la règle qui vient d'être rappelée, la présence ou l'absence de ces clauses de réserve n'est nullement déterminante : en toute hypothèse, l'autorité qui tient compte d'un énoncé de politique au moment de prendre une décision discrétionnaire *doit* réserver sa propre liberté d'apprécier l'opportunité d'appliquer cette politique. Mais la présence de telles réserves dans le texte de l'énoncé, si elle n'est pas indispensable, est souhaitable sur le plan psychologique. Elle rend les assujettis – et les applicateurs de la politique eux-mêmes – attentifs à la possibilité que cette politique ne soit pas suivie dans un cas donné.

Il reste que cette garantie de souplesse peut, dans le concret, se révéler plus théorique que réellement opérante. On peut dès lors se demander si sa présence

suffit à assurer une souplesse suffisante à l'application d'un énoncé de politique. En se bornant à cette garantie, on confine l'administré à la tâche difficile et ingrate de revendiquer et de justifier qu'il soit fait exception, dans son cas, à la mise en œuvre normale de la politique. La recherche de souplesse ne commande-t-elle pas d'aller plus loin, et d'envisager la possibilité d'une remise en cause, par un assujéti auquel on veut l'appliquer, du bien-fondé de la politique (Anthony 1992; 1329-1330) ? L'exigence de souplesse se traduirait ainsi, de manière plus satisfaisante, par l'idée que la politique est susceptible de révision en vue d'en parfaire l'adaptation à l'ensemble des situations qu'elle vise, et non pas seulement par l'idée que des cas exceptionnels justifient de s'en écarter à l'occasion. Cette hypothèse de révision ponctuelle de l'énoncé de politique renvoie au problème de la participation démocratique à son élaboration, qui sera examiné plus loin.

Il faut auparavant considérer un autre problème, celui de l'*inopposabilité de la politique à l'autorité administrative*. Cette situation n'est évidemment que l'autre face des deux précédentes. De même que l'énoncé de politique ne peut produire d'effets contraignants sur les administrés, de même qu'il doit conserver en caractère indicatif, et non impératif, de sorte qu'on puisse y déroger lorsqu'une situation particulière le justifie, de même l'administré ne peut, lorsqu'il y trouve avantage, espérer contraindre l'autorité administrative à l'appliquer. Exceptionnellement, les tribunaux se sont montrés disposés à donner effet à une politique administrative invoquée par un administré à l'encontre de l'administration publique (voir par ex. *Transport Lessard c. Sous-ministre du Revenu*, [1985] RDFQ 322 (CA)). Cela semble s'être surtout produit en matière fiscale; l'importance pour l'administré de la prévisibilité des décisions administratives y est sans doute plus facilement admise qu'ailleurs. Les politiques de l'administration fiscale peuvent donc, une fois requalifiées comme « pratique constante » ou « usage interprétatif » (Côté 1999 : 690-695), lui être opposées par un contribuable auquel on se prépare à appliquer soit un traitement dérogoatoire, soit un brusque changement de politique. Si l'emploi des termes « pratique » et « usage » permettrait d'englober des comportements de l'administration publique avant même que ceux-ci aient fait l'objet d'un énoncé formel de politique, cette extension oblige celui qui se réclame de ces comportements antérieurs uniformes à en faire la preuve et à démontrer la cristallisation et le contenu exact de cette coutume administrative : tâche difficile en l'absence d'un document déclaratif d'une politique établie (cf. *Groupe Desjardins c. Société canadienne des postes*, [1996] RJQ 1172 (CA)).

L'énoncé de politique n'étant donc pas, sauf exception, opposable à l'administration publique, l'administré ne peut en revendiquer l'application dans son cas. Il peut en revanche, à bon droit, réclamer que l'énoncé de politique soit dûment pris en considération avant qu'une décision soit rendue. Cette exigence est le pendant de cette autre, découlant du caractère indicatif de l'énoncé de politique, qui oblige l'administration publique à prendre dûment en considération les circonstances particulières invoquées pour revendiquer la non-application de la politique. Dans l'hypothèse inverse – celle où l'administré réclame qu'on lui applique la politique, alors qu'on s'apprête à y faire exception dans son cas –, l'énoncé de politique devient un élément pertinent du débat, que l'administration ne peut ignorer dans l'élaboration et la motivation de sa décision (Ganz 1987 : 16).

Le quatrième problème concerne spécifiquement les énoncés de politique situés en aval de la loi conférant les pouvoirs dont l'exercice est visé par cette politique. L'énoncé s'inscrit alors dans le cadre d'action étatique circonscrit par cette loi, et doit se soumettre à une exigence de *compatibilité avec la loi et ses règlements d'application*.

Même si la juridicité des énoncés de politique était admise – ce qui n'est absolument pas le cas à l'heure actuelle –, ce type d'énoncés de politique n'en relèverait pas moins très clairement de l'activité d'application de la loi; il ne peut donc pas plus entrer en contradiction avec elle que ne le peut un acte réglementaire pris sur la base de cette loi. Puisque précisément l'énoncé de politique n'a pas le statut de règle de droit, cette exigence de non-contradiction s'applique aussi à ses rapports avec un règlement pris en vertu de cette loi.

Ces propositions découlent logiquement du rôle que joue l'énoncé de politique dans la construction de l'encadrement juridique et de la position que ce rôle lui assigne par rapport à la hiérarchie des normes juridiques. Le fait que le Parlement prévoit expressément l'existence d'énoncés de politique n'est pas susceptible de remettre en cause la validité de ces propositions. Il est donc inutile que le Parlement précise, par exemple, que la réglementation prévaut, en cas de conflit, sur les énoncés de politique dont il prévoit l'existence. En tentant ainsi de clarifier le régime de ces énoncés sur un point, on prête le flanc à la prétention que ceux-ci seraient bien des normes juridiques, dont la situation hiérarchique devrait donc être précisée (Bilodeau 1996 : 464).

Le problème véritable ne porte d'ailleurs pas sur l'hypothèse, peu plausible, d'un conflit direct entre les normes juridiques et l'énoncé de politique, mais bien plutôt sur le risque de voir ce dernier modifier insidieusement l'effet de ces normes. Ce risque surviendrait par exemple si l'énoncé formule des exigences allant au-delà de celles que renferment déjà la loi et le règlement, ou si la précision des indications qu'il donne est en retrait sur celle des dispositions législatives et réglementaires. Dans un cas comme dans l'autre, l'énoncé de politique ouvre alors la voie à des décisions individualisées débordant le cadre de la loi et du règlement. Or, l'énoncé de politique doit lui-même nécessairement être compris dans le cadre de ces textes, dont il est censé orienter la mise en œuvre. Il ne saurait donc valider des décisions d'application qui sortent de ce cadre (*Office des services de garde à l'enfance c. Chouinard*, JE 92-311 (CA)).

Cette solution ne s'impose pas avec autant de clarté, toutefois, lorsque l'énoncé de politique se situe « en amont » des textes législatifs par rapport auxquels il semble comporter des exigences plus sévères. Ce serait par exemple le cas d'un énoncé formulé par le ministre responsable de l'application de ces textes, non pas en vertu de ceux-ci, mais sur la double base de son pouvoir général d'élaborer des politiques dans le champ d'activité de son ministère et du pouvoir de dépense inhérent à l'État. Un tel énoncé pourrait modifier les effets de ces textes, tant que ce résultat n'est pas inconciliable avec leurs dispositions (*Pharmaceutical Manufacturers' Association v. AG British Columbia*, (1998) 2 Admin. L.R. (3d) 71 (BCCA)).

Le rapport entre l'énoncé de politique et le règlement est également à la source d'une cinquième problématique, qui concerne l'*exclusivité de la compétence*

*réglementaire*. Il s'agit alors de savoir si l'existence du pouvoir de prendre des règlements relativement à une matière donnée empêche l'administration publique, lorsque ce pouvoir n'est pas exercé, de traiter cette matière, au moins temporairement, au moyen d'un énoncé de politique. La jurisprudence de la Cour suprême, et notamment l'arrêt dans lequel les avantages de l'énoncé de politique ont été particulièrement mis en relief (*Capital Cities Communications c. CRTC*), admet parfaitement cet emploi en quelque sorte transitoire de l'énoncé de politique, comme étape vers l'élaboration éventuelle d'une réglementation. Plus récemment, toutefois, la jurisprudence des cours d'appel québécoise et fédérale a semblé conduire à une remise en cause de cette possibilité. Cette jurisprudence concerne les directives au sens large du terme (voir Issalys et Lemieux 1997 : 410-413 et 506-507). Le cas précis des énoncés de politique n'est pas distingué par ces arrêts; certains de ceux-ci portaient d'ailleurs sur des documents intitulés « énoncé de politique ». À l'analyse, il se révèle cependant que presque tous ces documents, en raison de la précision de leur contenu, relevaient de la catégorie « directives » dans son acception étroite, et ne se bornaient pas à formuler des orientations en termes généraux, comme le fait un énoncé de politique. On peut expliquer ainsi que dans ces arrêts, le tribunal n'ait pas admis qu'une directive intervienne dans une matière à propos de laquelle une réglementation avait été envisagée par le Parlement. Les directives contestées dans ces affaires, outre qu'elles encadraient de manière très poussée des décisions individualisées, entraînaient dans certains cas des contraintes, certes indirectes mais onéreuses, pour des catégories d'assujettis (voir en particulier *CSST c. Papeterie Reed*, [1988] RJQ 1199 (CA), pp. 1202-1203). En revanche, dans une affaire où la Cour d'appel était saisie d'une « directive » présentant les caractères d'un énoncé de politique, la majorité des juges a estimé que ce texte pouvait valablement être établi dans une matière à propos de laquelle une habilitation réglementaire n'avait pas été exercée (*Dagenais c. CLSC Kateri*, [1992] RL 395 (CA)). Cette reconnaissance du rôle de l'énoncé de politique comme substitut provisoire de la réglementation était simplement assortie d'un double rappel : d'une part, la teneur de l'énoncé ne doit pas être inconciliable avec la loi habilitante, et d'autre part, on ne peut lui faire produire un effet juridique opposable à l'administration. Cette solution nuancée est en accord avec l'objet et la fonction propre de l'énoncé de politique.

La seule hypothèse susceptible d'exclure toute intervention d'un énoncé de politique sur un objet à propos duquel le Parlement a prévu une habilitation réglementaire serait celle où, en raison de la formulation de la loi, l'existence du règlement apparaît non comme une simple possibilité (dont la réalisation dépend d'un acte discrétionnaire du titulaire de l'habilitation), mais bien comme un élément indispensable du dispositif (*Thibodeau-Labbée c. Régie des permis d'alcool*, [1991] RJQ 731 (CA); mais voir *Thursday's Restaurant et Bar c. PG Québec*, JE 99-1431 (CS)).

Si les caractéristiques de l'énoncé de politique lui permettent ainsi d'échapper au reproche de constituer une réglementation déguisée, elles l'exposent à une autre problématique. On peut se demander si l'énoncé de politique *introduit dans les décisions* individualisées, à la faveur des orientations qu'il leur donne, *des considérations non pertinentes*. Ce risque semble réel si l'on tient compte du caractère général des orientations que formule un énoncé de politique. Précisément parce qu'il vise à mettre en lumière, notamment par l'exposé d'objectifs et de principes,

la cohérence de l'action étatique, l'énoncé de politique est susceptible de déborder l'objet précis de la loi. Deux arrêts récents, par lesquels un tribunal a invalidé une décision prise conformément à un énoncé de politique, mettent ce risque en lumière. Dans le premier cas, le ministre fédéral des Pêches et Océans avait refusé à un navire-usine américain le permis d'entrée dans les eaux canadiennes, sur la base d'une politique visant à faire pression sur les États-Unis en marge de négociations internationales sur la pêche commerciale. La Cour a estimé que cette politique débordait le champ des préoccupations dont le ministre pouvait légitimement tenir compte dans l'application de la *Loi sur la protection des pêches côtières* (*Antonsen c. PG Canada*, [1995] 2 CF 272 (SPI)). De même, la Cour d'appel du Québec a invalidé une décision du ministre délégué à l'Agriculture, aux Pêcheries et à l'Alimentation refusant au nom de l'« intérêt public » le permis d'exploitation d'usines de transformation du poisson, dans la mesure où cette décision se fondait sur un énoncé de politique, préalablement publié et faisant état d'« orientations de rationalisation, de consolidation et de regroupement » pour ce secteur industriel (*Vallières c. Courtiers J.D.*, [1998] RJQ 2623 (CA)). La Cour a tenu compte de la disposition, de facture classique, figurant dans la loi organique du ministère et chargeant le ministre d'élaborer « des politiques (...) relatives à (...) la transformation (et à la) commercialisation » des produits alimentaires. Elle a cependant estimé que ces politiques devaient prendre appui sur les lois conférant au ministre des attributions en ces matières. Or, l'effet de la politique appliquée en l'espèce était de contourner les entreprises de ce secteur, ce qu'aucune de ces lois ne permettait au ministre de faire. Ce dernier arrêt laisse donc percevoir les limites de l'« angle de vision » d'un énoncé de politique formulé par un ministre : elles sont dessinées par l'ensemble des lois dont l'application est confiée à ce ministre. Serait donc pertinente une considération introduite dans le processus décisionnel d'application d'une loi pour tenir compte des objectifs d'autres lois dont l'application incombe au même ministre, pour autant que la décision issue de ce processus n'en vienne pas à constituer l'exercice de pouvoirs conférés par une autre loi que celle sur laquelle elle doit se fonder.

Enfin, l'utilisation de l'énoncé de politique soulève le problème de la *participation des citoyens* et du *contrôle parlementaire*. En effet, le régime du règlement comporte, au moins depuis 1985 au Québec, un mécanisme de participation des citoyens à l'élaboration des actes réglementaires (la publication des projets de règlement) et un moyen de contrôle parlementaire direct (la procédure de désaveu). L'utilisation de l'énoncé de politique comme substitut de la réglementation supposerait donc que soient prévues à propos des énoncés de politique des règles équivalentes, mais pas nécessairement identiques.

En ce qui concerne la participation des citoyens, une intervention législative serait indispensable pour assurer aux citoyens le droit de participer au processus d'élaboration d'un énoncé de politique. En effet, ni la jurisprudence ni la Constitution ne fournissent actuellement de bases sûres à la revendication d'un tel droit (Bilodeau 1999 : 470-476). Une fois encore, la nature hybride de l'énoncé de politique le situe dans un angle mort, hors de portée des catégories juridiques classiques. Investi d'une portée générale et impersonnelle, l'énoncé de politique est cependant dépourvu d'effet juridiquement contraignant, et donc de la qualité de

norme juridique de type réglementaire. Intervenant dans la préparation de décisions individualisées, l'énoncé de politique le fait de manière trop générale et abstraite pour pouvoir être englobé dans cette décision. Par conséquent, ni les exigences de procédure propres au régime du règlement, ni celles qui s'appliquent à des décisions individualisées ne trouvent prise sur le processus d'élaboration de l'énoncé de politique.

On a vu en a. que seules certaines lois prévoyant l'existence d'énoncés de politique précisent que le ministre qui les élabore doit le faire dans des conditions de « participation », de « consultation » ou de « concertation ». Le Parlement va rarement au-delà de ces généralités (voir par ex., en droit fédéral, la *Loi sur la radiodiffusion*, LC 1991, c.11 et modif., art. 11(2)b), 18(1) et 19). Les pratiques effectives de participation ou de consultation à propos des énoncés de politique dépendent donc très largement de l'intérêt et de la bonne volonté des auteurs de ces énoncés (voir par ex. le cas de la Commission des valeurs mobilières : Bilodeau 1999 : 484-492).

Pourtant, par nature, l'énoncé de politique se prête à une consultation du public, ouverte à une large participation. On s'en convainc facilement dans le cas des énoncés situés en amont de mesures législatives; les dirigeants politiques recherchent effectivement une certaine interaction avec les citoyens lorsqu'ils publient ce genre de documents d'orientation. Mais le constat est également valable pour les énoncés formulés en aval d'un texte législatif. Leur rôle est alors de proposer un premier niveau de spécification des objectifs, principes et moyens d'action formulés par le Parlement; un large cercle d'intéressés devrait être alors invité à exprimer un point de vue avant que ces orientations soient cristallisées dans un énoncé susceptible de recueillir une ample adhésion. La Cour suprême voit d'ailleurs dans la possibilité d'une telle participation du public l'un des mérites de l'énoncé de politique en tant que forme d'action étatique (*Capital Cities Communications c. CRTC*, [1978] 2 RCS 141, p.171).

Cette participation du public ne semble pas devoir prendre la même forme que dans le cas des règlements. Ceux-ci ont été assujettis par la *Loi sur les règlements* à une procédure de consultation du public à la fois très ouverte et plutôt formelle – puisqu'elle emprunte la voie discrète d'une publication à la *Gazette officielle du Québec*, avec invitation à tout intéressé à commenter le projet de règlement. Cette solution passe-partout représente sans doute le commun dénominateur susceptible de convenir à des textes dont le niveau de détail et de technicité est très variable. Les énoncés de politique, par contre, devraient se situer habituellement à un niveau de généralité assez élevé. Le recours au moins facultatif à l'audience publique, plutôt que le recueil de commentaires écrits, paraît donc plus aisément justifiable dans leur cas.

En ce qui concerne le contrôle parlementaire, le pouvoir de surveillance sur l'administration publique, consacré par l'article 4 de la *Loi sur l'Assemblée nationale* (LRQ c. A-23.1), et le principe du gouvernement responsable, de même que les dispositions qui leur donnent effet dans le *Règlement de l'Assemblée nationale*, fournissent une assise au droit des parlementaires d'examiner les énoncés de politique formulés par le Pouvoir exécutif. Ici encore, les énoncés situés en amont des mesures législatives causent peu de difficultés; l'une de leurs fonctions est précisément d'annoncer aux parlementaires les orientations et les intentions d'un ministre ou du

gouvernement. Dans le cas d'énoncés situés en aval de la loi, et destinés par conséquent à en préciser les orientations, il paraît relever de l'ordre normal des choses que ces textes soient portés à connaissance du Parlement. On s'attendrait donc qu'une loi prévoyant la formulation de tels énoncés par une autorité administrative (gouvernement, ministre ou organisme administratif autonome) en prévoie aussi le dépôt au Parlement, qui pourrait dès lors s'en saisir et éventuellement les révoquer ou les modifier (*New Brunswick Broadcasting c. CRTC*, [1984] 2 CF 410 (CAF)).

En dépit de cet ensemble de questions délicates soulevées par son utilisation, l'énoncé de politique présente des qualités qui pourraient lui permettre d'assurer en partie la relève de la réglementation classique dans divers domaines. Certes, ses possibilités ne doivent pas être surestimées : elles se limitent à la formulation d'orientations générales, c'est-à-dire essentiellement d'objectifs et de principes. Il ne semble donc pas appelé à jouer un grand rôle dans les matières dominées par le besoin de règles d'une grande précision, telles que les prélèvements publics et la sécurité sociale. Mais ailleurs il peut, soit en remplacement, soit en complément de la réglementation, donner une forme à des « normes souples, conçues pour s'adapter à des situations changeantes et très souvent singulières » (Morand 1996b : 261). Là où l'action étatique à entreprendre ou à repenser est amenée à s'articuler autour de principes plutôt qu'à se construire comme un système de règles (Morand 1996a : 199-203), l'énoncé de politique trouve un terrain d'application propice.

Entre les choix directeurs opérés (avec une clarté très variable) par la loi et les multiples actes réglementaires et décisions individualisées qui leur sont rattachables, il y aura souvent place pour un niveau intermédiaire, constitué de textes d'explication et de justification. Par analogie, on pourrait considérer les énoncés de politique comme les « travaux préparatoires » de l'action administrative : leur fonction d'orientation consiste en effet en une justification de cette action à partir de l'analyse d'un problème, des objectifs retenus en vue de le résoudre, des principes sur lesquels se fonde le traitement du problème et de l'économie générale des moyens mis en œuvre. En développant – ou en rendant plus apparentes – les orientations tracées dans la loi, notamment par la formulation de principes, l'énoncé de politique peut contribuer à renforcer la cohérence de l'action étatique. À l'échelle du champ d'application d'une loi, il paraît susceptible de jouer un rôle comparable à celui des principes dans une branche du droit : comme eux, il synthétise, structure, dynamise et systématise un ensemble de règles. Pour jouer ce rôle, il n'apparaît pas nécessaire que l'énoncé de politique soit doté d'un effet juridiquement contraignant : son caractère strictement indicatif est exactement adapté à sa situation à la jonction du droit positif et de valeurs régulatrices (Sadleir 1996 : 253-254).

### **c. Évaluation**

L'action étatique sous la forme d'un énoncé de politique, consistant à orienter cette action au moyen d'un document dénué d'effet juridiquement contraignant, exposant une problématique, des objectifs, des principes et un choix de moyens, appelle un jugement nuancé, si l'on s'en rapporte aux cinq critères de justification que nous avons formulés. Alors que les critères de qualité de l'espace public et de compétence technique tendraient à recommander l'emploi de cette forme d'action étatique, le critère d'équité, et surtout ceux de maîtrise politique et d'économie de moyens en suggèrent au contraire une évaluation négative.

Le critère de **qualité de l'espace public** devrait inciter à recourir à l'énoncé de politique. En effet celui-ci, à la fois par son contenu, par sa forme et par les modalités d'élaboration auxquelles il se prête, peut constituer le centre d'un espace public d'information, de discussion critique et de délibération. Portant sur des objets (les objectifs et les principes d'une action étatique) d'un niveau de généralité assez élevé et sur des textes non soumis au formalisme de l'expression législative, le débat peut s'ouvrir à un cercle d'intéressés plus étendu que les seuls experts et techniciens de la matière dont il s'agit. Entre le débat formel sur les projets de loi, soumis au double codage de l'institution parlementaire et du système politique, d'une part, et le débat largement informel autour des projets de réglementation, accessible surtout aux spécialistes et aux groupes d'intérêts les plus puissants, il manque une fenêtre « grand public ». La formulation d'énoncés de politique, dont les projets feraient l'objet d'une consultation publique, ouverte à une large participation des citoyens, peut combler ce manque dans les domaines d'action étatique où il se fait sentir.

Selon ce premier critère, l'utilisation de l'énoncé de politique appelle donc une appréciation positive. Une seule réserve tempère cette appréciation : notre tradition constitutionnelle, politique et administrative ne favorise pas vraiment l'association d'un large public au processus de formulation des politiques. Le système politique bipartisan, la structure hiérarchique de l'administration publique, la neutralité et l'anonymat de la fonction publique, la nature des rapports entre le gouvernement et le Parlement, tout cela contribue à faire de l'administration centrale, organisée en ministères, un milieu peu propice et peu préparé à une évolution de ce genre. La participation des citoyens à l'élaboration de politiques d'application des lois est plutôt canalisée, lorsqu'elle est admise, soit vers des formes peu structurées (diffusion d'un énoncé de politique et invitation générale à le commenter), soit vers des instances extérieures à l'administration centrale : organismes administratifs autonomes, commissions parlementaires, commissions d'enquête.

Le critère de **compétence technique** conduit, parallèlement, à une appréciation assez favorable du recours à l'énoncé de politique. À première vue, l'accent mis dans un tel document sur les objectifs et les principes directeurs d'une action étatique, plutôt que sur les moyens de sa réalisation, peut paraître de nature à minimiser l'importance des considérations techniques. Ce constat doit cependant être nuancé, au moins dans le cas des énoncés se situant en aval de la législation : les objectifs et les principes dont il sera question ne seront pas de l'ordre le plus englobant, mais constitueront plutôt le prolongement ou la spécification des objectifs et principes déjà posés dans la loi. Ils seront donc relativement plus proches des problèmes de terrain auxquels s'intéressent avant tout les spécialistes. Le débat autour d'un énoncé de politique de cette nature serait donc l'occasion de faire intervenir utilement dans le processus de formulation des politiques les préoccupations des détenteurs de connaissances spécialisées. Certes, ces préoccupations entreraient en concurrence avec celles d'autres milieux et intérêts; mais selon toute vraisemblance, elles ne seraient pas complètement évacuées. D'ailleurs, même dans des domaines à haute technicité, il paraît indispensable d'instituer un dialogue entre le point de vue des experts et celui des citoyens (Fraiberg et Trebilcock 1998). La participation des uns et des autres à la mise au point d'énoncés de politique pour l'application des lois pourrait être l'un des lieux privilégiés d'un tel dialogue.

Par ailleurs, le fait que l'objet et le produit de la délibération ne soit pas un texte à caractère juridiquement contraignant ne peut que faciliter l'apport des techniciens à l'élaboration de celui-ci. La logique des détenteurs de connaissances spécialisées (rappelons qu'il ne s'agit pas nécessairement de scientifiques de haut niveau, mais souvent de commerçant ou d'industriels, de praticiens de métiers ou profession, voir de simples citoyens ayant une connaissance « vécue » de la question traitée) peut s'y déployer plus librement.

Quant à la souplesse inhérente à l'énoncé de politique, elle présente elle aussi des avantages du point de vue des techniciens. Elle rend la norme ainsi exprimée plus facilement et rapidement adaptable en fonction de l'évolution des connaissances. En fait, les techniciens pourraient, à l'usage, en venir à la conclusion que leur maîtrise effective du contenu des normes est plus grande lorsqu'elles prennent la forme d'un énoncé de politique issu d'une délibération ouverte au public que lorsqu'elles se cristallisent dans une réglementation de type classique.

Certes, cette appréciation plus positive ne serait sans doute pas portée d'emblée par l'ensemble des techniciens. Les scientifiques, en particulier, sont susceptibles de réagir avec beaucoup de réserve. Si la logique des sciences éprouve souvent des difficultés à se concilier avec celle du droit, l'écart est encore plus sensible entre le travail scientifique et le débat politique – même en faisant abstraction de la politique politicienne. À tort ou à raison, le point de vue de la compétence technique ne peut donc conduire qu'à une appréciation modérément favorable de l'énoncé de politique comme forme d'action étatique.

Le critère d'équité paraît conduire à une appréciation assez défavorable de l'utilisation d'énoncés de politique. Son idéal de traitement individualisé des situations au terme d'un processus régularisé, qui implique notamment que les situations semblables mènent à un traitement semblable, ne se concilie pas aisément avec le type de norme que représente l'énoncé de politique. Certes, le contenu d'un énoncé de politique peut fournir des bases d'appréciation des situations et constitue, on l'a déjà noté, un réservoir de motifs susceptibles de fonder en partie un jugement d'espèce. Mais en raison même de leur souplesse et de leur indétermination, les objectifs et les principes formulés dans l'énoncé de politique ne donnent pas au jugement d'espèce la même sûreté que de véritables règles. Ils le lui donnent d'autant moins qu'ils n'ont pas de force contraignante, contrairement aux objectifs et aux principes qu'énonce le Parlement dans une loi.

De plus, le souci, inhérent au critère d'équité, de dégager l'appréciation d'une situation au moyen d'un processus régularisé de prise en compte attentive des intérêts en présence, risque de ne pas trouver satisfaction. Si en effet la formulation de l'énoncé de politique a été précédée d'une consultation au terme de laquelle les différents intérêts en présence ont déjà fait l'objet d'une composition – mise en forme par l'énoncé lui-même –, l'appréciation des situations d'espèce risque de reprendre un débat qui a déjà été fait. Puisque les résultats de ce débat antérieur n'ont pas, vu la nature d'un énoncé de politique, valeur déterminante quant à l'issue du second, on est conduit à admettre qu'au nom de l'équité, la politique exprimée dans l'énoncé puisse être remise en question – et non pas seulement écartée – à l'occasion d'un débat sur son application à une situation individualisée. Cette perspective a déjà été évoquée en **b**. comme étant l'une des conséquences que

l'on pourrait tirer du caractère non contraignant de l'énoncé de politique : non seulement l'énoncé de politique devrait-il admettre qu'il y soit dérogé à tout moment, mais encore devrait-on pouvoir à tout moment en provoquer la remise en question.

Le critère d'équité renvoie ainsi de nouveau à la nature amphibie de l'énoncé de politique, qui participe à la fois de la normativité juridique (puisqu'il vise à en orienter le déploiement) et du monde des valeurs. Par les choix qu'il exprime entre ces valeurs, il reflète une autre sorte d'équité : celle que dégage, sur le terrain politique d'une démocratie, le jeu des forces en présence. Mais contrairement à la loi, qui fait franchir à ce choix de valeurs le seuil de la normativité juridique, et vide ainsi le débat, l'énoncé de politique s'arrête avant ce seuil, laisse dans une certaine mesure le débat en suspens, et demande pourtant au décideur, chargé de traiter une situation individualisée, de se laisser guider par les indications qui s'en sont dégagées.

Du point de vue du critère d'équité, l'emploi de l'énoncé de politique ne semble donc recommandable que si les indications que donne l'énoncé sont ensuite précisées et mises en forme réglementaire, de sorte que la décision individualisée retrouve un point d'appui, tout en continuant d'avoir accès aux orientations et au réservoir de motifs fournis par l'énoncé de politique. Dans cette hypothèse, en effet, celui-ci retrouve son intérêt comme expression de principes régulateurs, assortie d'une invitation à la souplesse dans leur application. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où l'énoncé de politique serait utilisé en complément, et non en remplacement, de la réglementation, que cette forme d'action étatique pourrait appeler une appréciation favorable du point de vue du critère d'équité.

Le critère d'**économie de moyens** paraît devoir fonder un jugement encore plus critique sur l'emploi de l'énoncé de politique. Certes, un énoncé de politique est susceptible de comporter des aspects positifs du point de vue de ce critère. Il peut, par exemple, donner expression à des objectifs et des principes directement inspirés par l'idée d'économie de moyens. Son caractère simplifié, général et accessible peut contribuer à l'assimilation, par les acteurs économiques notamment, des objectifs et des principes qu'il exprime et par suite au respect des normes juridiques qu'il a pour but de spécifier ou d'orienter.

Mais les inconvénients de l'énoncé de politique semblent l'emporter. Dans la mesure où le processus d'élaboration de ce type de textes peut se rapprocher de celui d'une réglementation négociée (*cf.* ch. 2, **A.**, **1.**), il risque de se révéler lent, complexe et coûteux. Au surplus, à la différence de la réglementation négociée, il ne conduit pas à une norme fixe, certaine et contraignante. Les résultats de sa mise en œuvre sont donc relativement imprévisibles, plus difficiles et peut-être plus coûteux à mesurer que les résultats de l'application d'une réglementation classique. La souplesse inhérente à l'énoncé de politique peut se prêter, sans doute, à des adaptations permettant de maximiser les rendements en minimisant les coûts; mais l'insécurité que comporte l'absence d'effet contraignant et la vulnérabilité à de brusques remises en cause oblige à tempérer fortement ces attentes positives.

Enfin, le critère de **maîtrise politique** donne lieu lui aussi à une appréciation défavorable. Il est à craindre, en effet, que le développement du recours à l'énoncé de politique comme forme d'action étatique n'aggrave encore, dans un premier

temps, le déséquilibre des pouvoirs entre le Parlement et le gouvernement. Ce développement pourrait signifier que le Parlement se dessaisisse dans une mesure toujours plus grande de l'une de ses fonctions classiques, qui est précisément de discuter et de fixer les grandes orientations, les objectifs et les principes de l'action étatique. Se cantonnant lui-même dans des énoncés de moins en moins significatifs, le Parlement s'en remettrait au gouvernement et aux ministres pour effectuer entre les forces sociales en présence des arbitrages ou des compromis dont l'autorité et la durabilité seraient sensiblement amoindris. Seuls des dispositifs de contrôle parlementaire direct et effectif de ces énoncés de politique produits par le Pouvoir exécutif permettraient de préserver un certain équilibre.

Dans un second temps, d'ailleurs, il est à craindre qu'un recours généralisé à cette forme d'action étatique, dans un contexte où le Parlement se laisserait évincer de sa fonction d'orientation, ferait échapper au gouvernement lui-même la maîtrise des politiques. Gouvernement et ministres pourraient être, en définitive, simplement invités à prendre acte, sous la forme d'un énoncé de politique, des résultats momentanés et non contraignants du rapport de forces entre les acteurs sociaux concernés. Prévaudraient seules alors les orientations et les contraintes admises et pratiquées par les forces dominantes.

Vu sous l'angle de ce critère, l'énoncé de politique apparaît dès lors comme l'un des vecteurs possibles de cette « démocratie fonctionnelle » vers laquelle, selon l'analyse de Jean-François Thuot, tend notre système politique (Thuot 1998 : 163-166). Le souci de maîtrise politique, indissociable de la démocratie représentative, incite donc à n'y recourir qu'avec prudence et dans un cadre législatif qui préserve la fonction primordiale et le contrôle continu du Parlement.

L'ensemble de cette évaluation laisse donc penser que le recours à l'énoncé de politique comme forme d'action étatique ne serait justifiable que si la nature de la tâche à accomplir impose de faire prévaloir les considérations de qualité de l'espace public et de compétence technique. On peut observer, à ce propos, que l'utilisation la plus réussie de l'énoncé de politique, dans le droit applicable au Québec, a cours en matière de radiodiffusion et de télécommunications (voir a.); or, il s'agit justement d'un domaine dont la technicité est relativement élevée et qui touche une part très importante de l'espace public. En revanche, l'emploi de l'énoncé de politique paraît peu recommandable lorsque la nature de la tâche exige qu'un poids particulier soit accordé aux préoccupations de maîtrise politique et d'économie de moyens, de même qu'au souci d'équité. C'est ce que résume le tableau suivant :

CRITÈRES				
Maîtrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Défavorable	Favorable	Assez défavorable	Favorable	Défavorable

## 2. L'idée d'encadrement interne : la directive

Dans le cas de l'énoncé de politique, la recherche de souplesse dans l'encadrement des conduites passait par un changement qualitatif dans la nature de cet encadrement. D'une norme fixe, précise et contraignante, cette forme d'action étatique permettait de passer à une norme plus malléable, relativement lâche et indicative. En revanche, l'énoncé de politique gardait un point commun avec la loi et le règlement : comme eux, il pouvait s'analyser comme une déclaration publique adressée par l'autorité politique aux citoyens – administrés – justiciables.

En dépit de traits partagés avec l'énoncé de politique, la directive relève d'une perspective différente. Dans son cas, la recherche de souplesse et d'adaptation optimale aux situations passe par un déplacement du destinataire de l'encadrement. Plutôt que de viser directement des assujettis au moyen d'une réglementation, il s'agit de les soumettre à une norme plus ample, attributive d'un pouvoir discrétionnaire, et de laisser ensuite l'administration publique encadrer d'elle-même l'exercice qu'elle fait de ce pouvoir. D'une perspective de régulation par l'administration publique d'acteurs sociaux qui lui sont extérieurs, on passe à une perspective de régulation interne de l'activité de l'administration publique, produisant un effet indirect sur les acteurs sociaux. Tout repose ici sur la capacité de l'administration publique d'encadrer sa propre activité.

Ce phénomène d'autoproduction de normes administratives, auquel la jurisprudence a été de plus en plus souvent confrontée dans le dernier quart du XX<sup>e</sup> siècle, mais auquel le Parlement n'accorde encore qu'une reconnaissance oblique et limitée, a suscité dans la doctrine des analyses très fouillées. Au Québec seulement, mis à part les développements consacrés aux directives dans les ouvrages généraux de droit administratif (Pépin et Ouellette 1982 : 91-101; Dussault et Borgeat 1984 : 417-431; Garant 1996 : vol. 1, 395-400; Issalys et Lemieux 1997 : 80-82, 107-108, 129-133, 408-413, 485-520), on peut relever depuis l'article fondateur de William Atkinson (1978), les travaux de Michel Filion (1979), Patrice Garant et Pierre Issalys (1981 : 46-60) Raoul Barbe (1983 : 16-35), Daniel Mockle (1984 et 1992), Jean-Marie Robert (1985), Jean-Pierre Villaggi (1989), Denis Lemieux (1991), Suzanne Comtois (1994), Jean-Luc Bilodeau (1996) et France Houle (1999). Les acquis de la recherche et de la réflexion sont donc considérables, et il n'y a pas lieu d'en dresser ici un bilan général, ce que nous entrainerait à faire la méthode que nous avons suivie jusqu'ici dans l'examen des différentes formes d'action étatique.

Il s'agit plutôt, avant de proposer (c.) une évaluation de la directive, en tant que forme d'action étatique, sur la base des cinq critères présentés au chapitre 1, d'indiquer les deux points critiques par lesquels devra passer, semble-t-il, le développement du droit relatif aux directives. Dans un premier temps (a.), il paraît souhaitable de distinguer, dans l'ensemble hétéroclite d'actes administratifs actuellement englobés par commodité sous le vocable de « directives », ceux qui correspondent plus précisément au contenu essentiel de cette notion, et ceux qui s'en écartent suffisamment pour justifier une analyse et un traitement différents. L'examen séparé qui vient d'être fait de l'énoncé de politique constituait une première illustration de cette démarche. Dans un second temps (b.), on tentera d'indiquer quelles pourraient être ces « bases législatives mieux définies » (Issalys et

Lemieux 1997 : 520) sur lesquelles il faut souhaiter que se poursuive la construction d'un véritable régime juridique de la directive – au sens précis de ce terme.

**a. Pour sortir de la confusion :  
distinguer les réalités**

Les analyses doctrinales et jurisprudentielles du phénomène de la normativité interne dans l'administration publique partent en général du constat que ce phénomène est à la fois généralisé et multiforme. Sans doute entièrement justifié, ce constat est aussitôt suivi d'un autre qui ne l'est pas moins : l'administration publique, et à l'occasion le Parlement, désignent les manifestations de ce phénomène par une grande diversité d'appellations, dont l'emploi est cependant loin d'être uniforme. Dans la pratique d'une même autorité administrative, des documents dont la teneur et la fonction sont très semblables s'intituleront tantôt « Politique », tantôt « Directive », alors que leurs homologues porteront le nom de « Manuel » dans une autre organisation dont en revanche le « Répertoire des politiques » pourra être d'un caractère tout différent. Au-delà des différences se profilent des caractéristiques définissant un genre commun, que résume l'expression de « normativité interne ». Par commodité, peut-être par attraction du vocabulaire du droit français, et peut-être aussi en raison d'une certaine préférence affichée par le Parlement, on a pris l'habitude d'utiliser le mot « directive » pour désigner l'ensemble des produits de cette normativité.

Ce raccourci de langage comportait le risque d'un raccourci de pensée. Il tendait à présenter comme homogène en son fond une réalité dont la prolifération n'aurait donné lieu qu'à des différenciations superficielles. Cette effet de simplification n'a pas facilité la recherche par les tribunaux de solutions nuancées aux problèmes d'effet juridique des directives qui leur sont régulièrement soumis. Le traitement en bloc du phénomène des directives incitait à le rejeter en bloc à l'extérieur de la normativité juridique, quitte pour le juge à bricoler un correctif d'équité lorsque la situation lui paraissait l'imposer. Ainsi, la plus grande partie de ces « pratiques pararéglementaires », qui apparaissent pourtant de manière fréquente, étendue et significative dans l'action étatique, se trouvait exclue du régime juridique de cette action – ou, si l'on préfère, s'y trouvait soustraite : c'est selon le point de vue.

Apercevant le caractère sommaire et insatisfaisant de ces solutions, fondées sur la confusion en un seul bloc de toutes les formes de normativité interne de l'administration publique, l'analyse doctrinale a entrepris d'établir dans l'ensemble constitué par les « directives », au sens large, un certain nombre de distinctions.

D'entrée en jeu, une catégorie se détache de cet ensemble. Il s'agit des directives données par une autorité administrative centrale (le gouvernement, le Conseil du trésor, un ministre, ou un groupe de ministres) à une autorité administrative décentralisée (organisme administratif autonome ou collectivité locale). Ces directives sont alors l'une des manifestations d'un pouvoir de tutelle exercé par l'auteur de la directive sur le destinataire de celle-ci. Ce type de directives se singularise, par rapport à tous les autres, par la nécessité qu'il se fonde sur une habilitation législative expresse. En effet, puisque l'exercice d'un tel pouvoir porte atteinte à l'autonomie que le Parlement confère à une autorité décentralisée, il est logique d'exiger que le Parlement en ait lui-même prévu l'existence, les conditions et modalités d'exercice et les effets.

Les dispositions habilitantes de ce genre sont assez nombreuses, tant dans la législation québécoise que fédérale. Au Québec, la rédaction de ces dispositions, en ce qui concerne la tutelle des organismes administratifs autonomes, suit un modèle qui a peu varié depuis les années 1960. L'acte y est invariablement désigné par le vocable « directive ». Son auteur est un ministre, mais l'approbation du gouvernement est nécessaire pour que cette directive ministérielle lie son destinataire. Le plus souvent, l'objet de la directive se limite aux « objectifs et orientations » de l'organisme destinataire « dans l'exécution de ses fonctions ». La directive doit être déposée dans un délai de quinze jours devant l'Assemblée nationale. Très souvent, il est précisé que « les tiers ne sont pas tenus de voir à l'application » de cette disposition, « qui ne peut être invoqué[e] par eux ou contre eux » : l'effet juridiquement contraignant de la directive est donc clairement circonscrit à l'intérieur de l'administration publique, et participe donc bien de la « normativité interne » propre à celle-ci (voir par ex. la *Loi sur la Société générale de financement*, LRQ c. S-17, art. 15). Exceptionnellement, l'objet de la directive sera plus précis, sans qu'elle s'intègre davantage pour autant à la normativité juridique (voir par ex. les directives du gouvernement sur « tout aspect d'un projet de construction ou de location d'immeuble » prévues à l'art. 38 de la *Loi sur la Société immobilière du Québec*, LRQ c. S-17.1).

On trouve des dispositions assez semblables dans certaines lois fédérales, telles la *Loi sur la radiodiffusion* (LC 1991, c. 11, art. 7 et 8 : instructions d'application générale données par le gouverneur en conseil; art. 23 : instructions données par le ministre relatives aux conditions de la licence de Radio-Canada; art. 26 : instructions du gouverneur en conseil relatives aux canaux et fréquences et à l'attribution de licences; art. 27 : instructions générales données par le gouverneur en conseil sur l'application ou l'interprétation de l'accord de libre-échange avec les États-Unis) ou la *Loi sur les transports au Canada* (LC 1996, c. 10, art. 24 et 43 à 46 : directives générales données par le gouverneur en conseil; art. 76 : directives ministérielles à certaines fins en matière de service aérien international).

En raison même du caractère explicite du pouvoir de formuler ce type de directives, et de la manière également très explicite dont le Parlement a circonscrit leurs effets, elles se sont révélées peu problématiques. La jurisprudence a notamment eu l'occasion de préciser qu'elles ont un caractère « législatif », du moins dans la mesure où leur élaboration ne donne pas lieu à l'application du droit d'être entendu (*New Brunswick Broadcasting c. CRTC*, [1984] 2 CF 410 (CAF)), et que l'absence de directive ne saurait justifier l'organisme destinataire de ne pas exercer ses pouvoirs (*Regroupement des conseils régionaux de l'environnement c. Régie de l'énergie*, JE 2000-7 (CS)).

Certaines autres directives fondées sur un pouvoir de tutelle s'adressent, aussi bien en droit québécois qu'en droit fédéral, non pas à un organisme en particulier, mais à l'ensemble des organismes administratifs autonomes ou du moins à une catégorie d'entre eux (entreprises publiques, établissements publics), ou encore à une catégorie de collectivités locales (voir par ex. : les directives du Conseil du trésor en matière de gestion des ressources, prévues à l'art. 74 de la *Loi sur l'administration publique*, LQ 2000, c. 8, qui peuvent cependant ne concerner que des autorités isolées; les pouvoirs conférés au ministre de la Santé et des Services sociaux par les art. 431, 436 ou 464 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*,

LRQ c. S-4.2; ceux du ministre de l'Éducation en vertu de la *Loi sur l'instruction publique*, LRQ c. I-13.3, art. 472 à 475; et ceux du gouverneur en conseil en vertu de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, LRC (1985) c. F-11 et modif., art. 89 et 89.1). L'étendue de leur champ d'application et la présence d'une disposition habilitante exprime donnent une certaine plausibilité à la qualification de ces directives comme actes réglementaires. Cette qualification leur a néanmoins été refusée lorsque leur teneur n'était qu'interprétative (et donc n'ajoutait rien au droit existant) ou indicative (*PG Québec c. Vigi Santé*, [1999] RJQ 997 (CA)) ou lorsque le défaut de s'y conformer n'entraînait aucune sanction (*Mead Johnson Canada c. Robitaille*, [1995] RJQ 1089 (CS)). Cependant, le libellé et le contexte de la disposition habilitante, les formes dans lesquelles la directive doit être prise, ainsi que sa formulation impérative, peuvent persuader un tribunal qu'il s'agit d'un acte réglementaire (*Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports*, [1992] 1 RCS 3).

Bien qu'elles aient pour effet, comme les autres types de directives, d'encadrer l'exercice de pouvoirs discrétionnaires exercés par leur destinataire, les directives fondées sur le pouvoir de tutelle constituent un cas à part. En raison des conditions particulières de leur utilisation, elles ne se présentent comme solution de rechange à la réglementation que dans un contexte institutionnel et dans des matières particuliers. Par ailleurs, leur rapport à leur normativité juridique, s'il ne laisse pas d'être paradoxal, est du moins relativement clair.

L'effort d'analyse doit donc porter sur les autres types de normes « internes » de l'administration publique. Ceux-ci ont en commun de se fonder, non pas sur un pouvoir de tutelle qui doit être expressément conféré par la loi, mais sur le pouvoir hiérarchique implicite des dirigeants d'autorités administratives (le ministre, dans le cas d'un ministère; les dirigeants désignés par la loi, dans les autres cas). C'est sur ce pouvoir de diriger l'action du personnel subordonné à ces dirigeants que reposent ces autres manifestations de normativité interne dans l'administration; ces directives apparaissent donc comme des formes plus ou moins atténuées de commandement hiérarchique, dont le respect est garanti par des sanctions relevant de la discipline interne applicable aux agents publics.

Le pouvoir de formuler des directives à l'adresse de ses subordonnés étant considéré comme un élément indissociable des rapports hiérarchiques à l'intérieur de l'administration, il s'ensuit que son existence n'est pas liée à une disposition législative habilitante. Lorsque le Parlement habilite expressément une autorité administrative à établir des directives, cette disposition n'a qu'une valeur confirmative, dans la mesure du moins où ces directives s'adressent au personnel de cette autorité. Aussi de telles habilitations apparaissent-elles surtout lorsque le Parlement entend que ces normes s'adressent également à un cercle d'assujettis plus étendu, débordant le cadre interne de l'administration publique (voir par ex. la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, LC 1992, c. 20 et modif. art. 98 et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, LC 1999, c. 33, art. 54, 55 et 121).

Alors que les directives fondées sur le pouvoir de tutelle ne peuvent être considérées comme « internes » à l'administration publique que si l'on considère celle-ci comme un tout et si l'on fait abstraction de la nécessité d'une autorisation « externe » donnée par le Parlement à leur existence, les autres types de directive

sont au contraire proprement « internes ». D'ailleurs, à la différence des directives fondées sur le pouvoir de tutelle, elle sont rarement assujetties à une forme quelconque de publicité.

C'est dans cet ensemble de directives « internes » décrit par Robert Baldwin comme « *a confusingly haphazard mass* » (Baldwin 1995 : 119; le propos vise la Grande-Bretagne, mais paraît largement valable au Québec). que des efforts de différenciation ont été entrepris. Ainsi, Jean-Pierre Villaggi distingue entre énoncés de politique, directives d'application des lois, directives de régie interne, et directives « créatrices » de droit ou « normatives » (Villaggi 1989 : 79-81). Ces dernières lui paraissent les plus problématiques, puisqu'elles « se situe[nt] hors du cadre habituel de la hiérarchie juridique » (p. 139). Il les définit dans les termes suivants : « norme édictée par l'administration en vertu d'un pouvoir prévu par la loi, qui a pour effet de créer des droits en donnant accès à l'administré à (...) des avantages (...), moyennant le respect de conditions particulières » (p. 81).

À ce classement correspond de près celui qui se dégage de l'analyse du phénomène des directives proposée par Pierre Issalys et Denis Lemieux (Issalys et Lemieux 1997 : 77-84, 88, 107-108, 129-133, 152-153). Une série de types particuliers s'y détachent de la catégorie globale des « directives », qui conserve un contenu résiduel significatif. Sont ainsi isolés, outre les directives adressées à une autorité décentralisée au titre de la tutelle : les directives générales, assimilables à un énoncé de politique, les « guides et manuels », encadrant l'application d'une loi, les circulaires, relevant de la « régie interne », et enfin les directives quasi réglementaires. Ces dernières sont celles qui se voient reconnaître un effet normatif incomplet, par rapport à celui d'un règlement, mais toutefois significatif : elles ont une valeur impérative pour les agents publics qui en sont destinataires (voir par ex. *Peet c. PG Canada*, [1994] 3 CF 128 (SPI) et *Michel Miller Inc. c. PG Québec*, [1990] RRA 585 (CS)) et déterminent les conditions auxquelles des catégories d'administrés peuvent exercer certains droits ou facultés ou se voir imposer certaines obligations (voir par ex. les directives mises en cause dans les affaires *Thibeault c. Régie de l'assurance-maladie du Québec*, [1994] RJQ 1764 (CA); *Swan c. R.*, [1990] 2 CF 409; *Affaires sociales-108*, [1998] TAQ 235; *Affaires sociales-28*, [1998] TAQ 63; *Érablière R.V.D. c. Ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation*, JE 98-2272 (CS)). La problématique des directives se concentre essentiellement sur les textes de cette dernière catégorie, dont la teneur comporte un effet normatif modifiant au moins indirectement la situation juridique de catégories d'administrés. Alors que les énoncés de politique, et les directives générales qui leur sont apparentées, se distinguent des autres types de directives en ce qu'ils se situent en-deça d'un seuil de « directivité », puisqu'il s'en tiennent à la formulation d'« orientations » relativement imprécises, les directives quasi réglementaires, elles, se démarquent en ce qu'elles s'approchent du seuil d'« impérativité » au-delà duquel on se trouve en présence d'un véritable règlement.

Quant à l'analyse proposée par Robert Baldwin, elle repose sur une qualification des différents types de règles susceptibles de figurer dans une directive (Baldwin 1995 : 81-85). Deux des huit types de règles qu'il distingue ainsi ont été traitées ailleurs dans la présente étude : les règles produites par autoréglementation (ch. 2, A., 2. et ch. 3, A., 1.) et les dérogations (ch. 2, C., 2.). S'y ajoutent : les règles de

procédure; les règles interprétatives; les instructions de service; les règles prescrivant un comportement sous peine de sanctions administratives, voire pénales; les règles dont le respect sert de critère de preuve en justice; et les règles incitatives, ou recommandations. Ce type de classification, comme les précédents, invite à concevoir le régime juridique des directives (ou de ce que cet auteur décrit comme les « règles tertiaires », c'est-à-dire le troisième niveau de normativité, « infraposé » aux lois et règlements) à partir des différentes fonctions qu'elles remplissent. Par ailleurs, comme on l'a signalé au chapitre 1 (B., 2. a.), cet auteur pose, comme nous le faisons dans la présente étude, la question de la justification du recours à des règles tertiaires (directives) plutôt que secondaires (règlements). Sa réponse à la question tient compte, dans une certaine mesure, des différentes fonctions (décrire un processus, interpréter des normes préexistantes, diriger le travail d'agents publics, etc.) que les directives de procédure sont susceptibles de remplir (voir par ex. les pp. 101-103 : à quelles conditions des directives peuvent-elles trouver une justification suffisante, sur la base du critère du « rattachement à une mission définie par le Parlement » ?). Sa démarche met donc de nouveau en relief la nécessité de nuancer toute appréciation portée sur les directives en tant que forme d'action étatique.

Ces trois analyses du phénomène de la normativité interne tel qu'il se manifeste sous la forme de directives administratives convergent sur un même constat : la possibilité qu'une directive produise des effets juridiquement normatifs dépend essentiellement de deux facteurs. Le premier est la présence d'une disposition habilitante (ou au moins d'un contexte législatif) suffisamment explicite quant aux effets du texte dont l'établissement est autorisé. Le second est le degré de précision et d'impérativité de la directive elle-même. L'un et l'autre, on le voit, sont affaire de nuances. Certes, la première de ces deux conditions suffit à tenir à l'écart de la normativité juridique la plupart des directives « internes », qui se fondent de manière implicite sur le pouvoir hiérarchique des dirigeants d'autorités administratives. Mais il demeure insatisfaisant et incongru que les contours de la normativité juridique soient si imprécis, étant donné la différence radicale de statut et d'effets entre normes réglementaires et normes administratives. Il paraît également insatisfaisant qu'en vertu de critères aussi formels, des textes, dont les répercussions sur la situation juridique et matérielle des administrés sont en fait très significatives, se voient dénier tout effet normatif sur le plan du droit. On est, dans l'état actuel des choses, confronté à une alternative très tranchée (droit/non-droit) sur la base de critères formels imprécis (la disposition habilitante ou le contexte législatif sont-ils suffisamment explicites ? les termes de la directive sont-ils suffisamment précis et impératifs ?). Il semblerait bien préférable de disposer d'un éventail de solutions plus nuancé (normativité juridique intégrale / normativité juridique plus ou moins limitée / absence d'effet normatif), auxquelles conduirait l'application d'un critère précis (auquel de ces régimes préconstitués le Parlement a-t-il assujéti cette directive ?).

#### ***b. Vers un régime des normes administratives***

L'existence de la directive crée dans le système juridique une situation paradoxale que celui-ci n'est pas encore parvenu à dominer. Elle l'oblige en effet à admettre la présence d'un « acte administratif unilatéral qui ne modifie pas par lui-même la situation juridique du particulier mais qui la modifie tout de même » (Cliquennois 1992 : 3). Selon la rationalisation actuelle de ce paradoxe, la directive,

dans la plupart de ses manifestations, intervient en effet dans le processus de construction de la normativité juridique comme une manifestation de volonté, fondée sur un pouvoir juridiquement reconnu ou conféré, mais sans être elle-même porteuse d'une norme juridique, bien qu'elle participe de manière souvent déterminante à la formation de normes juridiques nouvelles. Elle est ainsi présentée comme entièrement englobée dans l'exercice du pouvoir de créer des normes, comme une simple modalité de fonctionnement du pouvoir discrétionnaire. Cet effacement de la directive derrière le pouvoir discrétionnaire permet au droit de la « connaître », ou du moins d'en connaître certains effets, sans la « voir ». Ainsi, le droit peut admettre que les droits et les obligations d'administrés soient, dans les faits, déterminés par application de règles formulées dans des normes administratives, du moment que, formellement, cette détermination se présente comme une décision discrétionnaire individualisée prise en exécution d'une loi.

Ce paradoxe concerne en effet non seulement les directives, dans le sens plus étroit et précis du terme, mais l'ensemble des normes administratives. Les principaux éléments de la problématique qui en découle ont d'ailleurs été examinés à propos des énoncés de politique (voir **I., b. supra**). Ces éléments sont donc également valables pour les directives; il suffira de les rappeler ici.

La directive, bien qu'elle ne soit pas considérée comme une norme juridiquement contraignante, est susceptible d'avoir en pratique des effets contraignants, non seulement sur ses destinataires directs au sein de l'administration publique, mais sur des catégories d'assujettis dont elle conditionne des droits, des facultés, des obligations. La directive ne peut en principe comporter un effet impératif absolu sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et doit donc admettre, au moins implicitement, la possibilité d'y déroger; mais en pratique subsiste toujours un risque important que la directive fasse l'objet d'une application systématique en raison de son effet contraignant, ou perçu comme tel, sur ses destinataires. Ce risque est plus élevé, d'ailleurs, dans le cas de la directive que pour l'énoncé de politique; celui-ci, on l'a vu, accorde généralement plus d'importance à la flexibilité de l'action qu'il oriente qu'à sa prévisibilité, tandis que cette primauté s'inverse dans la directive. La directive, étant en principe dénuée d'effet juridique, ne peut être opposée par un administré à l'autorité qui l'a établie, de manière à contraindre celle-ci à en faire application. La directive, étant intégrée au processus d'exercice d'un pouvoir discrétionnaire conféré par une loi, doit se conformer à cette loi; en pratique, cependant, la compatibilité des additions ou des tempéraments introduits par la directive, en regard du dispositif de cette loi, peut se révéler problématique. En raison également de son rattachement au processus d'application d'une loi, la directive ne peut avoir pour effet d'introduire dans l'élaboration d'actes discrétionnaires des considérations non pertinentes en regard de cette loi; en pratique, la stricte conformité de la directive aux finalités de la loi qu'il s'agit d'appliquer peut elle aussi se révéler problématique. Enfin, du fait qu'elle échappe au régime procédural applicable aux actes administratifs porteurs de normes juridiques (règlements ou décisions individualisées) en raison de sa nature extrajuridique, la directive ne comporte quant à son élaboration aucune garantie de participation des citoyens ou de contrôle par le Parlement.

Deux voies se présentent pour surmonter ce paradoxe. La première, oblique et partielle, consiste à en limiter les conséquences les plus choquantes : il s'agit alors

de rendre opposable à son auteur la règle formulée dans une norme administrative, lorsque celui-ci prétend ne pas la suivre dans un cas où l'administré pouvait raisonnablement escompter qu'elle lui serait appliquée. C'est la voie qu'emprunte la jurisprudence, invoquant notamment les notions d'« attente légitime » et d'*estoppel*. La seconde voie s'ouvre au Parlement : elle consiste à faire entrer la pratique des directives dans le droit positif, en donnant un cadre législatif à son utilisation, à ses formes, à ses modalités et à ses effets. La Parlement le fait déjà lorsqu'il prévoit l'utilisation de la directive comme procédé de tutelle sur l'administration décentralisée. On peut envisager qu'un ensemble beaucoup plus large de normes administratives accède de la même manière à un statut spécifique au sein de la normativité juridique. Cette seconde voie résoudrait alors de façon plus directe et globale le paradoxe créé par le régime actuel de la directive.

Ces deux voies de résolution seront examinées successivement ici. On observera au préalable qu'elles ont en commun de soustraire le débat à l'alternative réductrice entre le règlement et la décision individualisée, qui empêche précisément de « voir » la directive telle qu'elle est : une règle, c'est-à-dire une norme de portée générale et impersonnelle, qui détermine la teneur de décisions individuelles, mais sans comporter le même degré d'impérativité qu'un règlement. Faute d'ouvrir un espace intermédiaire où la directive pourrait être accueillie dans la normativité juridique, on est contraint de la refouler soit vers la décision individualisée dans laquelle elle se dissout, soit vers le règlement dont on lui impose alors le régime juridique plus exigeant.

Le développement jurisprudentiel qui a introduit, dans le rapport entre la directive et l'administré, les notions d'attente légitime et d'*estoppel* montre bien comment cette alternative force le raisonnement à n'aborder qu'obliquement la question des effets de la directive.

Le point de départ a déjà été évoqué à propos de l'énoncé de politique (voir I., b. *supra*). Il s'agit en effet du principe selon lequel la directive « interne », n'ayant pas d'effet juridiquement contraignant, ne peut être opposable à l'autorité administrative par un administré qui souhaite s'en prévaloir (*Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada*, [1982] 2 RCS 2). On peut tout de même relever que la directive invoquée dans cet arrêt de principe était libellée en termes indicatifs plutôt qu'impératifs (« *a permit will normally be issued* »), ce qui laissait voir que l'autorité administrative réservait sa liberté d'action. Mais se fût-elle abstenue de le faire, que la Cour suprême aurait préservé cette liberté en raison du caractère discrétionnaire conféré par la loi aux décisions individualisées du ministre.

Pour contourner cette position de principe et admettre qu'un administré puisse opposer à l'autorité administrative sa propre directive interne, y compris, le cas échéant, les hypothèses de dérogation qu'elle prévoit, on a fait appel à la notion d'attente légitime. Cette notion, apparue à une époque récente dans la jurisprudence britannique, repose sur le constat que le comportement d'une autorité administrative à l'endroit d'un administré peut avoir fait naître chez lui une attente quant aux actes éventuels de cette autorité; si cette attente peut être qualifiée de « raisonnable » ou de « légitime », elle justifiera d'exiger que l'autorité administrative agisse effectivement, par la suite, ainsi que l'administré avait été amené à le prévoir. Le comportement créateur d'une telle attente peut être soit une promesse

explicite, soit une pratique antérieure clairement établie (Cartier 1992 : 97-100). La directive ayant précisément pour objet de régulariser la pratique de ses destinataires, on voit aussitôt que son existence peut être invoquée comme indice d'une pratique établie et comme fait générateur d'une attente légitime (*Saint-Laurent c. Côté*, JE 96-888 (CS)). Ici encore, cependant, le libellé indicatif plutôt qu'impératif de la directive est de nature à désamorcer l'argument : l'administré qui en prend connaissance est alors, au contraire, prévenu qu'un comportement favorable à ses intérêts n'est pas systématiquement prévisible (*Groupe Desjardins c. Société canadienne des postes*, [1996] RJQ 1172 (CA)).

L'attente légitime, nourrie par la connaissance d'une pratique régulière de la part de l'autorité administrative, ne justifie cependant d'exiger de celle-ci que le respect des exigences de l'équité procédurale (Cartier 1992 : 100-103). La Cour suprême, après plusieurs réaffirmations de cette limite, vient encore de la réitérer dans son arrêt *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration* ([1999] 2 RCS 817, par. 26). Si l'attente de l'administré visait la procédure devant conduire à une décision le concernant, l'autorité administrative devra y répondre. Si en revanche elle visait le fond même de la décision, on ne peut en déduire la création d'un droit matériel (*substantive right*, incorrectement rendu par « droit fondamental » dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada*, [1991] 2 RCS 525, p. 557) : l'administré ne pourra revendiquer qu'une protection particulièrement scrupuleuse de son droit d'être entendu avant que soit rendue la décision non conforme à son attente.

Ainsi comprise comme un dérivé du « devoir d'agir équitablement » (*Loi sur la justice administrative*, LRQ c. J-3, art. 2), la notion d'attente légitime n'est pas susceptible d'application à la procédure d'élaboration d'un acte de type « législatif » (*Apotex c. PG Canada*, [1997] 1 CF 519 (SPI), à propos de l'élaboration d'un règlement). Les directives prises dans l'exercice d'un pouvoir de tutelle ont reçu cette qualification. (voir a.), de même qu'un énoncé de politique fondé sur les pouvoirs généraux d'un ministre (voir 1. *supra* et *Pharmaceutical Manufacturers' Association v. AG British Columbia*, (1998) 2 Admin. L.R. (3d) 71 (BCCA)). L'extension de cette qualification à l'ensemble des directives poserait le problème dans des termes tout à fait différents : la question ne concernerait plus l'attente légitime d'un intéressé à propos de son droit d'être entendu préalablement à une décision qui le touche, mais bien la possibilité pour l'ensemble des intéressés de participer à l'élaboration d'une norme de portée générale – possibilité qui leur est reconnue dans le cas des règlements, au moins depuis 1985.

La notion d'attente légitime ne pouvant se traduire que par des garanties de procédure, elle laisse entier le problème des attentes suscitées chez un administré par l'existence d'une directive interne, quant aux droits matériels que pourrait reconnaître ou créer à son profit une éventuelle décision. L'arrêt *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Ministre de la Santé et des Services sociaux* ([1998] RJQ 2707 (CA)) permet de le résoudre en faisant appel à la notion d'*equitable estoppel*. Cette notion de droit anglais signifie, dans un contexte de droit public, que l'administré peut faire valoir, à l'encontre d'une décision défavorable que s'apprête à prendre une autorité administrative, qu'il ne s'est placé dans la situation invoquée pour justifier cette décision que sur la foi de représentations expresses ou implicites, mais non équivoques,

de la part de cette autorité, l'assurant que ce changement de situation ne l'exposerait pas à cette décision défavorable. Ces représentations peuvent consister, comme c'était le cas dans l'affaire *Mont-Sinaï*, en promesses explicites concernant le fond même de la décision éventuelle, ou en une pratique antérieure bien établie. La réalité de cette pratique pourrait être démontrée par l'existence d'une directive *suffisamment impérative*. Par ailleurs, l'administré doit pouvoir démontrer qu'il s'est placé délibérément dans la situation invoquée à son détriment, sur la foi de ces promesses ou de cette pratique. Ne serait-ce qu'en raison de ces exigeantes conditions d'ouverture, le recours à l'*estoppel* pour rendre une directive interne opposable à son auteur devrait rester un « remède exorbitant », susceptible d'application « dans des circonstances particulières » (p. 2727).

La Cour d'appel a cependant par la suite étendu ces possibilités d'application, au bénéfice de tiers dont les intérêts se trouvent lésés par une décision rendue en dépit de promesses relatives à la procédure ayant conduit à cette décision, promesses par ailleurs conformes à la teneur « fortement indicative » d'une directive formulée par l'auteur de cette décision (*Gestion Serge Lafrenière c. Calvé*, [1999] RJQ 1313 (CA)).

L'arrêt *Mont-Sinaï* a par ailleurs exclu l'application de l'*estoppel* à l'exercice d'une fonction législative (p. 2727); il apparaît donc douteux que ce moyen puisse être opposé à l'autorité administrative à propos de l'élaboration d'une directive. Ce serait le cas si par exemple un administré se trouvait confronté à un changement de directive de la part de l'autorité administrative, et revendiquait le droit d'être entendu non seulement avant que la nouvelle directive lui soit appliquée, mais avant qu'elle soit adoptée par son auteur. Il est intéressant de constater que dans un certain nombre de domaines, l'administration publique va au-devant de ce genre de revendication, en procédant spontanément à des consultations plus ou moins formelles auprès des milieux intéressés avant de modifier une directive (voir par ex. Bilodeau 1999 : 484-492), ou du moins en informant en temps utile les intéressés (voir par ex. *Affaires sociales-14*, [1998] TAQ 20).

Pour sortir du paradoxe créé par la non-reconnaissance de la juridicité d'une règle qui a pourtant d'indéniables effets sur la situation juridique des administrés, la jurisprudence offre donc certaines possibilités. Cette voie de sortie n'est cependant ouverte que dans des conditions très circonscrites. Les solutions qui s'en dégagent visent des situations d'espèce, voire des cas exceptionnels. Tout rapprochement avec le règlement étant exclu, elles se situent strictement dans le cadre du processus de la décision individualisée. Elles maintiennent la directive dans le statut de simple pratique; elles n'en font pas une véritable institution de l'action étatique.

C'est ce dernier pas qu'une intervention législative permettrait de franchir. Le prototype en existe déjà, sous la forme des dispositions, décrites en a., instituant le régime des directives données dans le cadre de la tutelle administrative. Ce qui est envisagé ici serait une démarche de même nature, mais concernant un ensemble beaucoup plus vaste de « normes administratives ».

Cette dernière expression apparaît déjà, dans un sens il est vrai assez ambigu, à l'art. 4 de la *Loi sur la justice administrative* (LRQ c. J-3), qui oblige l'Administration gouvernementale à prendre « les mesures appropriées pour

s'assurer (...) que les procédures (menant à une décision individuelle prise à l'égard d'un administré) sont conduites dans le respect des normes législatives et administratives, ainsi que des autres règles de droit applicables ». Cette formulation laisse penser que les « normes administratives » sont des « règles de droit ». Les directives n'y seraient donc pas comprises, vu l'état actuel du droit. D'ailleurs, il est fait usage du terme « directive » plus loin dans le même article. Ces « normes administratives » ayant valeur de « règle de droit » seraient-elles les règlements ? Si c'est le cas, il est curieux que l'on se soit abstenu de l'emploi d'un terme dont le sens est consacré par la *Loi sur les règlements*. La compréhension exacte de la notion de « normes administratives » dans la *Loi sur la justice administrative* demeure donc problématique (Paquet 1998 : 18-19).

On comprendra ici par cette notion l'ensemble constitué par les directives et les énoncés de politique (voir sur les liens entre ces deux types de texte : I., a. *supra*), déduction faite des directives fondées sur un pouvoir de tutelle, dont le statut juridique est déjà réglé par les dispositions qui les prévoient.

L'hypothèse formulée ici est celle d'une reconnaissance législative de ces pratiques, largement confinées jusqu'ici à la normativité purement interne de l'administration publique. Cette reconnaissance pourrait être inscrite dans un texte instituant un régime général des normes administratives. Le texte viendrait alors prendre place aux côtés de la *Loi sur les règlements* et de la *Loi sur la justice administrative*, qui ont respectivement fixé le régime général des règlements et celui des décisions individualisées. La reconnaissance des normes administratives pourrait aussi consister à introduire, dans les lois relatives aux domaines d'action étatique où des normes administratives sont déjà utilisées malgré le silence de ces lois à leur sujet, des dispositions plus ou moins uniformes fixant le régime de ces normes. Des dispositions semblables pourraient être également introduites, dans cette deuxième hypothèse, dans des lois assorties d'une importante réglementation, s'il apparaissait justifié de remplacer cette réglementation par des normes administratives. La *Loi sur l'assurance automobile* relèverait alors de la première catégorie, et le *Code de la sécurité routière* pourrait relever de la seconde.

Pour des raisons de simplification, on esquissera ici la première hypothèse, celle d'un régime général des normes administratives. Un tel texte législatif traduirait cette théorie juridique générale de la directive que Jean-Pierre Villaggi appelait de ses vœux (Villaggi 1989 : 140-141). Cette théorie devrait elle-même reposer, comme il le pensait, sur une étude attentive des pratiques actuelles de l'administration publique, et s'inspirer des plus satisfaisantes d'entre elles.

Selon toute vraisemblance, un texte législatif de cette nature devrait traiter des points suivants :

1. Il devrait établir le fondement du pouvoir de créer des normes administratives. Sur ce point, deux solutions paraissent envisageables, alternativement ou en combinaison : soit cette loi attribue elle-même le pouvoir de prendre des directives à certaines autorités (Conseil du trésor, ministres et sous-ministres, dirigeants d'organismes décentralisés), soit elle laisse le soin aux autres lois de désigner les titulaires de ce pouvoir. L'existence d'un régime général des normes administratives paraît difficile à concilier avec la persistance d'un pouvoir implicite d'établir de telles normes.

2. Il devrait préciser les rapports entre la norme administrative et la décision individualisée, d'une part, et entre elle et le règlement, d'autre part. Sur le premier point, il s'agirait essentiellement de codifier la règle selon laquelle l'existence d'une norme administrative laisse subsister le principe de l'examen individualisé de chaque cas par le titulaire d'un pouvoir discrétionnaire. Sur le second point, il s'agirait de trancher la question de savoir si une norme administrative peut intervenir sur une matière destinée par la loi à faire l'objet d'une réglementation. On peut envisager à ce propos des règles nuancées permettant – soit de manière générale, soit dans le cas où une autre loi l'autorise – par exemple une utilisation expérimentale de la norme administrative; au terme d'une période d'expérimentation dont la durée maximale serait fixée par le régime général des normes administratives, la norme pourrait être soit reconduite comme telle pour une seconde et dernière période, soit remplacée par un règlement. Un tel dispositif permettrait de répondre à des besoins du type « Il faut un règlement, mais pas tout de suite ».
3. Le régime général des normes administratives devrait comporter une énumération des différents types de normes. Les classements proposés par Jean-Pierre Villaggi ou Robert Baldwin (voir a.) suggèrent quelle pourrait être la composition de cette liste. La typologie des normes administratives pourrait servir de point d'appui aux divers éléments du régime général. Par exemple, certains titulaires du pouvoir d'établir des normes administratives pourraient n'être autorisés qu'à prendre certains types de normes; les caractéristiques formelles des normes administratives pourraient être distinguées en fonction des types de normes; les effets attachés par le régime général aux normes administratives pourraient être modulés selon le type de normes; la procédure d'élaboration de la norme pourrait également dépendre du type de norme dont il s'agit; pour chaque type de norme pourrait être délimité le cercle des destinataires.
4. Le régime général devrait également prévoir des garanties minimales de procédure. En particulier, il devrait préciser dans quels cas et selon quelles modalités l'auteur d'une norme administrative devrait procéder à une consultation des intéressés. On s'attendrait logiquement que les modalités de cette consultation soient en général plus souples et expéditives que celles prévues pour les règlements. On pourrait même envisager, dans l'intérêt de l'efficacité, que cette consultation puisse n'intervenir qu'après la mise en vigueur de la norme, comme le suggère Robert Baldwin (Baldwin 1995 : 113). À ces exigences de procédure sont liées celles de la publicité des normes administratives. À l'évidence, la publication à la *Gazette officielle du Québec* ne saurait être, comme pour les règlements, le régime normal. Les nouvelles technologies de l'information et de la communication devraient se révéler de précieux instruments de transparence en matière de normes administratives.
5. Enfin, le régime général devra s'attacher – ce sera le point crucial, et le plus difficile – à délimiter les effets juridiques des normes administratives. Une partie de cette tâche se trouvera remplie par les dispositions (voir le point 2 *supra*) précisant les rapports entre ces normes et les décisions discrétionnaires individualisées. L'effet contraignant de ces normes sur l'auteur de ces décisions aura été circonscrit. Le « droit à l'exception », opposable à l'application

systématique d'une norme administrative, aura été codifié. Il restera à définir l'étendue du « droit à l'application » d'une norme administrative, en fonction notamment du type de norme dont il s'agit. Les conditions d'opposabilité d'une norme à l'autorité administrative pourraient être formulées en s'inspirant des considérations qui ont amené la jurisprudence aux idées d'« attente légitime » ou de « pratique ayant incité l'administré à agir à son propre détriment ». Les titulaires d'un tel « droit à l'application » devront être identifiés.

Les difficultés de conception d'un tel texte sont manifestes. Ce sont celles que comporte la construction d'un régime juridique susceptible d'embrasser un large éventail de pratiques préexistantes. La tâche implique à la fois une observation préalable et attentive de ces pratiques et un effort de conceptualisation sur la base des acquis fragmentaires de l'analyse juridique. L'état peu satisfaisant des rapports entre le droit et les normes administratives (voir le bilan dressé par Baldwin 1995 : 106) justifie néanmoins que soit envisagée une intervention législative.

### **c. Évaluation**

C'est pour l'instant dans la zone grise entre le droit et non-droit qu'il faut situer la directive pour tenter de l'évaluer, en tant que forme d'action étatique, en fonction des cinq critères présentés au chapitre 1.

Les résultats de cette évaluation s'apparentent à ceux obtenus à propos de la majorité des autres formes d'action étatique. De nouveau, les critères de compétence technique et d'économie de moyens commandent une appréciation très favorable, alors que les critères de maîtrise politique et de qualité de l'espace public incitent fortement à ne pas donner à l'action étatique la forme de directives. Une fois de plus, le critère d'équité conduit à une appréciation intermédiaire, dans ce cas-ci assez favorable.

Les raisons pour lesquelles les considérations de **compétence technique** militent en faveur de l'emploi des directives sont aisément discernables. Dans quelque domaine que ce soit, l'élaboration des directives sera normalement confiée, pour l'essentiel, aux spécialistes de la matière : les fonctionnaires dont les attributions les appelleront à appliquer le texte après sa mise en vigueur. En l'absence de tout formalisme, ils auront la possibilité de poursuivre autour de la mise au point du texte des discussions d'experts. Ils échapperont même à la contrainte, inhérente à l'élaboration d'un règlement, de devoir composer avec les exigences de forme des juristes : rédigé par des experts, le texte pourra viser avant tout à être compris des experts, qu'ils appartiennent à l'administration publique ou au public assujéti. Mais si les méthodes d'application l'exigent, les experts peuvent aussi adapter le texte de manière à ce qu'il puisse être mis en œuvre à grande échelle par un personnel moins qualifié. Quoi qu'il en soit de la technicité de son langage, la directive se prête bien au traitement détaillé et méthodique de nombreuses hypothèses. Elle peut être facilement et rapidement modifiée pour tenir compte de l'évolution des situations ou de celle des connaissances. Enfin, par la souplesse qu'elle est censée préserver, la directive laisse place au jugement d'expert sur les cas « hors norme ». L'appréciation portée sur la directive à partir de ce critère est donc forcément très favorable.

Des considérations voisines justifient une appréciation de même nature sous l'angle de l'**économie de moyens**. En raison du caractère interne, endogène, de son

élaboration, la directive est un instrument d'action relativement peu coûteux à produire et à maintenir en état d'adaptation optimale aux objectifs visés. Tout en incitant à la cohérence dans l'action et donc en favorisant en priorité la prévisibilité des résultats, la directive reste flexible. Elle peut, au besoin, être exprimée dans une langue relativement simple et donc rendue accessible à ceux qui, sur le terrain, sont le mieux en mesure de l'appliquer ou de la faire appliquer. Enfin, la diversité des fonctions que remplissent les directives met en lumière leur polyvalence : conçues au départ comme moyen de commandement hiérarchique dans une organisation bureaucratique, elles peuvent être simultanément utilisées à d'autres fins : informer et persuader certains administrés, en inciter d'autres à des comportements souhaités, fournir à d'autres instances des critères d'appréciation de situations et de comportements. Surtout lorsqu'on les compare aux contraintes inhérentes à la réglementation classique, les attributs de la directive sont, du point de vue de ce critère, très convaincants.

Le critère d'équité, appliqué à l'utilisation de la directive, conduit à des constatations divergentes, dans lesquelles les aspects positifs l'emportent légèrement. En tant que procédé d'encadrement flexible du pouvoir discrétionnaire, la directive semble à première vue et en principe répondre assez bien aux préoccupations d'équité : elle favorise le traitement uniforme des situations de même nature, mais sans exclure l'abandon ou l'infléchissement de la règle pour tenir compte des particularités d'un cas. En favorisant la routinisation des tâches de décision, on peut considérer que la directive tend à régulariser le processus; mais puisqu'elle est maintenue à l'écart de la normativité juridique, il n'est pas acquis que cette régularisation aille dans le sens de l'équilibre entre les points de vue, caractéristique d'un processus juridique. L'obligation, maintenant consacrée par l'art. 4 de la *Loi sur la justice administrative*, de rendre accessible à l'administré les directives utilisées par les agents chargés de prendre les décisions est un pas dans la direction de cet équilibre. Il subsiste encore, cependant, plusieurs facteurs de déséquilibre, qui empêchent de considérer la directive comme une règle « neutre ». La directive est élaborée par l'administration publique selon un processus peu ouvert à la consultation de non-experts. L'administration conserve, dans une large mesure, la faculté d'appliquer ou non la directive, qui ne lui est généralement pas opposable. Elle peut la modifier sans formalité avec effet immédiat. Par ailleurs, l'administration publique et son personnel peuvent être facilement tentés par l'application systématique de la directive, ce qui fait perdre à celle-ci sa caractéristique la plus précieuse du point de vue de l'équité. Tant que la souplesse préside à la mise en œuvre d'une directive, cependant, cette forme d'action étatique semble appeler de ce point de vue un jugement assez favorable.

Certains aspects de la directive jugés positifs sous l'angle des critères précédents justifient, par contre, une appréciation défavorable selon le critère de **qualité de l'espace public**. Ainsi, la prépondérance, pour ne pas dire le rôle exclusif, des experts appartenant à l'administration publique dans l'élaboration des directives signifie que celle-ci est conduite de bout en bout dans un climat quasi confidentiel. Toutes les réserves qu'on pouvait formuler, du point de vue de la qualité de l'espace public, à propos d'un processus informel de négociation des règlements (ch. 2. A., 1., c.) retrouvent ici leur pertinence. De plus, et malgré les possibilités qu'offre la

directive en tant que document informatif, il convient de rappeler que les directives entraînent encore une mauvaise réputation de « règles secrètes ». Certes, les choses ont changé sur ce plan grâce au développement du droit d'accès aux documents des organismes publics; l'article 4 de la *Loi sur la justice administrative*, évoqué plus haut, prolonge cette évolution. Mais il n'est pas sûr que soit entièrement dissipé le soupçon que l'administration publique se sert des directives pour infléchir, voire subvertir, les intentions exprimées par les lois. En revanche, on peut estimer que grâce à leur langage moins formaliste et à leur perspective plus concrète, bon nombre de directives, une fois rendues accessibles, se prêteraient plus facilement que des textes réglementaires à une discussion publique. Mais on est encore assez loin de concevoir la possibilité d'une telle discussion autour des directives internes de l'administration publique. Ni le modèle militaire, dont le principe hiérarchique a longtemps inspiré l'organisation de l'appareil d'État, ni son concurrent le modèle managérial de la « nouvelle gestion publique » ne semblent guère propices à la concrétisation de cette possibilité.

Enfin, le critère de **maîtrise politique** ne peut semble-t-il que conduire à une appréciation très défavorable de la directive en tant que forme d'action étatique. Certes, de prime abord, on serait tenté de penser que le degré de maîtrise politique sur les directives est élevé, dans la mesure où une grande partie d'entre elles sont prises par des ministres dans l'exercice de leur pouvoir hiérarchique sur le personnel de leur ministère. En pratique, cependant, le caractère détaillé, concret, parfois technique des directives fait en sorte que les dirigeants de grandes organisations bureaucratiques ne peuvent en être que les auteurs formels. Les ministres seront naturellement enclins à s'en remettre à leurs collaborateurs, notamment aux niveaux intermédiaires de la hiérarchie ministérielle, pour élaborer ces documents et assurer le suivi de leur mise en œuvre. Sans doute le ministre demeure-t-il responsable de tout cela devant le Parlement; encore faut-il que celui-ci s'intéresse aux directives.

Or, seules les directives fondées sur un pouvoir de tutelle sont assujetties au dépôt devant le Parlement. Dans le cas de toutes les autres directives, les parlementaires disposent des mêmes facilités qu'un citoyen un peu renseigné pour avoir accès à ces documents. Le contrôle parlementaire sur la production de directives par l'administration publique est, en pratique, encore moins développé que le contrôle de la production réglementaire : ni l'organisation du travail parlementaire, ni les mœurs politiques, ni le contenu de beaucoup de directives n'incitent les députés à accorder du temps à cet aspect du contrôle politique du Pouvoir exécutif par le Parlement. Le développement du recours aux directives comme forme d'action étatique ne peut donc que contribuer à affaiblir ce contrôle.

Il ressort donc de cette évaluation que la directive ne devrait être une forme privilégiée d'action étatique que lorsque la tâche à accomplir impose d'accorder le plus grand poids aux considérations de compétence technique et d'économie de moyens. La directive pourrait être l'une des formes d'action envisageables si les considérations d'équité paraissent les plus pressantes en regard de la tâche à accomplir. Par contre, si cette tâche implique qu'on prenne un souci primordial des exigences de la maîtrise politique et de la qualité de l'espace public, l'utilisation de la directive serait tout à fait inappropriée. Ces conclusions se résument par le tableau suivant :

## CRITÈRES

Maitrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Très Défavorable	Défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable

### 3. L'idée d'individualisation : l'élargissement des marges discrétionnaires

Lorsqu'elle est guidée par le souci d'assouplir l'encadrement des conduites, la recherche de solutions de rechange à la réglementation aboutit logiquement à l'opposé classique de celle-ci : la décision discrétionnaire individualisée. À la règle abstraite et précise, saisissant des ensembles de situations indifférenciées, on oppose la décision concrète et malléable, visant chaque situation dans sa particularité. Aux valeurs de sécurité, de régularité et d'égalité, on oppose la créativité, l'adaptabilité et l'individualité. Ces deux modalités d'action étatique ont, bien sûr, toujours été présentes et le demeurent. Cependant, à l'époque actuelle, le souci d'« allègement réglementaire » implique une valorisation de l'action individualisée. Après avoir relevé quelques effets de ce phénomène et tenté d'en dégager le sens et la portée (a.), il convient de cerner le défi qu'il comporte aujourd'hui pour le droit administratif (b.). Cette réflexion alimentera l'évaluation qu'on peut faire de cette forme d'action étatique sur la base des cinq critères de justification présentés au chapitre 1.

#### a. *Changement de paradigme ou retour du balancier ?*

Pendant quelques décennies – et notamment pendant la période 1960-1985 – c'est sous la forme de vagues successives de réglementation que le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives s'est principalement manifesté. Le *Code de la sécurité routière*, avec sa copieuse réglementation d'application, annoncée par des dispositions habilitantes elles-mêmes très détaillées, est un exemple assez représentatif de ce constat général. Au contraire, l'évolution récente du droit et des pratiques, dans plusieurs domaines d'action étatique, laisse apparaître une remontée en puissance de la décision discrétionnaire individualisée.

Plusieurs des pratiques analysées jusqu'ici dans la présente étude sont rattachables à ce phénomène : la contractualisation du contrôle d'application et l'auto-contrôle, les dérogations et tolérances, certains cas de contractualisation des normes et la substitution de normes. Toutes ces pratiques ont en effet en commun de faire de la situation particulière de l'assujetti, saisie en tant que telle et non pas dans son appartenance à une catégorie, le point d'application de l'action étatique.

D'autres manifestations de la même tendance peuvent être observées dans divers domaines d'action étatique. C'est le cas par exemple dans le droit des prestations sociales. On y a assisté, pendant les deux derniers tiers du XX<sup>e</sup> siècle, à une évolution favorable à la reconnaissance au bénéficiaire de l'assuré social ou de l'assisté social de droits subjectifs conditionnés notamment par une réglementation détaillée. La période récente révèle au contraire une tendance à l'élargissement et à

la consolidation de pouvoirs discrétionnaires permettant de déterminer, au moins en partie, l'admissibilité des bénéficiaires à des « programmes ». À une visée de protection sociale a succédé une visée de gestion du social. Le facteur décisif, dans ce retournement, aura été la volonté de limiter les engagements financiers de l'État. Aussi l'accès à des prestations en forte demande et plus difficiles à estimer à l'avance (réadaptation, réinsertion) a-t-il été soumis à des décisions discrétionnaires individualisées, parfois soustraites aux recours administratifs normaux.

En droit de l'environnement, le non-exercice de pouvoirs réglementaires a pour conséquence la création de marges discrétionnaires permettant à l'administration d'appliquer – ou de s'abstenir d'appliquer – au cas par cas des dispositions législatives moins précises (Halley 1997a : 367-369). Cet état de choses reflète à la fois la résistance des assujettis à l'imposition de normes réglementaires et l'ampleur limitée des moyens mis à la disposition du ministère de l'Environnement pour lui permettre de surmonter cette résistance. Le cas du droit de l'environnement n'est par ailleurs qu'une illustration d'une tendance plus générale. De plus en plus dépendante des technosciences et confrontée à la nécessité de gérer des risques de grande ampleur, l'action étatique – du moins en forme législative – tend à s'en remettre plus volontiers à des règles à « texture ouverte » qu'à des prescriptions détaillées (Hawkins 1997 : 141).

En droit économique, l'évolution du droit et des pratiques a favorisé, un temps, l'élaboration et la mise en œuvre, par les organismes de régulation, sinon d'une réglementation au sens propre, du moins de normes administratives de portée générale. Dans la période récente, à l'inverse, une volonté de reprise en main par les dirigeants politiques s'est notamment traduite par un renforcement de leurs pouvoirs discrétionnaires d'intervention individualisée, aussi bien que par un rétrécissement du champ ouvert à la réglementation.

L'effet global de ces transformations récentes semble bien être un déplacement de l'axe principal de l'action étatique. Celle-ci ne serait plus caractérisée au premier chef par la conception et l'application de règles de portée générale, mais plutôt par le « traitement » de situations individualisées. Deux interprétations historiques de cette évolution du droit de l'action étatique sont possibles. Une première interprétation suggérerait de ne voir dans ce phénomène, somme toute, qu'un retour de balancier. Après une période de développement de l'encadrement des conduites par la voie réglementaire, amorcée vers 1940 et accentuée à compter de 1960, le droit de l'action étatique reviendrait à une situation de prépondérance des formes d'action individualisées, comme entre 1870 et 1940. À terme, il serait tout à fait plausible qu'un nouveau renversement de tendance redonne la prépondérance à l'action de type réglementaire. Une seconde interprétation inviterait cependant à voir dans l'évolution récente et celle qu'on peut prévoir à court terme un véritable changement de paradigme dans la conception du droit de l'action étatique. Celle-ci serait en effet désormais contrainte par l'évolution des sciences, des techniques et des sociétés à renoncer très largement à l'encadrement des conduites par des règles, et à se concevoir plutôt sur le modèle du jugement d'espèce discrétionnaire, fondé seulement sur des principes ou du moins sur des règles peu contraignantes.

La première interprétation a le mérite de rappeler que la tension entre l'idée de règle et celle de jugement discrétionnaire est une constante dans l'évolution de

notre droit public. Elle n'a pas tort d'évoquer une oscillation continue entre ces deux pôles. Mais elle semble minimiser la portée des changements actuellement observables; ceux-ci ne paraissent pas réductibles à cette dynamique interne de la structure du droit. Ils correspondent en effet à des mutations concomitantes et encore mal mesurées dans l'environnement social et même physique du droit (développement de la génétique et des biotechnologies, dématérialisation des échanges commerciaux, risques d'accident technologique, changements climatiques, etc.), ce dont tient davantage compte la seconde interprétation. Celle-ci, en revanche, semble donner de l'évolution en cours dans le droit, particulièrement le droit public, une image quelque peu dramatisée. L'élément de continuité s'y efface un peu trop derrière la représentation d'une rupture.

À cette dramatisation du changement n'est peut-être pas étrangère la persistance d'une vision traditionnelle du pouvoir discrétionnaire. Celui-ci est encore souvent perçu, notamment dans la tradition juridique anglo-saxonne, comme l'antithèse non seulement de la règle, mais de la règle juridique, ou du moins comme un phénomène foncièrement extérieur au droit. Se rejoignent dans cette perception aussi bien ceux qui voient dans le pouvoir discrétionnaire l'expression de la pure liberté de choix d'un sujet autonome – avec le risque d'arbitraire que comporte cette liberté – que ceux qui, niant la liberté du sujet, voient en l'acte censé discrétionnaire le produit de conditionnements sociaux, économiques, culturels, idéologiques. Dans un cas comme dans l'autre, l'expansion du droit sous forme de règles est considérée comme souhaitable : elle permet aux uns d'espérer empêcher l'arbitraire, aux autres d'espérer combattre les conditionnements qu'ils réprouvent.

Cette vision traditionnelle est cependant battue en brèche, notamment par des analyses juridiques plus sensibles au fonctionnement concret des organisations administratives exerçant des pouvoirs discrétionnaires (par ex. DesRosiers et Feldthusen 1992; Sossin 1993 et 1994; Hawkins 1997; Pratt 1999). Le point de départ commun de ces analyses est la remise en question de la représentation classique du rapport entre droit et pouvoir discrétionnaire, résumé chez Ronald Dworkin par l'image du beigne, dont le plein (le droit) ceinture un vide, un espace de non-droit (le pouvoir discrétionnaire). Lorne Sossin oppose à cette image celle de l'éponge, dans laquelle les pleins et les vides s'entremêlent inextricablement et dont la propriété est d'absorber et de retenir les fluides avec lesquels elle entre en contact (Sossin 1994 : 12). Ces fluides correspondent évidemment aux données externes, normatives, économiques, politiques, etc., qui agissent sur le comportement du titulaire d'un pouvoir discrétionnaire (Hawkins 1997 : 141-142). Selon cette nouvelle représentation, l'objet de la réflexion n'est plus de savoir comment gonfler la pâte pour réduire le diamètre du vide – ou, plus positivement, de s'interroger sur le diamètre optimal de cet espace de non-droit. Il s'agit plutôt de s'intéresser, pour les comprendre, aux phénomènes d'imprégnation de l'éponge par les fluides – qui d'ailleurs se mélangent au sein de celle-ci et en ressortent lorsqu'on fait usage de l'éponge.

La fixation de l'analyse traditionnelle sur l'encadrement du pouvoir discrétionnaire par des règles explicites, et au premier chef par des règles juridiques, a des effets pervers. Elle incite à faire exagérément confiance à ces règles explicites pour contraindre la liberté d'action des titulaires de pouvoirs discrétionnaires; mais celle-ci tend alors à se maintenir par un exercice illicite de ces pouvoirs, souvent conditionné

par les règles non écrites que sécrète toute organisation (DesRosiers et Feldthusen 1992 : 216-217, 221). L'analyse traditionnelle persiste pourtant, malgré le constat que les règles juridiques classiques sont souvent impuissantes à enrayer les dysfonctionnements du pouvoir discrétionnaire et doivent être renforcées par des dispositifs de type nouveau (ombudsman, bureaux des plaintes, règlement non contentieux des différends) (Pratt 1999 : 214-215). La lutte contre l'arbitraire reprend donc inlassablement le même chemin : la quête des règles juridiques aptes à mettre définitivement l'arbitraire en échec, et à garantir la légitimité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire.

Comme le note Charles-Albert Morand, l'élargissement et la diffusion des pouvoirs discrétionnaires des autorités administratives, à l'époque récente, n'a fait qu'accroître le besoin de légitimer l'exercice de ces pouvoirs (Morand 1999 : 98 et ss.). Il constate que ce besoin s'est traduit sur deux plans : d'une part, le développement des garanties accordées aux administrés (procédure; recours administratifs, judiciaires ou autres), qui s'inscrit dans le prolongement de l'analyse traditionnelle des rapports entre le pouvoir discrétionnaire et le droit, et d'autre part, le développement des possibilités de participation des citoyens à l'action étatique. Ce deuxième ordre de réponses au besoin de légitimation laisse entrevoir une nouvelle compréhension du pouvoir discrétionnaire et de sa problématique. C'est peut-être à ce niveau, davantage que dans le déplacement de l'axe principal de l'action étatique, que se produisent les changements les plus significatifs.

#### **b. Problématique actuelle du pouvoir discrétionnaire**

Il y a pouvoir discrétionnaire, ainsi que la Cour suprême vient de le rappeler dans l'arrêt *Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration*, [1999] 2 RCS 817, lorsque « le droit ne dicte pas une décision précise, ou quant le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi » (par. 52). Cet énoncé réfère implicitement au présupposé de la conception traditionnelle du pouvoir discrétionnaire : l'autonomie du jugement d'un sujet rationnel. L'idée d'un « choix » entre plusieurs décisions possibles à l'intérieur du cadre déterminé par la loi implique en effet un sujet apte à effectuer librement ce choix sur la base d'un jugement rationnel. Que ce sujet soit un agent public n'y change rien; simplement, pour ce type de sujet l'exercice du pouvoir discrétionnaire est affaire de métier et contribue à définir son identité professionnelle. Pour lui, le jugement rationnel est un jugement porté de façon « professionnelle », présument « objective » (Pratt 1999 : 203, 209).

Ce présupposé de la conception traditionnelle du pouvoir discrétionnaire paraît aujourd'hui, à la lumière d'une plus large compréhension des conditions concrètes d'exercice de ce pouvoir, exiger d'importantes nuances. L'expérience commune de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans les organisations bureaucratiques ne permet plus de voir en lui strictement l'exercice d'une volonté individuelle, d'une volonté autonome et d'une volonté rationnelle.

En effet, la décision discrétionnaire, dans ces organisations bureaucratiques, n'est pas le pur produit d'un agir *individuel* : c'est celui d'une activité organisationnelle, dans laquelle est englobée l'activité d'individus agissant en parallèle en

vue d'un résultat obtenu par leur travail collectif dans le cadre de règles en partie autoproduites par cette organisation (par ex. des énoncés de politique, des directives) (Hawkins 1997 : 142-144). Le traitement d'une demande d'indemnisation en vertu de la *Loi sur l'assurance automobile* illustre cette réalité. La décision est le fruit du travail collectif du personnel de la SAAQ (agents d'indemnisation et médecins-conseils), avec un apport de collaborateurs extérieurs (médecins traitants, experts).

Le caractère organisationnel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire a également pour conséquence que la décision est le produit d'un processus prévoyant l'intervention successive de plusieurs décideurs. Ce découpage séquentiel de la décision discrétionnaire signifie qu'en réalité la pouvoir de la rendre est fractionné, partagé, finalement diffusé dans un appareil segmenté et hiérarchisé. L'affaire *Baker* est typique à cet égard. La décision de refuser à Mavis Baker le bénéfice de considérations humanitaires de sorte qu'elle puisse présenter une demande de résidence permanente depuis le Canada et non depuis la Jamaïque a été formellement prise par un agent d'immigration supérieur. Mais le dossier avait été préalablement traité par un agent investigateur, dont la recommandation a été suivie. Dans son rapport, l'agent investigateur avait au surplus suggéré à son supérieur de faire valider une éventuelle décision de refus à l'échelon supérieur de l'appareil ministériel.

Ce phénomène de diffusion du pouvoir discrétionnaire a des conséquences, auxquelles l'analyse juridique d'un processus décisionnel est fréquemment confrontée (Hawkins 1997 : 145-147). Ainsi, certains intervenants, notamment en début de processus, ont un pouvoir d'« aiguillage » : ils peuvent dérouter un dossier vers une voie de garage, en décidant précocement qu'il n'y a pas matière à décision. Par ailleurs, l'existence d'un processus séquentiel de décision comporte la quasi-certitude que le pouvoir discrétionnaire « réel » passera en des mains autres que celles de son titulaire formel. Sur ce point encore, l'affaire *Baker* est parfaitement typique. La décision non motivée de l'agent d'immigration supérieur (agissant par délégation du ministre) a été, en fait, fortement déterminée par la recommandation de l'agent investigateur. Prié de faire connaître ses motifs, l'agent supérieur a simplement transmis le rapport de son subalterne. Ce type de processus rend également probable que les intervenants successifs se placent à des points de vue différents dans l'examen du dossier. Ainsi, l'agent investigateur de l'affaire *Baker* attirait l'attention de son supérieur sur une considération dont lui-même n'avait pas tenu compte : le risque de mauvaise publicité auquel un refus de la demande exposerait le ministère. Enfin, un processus séquentiel de décision accroît la probabilité que l'examen d'un cas soit coloré par l'examen simultané ou prévu de cas semblables. En effet, ce processus, étalé sur un temps plus ou moins long, s'inscrit dans une durée qui est celle de l'organisation elle-même. Ici apparaît la préoccupation de cohérence et de prévisibilité de l'action, à laquelle visent à répondre l'énoncé de politique (cf. 1. *supra*) et surtout la directive (cf. 2. *supra*). Si individualisé que paraisse l'objet de la décision à rendre, il est presque inévitablement appréhendé comme illustration d'un type de situations, et la décision comme porteuse d'une valeur de précédent. Ici encore, le rapport de l'agent investigateur sur le cas de Mavis Baker est exemplaire : l'agent s'y interroge (rhétoriquement) sur l'opportunité de retenir, à l'avenir, le genre de considérations humanitaires invoquées par la requérante.

La représentation de l'exercice du pouvoir discrétionnaire comme exercice d'une volonté *autonome* doit tout autant être relativisée. Lorsqu'elle attribue un pouvoir discrétionnaire, la loi, contrairement à la conception traditionnelle, n'institue pas une sorte de bulle, transparente mais étanche, dans laquelle le titulaire doit prendre place pour élaborer, par un libre exercice de sa propre raison, un acte discrétionnaire qui lui soit exclusivement imputable. La loi, elle-même issue du pouvoir discrétionnaire du Parlement, organise plutôt, en attribuant un pouvoir de même nature à un autre acteur juridique, la poursuite du processus de création du droit. La décision discrétionnaire individualisée, comme la loi elle-même, participe du processus de traduction des valeurs, des choix et des préoccupations d'une société en normes juridiques. Le pouvoir discrétionnaire ne peut donc pas être pure autonomie d'un sujet : il est inévitablement traversé de part en part par le flux – plus ou moins changeant, plus ou moins agité – de ces valeurs, de ces choix et de ces préoccupations (Pratt 1999 : 217-218). Le problème ne saurait donc être de mettre le titulaire à l'abri de ce flux; il s'agit bien plutôt d'équilibrer les poussées que ces facteurs « externes » exercent sur lui.

De nouveau, l'affaire *Baker* peut servir d'illustration. Si la Cour suprême a invalidé la décision de l'agent supérieur, c'est essentiellement parce que ses motifs – tels qu'ils ressortaient du rapport de l'investigateur – en révélaient le caractère partiel et déraisonnable. Les préjugés de l'investigateur à l'endroit des mères célibataires de plusieurs enfants et des personnes atteintes de troubles psychiques, ainsi que sa méconnaissance des intérêts et besoins des enfants en tant que valeur humanitaire, accusaient un déséquilibre dans les considérations dont le décideur avait tenu compte. En l'espèce, l'infléchissement du pouvoir discrétionnaire par des discours ambiants (discours moralisateur sur les pratiques sexuelles et familiales, discours stigmatisant sur la maladie mentale, attitude d'indifférence au sort et aux droits des enfants) avait atteint un seuil « déraisonnable ». Cette qualification indique comment il faut comprendre l'autonomie du titulaire du pouvoir discrétionnaire – au premier chef, de celui qui en est investi afin de statuer sur des situations individualisées – : elle ne réside pas dans un impossible isolement, ni même dans la distanciation, mais dans l'équilibre des perspectives.

Enfin, une critique sans doute plus radicale met en doute que l'exercice du pouvoir discrétionnaire puisse être présenté comme l'exercice d'une volonté *rationnelle*. Du moins cherche-t-elle à montrer que la rationalité à laquelle on se réfère est une rationalité tronquée. Ainsi, Lorne Sossin (Sossin 1993 : 364-368) fait valoir que la rationalité bureaucratique se veut essentiellement instrumentale, et fait largement l'impasse, dans la validation des décisions, sur la compréhension pratique des exigences du bien et du juste. Cette rationalité s'ancre dans une nette séparation entre administration (présentée comme scientifique et technicienne) et politique (normative et discursive). L'aspiration à la rationalité dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire renvoie ainsi non pas à une rationalité globale, mais à celle, « scientifique » et « objective », de l'administrateur public professionnel. Pour retrouver une légitimité sur le plan de la rationalité globale, l'exercice du pouvoir discrétionnaire par l'administration publique doit s'ouvrir à la participation des citoyens, et rechercher une validation publique sur le fond (Sossin 1994 : 3). Cette perspective critique débouche donc, plus explicitement que la remise en cause des caractères

d'individualité et d'autonomie prêtés à l'exercice du pouvoir discrétionnaire, sur la création d'un nouveau type de rapports entre l'administration publique et les administrés.

Dans le contexte actuel, caractérisé par un recours plus fréquent à l'action étatique sous forme de décisions discrétionnaires individualisées, cet éclairage critique jeté sur la conception traditionnelle du pouvoir discrétionnaire présente d'autant plus d'intérêt.

En montrant que l'exercice du pouvoir discrétionnaire est au cœur de l'activité de l'administration publique, ces travaux contribuent à justifier un renversement de la perspective du droit administratif. Alors qu'il y a quarante ans à peine, on considérait le pouvoir discrétionnaire comme un phénomène dont le droit administratif n'avait à s'occuper que d'une façon marginale, il apparaît aujourd'hui comme le problème central de cette branche du droit. Du fait même que ce problème ne peut être traité sous l'angle « purement » juridique, sa résolution constitue aujourd'hui l'un des enjeux les plus significatifs du droit de l'action étatique. Puisque l'exercice du pouvoir discrétionnaire se trouve à la jonction du politique, de l'éthique et du juridique, la détermination des conditions juridiques de cet exercice contraint à une réflexion sur les fins de l'administration publique.

Par ailleurs, en montrant le décalage entre les présupposés de la conception traditionnelle et les conditions concrètes d'exercice du pouvoir discrétionnaire, ces travaux posent le problème du contrôle de ce pouvoir sous un jour différent. Certes, la triple stratégie de contrôle exposée en 1968 par K. C. Davis (« *confining, structuring and checking discretion* » : voir Atkinson 1978 : 197-200) conserve sa pertinence. Aujourd'hui au moins autant qu'hier, il est généralement souhaitable de circonscrire avec toute la précision possible l'objet et l'étendue d'un pouvoir discrétionnaire dans la disposition législative qui en est la source. Mais il importe encore bien davantage que la loi oriente l'exercice de ce pouvoir en énonçant elle-même ses objectifs et la politique qui la sous-tend (voir I., a. *supra*). Mais parallèlement à cette triple stratégie désormais classique, ces analyses plus fines de l'exercice de ses pouvoirs discrétionnaires par l'administration publique invitent à agir sur d'autres plans.

Ainsi, des mesures visant les agents publics exerçant des pouvoirs discrétionnaires permettraient de renouveler la conception que ces agents se font de leur mission. Des actions sur le plan du recrutement et sur celui de la formation seraient de nature à rapprocher les valeurs personnelles et professionnelles des agents de celles que promeuvent les textes qu'ils sont chargés de mettre en œuvre (DesRosiers et Feldthusen 1992 : 223). Ces actions ne relèvent pas au premier chef du droit. Mais le droit peut en juger les résultats. Une dernière fois, l'arrêt *Baker* servira d'illustration. La Cour suprême, avant de censurer le caractère partial du traitement accordé au cas de la requérante, a exprimé le devoir d'impartialité d'un décideur administratif dans les termes suivants (par. 47) :

« (...) les décisions en matière d'immigration exigent de ceux qui les rendent sensibilité et compréhension. Elles exigent la reconnaissance de la diversité, la compréhension des autres et l'ouverture d'esprit à la différence ».

Ce vocabulaire indique bien à quel niveau d'attentes qualitatives doit aujourd'hui répondre l'exercice professionnel de pouvoirs discrétionnaires par des agents publics, spécialement dans le cas de décisions individualisées.

Une autre stratégie d'amélioration qualitative de l'exercice du pouvoir discrétionnaire viserait les processus. Son objectif immédiat serait de favoriser le développement de la « participation fonctionnelle » (Garcia 1986 : 264-265) des administrés aux processus de décision. Le premier pas dans cette direction viserait à compenser les inégalités entre les administrés dans l'accès à ces processus et aux moyens d'exposer leur point de vue et de convaincre (Sossin 1993 : 379). Toute initiative en ce sens, comme par exemple la possibilité ouverte à la Régie de l'énergie de pourvoir aux frais des personnes et des groupes participant à ses travaux (*Loi sur la Régie de l'énergie*, LRQ c. R-6.01, art. 36), a une portée qui dépasse son intérêt immédiat. Elle laisse entrevoir que la signification du droit de l'action étatique ne se résume pas à l'encadrement de cette action : il a également une visée émancipatrice. Le régime des pouvoirs discrétionnaires de l'administration publique, notamment de ceux qui fondent des décisions individualisées, n'a pas pour seul but de limiter et de contrôler l'action de leurs titulaires : il permet aussi d'opérer, à l'occasion de l'exercice de ces pouvoirs, une certaine redistribution du pouvoir dans la société.

### c. Évaluation

En tenant compte de cette présence accrue, dans l'action étatique, du pouvoir de rendre des décisions discrétionnaires individualisées et du renouvellement de la problématique de ce pouvoir, on peut tenter d'apprécier le degré de justification du recours à cette forme d'action étatique par rapport aux cinq critères proposés.

Le seul de ces critères qui conduise à une évaluation très positive de la décision discrétionnaire individualisée est la compétence technique. Tous les autres suggèrent une appréciation soit réservée mais plutôt défavorable – c'est le cas des critères d'équité et de qualité de l'espace public – ou nettement défavorable, pour ce qui est de la maîtrise politique et de l'économie de moyens.

Le critère de **compétence technique** ne peut qu'envisager positivement un cadre d'action dans lequel chaque situation à traiter est examinée de manière individualisée par le personnel spécialisé d'une autorité administrative présentant dans son ensemble un niveau élevé d'expertise. De plus, cet examen individualisé d'une situation fait intervenir comme base de jugement une disposition législative à caractère général et souple, qui invite précisément à l'exercice d'un jugement pour son application. Un espace est ainsi ouvert au déploiement de l'expertise administrative; c'est dans ce jugement professionnel de l'agent public que se situent, on l'a noté, à la fois le noyau de la conception traditionnelle du pouvoir discrétionnaire de l'administration et le cœur de l'identité professionnelle de cet administrateur public. Si, au surplus, comme cela sera souvent le cas en matière économique, technologique ou scientifique, l'interlocuteur de l'administrateur public est lui aussi détenteur de connaissances spécialisées, la décision à prendre sera l'occasion d'un débat d'experts, dont la possibilité est un autre facteur d'appréciation positive.

Certes, l'attribution par la loi d'un pouvoir de statuer sur une base discrétionnaire relativement à des situations individualisées comporte un risque d'incohérence dans les décisions. Mais dans une perspective qui valorise un processus de mise au

point des connaissances par l'expérimentation et la confrontation des expertises, ce phénomène de « déviance » n'est pas forcément considéré comme négatif et demeure contrôlable par l'autorité de la communauté des experts. Expertise technique et jugement discrétionnaire se conjuguent donc harmonieusement, et ce premier critère justifie donc très nettement le recours à la décision discrétionnaire individualisée.

Le critère d'**équité** conduit, comme dans le cas de la directive, à une appréciation assez équilibrée, mais cette fois un peu plus défavorable. Il n'y a pas lieu de s'en étonner : le rapport de compatibilité entre l'équité et le pouvoir discrétionnaire est l'objet d'un vieux débat, auquel l'ouvrage célèbre de K. C. Davis, *Discretionary Justice*, a donné par son titre même un tour nouveau. Le pouvoir discrétionnaire n'apparaît plus aujourd'hui comme l'ennemi surnois du jugement soucieux d'équité, mais comme son indispensable auxiliaire. Adéquatement circonscrit et contrôlé, et structuré « de l'intérieur » par celui qui est chargé de l'exercer, le pouvoir discrétionnaire de statuer de manière individualisée peut parfaitement concourir à la réalisation de l'équité.

Correctement mis en œuvre, un tel pouvoir implique la prise en considération attentive des particularités d'une situation. Son exercice obéit à un encadrement procédural aujourd'hui très élaboré, grâce à une jurisprudence dont l'arrêt *Baker* illustre la fécondité (par ex. en consacrant le droit à une décision motivée) et dont les lignes de force ont été résumées par la *Loi sur la justice administrative*.

Néanmoins, le recours à la décision discrétionnaire individualisée comme forme d'action étatique comporte des risques sur le plan de l'équité. Envisagé ici à l'état pur, c'est-à-dire sans le bénéfice de l'encadrement que lui donnerait une directive ou même un énoncé de politique, il présente un sérieux potentiel de traitement inégal des situations. L'équité ne peut se satisfaire, sur une grande échelle, d'une totale individualisation du jugement. Elle repose plutôt sur un équilibre entre le souci d'égalité, auquel répond la présence d'une règle, et le souci de particularisation, que permet le jugement approprié à l'espèce. Sous sa forme « pure », le pouvoir discrétionnaire de statuer sur des situations individualisées comporte une menace à cet équilibre, puisque la règle, étant par hypothèse plutôt vague et imprécise, n'exerce qu'une faible contrainte. Le critère d'équité impose donc ici, semble-t-il, une appréciation mesurée mais plutôt défavorable.

Le critère de **qualité de l'espace public** suggère lui aussi, quoique de façon un peu plus nette, une appréciation assez défavorable. Il est manifeste que, dès le départ, beaucoup de décisions individualisées ne se prêtent pas à la discussion dans un espace public, du moins au stade de leur élaboration : le cercle des intérêts qu'elles touchent est beaucoup trop nettement circonscrit. Tout au plus ces décisions peuvent-elles légitimement entrer dans le champ de la délibération publique si elles sont considérées en masse – comme constitutives d'une « pratique de décision » – et à des fins d'imputation, de critique et d'évaluation. Seules certaines décisions individualisées (par ex. celles relatives à l'aménagement de l'espace ou à la protection de l'environnement) se présentent d'emblée comme justiciables d'un débat public dès le stade de leur élaboration.

Sous cette réserve découlant de l'objet des décisions individualisées, l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire donne en revanche, par lui-même, parfaitement prise

à un débat, puisqu'il implique un jugement fondé sur des connaissances, des opinions et des valeurs. La difficulté porte sur les possibilités concrètes de susciter le débat. En effet, l'action étatique sous cette forme est éclatée en un nombre souvent très considérable de décisions dont chacune est peu visible; ce n'est qu'au-delà d'un seuil de visibilité qu'une décision individualisée peut trouver dans l'espace public un écho suffisant pour animer un débat. L'existence et la qualité des mesures de publicité applicables aux processus décisionnels sont donc déterminantes.

En raison de ces limitations de fond et de forme, la décision discrétionnaire individualisée n'apparaît donc pas comme un procédé d'action étatique très propice au développement d'un espace public de délibération.

Le critère de **maîtrise politique** conduit nécessairement à une appréciation encore plus réservée. Le recours à la décision discrétionnaire individualisée comme instrument de réalisation de la volonté du Parlement implique, en général, que celui-ci se contente de formuler de manière assez imprécise la base sur laquelle reposera le jugement discrétionnaire de l'autorité administrative. L'attribution d'un pouvoir discrétionnaire par le Parlement comporte donc par nature une renonciation de la part de celui-ci à diriger effectivement la mise en œuvre de sa volonté. Cette renonciation n'est jamais totale ni irrévocable, mais elle est souvent très étendue. Le contrôle parlementaire subsiste, certes, par le canal de la responsabilité ministérielle, grâce à l'imputation formelle au ministre des actes du personnel de son ministère. Mais le principe de cette responsabilité admet certaines atténuations, et la pratique lui impose des limites. Par ailleurs, le principe n'est guère utile lorsque c'est à une autorité administrative décentralisée qu'a été attribué le pouvoir discrétionnaire de statuer sur des situations individualisées.

L'idée que le Parlement puisse et souhaite s'intéresser à chacune des décisions discrétionnaires individualisées prises au nom d'un ministre est tout aussi irréaliste que d'affirmer de manière absolue la responsabilité du ministre du fait de ces décisions. Au contraire, le bon sens, la liberté des citoyens et la sécurité juridique se conjuguent pour justifier que le Parlement ne se préoccupe pas de contrôler dans le détail ces décisions, une fois qu'il les a confiées au Pouvoir exécutif.

Le recours à cette forme d'action étatique est souvent indispensable pour permettre la mise en œuvre concrète d'un dispositif législatif, et il n'y a pas lieu de voir nécessairement là une menace à la maîtrise politique; en revanche, il paraît indiscutable que s'agissant d'une tâche dont l'exécution doit rester sous la maîtrise directe de l'instance politique, le choix d'une action sous forme de décisions discrétionnaires individualisées ne paraît pas le mieux justifié. Il faut donc conclure à une appréciation défavorable sous l'angle de ce critère.

On peut en dire autant, mais pour de tout autres raisons et de manière peut-être moins prévisible, pour le critère d'**économie de moyens**. À priori, le recours au pouvoir discrétionnaire de statuer sur des situations individualisées semble appeler une appréciation favorable de ce point de vue : l'action étatique repose alors sur une règle plus générale et souple, souvent simple et concise, en tout cas certainement d'élaboration moins complexe et coûteuse qu'une réglementation détaillée ou même que des directives. Mais au niveau de l'application, cette règle risque d'entraîner des coûts directs ou indirects très significatifs. Il est possible que la nécessité

de rendre au cas par cas une décision « sur mesure » et d'en assurer le suivi se révèle plus coûteuse que l'élaboration et l'application uniforme d'une réglementation ou du moins d'une norme administrative. Le choix en faveur de l'individualisation de l'action ne serait alors justifiable qu'en présence de situations très différenciées et spécifiques.

En réalité, ce n'est que dans ce dernier type d'hypothèses que l'économie de moyens peut justifier ce choix; dans tout autre cas, le souci de faciliter l'action et d'en rendre les résultats prévisibles aussi bien pour les administrés que pour l'administration publique fera rapidement préférer un encadrement par des normes administratives, voire à terme par une réglementation. Par conséquent, hors de cette hypothèse de situations à forte spécificité, le procédé de la décision discrétionnaire individualisée apparaît comme défavorable à l'économie de moyens.

Au total, donc, si la tâche à accomplir fait intervenir de façon très prépondérante le besoin de compétence technique, la décision discrétionnaire individualisée s'offre comme une forme d'action entièrement justifiable. Si les considérations de cette ordre ne semblent pas devoir dicter le choix, et si en revanche les exigences de la maîtrise politique et de l'économie de moyens sont jugées pressantes, cette forme d'action étatique ne devrait pas être envisagée. En général, les considérations d'équité et de qualité de l'espace public, si elles paraissent déterminantes en regard de la tâche à accomplir, ne devraient pas favoriser le recours à ce procédé. C'est ce que résume le tableau suivant :

<b>CRITÈRES</b>				
<b>Maîtrise politique</b>	<b>Qualité de l'espace public</b>	<b>Équité</b>	<b>Compétence technique</b>	<b>Économie de moyens</b>
Défavorable	Assez Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable

## Conclusion

Les procédés d'action étatique analysés dans ce troisième chapitre présentaient, dans l'ensemble, moins d'unité que ceux qui ont fait l'objet du chapitre 2. Ces derniers, en effet, n'étaient tous que des variantes de la forme réglementaire; si notables qu'aient été les éléments qui les distinguaient, ils relevaient d'une même nature et d'un même régime. En appliquant au choix entre ces divers procédés de réglementation les critères de justification présentés au chapitre 1, on pouvait s'attendre à un certain nombre de convergences, qui sont effectivement apparues. Le caractère plus disparate des formes d'action étatique envisagées au chapitre 3 laissait au contraire prévoir que des résultats très divergents ressortiraient de l'application de ces mêmes critères de justification. Du moins pouvait-on penser que d'éventuelles convergences seraient limitées et peu significatives.

Or, non seulement un certain nombre de régularités se sont-elles dessinées dans l'appréciation des six formes d'action étatique non réglementaire, mais encore ces régularités recourent-elles très largement celles que l'analyse menée au chapitre 2 avait fait apparaître.

Un tableau général, comparable à celui qu'on a pu lire au terme du chapitre 2, fait rapidement ressortir convergences et oppositions :

Formes d'action non réglementaire	CRITÈRES				
	Maitrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Autoréglementation intégrale	Très défavorable	Défavorable	Défavorable	Favorable	Assez favorable
Substitution de normes	Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable	Assez favorable
Contractualisation des normes	Assez défavorable	Assez favorable	Défavorable	Assez favorable	Favorable
Énoncé de politique	Défavorable	Favorable	Assez défavorable	Favorable	Défavorable
Directive	Très défavorable	Défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable
Décision Discrétionnaire individualisée	Défavorable	Assez défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable

Trois régularités sont particulièrement saillantes d'après ce tableau.

La première est la forte convergence, dans l'appréciation positive de ces formes non réglementaires d'action étatique, entre les critères de compétence technique et d'économie de moyens. Deux observations viennent tempérer, ou plutôt préciser cette convergence. D'une part, on peut constater que l'appréciation du point de vue de la compétence technique est, pour l'ensemble de ces procédés, sensiblement plus favorable que celle, généralement positive, que dégage le critère

de l'économie de moyens. Il y a là une différence notable par rapport aux résultats obtenus au chapitre 2; ceux-ci montraient, globalement, une appréciation tout aussi favorable dans les deux cas. Sans prétendre qu'il s'agisse là d'indications d'une grande précision, on peut en déduire de manière plausible que si l'expert trouve tout à fait son compte dans ces formes non réglementaires d'encadrement des conduites, le gestionnaire est plus réservé : soucieux d'efficacité, il se voit ici privé de l'instrument de contrainte directe que constitue la norme réglementaire. La seconde observation concerne les procédés rattachés à l'idée d'encadrement souple; c'est à leur sujet que la convergence entre les deux critères s'interrompt, mais c'est aussi à propos de l'un de ces procédés – la directive – que semble se produire la convergence la plus intense. La directive se pose donc comme un choix optimal du point de vue de ces deux critères, ce qui renforce la justification de ce choix si, compte tenu de la tâche qu'il s'agit d'accomplir, les autres critères de justification ne conduisent pas à l'écartier.

La seconde régularité qui se dégage du tableau est, comme au chapitre 2, une assez large convergence entre les trois autres critères dans leur appréciation globalement négative de ces formes non réglementaires d'action étatique. Une lecture attentive révèle cependant, à l'intérieur de ce bloc, des clivages assez différents de ceux qu'entraînait l'appréciation des procédés de type réglementaire. Ainsi, cette fois, le critère de maîtrise politique se démarque : il conduit à une appréciation négative dans tous les cas, alors que les deux autres critères ont, globalement, un effet plus nuancé. Par ailleurs, les appréciations obtenues à partir des critères d'équité et de qualité de l'espace public divergent dans la majorité des cas, comme si les gains réalisés dans la perspective de l'un se traduisaient par des inconvénients du point de vue de l'autre.

Enfin, une dernière régularité concerne, comme dans les résultats obtenus au chapitre 2, l'intensité de l'opposition entre les deux groupes de critères convergents entre eux. Cependant, alors qu'à propos des formes réglementaires d'action étatique, le contraste le plus fort opposait, d'une part, le critère de qualité de l'espace public et, d'autre part, le point de vue très largement identique des critères de compétence technique et d'économie de moyens, les procédés non réglementaires suscitent un axe de tension différent. Cette fois, c'est le critère de maîtrise politique qui entre en opposition intense avec le critère de compétence technique à propos du choix de la forme d'action étatique la mieux justifiée. On ne saurait guère s'en étonner, puisque les procédés examinés au chapitre 3 impliquent tous, à des degrés et des titres divers, un dessaisissement de l'instance politique au profit de l'expertise des milieux visés par l'action étatique (dans le cas des formes d'encadrement consenti) ou de l'expertise administrative (dans le cas des procédés relevant de l'encadrement souple).

On peut tirer d'autres indications d'un deuxième bilan des résultats obtenus au présent chapitre. Il s'agit, comme au chapitre 2, de dégager à partir des appréciations formulées sur ces divers procédés non réglementaires, un ordre de préférence entre eux du point de vue de chacun des cinq critères de justification. Ainsi, dès lors qu'un critère de justification est considéré comme particulièrement pertinent en regard d'une tâche donnée, on peut orienter le choix vers certaines formes d'action non réglementaire - sous réserve, bien entendu, des préférences associées aux autres critères et du poids accordé à ceux-ci.

L'ordre de préférence indiqué par chacun des critères est le suivant.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que l'action étatique repose sur des connaissances spécialisées ou faiblement diffusées - et met donc en jeu le critère de **compétence technique** -, devraient être envisagés de manière

- très favorable :  
la directive,  
la décision discrétionnaire individualisée;
- favorable :  
l'énoncé de politique,  
l'autoréglementation intégrale,  
la substitution de normes;
- assez favorable :  
la contractualisation des normes.

Si la nature de la tâche à accomplir n'exige pas que soient encourus des coûts relativement plus élevés, notamment ceux relatifs à la complexité, dans l'élaboration, l'exécution et l'application de l'action étatique - et met donc en jeu le critère d'**économie de moyens** -, devraient être envisagés de manière

- très favorable :  
la directive;
- favorable :  
la contractualisation des normes;
- assez favorable :  
l'autoréglementation intégrale,  
la substitution de normes;

mais devraient en revanche être envisagés de manière

- défavorable :  
l'énoncé de politique,  
la décision discrétionnaire individualisée.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que l'action étatique soit, sinon le fait du Parlement lui-même, du moins directement et effectivement contrôlée par lui - et met donc en jeu le critère de **maîtrise politique** -, devraient être envisagés de manière

- assez défavorable :  
la substitution de normes,  
la contractualisation des normes;
- défavorable :  
l'énoncé de politique,  
la décision discrétionnaire individualisée;
- très défavorable :  
l'autoréglementation intégrale,  
la directive.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que l'action étatique consiste à traiter des situations individualisées dans un cadre processuel reposant sur la prise en considération, de manière équilibrée, de droits et d'intérêts particuliers - et met donc en jeu le critère d'**équité** -, devraient être envisagées de manière

- assez favorable :  
la substitution de normes,  
la directive;

mais devraient par contre être envisagés de manière

- assez défavorable :  
l'énoncé de politique,  
la décision discrétionnaire individualisée;
- défavorable :  
l'autoréglementation intégrale,  
la contractualisation des normes.

Si la nature de la tâche à accomplir exige que la détermination de l'action étatique fasse l'objet de délibération, et que sa mise en œuvre fasse l'objet d'évaluation, dans un espace public - et met donc en jeu le critère de **qualité de l'espace public** -, devraient être envisagés de manière

- favorable :  
l'énoncé de politique;
- assez favorable :  
la contractualisation des normes;

mais devraient par contre être envisagées de manière

- assez défavorable :  
la décision discrétionnaire individualisée;
- défavorable :  
l'autoréglementation intégrale,  
la directive;
- très défavorable :  
la substitution de normes.

Rappelons, ici encore, que l'ensemble de ces indications et contre-indications correspondent à l'appréciation initiale, généralement valable, de ces diverses formes non réglementaires d'action étatique. Elles pourront être nuancées, dans un cas donné, si la forme d'action envisagée peut recevoir des aménagements propres à la concilier avec un critère a priori défavorable. Certains aménagements de cette nature ont été évoqués à l'occasion, lors de l'évaluation des divers procédés.

# Conclusion générale

Refaisons rapidement le chemin parcouru, de manière à faire ressortir les indications que peuvent trouver dans cette étude non seulement les décideurs politiques et administratifs, mais aussi les juristes soucieux de la qualité matérielle et formelle du droit et tous ceux à qui il importe de promouvoir et préserver le pouvoir des citoyens de comprendre, de juger et d'orienter l'action étatique.

## ***Le constat***

Au départ de l'étude se présentait un constat: la diversification des formes de l'action étatique. Ce constat comporte un aspect quantitatif et un aspect qualitatif. En effet, on observe d'une part la multiplication des solutions de rechange à l'emploi des instruments classiques de régulation autoritaire, et d'autre part le brouillage des catégories juridiques sur lesquelles s'est construite l'action étatique.

Le recensement – non exhaustif – des nouvelles formes d'action étatique auquel ont donné lieu les chapitres 2 et 3 a montré la consistance, l'ampleur et la portée de ce constat initial. Le renouvellement de la technique réglementaire, aussi bien que l'émergence et la diffusion de procédés non réglementaires, révèlent à quel point la gamme des moyens d'action étatique s'est élargie. L'examen de cette double évolution – dans le moule réglementaire et en dehors de lui – a plus d'une fois mis en lumière les phénomènes de porosité du droit étatique et d'infléchissement de ses formes, esquissés au chapitre 1. En particulier, on aura noté certains traits de cet infléchissement: d'un côté, le caractère autoritaire et autosuffisant de la loi et du règlement s'atténue, ne laissant subsister qu'une assise pour l'encadrement négocié des conduites; de l'autre, le développement de rapports de type consensuel entre les acteurs privés et l'État laisse néanmoins subsister en faveur de celui-ci une autorité et un contrôle prépondérants.

## ***La problématique***

Cette diversification des instruments de l'action étatique fait apparaître une double problématique. La première concerne l'insertion des nouvelles formes d'action étatique dans le système juridique, compte tenu des conceptions, des principes et des catégories qui y ont cours. Cette problématique d'insertion surgit d'abord de l'enchevêtrement et de la dénaturation qui affectent les formes classiques de l'action

étatique – loi, règlement, contrat, autorisation administrative, sanction pénale – et en font naître des types hybrides ou déviants. Elle naît aussi de la diffusion de pratiques – tolérances, directives, normes de substitution, normes techniques de référence, énoncés de politique – dotées en fait, et parfois en droit, d'un effet normatif justifiant leur inclusion, complète ou partielle, dans le système juridique. Un bon nombre des difficultés relevant de cette problématique d'insertion ont été évoquées aux chapitres 2 et 3.

C'est toutefois à la seconde problématique que s'est principalement attachée cette étude : la problématique du choix, sur la gamme ainsi élargie des formes d'action étatique, de la forme la mieux justifiable pour assurer la mise en œuvre d'une action donnée et la réalisation de ses objectifs. Cette problématique s'impose à l'attention pour au moins deux raisons. La première est la pratique des gouvernants, pour qui la loi n'est aujourd'hui qu'un instrument parmi d'autres, juridiques ou non, à l'aide desquels on peut envisager de traiter une question, d'atteindre un objectif, d'accomplir les tâches que suppose ce traitement ou la poursuite de cet objectif. La seconde raison est le développement des exigences de légitimation : on se soucie aujourd'hui de légitimer l'emploi de tel ou tel instrument d'action étatique par rapport au résultat visé, et non plus seulement de s'assurer de la convenance technique de l'instrument par rapport à la matière devant faire l'objet de règles.

#### ***Une nouvelle position de la question du choix***

Pour formuler adéquatement la problématique du choix, il ne paraissait plus possible de s'en remettre aux travaux réalisés vers 1980 sur la répartition des règles entre lois et règlements. Des travaux plus récents montrent en effet la plus grande fécondité d'approches intégrant le couple loi-règlement dans une gamme plus étendue de formes d'action étatique. Ces travaux visent précisément à permettre la justification du choix effectué, dans un cas donné, parmi cet ensemble de formes d'action. Ils proposent également de fonder cette justification sur des considérations rationnelles, au moyen de critères faisant référence à des valeurs.

Cette étude a emprunté la même voie. Compte tenu des conditions nouvelles de l'action étatique, elle propose d'examiner la question du choix en considérant à la fois la nature de l'action envisagée et les raisons susceptibles de légitimer l'emploi de tel ou tel instrument pour cette action. Ainsi, le décideur politique et administratif qui se demande quelle forme d'action étatique pourrait recevoir le contenu normatif d'une intervention régulatrice publique est amené à se poser la question suivante : « Quelle forme juridique est-on le mieux justifié de donner à ce contenu normatif, compte tenu de la nature de la tâche qu'il s'agit d'accomplir et des valeurs, principes, contraintes et contingences qu'elle fait intervenir ? »

À cette fin, le décideur doit disposer d'un nombre limité de critères de justification rationnelle, faisant appel aux valeurs premières d'un ordre juridique démocratique, d'après lesquels pourront être évaluées et comparées les différentes formes d'action envisageables. Il doit pouvoir, au terme de cette évaluation comparative, démontrer quelle(s) forme(s) d'action étatique se justifie(nt) le mieux, compte tenu de la tâche à accomplir, en regard de l'ensemble des critères pertinents. Il s'agit en somme pour lui de rendre raison du choix, de le légitimer, par une justification située (tributaire du concret) et argumentée (pondérant des considérations plus ou moins divergentes).

### **Les critères de justification du choix**

Le chapitre 1 de cette étude propose cinq critères de justification : les critères de maîtrise politique, de qualité de l'espace public, d'équité, de compétence technique et d'économie de moyens. Ces critères correspondent à des valeurs susceptibles de recueillir une large adhésion et d'après lesquelles on juge de la qualité des règles encadrant l'action étatique dans une société démocratique : la liberté collective, l'engagement civique, la justice processuelle, le savoir et l'emploi optimal des ressources. Le chapitre 1 énonce la teneur essentielle de ces critères; en en faisant une application répétée, les chapitres 2 et 3 permettent d'en préciser les contours.

La dernière partie du chapitre 1 illustre déjà l'application de ces critères, à propos du choix, sur une gamme restreinte de formes (ne comportant que la loi, le règlement et la directive), de celle qu'on serait le mieux justifié de donner à un certain nombre de règles actuellement inscrites au *Code de la sécurité routière* et à ses règlements d'application. Les chapitres 2 et 3, en revanche, montrent les possibilités d'application de ces cinq critères à l'évaluation comparative d'une large gamme de formes nouvelles d'action étatique; celles-ci y sont cependant évaluées et comparées en tant que telles, sans référence à un contenu normatif particulier. Le tableau ci-joint reprend le bilan présenté à la fin de ces deux chapitres.

L'ensemble des analyses et évaluations exposées aux chapitres 2 et 3 fait ressortir que le critère de compétence technique et, dans une mesure à peine moindre, celui d'économie de moyens valorisent l'emploi de toutes ces nouvelles formes d'action étatique. La contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle, de même que la directive, bénéficient d'un préjugé particulièrement favorable du point de vue de ces deux critères. La plupart des « nouvelles » modalités de la technique réglementaire (autoréglementation contrôlée, réglementation par objectifs, réglementation par renvoi, sanctions non pénales) sont également valorisées dans cette double perspective de compétence technique et d'économie de moyens. Là où les considérations rattachables à ces deux critères sont jugées prépondérantes, ce sont ces formes d'action étatique que l'on serait le mieux justifié de préférer à la loi ou à la réglementation de type classique.

Parallèlement, les chapitres 2 et 3 font apparaître qu'en général, le critère de maîtrise politique et, dans une mesure légèrement moindre, ceux de qualité de l'espace public et d'équité conduisent à écarter ces formes nouvelles d'action étatique. L'autoréglementation intégrale, la réglementation par renvoi, les dérogations et tolérances, l'élargissement des marges de décision discrétionnaire individualisée et l'autoréglementation contrôlée suscitent des réticences convergentes du point de vue de ces trois critères. Par conséquent, si l'on juge que pour une action étatique donnée, ces trois critères doivent peser d'un poids particulier dans le choix des moyens, l'ensemble de ces formes nouvelles devraient être exclues. Même dans un cas où la prépondérance ne serait reconnue qu'à deux de ces trois critères, elle tendrait encore à disqualifier la plupart de ces nouveaux procédés, et à favoriser par conséquent le recours aux formes législative et réglementaire classiques.

L'essai d'application des critères, exposé en fin de chapitre 1, et les analyses et évaluations proposées aux chapitres 2 et 3 ne sauraient évidemment livrer par eux-mêmes la solution au problème du choix tel qu'il se présente à propos d'une tâche

donnée. Tout dépendra, en effet, de la nature de cette tâche et du poids relatif que celle-ci impose de reconnaître aux différents critères. Le choix effectué en définitive résultera de la conjonction entre ces données contingentes et les indications de portée générale fournies par la présente étude. L'application concrète des critères de justification suppose donc une méthode permettant d'opérer cette conjonction. Cette méthode présenterait vraisemblablement les caractéristiques suivantes.

Formes d'action étatique	CRITÈRES				
	Maîtrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
<i>FORMES RÉGLEMENTAIRES</i>					
Réglementation négociée (formalisée)	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable	Favorable	Assez défavorable
Réglementation négociée (informelle)	Favorable	Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable
Autoréglementation contrôlée	Assez défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable
Réglementation par objectifs	Défavorable	Assez favorable	Assez favorable	Favorable	Très favorable
Réglementation par renvoi	Très défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable
Contractualisation du contrôle et autocontrôle	Défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable
Dérogrations et tolérances	Assez défavorable	Très défavorable	Assez défavorable	Assez favorable	Favorable
Sanctions non pénales	Favorable	Défavorable	Assez défavorable	Favorable	Très favorable
<i>FORMES NON RÉGLEMENTAIRES</i>					
Autoréglementation Intégrale	Très défavorable	Défavorable	Défavorable	Favorable	Assez favorable
Substitution de normes	Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable	Assez favorable
Contractualisation des normes	Assez défavorable	Assez favorable	Défavorable	Assez favorable	Favorable
Énoncé de politique	Défavorable	Favorable	Assez défavorable	Favorable	Défavorable
Directive	Très défavorable	Défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable
Décision discrétionnaire individualisée	Défavorable	Assez défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable

## ***Vers une méthode d'application des critères***

L'application des cinq critères de justification au choix d'une forme d'action étatique – ou d'une combinaison de formes – pour l'accomplissement d'une tâche de régulation publique paraît devoir comporter quatre étapes, résumées sur le schéma ci-joint.

### **LES ÉTAPES DE L'APPLICATION DES CRITÈRES**

#### **1 Détermination de la tâche**

- Fractionner l'ensemble de l'intervention en tâches isolables
- Préciser les objectifs de l'intervention et l'identité des destinataires des règles

#### **2 Pondération des critères par rapport à la tâche**

- Évaluer la pertinence et le poids de chacun des critères par rapport à la tâche
- Apprécier le poids relatif des critères jugés pertinents par rapport à la tâche

#### **3 Détermination des préférences suggérées par les critères, parmi les formes d'action étatique**

- Dresser la liste des préférences suggérées par chaque critère isolément
- Déterminer, par synthèse des listes, une gamme restreinte de formes d'action étatique envisageables pour la tâche

#### **4 Choix d'une forme d'action étatique**

- Déterminer, en fonction du poids relatif des critères par rapport à la tâche, un ordre de priorité sur la gamme restreinte de formes d'action étatique
- Justifier le choix d'une forme d'action étatique, pour les fins de l'évaluation prévisionnelle de l'intervention

La première étape est centrée sur la **détermination de la tâche** qu'il s'agit d'accomplir. L'essai d'application exposé en fin de chapitre 1 a laissé entrevoir la nature de cette étape. Elle consiste, d'une part, à analyser l'intervention régulatrice publique qui est envisagée, de manière à la fractionner en tâches isolables : par exemple, obliger les commerçants et recycleurs de véhicules routiers à fournir un cautionnement dans le cadre d'un régime d'autorisation administrative, ou obliger les distributeurs de boissons gazeuses à assurer la récupération des contenants recyclables dont ils font usage. D'autre part, il est nécessaire de déterminer à ce stade les fins de l'intervention régulatrice publique et de chacune des tâches spécifiques qu'elle comporte, ainsi que l'identité des destinataires des règles qu'il s'agit de mettre en forme. Par exemple, dans le premier cas évoqué, les fins de l'intervention sont d'assurer l'exécution des obligations principales mises à la charge des commerçants et recycleurs; les destinataires des règles envisagées sont les membres d'un milieu professionnel.

Dans le second cas, l'intervention a pour but de limiter la croissance de l'utilisation de biens dommageables pour l'environnement; les destinataires des règles sont l'ensemble des acteurs de la filière de production et de distribution des boissons gazeuses.

La seconde étape a pour objet la **pondération des critères** de justification par rapport à la tâche envisagée, en tenant compte des fins de l'intervention publique et de l'identité des destinataires des règles prévues. Il s'agit d'abord à ce stade d'apprécier la pertinence et le poids de chacun des critères, considéré isolément. Il faut donc se demander, par exemple, si les considérations tirées du critère d'équité sont pertinentes, par rapport à l'imposition aux commerçants et recycleurs de véhicules routiers de fournir un cautionnement; et dans l'affirmative, quel poids il convient d'accorder à ces considérations. Ou encore, à propos de l'obligation des distributeurs de boissons gazeuses d'assurer la récupération des contenants recyclables, il y a lieu par exemple d'examiner dans quelle mesure on doit tenir compte de considérations tirées du critère de qualité de l'espace public.

Dans un deuxième temps, il s'agit d'apprécier le poids relatif des critères jugés pertinents, déterminant leur part d'influence sur le choix d'une forme d'action étatique pour la tâche considérée. Ainsi on se demandera, à propos du cautionnement obligatoire des commerçants et recycleurs de véhicules routiers, si les considérations tirées du critère d'équité doivent peser davantage que, par exemple, celles tirées des critères d'économie de moyens ou de maîtrise politique. La validité de cette pondération, cruciale pour la suite du processus, dépendra largement de la rigueur et de la précision avec lesquelles auront été cernés, à l'étape précédente, la nature de la tâche, les fins de l'intervention et les destinataires des règles.

La troisième étape a pour objet de **déterminer les préférences** indiquées par les critères parmi l'ensemble des formes d'action étatique. Les analyses présentées aux chapitres 2 et 3 sont, à ce stade, directement exploitables; elles devraient cependant être complétées par des analyses du même type portant sur les autres formes d'action étatique – y compris, bien sûr, les formes législative et réglementaire classiques. Il s'agit d'abord, à cette troisième étape, de dresser la liste des formes d'action étatique généralement indiquées comme étant les mieux justifiables selon chacun des critères, considéré isolément. Par exemple, dans le cas du critère de qualité de l'espace public, les analyses et évaluations développées aux chapitres 2 et 3 indiquent comme étant généralement les mieux justifiables, parmi les nouvelles formes d'action étatique, un processus formel de réglementation négociée, l'énoncé de politique, la réglementation par objectifs et la contractualisation des normes.

Dans un second temps, la mise en parallèle de ces listes de préférences permet d'en dégager une synthèse, sous la forme d'une gamme relativement restreinte de formes d'action étatique, parmi lesquelles, à l'étape suivante, s'exercera un choix. Cette gamme restreinte se compose des formes d'action étatique retenues sur les listes de préférence d'une majorité, sinon de la totalité des critères jugés pertinents. Ainsi, pour une tâche par rapport à laquelle seraient seuls jugés pertinents, par hypothèse, les critères d'économie de moyens et de maîtrise politique, ne seraient retenues, parmi les nouvelles formes d'action étatique analysées aux chapitres 2 et 3, que deux possibilités: un processus informel de réglementation négociée et un dispositif de sanctions non pénales. Puisque dans la plupart des situations tous les

critères présenteront à tout le moins une certaine pertinence, et que les indications fournies par une majorité d'entre eux suffisent pour qu'une forme d'action figure dans la gamme restreinte retenue pour le choix final, cette étape ne devrait pas entraîner une limitation excessive des possibilités de choix. On peut d'ailleurs pallier à cette éventualité en ajoutant aux listes de préférences indiquées par chacun des critères les formes d'action ne faisant l'objet que d'une contre-indication modérée; en ce qui concerne le critère d'équité, en particulier, cet assouplissement permettrait de retenir éventuellement jusqu'à six des formes analysées aux chapitres 2 et 3, en plus des quatre faisant l'objet d'une évaluation positive.

La quatrième étape est celle du **choix d'une forme** sur cette gamme restreinte de possibilités. Pour y parvenir, il est nécessaire d'introduire parmi ces possibilités une hiérarchie des préférences. Ici intervient le poids relatif attribué aux critères de justification à la deuxième étape. La prépondérance reconnue alors à certains critères par rapport aux autres se répercute maintenant sur le niveau de préférence attribué aux formes d'action étatique valorisées par ces critères prépondérants.

Que l'on considère, par exemple, le cas d'une tâche par rapport à laquelle on aurait jugé, à la deuxième étape, que le critère de maîtrise politique a un poids marginal, et celui de compétence technique un poids légèrement supérieur à celui des autres. Parmi les formes examinées aux chapitres 2 et 3, cinq auraient vraisemblablement été retenues à la troisième étape : la réglementation par objectifs, la contractualisation des normes, la directive, la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle, et enfin la substitution de normes. À l'étape du choix, priorité serait accordée à la réglementation par objectifs, puisqu'elle fait l'objet d'une évaluation au moins assez positive du point de vue des quatre critères jugés les plus pertinents, et notamment d'une évaluation nettement favorable sous l'angle du critère de compétence technique. L'évaluation défavorable de la réglementation par objectifs, du point de vue de la maîtrise politique, ne présenterait pas en l'occurrence un poids suffisant pour faire obstacle à cette priorité. La contractualisation des normes et la directive seraient rangées en second dans cette hiérarchie des préférences, puisque seuls trois des quatre critères les plus pertinents (y compris dans les deux cas celui de compétence technique) valorisent ces formes d'action. Leur choix doit donc se justifier en dépit d'une évaluation négative non seulement du point de vue de la maîtrise politique (particulièrement dans le cas de la directive), mais surtout de ceux de l'équité et de la qualité de l'espace public, respectivement. On serait donc amené, pour que le choix de l'une ou l'autre de ces deux formes trouve un niveau de justification suffisant, à les assortir d'aménagements susceptibles d'affaiblir ces évaluations négatives. Quant aux deux dernières formes d'action figurant sur la gamme restreinte – la contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle, ainsi que la substitution de normes –, elles seraient vraisemblablement à écarter en raison du poids non négligeable accordé en l'occurrence au critère de qualité de l'espace public, qui conduit à une évaluation très défavorable de ces deux formes d'action.

Telles seraient, semble-t-il, les grandes étapes d'un processus conduisant au choix d'une forme d'action pour réaliser une intervention régulatrice publique, et à la justification de ce choix. Pour que puisse être appréciée la valeur justificative de ses résultats, ce processus doit faire l'objet d'un compte rendu. Ce compte rendu

doit être accessible non seulement aux décideurs à qui incombe le choix effectif, mais aux parlementaires et au public. Ce sera le cas si ce compte rendu figure dans l'évaluation prévisionnelle des décisions proposées au Conseil exécutif. Cette évaluation prend, dans le cas des décisions comportant les effets économiques les plus significatifs, la forme d'une étude d'impact, normalement accessible au public. Une étude d'impact doit notamment, aux termes du *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif*, aborder la question du mode optimal de l'intervention régulatrice publique qui est envisagée. On peut simplement souhaiter que la méthode esquissée ici contribue à ce que cette question soit traitée de manière systématique et rigoureuse.



# Bibliographie

## Travaux cités

- ALARIE, Jean et Guy BOISVERT, (1980) « Les critères de répartition des normes entre la loi et le règlement », (1980) 21 *C. de D.* 567-578.
- AMSELEK, Paul (1992), « La teneur indéçise du droit », (1992) 26 *RJT* 1-19.
- ANTHONY, Robert A. (1992), « Interpretative Rules, Policy Statements, Guidances, Manuals, and the Like - Should Federal Agencies Use Them to Bind the Public ? » (1992) 41 *Duke L. J.* 1311-1384.
- ARNAUD, André-Jean (1973), *Essai d'analyse structurale du Code civil français : la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, L.G.D.J., 1973.
- ARNAUD, André-Jean (1997), « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation », (1997) 35 *Dr. et Soc.* 17-35.
- ATKINSON, William (1978), « La discrétion administrative et la mise en œuvre d'une politique », (1978) 19 *C. de D.* 187-232.
- AYRES, Ian et John BRAITHWAITE (1992), *Responsive Regulation - Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, O.U.P. 1992.
- BALDWIN, Robert (1995), *Rules and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- BARBE, Raoul P. (1983), *La réglementation*, Montréal, Wilson et Lalleur, 1983.
- BARI, Jean-Paul (1993), « Nouveaux instruments de mise en œuvre des politiques et espace public », (1993) 33 *Ann. suisse sc. pol.* 295-320.
- BASTMEIJER, Kees (1997), « L'utilisation de l'accord administratif ou « covenant » comme instrument de politique de l'environnement aux Pays-Bas », pp. 31-42 in : O.C.D.E., *Réglementation : stratégies de coopération*, Paris, 1997.
- BÉGIN, Luc (1998), « Le droit comme substitut à la morale ? », pp. 357-368 in : collectif, *Actes de la XIII<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.
- BELLANGER, François (1991), « Les règles de déontologie comme moyen d'action de l'État à la lumière de la Convention de diligence des banques », pp. 177-214 in : MORAND, Charles-Albert (dir.), *Les instruments d'action de l'État*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- BERGEL, Jean-Louis (1997), « Vices et vertus de la législation par référence », (1997) 22 *RRJ* 1209-1215.
- BILODEAU, Jean-Luc (1996), « La régulation du marché des valeurs mobilières au moyen de normes de portée générale : les leçons de l'affaire Ainsley », (1996) 37 *C. de D.* 409-474.
- BILODEAU, Jean-Luc (1999), « La participation des administrés à l'élaboration des normes de portée générale dans le cadre de la régulation du marché des valeurs mobilières », (1999) 33 *RJT* 449-500.
- BLACHE, Pierre (1981) « Les rapports entre la loi et les actes réglementaires », pp. 55-109 in : Barreau du Québec, Formation permanente, *La réglementation qui découle des lois*, 1981.
- BLACK, Julia M. (1995), « 'Which Arrow?' Rule Type and Regulatory Policy », (1995) *Pub. L.* 94-117.
- BLACK, Julia M. (1997), *Rules and Regulators*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- BLACK, Julia M. (1998), « Talking about Regulation », (1998) *Pub. L.* 77-105.
- BROCHU, Pierre (1990), « Le régime juridique du contrat d'aménagement et d'approvisionnement forestier », (1990) 31 *C. de D.* 731-768.
- CANADA, Comité mixte permanent d'examen de la réglementation (1993), *Rapport n° 54 : Exemptions illégales*, Ottawa, juin 1993.
- CANADA, Comité mixte permanent d'examen de la réglementation (1995), *Report on Bill C-62*, Ottawa, février 1995.
- CANADA, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (1988), *Politique en matière de tribunes téléphoniques*, pp. 611-614 in : GRANT, Peter S., Anthony KEENLEYSIDE, Michel RACICOT et Paul HURTUBISE, *Manuel de réglementation sur la radiodiffusion et la télédistribution au Canada (1994-1995)*, Montréal, McCarthy Tétrault, 1994.

- CANADA, Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (1992), *Politiques relatives à la radio communautaire et à la radio de campus*, pp. 778-795 in : GRANT, Peter S., Anthony KEENLEYSIDE, Michel RACICOT et Paul HURTUBISE, *Manuel de réglementation sur la radiodiffusion et la télédistribution au Canada (1994-1995)*, Montréal, McCarthy Tétrault, 1994.
- CANADA, Conseil du Trésor (1995), *Politique de réglementation*, Ottawa, 1995.
- CANADA, Conseil du Trésor (s.d.), *Manuel du Conseil du Trésor*, vol. 2.2 : *Marchés*, Ottawa.
- CANADA, Ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources (1980), *Le Programme énergétique national*, Ottawa, 1980.
- CANADA, Santé Canada (1993), *Orientation stratégique du changement – Examen du règlement d'application de la Loi sur les aliments et drogues*, vol. 1, Ottawa, août 1993.
- CARNEY, Terry (1998), « Merits review of contractual social security payments », (1998) 5 JSSL 18-43.
- CARTIER, Geneviève (1992), « La théorie des attentes légitimes en droit administratif », (1992) 23 RDUS 75-116.
- CHÉNARD, Daniel (1995), « Les techniques de renvoi et la rédaction des règlements municipaux », (1995) *Dév. réc. dr. mun.* 177-229.
- CHENOK, Daniel J. (1997), « La flexibilité grâce à des partenariats public-privé : prévention et harmonisation dans l'alternative HACCP de réglementation des produits de la mer », pp. 43-55 in : O.C.D.E., *Réglementation : stratégies de coopération*, Paris, 1997.
- CHIARADIA-BOUSQUET, Jean-Pierre (1994), *Régime juridique du contrôle et de la certification de la qualité des denrées alimentaires : puissance publique et producteurs*, Rome, F.A.O., 1994.
- CLIQUENNOIS, Martine (1992), « Que reste-t-il des directives ? », (1992) AJDA 3-14.
- COMPAGNON, Lance (1996), « Les Codes de conduite dans les sociétés multinationales américaines », (1996) *Bull. dr. comp. trav. sécur. soc.* 180-193.
- COMTOIS, Suzanne (1994), « Les directives: un compromis entre le droit traditionnel et le règne de la discrétion », pp. 804-821 in : Collectif, *Droit contemporain - Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Athènes, 1994, Cowansville, Yvon Blais, 1994.
- CONSEIL DE PRESSE du QUÉBEC (1998), *Réflexion sur l'information au Québec – Rapport annuel 1997/1998*, Montréal, 1998.
- CONSEIL des NORMES de la PUBLICITÉ (1991), *Le Code canadien des normes de la publicité*, Montréal, 1991.
- CÔTÉ, Pierre-André (1990) (1999), *Interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2<sup>e</sup> éd., 1990 et 3<sup>e</sup> éd., 1999.
- CRÉTE, Raymonde (1998), « L'implantation des codes d'éthique dans le milieu des affaires québécois et canadien - Quelques réflexions sur les pratiques actuelles », (1998) *Dév. réc. dr. comm.* 135-150.
- DAINTITH, Terence (1979), « Regulation by Contract : The New Prerogative », (1979) 32 *Canv. Leg. Probl.* 41-64.
- DE MUNCK, Jean et Jacques LENOBLE (1996), « Droit négocié et procéduralisation », pp. 171-196 in : GÉRARD, Philippe, François OST et Michel Van de KERCHOVE (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.
- DELPÉRÉE, Francis (1994), « L'administration, le marché et le développement : réglementation ou déréglementation », pp. 29-38 in : INSTITUT INTERNATIONAL DES SCIENCES ADMINISTRATIVES, *L'État, le marché et le développement : réglementation ou déréglementation*, Bruxelles, 1994.
- DESJARDINS, Jacques et Josée LEGAULT (1991), « L'incorporation par renvoi dans l'exercice du pouvoir réglementaire à l'échelon fédéral », (1991) 70 *Rev. bar. can.* 244-259.
- DESROSIERS, Nathalie et Bruce FELDTHUSEN (1992), « Discretion in Social Assistance Legislation », (1992) 8 *Rev. lois et pol. soc.* 204-228.
- DILLER, Janelle (1999), « Responsabilité sociale et mondialisation : qu'attendre des codes de conduite, des labels sociaux et des politiques d'investissement ? », (1999) 138 *Rev. int. trav.* 107-140.
- DION, Michel (1995), « L'autoréglementation organisationnelle et professionnelle du comportement éthique en affaires », pp. 1015-1035 in : Barreau du Québec, *Congrès annuel 1995*, Montréal, 1995.

- DUSSAULT, René et Louis BORGEAT (1984), *Traité de droit administratif*, Québec, Presses de l'Université Laval, Tome I, 1984.
- F.A.O./O.M.S. (1993), *Commission du Codex alimentarius - Manuel de procédure*, Rome, F.A.O., 8<sup>e</sup> éd., 1993.
- FILION, Michel (1978), « Le pouvoir discrétionnaire de l'Administration exercé sous forme de normes administratives : les directives », (1978) 20 *C. de D.* 855-899.
- FITZGERALD, Oonagh E. (1997), « Current Directions in Federal Regulatory Reform: A Practitioner's Perspective », (1997) 10 *CJALP* 215-239.
- FRAIBERG, Jeremy D. et Michael J. TREBILCOCK (1998), « Risk Regulation: Technocratic and Democratic Tools for Regulatory Reform », (1998) 43 *Rev. dr. McGill* 835-887.
- GANZ, Gabrielle (1987), *Quasi-Legislation: Recent Developments in Secondary Legislation*, Londres, Sweet & Maxwell, 1987.
- GARANT, Patrice (1997), *Droit administratif*, 4<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1997.
- GARANT, Patrice et Pierre ISSALYS (1981), *Loi et règlement*, Québec, Laboratoire de recherche sur la justice administrative, 1981.
- GARCIA de ENTERRIA, Eduardo (1986), « Principes et modalités de la participation à la vie administrative », pp. 251-274 in : DELPÉRÉE, Francis (dir.), *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative*, Bruxelles, Bruylant, 1986.
- GILBERT, Marie-Claude (1998), *Compte rendu de l'atelier de travail régional sur les activités d'observation en mer des mammifères marins*, Tadoussac, Parc marin du Saguenay-Saint-Laurent, 1998.
- GRAHAM, Cosmo (1994) « Self-Regulation », pp. 189-209 in : GENN, Hazel et Geneva RICHARDSON (dir.), *Administrative Law and Government Action*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- GRANDBOIS, Maryse (1999a), « Entre la déréglementation et la surréglementation : le droit québécois de l'environnement », (1999) 78 *Rev. Bar. can.* 111-125.
- GRANDBOIS, Maryse (1999b), « Le droit de l'environnement et le commerce international : quelques enjeux déterminants », (1999) 40 *C. de D.* 545-590.
- HALLEY, Paule (1997a), « Le droit, l'environnement et la déréglementation au Québec », (1997) *Dép. rec. dr. envir.* 343-380.
- HALLEY, Paule (1998), « Les ententes portant immunité de poursuite et substitution de norme en droit de l'environnement québécois », (1998) 39 *C. de D.* 3-50.
- HANNOUN, Charley (1989), « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », (1989) 42 *Rev. trim. dr. comm.* 417-455.
- HARDEN, Ian (1992), *The Contracting State*, Buckingham, Open University Press, 1992.
- HARTER, Philip J. (1982), « Negotiating Regulations: A Cure for Malaise », (1982) 71 *Georgetown L. J.* 1-113.
- HAWKINS, Keith (1997), « Law and Discretion: Exploring Collective Aspects of Administrative Decision-Making », (1997) 8 *Educ. L. J.* 139-160.
- HECQUARD-THÉRON, Maryvonne (1977), *Essai sur la notion de réglementation*, Paris, L.G.D.J., 1977.
- HÉMERY, Véronique (1998), « Le partenariat, une notion juridique en formation ? », (1998) 14 *Rev. fr. dr. adm.* 347-357.
- HENRY, Jean-Pierre (1991), « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », (1991) *RDP* 631-656.
- HOULE, France (1999), *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, thèse L.L.D., Univ. de Montréal, 1999.
- IGALENS, Jacques et Hervé PENAN (1994), *La normalisation*, Paris, P.U.F., 1994.
- ISSALYS, Pierre (1983), « La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation », (1983) 24 *C. de D.* 832-900.
- ISSALYS, Pierre et Denis LEMIEUX (1997), *L'action gouvernementale*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.

- JACKMAN, Martha (1991), « Rights and Participation : the Use of the Charter to Supervise the Regulatory Process », (1991) 4 *CJALP* 23-56.
- JANISCH, Hudson N. (1992), « The Choice of Decisionmaking Method : Adjudication, Policies and Rulemaking », (1992) *LSUC Special Lectures* 259-308.
- JANISCH, Hudson N. (1995), « Further Developments with Respect to Rulemaking by Administrative Agencies », (1995/1996) 9 *CJALP* 1-18.
- KAUFFMAN, David M. (1990), « The Quebec Bid Depository System », (1990) 40 *CLR* 296.
- KERCHOVE, Michel van de (1991), « La dimension symbolique du droit pénal et les limites de son instrumentalisation », pp. 107-116 in : MORAND, Charles-Albert (dir.), *L'État propulsif - Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991.
- KEYES, John Mark (1992), *Executive Legislation : Delegated Law Making by the Executive Branch*, Toronto, Butterworths, 1992.
- KOTT, Olivier F. et Claudia DÉRY (1998), « Les appels d'offres », pp. 171-272 in : KOTT, Olivier F. et Claudine ROY (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998.
- L'HEUREUX, Nicole et Édith FORTIN (1999), *Droit bancaire*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, 1999.
- LABRECQUE, Pierre (1997), *Le domaine public foncier au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1997.
- LAFORE, Robert (1996), « Réflexions sur la construction juridique de la contrepartie », (1996) 50 *Rev. fr. aff. soc.* (n° 3) 11-26.
- LAJOIE, Andrée (1984), *Contrats administratifs : jalons pour une théorie*, Montréal, Thémis, 1984.
- LAJOIE, Andrée (1996), « La normativité professionnelle dans le droit : trajets et spécificité formelle », pp. 159-194 in : BELLEY, Jean-Guy (dir.), *Le droit soluble - Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, LGDJ, 1996.
- LARUE, Richard (1989), « Code Napoléon et codification des lois civiles au Bas-Canada : Notes sur le problème de l'égalité », pp. 147-161 in : BOULLE, Pierre H. et Richard LEBRUN, *Le Canada et la Révolution française*, Montréal, Centre interuniversitaire d'Études européennes, 1989.
- LASCOURMES, Pierre (1993), « Négocier le droit - Formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », (1993) 11 *Politiques et management public* (n° 4) 47-83.
- LEMIEUX, Denis (1991), « Le cadre juridique de la directive en droit québécois », pp. 175-192 in : HAND, Geoffrey et Jeremy McBRIDE (dir.), *Droit sans frontières - Essays in Honour of L. Neville Brown*, Birmingham, Holdsworth Club, 1991.
- LIBOIS, Boris (1997), « Quelle régulation démocratique des médias ? », pp. 81-102 in : HAARSCHER, Guy et Boris LIBOIS (dir.), *Mutations de la démocratie représentative*, Bruxelles, Éd. de l'U. de Bruxelles, 1997.
- LIJPHART, Arend (1977), *Democracy in Plural Societies*, New Haven, Yale University Press, 1977.
- MACDONALD, Roderick A. (1985), « L'intervention réglementaire par la réglementation », pp. 89-174 in : BERNIER, Ivan et Andrée LAJOIE (dir.), *Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs*, Ottawa, Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement, coll. des études, vol. 48, 1985.
- MANNIX, Brian (1994), « Améliorer le rapport coût-efficacité de la gestion gouvernementale : formules proposées pour remplacer les réglementations visant « imposer et contrôler » », Paris, OCDE, Serv. de la gestion publique, 1994.
- MARTIN, James K. (1996), « Programmes de réglementation axés sur les résultats : moyen de moderniser les systèmes de réglementation », (1995/1996) 26 *Optimum* (n° 3) 3-11.
- MASHAW, Jerry L. (1980), « How Much of What Quality ? A Comment on Conscientious Procedural Design », (1980) 65 *Cornell L. Rev.* 823-835.
- MICHAEL, Douglas C. (1995), « Federal Agency Use of Audited Self-Regulation as a Regulatory Technique », (1995) 47 *Admin. L. Rev.* 171-253.
- MICHAEL, Douglas C. (1996), « Cooperative Implementation of Federal Regulations », (1996) 13 *Yale J. on Reg.* 535-601.

- MOCKLE, Daniel (1984), *Recherche sur les pratiques administratives para-réglementaires*, Paris, L.G.D.J., 1984.
- MOCKLE, Daniel (1992), « Ordre normatif interne et organisations », (1992) 33 *C. de D.* 965-1056.
- MOFFET, Claire (1990), *L'entrepreneur général, les sous-traitants et le Bureau des soumissions déposées du Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1990.
- MOLFESSIS, Nicolas (1997), « Le renvoi d'un texte à un autre », (1997) 22 *Rev. rech. jur.* 1193-1207.
- MOORE, Elizabeth et Grace SKOGSTAD (1998), « Food for Thought : Food Inspection and Renewed Federalism », pp. 127-152 in : PAL, Leslie A. (dir.), *How Ottawa spends 1998-1999*, Toronto, Oxford University Press, 1998.
- MORAND, Charles-Albert (1991a), « La contractualisation corporatiste de la formation et de la mise en œuvre du droit », pp. 181-200 in : MORAND, Charles-Albert (dir.) *L'État propulsif - Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991.
- MORAND, Charles-Albert (1996a), « La fin des règles fixes », (1996a) 34 *Rev. eur. sc. soc.* 195-205.
- MORAND, Charles-Albert (1996b), « Vers un droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes », pp. 261-281 in : OST, François et Serge GUTWIRTH (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.
- MORAND, Charles-Albert (1999), *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- NOËL, Alain (1996), « La contrepartie dans l'aide sociale au Québec », (1996) 50 *Rev. fr. aff. soc.* (n° 4) 99-124.
- NOREAU, Pierre (1998), « Pluralisme juridique et institutionnalisation des pratiques sociales : le cas de la médiation familiale », pp. 41-66 in : MELKEVIK, Bjarne (dir.), *Transformation de la culture juridique québécoise*, Québec, P.U.L., 1998.
- O.C.D.E., (1997a), « Responsible Care : une initiative de l'Association canadienne des fabricants de produits chimiques - Étude de cas du Canada », pp. 13-22 in : O.C.D.E., *Réglementation : stratégies de coopération*, Paris, 1997.
- O.C.D.E. (1997b), *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, Paris, 1997.
- OGUS, Anthony I. (1994), *Regulation : Legal Form and Economic Theory*, Oxford, OUP, 1994.
- OGUS, Anthony I. (1995), « Rethinking Self-Regulation », (1995) 15 *Oxf. J. Leg. Stud.* 97-108.
- OLSEN, Sue (1997), « La Delegated Administrative Organization de l'Alberta », (1997) 20 *Rev. parl. can.* (n° 3) 5-7.
- OSMAN, Filali (1992), *Les principes généraux de la Lex mercatoria*, Paris, LGDJ, 1992.
- OUELLET, Jean-Guy (1998), « Les dispositions pénales de la Loi sur l'assurance-emploi », pp. 97-115 in : ROBERT, Pierre (dir.), *La gestion sociale par le droit pénal*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.
- PAGE, Alan C. (1986), « Self-Regulation : The Constitutional Dimension », (1986) 49 *MLR* 141-167.
- PAQUET, Jean-Claude (1998), « Nature et impact des règles propres aux décisions relevant de l'exercice d'une fonction administrative », pp. 3-47 in : Collectif, *Actes de la XIII<sup>e</sup> Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.
- PAQUET, Martin (1995) (dir.), *Politiques et directives de l'environnement au Québec*, Farnham (Qc), Publications CCH/FM, 1995.
- PAYS-BAS, Ministère du Logement, de l'Aménagement du territoire et de l'Environnement (1994), *Working with Industry*, Amsterdam, 1994.
- PENNEAU, Anne (1989), *Règles de l'art et normes techniques*, Paris, L.G.D.J., 1989.
- PÉPIN, Gilles (1996), « La nullité des lois et des règlements pour cause d'imprécision : une norme unique ou deux normes distinctes de contrôle », (1996) 56 *R. du B.* 643-677.
- PÉPIN, Gilles et Yves OUELLETTE (1982), *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Cowansville, Yvon Blais, (1982).
- POIRIER, Sylvie (1998), *La discipline professionnelle au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.
- PRATT, Anna (1999), « Dunking the Doughnut : Discretionary Power, Law and the Administration of the Canadian Immigration Act », (1999) 8 *Social & Legal Stud.* 199-226.

- PRIEST, Margot (1998), « The Privatization of Regulation : Five Models of Self-Regulation », (1998) 29 *Rev. dr. Ott.* 233-302.
- QUÉBEC, Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social (1970), *Rapport*, vol. VII, tome I, *Les professions et la société*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1970.
- QUÉBEC, Conseil du Trésor (1999), *Pour de meilleurs services aux citoyens - Un nouveau cadre de gestion pour la fonction publique*, Québec, 1999.
- QUÉBEC, Ministère de la Main-d'œuvre, de la Sécurité du revenu et de la Formation professionnelle (1991), *Partenaires pour un Québec compétent et compétitif - Énoncé de politique sur le développement de la main-d'œuvre*, Québec 1991.
- QUÉBEC, Ministère des Communautés culturelles et de l'Immigration (1990), *Au Québec pour bâtir ensemble - Énoncé de la politique en matière d'immigration et d'intégration*, Québec, 1990.
- QUÉBEC, Ministère des Transports (1983), *Emprises ferroviaires désaffectées - Énoncé de politique*, Québec, 1983.
- QUÉBEC, Ministère du Conseil exécutif (1998) *Rapport du Groupe conseil sur l'allègement réglementaire au Premier ministre du Québec*, Québec, juin 1998.
- QUÉBEC, Office des services de garde à l'enfance (1992), *Répertoire des politiques administratives*, Québec, 1992.
- QUÉBEC, Protecteur du citoyen (1994), *2<sup>e</sup> Rapport annuel 1993-1994*, Québec, décembre 1994.
- QUINN, Bernard P. (1998), « Les règles de l'art », pp. 577-595 in : KOTT, Olivier F. et Claudine ROY (dir.), *La construction au Québec : perspectives juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998.
- REID, Alan D. (1996), « Seeing Regulation Differently : An ADR Model of Policy Formulation, Implementation and Enforcement », (1996) 9 *CJALP* 101-123.
- ROBERT, Jean-Marie (1985), « L'application des directives dans l'administration des législations sociales », (1985) 45 *R. du B.* 587-597.
- ROSSI, Jim (1995), « Making Policy Through the Waiver of Regulations at the Federal Energy Regulatory Commission », (1995) 47 *Admin. L. Rev.* 255-297.
- SADELEER, Nicolas de (1996), « Les principes comme instruments d'une plus grande cohérence et d'une efficacité accrue du droit de l'environnement », pp. 239-259 in : OST, François et Serge GUTWIRTH (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.
- SALTER, Liora (1993), « Capture or Co-Management : Democracy and Accountability in Regulatory Agencies », pp. 87-100 in : ALBO, Gregory, David LANGILLE et Leo PANITCH (dir.), *A Different Kind of State ? Popular Power and Democratic Administration*, Toronto, O.U.P., 1993.
- SAVAGE, Francis (1997), « Bill 62, The *Regulatory Efficiency Act* : Reform Denied or Delayed ? », (1997) 10 *CJALP* 251-261.
- SIMON, Hana (1998), « Food Safety Enforcement Enhancement Act of 1997 : Putting Public Health before the Meat Industry's Bottom Line », (1998) 50 *Admin. L. Rev.* 679-697.
- SMALL, Joan G. (1995), « Legitimate Expectations, Fairness and Delegated Legislation », (1995) 8 *CJALP* 129-158.
- SOSSIN, Lorne (1993), « The politics of discretion : toward a critical theory of public administration », (1993) 36 *Adm. pub. can.* 364-391.
- SOSSIN, Lorne (1994), « Redistributing Democracy : An Inquiry into Authority, Discretion and the Possibility of Engagement in the Welfare State », (1994) 26 *Ottawa L. Rev.* 1-46.
- SPARER, Michel et Wallace SCHWAB (1980), *Rédaction des lois : rendez-vous du droit et de la culture*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1980.
- SUPIOT, Alain (1994), *Critique du droit du travail*, Paris, P.U.E., 1994.
- TAYLOR, Michael R. (1997), « Preparing America's Food Safety System for the Twenty-First Century - Who is Responsible for What When it Comes to Meeting the Food Safety Challenges of the Consumer-Driven Global Economy ? », (1997) 52 *Food & Drug L.J.* 13-30.

THUOT, Jean-François (1998), *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Québec, Nota Bene, 1998.

TREMBLAY, Richard (1987), « Le renvoi », (1987) *Légistique*, 3-19.

TREMBLAY, Richard, Rachel JOURNEAULT-TURGEON et Jacques LAGACÉ (1984), *Guide de rédaction législative*, Montréal, Soquij, 1984.

TREVETHAN, Shelley, Wendy GORDON et Marie-Andrée ROY (1995), *Consumer Fireworks Regulations Final Report*, Ottawa, Ministère de la Justice, 1995.

TRUDEL, Pierre (1989), « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1989) 19 *RDUS* 247-286.

TRUDEL, Pierre *et al.* (1997), *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997.

TRUDEL, Pierre et France ABRAN (1991), *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Thémis, 1991.

VIGNEAULT, Pierre (1998), « L'approche contractuelle : l'expérience des mutuelles de prévention à la CSST », pp. 127-146 in : collectif, *Actes de la XIII<sup>e</sup> conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

VILLAGGI, Jean-Pierre (1989), « L'application de la directive et le rôle du tribunal administratif », (1989) *Dév. réc. dr. adm.* 71-141.

WEILER, Todd-Jeffrey (1995), « The Consultation Requirement in Regulatory Reform : Taking a Look at the Proposed *Regulatory Efficiency Act* », (1995) 8 *CJALP* 101-128.

WHITTAKER, Andrew M. (1990), « Legal Technique in City Regulation », (1990) 43 *Curr. Leg. Probl.* 35-53.

### **Travaux consultés**

ADDY, George N., « The Bureau of Competition Policy's Compliance Approach », (1993) 38 *Rev. dr. McGill* 867-881.

ALBO, Gregory, « Democratic Citizenship and the Future of Public Management », pp. 17-33 in : ALBO, Gregory, David LANGILLE et Leo PANITCH (dir.), *A Different Kind of State ? Popular Power and Democratic Administration*, Toronto, O.U.P., 1993.

AMSELEK, Paul, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », (1982) *RDP* 275-294.

APOGEE RESEARCH, « La réforme de la réglementation par l'entremise de l'étude d'impact de la réglementation : l'expérience canadienne », pp.39-71 in : O.C.D.E., *L'analyse de l'impact de la réglementation - Meilleures pratiques dans les pays de l'O.C.D.E.*, Paris, 1997.

ARTHURS, Harry W., « 'Mechanical Arts and Merchandise' : Canadian Public Administration in the New Economy », (1997) 42 *R. dr. McGill* 29-61.

AUBRY-CAILLAUD, Florence, « La norme technique et la notion d'acte administratif », (1997) 50 *Rev. adm.* 456-463.

BALDWIN, Robert et John HOUGHTON, « Circular Arguments : The Status and Legitimacy of Administrative Rules », (1986) *Pub. L.* 239-284.

BALDWIN, Robert, « Governing with Rules : the Developing Agenda », pp. 157-188 in : GENN, Hazel et Genevra RICHARDSON (dir.), *Administrative Law and Government Action*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

BÉCHILLON, Denys de, « La structure des normes juridiques à l'épreuve de la postmodernité », (1993) 43 *Rev. interdisc. ét. jur.* 1-25.

BELLOUBET-FRIER, Nicole et Gérard TIMSIT, « L'administration transfigurée : un nouveau modèle d'administration ? », (1993) *Rev. int. sc. admin.* 623-667.

BILODEAU, Jean-Luc, « L'affaire Ainsley et le contrôle politique de la régulation du marché des valeurs mobilières au moyen de normes de portée générale », (1997) 22 *Queen's L.J.* 297-346.

BISSONNETTE, Lise, « Le citoyen et la participation au pouvoir », (1997) 40 *Adm. pub. Can.* 658-668.

BLACK, Julia M., « An Economic Analysis of Regulation : One View of the Cathedral », (1996) 16 *Oxf. J. Leg. Stud.* 699-711.

- BONFIELD, Arthur Earl, « State Administrative Policy Formulation and the Choice of Lawmaking Methodology », (1990) 42 *Admin. L. Rev.* 121-180.
- BORGEAT, Louis et Isabelle GIROUX, « Droit et administration publique : entre tradition et post-modernité », (1997) 40 *Adm. pub. Can.* 307-327.
- BOUCQUEY, Nathalie, « La responsabilisation des entreprises : l'exemple du marché des droits de pollution », pp. 399-426 in : OST, François et Serge GUTWIRTH (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.
- BRACONNIER, Stéphane, « La technique de l'étude d'impact et le renouveau de l'action publique », (1998) RDP 817-843.
- CANADA, Commission de réforme du droit, *Droit, objectifs publics et observation des normes* (Doc. de trav. n° 51), Ottawa, 1986.
- CANADA, Conseil du Trésor, *L'équité en matière d'emploi dans les sociétés d'État – Politique et guide de référence*, Ottawa, 1986.
- CHEVALLIER, Jacques, « La rationalisation de la production juridique », pp. 11-48 in : MORAND, Charles-Albert (dir.), *L'État propulsif – Contribution à l'étude des instruments d'action de l'État*, Paris, Publisud, 1991.
- CHEVALLIER, Jacques, « Les enjeux de la déréglementation », (1987) RDP 281-319.
- COX, Mark, « Associationism, Canadian Style : Flour Millers, Self-Regulation and the State, 1920-1935 », (1990) 1 *Rev. Soc. Histor. du Can.* (n.s.) 119-143.
- CRAIG, P.P., « Legitimate Expectations: A Conceptual Analysis », (1992) 108 LQR 79-98.
- CRAVEN, Greg, « Consultation in Rule-Making : Some Lessons from Australia », (1991) 4 CJALP 221-273.
- CRAWFORD, Caroline, « L'organisme de normalisation de la publicité et le système d'autoréglementation au Royaume-Uni », pp. 23-30 in : O.C.D.E., *Réglementation : Stratégies de coopération*, Paris, 1997.
- DESJARDINS, Jacques B. et Josée É. LEGAULT, « Droit administratif - Législation déléguée - Critères indicatifs de la nature législative d'un texte : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba* », (1994) 73 *Rev. Bar. can.* 573-581.
- DIVER, Colin, « Regulatory Precision », pp. 199-232 in : HAWKINS, Keith et John M. THOMAS (dir.), *Making Regulatory Policy*, Pittsburgh, U. of Pittsburgh Press, 1989.
- FRADETTE, Nicole *et al.*, « Project : Regulatory Reform : A Survey of the Impact of Reregulation and Deregulation on Selected Industries and Sectors », (1995) 47 *Admin. L. Rev.* 461-470.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Éléments d'une sociologie de la déontologie financière : la déontologie financière constitue-t-elle un progrès de la justice ? », (2000) 41 *C. de D.* 202-220.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Le modèle du marché », (1995) 40 *Arch. phil. dr.* 286-313.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne, « Les enjeux de la dérégulation », (1996) *Rev. des Deux Mondes* (sept.) 68-78.
- FYFE, Alex, « Alberta's Municipal Government Act - Enabling Municipalities to do their job », Ottawa, ICAJ, Conférence sur les enjeux de la réglementation, novembre 1995.
- GALLIGAN, D.J., *Due Process and Fair Procedures*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- GAUDEMET, Yves, « Les actions administratives informelles », (1994) *Rev. int. dr. comp.* 645-654.
- GIFFORD, Daniel J., « Discretionary Decisionmaking in Regulatory Agencies : A Conceptual Framework », pp. 233-261 in : HAWKINS, Keith et John M. THOMAS (dir.), *Making Regulatory Policy*, Pittsburgh, U. of Pittsburgh Press, 1989.
- GUNTER, Elaine, « Designing the Regulatory Scheme », Ottawa, ICAJ, Conférence sur les enjeux de la réglementation, novembre 1995.
- HALL, Alan, « Pesticide Reforms and Globalization : Making the Farmers Responsible », (1998) 13 *Rev. can. Dr. et Soc.* 187-213.
- HALLEY, Paule, « Les ententes administratives avec les pollueurs en droit canadien », pp. 139-162 in : COLSON, Jean-Philippe et Denis LEMIEUX (dir.), *Le droit supranational et les techniques contractuelles*, Québec, IQHEI, 1997.

- HANDLER, Joel, *Down from Bureaucracy: The Ambiguity of Privatization and Empowerment*, Princeton, Princeton U. P., 1996.
- HOULE, France et Daniel MOCKLE, « Conciliation des litiges et formes alternatives de régulation en droit fédéral », (1998) 36 *Osg. H.L.J.* 703-769.
- HOWARTH, William, « Self-Monitoring, Self-Policing, Self-Incrimination and Pollution Law », (1997) 60 *MLR* 200-229.
- INLOW, Brand, « The Alberta Municipal Government Act : A Municipal Perspective », Ottawa, ICAJ, Conférence sur les enjeux de la réglementation, novembre 1995.
- JACOBS, Scott H., « Aperçu de l'analyse de l'impact de la réglementation dans les pays de l'O.C.D.E. », pp. 13-35 in : O.C.D.E., *L'analyse de l'impact de la réglementation - Meilleures pratiques dans les pays de l'O.C.D.E.*, Paris, 1997.
- KEYES, John Mark, « Power Tools : the Form and Function of Legal Instruments for Government Action », (1997) 10 *CJALP* 133-174.
- LAFORE, Robert, « Les nouveaux modes de régulation juridique : l'exemple des politiques d'insertion », pp. 40-53 in : AUVERGNON, Philippe, et al. (dir.), *L'État à l'épreuve du social*, Paris, Syllepse, 1998.
- MOOR, Pierre, « De la règle de droit comme instrument de gestion démocratique », (1993) 31 *Rev. eur. sc. soc.* (n° 97) 171-181.
- MORAND, Charles-Albert, « Les nouveaux instruments d'action de l'État et le droit », pp. 237-256 in : MORAND, Charles-Albert (dir.), *Les instruments d'action de l'État*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1991.
- O.C.D.E., *Réforme de la réglementation et normalisation internationale*, Paris, 1999 (coll. Documents de travail, vol. VII, n° 10).
- O.C.D.E., *Réforme réglementaire, privatisation et politique de la concurrence*, Paris, 1992.
- O.C.D.E., Service de la gestion publique, « Maîtriser l'inflation réglementaire », Paris, 1995.
- PROSSER, Tony, *Law and the Regulators*, Oxford, Clarendon Press, 1997.
- QUÉBEC, Commission de la santé et de la sécurité du travail, *Politique de la CSST en matière de langue*, Québec, 1998.
- QUÉBEC, Conseil du Trésor, *Répertoire des politiques administratives*, Québec, s.d.
- RABE, Barry G., « The politics of sustainable development : impediments to pollution prevention and policy integration in Canada », (1997) 40 *Adm. pub. Can.* 415-435.
- ROBERT, Pierre, « La gestion pénale du social », pp. 1-31 in : ROBERT, Pierre (dir.), *La gestion sociale par le droit pénal*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.
- ROUSSEAU-HOULE, Thérèse, *Les contrats de construction en droit public et privé*, Montréal, Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.
- SMITH, Turner T., « Regulatory Reform in the USA and Europe », (1996) 8 *J. Envir. L.* 257-282.
- STEINZOR, Rena I., « Reinventing Environmental Regulation : The Dangerous Journey from Command to Self-Control », (1998) 22 *Harv. Envir. L. Rev.* 103-202.
- SUNSTEIN, Cass R., « Problems with Rules », (1995) 83 *Calif. L. Rev.* 953-1023.
- TIMSIT, Gérard, « Les deux corps du droit - Essai sur la notion de régulation », (1996) 78 *Rev. fr. adm. pub.* 375-394.
- TOMAIN, Joseph P. et Sidney A. SHAPIRO, « Analyzing Government Regulation », (1997) 49 *Admin. L. Rev.* 377-414.
- WEIR, Elizabeth, « La législation par délégation est-elle le maillon faible de la responsabilité envers le Parlement ? », (1997) 20 *Rev. parl. can.* (n° 3) 2-4.
- WILLKE, Helmut, « Droit réflexif : pour une approche du droit qui favorise la négociation », pp. 265 in : RUEGG Jean, Nicolas METTAN et Luc VODOZ (dir.), *La négociation*, Lausanne, Presses polytechniques et universitaires romandes, 1992.

# Table de la législation citée

## Constitution

*Charte canadienne des droits et libertés*, LRC (1985), App. II, n° 44 63, 95, 164

## Lois fédérales

<i>Loi sur l'aéronautique</i> , LRC (1985), c. A-2 et modif.	159
<i>Loi sur l'assurance-chômage</i> , SC 1970-71-72, c. 48	160, 166
<i>Loi sur l'assurance-emploi</i> , LC 1996, c. 23	160-161, 163, 165
<i>Code criminel</i> , LRC (1985), c. C-46 et modif.	159
<i>Loi sur la gestion des finances publiques</i> , LRC (1985), c. F-11 et modif.	250
<i>Loi sur l'immigration</i> , LRC (1985), c. I-2 et modif.	228
<i>Loi de l'impôt sur le revenu</i> , LRC (1985), c. 1 (5 <sup>e</sup> suppl.) et modif.	159
<i>Loi d'interprétation</i> , LRC (1985), c. I-21 et modif.	113
<i>Loi sur les océans</i> , LC 1996, c. 31	213-214, 222
<i>Loi canadienne sur la protection de l'environnement</i> , LRC (1985), c. 16 (4 <sup>e</sup> suppl.) et modif.	64, 158
<i>Loi canadienne sur la protection de l'environnement</i> (1999), LC 1999, c. 33	65, 97, 113, 228
<i>Loi sur la radiodiffusion</i> , LC 1991, c. 11 et modif.	228, 229, 234, 241, 249
<i>Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire</i> , LC 1995, c. 40 et modif.	159, 165
<i>Loi canadienne sur la santé</i> , LRC (1985), c. C-6 et modif.	228
<i>Loi sur la sécurité automobile</i> , LC 1993, c. 16 et modif.	42, 106, 113
<i>Loi sur la sécurité ferroviaire</i> , LRC (1985), c. 32 (4 <sup>e</sup> suppl.) et modif.	144, 193, 194-196, 198
<i>Loi sur la sécurité du transport maritime</i> , LC 1994, c. 40	144, 196
<i>Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition</i> , LC 1992, c. 20 et modif.	250
<i>Loi sur la taxe d'accise</i> , LRC (1985), c. E-15	230
<i>Loi sur les télécommunications</i> , LC 1993, c. 38	143, 234
<i>Loi sur les textes réglementaires</i> , LRC (1985), c. S-22 et modif.	145, 197, 198
<i>Loi sur le transport des marchandises dangereuses</i> (1992), LC 1992, c. 34	108
<i>Loi sur les transports au Canada</i> , LC 1996, c. 10	144-145, 160, 196, 228, 249

## Lois québécoises

<i>Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels</i> , LRQ c. A-2.1	27
<i>Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles</i> , LRQ c. A-3.001	38, 194, 229
<i>Loi sur l'administration financière</i> , LRQ c. A-6	78, 149, 227, 232
<i>Loi sur l'administration publique</i> , LQ 2000, c. 8	216, 217, 227, 232, 249
<i>Loi sur l'aménagement et l'urbanisme</i> , LRQ c. A-19.1	113, 233, 235
<i>Loi sur les appellations réservées</i> , LRQ c. A-20.02	81-83
<i>Loi sur l'Assemblée nationale</i> , LRQ c. A-23.1	37, 223, 241

<i>Loi sur l'assurance automobile</i> , LRQ c. A-25	36, 38, 156, 257, 266
<i>Loi sur l'assurance maladie</i> , LRQ c. A-29	158, 211-212, 217
<i>Loi sur l'assurance-médicaments</i> , LRQ c. A-29.01	154, 228
<i>Loi sur le Bureau d'accréditation des pêcheurs et assistants-pêcheurs</i> , LQ 1999, c. 32	85, 104-105
<i>Loi sur les caisses d'épargne et de crédit</i> , LRQ c. C-4.1	96
<i>Code de la sécurité routière</i> , LRQ c. C-24.2	8-9, 34-57, 113, 130-132, 142-143, 154, 155-156, 190-191, 257, 262
<i>Code des professions</i> , LRQ c. C-26	14, 74-75, 87, 106, 113
<i>Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune</i> , LRQ c. C-61.1	76-77, 144
<i>Loi sur la distribution de produits et services financiers</i> , LRQ c. D-9.2	77-79, 86
<i>Loi sur l'économie de l'énergie dans le bâtiment</i> , LRQ c. E-1.1	192
<i>Loi sur les forêts</i> , LRQ c. F-4.1	193, 212-213
<i>Loi sur l'immigration au Québec</i> , LRQ c. I-0.2	228, 229
<i>Loi sur les impôts</i> , LRQ c. I-3	159
<i>Loi sur les installations électriques</i> , LRQ c. I-13.01	143
<i>Loi sur l'instruction publique</i> , LRQ c. I-13.3	96, 250
<i>Loi sur les intermédiaires de marché</i> , LRQ c. I-15.1	77
<i>Loi d'interprétation</i> , LRQ c. I-16	89, 103
<i>Loi sur la justice administrative</i> , LRQ c. J-3	27, 41, 45, 63, 85, 132, 157, 165, 192, 256-257, 260
<i>Loi des marchés agricoles</i> , SQ 1955/1956, c. 37	76
<i>Loi sur le ministère de l'Emploi et de la Solidarité et instituant la Commission des partenaires du marché du travail</i> , LRQ c. M-15.001	19, 227
<i>Loi sur le ministère de la Culture et des Communications</i> , LRQ c. M-17.1	228
<i>Loi sur le ministère de la Santé et des Services sociaux</i> , LRQ c. M-19.2	229
<i>Loi sur le ministère des Finances</i> , LQ 1999, c. 77	227
<i>Loi sur le ministère du Revenu</i> , LRQ c. M-31	159
<i>Loi sur la mise en marché des produits agricoles alimentaires et de la pêche</i> , LRQ c. , M-35.1	76, 229
<i>Loi sur les produits agricoles, les produits marins et les aliments</i> , LRQ c. P-29	143-144
<i>Loi sur les produits et les équipements pétroliers</i> , LRQ c. P-29.1	132, 193
<i>Loi concernant les propriétaires et exploitants de véhicules lourds</i> , LRQ c. P-30.3	156-157, 165, 228
<i>Loi sur la protection de la santé publique</i> , LRQ c. P-35	96, 154
<i>Loi sur la protection du consommateur</i> , LRQ c. P-40.1	180
<i>Loi sur la protection du territoire et des activités agricoles</i> , LRQ c. P-41.1	229
<i>Loi sur la protection sanitaire des animaux</i> , LRQ c. P-42	130
<i>Loi sur la qualité de l'environnement</i> , LRQ c. Q-2	18, 96, 107, 113, 147, 158, 163, 191-192, 193, 200, 204, 228, 229, 233, 235
<i>Loi sur la refonte des lois et des règlements</i> , LRQ c. R-3	103
<i>Loi sur la Régie de l'énergie</i> , LRQ c. R-6.01	269
<i>Loi sur les règlements</i> , LRQ c. R-18.1	27, 38, 41, 43, 61, 63, 65, 78, 88, 102, 113, 115, 116, 145, 192, 199, 241, 257

<i>Loi sur la sécurité dans les édifices publics</i> , LRQ c. S-3	108, 193
<i>Loi sur la sécurité dans les sports</i> , LRQ c. S-3.1	179
<i>Loi sur la sécurité du revenu</i> , LRQ c. S-3.1.1	157
<i>Loi sur la sécurité du transport terrestre guidé</i> , LRQ c. S-3.3	106-107, 193
<i>Loi sur les services de santé et les services sociaux</i> , LRQ c. S-4.2	229, 249-250
<i>Loi sur la Société d'habitation du Québec</i> , LRQ c. S-8	228
<i>Loi sur la Société générale de financement</i> , LRQ c. S-17	249
<i>Loi sur la Société immobilière du Québec</i> , LRQ c. S-17.1	249
<i>Loi sur le soutien du revenu et favorisant l'emploi et la solidarité sociale</i> , LRQ c. S-32.001	18-19, 157-158, 229
<i>Loi sur la taxe de vente du Québec</i> , LRQ c. T-0.1	156
<i>Loi sur les transports</i> , LRQ c. T-12	36, 228, 229
<i>Loi sur les valeurs mobilières</i> , LRQ c. V-1	79-81, 87, 144
<i>Loi sur la vente et la distribution de la bière et de boissons gazeuses dans des contenants à remplissage unique</i> , LRQ c. V-5.001	16-18, 212
<i>Loi sur le vérificateur général</i> , LRQ c. V-5.01	78

### **Projets de loi fédéraux**

Projet de <i>Loi de 1982 sur la sécurité énergétique</i> , PL C-94, 1 <sup>re</sup> sess., 32 <sup>e</sup> législ., 1982	230
Projet de <i>Loi sur l'efficacité de la réglementation</i> , PL C-62, 1 <sup>re</sup> sess., 35 <sup>e</sup> législ., 1994	128-129, 197-198, 201-202, 203, 204, 207
Projet de <i>Loi sur les règlements</i> , PL C-25, 2 <sup>e</sup> sess., 35 <sup>e</sup> législ., 1996	111, 113, 115

### **Projets de loi québécois**

Projet de <i>Loi modifiant la Loi sur les forêts et d'autres dispositions législatives</i> , PL 136, 2000	212-213
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------

### **Règlements fédéraux**

<i>Règlement sur les aliments et drogues</i> , CRC c. 870 et modif.	108, 113
<i>Règlement sur l'inspection du poisson</i> , CRC c. 802 et modif.	93, 109, 134-136
<i>Règlement sur la sécurité des véhicules automobiles</i> , CRC c. 1038 et modif.	42
<i>Règlement sur les textes désignés (Aéronautique)</i> DORS/86-596, (1986) 120 <i>Gaz. Can.</i> II 2364	159
<i>Règlement sur les textes désignés (OTC)</i> , DORS/99-244, (1999) 133 <i>Gaz. Can.</i> II 1533	160

### **Projets de règlement fédéraux**

Projet de <i>Règles des commissions de révision en matière de protection de l'environnement</i> , (1992) 126 <i>Gaz. Can.</i> I.3899	65
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

### **Règlements québécois**

<i>Règlement de l'Assemblée nationale</i>	102, 241
<i>Règlement sur les appellations réservées</i> , (1997) 129 GOQ II 6398	83, 107-108
<i>Règlement sur l'application d'un Code du bâtiment-1990</i> , D.1440-93, (1993) 125 GOQ II 7380	108, 193
<i>Règlement sur les commerçants et les recycleurs</i> , D.1693-87, (1987) 119 GOQ II 6374, et modif.	44, 45-47

<i>Règlement sur les conditions d'accès à la conduite d'un véhicule routier relatives à la santé des conducteurs</i> , D.32-89, (1989) 121 GOQ II 255, et modif.	53
<i>Règlement cadre sur les conditions des contrats des ministères et des organismes publics</i> , D.1166-93, (1993) 125 GOQ II 6191, et modif.	107
<i>Règlement cadre concernant les ententes relatives au regroupement d'employeurs aux fins de l'assujettissement à des taux personnalisés et aux modalités de calcul de ces taux</i> , D.1296-97, (1997) 129 GOQ II 6561	194
<i>Règlement sur l'immatriculation des véhicules routiers</i> , D.1420-91, (1991) 123 GOQ II 5881, et modif.	50-51
<i>Règlement sur les normes de charges et de dimensions applicables aux véhicules routiers et aux ensembles de véhicules routiers</i> , D.1299-91, (1991) 123 GOQ II 5213, et modif.	91
<i>Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers</i> , D. 1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221	91, 92, 93, 98, 106, 108, 113, 131-132
<i>Règlement sur les permis</i> , D.1421-91, (1991) 123 GOQ II 5919, et modif.	52, 53
<i>Règlement sur les points d'inaptitude</i> , D.1424-91, (1991) 123 GOQ II 5959, et modif.	40
<i>Règlement sur les produits pétroliers</i> , D.753-91, (1991) 123 GOQ II 2834, et modif.	107, 132
<i>Règlement sur la réduction de la pollution d'origine agricole</i> , D.742-97, (1997) 129 GOQ II 3843, et modif.	108
<i>Règlement sur la salubrité des produits laitiers</i> , D.183-88, (1988) 120 GOQ II 1483, et modif.	92
<i>Règlement sur la sécurité dans les édifices publics</i> , RRQ 1981 c. S-3, r. 4 et modif.	104, 109, 193
<i>Règlement sur la sécurité du revenu</i> , D.922-89, (1989) 121 GOQ II 3304, et modif.	157
<i>Règlement sur le soutien du revenu</i> , D.1011-99, (1999) 131 GOQ II 4083	157-158
<i>Règlement sur les zones d'exploitation contrôlée</i> , D.122-89, (1989) 121 GOQ II 1283, et modif.	77
<b>Décrets québécois</b>	
<i>Décret concernant les catégories d'établissements visés par l'article 3L.10 de la Loi sur la qualité de l'environnement</i> , D.602-93, (1993) 125 GOQ II 3563	191
<i>Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif</i> , D.140-96, (1996) 128 GOQ II 1518, et modif.	62, 64, 90, 232, 284
<b>Projets de règlement québécois</b>	
<i>Projet de Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et organismes publics</i> , (2000) 132 GOQ II 2292	232
<i>Projet de Règlement sur la qualité du milieu de travail</i> , (1998) 130 GOQ II 5103	92, 107, 113
<b>Lois étrangères</b>	
<i>Administrative Procedure Act</i> , 5 USC 500-596	65, 226
<i>Government Organization Act</i> , RSA c. G-8.5	126
<i>Negotiated Rulemaking Act</i> , 5 USC 581-590	65-67
<i>Safety and Consumer Statutes Administration Act</i> , SO 1996 c.19	126-127, 128-129

## Table de la jurisprudence citée

<i>2747-3174 Québec Inc. c. Régie des permis d'alcool</i> , [1996] 3 RCS 919	104
<i>Affaires sociales-14</i> , [1998] TAQ 20	256
<i>Affaires sociales-28</i> , [1998] TAQ 63	251
<i>Affaires sociales-108</i> , [1998] TAQ 235	251
<i>Alex Couture c. Piette</i> , [1990] RJQ 1262 (CA)	98
<i>Antonsen c. PG Canada</i> , [1995] 2 CF 272 (SPI)	240
<i>Apotex v. Minister of Health</i> , (1995) 30 Admin. L. R. (2d) 259 (Ont. Div. Ct)	236
<i>Apotex v. PG Canada</i> , [1997] 1 CF 518 (SPI)	63, 255
<i>Association des chirurgiens-dentistes du Québec c. Lavoie-Roux</i> , [1988] RJQ 2484 (CS)	211, 219
<i>Association des radiologistes du Québec c. Rochon</i> , JE 99-851 (CA)	211
<i>Baker c. Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration</i> , [1999] 2 RCS 817	255, 265-267, 268-269
<i>Béliveau c. Comité de discipline du Barreau</i> , [1989] RJQ 1822 (CA)	104
<i>Brousseau c. Alberta Securities Commission</i> , [1989] 1 RCS 301	164
<i>Capital Cities Communications c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes</i> , [1978] 2 RCS 141	227, 234, 239, 241
<i>Centre hospitalier Mont-Sinai c. Ministre de la Santé et des Services sociaux</i> , [1998] RJQ 2707 (CA)	255
<i>Comité d'administration pour le régime de rentes pour les employés de la Ville de Saint-Laurent c. Régie des rentes du Québec</i> , [1980] RP 16 (CS)	14
<i>Commission de la santé et de la sécurité du travail c. Papeterie Recd</i> , [1988] RJQ 1199 (CA)	239
<i>Dagenais c. Centre local de services communautaires Kateri</i> , [1992] RL 395 (CA)	239
<i>Domtar c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles</i> , [1990] RJQ 2190 (CA)	98
<i>Érablière R.V.D. c. Ministre de l'Agriculture, des Pêcheries et de l'Alimentation</i> , JE 98-2272 (CS)	251
<i>Friends of the Oldman River Society c. Ministre des Transports</i> , [1992] 1 RCS 3	250
<i>Gestion Serge Lafrenière c. Calvé</i> , [1999] RJQ 1313 (CA)	256
<i>Groupe Desjardins c. Société canadienne des postes</i> , [1996] RJQ 1172 (CA)	237, 255
<i>Hébert c. Conseil d'arbitrage</i> , JE 91-749 (CS)	211
<i>Maple Lodge Farms c. Gouvernement du Canada</i> , [1982] 2 RCS 2	254
<i>McDonald c. Commission de l'emploi et de l'immigration du Canada</i> , [1991] 3 CF F-31 (CAF), 131 NR 389 (FCA)	166
<i>McInnis v. Halifax Social Planning Department</i> , (1990) 70 DLR (4th) 296 (NSSC-AD)	236
<i>Mead Johnson Canada c. Robitaille</i> , [1995] RJQ 1089 (CS)	250
<i>Michel Miller Inc. c. PG Québec</i> , [1990] RRA 585 (CS)	251
<i>Nap. Malenfant c. Depatie</i> , JE 88-205 (CS) et [1993] RJQ 1043 (CA)	17

<i>New Brunswick Broadcasting c. Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes</i> , [1984] 2 CF 410 (CAF)	242, 249
<i>North Coast Air Services (In re)</i> , [1972] CF 390 (CAF)	236
<i>Nu-Pharm c. Rochon</i> , [1997] RJQ 1713 (CS)	236
<i>Office des services de garde à l'enfance c. Chouinard</i> , JE 92-311 (CA)	238
<i>Pect c. PG Canada</i> , [1994] 3 CF 128 (SPI)	251
<i>Pezim c. Superintendent of Brokers</i> , [1994] 2 RCS 557	235
<i>Phanucfe c. PG Québec</i> , [1991] RJQ 101 (CS)	211
<i>Pharmaceutical Manufacturers' Association v. AG British Columbia</i> , (1998) 2 Admin. L. R. (3d) 71 (BCCA)	236, 238, 255
<i>PG Québec c. Collier</i> , [1990] 1 RCS 260	112
<i>PG Québec c. Danis</i> , JE 95-1762 (CQ)	146
<i>PG Québec c. Produits Desbiens</i> , JE 96-440 (CQ)	164
<i>PG Québec c. Vigi Santé</i> , [1999] RJQ 997 (CA)	250
<i>R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society</i> , [1992] 2 RCS 606	115
<i>R. c. Wigglesworth</i> , [1987] 2 RCS 541	164
<i>Regroupement des conseils régionaux de l'environnement c. Régie de l'énergie</i> , JE 2000-7 (CS)	249
<i>Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba</i> , [1985] 1 RCS 721	95
<i>Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba</i> , [1992] 1 RCS 212	111, 121, 145, 218-219
<i>Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada</i> , [1991] 2 RCS 525	63, 255
<i>Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté</i> , [1982] 1 RCS 1004	230
<i>Saint-Laurent c. Côté</i> , JE 96-888 (CS)	255
<i>Swan c. R.</i> , [1990] 2 CF 409 (SPI)	251
<i>Thibeault c. Régie de l'assurance-maladie du Québec</i> , [1994] RJQ 1764 (CA)	251
<i>Thibodeau-Labbée c. Régie des permis d'alcool</i> , [1991] RJQ 731 (CA)	239
<i>Thursday's Restaurant et Bar c. PG Québec</i> , JE 99-1431 (CS)	239
<i>Transport Lessard c. Sous-ministre du Revenu</i> , [1985] RDFQ 322 (CA)	237
<i>Tribunal de l'aviation civile (Re)</i> , [1995] 1 CF 43 (SPI)	163
<i>Vallières c. Courtiers J.D.</i> , [1998] RJQ 2623 (CA)	240
<i>Zarruk c. Régie de l'assurance-maladie du Québec</i> , [1982] CS 1036	164

RÉPARTIR  
LES NORMES :  
LE CHOIX  
ENTRE  
LES FORMES  
D'ACTION  
ÉTATIQUE

**Glenn Veer**

Direction du secrétariat et des affaires juridiques

© Société de l'assurance automobile du Québec, 2000

Cet ouvrage a été commandé par la Société de l'assurance automobile du Québec et le ministère de la Justice du Québec dans le cadre de la refonte du *Code de la sécurité routière*. Le Secrétariat à l'allègement réglementaire participe également aux divers travaux concernant cet ouvrage.

**résumé**

# Table des matières

Sommaire .....	304
<b>CHAPITRE 1 :</b>	
<b>Comment répartir les règles ? .....</b>	<b>306</b>
<b>A Les critères de répartition des normes actuellement reçus .....</b>	<b>307</b>
<b>B Vers une nouvelle répartition des normes .....</b>	<b>308</b>
• La maîtrise politique.....	308
• La qualité de l'espace publique .....	308
• L'équité .....	308
• La compétence technique.....	309
• L'économie de moyens.....	309
<b>C Les études de cas .....</b>	<b>310</b>
1. Le consentement écrit exigé des parents du mineur qui désire immatriculer un véhicule .....	310
2. Les conditions d'obtention du permis de conduire et de l'immatriculation.....	310
3. L'obligation des agents publics de déclarer les condamnations prévoyant les points d'inaptitude.....	311
4. L'avis du total des points d'inaptitude.....	311
5. La présence d'équipement sur les véhicules routiers .....	312
6. Le commerce et le recyclage des véhicules routiers .....	312
7. Les véhicules exemptés de l'immatriculation .....	313
8. La définition des types de véhicules.....	313
9. Les habilitations réglementaires.....	314
<b>CHAPITRE 2 :</b>	
<b>Comment concevoir de nouvelles formes de réglementation ? .....</b>	<b>315</b>
<b>A L'élaboration de la norme .....</b>	<b>316</b>
• La réglementation négociée .....	316
Tableau : Application du modèle à la réglementation négociée .....	317
• L'autoréglementation contrôlée .....	317
Figure 1 : Continuum de l'autoréglementation contrôlée .....	318
Tableau : Application du modèle à l'autoréglementation contrôlée .....	318
<b>B La teneur de la norme.....</b>	<b>319</b>
• La réglementation par objectifs .....	319
Tableau : Application du modèle à la réglementation par objectifs .....	320
• La réglementation par renvoi.....	320
Tableau : Application du modèle à la réglementation par renvoi.....	321

**C L'application de la norme.....322**

- La contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle.....322  
Tableau : Application du modèle à la contractualisation  
du contrôle d'application et l'autocontrôle .....323
- Les dérogations et les tolérances .....323  
Tableau : Application du modèle aux dérogations et aux tolérances.....324
- Les sanctions non-pénales .....324  
Figure 2 : Échelle des sanctions .....325  
Tableau : Application du modèle aux sanctions non-pénales.....325

**CHAPITRE 3 :**

**Comment mettre en œuvre des techniques non réglementaires ? .....326**

**A Les techniques d'encadrement consenti.....327**

- L'autoréglementation intégrale .....327  
Tableau : Application du modèle à l'autoréglementation intégrale .....328
- La substitution de normes .....328  
Tableau : Application du modèle à la substitution de normes .....329
- La contractualisation des normes .....329  
Tableau : Application du modèle à la contractualisation de la norme ....330

**B Les techniques d'encadrement souple.....331**

- L'énoncé politique .....331  
Tableau : Application du modèle à l'énoncé politique.....332
- La directive .....332  
Tableau : Application du modèle à la directive.....333
- La décision discrétionnaire individualisée .....333  
Tableau : Application du modèle  
à l'élargissement des marges discrétionnaires .....334

**Conclusion .....335**

Tableau-synthèse.....335

## Sommaire

Le professeur Pierre Issalys de la faculté de droit de l'Université Laval s'interroge sur le procédé d'action étatique adéquat pour donner l'effet désiré à la norme à mettre en œuvre. Principalement, il répond à la question suivante : la norme doit-elle être placée dans la loi, le règlement ou prendre la forme d'une directive pour atteindre l'objectif visé ?

Au chapitre premier, l'auteur nous présente son modèle développé selon cinq critères. Il constate que le critère de la **maîtrise politique**, s'exprimant par la volonté du pouvoir législatif à conserver le contrôle sur la norme, commande, dans la plupart des cas, l'élaboration d'une loi afin de procurer à la norme l'autorité et la stabilité nécessaires. Le critère de la **qualité de l'espace public** favorise le débat entre l'autorité publique et les sphères privées dans l'établissement de la norme. Ce critère tend, comme le critère de la **compétence technique**, à privilégier la forme du règlement comme action étatique adéquate. La compétence technique est définie par les connaissances requises pour la conceptualisation et l'élaboration de la norme. Le critère de l'**équité** promeut l'égalité, le respect des droits et des intérêts des administrés assujettis à la norme. Il suggère bien souvent la directive ou le règlement comme forme privilégiée d'action étatique. Le critère de l'**économie de moyens** est garant de la simplicité et du caractère peu coûteux de l'application de la norme. Il est aussi polyvalent que l'équité dans le choix du procédé d'action étatique à adopter. Afin de bien expliquer son modèle, le professeur Issalys l'applique ensuite à un échantillon de neuf normes prescrites dans le *Code de la sécurité routière* (CSR). Ces exemples sont présentés sous forme de tableau au sein de ce résumé.

Au second chapitre, l'auteur s'interroge sur les formes réglementaires les plus appropriées pour mettre en œuvre une norme. Il nuance alors la notion même de règlement sous ses trois aspects fondamentaux : l'**élaboration** (conceptualisation), la **teneur** (contenu) et l'**application** (mise en œuvre). Au cours de cette démarche, l'auteur nous présente plusieurs modèles de réglementation. Dans un premier temps, la *réglementation négociée* et l'*autoréglementation contrôlée* sont présentées comme des procédés essentiels dans l'élaboration de la norme.

Dans un deuxième temps, l'auteur explique la *réglementation par objectifs* et la *réglementation par renvoi* pour bien faire comprendre l'importance de tenir compte du contenu de la norme dans le choix d'un procédé d'action étatique. La dernière partie du chapitre s'attarde sur la *contractualisation du contrôle d'application*, l'*autocontrôle*, les *dérogations*, les *tolérances* et les *sanctions non-pénales*. Au moyen de ces formes réglementaires, le professeur Issalys soulève les enjeux déterminants relatifs à l'application d'une norme.

Au troisième chapitre, l'auteur présente les techniques non réglementaires d'élaboration et de mise en œuvre de la norme. Dans une première partie, il présente les trois techniques d'**encadrement consenti** où l'élaboration de la norme est à la fois initiée par une instance civile (*autoréglementation intégrale*), substituée par un autre régime normatif (*substitution de normes*) et développée en partenariat entre le Parlement et des groupes issus de la société civile (*contractualisation de la norme*). Dans la deuxième partie, nous retrouvons les techniques d'**encadrement souple** dont les caractéristiques s'apparentent parfois à un document d'orientation (*énoncé politique*), à un mode d'encadrement interne (*directive*) ou encore à une simple prise de décision (*décision discrétionnaire individualisée*).

Toutes ces formes de procédés d'action étatique sont analysées et vérifiées systématiquement selon la méthode présentée au chapitre premier. Il en ressort une évaluation pertinente où l'auteur souligne, pour chacune de ces formes réglementaires et non réglementaires, les critères essentiels justifiant leur utilisation.

Il conclut chacun des chapitres II et III en présentant un tableau synthèse de son analyse. Ces tableaux sont présentés en conclusion du présent résumé. Ils mettent en évidence les critères les plus influents de son modèle lesquels déterminent le choix d'un procédé d'action étatique sur un autre.

Bonne lecture !

## RÉPARTIR

### LES RÈGLES ?

*La conception d'un texte législatif entraîne l'obligation de choisir un lieu d'énonciation d'une règle donnée entre la loi, le règlement et autres procédés d'intervention étatique.*

*Au premier chapitre de l'ouvrage, l'auteur s'interroge sur la manière de répartir ces règles normatives.*

## **A Les critères de répartition des normes actuellement reçus**

La répartition des règles dans notre droit est façonnée comme un système unitaire, hiérarchisé et relativement autarcique. Notre système juridique forme un tout cohérent à l'intérieur d'un cadre autosuffisant tenant compte principalement de la réalité juridique. Il est caractérisé de plus par une construction législative des textes allant du général au particulier, du fondamental au marginal. Nos choix de répartition des normes sont alors divisés entre la loi et le règlement : la loi représentant le caractère fondamental de la norme et le règlement son côté marginal. Ainsi, la directive et les autres procédés d'action étatique sont relégués à la frontière de l'administration et du droit, ne trouvant presque aucune valeur juridique.

Le développement de réseaux normatifs dans les milieux sociaux, économiques et professionnels a permis de reconsidérer la valeur juridique de la directive. D'autres procédés d'action étatique de type unilatéral comme la décision discrétionnaire ou de type consensuel, comme les ententes et les contrats, sont aujourd'hui davantage considérés à l'intérieur de nos modes de législation. Ces procédés juridiques, qui ont été mis en œuvre pour prolonger l'action de la loi, nous obligent à repenser la façon de répartir les normes principalement entre la loi, le règlement et la directive.

## **B** Vers une nouvelle répartition des normes

Il convient dorénavant de traiter la loi et le règlement comme deux éléments d'un répertoire plus large de procédés d'action étatique. Il s'agit de placer la loi, non pas au-dessus, mais au même rang que tout autre procédé d'action étatique. La répartition des normes n'est plus motivée par les matières ou par des échelles d'importance, mais bien par les fonctions et les objectifs que vise chacune de ces normes. La problématique se pose ainsi : quelle forme juridique sommes-nous le plus justifiés de donner à la norme, étant donné son contenu normatif, compte tenu de la tâche qu'il s'agit d'accomplir et des valeurs, principes, contraintes et contingences qu'elle fait intervenir ?

Cinq critères motivent la sélection d'un procédé d'action étatique au dépend d'un autre :

- **La maîtrise politique**

Ce critère s'appuie sur le fait que toute action étatique est lancée par les choix et la volonté du politique. Il s'agit de préférer une forme d'action étatique en fonction du contrôle direct ou indirect qu'exerce le gouvernement sur le contenu de la norme qu'il veut établir. Un contrôle direct s'actualise par des normes légales sanctionnées au Parlement et un contrôle indirect, par des incitations gouvernementales à adopter un comportement précis.

- **La qualité de l'espace public**

La réalisation d'un ordre juridique nécessite un réseau où l'État et les sphères privées peuvent participer, échanger, débattre et évaluer les objectifs, les moyens et les résultats de l'action étatique. Le titulaire du pouvoir étant imputable aux administrés, le choix d'une forme d'action étatique est donc justifié par l'adhésion des acteurs concernés de notre société. Les préoccupations de transparence, de consultation publique, d'information, de contrôle et d'imputabilité sont au cœur de ce critère.

- **L'équité**

L'équité s'appuie sur une prémisse fondamentale du concept de la démocratie : toute action étatique doit respecter les droits et les intérêts des personnes qu'elle atteint. La notion de justice demeure la préoccupation essentielle de ce critère. Ici, par exemple, nous posons le choix de préférer un règlement qui atteint tous les citoyens de la même façon à une directive sujette à une certaine discrétion dans son application et favorisant les situations d'exception.

## • La compétence technique

Le degré et la diffusion des connaissances spécialisées que requière l'action étatique est un autre critère motivant le choix d'une forme d'action politique. La nécessité de recourir à des experts, de confronter leurs idées et leurs compétences favorisent généralement la prise d'un règlement plutôt qu'un autre procédé d'action étatique.

## • L'économie de moyens

Ce critère traduit le principe selon lequel l'action étatique doit, en plus de tendre vers l'exécution la plus complète, être produite selon le meilleur emploi des ressources disponibles. Faire mieux à moindre coût! Il tient compte aussi de la simplicité d'usage et d'implantation de la norme selon la forme d'action étatique appropriée.

Le professeur Issalys propose en résumé une grille d'analyse reposant sur cinq questions inspirées des critères présentés dans son modèle. Dans quelle mesure la nature de la tâche à accomplir exige-t-elle :

1. que l'action étatique soit le fait du Parlement lui-même ou du moins soit directement et effectivement contrôlée par lui ? (maîtrise politique)
2. que la détermination de l'action étatique fasse l'objet de délibération et que sa mise en oeuvre fasse l'objet d'évaluation dans un espace public ? (qualité de l'espace public)
3. que l'action étatique consiste à traiter des situations individualisées dans un cadre processuel reposant sur la prise en considération, de manière équilibrée, de droits et d'intérêts particuliers ? (équité)
4. que l'action étatique repose sur des connaissances spécialisées ou faiblement diffusées ? (compétence technique)
5. que soient encourus des coûts relativement plus élevés, notamment ceux reliés à la complexité, dans l'élaboration, l'exécution et l'application de l'action étatique ? (économie de moyens)

La démarche proposée par le professeur Issalys est justificative. Elle sert à démontrer l'utilité de sa grille pour choisir la forme d'action étatique adéquate dans l'établissement et la mise en oeuvre de la norme. Comme en fait foi l'auteur, cette démarche est complexe, mais elle porte ses fruits. En se posant les « vraies questions » à propos des enjeux d'une norme, on ne peut que maximiser son application en choisissant la forme d'action étatique qui doit lui être privilégiée.

Neuf normes prévues au CSR sont étudiées dans le texte de M. Issalys. Ces études de cas ont pour but de vérifier si la forme de l'action étatique adoptée pour chacune d'elles correspond à un choix approprié d'action étatique. En voici un résumé schématique.

## C Les études de cas

### 1. Le consentement écrit exigé des parents du mineur qui désire immatriculer un véhicule

**Articles :** 24 et 68 CSR

**Fonctions et objectifs de la norme :** Sécurité des mineurs et du public

**Maîtrise politique** Les conditions relatives aux jeunes doivent être fixées par le Parlement de manière à conférer par la loi la généralité, l'autorité, la stabilité nécessaires à cette norme.

**Espace public** Aucun débat social ou critique venant de l'espace public n'est utile dans le choix de la forme d'action étatique. Un mineur a besoin du consentement de ses parents pour poser certains actes. Cela fait partie des mœurs usuelles et admises de tous.

**Équité** La norme ne vient pas discuter de l'accès des jeunes à un véhicule. Elle ne vient qu'établir la pratique établie et admise socialement.

**Compétence technique** Aucune expertise scientifique n'est nécessaire. Pourquoi le jeune devrait-il se soumettre à une expertise psychologique ou comptable pour immatriculer un véhicule ?

**Économie des moyens** Il est simple et peu coûteux de contrôler cette norme via le consentement des parents.

**Conclusion :** Le critère de la maîtrise politique est prédominant dans cette situation et impose la loi comme forme d'action étatique pour encadrer la norme. Les quatre autres critères ne remettent pas en cause la suffisance du premier.

### 2. Les conditions d'obtention du permis de conduire et de l'immatriculation

**Articles :** 21 et 69 CSR

**Fonctions et objectifs de la norme :** Établissement des paiements, droits et contributions (prélèvements)

**Maîtrise politique** Notre ordre constitutionnel et notre pratique législative insistent sur l'idée que la création d'un prélèvement, qu'il soit de nature fiscale ou non, est contrôlée par l'organe législatif au moyen d'une loi. Les modalités de ces prélèvements n'ont pas besoin de ce contrôle.

**Espace public** L'institution du régime de prélèvement ne fait pas l'objet de délibération et d'évaluation critique dans l'espace public. C'est quelque chose d'admis socialement.

**Équité** L'impersonnalité de la règle générale où tous les citoyens sont soumis aux mêmes prélèvements suggèrent la forme législative pour que la norme soit appliquée de manière juste et équitable.

**Compétence technique** Ces prélèvements n'ont qu'une incidence minime sur le patrimoine des particuliers et des entreprises. Le recours à des experts, notamment des comptables ou des actuaires, n'est pas utile.

**Économie des moyens** Le niveau de complexité très bas de ces prélèvements n'entraîne pas des coûts élevés dans la gestion de ceux-ci.

**Conclusion :** Utilisation de la loi pour l'institution et les motifs des prélèvements. Les modalités d'application et les sommes à prélever se retrouveront dans un règlement. L'auteur précise de plus que les habilitations réglementaires sur ce sujet prévues au

chapitre XIII du CSR sont inutilement minutieuses. Les exemples des autres lois instituant des prélèvements de nature fiscale (par exemple : Loi sur l'assurance automobile, Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles, Loi sur les normes du travail) laissent penser qu'elles peuvent être plus concises et de nature plus générale.

### 3. L'obligation des agents publics de déclarer les condamnations prévoyant les points d'inaptitude

**Article :** 112 CSR

**Fonctions et objectifs de la norme :** Assurer l'application systématique du système des points d'inaptitude

**Maîtrise politique** Cet enjeu n'exige pas l'intervention du Parlement.

**Espace public** Non pertinent.

**Équité** Comporte une exigence de conformité afin que la norme s'applique à tous de la même manière. Ce qui exclut *de facto* la directive.

**Compétence technique** Non pertinent.

**Économie des moyens** Minimise les coûts de la mise en œuvre par la notification automatique des condamnations à la Société.

**Conclusion :** La maîtrise politique ne justifiant pas le recours à la loi, et la directive n'étant pas pertinente en raison du besoin de conformité que la norme requière, il s'ensuit que la forme d'action étatique la plus appropriée est le règlement. Cette norme ne s'adresse qu'à des agents publics, le règlement est donc plus approprié.

### 4. L'avis du total des points d'inaptitude

**Articles :** 114 et 115 CSR

**Fonctions et objectifs de la norme :** Assurer l'application systématique du système des points d'inaptitude

**Maîtrise politique** Quoique le Parlement doive veiller à la protection des administrés, ce critère apparaît peu pertinent puisque ces articles ne précisent que l'avis de la sanction. C'est une mesure de compétence liée que doit exécuter la Société.

**Espace public** Non pertinent, puisque le débat porte sur l'avis et non sur le système des points d'inaptitude.

**Équité** Comporte une exigence de conformité afin que la norme s'applique à tous de la même manière. Ce qui exclut *de facto* la directive.

**Compétence technique** Non pertinent.

**Économie des moyens** Minimise les coûts de la mise en œuvre par la notification automatique d'un simple avis annonçant la sanction et invitant l'administré à éviter de contrevenir davantage à la loi.

**Conclusion :** Un reclassement des articles 114 et 115 dans un règlement est justifié en regard des cinq critères. Selon l'auteur, la solution du règlement peut toutefois occasionner certains problèmes. L'administration ne procède pas toujours à la même vitesse dans l'exécution de ses tâches. Des délais différents dans le traitement de la norme risquent d'encourir des inégalités dans son application.

## 5. La présence d'équipement sur les véhicules routiers

**Articles :** 215 et suivants CSR

**Fonctions et objectifs de la norme :** Imposer des normes de sécurité aux fabricants et commerçants de véhicules

<i>Maîtrise politique</i>	Il n'apparaît pas pertinent que le Parlement se prononce sur le positionnement et les caractéristiques des équipements installés sur les différents types de véhicules. L'essentiel est que cette norme soit connue. La loi n'apparaît pas un moyen approprié.
<i>Espace public</i>	Son caractère technique et spécialisé impose à sa face même très peu de discussion et de débats à l'intérieur de l'espace public.
<i>Équité</i>	Une application régulière et sans défaillance de la norme est exigée.
<i>Compétence technique</i>	Critère hautement important. Les meilleures possibilités d'intégration continue de l'expertise technique demeurent le règlement et la directive.
<i>Économie des moyens</i>	L'alignement de la réglementation provinciale à la réglementation fédérale est un facteur d'économie des moyens. De plus, l'expérience suggère la mise en place de sanctions pénales pour garantir l'observation de ces normes. La directive est donc exclue.

**Conclusion :** L'ensemble des critères convergent pour indiquer que la forme la plus justifiable pour l'application de ces normes de sécurité est le règlement. Dans les domaines où une haute connaissance technique est exigée, le règlement demeure le procédé le plus souple et le plus adapté de toutes les formes d'action étatique.

## 6. Le commerce et le recyclage des véhicules routiers

**Articles :** 151 à 166; 207 à 209 CSR

et *Règlement sur les commerçants et les recycleurs*

**Fonctions et objectifs de la norme :**

Contrôler l'accès des véhicules au parc automobile

<i>Maîtrise politique</i>	L'imposition d'exigences pour exploiter un type d'entreprise est normalement réservée à la loi. La liberté d'entreprendre doit être garantie et contrôlée par le Parlement.
<i>Espace public</i>	N'exige pas un débat public et continu de grande ampleur une fois que le Parlement a encadré ce type de commerce.
<i>Équité</i>	Le régime d'autorisation de ce type de commerce ne fait pas appel à un pouvoir discrétionnaire de la Société sauf peut-être en matière de cautionnement. C'est de compétence liée. Quand l'entreprise répond aux critères prévus par la loi et les règlements, l'autorisation d'exercer ce type d'entreprise est accordée. La directive est peu utile.
<i>Compétence technique</i>	Ce critère n'est pas très pertinent compte tenu de la technicité assez faible de la matière.
<i>Économie des moyens</i>	Ce critère revêt une pertinence particulière puisqu'il s'agit ici d'encadrer une activité commerciale. La méthode choisie actuellement au titre III du CSR et dans son <i>Règlement</i> préserve l'efficacité de l'action tout en minimisant les coûts pour l'État.

**Conclusion :** Conserver dans la loi l'imposition et l'obligation d'être titulaire d'une licence (a. 151 et 153 CSR) et obliger son titulaire à se conformer aux règlements (a. 161 CSR). L'énonciation du pouvoir et des motifs de suspension de la licence doit être prévue aussi dans la loi avec leurs habilitations réglementaires respectives (a. 207 et 209 CSR).

## CONCEVOIR DE NOUVELLES FORMES DE RÉGLEMENTATION ?

*L'évolution de la technique juridique a suscité l'apparition et le développement, sous la forme réglementaire, de nouveaux procédés d'action étatique.*

*La justification optimale de ces procédés ne peut être considérée qu'en fonction des tâches qu'ils doivent accomplir. La forme réglementaire actuelle s'en trouve donc nuancée sur trois plans : son élaboration, sa teneur et son application.*

Un règlement ne répond plus tout à fait à l'idée d'un acte édicté, mais bien plus à un compromis entre divers groupes d'intervenants issus des sphères tant publiques que privées. L'élaboration d'un règlement tient compte davantage des interactions entre l'administration, titulaire du pouvoir, et les groupes et personnes concernés par le projet. La *réglementation négociée* et l'*autoréglementation contrôlée* sont les deux principales formes d'action étatique considérant cette réalité.

### • La réglementation négociée

Depuis 1985, une procédure formelle de consultation publique est prévue pour les projets de règlement (*Loi sur les règlements*, LRQ, c. R-18, art. 8 à 14; 25-26). L'efficacité de cette procédure apparaît toutefois incertaine puisque l'invitation à la consultation n'est publiée que dans la *Gazette officielle du Québec*. Les groupes mieux organisés et plus près de l'administration se prévalent donc davantage de cette consultation.

D'autres mécanismes de consultation se sont greffés à cette première procédure. Le *Décret concernant l'organisation et le fonctionnement du Conseil exécutif* (Annexe B, art. 7) adopté en 1996 prévoit que l'avis accompagnant le projet de règlement au stade de sa publication doit signaler les études d'impact sur celui-ci et résumer ses effets possibles sur les citoyens et les entreprises. Le décret porteur indique de plus si le projet fait suite aux observations présentées par le public. Le Parlement attache donc une importance certaine à la consultation populaire. Souci de légitimité ou devoir de transparence, l'établissement d'une norme réglementaire ne doit plus paraître comme un acte occulte, décidé unilatéralement par le titulaire du pouvoir. Une institutionnalisation des pratiques de *réglementation négociée* pourrait permettre l'inclusion d'un plus grand nombre d'individus dans le processus d'élaboration des règlements.

Depuis 1990, une procédure de *réglementation négociée* est institutionnalisée aux États-Unis (*Negotiated Rulemaking Act*). L'adoption d'un règlement suit alors une procédure en sept étapes :

1. L'autorité investie du pouvoir réglementaire décide de l'opportunité de recourir à cette procédure;
2. Un informateur impartial effectue ensuite une démarche exploratoire visant à préciser les intérêts concernés et les questions à débattre. Son rapport est public;
3. L'autorité compétente engage la procédure par la publication d'un avis dans le journal officiel ou dans la presse spécialisée;
4. L'autorité compétente peut alors créer une commission de négociation;
5. Un modérateur anime le débat de la commission;
6. La commission décide du déroulement des travaux. Un rapport est remis à l'autorité compétente;
7. L'autorité compétente décide finalement si elle donne suite ou non aux travaux de la commission.

Dans un règlement, placer la reprise du contenu actuel du règlement sauf les art. 8 et 19; l'énonciation de l'étendue de la garantie donnée par la caution (a. 152 et 154 CSR); l'énonciation du contenu obligatoire du registre (a. 155 CSR); l'énonciation de la portée et des formalités effectuées par un agent de la Société (a. 156 CSR); l'énonciation de l'objet de l'attestation de sécurité (a. 157 CSR); l'énonciation des modalités du cautionnement (a. 160.1 CSR); l'énonciation des effets et de la durée de la suspension (a. 163 et 207, par. 3, 4 et 6 CSR).

Dans une directive, placer les critères de détermination des conditions qui font d'un commerçant un mandataire de la Société (a. 9 CSR); la détermination des montants de cautionnement (a. 13 RCR) et les modalités et la durée de suspension dans certaines situations (a. 207 par. 1, 2 et 5 CSR).

## 7. Les véhicules exemptés de l'immatriculation

**Articles :** 14 à 20 CSR

**Fonctions et objectifs de la norme :** Restreindre le champ d'application de l'obligation d'immatriculation en fonction du particularisme de certaines situations

<i>Maîtrise politique</i>	Il est justifié que la loi énonce la règle et les principes généraux relatifs à l'obligation d'immatriculation et que le règlement énumère les exemptions. Le règlement s'impose puisqu'il s'agit de définir des catégories de véhicule selon des critères précis qui ne laissent place à aucune interprétation.
<i>Espace public</i>	Peu pertinent.
<i>Équité</i>	Les principes de légalité et d'égalité de traitement dictent que ces critères d'exemption soient les mêmes pour tous. Favorise le règlement au dépend de la directive.
<i>Compétence technique</i>	Peu pertinent.
<i>Économie des moyens</i>	La complexité des exemptions nous éloigne de la simplicité de la règle générale prévue dans la loi. Plus ces exemptions sont précises, plus elles contribuent à maintenir la stabilité de la loi.

**Conclusion :** Confier à un règlement les exemptions à l'obligation d'immatriculer les véhicules sous réserve de l'annonce dans la loi des facteurs en considération desquels ces exemptions peuvent être définies.

## 8. La définition des types de véhicules

De nombreuses définitions se retrouvent à l'article 4 du *Code de la sécurité routière* et à l'article 2 du *Règlement sur l'immatriculation des véhicules routiers*. Elles ont pour but de déterminer le champ d'application des dispositions porteuses de règles. Comme le précise le professeur Issalys, étant donné que ces définitions remplissent des objectifs de précision d'un champ d'application, il serait plus opportun de les situer à l'intérieur d'un règlement, sauf pour les deux notions essentielles de « véhicule routier » et de « chemin public » qui constituent en quelque sorte les deux pôles majeurs du champ d'application du CSR.

L'auteur n'a pas jugé bon de répéter pour ce cas toute son analyse en cinq critères, prétextant que les définitions s'analysent de la même manière que les exemptions à l'obligation d'immatriculer les véhicules présentées précédemment au point 7).

## 9. Les habilitations réglementaires

**Articles :** 619, par. 1, 5, 6 et 8 CSR

**Fonctions et objectifs de la norme :** Prévoir la prise de règlements visant à normaliser la teneur d'un document officiel : le permis de conduire

<i>Maîtrise politique</i>	Sur deux points : déclaration de maladie et de déficit fonctionnel (a. 619, par. 8) et déclaration des droits afférents à un permis (a. 619, par. 5), l'intervention directe du Parlement apparaît nécessaire. Pour les deux autres cas, l'enjeu est disproportionné à la forme d'action sujette à l'intervention du Parlement.
<i>Espace public</i>	Le seul point litigieux pertinent demeure le respect de la confidentialité des informations transmises à la Société sur l'état de santé des administrés. Un débat social pourrait être encouru sur ce sujet. La forme réglementaire ou la directive est donc ici préférée.
<i>Équité</i>	Une appréciation individuelle de l'état de santé des administrés est nécessaire dans l'application de la norme prévue à l'article 619 par. 8. La directive est ici préférée. Rien de particulier sur ce critère pour les trois autres cas observés.
<i>Compétence technique</i>	Une certaine compétence scientifique est nécessaire à l'évaluation de l'état de santé des administrés. La directive répond encore une fois beaucoup mieux à cette exigence. Rien de particulier sur ce critère pour les trois autres cas observés.
<i>Économie des moyens</i>	Ce critère joue un rôle significatif car il s'agit d'accomplir dans trois de ces cas des opérations de mise en œuvre. Le besoin de concilier simplicité et efficacité tout en minimisant les coûts est donc très déterminant. En fonction de la stabilité, de la précision et du besoin de contrainte que commande la norme, la forme d'action étatique de type réglementaire sera préférée à la directive.

**Conclusion :** Conserver dans la loi les paragraphes 5 et 8 de l'article 619 portant sur l'institution du remboursement des droits et sur l'obligation de produire la « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel ».

Dans un règlement, placer l'article 619, paragraphes 1 et 6, car il n'est pas recommandé de modifier la forme des règles relatives aux mentions obligatoires sur les pièces officielles.

Dans des directives, placer les prescriptions relatives au remboursement des droits à la « déclaration de maladie ou de déficit fonctionnel ».

Cette méthode de *réglementation négociée* est conciliable au premier coup d'œil avec la culture politique et administrative québécoise. Elle répond au besoin de concertation dans l'établissement d'une norme et laisse à l'autorité publique passablement de latitude dans le processus de négociation.

#### Application du modèle Issalys à la réglementation négociée

<i>Maîtrise politique</i>	Les résultats obtenus à la suite de la réglementation négociée échappent au contrôle du Parlement	Assez défavorable
<i>Espace public</i>	La participation civique à l'élaboration de l'action publique favorise ce critère. La consultation est efficace si elle est considérée de manière systématique.	Très favorable
<i>Équité</i>	Risque de favoriser plus les idées de certains groupes au dépend des autres.	Défavorable
<i>Compétence technique</i>	Terrain propice pour le rassemblement et la discussion des idées des experts. Risque de favoriser davantage les idées des experts que celles des administrés.	Favorable
<i>Économie des moyens</i>	Cette consultation apporte un meilleur respect de la norme imposée. Par contre, le processus de négociation peut s'avérer long et fort coûteux.	Assez défavorable

**Conclusion :** La *réglementation négociée* est utile et valorisée dans certains cas, futile et source de fausse légitimation dans d'autres. L'auteur fait la distinction dans son étude entre un processus formalisé et informel de négociation des règlements. Il en arrive toujours à la même conclusion : le processus formel est, dans certaines situations, souhaitable, et dans d'autres non. Cela s'explique par la prépondérance du critère le plus influent sur la norme. Une norme dont la maîtrise politique et l'économie de moyens sont justifiées exigera un processus de *réglementation négociée* plutôt *informelle* pour ne pas dire un débat totalement absent. Par contre, si un besoin de transparence requiert que la norme reçoive un fort appui populaire, la *réglementation négociée formalisée* est jugée plus opportune.

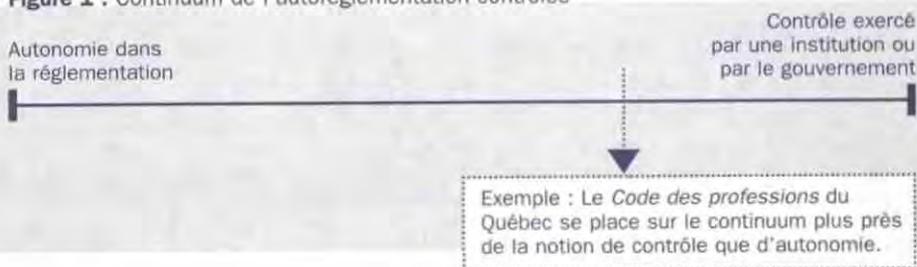
## • L'autoréglementation contrôlée

Ce mode de réglementation se présente ainsi : un groupe choisit de réduire sa liberté d'action en établissant des règles précises (*autonomie dans la réglementation*) dont les modalités, les résultats et les effets sont encadrés par l'État (*contrôle*). Le droit québécois est familier avec cette forme d'action étatique. Le *Code des professions* en est un exemple évident.

Les ordres professionnels du Québec sont titulaires de la plupart des pouvoirs réglementaires attribués par le *Code des professions* (art. 65; 87 à 94). L'Office des professions et le gouvernement ont un ensemble comparativement limité de pouvoirs réglementaires (art. 12 al. 1, par. 6; 12.1; 12.3; 183; 183.1; 184 et 186). Les ordres professionnels ont l'obligation de prendre des règlements sur divers sujets de leur compétence afin d'encadrer leurs pratiques professionnelles. L'Office des professions, chargé de veiller à l'exécution de ces obligations, peut, en cas de défaut, recommander au gouvernement d'adopter un texte de substitution. L'intensité de cette tutelle exercée par l'Office des professions et le gouvernement favorise le degré de contrôle au dépend de l'autonomie.

Tout procédé d'*autoréglementation contrôlée* s'évalue sur la base d'un continuum partant du point autonomie jusqu'à celui de contrôle comme le démontre la figure suivante.

**Figure 1 :** Continuum de l'autoréglementation contrôlée



Un contrôle relativement serré sur le groupe d'autoréglementation demeure très présent dans la méthode législative québécoise. Les autorités surveillantes, notamment le Parlement, veulent conserver leur primauté en matière législative et réglementaire (ex. : *Loi sur la mise en marché des produits agricoles, alimentaires et de la pêche* (LRQ, c. M-35-1) et *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune* (LRQ, c. C-61.1). Or, l'auteur fait remarquer qu'avec le mouvement de déréglementation entrepris à la fin des années 1980, certaines lois nouvelles ou anciennes accordent maintenant une plus grande part d'autonomie aux groupes d'autoréglementation (ex. : *Loi sur la distribution de produits et services financiers* (LQ 1998, c. 37), *Loi sur les appellations réservées de 1996* (LRQ, c. A-20.02) et *Loi sur les valeurs mobilières* (LRQ, c. V-1.1)).

#### Application du modèle Issalys à l'autoréglementation contrôlée

<i>Maîtrise</i>	En considérant le caractère spécialisé de la norme, le Parlement s'éloigne de son élaboration. Il garde cependant un certain contrôle sur les organismes d'autoréglementation.	Assez défavorable
<i>Espace public</i>	L'effet de clôturer l'élaboration de la norme entre un petit nombre de gens spécialisés semble inconciliable avec la qualité de l'espace public. La publication des règlements demeure le seul outil de transparence.	Défavorable
<i>Équité</i>	Un risque de traitement inéquitable et discriminatoire est prévisible, car les intérêts du groupe d'autoréglementation peuvent passer outre les intérêts de la communauté.	Assez défavorable
<i>Compétence technique</i>	Le recours à des experts est fort valorisé, pour ne pas dire nécessaire.	Très favorable
<i>Économie des moyens</i>	En prenant appui sur la volonté d'une communauté à se soumettre à ses propres contraintes, le niveau de conformité et de respect de la norme visée est très élevé. Les coûts s'en trouvent réduits pour l'État, car ils sont transférés à l'organisme d'autoréglementation.	Favorable

**Conclusion :** Nous ne devrions envisager l'utilisation de l'*autoréglementation contrôlée* que si les exigences de la compétence technique et de l'économie de moyens paraissent prépondérantes dans l'élaboration de la norme à mettre en œuvre. D'autre part, si l'équité et la maîtrise politique apparaissent déterminants, ce procédé doit être exclu.

L'emploi de l'action étatique réglementaire dont il s'agit maintenant d'analyser les manifestations nuance la notion d'une autre manière : le contenu de la norme n'est plus livré immédiatement par le texte législatif ou réglementaire. Il sort de son cadre spatio-temporel habituel pour s'appliquer ailleurs dans le temps ou dans l'espace.

Dans un premier cas, la *réglementation par objectifs* place la norme à distance dans le temps. La norme ne saisit plus l'activité humaine dès l'instant où elle entre en vigueur. Elle porte sur les résultats éventuels de cette activité. Il s'agit en quelque sorte d'un droit pour demain. Dans un second cas, la *réglementation par renvoi* place la norme à distance dans l'espace. Une autorité étrangère qualifiée produit des règles lesquelles sont « incorporées » à notre ordre juridique. Un droit venu d'ailleurs !

### • La réglementation par objectifs

Cette forme d'action étatique met l'accent sur les buts et les résultats visés par la norme plutôt que sur les moyens adoptés pour la faire respecter. Elle repose sur l'opposition entre normes de moyen et normes de résultat. Ces premières nécessitent une description précise et technique des conduites, procédés et équipements obligatoires pour que l'activité réglementée soit conforme aux objectifs visés. Certains textes d'application du CSR se qualifient ainsi : *Règlement sur les normes de charges et de dimensions applicables aux véhicules routiers et aux ensembles de véhicules routiers* (D. 1299-91, (1991) 123 GOQ II 5213, art. 4) et *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers* (D. 1483-98, (1998) 130 GOQ II 6221, art. 32 et 92). Par opposition, les normes de résultat décrivent avec plus ou moins de précision l'objectif recherché sans préciser les moyens à mettre en œuvre pour y parvenir. Le choix des moyens est laissé à l'appréciation de l'administré dans l'attente implicite que celui-ci adopte le comportement voulu. L'article 5 du *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers* en est un brillant exemple :

« Tout équipement (...) visé au présent chapitre doit être adéquat, c'est-à-dire approprié à sa fonction et constamment tenu en bon état de fonctionnement ».

L'objectif visé est le bon état de l'équipement du véhicule. La règle ne précise pourtant pas comment atteindre cet idéal. Cette discrétion est laissée à l'assujéti qui se soumet de la manière qui lui est la plus profitable. Son utilisation procure donc une plus grande facilité d'actualisation des normes en fonction de l'évolution des savoirs et des techniques. Elle crée de plus une « culture civique » au moyen de la liberté qu'elle laisse aux administrés pour respecter la finalité de la norme.

Un facteur important à considérer est sa compatibilité à l'ensemble de notre système juridique actuel. La règle générale formulée en objectifs peut prendre une valeur de principe et permettre de combler les lacunes apparaissant dans diverses dispositions. Ce procédé se marie donc aisément à l'*autoréglementation contrôlée*, à la directive et même à la *réglementation par normes de moyen*.

### Application du modèle Issalys à la réglementation par objectifs

<i>Maîtrise politique</i>	Trop d'autonomie est laissée aux experts et aux administrés dans la façon de se soumettre à la norme. Le Parlement perd le contrôle sur l'application de la norme.	Défavorable
<i>Espace public</i>	Se prête très bien à la communication et au débat, à la participation civique et à la délibération, à l'imputation des responsabilités et à l'évaluation dans l'espace public.	Assez favorable
<i>Équité</i>	Permet de composer plus facilement avec la diversité des situations. Par contre, elle risque de tomber dans l'excès de l'individualisation, source de bien des discriminations.	Assez favorable
<i>Compétence technique</i>	Les idées des experts sont exploitées dans l'élaboration de la norme et particulièrement dans son application.	Favorable
<i>Économie des moyens</i>	Les normes de résultat sont relativement simples à concevoir, à faire connaître et à exécuter. Cette simplicité dans la formulation se refléchit dans son application. L'administré conçoit la norme dans sa généralité et choisit les moyens de la respecter sans les contraintes artificielles des moyens proposés. Coûts réduits pour l'État.	Très favorable

**Conclusion :** L'application de la méthode « Issalys » conduit à une appréciation globale positive. À l'exception du critère de la maîtrise politique, les quatre autres critères sont relativement favorables à ce type de réglementation. Dès qu'une norme nécessitera de manière privilégiée la maîtrise du politique, il faudra s'en remettre à un autre procédé d'action étatique que celui de la *réglementation par objectifs*.

### • La réglementation par renvoi

Cette forme d'action étatique est caractérisée par un déplacement de la norme dans l'espace. Le renvoi dans un texte législatif ou réglementaire se présente comme une technique de rédaction permettant de compléter un texte en indiquant au lecteur qu'il doit se reporter à une autre source qui lui est désignée. La norme n'agit plus seule. Elle est définie, qualifiée et même interprétée dans un cadre textuel autre que celui qui la supporte. L'administré consulte alors un autre texte ou disposition afin de connaître la portée normative de la règle. Deux types de renvoi sont utilisés dans nos modes législatifs : les renvois interne et externe.

Le renvoi interne ne pose pas grande difficulté. Le siège de la règle se trouve dans le même ensemble textuel. Le renvoi externe, pour sa part, pose certaines difficultés : celui-ci pouvant à la fois nous référer à un autre texte législatif ou à des pratiques commerciales extérieures à la législation. Le renvoi externe à des standards non-juridiques « sort » la norme de son cadre légal ou réglementaire pour s'en remettre, par exemple, à des pratiques commerciales ou professionnelles. Ce sont des cas comme ceux prévus aux articles 15, 182, 183 et 185 du *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers* qui exigent des normes de conformité ajustées à celles du fabricant. Il est clair que l'intégration économique mondiale favorise le développement de ce mode d'action étatique.

Toutefois, l'harmonisation des règles juridiques à des normes techniques définies par une industrie ou des corps professionnels met en danger non seulement l'autonomie de notre système juridique mais aussi la « normalisation d'un comportement ou d'une activité ». L'État ne joue plus le rôle de régulateur mais de simple agent de transmission de la norme prescrite. En transformant les règles de droit en simples « bureaux d'accueil », le renvoi laisse paraître un phénomène de dispersion, d'éparpillement, voire de dissolution de notre souveraineté législative.

Certains problèmes apparaissent aussi lors de son utilisation. Comme la référence fait partie intégrante du texte dans la mesure où il la complète, la norme réglementaire échappe au contrôle du Parlement. Le renvoi est soustrait dans bien des cas au régime général du pouvoir réglementaire tel les règles de publication des textes réglementaires. Il y a alors une méconnaissance de la règle. Ce type de renvoi risque de ne pas toujours respecter les exigences linguistiques auxquelles le règlement est soumis. Par exemple, si les normes sont écrites dans une autre langue que le français, l'accessibilité de la norme à l'administré s'en trouve fortement réduite. Il réside dans la nature même du règlement et de son rôle dans l'espace juridique que les normes qu'il présente soient accessibles, intelligibles et compréhensibles pour l'administré.

#### Application du modèle Issalys à la réglementation par renvoi

<i>Maîtrise politique</i>	La « surspécialisation » de la norme fait perdre au règlement son sens d'intelligibilité et son caractère contraignant.	Très défavorable
<i>Espace public</i>	En insérant au règlement des normes conçues par des experts, le débat public est inexistant. L'absence de normes de référence dans la langue de l'administré ne fait qu'aggraver l'insensibilité de ce procédé à la qualité de l'espace public.	Défavorable
<i>Équité</i>	La norme n'étant plus contrôlée par le Parlement, mais bien par des groupes privés d'experts, un risque de discrimination et d'inéquité dans le traitement des administrés reste prévisible.	Assez défavorable
<i>Compétence technique</i>	Permet d'insérer à l'ordre juridique des prescriptions techniques détaillées, révisées et mises en œuvre par des experts.	Très favorable
<i>Économie des moyens</i>	Les coûts sont bas pour ne pas dire inexistantes. L'harmonisation de notre réglementation à des standards nationaux ou internationaux s'en trouve favorisée.	Favorable

**Conclusion :** L'utilisation de la *réglementation par renvoi* est donc appropriée quand les critères de compétence technique et d'économie de moyens en justifient l'élaboration.

La réglementation agit sur les conduites et les pratiques des administrés de trois façons différentes. Dans un premier temps, l'élaboration de la norme existe dans une attente de conformité de l'administré. Dans un deuxième temps, l'administré doit s'y conformer en raison notamment de la vérification et du contrôle exercés par le pouvoir exécutif. Et, finalement, à défaut pour l'administré de se soumettre à la norme, une sanction lui est imposée. Cette élaboration de la norme en trois temps donne ouverture à cinq formes de réglementation.

Premièrement, la *contractualisation du contrôle d'application* et l'*autocontrôle* viennent nuancer les manières habituelles d'appliquer les règles en déléguant à des tiers étrangers le pouvoir de les contrôler. Deuxièmement, il arrive qu'une règle n'ait pas de valeur absolue. Le Parlement prévoit alors expressément que certaines conduites non-conformes à la réglementation ne donneront pas lieu à une sanction répressive. Des régimes de *dérogations* et de *tolérances* s'installent alors comme modes d'application de la norme. Troisièmement, le contrôle de la norme par la sanction pénale s'avère dans certaines situations inapproprié. *Des sanctions non-pénales* apparaissent alors plus performantes pour faire respecter les règles.

### • La contractualisation du contrôle d'application et l'autocontrôle

La *contractualisation du contrôle d'application* repose sur un contrat ou un mandat confié à un tiers extérieur à l'administration, portant sur la totalité ou une partie de la mission du contrôle de la norme. Une personne de droit privé est ainsi habilitée à accomplir des actes typiquement étatiques comme l'application d'une réglementation ou la perception d'un prélèvement. Malgré cette délégation de pouvoir, l'État conserve l'organisme privé sous sa tutelle par la nomination et la désignation de son personnel, par l'encadrement réglementaire de sa procédure, par la vérification de ses états financiers et de son rapport annuel.

Pour sa part, le procédé d'action étatique d'*autocontrôle* est, par définition, paradoxal : l'assujetti assure lui-même le contrôle de sa propre conduite. L'exemple le plus marquant demeure le système d'autocotisation prévu par les lois de l'impôt où les sanctions tant administratives que pénales interviennent une fois que l'administré s'est dans un premier temps lui-même contrôlé.

Le programme d'entretien préventif prévu aux articles 543.2 et suivants du CSR suit cette procédure d'*autocontrôle*. La responsabilité de la vérification mécanique est déplacée vers le propriétaire du véhicule. Un ensemble d'interventions planifiées et d'obligations particulières visant à atteindre l'objectif général de bon fonctionnement des véhicules est alors imposé aux propriétaires de véhicules (art. 543.8 et 543.9 CSR; art. 215 à 217 *Règlement sur les normes de sécurité des véhicules routiers*). Toute dérogation à ces obligations entraîne des sanctions. Donc, deux régimes cohabitent pour faire respecter une même norme : l'un d'*autocontrôle* pour les personnes qualifiées au programme; l'autre de type sanctions pour les non-qualifiés et pour ceux qui transgressent les règles du programme. L'*autocontrôle* se présente alors comme un moyen alternatif de contrôle visant à alléger une partie des responsabilités de supervision de l'État.

### Application du modèle Issalys à la contractualisation du contrôle et à l'autocontrôle

<i>Maîtrise politique</i>	Le Parlement semble se désintéresser des questions de contrôle de la norme, en les référant à la sphère privée.	Défavorable
<i>Espace public</i>	Il y a absence de délibérations publiques sur les fins et les moyens d'atteindre le respect de la norme.	Très défavorable
<i>Équité</i>	Ces procédés sont plus souples et plus adaptés pour répondre à des situations particulières. Par contre, ils présentent des risques d'arbitraire, de discrimination et d'approximation puisque le contrôle d'application est déplacé vers l'assujetti.	Assez Favorable
<i>Compétence technique</i>	En confiant l'application des normes à ceux qui connaissent mieux le terrain, ce critère atteint ses objectifs en laissant aux experts le soin d'appliquer le règlement.	Très favorable
<i>Économie des moyens</i>	En déléguant ses fonctions habituelles de contrôle, l'État réduit les coûts engendrés par l'application de la norme.	Très favorable

**Conclusion :** L'utilisation de ces procédés est appropriée quand les critères de compétence technique et d'économie de moyens justifient l'élaboration d'une norme réglementaire, particulièrement si un souci d'équité motive l'élaboration de la norme à mettre en œuvre.

## • Les dérogations et les tolérances

La *dérogation* permet d'éviter la mise en œuvre de la réglementation dans les cas où elle n'est pas souhaitable. Elle agit ainsi à titre de correctrice de la norme générale qui trop souvent provoque des inéquités dans ses objectifs de considérer de manière égale tous les comportements des administrés. L'implantation d'une *dérogation* implique l'obligation de céder à une sous-autorité administrative le pouvoir discrétionnaire d'appréciation d'une situation ou d'une catégorie d'administrés. Au moyen d'habilitations réglementaires, telles que celles présentées au chapitre XIII du CSR<sup>1</sup>, un règlement ou une directive peut venir déroger à la norme législative pour tenir compte du particularisme d'une situation ou de certaines catégories d'administrés. Par exemple, le gouvernement peut, au moyen d'un règlement, autoriser sous certaines conditions des exploitants de véhicules lourds à déroger à la réglementation relative aux heures de conduite (art. 621, par. 12.0.2).

Pour sa part, la *tolérance* permet à l'autorité compétente de s'abstenir d'appliquer la loi dans certaines situations<sup>2</sup>. Ce « non-agir » n'a pas à être directement prévu par la loi ou le règlement. En affirmant qu'une autorité administrative peut prendre à l'endroit d'un contrevenant une sanction administrative, la loi admet implicitement qu'elle puisse ne pas le faire et donc tolérer la situation de non-conformité. Il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire. Dès que l'autorité administrative installe une pratique de tolérance en échange d'une bonne conduite avec l'intéressé, ce pouvoir discrétionnaire se doit d'être encadré dans un règlement ou par des directives afin d'éviter toute forme de discrimination dans le traitement des sanctions.

<sup>1</sup> Art. 618, par. 6°, 8.9°, 10°, et 18°; 619, par. 4°, 6,3° et 9,2°; 621, par. 12.02°, 12.2°, 31.3°, 36° et 42°; et 624, par. 11° du CSR.

<sup>2</sup> La loi ne demeure pas moins applicable. *P.G. Québec c. Danis*, JE 95-1762 (CQ).

Les vocables de *dérogation* et de *tolérance* sont chargés de connotations négatives. L'un et l'autre impliquent un écart marqué par rapport à la règle. Ils paraissent donc miner la crédibilité, la stabilité et la conformité de la loi. Toutefois, une conciliation demeure possible entre les exigences de la légalité et la nécessité de prévoir des *dérogations* et des politiques de *tolérance*. Dans les faits, le processus classique d'application des normes juridiques de manière uniforme trouve souvent ses limites. Il faut donc gérer aussi les situations d'exception. Un cadre réglementaire souple, démontrant la conformité de la *dérogation* et des politiques de *tolérance* aux objectifs poursuivis par la règle, évite toute ambiguïté relative aux inégalités de traitement.

#### Application du modèle Issalys aux dérogations et aux tolérances

<i>Maîtrise politique</i>	Les modalités d'appréciation sont laissées à la discrétion d'une autorité administrative. Cet éloignement du pouvoir politique, dans l'application de la règle, risque de détourner les objectifs de la norme des intentions réelles pour laquelle elle fut édictée.	Assez défavorable
<i>Espace public</i>	Elles ont un tel caractère de spécificité et d'opacité qu'elles excluent l'idée même de délibération, de communication, de contrôle et d'évaluation de la norme par le public.	Très défavorable
<i>Équité</i>	L'abandon d'un traitement égal pour tous risque de créer une réglementation d'exceptions.	Assez défavorable
<i>Compétence technique</i>	En mettant l'accent sur les particularités d'une situation comme traitement différencié, ces deux formes d'action étatique tiennent compte des connaissances spécialisées en plus de celles de l'assujetti lui-même.	Assez favorable
<i>Économie des moyens</i>	Permet à l'administration publique d'alléger ses tâches lourdes de contrôle au moyen de la souplesse et de l'adaptabilité que procurent ces formes d'action étatique.	Favorable

**Conclusion :** Seul le critère d'économie des moyens et dans une moindre mesure celui de la compétence technique justifie l'utilisation de ces procédés. La prudence est donc de rigueur dans la mise en œuvre de ces formes d'action étatique.

### • Les sanctions non-pénales

L'application des normes réglementaires s'écarte aussi du modèle classique de sa mise en œuvre lorsque l'instance de la sanction est déplacée du juge vers l'autorité administrative. Cette « dépenalisation » des comportements fautifs par l'établissement de sanctions administratives répond à une recherche d'efficacité et à un souci de réaliser de manière optimale les objectifs de la norme. D'où la recherche de modes de sanctions plus expéditifs, moins coûteux, mieux intégrés au processus décisionnel, plus sensibles à la diversité des situations, bref plus efficaces que la sanction pénale.

Contrairement à la sanction pénale qui vise à punir, la sanction administrative vise, pour sa part, à protéger le public. Le CSR produit un large éventail de sanctions administratives notamment au titre intitulé *révocation et suspension*. L'application optimale d'un dispositif de régulation implique que les situations de

non-conformité puissent être traitées le plus souvent possible par des moyens d'action peu contraignants. La simplicité de son utilisation en fait donc une source de dissuasion efficace et très convaincante. Le recours à la contrainte ultime doit être réservé aux cas de récidive et aux comportements plus délinquants où la sanction pénale est privilégiée. Rappelons que les sanctions administratives et pénales peuvent s'appliquer aux mêmes faits<sup>3</sup> et cohabiter ainsi à l'intérieur d'un même régime de sanction. Il s'ensuit un système d'échelle de sanctions présenté comme suit dans le texte du professeur Issalys.

Figure 2 : Échelle des sanctions



#### Application du modèle Issalys aux sanctions non-pénales

<i>Maîtrise</i>	Leur établissement permet à l'autorité législative politique de suivre de plus près l'exécution effective de la loi et des règlements.	Favorable
<i>Espace public</i>	Leur imposition repose sur des décisions qui revêtissent un caractère souvent trop confidentiel. Elles n'ont aucun caractère exemplaire.	Défavorable
<i>Équité</i>	La faible publicité qui entoure leur imposition n'offre guère des garanties de cohérence dans leur implication.	Assez défavorable
<i>Compétence technique</i>	Leur imposition se prête à un traitement réalisé par des spécialistes qui traduisent, en des termes techniques, la conformité des comportements recherchés selon la loi ou le règlement.	Favorable
<i>Économie des moyens</i>	Elles sont simples et rapides à mettre en œuvre contrairement aux sanctions pénales qui exigent un processus long, formel et soumis au regard des tribunaux.	Très favorable

**Conclusion :** La convergence des critères d'économie de moyens, de compétence technique et de maîtrise politique appuie le choix de l'établissement d'une sanction non-pénale. En dehors de cette situation, l'utilisation de la sanction pénale est plus appropriée.

<sup>3</sup> R. c. Wigglesworth, [1987] 2 RCS 541.

## METTRE EN ŒUVRE DES TECHNIQUES NON RÉGLEMENTAIRES ?

*La recherche de nouvelles formes d'action étatique s'est également développée sur le terrain non réglementaire. L'émergence et l'expansion de ces procédés ont été principalement déterminées par deux aspirations. En premier lieu, les techniques d'encadrement consenti recherchent des formes d'encadrement fondées sur une adhésion directe et volontaire des assujettis [A]. En second lieu, les techniques d'encadrement souple ont le souci d'adapter le plus possible l'action étatique aux particularités des situations [B].*

## A Les techniques d'encadrement consenti

L'origine étatique du procédé réglementaire ou législatif est ici mise en cause. L'action étatique n'est plus initiée par le politique, mais bien par les administrés. Cela peut se traduire ainsi : les membres d'une communauté adhèrent volontairement à un ensemble de règles qu'ils ont développé ensemble pour régir des activités qui leur sont particulières. Une première forme de ce type de procédé, l'*autoréglementation intégrale*, postule que les assujettis peuvent de leur propre initiative et selon leurs propres moyens assurer un encadrement efficace de leurs activités sans l'intervention de l'État. Une deuxième forme, la *substitution des normes*, permet au procédé réglementaire d'agir de manière subsidiaire lorsque le processus d'autoréglementation est insuffisant pour faire respecter la norme. La troisième forme d'action étatique fait l'objet d'une *contractualisation de la norme* où l'autorité publique s'associe à d'autres acteurs juridiques pour élaborer et mettre en œuvre une norme qui les engage tous.

### • L'autoréglementation intégrale

Ce procédé s'éloigne des formes d'action étatique habituelles comme la loi et le règlement notamment parce qu'il est issu non pas du pouvoir étatique, mais de la société civile. L'*autoréglementation intégrale* n'a donc pas de fondement législatif. Elle se présente comme une donnée pouvant suppléer à l'action étatique. Pour que ce procédé existe, il faut une communauté d'acteurs suffisamment large, indépendante de l'action étatique, présentant une cohésion suffisante de leurs intérêts et désireuse de contraindre leur liberté par l'établissement concertée de normes relatives à leurs activités. Son élément distinctif réside donc dans son caractère présument consenti.

Répondant à des besoins de régulation économique ou d'éthique, les principaux acteurs d'une même communauté ont décidé de s'autodiscipliner en se dotant de règles particulières propres à leurs activités. Ce procédé offre donc un moyen de corriger de manière autonome, sans recourir au politique, les dysfonctionnements et les disparités présents à l'intérieur d'une communauté d'affaires ou professionnelle. L'adhésion aux règles ainsi produites demeurant volontaire, leur respect repose davantage sur la volonté d'obéir à un code de conduite qu'à la crainte de se voir menacer de sanction en cas de défaut de s'y soumettre.

Certaines pratiques d'*autoréglementation intégrale* sont apparues dans des sphères d'activités telles le commerce international, l'éthique professionnelle, le milieu bancaire et le sport. À titre d'exemple, l'éthique professionnelle des organes de presse et de leurs collaborateurs fait l'objet de normes conventionnelles qu'on pourrait qualifier d'*autoréglementation intégrale* (Conseil de presse 1998). Le milieu bancaire s'est engagé à respecter la confidentialité des opérations des banques sans que l'État n'ait eu à intervenir. Les associations sportives professionnelles autoréglementent les conduites et les pratiques de leurs membres. Celles-ci ont même établi des régimes de sanction pour les sportifs qui enfreignent les règles prescrites par leur association.

### Application du modèle Issalys à l'autoréglementation intégrale

<i>Maîtrise politique</i>	Le contrôle de la norme échappe entièrement au Parlement. Celui-ci ne joue plus son rôle de régulateur des conflits sociaux.	Très défavorable
<i>Espace public</i>	L'effet de clôturer l'élaboration de la norme entre un petit nombre de gens spécialisés semble inconciliable avec la qualité de l'espace public. Le défaut de publication irrite le besoin de transparence précieux à ce critère.	Défavorable
<i>Équité</i>	Le risque de traitement inéquitable est aggravé ici par l'absence de contrôle étatique, de garanties légales et de recours utiles.	Défavorable
<i>Compétence technique</i>	Le recours à des experts est fort valorisé, pour ne pas dire nécessaire.	Favorable
<i>Économie des moyens</i>	Les coûts de la régulation sont transférés au secteur autoréglementé.	Assez favorable

**Conclusion :** L'autoréglementation intégrale dans son état absolu ne devrait être envisagée que si la nature des tâches à accomplir impose d'accorder un poids déterminant à la compétence technique. Toutefois, ce procédé, jumelé à une certaine implication de l'État tant dans le processus d'élaboration de la norme que dans son contrôle, favoriserait une meilleure appréciation des critères de maîtrise politique, de qualité de l'espace public et d'équité.

#### • La substitution des normes

La *substitution des normes* vient combler le déficit d'autorité étatique présent au sein de l'autoréglementation intégrale. Ici, l'action étatique n'est pas exclue. Elle agit de manière subsidiaire quand l'encadrement spontané se révèle inapte à produire l'effet désiré sur la norme. Cette manière de faire poursuit l'objectif d'individualiser la norme aux caractéristiques particulières d'un groupe ou d'un administré. Plusieurs particularités caractérisent la *substitution des normes* : elle permet de remplacer une réglementation d'application générale et impersonnelle par des normes conçues pour s'appliquer à un seul administré; elle peut résulter de l'initiative du destinataire; elle exige une autorisation administrative qui n'est pas donnée nécessairement par l'auteur de la réglementation; et finalement, les normes substituées au règlement ont la même force contraignante que le règlement à l'égard du destinataire. Elle combine ainsi la forme contractuelle du droit privé et les formes de sanction des droits public et privé.

La pratique de ce procédé non réglementaire est encore embryonnaire. Pourtant, l'article 519.31 et le paragraphe 12.3 de l'article 621 du *Code de la sécurité routière* laissent entrevoir certaines caractéristiques de ce procédé. L'article 519.31 se lit comme suit :

Art. 519.31 CSR - La Société peut, dans le cadre d'un programme de gestion de la fatigue prévu par règlement ou dans les cas et aux conditions prévus par tout autre règlement, accorder à l'exploitant qui en fait la demande l'autorisation d'augmenter le nombre d'heures de conduite ou d'heures de travail des conducteurs au-delà de celui prévu par règlement et y prévoir des normes, conditions et modalités autres que celles établies par règlement. La Société n'accorde une telle autorisation que pour un nombre d'heures déterminé.

Quoique cet exemple ne soit pas parfait au modèle de la *substitution des normes*, il permet dans les faits à la Société d'autoriser un exploitant de déroger aux normes réglementaires relatives au nombre d'heures de conduite à condition qu'il respecte le cadre d'un programme de gestion de fatigue prévu par règlement. L'exploitant peut donc se soumettre à un programme de gestion de fatigue en fonction de ses caractéristiques propres d'exploitation. Ces normes substituées ont un caractère obligatoire pour l'exploitant de la même façon qu'un règlement. Par ailleurs, si l'exploitant ne se prévaut pas d'un tel programme, le droit commun lui demeure applicable.

#### Application du modèle Issalys à la substitution de normes

<i>Maîtrise politique</i>	Il revient au Parlement de circonscrire dans la loi les cas d'ouverture à la substitution de normes ou de charger le gouvernement de le faire par règlement.	Défavorable
<i>Espace public</i>	Les normes de substitution sont formulées, examinées, approuvées et mises en œuvre dans des conditions qui favorisent peu la transparence et l'imputabilité des règles au public.	Très défavorable
<i>Équité</i>	Comme elle a pour but d'adapter les règles à des situations concrètes et particulières, l'équité y trouve son compte quoique la sanction de non-conformité se privatise et risque de créer des disparités dans le traitement.	Assez favorable
<i>Compétence technique</i>	La reconnaissance de l'expertise de l'assujetti justifie que l'on recoure à lui tant pour assurer le contrôle de l'application de la norme que l'élaboration de la règle.	Favorable
<i>Économie des moyens</i>	Les normes auto-produites par l'assujetti sont mieux adaptées et intégrées à son activité. Malgré la présence de normes produites dans la société civile, l'État doit continuer à supporter les coûts d'actualisation de sa réglementation qui agit de manière subsidiaire.	Assez favorable

**Conclusion :** Cette forme d'action étatique ne doit être envisagée que lorsque les critères de compétence technique, d'économie de moyens et d'équité le justifient. Il faudrait aussi lors de sa mise en œuvre faciliter le débat des règles dans l'espace public afin de tenir compte du manque de transparence qu'offre ce procédé dans sa forme absolue.

## • La contractualisation des normes

La *contractualisation des normes* permet à l'État et à l'assujetti de coproduire des règles qui leur sont applicables. S'appuyant sur un processus de négociation et sur les principes de droit civil relatifs aux contrats et aux obligations, l'État et l'assujetti, de manière concertée, élaborent ensemble la norme à mettre œuvre. Ainsi, ils se concertent sous une forme de partenariat afin de développer un processus de réglementation efficace répondant aux besoins d'un administré ou d'un secteur d'activités tout en se préoccupant des besoins de l'ensemble social.

Ce procédé est encore peu exploré en droit québécois. À titre d'exemple, on peut voir une forme de *contractualisation de la norme* dans une disposition de la *Loi sur l'assurance-maladie* (LRQ, c. A-29, art. 19) qui habilite le ministre à conclure

des ententes pour l'application de la loi avec des groupements représentatifs de professionnels oeuvrant dans la santé. Les ententes ainsi conclues ont le caractère obligatoire d'un règlement et doivent être respectées par les parties contractantes. Soulignons finalement que le principe de la convention collective se rapproche étroitement de ce procédé.

#### Application du modèle Issalys à la contractualisation de la norme

<i>Maîtrise politique</i>	Ce procédé tend à dessaisir l'État d'une partie de son pouvoir normateur au profit de l'ensemble constitué par les parties prenantes. L'État n'impose plus, elle accepte de négocier sur un pied d'égalité.	Assez défavorable
<i>Espace public</i>	Quoique le débat dans l'espace public n'y trouve pas naturellement sa place, la participation des administrés par des voies collectives (associations, groupes d'intérêts, etc.) favorisent la transparence du processus de négociation et atteint ainsi plusieurs objectifs de ce critère.	Assez favorable
<i>Équité</i>	Dans un contexte de négociation, l'équité ne se réalise pas toujours. Il existe donc des risques de traitements inéquitables.	Défavorable
<i>Compétence technique</i>	Dans la mesure où on rassemble la communauté d'experts et l'État dans un processus de négociation réel, l'idéal de concentration et de confrontation des expertises est atteint.	Assez favorable
<i>Économie des moyens</i>	Le caractère négocié de ce procédé est susceptible de favoriser une plus grande adhésion.	Favorable

**Conclusion :** L'économie de moyens justifie l'utilisation de ce procédé d'action étatique. Les critères souvent opposés de la qualité de l'espace public et de la compétence technique viennent renforcer l'utilisation de celui-ci.

## B Les techniques d'encadrement souple

La recherche de procédés non réglementaires répond également au souci de s'adapter à la diversité et à la mobilité des situations. L'action étatique s'éloigne ainsi du modèle de la règle stable et uniforme pour se rapprocher du jugement ponctuel et éclairé. L'individualisation des décisions et leur dimension discrétionnaire sont donc ici valorisées. Un premier procédé, l'*énoncé politique* est orienté par une norme « souple » formulée par une instance dirigeante de l'appareil administratif. Le deuxième procédé étudié, la *directive*, vise l'établissement d'un certain nombre de règles afin d'assurer la cohérence des actions posées par les agents publics. Finalement, la *décision discrétionnaire individualisée*, répond à une volonté d'interventionnisme étatique, jugée plus conforme au néo-libéralisme ambiant, où les décisions individualisées à forte teneur discrétionnaire sont nécessaires pour rendre efficace l'action étatique.

### • L'énoncé politique

Il s'agit d'un texte, élaboré par une autorité administrative et plus ou moins diffusé, dans lequel cette autorité énonce les objectifs et les orientations qu'elle propose de poursuivre dans un champ d'action donné. L'*énoncé politique* a pour but de faire connaître aux assujettis et aux autres organes publics les orientations et les priorités défendus par l'autorité gouvernante. Ainsi, ce procédé se traduit bien souvent par l'énonciation de priorités et de moyens de les attendre. Il est à caractère public, indicatif, justificatif et prospectif. Il n'est pas susceptible de comporter d'effets juridiques.

L'intérêt principal de l'*énoncé politique* se situe souvent en amont de la législation. Il annonce l'intention du gouvernement ou d'un ministre d'entreprendre un ensemble de mesures visant à réguler un secteur donné ou d'introduire un projet de loi. Il est ainsi susceptible d'être invoqué comme le fondement d'une décision engagée par le Parlement. D'autre part, l'*énoncé politique* peut se situer en aval du procédé législatif. Il sert alors à faire connaître et à expliquer tant au public qu'au personnel de l'administration publique les orientations prises par le Parlement dans une loi ou dans un règlement.

### Application du modèle Issalys à l'énoncé politique

<i>Maîtrise politique</i>	Il est à craindre que le recours plus fréquent à ce procédé évince de sa fonction d'orientation et de régulation le Parlement.	Défavorable
<i>Espace public</i>	Il constitue le centre d'un espace public d'information, de discussion critique et de délibération. Le débat s'ouvre sur l'ensemble des intéressés.	Favorable
<i>Équité</i>	Son caractère peu contraignant et instable ne procure pas la même sûreté et efficacité que le règlement ou la loi.	Assez défavorable
<i>Compétence technique</i>	La souplesse de ce procédé rend la norme ainsi exprimée plus facilement adaptable à l'évolution des connaissances.	Favorable
<i>Économie des moyens</i>	Quoique la souplesse de ce procédé tende à faciliter son adaptation de manière à maximiser son rendement et à diminuer les coûts, les résultats de sa mise en œuvre sont relativement imprévisibles et peuvent s'avérer fort coûteux.	Défavorable

**Conclusion :** Si la nature de la tâche à accomplir impose de faire prévaloir les considérations de qualité de l'espace public et de compétence technique, ce procédé peut s'avérer efficace. Toutefois, son caractère peu contraignant et parfois même instable nous impose de l'utiliser avec prudence ou encore de manière juxtaposée aux procédés d'action étatique traditionnels comme la loi et le règlement.

#### • La directive

La *directive* encadre l'application et la mise en œuvre de la norme <sup>que</sup> dont l'autorité administrative est chargée de faire respecter. Son objet se limite aux objectifs et aux orientations de l'organisme destinataire dans l'exercice de ses fonctions. Elle apparaît donc comme une forme plus ou moins atténuée de commandement hiérarchique dont le respect est garanti par des sanctions disciplinaires applicables aux agents publics. Elle est en quelque sorte le prolongement opérationnel de la mise en œuvre de la loi.

Contrairement à l'énoncé politique, la *directive* a un caractère occulte. Elle est rarement assujettie à une forme quelconque de publicité. Elle ne peut non plus être opposable à l'autorité administrative par un assujetti qui souhaite s'en prévaloir. Malgré son caractère juridique non-contraignant, la directive est susceptible d'avoir en pratique des effets impératifs, non seulement sur les destinataires directs au sein de l'administration, mais sur les catégories d'assujettis dont elle conditionne les droits, les facultés et les obligations. En effet, comme elle a aussi pour objectif d'uniformiser le pouvoir discrétionnaire accordé à l'agent public, son non-respect peut entraîner des différences de traitement préjudiciables à l'ensemble social ou à des groupes d'administrés.

### Application du modèle Issalys à la directive

<i>Maîtrise politique</i>	Son caractère technique et détaillé fait en sorte que le Parlement et le gouvernement ne peuvent en être les auteurs formels. L'élaboration et le suivi de la mise en œuvre des directives échappent au contrôle du Parlement.	Très défavorable
<i>Espace public</i>	Son élaboration est souvent conduit dans un climat confidentiel loin du débat public. Elle est perçue trop souvent comme une règle secrète.	Défavorable
<i>Équité</i>	Elle favorise le traitement uniforme des situations sans exclure la possibilité d'adapter la norme à des situations particulières. Le danger demeure qu'elle soit appliquée de manière systématique.	Assez favorable
<i>Compétence technique</i>	La directive se prête bien à un traitement détaillé et méthodique réalisé par des experts. Sa souplesse d'élaboration lui permet de s'adapter à l'évolution des situations et des connaissances.	Très favorable
<i>Économie des moyens</i>	Elle est peu coûteuse à produire et à maintenir en état. Elle incite à la cohérence de l'action étatique en favorisant, par des pratiques communes, la prévisibilité des résultats que la norme cherche à accomplir.	Très favorable

**Conclusion :** Les considérations d'économie de moyens et de compétence technique incitent l'utilisation de la *directive* comme forme optimale d'action étatique. Sa propension à accomplir un traitement équitable pour l'ensemble des administrés appuie le recours à son utilisation.

## • La décision discrétionnaire individualisée

La recherche de solution de rechange à la réglementation aboutit nécessairement à son opposé classique : la *décision discrétionnaire individualisée*. À la règle générale visant la conformité, on oppose maintenant la décision concrète et malléable visant chaque situation dans sa particularité. L'action étatique étant aujourd'hui contrainte de s'adapter à l'évolution des sciences et des techniques, un modèle de jugement d'espèce discrétionnaire, fondé sur des principes généraux admis de tous, pourrait offrir une solution de rechange viable aux formes moins souples d'action étatique traditionnelle comme la loi et le règlement.

La *décision discrétionnaire individualisée* n'est pas le pur produit d'un agir individuel même si elle laisse transparaître une telle réalité. C'est plutôt une activité organisationnelle où plusieurs décisions individuelles agissent en parallèle en vue d'obtenir, par cette concertation, une règle auto-produite répondant adéquatement à une situation donnée. Le traitement des demandes d'indemnisation en vertu de la *Loi sur l'assurance automobile* illustre bien la logique de ce procédé. La décision est le fruit d'un travail collectif du personnel de la SAAQ et de médecins évaluateurs. Chaque situation étant particulière, seule la concertation d'efforts individuels permet de rendre une décision juste et équitable à l'égard de l'administré.

Quoique ce procédé d'action étatique soit encore perçu comme un phénomène extérieur au droit, son utilisation demeure essentielle dans certains champs d'activité où la recherche de conformité n'est nullement nécessaire en raison du caractère particulier qu'exige le traitement de dossiers de certains administrés.

#### Application du modèle Issalys à l'élargissement des marges discrétionnaires

<i>Maîtrise politique</i>	Ce procédé comporte une certaine renonciation de la part du politique à diriger la mise en œuvre de sa volonté. Le Parlement ne peut plus ainsi contrôler l'application de la norme.	Défavorable
<i>Espace public</i>	La décision individuelle ne se prête pas au débat dans l'espace public.	Assez défavorable
<i>Équité</i>	Envisagée à l'état pur, la décision individuelle présente de sérieux risques de traitement inégal des situations. Par contre, quand elle est adéquatement contrôlée et circonscrite, elle peut concourir à la réalisation de l'équité	Assez défavorable
<i>Compétence technique</i>	Ce procédé nécessite un haut degré d'expertise et de connaissance technique. Le débat entre les experts est favorisé.	Très favorable
<i>Économie des moyens</i>	Quoique la décision individuelle apparaisse souple et peu coûteuse, son application risque d'entraîner des coûts directs et indirects significatifs. Assurer le suivi d'une telle décision peut s'avérer plus coûteux que l'application d'une règle uniforme.	Défavorable

**Conclusion :** Seul le besoin de compétence technique pourrait justifier de recourir à la *décision discrétionnaire individualisée*. Les autres critères étant pour le moins assez défavorables à ce procédé. Notons que la particularité des dossiers à traiter par une autorité administrative comme par exemple en matière d'indemnisation d'accident travail ou de la route privilégie l'utilisation de la *décision discrétionnaire individualisée* comme forme optimale d'action étatique.

# Conclusion

Envisagée globalement, l'analyse des procédés réglementaires et non réglementaires livre un certain nombre de conclusions. Ce tableau-synthèse est à cet égard fort révélateur. Les cases « grisées » se rapportent au critère déterminant qui motive l'utilisation d'un procédé sur un autre.

		CRITÈRES				
« TABLEAU-SYNTHESE »		Maitrise politique	Qualité de l'espace public	Équité	Compétence technique	Économie de moyens
Procédés réglementaires	Réglementation négociée (formalisée)	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable	Favorable	Assez défavorable
	Réglementation négociée (informelle)	Favorable	Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable
	Autoréglementation contrôlée	Assez défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable
	Réglementation par objectifs	Défavorable	Assez favorable	Assez favorable	Favorable	Très favorable
	Réglementation par renvoi	Très défavorable	Défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Favorable
	Contractualisation du contrôle et autocontrôle	Défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable
	Dérogations et tolérances	Assez défavorable	Très défavorable	Assez défavorable	Assez favorable	Favorable
Sanctions non-pénales	Favorable	Défavorable	Assez défavorable	Favorable	Très favorable	
Techniques non réglementaires	Autoréglementation Intégrale	Très défavorable	Défavorable	Défavorable	Favorable	Assez favorable
	Substitution de normes	Assez défavorable	Très défavorable	Assez favorable	Favorable	Assez favorable
	Contractualisation des normes	Assez défavorable	Assez favorable	Défavorable	Assez favorable	Favorable
	Énoncé de politique	Défavorable	Favorable	Assez défavorable	Favorable	Défavorable
	Directive	Très Défavorable	Défavorable	Assez favorable	Très favorable	Très favorable
	Décision discrétionnaire individualisée	Défavorable	Assez défavorable	Assez défavorable	Très favorable	Défavorable

La première régularité que souligne l'auteur est la convergence quasi complète entre les critères de compétence technique et d'économie de moyens. À l'exception de la *réglementation négociée formelle*, de l'*énoncé politique* et de la *décision discrétionnaire individualisée* ces deux critères se rejoignent positivement dans tous les procédés tant réglementaires que non réglementaires. Plus étonnant encore ces deux critères sont favorables à presque tous les procédés analysés par le professeur Issalys. Cette convergence n'est pas étrangère au mouvement de réforme de réglementation activement promu à l'intérieur de nos sociétés néo-libérales.

La deuxième régularité, présentée par l'auteur, est que les trois autres critères (maîtrise politique, qualité de l'espace public et équité) sont dans la plupart des cas défavorables à ces différents procédés. Ces critères s'inscrivent en résistance aux critères présentement valorisés dans nos sociétés pour déterminer les interventions étatiques optimales. Ils sont les balanciers de l'économie de moyens et de la compétence technique. Au sein des procédés réglementaires, la qualité de l'espace public apparaît comme le critère le plus résistant. Ce n'est pas étonnant comme le remarque l'auteur; ce critère répond à des aspirations relativement nouvelles dans notre société et son émergence traduit le besoin de contreponds que l'administré oppose au titulaire du pouvoir. Par ailleurs, du côté des techniques non réglementaires, le critère de maîtrise politique se démarque par une appréciation défavorable à tous les procédés. On ne peut guère s'étonner de ce constat puisque les procédés non réglementaires impliquent tous, à divers degrés, un dessaisissement du politique au profit de l'expertise des milieux visés par l'action étatique ou de l'expertise administrative.

Finalement, dans le choix d'un procédé réglementaire ou non réglementaire, l'auteur propose de concilier les indications respectives de la compétence technique et de l'économie de moyens d'une part, et les indications de la qualité de l'espace public, de la maîtrise politique et de l'équité d'autre part. Il propose d'accorder une prépondérance au critère déterminant présent à l'intérieur de ces formes d'action étatique pour optimiser le choix d'un procédé d'action étatique sur un autre.







**Bibliothèque administrative**



QMC A 359 053