



---

*Les règlements, les sociétés d'État  
et les tribunaux administratifs*

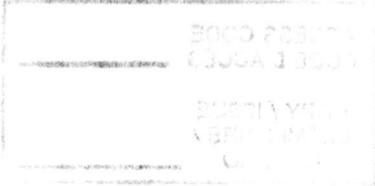


LIBR-00273

PC  
19  
1984

*Volume 48 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.*

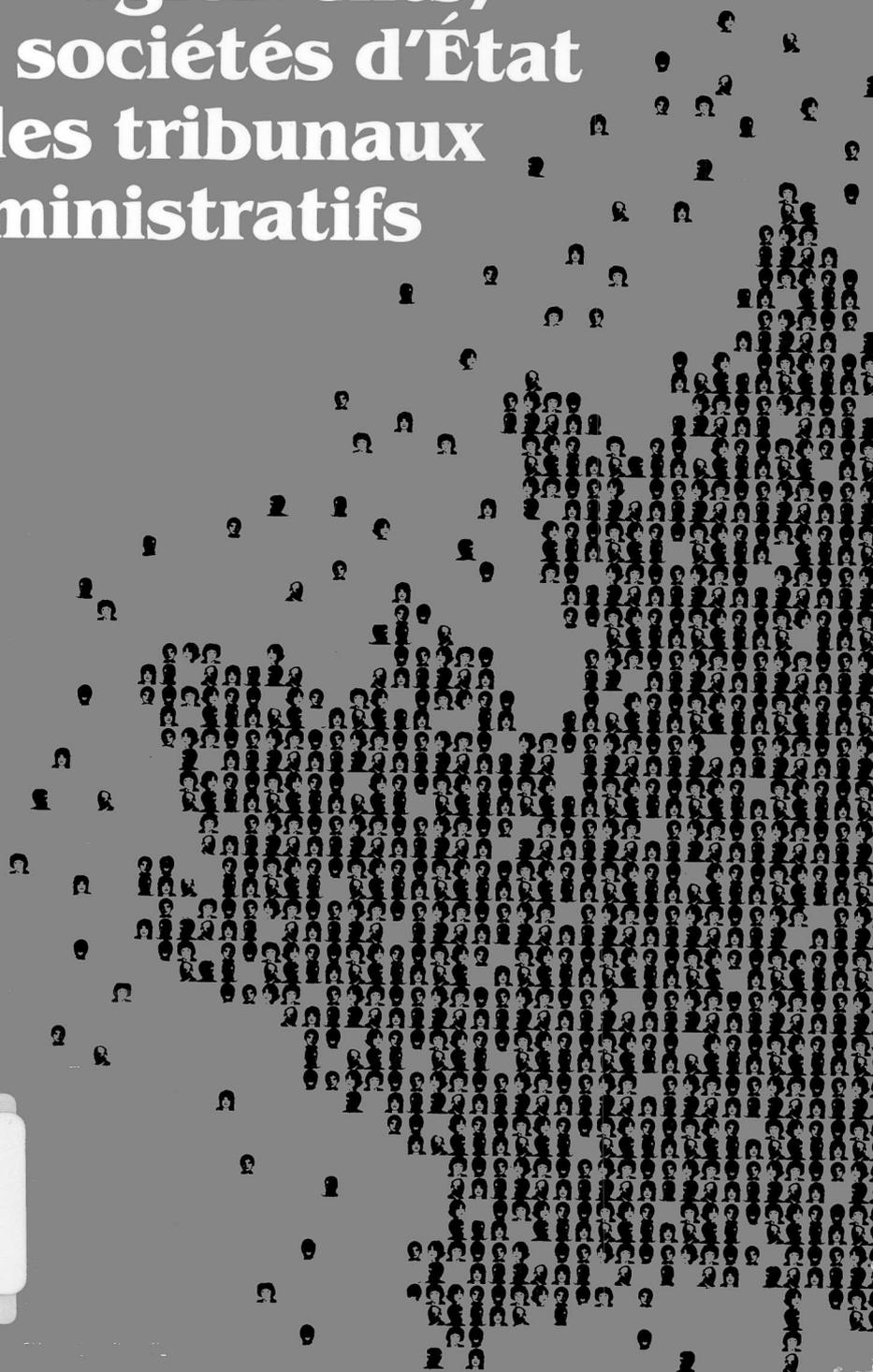
*Les opinions exprimées dans ce volume n'engagent que les auteurs.*



**IVAN BERNIER et ANDRÉE LAJOIE**  
coordonnateurs de la recherche

---

# Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs





---

# Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs

IVAN BERNIER

ET

ANDRÉE LAJOIE

*coordonnateurs de la recherche*

Commission royale sur l'union économique  
et les perspectives de développement du Canada

Nous remercions Carswell Legal Publications et la revue *Duke Law Journal* d'avoir bien voulu nous permettre de reproduire des extraits d'écrits inédits ou déjà parus.

©Ministre des Approvisionnementnements et Services Canada 1986

Imprimé au Canada  
ISBN 0-660-91541-3  
ISSN 0827-1011  
N° de cat. Z1-1983/1-41-48F

En vente au Canada par l'entremise de nos  
agents libraires agréés  
et autres librairies  
ou par la poste auprès du :

Centre d'édition du gouvernement du Canada  
Approvisionnementnements et Services Canada  
Ottawa (Canada) K1A 0S9

au Canada : 16,95 \$  
à l'étranger : 20,35 \$  
Prix sujet à changement sans préavis

*DONNÉES DE CATALOGAGE AVANT PUBLICATION (CANADA)*

Vedette principale au titre:  
Les Règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs

*(Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada,*

ISSN 0827-1011 ; 48)

Publ. aussi en anglais sous le titre:

Regulations, crown corporations and administrative tribunals.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-660-91541-3

1. Droit administratif — Canada — Discours, essais, conférences. 2. Sociétés d'État — Canada — Discours, essais, conférences. 3. Règlements (Droit administratif) — Canada — Discours, essais, conférences. I. Bernier, Ivan II. Lajoie, Andrée, 1933— III. Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. IV. Collection: Études (Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada) ; 48.

KE5019.Z85R4314 1985 342.71'066 C85-090239-8

COORDONNATEUR DE L'ÉDITION : Ampersand Communications Services Inc.

CONCEPTION DE LA PAGE COUVERTURE : Will Rueter

MAQUETTE : Brant Cowie/Artplus Limited



AVANT-PROPOS *ix*

INTRODUCTION *xi*

PRÉFACE *xv*

REMERCIEMENTS *xvii*

1. **Les sociétés d'État : instruments d'intervention économique — aspects juridiques** *1*

*Patrice Garant*

Introduction *1*

Le statut juridique des sociétés d'État *5*

La création des sociétés d'État *6*

Les formes ou instruments de nationalisation *6*

Le partage constitutionnel des compétences législatives  
et l'expansion du secteur public économique *7*

Le statut corporatif des sociétés d'État *11*

Les buts spécifiques de la constitution en société *12*

Les formes de constitution en société *15*

La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire  
du gouvernement *24*

L'attribution *24*

Les conséquences *25*

Les contrôles exercés sur les sociétés d'État *42*

Le contrôle gouvernemental *44*

Les actes ou les activités à contrôler *48*

Les contrôleurs *60*

Le contrôle parlementaire *63*

Le vérificateur général *70*

La compétence <i>ratione personae</i>	70
La compétence <i>ratione materiae</i>	71
Conclusion	74
Notes	81
<b>2. L'intervention réglementaire par la réglementation</b>	<b>89</b>
Roderick A. Macdonald	
Introduction	89
Points de vue sur la croissance de l'État	90
La régulation évidente au Canada depuis la Seconde Guerre mondiale	91
La politique de réglementation et la rationalité politique	92
La régulation et la théorie économique :	
l'efficacité du marché	94
L'évaluation des conceptions politiques et économiques actuelles	97
Une analyse juridique de la législation déléguée en tant qu'instrument de réglementation	98
La nature de la législation déléguée	100
Les justifications de la législation déléguée et sa problématique	102
L'évolution du régime juridique de la législation déléguée	105
Le contrôle judiciaire de la législation déléguée	107
La législation déléguée en perspective	109
Qu'est-ce que la régulation?	111
La gamme des institutions de réglementation	113
Les processus de réglementation	116
La conformité et les sanctions de la réglementation	118
Définition pratique de la réglementation	122
L'intervention réglementaire par la réglementation au Canada	124
L'influence du libéralisme minimaliste	126
La naissance du positivisme pragmatique d'État	132
Le discours et la précision de la réglementation	136
La théorie de la réglementation et la forme juridique	142
L'avenir de la réglementation	143
La croissance de l'État et la régulation	144
Le contrôle juridique de la réglementation :	
quelques propositions et problèmes	148
Les principes de l'association humaine et les formes de contrôle social	154
La réglementation vue sous un angle nouveau	162
Conclusion	165
Notes	167

3. <b>Les tribunaux administratifs : leur évolution au Canada de 1945 à 1984</b>	175
<i>David J. Mullan</i>	
Introduction	175
Les tribunaux : une définition pratique	178
La croissance des tribunaux administratifs	180
La procédure	183
Le recours excessif à la procédure judiciaire	188
Les arguments de rentabilité	189
L'incidence de la Charte et de la Déclaration des droits	191
Une loi fédérale sur la procédure administrative	192
Les études réalisées par le personnel	195
Les audiences sur les règles et les politiques	196
Les appels politiques	198
Conclusion	199
La responsabilité et le processus administratif	200
Les appels politiques et les directives	204
Le contrôle parlementaire	206
Le pouvoir de réglementation	207
Le processus de nomination	208
La participation du public	209
Résumé	210
Les tribunaux et le processus administratif	211
Conclusion	218
Notes	221

LES COLLABORATEURS	229
--------------------	-----



Lorsque la commission Rowell-Sirois a commencé ses travaux en 1937, on connaissait fort mal l'évolution de l'économie canadienne. Et le peu qu'on savait n'avait pas été passé au crible par les rares spécialistes des sciences sociales de l'époque.

Quand, pour notre part, nous nous sommes mis à la tâche près de cinquante ans plus tard, nous jouissions d'un avantage considérable sur nos prédécesseurs : nous disposions d'une foule de renseignements. Des universitaires, partout au Canada, et des spécialistes à l'emploi d'instituts de recherche privés ou d'organismes publics, comme le Conseil économique de l'Ontario et le Conseil économique du Canada, s'étaient déjà penchés sur le fonctionnement de l'économie canadienne. Malgré les nombreuses lacunes, notre problème n'était pas le manque d'information; il nous fallait plutôt relier, intégrer — synthétiser — les conclusions de la plupart des recherches déjà faites.

La Commission a reçu un mandat exceptionnellement vaste, qui couvre plusieurs des grandes questions d'orientation que les citoyens et les gouvernements du Canada devront vraisemblablement se poser au cours des prochaines décennies. Ce mandat fixait l'objet de la plupart des recherches de même que la portée de notre enquête; nous savions qu'il faudrait nous appliquer à faire le lien entre les différentes disciplines. Notre Programme de recherche se distingue donc à trois points de vue : outre des études originales, il propose aux lecteurs des synthèses de recherches effectuées dans des domaines spécialisés; il ne fait pas double emploi car il ne reprend pas de travaux qui, de l'avis des chercheurs canadiens, avaient déjà été très bien faits; enfin, il s'agit de l'examen le plus complet des systèmes économique, politique et juridique canadiens jamais entrepris par un organisme indépendant.

Trois éminents universitaires canadiens ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche de la Commission. Ce sont Ivan Bernier (Droit et Constitution), Alan Cairns (Politique et institutions de l'État) et David C. Smith (Économie).

Ivan Bernier est doyen de la Faculté de droit de l'Université Laval. Alan Cairns, ancien directeur du département de sciences politiques de l'Université de la Colombie-Britannique, a été titulaire de la chaire William Lyon MacKenzie King d'études canadiennes, à l'Université Harvard. David Smith, ancien directeur du département d'économique de l'Université Queen's, à Kingston, est maintenant recteur de cette université. Lorsqu'il a assumé ses nouvelles fonctions à l'Université Queen's en septembre 1984, David Smith a été remplacé à la Commission par Kenneth Norrie, de l'Université de l'Alberta, et John Sargent, du ministère fédéral des Finances, qui ont assuré conjointement la direction du Programme de recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.

Je suis convaincu que les études publiées ici et dans les autres volumes, grâce au travail des auteurs ainsi que des directeurs et des coordonnateurs de recherche, conserveront pendant longtemps une grande valeur pour les universitaires et les décideurs canadiens. J'espère en outre qu'elles rejoindront, dans les milieux universitaires, un public d'autant plus nombreux qu'elles sont publiées en français et en anglais.

Je profite de l'occasion pour remercier, en mon nom et en celui de mes collègues, les directeurs de recherche et tous ceux et celles qui ont collaboré avec eux. Je remercie également les membres des nombreux groupes consultatifs de recherche, dont les avis ont été pour nous si précieux.

DONALD S. MACDONALD



De façon très générale, la question qui a surtout retenu notre attention dans le cadre du Programme de recherche de la Commission est celle de savoir comment l'économie politique canadienne peut le mieux s'adapter au changement. Si cette question a servi de point de départ à notre enquête, c'est que nous sommes convaincus que l'avenir nous prendra toujours un peu par surprise. Nos institutions politiques, juridiques et économiques doivent donc être suffisamment souples pour s'adapter aux surprises, et assez stables pour nous permettre de réaliser les objectifs que nous nous serons fixés. Ce thème de l'adaptation nous a amenés à explorer les liens d'interdépendance entre les systèmes politique, juridique et économique du Canada et à situer nos travaux dans une optique interdisciplinaire.

L'ampleur de la tâche (plus de 280 études, publiées dans 72 volumes) de même que la pluralité des disciplines et les divergences idéologiques nous ont amenés à conclure que l'intégration complète n'était ni possible ni souhaitable. Néanmoins les collaborateurs ont étudié des problèmes courants sous des angles différents et en appliquant diverses méthodes. Nous prions donc les lecteurs de bien vouloir regarder au-delà de leur propre domaine d'intérêt et d'adopter, eux aussi, une perspective interdisciplinaire.

Les trois programmes de recherche, *Le droit et la Constitution* (sous la direction d'Ivan Bernier), *La politique et les institutions de l'État* (sous la direction d'Alan Cairns) et *L'économie* (sous la direction de David C. Smith et, pour la dernière phase des travaux, sous la direction conjointe de Kenneth Norrie et John Sargent), ont eux-mêmes été divisés en dix-neuf modules, confiés à des coordonnateurs de recherche.

Dans le cadre du Programme de recherche sur le droit et la Constitution, cinq modules ont été créés et confiés aux coordonnateurs de recherche suivants :

- Le droit, la société et l'économie — Ivan Bernier et Andrée Lajoie;
- Le milieu juridique international — John J. Quinn;
- L'union économique canadienne — Mark Krasnick;
- L'harmonisation du droit au Canada — Ronald C.C. Cuming;
- Les accords institutionnels et constitutionnels — Clare F. Beckton et A. Wayne MacKay.

Le droit étant, dans ses nombreuses manifestations, le moyen le plus fondamental dont l'État dispose pour mettre en oeuvre sa politique, nous avons dû nous demander quand et comment on pouvait y recourir pour régler les problèmes que le mandat de la Commission soulevait. Nous avons donc étudié le système juridique canadien du double point de vue de l'évolution du droit par suite des transformations sociales, économiques et politiques, et, inversement, de l'incidence du droit sur l'évolution sociale, économique et politique.

Les travaux du Programme de recherche sur la politique et les institutions de l'État ont été classés sous sept rubriques :

- Le Canada et l'économie politique internationale — Denis Stairs et Gilbert R. Winham;
- L'État et la société dans le monde moderne — Keith Banting;
- Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société — Alan Cairns et Cynthia Williams;
- La dynamique politique du fédéralisme canadien — Richard Simeon;
- Les institutions de représentation — Peter Aucoin;
- Les dimensions politiques de la politique économique — G. Bruce Doern;
- La politique industrielle — André Blais.

Les collaborateurs ont étudié un certain nombre d'événements qui ont amené les Canadiens à s'interroger sur leur capacité de se gouverner avec sagesse et efficacité. Dans plusieurs cas, ces événements ne sont pas survenus qu'au Canada; c'est pourquoi on trouve des études comparatives sur la façon dont les autres pays ont abordé les problèmes que nous connaissons. Tenant compte de la tradition parlementaire du Canada, de son système fédéral de gouvernement, de son économie mixte et du fait qu'il constitue une société bilingue et multiculturelle, les collaborateurs ont également exploré des moyens de réaménager les rapports de pouvoir et d'influence entre les institutions afin de rétablir les principes démocratiques fondamentaux de représentativité, de réceptivité et de responsabilité.

Le Programme de recherche sur l'économie, enfin, a été organisé suivant sept modules :

- La macro-économie — John Sargent;
- Le fédéralisme et l'union économique — Kenneth Norrie;
- La structure industrielle — Donald G. McFetridge;
- Le commerce international — John Whalley;
- La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada — François Vaillancourt;
- Le marché du travail et les relations de travail — Craig Riddell;
- La pensée économique et les questions sociales — David Laidler.

La recherche relative à l'économie a porté sur l'affectation des ressources, humaines et autres, sur l'incidence des institutions et des politiques sur l'affectation de ces ressources, et sur la répartition des gains résultant de la mise en valeur de ces ressources. Elle a aussi eu pour objet la nature du développement économique, les éléments qui façonnent la structure régionale et industrielle du Canada, et la dépendance économique réciproque entre le Canada et les autres pays. Cette recherche visait à nous faire mieux comprendre ce qui détermine notre potentiel économique et comment les instruments de politique économique peuvent servir les objectifs que nous nous fixerons.

Trois modules de recherche — soit un de chaque programme — ont été fusionnés; ce sont les modules sur l'union économique canadienne, sur la dynamique politique du fédéralisme canadien, et sur le fédéralisme et l'union économique. Par conséquent, les volumes sur le fédéralisme et l'union économique, tout comme le volume sur le Nord, sont le fruit d'un travail interdisciplinaire.

Nous sommes particulièrement redevables aux coordonnateurs et coordonnatrices de recherche, qui ont non seulement organisé le travail, rassemblé et analysé les nombreuses études, et regroupé leurs principales constatations dans des aperçus, mais aussi contribué de manière substantielle au *Rapport* de la Commission. Nous les remercions de ce travail, souvent accompli dans des conditions difficiles.

Malheureusement, l'espace ne nous permet pas de remercier chacun des membres du personnel de la Commission. Nous aimerions toutefois exprimer notre reconnaissance au président de la Commission, Donald S. Macdonald, au directeur exécutif, Gerald Godsoe, et au directeur de l'élaboration des politiques, Alan Nymark, qui ont suivi de près le déroulement de nos travaux et joué un rôle central dans la prise en considération des recherches pour la préparation du *Rapport*. Nous voulons également remercier le conseiller administratif de la Commission, Harry Stewart, pour ses conseils et son aide, de même que le directeur des publications, Ed Matheson, chargé de la publication des volumes de recherche. Un merci tout spécial à Jamie Benedickson, coordonnateur des politiques et adjoint spécial du président, qui a

assuré la liaison entre le personnel de recherche, d'une part, et le président et les commissaires, d'autre part. Nous sommes également redevables à l'auxiliaire administrative du Programme de recherche, Donna Stebbing, et au personnel de secrétariat, Monique Carpentier, Barbara Cowtan, Tina De Luca, Françoise Guilbault et Marilyn Sheldon.

Enfin, un merci bien mérité à nos plus proches collaborateurs et collaboratrices, les attachés de direction Jacques J.M. Shore (Droit et Constitution), Cynthia Williams, et Karen Jackson qui lui a succédé (Politique et institutions de l'État), et I. Lilla Connidis (Économie). Leur contribution tant aux trois programmes de recherche qu'à l'ensemble des travaux de la Commission mérite d'être soulignée.

IVAN BERNIER  
ALAN CAIRNS  
DAVID C. SMITH



Le présent ouvrage s'inscrit dans le cadre des travaux du Programme de recherche sur le droit et la Constitution et relève plus particulièrement du module sur le droit, la société et l'économie. Les études que renferme cet ouvrage servent d'introduction à l'ensemble de notre recherche et en constituent la pierre angulaire. Le droit ne pouvant être étudié en tant que tel sans l'apport d'autres disciplines, nous avons jugé bon d'insérer les présentes études dans une optique interdisciplinaire. Grâce à cette dernière, nous avons pu effectuer un examen minutieux de toutes les questions données, et ce faisant, donner une image complète de la situation.

Notre recherche visait en outre à définir comment s'inscrit le droit au sein de l'État, de la société et du système économique. À cette fin, nous avons étudié l'incidence du droit sur la société canadienne, de même que ses limites en tant qu'instrument de mise en oeuvre de la politique gouvernementale. Nous avons également formulé des critiques sur divers sujets, notamment sur la prolifération des lois et règlements ainsi que des tribunaux administratifs aux fins d'intervention de l'État; sur la complexité de notre système juridique et les difficultés qu'il engendre; sur le manque de précision de la loi et son incapacité de répondre aux besoins de tous les Canadiens.

Nous espérons que l'examen de ces sujets et les conclusions de notre recherche permettront d'éclairer davantage les membres de la Commission sur une des plus épineuses questions à l'heure actuelle, le rôle de l'État dans la société canadienne. Ajoutons que cette question entraîne une autre, soit le rôle que doit jouer la loi.

Les trois études de ce volume représentent un intérêt particulier en ce qu'elles traitent principalement des instruments dont dispose le système

juridique — la réglementation, les tribunaux administratifs et les sociétés d'État — instruments qui sont liés de près à la croissance remarquable qu'a connu le rôle de l'État au cours des vingt-cinq dernières années. Il n'est donc pas étonnant — et les auteurs s'accordent pour le souligner — qu'il y ait eu récemment un examen détaillé du processus administratif, y compris une revue des diverses formes que peut prendre l'intervention gouvernementale sur le plan juridique. Ces études ont avant tout fait ressortir la nécessité d'instituer des mécanismes de contrôle, ce qui permettrait, d'une part, de réduire l'intervention de l'État dans divers domaines et, d'autre part, d'inciter les organismes à rendre davantage des comptes.

Dans l'aperçu général qu'ils donnent de la situation, ces ouvrages n'abordent pas toutefois les questions de l'ampleur de la législation déléguée ou encore de la possibilité pour les tribunaux administratifs et les sociétés d'État de rendre davantage des comptes, mais tentent plutôt de définir le rôle que doivent jouer les instruments dont disposent les gouvernements, ce qu'ils ont à offrir et comment en tirer profit du mieux possible. Ce faisant, ces études se penchent aussi sur les relations qui existent entre la loi et le système de valeurs.

Tout en brossant un tableau assez vaste de la question, ces trois études mettent en doute certaines idées reçues quant au rôle et à la portée de la réglementation et des tribunaux administratifs au Canada. Chose sûre, l'affirmation du doyen Macdonald selon laquelle la déréglementation n'est qu'illusion, celle du professeur Garant d'après laquelle les sociétés d'État ne devraient pas faire l'objet de droits particuliers, ou encore l'argument probant du professeur Mullan invoquant la répartition des pouvoirs entre plusieurs agents comme étant la raison d'être des tribunaux administratifs, sont tous des commentaires qui ne manqueront pas de susciter des réactions. Mais ces commentaires s'avéreront sans doute utiles à tous ceux qui veulent aller au-delà de l'immédiat pour chercher à définir ce que réserve l'avenir.

Enfin, nous désirons remercier le professeur Andrée Lajoie de l'aide précieuse qu'elle a apportée dans la réalisation des travaux à titre de coordonnatrice de ce module particulier du Programme de recherche sur le droit et la Constitution.

IVAN BERNIER

## REMERCIEMENTS

---



Nous aimerions exprimer notre reconnaissance aux membres du groupe consultatif de recherche dont les noms suivent pour les idées et les précieux conseils dont ils nous ont fait part dans le cadre des travaux de ce module particulier du programme de recherche.

Harry Arthurs	Patrick Monahan
Stanley Beck	Andrée Morel
Edward Belobaba	Fernand Morin
Robert Bureau	Mary Jane Mossman
Paul Emond	David Mullan
Patrice Garant	Julian Payne
Andrée Lajoie	Guy Rocher
Katherine Lippel	Liora Salter
Roderick Macdonald	Daniel Soberman
Stanley Makuch	Guy Tremblay
Robert Martin	Michael Trebilcock
John Meisel	Joseph Weiler
Johann Mohr	

Nous aimerions également souligner le travail assidu de Nicolas Roy, chargé de recherche, et le remercier de son aide fort appréciée.

I.B.



---

# Les sociétés d'État : *instruments d'intervention économique — aspects juridiques*

PATRICE GARANT

## Introduction

Si nous choisissons la formule de la société publique, ce doit être pour certaines raisons. Lesquelles? C'est que nous cherchons à combiner, d'une part, le principe de la responsabilité publique, de la conscience de la part de l'entreprise qu'elle défend les intérêts du pays et non des intérêts particuliers, et, d'autre part, la vitalité, le sens de l'initiative et la liberté qui permettent aux entreprises commerciales d'évoluer et de s'adapter rapidement. La société publique se justifie de cette façon, ou elle ne se justifie pas du tout.

Lord Morrison of Lambeth

Lorsque l'État décide d'intervenir dans le secteur privé, il emprunte habituellement l'une des cinq voies suivantes : la fiscalité, la réglementation ou régulation économique, l'aide financière ou technique, l'octroi de contrats et la création ou la prise de contrôle d'entreprises. Dans ces cinq voies, l'État utilise trois types d'instruments pour parvenir à ses fins. Il intervient dans l'économie par l'entremise de ses ministères et organismes de régulation; il se sert de l'entreprise privée en l'aidant financièrement ou en lui accordant des contrats; il crée enfin lui-même des entreprises qu'on appellera entreprises publiques ou plus exactement sociétés d'État. Ces dernières occupent une place intermédiaire entre les institutions gouvernementales au sens strict et les entreprises du secteur privé.

L'entreprise publique est donc un instrument juridique d'intervention étatique dans l'économie. Aussi, lorsque le pouvoir politique choisit ce mode d'intervention, il envisage toute une problématique juridique parallèlement aux problématiques économique, sociale, etc. Ce choix d'une forme particulière d'intervention et sa mise en oeuvre intéressent le juriste dans la mesure où elles exigent un fondement constitutionnel,

législatif ou réglementaire, ainsi qu'un cadre juridique qui attribue des responsabilités et des pouvoirs et qui prévoit des mécanismes de contrôle.

La création d'entreprises publiques ou la prise de contrôle majoritaire d'entreprises qui, de ce fait, basculent dans le secteur public est un mode d'intervention direct dans l'économie qui tend à se répandre chez nous, tant sur le plan fédéral que dans certaines provinces, même si aucun gouvernement en place ne fait ouvertement profession de socialisme ou d'interventionnisme. Ce choix est parfois apparu comme le meilleur moyen d'atteindre certains objectifs ou comme la meilleure solution, compte tenu de la conjoncture ou du contexte; dans d'autres cas, ce choix semblait le seul possible ou le seul valable.

La société d'État est apparue bien tard dans notre histoire politique et administrative. Si les premières sociétés ont été créées entre les deux guerres, dans les domaines du transport et des communications principalement (CN, Radio-Canada, Air Canada), c'est au cours du deuxième conflit mondial qu'on assiste à la première vague d'utilisation massive de cette forme d'intervention en vue de soutenir l'effort de guerre du Canada. Sur le plan juridique, cette période sera marquante car les instruments et les techniques juridiques auxquels on fera appel seront déterminants pour l'avenir de notre système; on fera ainsi beaucoup appel aux techniques du droit privé pour créer ces nouvelles sociétés ainsi que pour établir leur mode de constitution et leurs mécanismes de contrôle.

Après 1945, on a assisté au démantèlement ou à la privatisation de bon nombre de ces entreprises de guerre, mais plusieurs ont néanmoins survécu. S'y sont ajoutées d'autres entreprises dans des secteurs stratégiques sur le plan économique ou social tels l'énergie, la construction aéronautique, le financement de la construction domiciliaire, le financement industriel et commercial, la mise en marché de produits naturels.

Depuis 1945, on ne peut pas dire que le droit ait été, dans le secteur des entreprises publiques, un facteur de clarté et de cohérence. La situation qu'on retrouve au sortir du deuxième conflit mondial est plutôt nébuleuse; les lois particulières édictées dans les années de l'après-guerre immédiat n'apportent guère d'amélioration<sup>1</sup>. Par contre, des lois générales s'échelonnant entre 1946 et 1953 apportent des éléments de consolidation et de clarification plus satisfaisants quant au régime juridique et au contrôle de ce qu'on appelle les sociétés de la Couronne : il s'agit, de la *Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État*, en 1946, de la *Loi modifiant le droit statutaire*, en 1950, de la *Loi sur l'administration financière*, en 1951, et de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne*, en 1953.

Pendant la période de prospérité et de croissance économique qui va de 1955 à 1975 environ, les sociétés d'État fédérales se sont accrues en nombre et surtout en importance, mais de façon discrète. Le secteur

public fédéral est devenu, par ses sociétés mères et ses réseaux de filiales, un empire industriel commercial et financier assez impressionnant. Le cadre juridique n'a toutefois guère évolué au cours de cette période si ce n'est que chaque société mère, ou presque, s'est vu dotée d'une loi constitutive à peu près adaptée à ses objectifs et besoins. L'ensemble se caractérise toutefois incontestablement par un manque de clarté et une certaine incohérence; bien malin qui aurait pu définir avec précision et surtout justifier les traits essentiels du statut juridique, de la définition des mandats, des pouvoirs et immunités, et faire le point sur les systèmes de contrôle prévus par les textes et effectivement employés.

Le tournant des années 1975 est capital dans l'évolution de notre système d'entreprises publiques. Il donne lieu tout d'abord à une prise de conscience du fouillis dans lequel se trouve le système gouvernemental de gestion financière et de contrôle des finances publiques; cela entraînera la réforme du statut du vérificateur général et la mise sur pied de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité (commission Lambert). On prend également conscience des difficultés qu'éprouvent certaines sociétés d'État sur les plans tant financier qu'administratif : les débats parlementaires se font plus âpres lorsqu'il s'agit de la Société Radio-Canada, d'Air Canada, du CN, de la Corporation de développement du Canada, d'Énergie atomique du Canada, des constructeurs aéronautiques, etc. Enfin, la création de Pétro-Canada soulève un tollé qui se fera entendre jusqu'au début des années 1980.

La tourmente des années 1975 et suivantes aboutira, après le rapport de la commission Lambert, à diverses tentatives de réforme législative qui s'échelonneront entre 1979 et 1984.

Si le droit doit être un facteur de clarté et de cohérence dans l'organisation et le fonctionnement des institutions, il nous semble que cela n'a pas toujours été le cas dans le secteur des entreprises d'État, notamment au palier fédéral.

Sur le plan provincial, au Québec notamment, la situation des sociétés d'État a évolué différemment. C'est vraiment à partir de la Révolution tranquille des années 1960 qu'apparaissent les premières grandes sociétés d'État québécoises. Puis, pendant vingt ans, on assiste à un élargissement constant de ce secteur public économique. Le statut et le régime juridique de ces institutions ont constamment évolué vers plus de clarté et de cohérence. Les gouvernements successifs ont fait un effort constant de rationalisation qui a incontestablement porté fruit. Cela n'a peut-être pas empêché certains échecs imputables en grande partie à la conjoncture économique et aux contraintes purement politiques, mais la situation, sans être parfaite, est satisfaisante à bien des égards.

Dans une économie libérale et un régime démocratique et parlementaire, l'entreprise publique de niveau gouvernemental, ou société d'État, est l'objet des préoccupations sinon de la consternation de bon

nombre d'agents économiques, et ce à deux points de vue. D'une part, on s'interroge sur le statut juridique de ces entreprises (c'est-à-dire leur structure juridique, leurs pouvoirs et surtout leurs privilèges) sur leur signification et surtout sur leur raison d'être. D'autre part, on se préoccupe des rapports de contrôle qui existent ou devraient exister entre les détenteurs du pouvoir politique dans l'État, soit le gouvernement et le Parlement, et ces entreprises qui gèrent des activités économiques de plus en plus envahissantes, avec des budgets et quelquefois des déficits impressionnants, et surtout qui jouent un rôle qui tend à dépasser celui qu'on s'attend à voir jouer d'une simple entreprise privée à but lucratif.

La problématique juridique, telle qu'on semble la concevoir aujourd'hui, consiste en un délicat dosage d'ingrédients juridiques qui permettront à l'entreprise publique d'être efficace et rentable, et au gouvernement d'exercer un contrôle suffisant pour permettre à cette entreprise de jouer son rôle d'instrument de mise en oeuvre des politiques étatiques. Il y a en quelque sorte une tension fondamentale entre les exigences qui découlent du fait qu'il s'agit d'une entreprise assimilable à bien des égards à toute autre entreprise et celles qui découlent de son appartenance au secteur public. Dans la définition du statut et du régime juridique de l'entreprise publique, toutes les règles et les techniques utilisées doivent tenir compte de cette double exigence.

L'entreprise publique est un instrument important d'intervention économique dont le succès ou l'utilité peut dépendre d'une adéquation entre, d'une part, les moyens — soit l'ensemble des règles et des principes juridiques qui définissent le statut, la structure, les privilèges et les contrôles — et, d'autre part, la finalité — c'est-à-dire les objectifs définis par la loi ou l'autorité publique. Pour mener notre réflexion, il faut analyser et préciser l'état actuel du droit canadien, fédéral et provincial, quant au statut de l'entreprise publique de niveau gouvernemental et quant au système des contrôles exercés par l'autorité supérieure. En ce qui a trait au droit provincial, nous concentrerons plus particulièrement notre attention sur la situation québécoise.

Qu'entendons-nous par « société d'État » aux fins de la présente étude? Pour nous, il doit s'agir d'entreprises au sens ordinaire du terme, c'est-à-dire de sociétés ayant pour mandat l'exercice d'activités à caractère industriel, commercial ou financier. Il s'agit toutefois d'entreprises appartenant à l'État, c'est-à-dire dont le gouvernement ou la Couronne est le propriétaire ou l'actionnaire unique, ce qui comprend également les filiales à 100 %. Ces entreprises doivent être considérées comme partie du secteur public gouvernemental; ce sont des sociétés appartenant à l'État et contrôlées exclusivement par lui.

D'une part, doivent être exclues de la famille des sociétés d'État les institutions qui sont plutôt des administrations que des entreprises : il s'agit des organismes de régulation économique ou sociale, des organismes de gestion administrative, des organismes de consultation.

D'autre part, ne sont pas des sociétés d'État, bien qu'elles s'y apparentent souvent, les sociétés d'économie mixte, c'est-à-dire les filiales majoritaires ou même minoritaires dans lesquelles il y a coparticipation de capitaux publics et privés.

Cette conception de la société d'État se rapproche assez de celle adoptée par le rapport Lambert en 1979 et reflète assez bien l'évolution récente du droit positif, malgré certaines ambiguïtés.

La principale de ces ambiguïtés est la notion de corporation de la Couronne véhiculée par l'ancienne *Loi sur l'administration financière* (art. 66). La triple distinction entre corporation de département, de propriétaire et de mandataire est loin d'être satisfaisante. La Loi C-24 du 28 juin 1984 (Loi modifiant la *Loi sur l'administration financière* à l'égard des sociétés d'État et modifiant d'autres lois en conséquence) propose d'abandonner cette notion et lui substitue celle de « société d'État », qu'elle oppose à celle « d'établissement public » ou « *departmental corporation* », qui sont des administrations constituées en personnes morales plutôt que des entreprises.

D'après la Loi C-24, une société d'État est « une corporation de la Couronne au sens de l'article 95 »; cela regroupe les sociétés d'État mères et les filiales à 100 %; une filiale à 100 % est

une personne morale appartenant à cent pour cent à une ou plusieurs sociétés d'État mères, soit directement, soit par l'intermédiaire de filiales dont chacune appartient à cent pour cent, même indirectement, à une ou plusieurs sociétés d'État mères.

Ces définitions nous paraissent satisfaisantes et correspondent à la définition doctrinale que nous avons envisagée tant pour le fédéral que pour le Québec.

Quant à la notion d'entreprise publique, elle est plus large que celle de société d'État; elle peut s'appliquer à d'autres ordres de gouvernement, tel le municipal, par exemple; elle peut également, à l'occasion, recouvrir les sociétés d'économie mixte. Dans le cadre de la présente étude, toutefois, nous utiliserons le terme entreprise publique comme synonyme de société d'État.

Mentionnons en terminant que la Loi C-24 exclut de son application les sociétés d'État à caractère culturel telles la Société Radio-Canada, la Société de développement de l'industrie cinématographique, le Centre national des Arts et le Conseil des arts du Canada : on a envisagé une autre loi cadre pour ces sociétés. La Loi C-24 ne s'applique pas non plus à la Banque du Canada, au Centre de recherches sur le développement international et à la Commission canadienne du blé; la vocation spéciale de ces institutions exige, dit-on, un traitement particulier.

## **Le statut juridique des sociétés d'État**

La création des sociétés d'État, quel que soit l'instrument juridique utilisé, soulève des problèmes d'ordre constitutionnel : quels sont les

principes et les règles qui régissent ce que nous appelons communément les nationalisations? Après avoir traité cette question, nous nous pencherons sur le statut corporatif de l'entreprise publique. Enfin, nous aborderons le phénomène de la qualité d'agent de la Couronne ou mandataire du gouvernement, qui vise la plupart des entreprises gouvernementales, avec les privilèges et immunités qui en découlent. Nous pourrons ainsi mesurer, à certains égards, la distance qui sépare l'entreprise privée de taille comparable et la société d'État.

## *La création des sociétés d'État*

### LES FORMES OU INSTRUMENTS DE NATIONALISATION

Le terme « nationalisation » n'a pas, dans notre système, de signification juridique précise; il a été utilisé surtout dans la jurisprudence et la doctrine. Cette dernière lui donne un sens large qui englobe aussi bien la nationalisation-expropriation que la nationalisation volontaire.

Sous réserve de la Charte des droits et libertés, c'est le principe de la suprématie du Parlement qui prévaut dans notre système. Or la Charte ne contient absolument rien quant à la protection du droit de propriété privée ou du secteur privé, même si l'on a tenté récemment d'étendre le « droit à la liberté et à la sécurité », consacré par l'article 7, à la protection de la propriété<sup>2</sup>. Quant aux nationalisations volontaires, elles sont quasi illimitées en vertu d'un principe fondamental de notre droit public qui confère à la Couronne, c'est-à-dire au gouvernement, une capacité illimitée de contracter<sup>3</sup>. Par contre, si le gouvernement veut s'approprier une entreprise contre le gré du propriétaire, il doit l'exproprier, ce qui exige nécessairement une loi habilitante en vertu d'un autre principe de notre droit public hérité du *common law*.

Les lois de nationalisation-expropriation n'ont pas été nombreuses, mais certaines ont été spectaculaires à cause surtout des remous politiques qui les ont entourées : loi fédérale de 1920 nationalisant une partie du réseau ferroviaire canadien; loi québécoise de 1944 créant Hydro-Québec et expropriant une première entreprise de production d'électricité et de gaz; loi fédérale de 1949 créant Téléglobe Canada et expropriant Canadian Marconi; loi de la Colombie-Britannique créant B.C. Electric et expropriant les entreprises d'électricité; loi de 1978-1979 créant la Société nationale de l'amianté et nationalisant la Asbestos Corporation, filiale de General Dynamics (É.-U.). Ces lois recourent partiellement aux techniques de l'expropriation de droit commun mais y dérogent : ainsi l'identification de l'objet exproprié variera et l'indemnité sera fixée par la loi ou confiée à une cour de justice ou à un tribunal d'arbitrage; la loi précisera en outre les critères d'évaluation de l'indemnité, etc.

Plusieurs de ces lois ont fait l'objet de contestations juridiques qui ont permis à la jurisprudence de fixer certaines règles relatives à l'autorité constitutionnelle de chaque ordre de gouvernement d'étendre son secteur public économique.

## LE PARTAGE CONSTITUTIONNEL DES COMPÉTENCES LÉGISLATIVES ET L'EXPANSION DU SECTEUR PUBLIC ÉCONOMIQUE

La *Loi constitutionnelle de 1867*, modifiée en 1982, répartit principalement aux articles 91, 92 et 95 les attributions législatives entre le Parlement fédéral et les législatures provinciales en matière économique. Ce partage a été interprété par une jurisprudence abondante, bien connue d'ailleurs.

En ce qui concerne l'expansion du secteur public économique proprement dit, on peut distinguer des attributions législatives portant sur des matières, dont certaines sont concurrentes, sur des techniques ou moyens et sur des objectifs. La liste suivante résume la situation :

### *Compétences législatives fédérales*

#### a) Matières

- le commerce et le transport interprovinciaux et internationaux;
- l'aéronautique;
- les télécommunications;
- le service postal;
- la navigation et les pêches;
- l'agriculture (concurrente);
- les propriétés publiques fédérales.

#### b) Techniques et moyens

- la constitution en société;
- la fiscalité directe et indirecte sauf la taxation des ressources naturelles non renouvelables, des ressources forestières et de l'énergie électrique.

#### c) Objectifs

- « la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada », c'est-à-dire les pouvoirs d'urgence, la théorie des dimensions nationales, les pouvoirs résiduels;
- déclarer à l'avantage général du Canada un ouvrage ou une entreprise située dans une province, par exemple l'énergie nucléaire.

## *Compétences législatives provinciales*

### a) Matières

- la propriété et les droits civils dans la province, ce qui comprend l'industrie, le commerce et le transport intraprovincial;
- la prospection et l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles non renouvelables, des ressources forestières et de l'énergie électrique (sauf l'énergie nucléaire) et l'exportation interprovinciale (concurrente avec le fédéral);
- l'agriculture (concurrente);
- les propriétés publiques provinciales.

### b) Techniques et moyens

- la constitution en société à des fins provinciales;
- la fiscalité directe seulement et la taxation des ressources naturelles non renouvelables, des ressources forestières et de l'énergie électrique.

Ce partage relativement complexe des compétences étatiques laisse en suspens certaines questions d'une grande importance pour les sociétés d'État. Un ordre de gouvernement peut-il créer des entreprises publiques dans un champ où il n'a pas compétence législative? Dans quelle mesure l'ensemble des lois provinciales s'applique-t-il aux sociétés d'État fédérales et vice-versa? Un ordre de gouvernement peut-il procéder à des nationalisations-expropriations sans égard au partage des compétences législatives? Quel est l'incidence des lois fiscales sur les sociétés d'État relevant de l'un ou l'autre des ordres de gouvernement?

Il est un principe fondamental de notre droit constitutionnel suivant lequel la compétence législative et la propriété publique sont des réalités et des concepts distincts et indépendants, en ce sens que la propriété ne découle pas de la compétence législative en une matière donnée<sup>4</sup>. Il en résulte qu'un ordre de gouvernement peut acquérir la propriété d'entreprises ou créer des entreprises hors de son champ de compétence législative. Toutefois, cela ne vaut pas s'il faut procéder par voie d'expropriation ou de nationalisation-expropriation car, en vertu du *common law*, le pouvoir d'exproprier est essentiellement statutaire et doit donc découler d'une compétence législative spécifique<sup>5</sup>.

Il en résulte que le pouvoir d'expropriation des provinces est plus étendu que celui du fédéral à cause du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui couvre toute activité industrielle ou commerciale.

Une loi de nationalisation-expropriation provinciale est parfaitement valide si elle est en relation avec un champ de compétence législative provinciale, même si elle est susceptible d'affecter une compétence fédérale. La Cour suprême a décidé dans *Canadian Indemnity c. Procureur général de la Colombie-Britannique* que la nationalisation du commerce de l'assurance-automobile en Colombie-Britannique couvrait la propriété et les droits civils dans la province, même si les

compagnies évincées avaient des activités interprovinciales et internationales<sup>6</sup>. Plus récemment, la Cour d'appel du Québec statuait que la nationalisation de la Société Asbestos relevait de la compétence provinciale en matière de ressources naturelles et n'empiétait pas sur la réglementation des exportations, même si elle l'affectait grandement du fait que la quasi-totalité de la production était exportée<sup>7</sup>. Il n'y aura empiètement sur la compétence législative fédérale que si le législateur provincial, sous couvert d'une loi de nationalisation, réglemente directement l'exportation, c'est-à-dire le commerce international, comme l'a fait le gouvernement de la Saskatchewan dans l'affaire de la potasse, ou si une telle loi a une portée extra-provinciale, comme c'était le cas du *Revision Act* de Terre-Neuve<sup>8</sup>.

D'autre part, une nationalisation-expropriation ne doit pas conduire à la « stérilisation » absolue d'une compagnie à charte fédérale. Conçue d'abord de façon rigide dans l'affaire de la nationalisation de l'électricité en Colombie-Britannique<sup>9</sup>, cette règle a été subséquemment interprétée de façon très libérale par la Cour suprême du Canada et par la Cour d'appel du Québec. Ainsi une société à charte fédérale peut voir ses activités complètement paralysées par une loi provinciale<sup>10</sup>. Ceci revient à dire qu'une telle loi ne pourrait pas régir la structure corporative en expropriant les actions, par exemple, mais qu'elle peut transférer la totalité des actifs à une autre entité juridique.

Quant à l'indemnisation qui suit normalement une expropriation régie par les lois ordinaires, en l'occurrence au Québec le Code de procédure civile et le Code civil, il ne s'agit pas d'une exigence de nature constitutionnelle, de telle sorte qu'elle peut être exclue ou fixée par la loi d'expropriation. C'est ce qu'a décidé la Cour d'appel du Québec dans l'affaire de la nationalisation de l'amiante<sup>11</sup>.

La question de l'assujettissement des sociétés d'État fédérales à la législation provinciale et des sociétés d'État provinciales à la législation fédérale est complexe parce qu'elle dépend des privilèges et prérogatives dont sont susceptibles de jouir les sociétés qualifiées d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement, comme nous l'étudierons plus loin. Néanmoins, il semble bien que les sociétés d'État provinciales sont soumises à la législation fédérale lorsqu'elles opèrent dans des champs de compétence législative fédérale : c'est ce que semble avoir affirmé la Cour suprême dans l'affaire de la nationalisation de Pacific Western Airlines par l'Alberta<sup>12</sup>. La question la plus controversée est toutefois de savoir si le Parlement fédéral peut limiter l'expansion du secteur public économique provincial dans les secteurs d'activités sur lesquels il a compétence législative, tels l'aéronautique, les télécommunications, le transport interprovincial et l'exportation d'énergie.

En 1972, un décret du gouvernement fédéral sur la radiodiffusion, pris en vertu de l'article 22 de la *Loi sur la radiodiffusion*, interdit au Conseil

de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) d'émettre des licences de radiodiffusion à des gouvernements provinciaux ou à des agents de la Couronne provinciaux. Il permet l'octroi de licences uniquement à des sociétés indépendantes, c'est-à-dire non contrôlées directement par un gouvernement provincial.

En 1977, la *Loi sur l'aéronautique* est modifiée afin d'assujettir à l'approbation du gouverneur en conseil tout transfert du capital-actions d'un transporteur aérien à un gouvernement provincial ou à l'un des ses mandataires, ou à une société contrôlée par ces derniers<sup>13</sup>.

En 1982, le gouvernement dépose au Sénat le désormais célèbre projet de loi S-31 dont l'objet, sous réserve d'une exemption décrétée par le gouvernement fédéral, est d'interdire à un gouvernement provincial ou à l'une de ses sociétés d'État d'être détenteur de plus de 10 % des actions d'une entreprise de transport interprovincial ou international, ou d'une entreprise de pipeline au sens de la Partie III de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*<sup>14</sup>. La *Loi sur l'aéronautique* est également modifiée pour permettre à la Commission canadienne des transports de suspendre ou d'annuler le permis d'un transporteur qui ne respecte pas ces dispositions.

Sur le plan strictement constitutionnel, on a affirmé que ce projet de loi s'imposait à cause de la jurisprudence de la Cour suprême dans l'affaire *Pacific Western Airlines*. D'après le ministre fédéral de la Consommation et des Corporations, ce jugement établirait que « les lignes aériennes appartenant à un gouvernement provincial et contrôlées par ce dernier ne peuvent être assujetties à la réglementation du gouvernement fédéral, en vertu du principe de la souveraineté des Couronnes provinciales<sup>15</sup> ». On craindrait que cela puisse s'étendre au transport interprovincial et international de telle sorte que des secteurs importants du transport échappent à la compétence fédérale. Cette crainte n'est nullement fondée.

La Cour suprême, dans son arrêt de 1978, n'a pas osé affirmer que la *Loi sur l'aéronautique* ne s'appliquait pas aux lignes aériennes appartenant à un gouvernement provincial. Au contraire, elle a plutôt affirmé qu'un gouvernement provincial peut invoquer l'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale pour se soustraire à certaines dispositions de cette Loi<sup>16</sup>.

La jurisprudence a par ailleurs toujours affirmé que le Parlement fédéral peut rendre une loi expressément applicable à la Couronne provinciale : « Il est bien évident que le Parlement peut rendre la législation relevant de sa compétence applicable à la Couronne provinciale s'il en décide ainsi<sup>17</sup>. »

Enfin, il nous semble que pendant longtemps, jusqu'à l'arrêt de la Cour suprême de 1978, la jurisprudence ait établi que certaines lois fédérales d'application générale s'appliquaient aux gouvernements provinciaux à moins que ceux-ci ne puissent invoquer une prérogative ou un privilège spécifiques<sup>18</sup>.

Quoi qu'il en soit, il est évident que le Parlement fédéral peut contourner la prérogative conférée par l'article 16 de la *Loi d'interprétation fédérale* en stipulant dans toute loi que cette Loi s'applique à la Couronne ou à la Couronne aux droits de chaque province et à leurs mandataires. Les sociétés d'État provinciales seront alors sur le même pied que toute autre entreprise privée au regard de la *Loi sur l'aéronautique*, de la *Loi sur la radiodiffusion*, de la *Loi nationale sur les transports* et de la *Loi de l'Office national de l'énergie*. Le Parlement fédéral exercera alors la plénitude de sa compétence législative sur les sociétés d'État provinciales en réglementant leurs activités comme celles de toute autre entreprise privée.

Aucune raison d'ordre constitutionnel ne justifie le décret de 1972, les modifications de 1977 à la *Loi sur l'aéronautique* ou le projet de loi S-31. Quant aux motifs de politique économique sur lesquels ils se fondent véritablement, ils sont éminemment contestables.

Si l'on écarte certains motifs qu'on pourrait classer sous la rubrique « chasse aux sorcières » tels la crainte du socialisme ou la crainte du séparatisme, le seul qui pourrait être retenu à des fins d'analyse serait la crainte qu'une société d'État provinciale, instrument des politiques d'un gouvernement provincial, ne vienne contrecarrer des politiques nationales ou fédérales. Or les lois fédérales mettent à la disposition du gouvernement fédéral et des organismes fédéraux de régulation tels le CRTC, la Commission canadienne des transports et l'Office national de l'énergie tous les mécanismes et moyens pour que soient respectés et mis en oeuvre les objectifs des lois fédérales. Il y a des secteurs économiques comme celui de l'énergie et des ressources où d'importantes sociétés d'État se soumettent aux lois fédérales. Pourquoi en serait-il autrement dans les secteurs de la radiodiffusion et des transports?

Personne n'a jamais démontré, ou tenté de le faire, que les sociétés d'État provinciales étaient de moins bons citoyens corporatifs que les sociétés d'État fédérales ou les grandes sociétés privées comme Bell Canada, le Canadien Pacifique, Alcan ou les banques à charte. Tant que l'on n'aura pas fait cette démonstration, le malthusianisme fédéral exercé à l'égard des sociétés d'État provinciales doit être considéré comme déplacé sinon odieux. Le projet de loi S-31 est non seulement une incongruité constitutionnelle mais, comme le suggère A. Tupper, « un mélange par excellence de jugement politique mal avisé et d'économie lacunaire<sup>19</sup> ».

### *Le statut corporatif des sociétés d'État*

Trois questions importantes doivent être soulevées quant à la formation d'entités juridiques distinctes du gouvernement pour l'exercice d'activités industrielles, commerciales ou financières. Premièrement, quels sont les buts spécifiques de la constitution en société? Deuxièmement,

quelles sont les formes de constitution en société utilisées, et lesquelles conviennent le mieux aux objectifs de l'intervention publique par de tels instruments? Enfin, quel est l'effet du droit corporatif sur les sociétés d'État au regard des règles du droit public qui leur sont néanmoins applicables?

## LES BUTS SPÉCIFIQUES DE LA CONSTITUTION EN SOCIÉTÉ

Le livre bleu de 1977 de même que le rapport Lambert ont pris pour acquis que la constitution en société avait pour but spécifique de procurer l'autonomie, facteur indispensable d'une gestion efficace en matière industrielle, commerciale ou quasi commerciale :

Il est clair que les gouvernements, en adoptant cette structure de constitution en société, visent à profiter de l'autonomie, de la souplesse et des compétences spéciales qui permettent à la société du secteur privé de devenir instrument fructueux d'exploitation.

La structure corporative constitue une façon éprouvée d'assurer une gestion efficace de certains genres d'activités; c'est pourquoi le gouvernement a recours à cette formule<sup>20</sup>.

Cette idée a progressé rapidement ces derniers temps. C'est ainsi qu'on a assisté à la transformation en 1981 du ministère des Postes en une Société canadienne des postes. Plus récemment au Québec, un projet de loi a proposé la création d'une société immobilière du Québec pour remplacer le ministère des Travaux publics et de l'Équipement. En 1983, naissait une Société québécoise des transports pour prendre en charge certaines attributions que le ministère des Transports jugeait moins appropriées aux fonctions normales d'un ministère. Depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, on a confié à des corporations publiques l'administration des installations portuaires du Canada mais, en 1982, un effort de consolidation a amené la création de la Société nationale des ports. Néanmoins, certains secteurs tels l'administration et l'exploitation des aéroports restent intégrés à un ministère tandis que, dans d'autres pays, ils sont confiés à des sociétés d'État.

Il n'est pas nécessaire de pousser très loin l'analyse pour démontrer que l'entreprise d'État constituée en société est pour le pouvoir politique un instrument mieux adapté à l'exécution de certaines opérations à l'intérieur du secteur économique que ne le serait une unité administrative, tel un ministère.

Si l'on compare un ministère et une entreprise, qu'elle soit privée ou publique, on constate ce qui suit<sup>21</sup>. Premièrement, l'objectif général d'un ministère est plus complexe et moins homogène du fait qu'il reflète inévitablement un compromis entre les diverses grandes missions sociales, économiques et politiques de l'État; il est évident, par exemple, que le mandat du ministère des Transports est plus vaste et com-

plexe que celui d'Air Canada ou de Via Rail. Même lorsque le mandat d'une société d'État est ambitieux et quelquefois presque démesuré, il reste que sa fonction spécifique et principale est moins complexe; la société doit exploiter une entreprise qui a un certain nombre d'activités précises tandis que le ministère a des fonctions de planification, de régulation, de surveillance et de contrôle qui sont d'un autre ordre : on n'a qu'à comparer, par exemple, Pétro-Canada ou Énergie atomique du Canada au ministère de l'Énergie, des Mines et des Ressources.

Deuxièmement, la nature des rapports qu'un ministère et une société d'État entretiennent de part et d'autre avec des tiers est différente. Avec ses pairs, un ministère entretient des relations de nature surtout consultative. Le caractère complexe de la mission d'un ministère nécessite de multiples interrelations parce que l'élaboration, la mise au point et la réalisation d'une politique dans un secteur donné affecte ou est susceptible d'affecter certaines politiques relevant d'autres ministères. Par contre, une société d'État a rarement ce genre de problème.

Un ministère entretient une relation d'autorité avec sa clientèle puisqu'il doit appliquer des lois, des normes administratives ou des règlements pré-établis; le comportement de l'administrateur se situe dans un cadre relativement peu flexible. Au contraire, l'entreprise entretient avec ses clients des relations de type commercial, sujettes à des négociations menant à des compromis mutuels; le climat de concurrence impose aux dirigeants une grande flexibilité.

Avec ses supérieurs, le ministère entretient des rapports bien différents de ceux qui s'établissent entre la société d'État et les autorités de tutelle. Tout d'abord, les supérieurs du ministère sont nombreux : organismes centraux, conseil des ministres, Conseil du Trésor, Commission de la fonction publique, ministères des Finances, de la Justice, des Travaux publics, des Approvisionnements et Services, etc. Ces relations sont constantes et multiples. Or, dans ce contexte, les critères de performance qu'on appliquera à un ministère, comme à toute unité administrative du genre, concernent son habileté à élaborer et à appliquer des programmes conformes au projet politique du gouvernement en place, dans le respect des exigences normatives des organismes centraux.

L'entreprise constituée en société est dirigée par un conseil d'administration qui n'a, en principe, de compte à rendre qu'épisodiquement à l'assemblée des actionnaires. Le principal, sinon l'unique, critère d'évaluation de la performance est le rendement sur le capital investi. Certes, la société d'État déroge à ce modèle classique de l'entreprise privée par l'exercice d'une tutelle administrative par le Cabinet, le Conseil du Trésor et le ministre désigné; néanmoins, ces contrôles sont différents de ceux que les mêmes autorités exercent sur un ministère. En outre, les critères d'évaluation de la performance doivent tenir compte de la rentabilité globale, dans ses dimensions à la fois économique et sociale.

Si l'on compare le processus décisionnel d'un ministère et celui d'une entreprise quant aux choix des stratégies, on constate que le ministère

doit opérer dans une structure de participation complexe (comités intergouvernementaux, comités interministériels, rencontres ou audiences avec les groupes intéressés) et poursuivre une analyse poussée des retombées de la stratégie envisagée sur divers secteurs et régions du pays. Un ministère doit prévoir l'insertion de cette stratégie dans le cadre des exigences du programme économique et financier du gouvernement. Au terme de ce processus complexe la décision finale sera généralement arrêtée par le Conseil du Trésor ou le conseil des ministres. Dans le cas d'une entreprise, par contre, les stratégies sont généralement élaborées par la haute direction et adoptées par le conseil d'administration; il s'agit d'un processus simple et rapide, où peu de personnes interviennent. Certes, l'entreprise publique est assujettie au pouvoir de directive du ministre; elle doit faire approuver son plan de développement, son budget d'investissement et quelquefois son budget d'exploitation; ces contraintes la placent dans une situation différente de celle de l'entreprise privée mais aussi très différente malgré tout de celle des ministères.

Qu'en est-il du processus décisionnel utilisé pour la mise en oeuvre des stratégies? Un ministère est souvent dépendant de centres de décision extérieurs à lui. Dans l'entreprise, au contraire, une fois réparties les tâches opérationnelles entre les cadres, il existe une relation plus étroite entre l'autorité et la responsabilité de mise en oeuvre.

Sur le plan de la gestion budgétaire, les différences sont importantes, qu'il s'agisse de l'établissement du budget ou de l'engagement effectif des fonds prévus dans le budget des dépenses. Le budget d'une unité administrative est essentiellement un budget de dépenses tandis que celui d'une entreprise comprend deux volets : revenus et dépenses. Le premier est largement adopté en dehors de l'unité, tandis que c'est au sein même de l'entreprise que les revenus prévisionnels sont utilisés pour défendre et justifier le budget d'investissement et le budget d'exploitation devant la haute direction de l'entreprise; ce processus est évidemment plus rapide. Quant aux règles régissant les engagements financiers, elles sont plus souples dans l'entreprise. Les délégations d'autorité à divers paliers de la hiérarchie ne sont pas gênées par les règles du droit public. Nous ne connaissons aucune jurisprudence qui ait rendu applicables aux sociétés d'État les règles découlant de la maxime *delegatus non potest delegare*<sup>22</sup>. Les dépassements des objectifs de recettes budgétaires et les économies réalisées sur les budgets de dépenses constituent un important critère d'évaluation des cadres de l'entreprise à tous les échelons, ce qui est loin d'être le cas dans une unité administrative où, à l'inverse, on considère comme suspect celui qui ne réussit pas à dépenser l'argent prévu à son budget!

Sur le plan de la gestion administrative, les contraintes que la législation et même les conventions collectives imposent à une administration publique sont plus lourdes que celles que subit l'entreprise, même

publique : création de postes, recrutement, licenciement du personnel, normes de rémunération, régime de carrière. La gestion du temps, qui joue un rôle capital dans l'entreprise car elle a une incidence sur les coûts de production et finalement sur les bénéfices, repose sur des normes différentes dans une unité administrative. On se souviendra de la place qu'ont occupée ces contraintes dans l'esprit de ceux qui ont favorisé la transformation du ministère des Postes en une société d'État.

Toutes ces considérations indiquent que la constitution en société peut paraître très intéressante si l'on recherche avant tout l'efficacité. Il faut toutefois en mesurer les conséquences sur le plan des principes du droit public. Lorsque la loi crée une entité juridique distincte du gouvernement avec une mission précise et qu'elle confie à un conseil d'administration la responsabilité de cette mission, il y a quelque chose de radicalement changé qui se répercutera nécessairement sur la nature des rapports de contrôle qu'exerceront le Parlement, le gouvernement et le ministre désigné sur les activités poursuivies dans le cadre de cette mission. La constitution en société procure une autonomie institutionnelle et juridique qui peut être certes contredite ou contrecarrée par une accumulation de contrôles qui ramèneront l'entreprise publique à la situation d'une simple unité administrative, mais ceci n'est pas conforme à la logique institutionnelle et à l'esprit du droit public.

## LES FORMES DE CONSTITUTION EN SOCIÉTÉ

### *La constitution en société par loi spéciale ou en vertu d'une loi générale*

Il n'existe pas, dans notre droit public, de principe ou de règle régissant la forme de l'acte constitutif d'une société d'État. Jusqu'en 1939, c'est par loi spéciale que le Parlement donna naissance à ces sociétés; mais au cours de la Seconde Guerre mondiale, un important réseau d'entreprises fut mis sur pied par émission de lettres patentes en vertu de la *Loi sur les compagnies*, soit aux termes des pouvoirs généraux conférés au gouvernement par la *Loi sur les mesures de guerre*, soit en vertu des pouvoirs conférés au ministre des Munitions et Approvisionnements par la *Loi sur le ministère des Munitions et Approvisionnements*<sup>23</sup>.

Après 1945, d'autres lois ont expressément autorisé le gouvernement ou un ministre à créer des sociétés d'État sans que le Parlement ait à intervenir directement.

D'importantes sociétés furent créées sous ce régime, notamment Énergie atomique du Canada Limitée, Eldorado Nucléaire, Uranium Canada Limitée, la Société immobilière Canada, etc.

Par ailleurs, d'autres sociétés d'État ont été créées par décret en vertu de la *Loi sur les compagnies*, de la *Loi sur les corporations canadiennes* ou de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, mais à l'initiative du gouvernement ou d'un ministre non expressément autorisé par une loi à

cette fin. C'est ainsi que furent créés Canadair, de Havilland Aircraft, la Corporation de développement des investissements du Canada, Via Rail Canada Limitée, CN Marine Limitée, etc.

Cette façon de procéder a été relevée et dénoncée dans le rapport Lambert en 1979<sup>24</sup> et par le vérificateur général du Canada dans son rapport de 1981-1982<sup>25</sup>.

Sur le plan strictement juridique, il n'y a, à notre avis, aucun principe ou règle qui interdise au gouvernement ou à un ministre, dans le cadre de ses attributions, de recourir à la constitution en société d'une entreprise en vertu d'une loi générale de constitution en société; quant à l'achat de gré à gré d'une entreprise ou de son capital-actions, il s'infère du pouvoir illimité de contracter de la Couronne<sup>26</sup>.

La question de savoir s'il est approprié, opportun ou souhaitable de faire intervenir le Parlement lors de la création d'une entreprise publique est d'un autre ordre. Elle doit être liée, comme l'a fait le rapport Lambert, à l'esprit de notre régime parlementaire. Il n'est pas nécessaire, même si cela est souhaitable, que le Parlement intervienne par loi spéciale au moment de la naissance d'une société d'État. Il suffit qu'il puisse intervenir à un moment ou à un autre.

Le projet de loi C-153 nous paraît contenir certaines dispositions intéressantes. Modifiant la *Loi sur l'administration financière*, ce projet de loi concerne principalement les sociétés dont la Couronne fédérale possède la totalité des actions et nomme les administrateurs. Il stipule que le gouverneur en conseil a, à l'égard de ces sociétés d'État, les droits et les pouvoirs de l'actionnaire unique suivant la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*. Le projet de loi stipule qu'un ministre peut, sous réserve de l'autorisation du gouverneur en conseil, constituer des sociétés en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ou acquérir la totalité des actions en circulation d'une société existante. Il stipule en outre que nul ne peut, sans l'autorisation du gouverneur en conseil, constituer une société ou acquérir, autrement qu'à titre de garantie seulement, des actions d'une corporation de manière que la Couronne ait un intérêt à titre de propriétaire. La même autorisation est requise pour la vente ou l'aliénation d'actions ainsi que pour la totalité ou la quasi-totalité de l'actif ou des activités de l'entreprise d'une corporation possédée en propriété exclusive.

Ce projet de loi proposait enfin un contrôle parlementaire des décrets autorisant la constitution d'une société en vertu de la *Loi sur les sociétés* de même que l'acquisition de la totalité des actions d'une société existante. Nous serions favorables à ce contrôle parlementaire a posteriori. Nous rejeterions partiellement toutefois un contrôle gouvernemental a priori, non pas de la création de nouvelles sociétés, mais des acquisitions ou aliénations du capital-actions d'entreprises existantes lorsque ces opérations ont lieu sur le marché boursier.

La *Loi C-24* du 28 juin 1984 va plus loin. Elle exige qu'une loi fédérale autorise la constitution d'une société dont les actions appartiennent en tout ou en partie à Sa Majesté, l'acquisition d'actions de sociétés, la demande de modification des statuts d'une société mère ayant pour effet un changement important dans les buts ou les activités, la vente ou l'aliénation d'actions, la fusion ou la dissolution d'une société mère (art. 100). Une telle habilitation législative est également exigée lorsqu'une société mère ou un groupe procède à l'aliénation de la totalité ou de la quasi-totalité de son actif. De plus, toutes ces opérations doivent être autorisées également par décret gouvernemental lorsqu'elles sont le fait d'une société mère ou d'une filiale à 100 % (art. 101). Le gouvernement peut assortir ces décrets de conditions.

Ces exigences d'habilitation législative et d'autorisation gouvernementale ne s'appliquent pas dans certaines circonstances, telles l'acquisition d'actions ou d'actifs à titre de garantie, l'acquisition ou la vente d'actions dans le cadre d'une activité commerciale normale d'assistance financière ou celui d'une réorganisation de bonne foi d'une société mère ou de filiales à 100 % etc.; de plus, le gouverneur en conseil peut ajouter d'autres exceptions (art. 102).

Toute constitution ou acquisition contraire à la loi est sanctionnée soit par l'obligation de procéder à la dissolution, soit par l'émission d'un décret ordonnant la dissolution, la vente ou l'aliénation des actions ou de l'actif ainsi acquis (art. 103).

Ces dispositions, assez rigoureuses, s'inspirent du rapport Lambert qui recommandait que la création de filiales soit autorisée dans la loi constitutive de la société mère et qu'un décret gouvernemental intervienne pour autoriser une telle création ou acquisition.

Si nous considérons comme normal que les sociétés mères soient autorisées par leur loi constitutive ou leurs lettres patentes à créer ou à acquérir des filiales, il ne nous semble pas nécessaire qu'un décret officiel autorise chacune de ces opérations lorsque ces sociétés doivent présenter et faire approuver un plan de développement. Rien ne justifie également un contrôle parlementaire de la création de filiales; si les parlementaires s'intéressent à ces dernières, ils peuvent le faire par les voies ordinaires. À notre avis, la création ou l'acquisition de filiales fait partie du développement d'une entreprise d'État comme de toute entreprise. Une fois le plan de développement adopté, les opérations de création ou d'acquisition de filiales se prêtent mal à un contrôle a priori au risque d'être inefficaces et plus coûteuses : il faut laisser jouer les mécanismes et méthodes du droit corporatif. Nous reviendrons plus loin sur ces questions.

Quel que soit le mode de création d'une société, son mandat, par contre, doit être clairement défini. De nombreuses voix ont réclamé que « le mandat définisse clairement la mission, les buts, les objectifs et les

pouvoirs assignés à la société<sup>27</sup> ». Sans cela, il est impossible d'exercer un contrôle a posteriori adéquat et d'élaborer des critères d'évaluation de la performance.

De plus, de telles précisions permettent de juger quand on outrepassé le mandat. À cet égard, la *Loi C-24* comporte une disposition assez intéressante interdisant à une société mère et à ses filiales à 100 % « d'exercer une activité incompatible avec les buts pour lesquels la société a été constituée ou les restrictions quant aux activités qu'elle peut exercer, tels qu'ils figurent dans sa charte » (art. 104).

### *La constitution en société avec ou sans capital-actions*

Traditionnellement, les entreprises publiques étaient des sociétés sans capital-actions créées par une loi particulière et régies par cette loi et par le droit commun; au Québec, il s'agit de sociétés (corporations) au sens du Code civil. C'est pendant la Seconde Guerre mondiale que le gouvernement fédéral commença à mettre sur pied des entreprises constituées par lettres patentes suivant la *Loi sur les compagnies*. Cette forme juridique continuera d'être utilisée car elle semblait convenir à des entreprises oeuvrant dans le secteur industriel et commercial.

Il y a trois différences essentielles entre les deux formes corporatives. Premièrement, la constitution en société sans capital-actions exige une loi spéciale, ce qui amène le Parlement à sanctionner la création de l'entreprise et son mandat; en revanche, la constitution avec capital-actions se fait ordinairement par lettres patentes émises par le gouvernement. Deuxièmement, une loi constitutive spéciale traditionnelle institue entre le propriétaire et l'entreprise un régime de rapport juridique, fort différent de celui qui existe entre les actionnaires et la compagnie. Troisièmement, le régime de financement de l'entreprise est fort différent dans un cas comme dans l'autre.

Il n'est pas facile d'expliquer pourquoi l'État et les politiciens ont préféré une structure à capital-actions pour les sociétés d'État oeuvrant dans les secteurs industriel, commercial ou financier. Il semble que ce soit avant tout le souci de donner à ces entreprises un statut quasi identique à celui des entreprises privées oeuvrant dans les mêmes secteurs, de façon à leur conférer une plus grande autonomie. C'est un style d'organisation et de gestion qui a fait ses preuves et auquel on veut convertir l'entreprise publique. Figure aussi la volonté de s'assurer que le rendement de ces entreprises puisse être évalué selon des critères comparables.

À plusieurs reprises ces dernières années, au Québec notamment, les porte-parole du gouvernement ont soutenu qu'il fallait moderniser la structure des sociétés d'État en l'alignant sur la *Loi sur les compagnies*. À propos de Loto-Québec, en 1978, le ministre Jacques Parizeau propose « d'établir une société qui fonctionnera commercialement selon des règles bien connues<sup>28</sup> ». En 1980, le ministre Yves Bérubé soutient que

« la *Loi sur les compagnies* fait vraiment appel à la sagesse populaire » ; c'est pour cette raison que le gouvernement modifie les lois des sociétés d'État « pour les amener dans une sorte de coquille qui soit assez identique à la *Loi sur les compagnies*<sup>29</sup> ». En 1981, le gouvernement modifie le statut d'Hydro-Québec qui, selon le ministre Yves Duhaime :

[. . .] sera donc dotée d'une structure de capital comme toute grande corporation en Amérique du Nord [. . .] Il sera d'autant plus facile de faire des comparaisons d'un chiffrier d'états financiers d'une corporation par rapport à l'autre [. . .] Hydro devient en quelque sorte normale par rapport à des entreprises qui pourraient s'y comparer<sup>30</sup>.

**La création de l'entreprise** Juridiquement, la différence entre les deux types de constitution en société est fondamentale. La loi constitutive, dans un cas, doit être adoptée par le Parlement; l'entreprise ne peut être modifiée ni dans sa structure, ni dans son mandat, ni dans ses pouvoirs sans une intervention législative. Au contraire, l'émission de lettres patentes ou l'enregistrement de statuts en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* est un processus beaucoup plus rapide qui permet une très grande souplesse; le mandat de la société peut être modifié sans formalité et rapidement.

Dans le cas de la plupart des sociétés mères à capital-actions, on a toutefois pris l'habitude de recourir à une formule mixte, soit l'adoption d'une loi particulière qui crée une société à capital-actions qui est alors régie partiellement par la *Loi sur les corporations commerciales* ou la *Loi sur les corporations canadiennes*. La *Loi C-24* propose que la *Loi sur les corporations canadiennes* ne s'applique pas aux sociétés d'État mères (art. 113).

**Les rapports juridiques de rattachement de l'entreprise** Dans le cas des sociétés traditionnelles sans capital-actions, la loi constitutive établit seule des rapports de rattachement entre l'entreprise et l'État, c'est-à-dire surtout le gouvernement. Dans le cas de sociétés à capital-actions, la situation varie selon l'existence d'une loi constitutive : en principe, en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* ou de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, le gouvernement est actionnaire et il se tisse entre lui et la société des rapports identiques à ceux qu'on retrouve dans le droit corporatif privé. Toutefois, s'il y a loi constitutive, celle-ci déroge souvent au droit corporatif : le rôle de l'assemblée des actionnaires est souvent modifié et remplacé par des contrôles conférés expressément au Cabinet, au Conseil du Trésor ou au ministre désigné.

En étudiant les mécanismes de contrôle, nous verrons que leur réduction favoriserait une application plus normale du droit corporatif, ce qui pourrait contribuer à l'efficacité des entreprises.

**La structure de financement** La constitution en société avec capital-actions ou fonds social clarifie le financement public de l'entreprise en le rationalisant.

Les modes de financement des sociétés sans capital-actions sont multiples et variés. Premièrement, la loi prévoit l'octroi d'une dotation en capital ou d'un crédit, ou la constitution d'un fonds de roulement dont elle fixe le montant<sup>31</sup>. Deuxièmement, la loi prévoit le versement pour une certaine période d'« avances » qu'elle fixe annuellement<sup>32</sup>. Troisièmement, la loi autorise le gouvernement ou le ministre des Finances à verser des avances discrétionnaires à même le Fonds consolidé du revenu<sup>33</sup>. Quatrièmement, la loi prévoit le versement d'avances ou de prêts à la discrétion du ministre des Finances ou du gouvernement mais oblige ce dernier à prévoir un taux d'intérêt, certains délais et d'autres conditions<sup>34</sup>. Cinquièmement, la loi prévoit que le gouvernement peut autoriser le ministre des Finances à avancer à la société toute somme jugée nécessaire à son fonctionnement, tout en autorisant le gouvernement à garantir le paiement en capital et intérêts des emprunts de la société<sup>35</sup>. Une sixième formule serait le versement de subventions annuelles autorisées par la loi à certaines fins<sup>36</sup>.

Dans le cas des sociétés à capital-actions créées par loi spéciale, le Parlement vote la capitalisation initiale et autorise expressément le gouvernement ou le ministre à souscrire des actions; l'échelonnement des souscriptions d'actions et des versements est fixé par la loi. Cette formule est certes plus conforme aux principes de notre droit constitutionnel que celle qui voit le Parlement donner au gouvernement le pouvoir discrétionnaire de puiser toute avance à même le Fonds consolidé du revenu.

Sur le plan du droit des finances publiques, un prêt ou une avance apparaît à l'actif du gouvernement au coût ou à sa valeur nominale sauf s'il vient à être considéré comme une créance irrécouvrable. De la même façon, les actions sont portées à leur valeur au pair à l'actif de l'État. On peut toutefois se demander si elles reflètent davantage la juste valeur des actifs de l'État. Il est probablement plus facile d'évaluer des actions que d'autres formes d'actifs, pourvu qu'on s'en donne la peine. Ainsi, dans son rapport de 1982, le vérificateur général recommandait qu'on fasse cet exercice pour que soit présentée plus justement la valeur des actifs de l'État.

Certains ont répliqué que, contrairement à ce qui se passe dans le secteur privé, la détermination du capital autorisé de même que de la valeur des actions est fictive. Cette critique vaut peut-être lorsqu'on transforme des sociétés telles la Société des alcools du Québec, Loto-Québec ou Hydro-Québec en sociétés à capital-actions<sup>37</sup>; par contre, cela est significatif lors de la capitalisation initiale<sup>38</sup> et davantage encore lors de l'échelonnement de la souscription des actions et des versements.

La structure corporative à capital-actions comporte un autre avantage qui a été très peu utilisé : celui de permettre la cession d'actions à des tiers en associant les administrés à la capitalisation des entreprises publiques. Il s'agit là de la transformation d'une société à capital public en une société d'économie mixte, expérience qui a été peu fructueuse dans les années 1960 dans le cas de la Société générale de financement (SGF) québécoise, première formule, mais qui depuis quelques années constitue une formule de participation de capitaux publics et privés qui remporte un succès certain. La Corporation de développement du Canada et Télésat Canada constituent des illustrations intéressantes de ce phénomène.

Une première question porte sur les principes de notre droit public : le gouvernement peut-il, sans autorisation expresse dans la loi, céder des actions du fonds social d'une société d'État? Dans certains cas, le législateur a pris expressément la peine de déclarer ces actions inaliénables (Air Canada, Pétro-Canada, Société pour l'expansion des exportations, Corporation des investissements du Canada). Dans les autres cas, il nous semble que le droit corporatif doit s'appliquer, c'est-à-dire que ces actions sont accessibles et peuvent être vendues.

Il faut ensuite savoir si ces actions, qui appartiennent à la Couronne et qui font partie du domaine public, peuvent être aliénées sans l'autorisation du Parlement. La théorie de l'inaliénabilité du domaine public n'a pas de valeur absolue chez nous et ne saurait s'appliquer aux actions de ces sociétés. De plus, au palier fédéral, l'article 52 de la *Loi sur l'administration financière* stipule qu'aucun transfert de biens publics ne doit être fait à une personne sauf selon les directives du gouverneur en conseil ou les règlements.

Signalons en terminant que, même si nous avons montré la supériorité du financement au moyen de la création d'un capital-actions en vertu de la loi constitutive d'une société d'État, le législateur, avant tout fédéral, ne s'en est pas tenu à cette logique; dans plusieurs lois constitutives, il a prévu divers modes de financement, dont le versement d'avances ou de prêts à la discrétion du gouvernement, en plus de la souscription de capital-actions. On retrouve cela dans diverses lois dont celles d'Air Canada, de la Société pour l'expansion des exportations et de Pétro-Canada. Finalement, ces sociétés d'État ont une panoplie de moyens de financement qui les avantage considérablement : souscription d'actions, prêts, garantie d'emprunts, etc.

### *L'incidence du droit corporatif et les dérogations*

La constitution en société avec un fonds social ou capital-actions rend en principe applicable, au fédéral, la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ou la partie IV de la *Loi sur les corporations canadiennes* et, au Québec, la *Loi sur les compagnies*, partie II. SIDBEC et la Société

d'énergie de la baie James, qui sont régies par la partie I de la *Loi sur les compagnies*, font exception au Québec.

Il ne faut pas oublier que le droit corporatif s'applique intégralement à plusieurs sociétés mères qui n'ont pas de loi constitutive ainsi qu'aux sociétés dont la majorité du capital-actions appartient soit directement au gouvernement ou à une société mère. Quant aux sociétés mères ayant une loi constitutive, plusieurs dispositions de la *Loi sur les compagnies* ou de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* sont ou bien expressément exclues ou bien difficilement applicables.

**Les dispositions expressément exclues** Au Québec, les lois constitutives contiennent une liste assez ordonnée de dispositions déclarées inapplicables. Elles concernent notamment les qualités requises des administrateurs, la structure du capital-actions, les appels de versements, la déclaration des dividendes.

Au fédéral, la situation est plus complexe et il faut se référer à chacune des lois constitutives. Ainsi, la *Loi sur la Société Pétro-Canada* stipule que :

Les dispositions suivantes de la Partie IV de la *Loi sur les corporations canadiennes*, à savoir : les articles 160 et 161, 164 à 188, 190 à 197, 201 et 202, 206 à 211, 213 et 214, ne font pas partie de la présente loi, qui doit être interprétée en conséquence (article 27).

La loi régissant Air Canada stipulait, avant les modifications récentes opérées par la *Loi C-24* que :

Les dispositions de la *Loi sur les corporations canadiennes* ne s'appliquent pas à la présente loi (article 21).

Les définitions d'« affaires », de « personne morale », de « titre de créance », de « valeur mobilière » et de « sûreté » au paragraphe 2(1), les articles 17, 23, 40, 42 (à l'exception des alinéas (2)a, c) et e) et du sous-alinéa (2)d)(ii)), les articles 46, 111, 112, 115, 164, 166 et 250 et les paragraphes 2(2) à (5), 16(1), 20(1) et (2), 21(1), 37(9) et (10), 109(9), 117(1), 118(1) à (3), 119(1), (3), (4), (5) et (7) et 163(2) à (4) de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* s'appliquent à la société avec les modifications requises par les circonstances (article 22).

La nouvelle *Loi sur la Corporation de développement des investissements du Canada* prévoit que : « Sauf les dispositions contraires de celle-ci, la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ne s'y applique plus » (article 9).

Cependant, plus loin, on peut lire que :

Le gouverneur en conseil dispose à l'égard de la Compagnie des droits et pouvoirs qu'a l'actionnaire unique d'une société visée par la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*; lorsque le gouverneur en conseil fait une déclaration visée au paragraphe 140(2.1) de cette loi, le président prend les mesures nécessaires pour y donner effet (paragraphe 22(2)).

Enfin, la loi constitutive de Télésat Canada nous offre un tableau qui ne manque pas de couleur :

29. La partie IV de la *Loi sur les corporations canadiennes* ne s'applique pas à la Société, 1968-69, c. 51, art. 29.

30.(1) Lorsqu'on applique à la Société une disposition de la *Loi sur les corporations canadiennes* qui lui est applicable, les mentions de lettres patentes et celles de lettres patentes supplémentaires que peut contenir cette disposition s'interprètent respectivement comme des mentions de la présente loi et des mentions des lettres patentes émises en conformité de l'article 33 de la présente loi.

(2) Sauf disposition contraire de la présente loi en la matière, les dispositions de la *Loi sur les corporations canadiennes* qui sont énumérées ci-après s'appliquent à la Société avec les modifications qu'exigent les circonstances :

- a) paragraphes 13(9) à (16);
- b) article 17 et articles 21 à 24;
- c) paragraphes 25(2) et (3) et articles 26 et 27;
- d) articles 34, 36 et 37;
- e) articles 39, 42 et 43, dans la mesure prévue au paragraphe 18(1) et à l'article 21 de la présente loi;
- f) articles 48 à 50;
- g) articles 61 à 63, la mention des articles 52 à 60 figurant au paragraphe 62(4) étant toutefois censée être une mention des lettres patentes délivrées en vertu de l'article 33 de la présente loi;
- h) articles 65 et 66 et paragraphe 67(4);
- i) articles 68 à 73;
- j) articles 74 à 84; toutefois, une tentative ou offre d'aliéner faite par la Société ou pour elle, ou une démarche faite en vue d'obtenir une souscription, une offre de souscription ou une demande de souscription d'actions ordinaires de la Société ou d'un droit afférent à ces actions, dans la mesure où elle s'adresse à Sa Majesté du chef du Canada ou à une ou plusieurs entreprises agréées d'exploitation de télécommunications, est censée ne pas être une « offre au public » au sens de l'alinéa (74)a);
- k) article 85;
- l) paragraphe 86(3) et (4);
- m) paragraphe 88(4); paragraphe 90(2), article 91, article 92 moins les alinéas c) et d) de cet article, et article 93;
- n) articles 95 à 97 et article 99;
- o) articles 100 à 100.6;
- p) articles 102 et 103 et articles 105 à 108.9;
- q) articles 109 à 132 et articles 133 moins les paragraphes (9) à (11.1) de ce dernier;
- r) articles 138 à 143;
- s) articles 144 à 147 et article 149; et
- t) paragraphe 151(3). 1968-69, c. 51, a. 30; 1970 (1<sup>er</sup> suppl.), c. 10, a. 35.

La *Loi C-24* du 29 juin 1984 apporte des modifications substantielles à l'applicabilité de la *Loi sur les sociétés commerciales* aux sociétés d'État

mères. Ainsi, l'article 261 de cette dernière loi relatif à l'abandon de charte ne s'applique pas aux sociétés mères. De plus, la loi modifie les lois constitutives de plusieurs sociétés sur ce point, notamment celle d'Air Canada.

**Les dispositions difficilement applicables** Plusieurs dispositions des lois générales sur les compagnies apparaissent difficilement applicables aux sociétés d'État à capital-actions. À titre d'exemple, mentionnons celles qui concernent l'annulation ou l'abandon de charte ainsi que celles qui ont trait à la modification de la structure du capital-actions ou au changement du nombre d'administrateurs. Il faut alors voir si la loi constitutive de la société rend plausible l'application de ces dispositions. Si la société n'a pas de loi constitutive ou si celle-ci n'y fait pas obstacle, il faudra alors voir si ce qui est juridiquement possible est politiquement réalisable.

### *La qualité d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement*

#### L'ATTRIBUTION

En droit public britannique et canadien, la Couronne étant détentrice du pouvoir exécutif (*the Crown in her executive capacity*), c'est le gouvernement qui, traditionnellement, a toujours bénéficié de prérogatives et d'immunités en vertu du *common law* et des lois du Parlement. Or, le Parlement, vers la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, mais surtout au XX<sup>e</sup> siècle, a expressément qualifié d'agent de la Couronne ou de mandataire du gouvernement certaines sociétés publiques juridiquement autonomes mais largement soumises à la tutelle du gouvernement; l'objectif était de faire bénéficier ces agents ou mandataires de certaines prérogatives et immunités gouvernementales. Les cours de justice elles-mêmes se sont crues justifiées de donner cette qualité à des institutions remplissant une fonction assimilable à celle du gouvernement ou des agents du gouvernement, et assujetties à un degré suffisant de contrôle par tutelle<sup>39</sup>.

Bon nombre de sociétés d'État, même à caractère purement industriel, sont ainsi qualifiées de mandataires du gouvernement. Au palier fédéral, la grande majorité est ainsi qualifiée, soit par les lois constitutives, soit par deux lois à caractère général : la *Loi sur l'administration financière* et la *Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État*. Au Québec, seules les lois constitutives confèrent cette qualité à près de la moitié des sociétés mères. Les filiales n'ont généralement pas cette qualité.

Si la loi est muette, la jurisprudence a élaboré deux critères pour octroyer cette qualité : celui des fonctions et celui des contrôles. Le premier est presque tombé en désuétude parce qu'il exige du juge une

appréciation subjective de la nature des fonctions d'une institution qui sert d'instrument d'intervention de l'État dans l'économie. Le second critère suppose, de la part du juge, une analyse poussée de l'ensemble des éléments du contrôle de l'organisme par le gouvernement, pour savoir s'il y a un degré suffisant de contrôle.

La *Loi C-24* présente la définition suivante de la société mandataire :

Société d'État ayant la qualité de mandataire de Sa Majesté par déclaration expresse en vertu d'une autre loi fédérale (article 95).

Dorénavant, il faudra qu'une loi autre que la *Loi sur l'administration financière* octroie cette qualité. De plus, on peut se demander si l'expression « déclaration expresse » exclut la possibilité de qualité jurisprudentielle en vertu du *common law*. Il nous semble en effet qu'une société d'État régie par la présente loi ne pourra plus être qualifiée par les tribunaux d'agent de la Couronne à cause de cette indication très claire de la loi.

## LES CONSÉQUENCES

Les conséquences juridiques de la qualité de mandataire du gouvernement sont énormes. Traditionnellement, elle procurait cinq genres de prérogatives et immunités mais plusieurs ont été considérablement réduites, soit par la loi, soit par la jurisprudence.

La première immunité concerne la responsabilité civile et pénale dont il ne reste que quelques séquelles. Si les mandataires du gouvernement sont soumis au même régime de responsabilité civile que les entreprises privées, ils sont aussi soumis, en pratique, au même régime de responsabilité pénale depuis un arrêt de la Cour suprême de 1983. Pour que renaisse l'ancienne immunité, pourtant rappelée en 1959, il faudrait que la violation des dispositions du droit pénal soit absolument nécessaire à la poursuite des objectifs de l'entreprise.

La deuxième immunité, qui concerne l'insaisissabilité et l'imprescriptibilité des biens qui font partie du domaine public, est largement exclue par les lois constitutives.

La troisième immunité a été consacrée notamment par l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* : il s'agit de l'immunité fiscale en vertu de laquelle toute société d'État mandataire est à l'abri de toutes les lois fiscales.

La quatrième immunité découle d'une ancienne prérogative de la Couronne que l'on retrouve formulée à l'article 16 de la *Loi d'interprétation fédérale* et de l'article 42 de la loi provinciale équivalente : elle signifie qu'aucune loi ordinaire ne s'applique à la Couronne ou au gouvernement, ou n'affecte ses droits à moins de mention expresse à cet effet.

La cinquième catégorie comprend diverses prérogatives ou privilèges prévus dans diverses lois ou découlant du *common law* qui peuvent à l'occasion bénéficier aux agents de la Couronne.

### *Les immunités en matière de responsabilité civile et pénale*

Ces immunités se fondent sur la vieille maxime « *the King can do no wrong* », susceptible d'application en matière tant civile que pénale. Ces immunités existent toujours en faveur de la Couronne et de ses agents et ne sont exclues que si le Parlement ou la législature en manifestent clairement l'intention<sup>40</sup>.

En matière civile au Québec, qu'il s'agisse de responsabilité contractuelle ou délictuelle, le Code de procédure civile a aboli toute immunité. L'article 94a) précise au surplus que :

nul recours qui peut être exercé contre un organisme de la Couronne ou une corporation dont la loi édicte qu'elle est un agent de la Couronne ne peut être exercé contre la Couronne.

Au fédéral, la situation est moins claire. L'article 3 de la *Loi sur la responsabilité de la Couronne* de 1953 stipule que la Couronne est responsable *in tort* des dommages causés par ses mandataires ainsi que d'un manquement afférent à la propriété, l'occupation, la possession ou la garde d'un bien. Le terme mandataire ou préposé s'applique, selon cette loi, tant aux serviteurs de la Couronne qu'aux sociétés qualifiées d'agent de la Couronne. Toutefois, la loi ajoute que :

les procédures peuvent être intentées sous la désignation de l'organisme lorsqu'une loi du Parlement autorise à intenter des procédures contre cet organisme sous sa propre désignation<sup>41</sup>.

Les recours en responsabilité *in tort* pour le fait d'autrui (*vicarious liability*) peuvent être intentés soit contre la Couronne elle-même en Cour fédérale, soit contre l'agent de la Couronne devant les cours ordinaires de justice. Toutefois, l'arrêt de la Cour suprême de 1969 *Conseil des Ports nationaux c. Langelier* semble plutôt indiquer que, lorsque les dommages sont commis par une société de la Couronne ou ses employés, c'est cette société qui doit être poursuivie<sup>42</sup>.

En matière contractuelle, que la société de la Couronne ait contracté en son propre nom ou au nom de la Couronne, les poursuites peuvent être intentées soit contre la société, soit contre la Couronne elle-même, soit contre les deux à la fois<sup>43</sup>. Toutefois, plusieurs lois constitutives de sociétés d'État stipulent que les recours doivent être intentés contre les sociétés seulement<sup>44</sup>. Qu'il nous soit permis de soutenir que les sociétés d'État devraient être assujetties absolument au régime de responsabilité civile contractuelle et délictuelle de droit commun et poursuivies devant les tribunaux compétents, c'est-à-dire les cours provinciales.

La Cour suprême, dans un arrêt de 1982, a réétudié en profondeur la question de l'immunité des sociétés d'État en matière de responsabilité

pénale ou criminelle. En 1959, dans l'arrêt *Canadian Broadcasting Corporation c. A.-G. for Ontario*, la Cour suprême avait considéré que l'immunité créée par le *common law* était tellement fondamentale qu'il faudrait une disposition législative d'une grande clarté pour l'éliminer :

*To say that it intends and has effect to include the Crown as an ordinary subject of the prohibitory or the penal provisions of the Code is repugnant to the principle of immunity in both aspects. If such a fundamental change had been intended it would not have been affected by a clause of general definition. There is ample matter for legitimate application to Her Majesty, the obvious one being that of a "person" who is the victim of criminality, not its perpetrator: in such and other instances it is used in the description of a factual situation. The definition is to be read distributively and wherever a person so designated can properly be brought within the substantive provisions, that is, in the light of their intendment, of the underlying basic ideas and assumptions of the common law, two of which are that the King can do no wrong and that he cannot be impleaded, and within the punishment prescribed, then that "person" is intended to be designated as one against whom the prohibition is directed and on whom the penalty can be imposed. The application of the word to corporations, societies, companies, and the other legal entities enumerated must clearly be made on those considerations<sup>45</sup>.*

En 1982, la Cour suprême refusera de donner un caractère absolu à cette immunité. Se référant à l'arrêt *Conseil des Ports nationaux c. Langelier* de 1969, le juge Estey, au nom de la majorité, dira :

Pour reprendre les propos du juge Martland dans l'arrêt *Conseil des Ports nationaux*, précité, « Ce n'est que lorsque [la Société] exerce légitimement les pouvoirs que la Loi lui accorde qu'[elle] est censé[e] être un mandataire de l'État » (p. 72). Lorsqu'elle agit ainsi et qu'elle jouit, de ce fait, du statut de mandataire de l'État, les immunités de l'État passent au mandataire à son avantage. Cependant, lorsque la Société n'agit pas « pour tous les objets de la présente loi » ou dans le cadre des « pouvoirs que lui confère la présente loi », le statut et les avantages du mandataire de l'État disparaissent<sup>46</sup>.

Il en résulte, selon la Cour, que l'immunité ne saurait découler nécessairement du statut d'agent de la Couronne « *in all circumstances* ».

Il faut distinguer trois catégories de situations. Premièrement :

Il n'existe en droit aucune raison pour laquelle Sa Majesté ne devrait pas, en tant que source de justice, invoquer les pouvoirs des cours criminelles pour faire appliquer une loi qui assujettit expressément le mandataire de Sa Majesté à ces termes<sup>47</sup>.

Cela signifie que, si une société d'État est expressément assujettie à une loi donnée, elle peut être poursuivie au pénal pour la mise en oeuvre de cette loi.

Deuxièmement, l'immunité jouera en présence d'une conduite ou d'une action expressément autorisée par une loi; alors, comme la Cour

d'appel d'Ontario l'a décidé dans *R. c. Stadiotto*<sup>48</sup>, il faut se demander si la violation d'une autre loi ou du Code criminel est rendue nécessaire pour que soit posée l'action expressément autorisée par la loi. Ainsi, une société d'État ne pourra être excusée de la violation du Code de la route ou d'une autre loi que si elle établit que l'action posée était expressément autorisée par la loi et nécessitait la violation de l'autre loi.

Troisièmement, à l'égard des actions ou comportements qui ne sont pas imposés ou expressément autorisés par la loi, l'immunité ne jouera pas si ces actions ou comportements sont « *inconsistent with the purpose of the Act* ». Parlant de la Société Radio-Canada au regard de la *Loi sur la radiodiffusion*, la Cour estime que :

Il est inconvenable qu'en adoptant la *Loi sur la radiodiffusion* et en autorisant ses règlements d'application y compris ceux précités, le Parlement ait voulu établir un régime dans lequel une catégorie de radiodiffuseurs est assujettie aux lois générales dont celles en matière criminelle alors que l'autre catégorie ne l'est pas. Ce résultat est d'autant plus insoutenable si l'on considère la fin de l'al. 3c) de la *Loi sur la radiodiffusion* qui prévoit que toutes les personnes autorisées à exploiter des entreprises de radiodiffusion au Canada peuvent le faire « sous [. . .] réserve des lois et règlements généralement applicables ». Cela doit certainement comprendre le Code criminel du Canada à moins qu'il ne se trouve dans le Code, dans la *Loi sur la radiodiffusion* ou dans une autre loi du Parlement, quelque autre disposition d'exclusion explicite. On ne nous en a mentionné aucune<sup>49</sup>.

À notre avis, la situation créée par l'immunité conférée aux agents de la Couronne par la maxime « *the King can do no wrong* » n'a aucun sens à l'égard des sociétés d'État. N'est-il pas aberrant que Radio-Canada ait pu prétendre, encore à notre époque, être au-dessus des dispositions du Code criminel en matière d'obscénité du seul fait qu'elle soit qualifiée d'agent de la Couronne? Fort heureusement, la Cour suprême a réduit à une dimension acceptable cette immunité qui subsiste néanmoins et pourrait soulever de nouvelles difficultés.

### *Les immunités concernant les biens et les voies d'exécution*

En vertu des règles du *common law*, les biens de la Couronne bénéficient des privilèges d'insaisissabilité et d'imprescriptibilité. Au Québec, le Code civil reprend ces mêmes privilèges. Du fait qu'elle soit qualifiée d'agent de la Couronne, une société d'État en bénéficie.

Une société d'État peut être considérée comme propriétaire de ses biens, ou n'être que le possesseur ou fiduciaire ou détenteur de biens appartenant directement à la Couronne; si elle est qualifiée d'agent ou mandataire de la Couronne, elle bénéficie des privilèges applicables au domaine public de l'État. Les lois québécoises comportent ordinairement la mention suivante : « Les biens meubles et immeubles en la possession de la Société font partie du domaine public<sup>50</sup>. »

Au fédéral l'article 108 de la *Loi C-24* est encore plus clair : il stipule que les biens détenus par une société mandataire appartiennent à Sa Majesté que le titre soit au nom de la société ou de Sa Majesté.

Presque toutes les lois constitutives de sociétés d'État dérogent toutefois au moins partiellement à ces immunités en décrétant que « l'exécution des obligations de la Société peut être poursuivie sur ces biens<sup>51</sup> » qui seraient autrement insaisissables. Au palier fédéral, les lois ne sont pas aussi précises et se contentent de mentionner que d'« autres procédures judiciaires [. . .] peuvent être intentées ou engagées par ou contre la Commission (ou Société) au nom de cette dernière devant toute cour qui aurait juridiction si la Commission n'était pas mandataire de Sa Majesté<sup>52</sup> ». Cette clause est-elle suffisante pour permettre l'exécution forcée sur les biens de l'agent de la Couronne poursuivi? Nous en doutons. Il ne semble toutefois pas que cette immunité ait occasionné de difficulté aux créanciers des sociétés d'État.

### *L'immunité fiscale*

L'immunité fiscale constitue pour le gouvernement un privilège dont l'importance s'est accrue à cause du caractère fédératif du Canada et de notre tradition administrative qui veut que l'administration municipale ait aussi sa part de l'assiette fiscale.

La prérogative royale selon laquelle la Couronne jouit de l'immunité fiscale pour ses propriétés, ses biens, ses recettes et ses activités a été souvent précisée par voie législative expresse. Le plus important de ces textes est l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui stipule que « aucune terre ou propriété appartenant au Canada ou à une province ne sera sujette à taxation ». Ce texte n'a toutefois pas pour effet de restreindre l'immunité fiscale de la Couronne fondée sur le *common law*, qui s'applique non seulement aux taxes foncières mais à toute autre forme de taxation telle la taxe de vente, les taxes d'affaires et l'impôt sur le revenu, sous réserve de certaines restrictions apportées par la jurisprudence.

La jurisprudence a été appelée à préciser la portée de cette immunité fiscale. Ainsi faut-il qu'il s'agisse d'un impôt ou d'une taxe au sens strict, et non du prix de vente d'un service public ou d'une redevance pour un service public. La taxe dite d'« eau municipale » ne fut donc pas considérée comme une taxe au sens strict<sup>53</sup>; par contre, la taxe d'enlèvement de la neige en est une au sens strict<sup>54</sup>. Deux critères ont été retenus par la jurisprudence à cette fin, soit le caractère volontaire ou non du paiement et le rapport entre le prix et la valeur du service rendu. Suivant ce dernier critère, il suffit qu'il n'y ait pas d'équation directe entre la valeur du service rendu et le montant de la taxe.

Il faut que la taxe porte sur les biens ou revenus de la Couronne pour que l'immunité joue : pour éviter que cette dernière ne soit illusoire, elle

doit s'appliquer non seulement aux taxes sur les biens, mais aussi aux taxes frappant la Couronne relativement à ses biens ou à celles sur une opération relative aux biens de la Couronne<sup>55</sup>.

La jurisprudence veut que l'immunité fiscale prévue notamment à l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne puisse être invoquée par la Couronne provinciale pour restreindre « *the operation of Dominion law in the exercise of the authority conferred by sec. 91 (B.N.A. Act)*<sup>56</sup> »; c'est ainsi que les provinces doivent payer les droits de douane à l'importation sinon elles porteraient atteinte aux compétences fédérales en matière de réglementation du commerce international.

La Cour suprême a récemment précisé la portée de cette immunité dans un *Renvoi concernant une taxe sur le gaz naturel exporté proposé par le Parlement du Canada*<sup>57</sup>.

Pour vraiment apprécier la portée exacte de l'article 125, il faut, selon la Cour suprême dans son arrêt de 1982, se rappeler ce qu'écrivait W.H.P. Clément en 1916 :

Il n'est pas destiné à porter atteinte à la règle générale concernant l'exemption des biens de la Couronne de la taxation comme cette règle doit s'appliquer, par exemple, en Angleterre ou dans une colonie dotée d'une seule législature. Il a été inséré, par souci de précaution, pour empêcher le Dominion d'imposer des taxes à des fins fédérales sur les biens détenus par la Couronne à des fins provinciales, et vice versa<sup>58</sup>.

L'article 125 était donc destiné à empêcher qu'un ordre de gouvernement ne taxe les « terres et propriétés » de l'autre palier<sup>59</sup>. Or, il faut se rappeler qu'en 1867 l'impôt sur le revenu n'existait pas et que les principales sources de revenu étaient, pour le fédéral, les droits de douanes (80 % du budget) et, pour les provinces, les revenus des terres publiques; les pouvoirs de taxation directe des provinces et les droits de licence n'avaient guère de signification à l'époque<sup>60</sup>.

L'article 125, face à l'importance des pouvoirs fiscaux conférés au fédéral par le paragraphe 91(3) prenait une signification particulière :

[. . .] il importait pour la survie des provinces et du fédéralisme canadien que cette source vitale de revenus provinciaux soit protégée contre toute érosion par voie de taxation. L'article 125 reconnaît ainsi cette valeur constitutionnelle<sup>61</sup>.

Il en résulte que l'article 125 doit déroger aux pouvoirs exprès de taxation des paragraphes 91(3) et 92(2) :

L'article 125 élève au rang de garantie constitutionnelle l'immunité des biens provinciaux contre la taxation. Étant une exception à la compétence générale en matière de taxation dont le par. 91(3) de la Constitution investit le Parlement fédéral, cet article rend inapplicable aux biens des provinces les lois fiscales fédérales adoptées en vertu du par. 91(3)<sup>62</sup>.

Toutefois, comme le soutient la jurisprudence dans les arrêts de 1924 et 1982, l'article 125 ne peut être invoqué par les Couronnes provinciales

pour restreindre « *the operation of Dominion laws in the exercise of the authority conferred by sec. 91*<sup>63</sup> », c'est-à-dire « *the exercise of the other heads of power found in s. 91*<sup>64</sup> ».

Dans son arrêt de 1924 relatif à l'importation des boissons alcooliques par une société d'État de la Colombie-Britannique, le Conseil privé avait considéré que la *Loi sur les douanes* devait être rattachée à la compétence législative du Parlement en matière de « réglementation du tarif et du commerce », en vertu du paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. En 1982, la Cour suprême estima qu'il faut, comme dans toute affaire constitutionnelle, considérer le « *pith and substance* » de la législation en cause :

Si elle a comme objet principal de produire des revenus à des fins fédérales générales, alors elle relève du par. 91(3) et la restriction de l'art. 125 s'applique. Si, par contre, le gouvernement fédéral établit une taxe essentiellement à des fins de réglementation ou si cette taxe est indissociable d'une réglementation plus générale, comme c'est le cas des « contributions d'ajustement » dont il est question dans le *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles, S.R.C. 1970, chap. A-7 et autres*, [1978] 2 R.C.S. 1198, ou des primes d'assurance-chômage dans l'affaire *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] C.A. 355, il ne s'agit pas véritablement de « taxation » et l'art. 125 ne s'applique pas<sup>65</sup>.

Dans l'arrêt de 1982, la loi contestée était le projet de loi C-57 de 1980 levant une taxe sur l'exportation du gaz naturel. Il fut décidé que ce projet de loi n'avait qu'une finalité purement fiscale et non pas régulateur.

Rien dans le texte du projet de loi C-57 n'indique que la taxe est imposée comme moyen de réglementation ou dans le but de réduire ou d'éliminer les exportations de gaz naturel. La taxe s'applique de façon uniforme à tout le gaz naturel produit, peu importe qu'il soit consommé à l'extérieur ou à l'intérieur de l'Alberta. Elle frappe de manière égale les distributeurs, locaux ou nationaux, les exportateurs et les consommateurs. Toute personne qui utilise ou vend le gaz naturel est tenue de la payer<sup>66</sup>.

D'autres lois fédérales telles la *Loi sur l'administration du pétrole* et la *Loi sur l'Office national de l'énergie* ont un objectif de régulation économique. Mais ce n'est pas le cas du projet de loi C-57.

La taxe proposée en l'espèce, considérée en fonction d'autres lois applicables à l'industrie du gaz naturel, ne comporte pas cet effet de réglementation sur le comportement. La portée même de la taxe la rend incompatible avec toute intention de modifier ou de régir la distribution du gaz sur des marchés précis. La taxe n'a pas non plus pour effet de déterminer qui peut distribuer le gaz, comment la distribution peut s'effectuer ou l'endroit où les opérations peuvent avoir lieu<sup>67</sup>.

L'arrêt de la Cour suprême de 1982 a été perçu comme une clarification de la portée de l'immunité fiscale conférée par l'article 125 de la *Loi*

*constitutionnelle de 1867*. Toutefois, la distinction que propose la Cour entre une loi qui est de nature purement fiscale « *in pith and substance* » et une loi de régulation économique risque d'être un peu factice et de soulever des difficultés d'application. Un auteur a considéré cette qualification comme non fonctionnelle<sup>68</sup>. Au surplus, elle méconnaît une réalité contemporaine, à savoir que la fiscalité est devenue un mode de régulation économique tout autant qu'un mécanisme de collecte de fonds publics.

Certains soutiennent que la jurisprudence a déformé le véritable sens de l'article 125. Cet article comprend deux éléments : il faut, pour que l'immunité joue, qu'on soit en présence d'une « taxe », d'une part, et que, d'autre part, cette taxe porte sur les biens de la Couronne et soit imposée à cette dernière en tant que propriétaire :

On estime que l'interprétation la plus acceptable de l'article 125 est qu'il assure l'immunité réciproque en ce qui a trait à l'impôt foncier sur les terres ou propriétés du Canada ou d'une province ou à l'impôt personnel sur les terres ou les biens dont le Canada ou une province est propriétaire. L'immunité ne s'applique pas à une taxe sur les transactions, comme la taxe de vente, ou à l'impôt sur le revenu. Il n'y a, semble-t-il, aucune raison de restreindre le sens du mot propriété, qui devrait donc englober tous les genres de biens, meubles et immeubles, corporels et incorporels<sup>69</sup>.

Ce point de vue n'est pas partagé par Gérald Laforest :

Toute taxe fédérale imposée directement aux provinces, ou toute taxe provinciale imposée au gouvernement fédéral est *ultra vires*, puisque les fonds consolidés de revenu, ou du moins les sommes d'argent qu'ils contiennent, sont une « propriété<sup>70</sup> ».

C'est cette interprétation qui prévaut actuellement et nous paraît être la seule acceptable; autrement, l'article 125 aurait pour effet de restreindre l'immunité dont la Couronne, fédérale ou provinciale, bénéficierait en vertu du *common law*. L'article 125 n'a pas créé une immunité fiscale dont la Couronne n'aurait pas bénéficié avant 1867. L'immunité fiscale découle de la prérogative royale. Selon les auteurs, elle signifie que les biens et revenus de la Couronne ne peuvent être imposés<sup>71</sup>.

Comme il s'agit d'une prérogative de *common law* à l'origine, elle peut être abolie ou restreinte par le Parlement ou par la législature compétente. Or, l'effet de l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a été d'interdire au Parlement d'abolir ou de restreindre cette prérogative à l'égard des Couronnes provinciales et d'interdire aux législatures provinciales d'affecter l'immunité dont bénéficie la Couronne fédérale. Peut-être que cet article 125 n'aurait pas été nécessaire, comme le laisse entendre Clément. Mais les Pères de la Confédération l'ont voulu ainsi, par une précaution nécessaire à cause du principe de l'indivisibilité de la Couronne, absolument incontestable à l'époque.

La situation fiscale des sociétés d'État est dans l'ensemble assez complexe parce que le Parlement fédéral a réduit les immunités fiscales de bon nombre de sociétés fédérales. De plus, il a accordé des exemptions fiscales à des sociétés qui ne sont pas des agents de la Couronne. Les législatures provinciales ont fait de même à l'égard des sociétés d'État provinciales. Enfin, depuis 1977, c'est surtout dans le cadre des accords fiscaux fédéraux-provinciaux que s'est réglée la situation fiscale des sociétés d'État.

Quant à la fiscalité fédérale, nous avons vu qu'il y a au moins une loi fiscale à laquelle personne n'échappe, soit la *Loi sur les douanes*. La *Loi de l'impôt sur le revenu* stipule, quant à elle, qu'aucun impôt sur le revenu n'est payable par des :

(d) *Corporations municipales ou provinciales* — une corporation, commission ou association dont au moins 90 % des actions ou du capital appartiennent à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, ou à une municipalité canadienne ou une corporation filiale possédée en propriété exclusive par une semblable corporation, commission ou association, mais le présent alinéa ne s'applique pas

(i) à une telle corporation, commission ou association si une personne autre que Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, ou une municipalité canadienne avait, durant cette période, un droit contractuel, immédiat ou futur, sur les actions ou le capital de cette corporation, commission ou association, ou un droit d'acquiescer ces actions ou ce capital, et

(ii) à une telle corporation filiale, si une personne autre que Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province, ou une municipalité canadienne avait, durant cette période, un droit contractuel, immédiat ou futur, sur les actions ou le capital de cette filiale, ou de la corporation, commission ou association dont elle est une filiale possédée en propriété exclusive, ou un droit d'acquiescer ces actions ou ce capital (article 149(1)d).

En vertu du *Bulletin d'interprétation IT-347* du 20 septembre 1976, le ministre étend l'exemption aux filiales de filiales à part entière.

L'article 27 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* assujettit à l'impôt sur le revenu les sociétés de la Couronne prévues par règlement (modification par la *Loi C-24* du 29 juin 1984).

Quant à la fiscalité provinciale, la *Loi sur les impôts* du Québec exempte de l'impôt sur le revenu toute société dont 90 % des actions, du capital ou des biens sont détenus par Sa Majesté aux droits du Québec ou aux droits du Canada<sup>72</sup>. Toutefois l'article 192 de la *Loi* stipule que « toute corporation qui exploite une entreprise à titre de mandataire de Sa Majesté ou du gouvernement » est assujettie à l'impôt sur le revenu « sauf disposition contraire des règlements<sup>73</sup> ». Or, l'article 192 R1 du Règlement sur les impôts stipule ce qui suit :

192 R1. Aux fins du premier alinéa de l'article 192 de la Loi, l'article 985 de cette Loi s'applique à toute corporation de la Couronne du Québec ou du Canada, à l'exception des corporations suivantes :

- a) Administration de la voie maritime du Saint-Laurent;
- b) Administration de pilotage de l'Atlantique;
- c) Administration de pilotage des Grands Lacs;
- d) Administration de pilotage des Laurentides;
- e) Administration de pilotage du Pacifique;
- f) Air Canada;
- g) Bourse fédérale d'hypothèques;
- h) Les chemins de fer nationaux, selon la définition qu'en donne la *Loi sur le Canadien National et le Canadien Pacifique* (1952 S.R.C., c. 39);
- i) La Corporation du Pont international de la voie maritime Limitée;
- j) Eldorado Aviation Limitée;
- k) Eldorado Nucléaire Limitée;
- l) Office de commercialisation du poisson;
- m) Pétro-Canada;
- n) Société canadienne d'hypothèques et de logement;
- o) Société d'assurance-dépôts du Canada;
- p) Société de crédit agricole;
- q) Société de développement du Cap-Breton;
- r) La Société des transports du nord Ltée;
- s) Société Polysar Limitée;
- t) Société pour l'expansion des exportations;
- u) Société Radio-Canada;
- v) Téléglobe Canada;
- w) Via Rail Canada Inc.<sup>74</sup>

Ne paient donc pas d'impôt provincial sur le revenu toutes les sociétés d'État énumérées dans le Règlement et celles dont 90 % des actions ou du capital ou des biens appartiennent à la Couronne fédérale ou provinciale, de même que les filiales à part entière de ces dernières.

Depuis 1979, la Couronne provinciale et ses mandataires sont assujettis à huit lois fiscales concernant la vente au détail, le tabac, les repas et l'hôtellerie, les licences, les carburants, la publicité électronique, les courses, les concours publicitaires et les appareils d'amusement<sup>75</sup>.

À l'égard toujours de la fiscalité provinciale, une loi fédérale, abrogée en 1977, soumettait 26 sociétés de la Couronne fédérale aux taxes provinciales d'application générale sur la vente au détail, sur l'essence et le carburant ainsi qu'aux droits d'immatriculation des véhicules automobiles<sup>76</sup>.

En vertu de la *Loi de 1977 sur les accords fiscaux*, des accords de réciprocité fiscale peuvent être signés entre le fédéral et chacune des provinces. Or, apparemment ni le Québec ni l'Ontario n'ont signé de tels accords avec le fédéral. Néanmoins, l'article 39 de cette loi assujettit 31 sociétés de la Couronne fédérale à tout droit provincial ou taxe en faveur d'une province non signataire<sup>77</sup>.

Dans le cas où il y aurait eu accord de réciprocité fiscale entre une province et le fédéral, d'autres catégories de taxes doivent être payées réciproquement.

La loi québécoise sur les impôts prescrit en outre un impôt sur le capital versé. Or, l'article 1143 stipule que :

1143. Toute corporation exonérée d'impôt en vertu des articles 980 à 996 ou 998 et 998.1 à l'exception d'une corporation prescrite, ou toute corporation dont les biens sont réputés être les biens d'une fiducie non testamentaire visée dans l'article 851.25 est exonérée de la taxe sur le capital.

Toutefois, toute corporation qui est soustraite par l'article 192 à l'application de l'article 985 n'est pas exonérée de la taxe.

De plus, toute corporation qui est un organisme de charité, au sens de l'article 1, ou dont les biens sont réputés être les biens d'une fiducie non testamentaire visée à l'article 851.25, et qui est exonérée de la taxe en vertu du premier alinéa doit cependant payer la taxe sur son capital versé qui se rapporte à une entreprise qu'elle exerce.

Le Règlement stipule par ailleurs que :

1143 R1. Aux fins du premier alinéa de l'article 1143 de la Loi, les corporations prescrites sont :

- a) Les sociétés d'État québécoises suivantes :
  - i. Hydro-Québec;
  - ii. Société des loteries et courses du Québec;
  - iii. Raffinerie de sucre du Québec;
  - iv. Société des alcools du Québec;
  - v. Société de cartographie du Québec;
  - vi. Société de développement de la baie James;
  - vii. SIDBEC;
  - viii. Société générale de financement du Québec;
  - ix. Société nationale de l'amiante;
  - x. Société québécoise d'exploration minière;
  - xi. Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires;
  - xii. Société québécoise d'initiatives pétrolières;
  - xiii. Société du récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (REXFOR);
- b) Les filiales entièrement contrôlées, au sens de l'article 1 de la Loi, des corporations mentionnées dans le paragraphe a.

Au regard de la fiscalité municipale, il existe deux régimes en territoire québécois. Premièrement, depuis 1979, sont assujettis à l'impôt foncier municipal et scolaire tous les immeubles administrés ou gérés par une société mandataire de la Couronne du chef du Québec<sup>78</sup>. La *Loi sur la fiscalité municipale* exempte néanmoins les immeubles de la Corporation d'hébergement du Québec, de la Régie des installations olympiques et de la Société de la Place des Arts à Montréal<sup>79</sup>. En outre, quelques lois constitutives de sociétés d'État apportent d'autres exemptions : c'est le cas notamment des centrales et des barrages d'Hydro-Québec<sup>80</sup>.

En revanche, l'immunité fiscale reste absolue en faveur des sociétés fédérales à l'égard de l'impôt foncier municipal et scolaire; la *Loi sur la fiscalité municipale* le précise d'ailleurs expressément<sup>81</sup>. Toutefois, de nombreuses lois particulières prévoient expressément que des subventions « en lieu de taxe » peuvent être versées par une société de la Couronne à une municipalité<sup>82</sup>.

Mentionnons qu'au palier fédéral, la *Loi sur les subventions aux municipalités* qui stipule que le ministre des Finances peut verser à toute municipalité une subvention en lieu de taxe foncière ne s'applique pas aux :

- e) biens immobiliers assujettis au contrôle, à la gestion ou à l'administration des chemins de fer nationaux, tels que les définit le chapitre 39 des Statuts revisés du Canada de 1952, ou de quelque corporation, compagnie, commission, conseil, office ou organisme établi pour accomplir une fonction ou tâche au nom du gouvernement du Canada [. . .]<sup>83</sup>.

La *Loi sur la fiscalité municipale* québécoise prévoit que, si un immeuble non imposable parce qu'appartenant à la Couronne fédérale ou à ses mandataires ou à la Couronne provinciale à l'exclusion de ses mandataires est occupé « par un autre qu'une personne mentionnée à l'art. 204 », l'immeuble devient imposable entre les mains du locataire ou de l'occupant. La Loi ajoute que dans ce cas le mot « personne » comprend la « Couronne »; nous avouons ne pas très bien comprendre cette dernière mention.

La question de l'imposition municipale des propriétés des sociétés d'État a pendant longtemps soulevé beaucoup de controverses. Encore de nos jours, le mécontentement gronde au sein de certaines municipalités qui ont le sentiment de ne pas avoir leur juste part en contrepartie des services rendus aux sociétés d'État fédérales; ainsi, la Ville de Montréal a eu, de 1967 à 1975, des déboires avec l'Administration de la Voie maritime du Saint-Laurent; la ville estimait qu'une somme de 417 770 \$ lui était due sous forme « d'en lieu de taxe » pour les installations du canal Lachine. Plus récemment, à l'Assemblée nationale, le ministre des Affaires municipales du Québec comparait la situation fiscale du Palais des congrès, une société d'État québécoise, et celle de la Société Radio-Canada :

M. Léonard : Oui, M. le Président, effectivement, nous avons fait faire des recherches à ce sujet, parce que la question avait été soulevée lors des affirmations qui ont été faites sur le Palais des congrès. Effectivement, le gouvernement du Québec va payer une somme — en taxes foncières uniquement — de 2 214 000 \$; si on ajoute à cela la taxe d'affaires de 1 613 000 \$ et des taxes de services de 585 000 \$ sur le Palais des congrès, cela représente une somme de 4 400 000 \$ par année en taxes totales. Or, en ce qui concerne Radio-Canada, il y a là un des plus gros édifices sur l'île de Montréal, évalué par la CUM à 106 000 000 \$ et qui devrait rapporter en taxes foncières uniquement 3 919 000 \$, en taxes d'affaires, 2 856 000 \$ et

en taxes de services, 1 035 000 \$, pour un total de 7 811 000 \$. Or, le gouvernement fédéral paie 400 000 \$ par année de taxes [. . .]

Des voix : Ah! Ah!

M. Léonard : [. . .] plus environ 40 000 \$ de taxe d'eau par année. Ceci fait suite à une entente qui a été signée le 5 avril 1963 entre la Ville de Montréal et le gouvernement fédéral. À l'époque, il était question d'une somme de 180 000 \$ de taxes par année pour une période qui allait de 1967 à 1979 et de 400 000 \$, de 1979 à 1994. C'est donc dire que, jusqu'en 1994, le gouvernement fédéral va payer, sur un des plus gros édifices de l'île de Montréal, 400 000 \$ de taxes avec toutes les expropriations qui ont été faites autour de l'édifice lorsqu'il a été construit.

Des voix : C'est effrayant<sup>84</sup>!

En 1979, le Parlement fédéral avait été saisi d'un projet de loi C-4 sur les subventions aux municipalités. Ce projet de loi aurait institué un régime de subventions pour les sociétés d'État dans le cadre de règlements à être édictés par le gouverneur en conseil. Le ministre parrain du projet de loi estimait à 110 millions de dollars les taxes supplémentaires que l'adoption du projet de loi permettrait aux municipalités d'obtenir des sociétés de la Couronne<sup>85</sup>. Même si, juridiquement, il s'agit d'un régime de subventions discrétionnaires, mais qui en fait doit tendre à la « parité entre les subventions et les taxes », le taux de la taxe ayant servi à calculer la subvention sera « le même taux applicable à la propriété fédérale<sup>86</sup> ».

Ce projet de loi C-4 n'a pas franchi l'étape de la deuxième lecture. Devant l'opposition des ministres provinciaux des Affaires municipales, il a été abandonné. Le ministre québécois exprimait récemment la position du gouvernement du Québec sur cette question :

Je dois rappeler au député que l'ensemble des maires du Canada et des ministres des Affaires municipales ont contesté la loi C-4 justement parce qu'elle ne rendait pas justice aux différents systèmes fiscaux municipaux dans le Canada. Cela a été une bataille que l'ensemble des municipalités et des ministres des Affaires municipales ont faite, à l'époque, en 1979 sur ce projet de loi n° C-4. On le considère injuste et encore maintenant, il y a des revendications là-dessus. Par ailleurs, je souligne que nous préférons qu'il y ait un système qui ne soit pas à base de discrétion pour payer des taxes, parce qu'il me semble que le fédéral devrait payer ses taxes comme tout le monde, comme il paie ses comptes de téléphone ou ses comptes d'électricité, parce que, finalement, ce sont des services fournis par les municipalités, au lieu de distribuer l'argent de façon discrétionnaire à partir de n'importe où, comme des Pères Noël qui se promènent et sans avoir aucun compte à rendre, aucune justification à donner. Je pense que c'est un système qui date d'Adam et Ève ou à tout le moins du grand-père de Jésus-Christ<sup>87</sup>.

Nous ne pouvons que partager ce point de vue.

### *Le privilège de la non-application des lois*

Une ancienne prérogative royale voulait que le souverain, c'est-à-dire la Couronne, ne soit pas assujéti aux lois ordinaires du Parlement, à moins de mention expresse à l'effet du contraire. La portée de cette prérogative du *common law* a été précisée par une jurisprudence abondante.

Il a été tout d'abord décidé que la prérogative ne joue qu'à l'égard des lois qui affectent les droits de la Couronne; il faut que la loi en cause affecte les droits de la Couronne, soit en la privant d'un droit qui lui était acquis, soit en lui imposant une obligation<sup>88</sup>. Si la loi en est une d'application générale et qu'elle n'affecte que les droits éventuels (*rights in posse*) ou les simples facultés de la Couronne, elle s'appliquera à celle-ci<sup>89</sup>. De la même façon, la Couronne pourra toujours invoquer en sa faveur n'importe quelle loi ou en tirer avantage sans être expressément mentionnée; mais si elle tire avantage d'une loi, elle doit subir les effets de dispositions désavantageuses de la même loi<sup>90</sup>.

Il a aussi été décidé par le Conseil privé, dans le célèbre arrêt *Bombay*, que la Couronne peut être liée par une loi « *by necessary implication* » ou déduction nécessaire :

[. . .] le principe général à appliquer en examinant si la Couronne est liée par les dispositions générales d'une loi est bien connu. Selon l'ancienne maxime juridique, aucune loi ne lie la Couronne si celle-ci n'y est expressément mentionnée [. . .] Mais cette règle souffre au moins une exception. La Couronne, comme on l'a souvent dit, peut être liée « par déduction nécessaire », c'est-à-dire que, s'il appert du libellé même de la Loi que le législateur entendait lier la Couronne, le résultat est le même que si cette dernière était expressément mentionnée [. . .]

[. . .] Si l'on peut affirmer qu'au moment où la Loi a été adoptée et a reçu la sanction royale, il ressortait clairement de son libellé qu'elle serait privée de toute efficacité si elle ne liait pas la Couronne, on peut déduire que la couronne a accepté d'être liée. Leurs Seigneuries ajoutent toutefois que lorsqu'on demande aux tribunaux de faire cette déduction, il faut se rappeler que si l'intention du législateur est de lier la Couronne, rien de plus facile que de le dire en toutes lettres<sup>91</sup>.

Ces règles d'une application particulièrement difficile viennent préciser la prérogative que les lois d'interprétation fédérale et provinciales ont formulé ainsi depuis 1867. Jusqu'en 1968, l'article 16 de la *Loi d'interprétation fédérale* se lisait ainsi :

Nulle prescription ou disposition d'une loi n'atteint de quelque façon les droits de Sa Majesté, de ses héritiers et successeurs, à moins qu'il n'y soit formellement stipulé que Sa Majesté y est soumise<sup>92</sup>.

Toutefois, en 1968, le Parlement fédéral a reformulé la disposition en ces termes :

Nul texte législatif de quelque façon que ce soit ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté ou sur les droits et prérogatives de Sa Majesté, sauf dans la mesure y mentionnée ou prévue<sup>93</sup>.

Ce nouvel article 16 a été considéré par la Cour suprême dans un arrêt de 1978 comme renforçant le privilège de la Couronne et lui donnant un caractère absolu :

À mon avis, l'actuel article 16, si l'on considère qu'il se réfère à la Couronne du chef d'une province et à la Couronne du chef du Canada, protège mieux la Couronne que l'ancienne disposition d'un assujettissement à un texte législatif qui ne la mentionne pas expressément. Alors que la disposition étudiée dans les arrêts *In Re Silver Bros. Ltd.*, précité, et *Dominion Building Corp. c. Le Roi*, précité, parlait d'une atteinte aux droits de la Couronne (point retenu dans l'arrêt *Dominion Building Corporation* à l'égard d'une disposition semblable de la loi ontarienne, et à la base de la décision rendue), l'actuel article 16 ne se limite pas aux « droits », mais spécifie en outre que « nul texte législatif [. . .] ne lie Sa Majesté ni n'a d'effet à l'égard de Sa Majesté<sup>94</sup> ».

Le Parlement ou les législatures peuvent rendre toute loi ordinaire applicable à la Couronne et à ses agents. Cependant, la jurisprudence veut que, si une loi provinciale assujettit expressément la Couronne, le gouvernement ou Sa Majesté, cette mention n'affecte que la Couronne provinciale et ses agents<sup>95</sup>. Par contre, le Parlement fédéral pourrait, dans le champ de ses compétences législatives propres, lier expressément les couronnes provinciales en les mentionnant expressément :

Il est bien évident que le Parlement fédéral peut rendre la législation relevant de sa compétence applicable à la Couronne provinciale s'il en décide ainsi : voir par exemple *Le procureur général de la Colombie-Britannique c. Le procureur général du Canada*, *Le procureur général du Québec c. Nipissing Central Railway*<sup>96</sup>.

Finalement, la Cour suprême, dans son arrêt de 1978, est même allée jusqu'à affirmer que :

Les décisions des tribunaux, notamment celles du Conseil privé, ont considéré qu'une mention générale de la Couronne dans la législation provinciale et fédérale renvoyait à la notion de Couronne indivisible<sup>97</sup>.

La situation créée par ce privilège de non-application des lois ordinaires sauf mention expresse est d'une grande complexité. Il y a actuellement trois régimes applicables. Au regard des lois fédérales, le régime de l'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale est le plus englobant et exclut l'application pure et simple de toute loi, ce qui, suivant la Cour suprême, rejette même la règle de la « *necessary implication* » ou « déduction nécessaire ». C'est en invoquant l'article 16, par exemple, que le gouvernement de l'Alberta a pu acquérir la totalité des actions de Pacific Western Airlines sans demander l'autorisation de la Commission canadienne des transports requise par les articles 19 et 20 du *Règlement sur les transporteurs aériens*. La Cour rejette l'argument :

[. . .] fondé sur l'assertion que la *Loi sur l'aéronautique* et le *Règlement sur les transporteurs aériens* s'appliquent à tous ceux qui s'engagent dans une

entreprise de transport aérien commercial, ou acquièrent le contrôle financier ou une participation au contrôle de pareilles entreprises ou projettent de le faire. Cependant, cet argument qui vaut pour toute législation de portée générale est trop large, à moins qu'il ne signifie que lorsque la Couronne s'engage dans une activité commerciale ordinaire, elle est également assujettie à la réglementation régissant ces activités. Cela n'a pas été la règle suivie par les tribunaux jusqu'ici et elle ne trouve aucun appui dans l'énoncé de principe relatif à l'assujettissement de la Couronne aux textes législatifs exposés à l'article 16 de la *Loi d'interprétation*, 1970 S.R.C., c. 1-23<sup>98</sup>.

C'est aussi en invoquant l'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale que la Caisse de dépôt et placement du Québec s'est soustraite aux obligations de l'article 121 de la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* régissant les transactions d'initiés<sup>99</sup>. Plus récemment, la Cour suprême du Canada et la Cour d'appel de l'Ontario ont décidé que la *Loi sur les enquêtes et coalitions* ne s'appliquait pas à Eldorado Nucléaire et à Uranium du Canada Ltée, deux agents de la Couronne fédérale, parce qu'aucune disposition de cette loi ne le stipule expressément; il s'agissait de la célèbre affaire du cartel de l'uranium dans laquelle, fort curieusement, c'est le procureur général du Canada qui poursuivait les sociétés d'État pour violation de la loi<sup>100</sup>.

L'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale peut non seulement être invoqué par une société d'État provinciale à l'encontre d'une loi fédérale mais aussi par une société d'État fédérale à l'encontre d'une loi provinciale. C'est ainsi que l'Office fédéral de mise en marché du poisson d'eau douce, un agent de la Couronne fédérale, s'est soustrait à la législation de la Saskatchewan et de la ville de Winnipeg sur la pollution<sup>101</sup>.

Au regard des lois provinciales, dans toutes les provinces, sauf en Colombie-Britannique, les sociétés d'État provinciales bénéficient du privilège de non-application des lois suivant sa formulation traditionnelle, avec possibilité de faire jouer la règle de la « *necessary implication* » ou « déduction nécessaire ». Au Québec, par exemple, le législateur a expressément rendu applicables à la Couronne plusieurs lois importantes telles la *Loi sur la qualité de l'environnement*, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, le Code du travail, etc. En revanche, d'autres lois non moins importantes sont muettes à ce sujet.

Mentionnons qu'en Colombie-Britannique, la législature a modifié, en 1974, la *Loi d'interprétation* de façon à rendre toute loi applicable à la Couronne sauf dérogation expresse<sup>102</sup>. Il s'agit donc du seul gouvernement au Canada qui se soit soumis au principe fondamental de l'égalité devant la loi. Quoi qu'il en soit, cela n'affecte pas les sociétés d'État fédérales qui peuvent toujours, si elles sont agents de la Couronne fédérale, invoquer l'article 16 de la *Loi d'interprétation* fédérale.

Il nous semble que la seule façon cohérente de clarifier cette question soit de la situer dans le cadre de la répartition des compétences législatives découlant du caractère fédéral de l'État canadien. La *Loi d'inter-*

*prétation* fédérale devrait être modifiée pour rendre applicables à la Couronne fédérale et à ses agents toutes les lois fédérales sauf dérogation expresse; les lois provinciales devraient être modifiées dans le même sens, comme cela a été fait en Colombie-Britannique.

Quant aux immunités interjuridictionnelles, elles ne devraient se justifier que par l'existence de compétences législatives et découler de ce qui est nécessaire pour que, de part et d'autre, la Couronne fédérale et les Couronnes provinciales puissent agir comme il se doit pour la réalisation de leurs objectifs. Par exemple, c'est en se fondant sur les compétences législatives fédérales en matière de défense nationale ou de service postal que la Couronne fédérale et ses agents pourraient revendiquer la non-application de toute loi provinciale qui gênerait les activités de ces services ou constituerait un obstacle à l'exercice de leur mandat.

### *Les immunités et les prérogatives diverses*

La Couronne jouit de diverses prérogatives et immunités dont la plupart peuvent directement ou indirectement bénéficier aux agents de la Couronne. Quelques illustrations suffiront à rendre compte de leur intention.

En matière judiciaire, la Couronne a bénéficié pendant longtemps devant les tribunaux de certains privilèges, dont le plus important était décrit à l'article 41 de la *Loi sur la Cour fédérale* et, au Québec, à l'article 308 du Code de procédure civile<sup>103</sup>. Au fédéral, la *Loi sur la preuve* a été modifiée en 1982 pour instaurer trois régimes de restrictions à la divulgation de renseignements administratifs<sup>104</sup>. S'il est allégué que la divulgation est contraire à l'intérêt public, on peut contester devant une Cour supérieure ou la Cour fédérale. Si le motif de non-divulgation est un préjudice à la défense ou à la sécurité nationales, c'est le juge en chef de la Cour fédérale qui contrôle. Enfin, si un ministre ou le greffier du Conseil privé atteste par écrit que le renseignement constitue un renseignement confidentiel du Cabinet et de ses comités, la divulgation est interdite.

La *Loi sur la faillite* prévoit, à l'article 187, que « les dispositions de la présente loi lient la Couronne du chef du Canada ou d'une province<sup>105</sup> ». Ce texte, bien que de rédaction claire et non ambiguë, a néanmoins soulevé un problème constitutionnel dont a traité le professeur Albert Bohémier dans l'ouvrage qu'il publia en 1972<sup>106</sup>. Il en vint à la conclusion que la loi fédérale ne pouvait pas s'appliquer aux agents de la Couronne provinciale lorsque ces derniers poursuivaient des objets à finalité publique<sup>107</sup>. Par contre, cet argument ne pouvait s'appliquer dans le cas d'organismes oeuvrant dans des domaines de finalité privée. Dans ces cas, la loi pourrait alors régir la faillite de ces organismes. Cette thèse, fort intéressante à bien des points de vue, va cependant à l'encontre de la théorie de l'accessoire développée par la jurisprudence constitutionnelle. Il est désormais acquis que cette loi attribue d'énormes pouvoirs accessoires ayant pour effet de rendre inopérant le

droit provincial<sup>108</sup>. En fait, l'analyse de M<sup>e</sup> Bohémier n'a été reprise, semble-t-il, ni dans la jurisprudence ni dans les écrits postérieurs.

La *Loi sur la faillite* ne semble pas avoir été utilisée contre des sociétés d'État; celles-ci l'ont cependant invoquée en leur faveur<sup>109</sup>.

Le projet de loi C-17 sur la faillite, déposé en Chambre le 31 janvier 1984, stipule au paragraphe 9(2) qu'il sera impossible de déposer une pétition ou de demander un concordat contre la Couronne, fédérale ou provinciale, ses agents ainsi que les corporations municipales. Cette disposition mettra sans doute fin aux incertitudes jurisprudentielles et doctrinales sur le sujet.

La *Loi sur les brevets* confère à la Couronne une importante prérogative suivant laquelle la Couronne et ses agents peuvent s'emparer de tout brevet d'invention, moyennant indemnisation fixée par le commissaire. La Cour suprême a jugé que tout agent de la Couronne, même à caractère purement industriel, pouvait bénéficier de cette prérogative<sup>110</sup>.

Les agents de la Couronne bénéficient du même privilège que la Couronne en matière de paiements préférentiels à la suite d'exécution en justice ou de faillite d'un débiteur. Ces avantages sont prévus par le Code civil, par la *Loi sur la Cour fédérale* ou par la *Loi sur la faillite*.

La *Loi sur l'accès à l'information* (fédérale) confère à certaines sociétés d'État qualifiées d'institutions fédérales des privilèges de non-divulgaration de documents contenant certains renseignements confidentiels et des renseignements dont la divulgation risquerait de porter préjudice aux relations fédérales-provinciales, à la conduite des affaires internationales, à la défense, etc.<sup>111</sup>.

Au Québec, la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics*<sup>112</sup> confère également aux organismes dont la majorité des membres sont nommés par le gouvernement ou ses ministres, ou dont le fonds social fait partie du domaine public, certains privilèges et immunités.

En vertu de ces deux dernières lois, les citoyens disposent toutefois de recours quasi judiciaires et judiciaires.

## **Les contrôles exercés sur les sociétés d'État**

Dans un régime constitutionnel de démocratie parlementaire et de responsabilité ministérielle, les sociétés d'État ne sont pas des « États dans l'État » même si leur degré d'autonomie et leur marge de manoeuvre peuvent être considérables. L'État, ou la collectivité étatique, n'est pas que propriétaire des entreprises publiques nationales ou provinciales; par ses différents organes, il définit la mission propre de ces entreprises et les contrôle. Les contrôles peuvent avoir un caractère juridique, politique, administratif, financier ou mixte. C'est plutôt en nous tournant du côté des contrôleurs qu'il est possible d'en faire l'analyse :

aussi, distinguerons-nous le contrôle gouvernemental, le contrôle parlementaire et le contrôle du vérificateur général.

Ces trois catégories de contrôles sont différentes quant à leur nature, à leur portée, à leurs conditions de mise en oeuvre et à leurs effets.

Le Parlement et le gouvernement exercent un contrôle de nature politique tandis que le vérificateur a un rôle mieux défini et plus restreint : il vérifie la régularité de l'action ainsi que l'efficacité. Le contrôle parlementaire ainsi que celui du vérificateur sont des contrôles a posteriori tandis que le contrôle gouvernemental est tout autant a priori qu'a posteriori.

La portée du contrôle dépend des moyens d'enquête ou de contrainte du contrôleur. En droit strict, les trois autorités de contrôle ont des moyens comparables mais, en pratique, le gouvernement exerce une emprise plus serrée. Le vérificateur peut pousser assez loin son enquête, mais il ne s'agit que d'une vérification après coup. Enfin, les parlementaires sont en position plus faible parce que tributaires d'une information relayée par d'autres contrôleurs.

Les conditions de mise en oeuvre des contrôles sont fort différentes. Le gouvernement et le vérificateur entretiennent des rapports différents avec les sociétés d'État; le gouvernement a une panoplie de moyens de contrôle tandis que le vérificateur est limité au cadre de sa loi; quant au Parlement, il est confiné dans un rôle encore plus modeste par le dédale des commissions parlementaires dont les conditions de fonctionnement laissent perplexe.

Les effets des divers contrôles sont fort différents. Ceux du contrôle parlementaire et des rapports du vérificateur général n'ont pas la même densité et portent surtout sur le long terme; la tutelle gouvernementale ou ministérielle est par contre immédiate et joue sur le court et le moyen termes.

Depuis sept ou huit ans, un fort vent de resserrement des contrôles souffle sur la colline parlementaire à Ottawa, où l'on ne parle que d'imputabilité! D'une part, le gouvernement a été accusé d'avoir perdu la maîtrise de ces énormes machines qui se développent au rythme du dynamisme des grandes entreprises ou qui opèrent des ponctions énormes dans les coffres de l'État. D'autre part, le vérificateur s'est découvert la mission de réchapper le contrôle parlementaire d'un enlèvement certain. Enfin, certains députés particulièrement vigilants ont sonné l'alarme. Point n'est besoin de rappeler les étapes de ce réveil : rapports du vérificateur général depuis 1976, travail du Comité des comptes publics depuis 1977, livre bleu du gouvernement fédéral en 1977, *Rapport de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité* (rapport Lambert) en 1979, projet de loi C-27 en 1979, projet de loi C-123 en 1982, projet de loi C-153 en 1983 et *Loi C-24* du 28 juin 1984.

Cette prise de conscience était nécessaire car les sociétés d'État ne sont ni des entreprises privées ni des « États dans l'État ». Mais gare au

mouvement de pendule! Certaines propositions de réformes, si bien intentionnées soient-elles, sont dangereuses parce qu'elles contredisent la raison d'être du réseau des sociétés d'État et certains objectifs inhérents à ce choix d'instrument visant à assurer une intervention pertinente de la puissance publique<sup>113</sup>.

### *Le contrôle gouvernemental*

Les sociétés d'État sont des entités juridiques distinctes du gouvernement, c'est-à-dire de la Couronne en sa capacité exécutive (*the Crown in its executive capacity*)<sup>114</sup>. Cependant, le gouvernement est la première autorité de rattachement de ces entités sur le plan tant juridique que politique.

Juridiquement, le gouvernement est soit l'actionnaire d'une société d'État, soit le propriétaire de ses actifs, soit un tuteur à qui la loi confère techniquement des pouvoirs de contrôle précis.

Politiquement, la loi confère certes au conseil d'administration d'une société d'État une mission propre, mais l'on se rend compte que la loi relie la plupart du temps cette mission à une mission plus vaste du gouvernement, de manière que la société d'État puisse vraiment être considérée comme un instrument de mise en oeuvre des politiques économiques du gouvernement. Il en résulte que le concept d'autonomie des sociétés d'État a une signification particulière qu'il faut bien comprendre.

Le législateur a souvent décrit en termes très englobants, voire étonnamment ambitieux, la mission des sociétés d'État. Au Québec, par exemple, la Société générale de financement (SGF) se voit fixer comme programme de « susciter et favoriser la formation d'entreprises industrielles [. . .] de façon à élargir la base de la structure économique (du Québec), en accélérer le progrès et contribuer au plein emploi », ainsi que « d'amener la population du Québec à participer au développement de ces entreprises en y plaçant une partie de son épargne » (chapitre S-17, article 4). La Société de récupération, d'exploitation et de développement forestiers du Québec (REXFOR) se voit fixer des objectifs non moins ambitieux, notamment :

- b) de revaloriser, par toute mesure sylvicole appropriée, de conserver et de protéger les forêts et les terrains à vocation forestière qui lui sont indiqués par le gouvernement [. . .];
- c) de stimuler l'implantation et le développement de l'industrie forestière ainsi que la création d'emplois nouveaux (chapitre S-12, article 3).

Quant à la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIA), elle a pour objet :

- a) de favoriser l'implantation, la modernisation, l'expansion, le développement, la consolidation ou le regroupement des industries du secteur alimentaire;

- b) de participer ou d'intervenir dans la production, la transformation, le conditionnement et la commercialisation de tout produit relié au secteur agricole ou alimentaire ou aux pêcheries commerciales (chapitre S-21, article 3).

SIDBEC se voit confier le rôle de :

[. . .] poursuivre l'exploitation d'un complexe sidérurgique, seule ou avec des partenaires, dans le but d'assurer, dans des conditions de rentabilité, la consolidation et l'expansion de ses opérations, de telle sorte que soit encouragé le développement d'entreprises industrielles consommatrices d'acier au Québec (chapitre E-14, article 9.1).

Quant à la Société nationale de l'amiante, elle a pour mission :

- a) la recherche, le développement et l'exploitation de gisements d'amiante, y compris la mise en marché de la production;
- b) toute l'activité de nature industrielle, manufacturière ou commerciale reliée directement ou indirectement à la transformation de la fibre d'amiante;
- c) la recherche et le développement de nouveaux usages ou procédés de transformation de l'amiante (chapitre S-18.2, article 4).

Hydro-Québec, en plus d'être un fournisseur d'énergie,

[. . .] prévoit les besoins du Québec en énergie et les moyens de les satisfaire dans le cadre des politiques énergétiques que le gouvernement peut, par ailleurs, établir.

[. . .] La Société peut mettre en oeuvre des programmes d'économie d'énergie; à cette fin, elle peut accorder une aide technique ou financière (chapitre H-5, article 22.1).

Quant à la Caisse de dépôt et placement, la loi est muette sur sa finalité, mais son parrain, l'ancien premier ministre Jean Lesage, lui fixait pour mission non seulement d'assurer une rentabilité suffisante aux fonds qui lui seraient confiés, mais encore d'être un réservoir financier pour l'essor économique du Québec<sup>15</sup>. Cette mission, le président actuel de la Caisse la rappelait sur les ondes de Radio-Canada le 22 mars 1983 (à l'émission « Place publique »), comme il l'avait fait à d'autres occasions.

Au palier fédéral, le législateur est peut-être moins expressif mais on retrouve néanmoins de ces grandes envolées. Ainsi, par exemple, la *Loi sur la radiodiffusion* confie à Radio-Canada l'établissement d'un « service national » de radiodiffusion suivant les objectifs de l'article 3, dont l'un est de « contribuer au développement de l'unité nationale et exprimer constamment la réalité canadienne<sup>16</sup> ». La récente *Loi de Canagrex* stipule que cette dernière « a pour mission [. . .] de faire, de faciliter, de promouvoir l'exportation des produits agricoles et alimentaires ainsi que la prestation de services connexes à l'étranger<sup>17</sup> ». La Société pour l'expansion des exportations a pour mandat « de faciliter et

d'accroître le commerce entre le Canada et les autres pays [. . .]<sup>118</sup>». Pétro-Canada s'est vu conférer une mission assez ambitieuse :

faire de la prospection pour rechercher et mettre en valeur des sources de combustibles ou d'énergie [. . .] effectuer des travaux de recherche et de développement concernant les ressources en combustibles et énergie [. . .] importer, produire, distribuer, raffiner, commercialiser les hydrocarbures, d'autres combustibles et d'autres sources d'énergie [. . .] s'engager ou investir dans des opérations ou des entreprises ayant un rapport avec l'exploitation, la production<sup>119</sup>.

Un aspect important de la mission d'une société d'État recoupe l'une des missions même du gouvernement et de ses ministères, soit la promotion de l'économie nationale ou régionale par tous les moyens utiles. L'État pourrait se contenter d'intervenir par d'autres moyens plus traditionnels tels la fiscalité, la régulation ou l'aide financière à l'entreprise privée. Mais, depuis plus de vingt ans, nos politiciens ont cru à la nécessité de l'intervention directe en créant des entreprises sous forme de société ou d'entité juridique distincte du gouvernement. Ce statut juridique leur confère une autonomie juridique que le législateur a néanmoins assortie de nombreux contrôles formels et informels conçus pour permettre la réalisation des objectifs voulus expressément ou implicitement par le législateur.

Les contrôles formels sont ceux que la loi prévoit expressément. On constate que, depuis une dizaine d'années, ils se sont faits de plus en plus nombreux et précis. On observe dans bon nombre des lois constitutives des sociétés d'État les plus importantes, sinon dans la plupart, les traits suivants :

- nomination des administrateurs par le gouvernement;
- approbation des règlements généraux par le gouvernement;
- approbation du plan de développement par le gouvernement;
- pouvoir d'émettre des directives conféré au ministre de tutelle;
- contrôle des conditions de travail des cadres et de la négociation collective;
- contrôle de certains actes importants de la gestion financière tels le budget, les règlements de tarification, la déclaration de dividendes, le pouvoir d'emprunt, les opérations immobilières, les contrats importants, les expropriations, l'achat de capital-actions d'entreprises.

La législation récente impose des contrôles ou institue un droit de regard du gouvernement sur tout ce qui sort du cadre des activités ordinaires de l'entreprise et, même dans ce cas, à l'égard des actes ou opérations qui ont un effet considérable sur le développement de l'entreprise et sur la réalisation de sa mission essentielle.

La grande majorité des sociétés d'État ont une structure juridique à capital-actions, mais avec un seul actionnaire, qui au surplus est le gouvernement! Or, tant dans le secteur public que privé, on conçoit que

dans l'entreprise à actionnaire unique ce dernier s'intéresse étroitement à l'évolution et au rendement de l'entreprise. Au-delà des éléments de contrôle prévus par le droit corporatif, par l'entremise de l'assemblée générale ou spéciale des actionnaires, on conçoit qu'il s'établisse des contacts officieux fréquents entre l'actionnaire et les administrateurs : on est loin de la grande entreprise dans laquelle le capital-actions est détenu par des centaines de milliers d'actionnaires anonymes sans minorité de blocage.

Comme le soulignait l'ancien ministre Raymond Garneau en 1972 :

le gouvernement ne peut se contenter du pouvoir de contrôle conféré aux actionnaires par la *Loi sur les compagnies*. En plus d'être actionnaire, l'État est responsable du bien commun de la collectivité dont il ne peut jamais faire abstraction<sup>120</sup>.

Or, le gouvernement actionnaire unique a l'impérieux devoir de suivre de près l'évolution des entreprises qui participent à une mission qui lui incombe en premier lieu, la promotion du développement économique de la collectivité. D'ailleurs, dès que l'entreprise connaît des difficultés, on ne tarde pas, aussi bien sur les banquettes de l'opposition que dans l'opinion publique, à sommer le gouvernement d'en répondre; on se souviendra des déboires de Samoco à REXFOR, des déboires des Industries Marine à la Société générale de financement, des performances discutables de SIDBEC, de la lente remontée de la Société québécoise d'initiatives pétrolières (SOQUIP), etc.; et, au fédéral, des interminables débats sur Canadair, de Havilland, Air Canada, Pétro-Canada.

Qu'il existe des contacts officieux entre le gouvernement actionnaire unique et les sociétés d'État, qui pourrait s'en scandaliser, pourvu que le gouvernement puisse en faire part en temps et lieu au Parlement fédéral ou provincial?

Le concept d'autonomie des institutions décentralisées n'est pas un concept univoque; il est susceptible de degrés ou de nuances importantes. Ainsi, il ne faut absolument pas confondre, par exemple, l'autonomie des tribunaux administratifs et autres organismes de régulation à caractère quasi judiciaire et celle des entreprises publiques.

La jurisprudence a toujours insisté sur l'indépendance des tribunaux administratifs, en incluant dans cette catégorie les régies et commissions à caractère quasi judiciaire telles que, au palier fédéral, la Commission canadienne des transports, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, l'Office national de l'énergie, le Tribunal anti-dumping et, au Québec, la Commission des transports, la Régie des services publics, la Régie de l'électricité et du gaz, la Commission des valeurs mobilières, la Régie des marchés agricoles, la Régie des permis d'alcool. Parce que ces organismes ont à statuer sur les droits indi-

viduels au terme d'un processus quasi judiciaire, ils doivent agir en toute indépendance, à l'abri de toute pression ou intervention des autorités gouvernementales, sauf dans la mesure où celles-ci sont expressément habilitées par la loi à prescrire des normes réglementaires ou des instructions préalables, ou encore à intervenir par voie de révision et d'appel, ce qui reste l'exception. On se rappellera, en matière d'autonomie des tribunaux administratifs, les arrêts de la Cour suprême *Roncarelli c. Duplessis*; *P.P.G. Industrie c. P.G. Canada et Tribunal anti-dumping*; *Canton d'Innesfil c. Canton de Vespra et Ont. Municipal Board*<sup>121</sup>.

Cette autonomie est sacro-sainte; sauf dérogation expresse de la loi, elle doit être respectée et l'est d'ailleurs généralement. Au Québec, même lorsque la loi confère expressément un droit d'appel ou de révision au gouvernement, comme à l'article 13 de la *Loi sur la Régie des marchés agricoles*, le gouvernement n'intervient qu'avec beaucoup de circonspection<sup>122</sup>. La situation est la même au palier fédéral<sup>123</sup>.

Quant aux entreprises publiques, il faut certes admettre que le législateur leur a confié en toute autonomie la gestion d'une exploitation à caractère industriel, commercial ou financier; la loi elle-même encadre cette autonomie de nombreux contrôles expressément prévus. Mais quels critères vont nous permettre d'identifier les sphères d'autonomie et les sphères de contrôle?

Certains ont proposé de distinguer ce qui appartient au cours normal des affaires de l'entreprise et ce qui n'en fait pas partie. Ce critère, bien qu'intéressant, n'est pas entièrement satisfaisant puisque de nombreux actes d'importance secondaire entrent dans cette dernière catégorie; les assujettir à des contrôles serait alors d'une efficacité douteuse.

Il ne devrait y avoir de contrôle, à notre avis, que lorsque sont en cause le développement de l'entreprise et la réalisation de ses objectifs fondamentaux : et encore, dans ce cas, il y aurait lieu de distinguer contrôles a priori et a posteriori. Ces derniers sont moins lourds pour l'entreprise et leur importance en termes de responsabilité est non négligeable : il s'agit principalement de l'obligation d'informer personnellement le ministre désigné, de déposer un rapport annuel et de se présenter devant une commission parlementaire.

Quant aux contrôles a priori, il faut nous demander quels actes ou opérations doivent être contrôlés et qui doit être le contrôleur approprié : le Cabinet, le Conseil du Trésor ou le ministre de tutelle?

Ce qui importe en tout état de cause, c'est d'une part d'éviter, par un excès de contrôle, la bureaucratisation de l'entreprise publique et, d'autre part, de valoriser l'idée de responsabilité.

## LES ACTES OU LES ACTIVITÉS À CONTRÔLER

C'est en fonction de dix catégories d'activités ou de situations que nos lois aménagent actuellement les contrôles gouvernementaux.

## *Les nominations*

Trois catégories de personnes occupent des postes stratégiques dans l'entreprise publique : les membres du conseil d'administration, la haute direction et le vérificateur.

**Le conseil d'administration et la haute direction** La nomination des membres du conseil d'administration est une prérogative gouvernementale qui doit non seulement être maintenue mais être exercée avec le plus grand soin. Il y a deux exceptions à cette règle : le cas des sociétés d'économie mixte telles Télésat et la Corporation de développement du Canada, et les filiales à part entière ou majoritaire de sociétés d'État.

Au sein des conseils d'administration, faut-il distinguer les conseils élargis composés d'un plus grand nombre de personnes comme dans la grande entreprise privée? Dans un cas comme dans l'autre, la loi limite peu le pouvoir discrétionnaire du gouvernement, si ce n'est en précisant dans la majorité des cas la durée du mandat.

Plusieurs se sont plaints du népotisme dans les nominations et de la faiblesse chronique des conseils d'administration<sup>124</sup>. Le rapport Lambert consacre plusieurs pages à cette question; il recommande que le conseil soit composé essentiellement de membres ne faisant pas partie de la direction et recrutés pour leur expérience, que le président du conseil soit nommé par le gouvernement après consultation du conseil et qu'enfin le chef de la direction (PDG) soit nommé et révoqué par le conseil, sur recommandation du ministre de tutelle et ratification du Cabinet<sup>125</sup>.

Actuellement, nos lois confèrent au gouvernement le pouvoir de nommer la personne qui occupe le poste de PDG, c'est-à-dire qui a la plus haute responsabilité face au gouvernement et au Parlement. Quant au reste de l'équipe dirigeante, elle relève exclusivement du conseil d'administration, ce qui est normal.

La recommandation du rapport Lambert quant à la nomination et à la révocation du PDG par le conseil d'administration soulève des difficultés sur le plan des principes. Peut-on admettre que le gouvernement, formulateur des politiques dont l'entreprise publique est l'instrument, puisse ne pas avoir le dernier mot en cas de conflit avec le conseil d'administration d'une société d'État? À notre avis, le principe de la responsabilité ministérielle ne pourrait souffrir une telle situation. Pour le meilleur ou pour le pire le PDG doit avoir la confiance du ministre et du gouvernement. Le PDG doit rendre compte de sa gestion devant le conseil d'administration qui rend compte collégalement devant le gouvernement et le Parlement. S'il est opportun dans les grandes sociétés d'État d'avoir un président du conseil distinct du président-directeur général, nous ne croyons pas, comme semble le prétendre le rapport Lambert, que seul le premier assure « la liaison avec le gouvernement et le Parlement<sup>126</sup> ».

La *Loi C-24* du 28 juin 1984 consacre plusieurs dispositions à la nomination, à la démission, à la rémunération et aux devoirs ainsi qu'à la prévention des conflits d'intérêts chez les administrateurs, présidents et premiers dirigeants des sociétés d'État mères (articles 114 à 126). Ces dispositions nous paraissent toutes fort acceptables. Mentionnons entre autres celle qui stipule que les barèmes de rémunération et les autres avantages sont fixés par le gouverneur en conseil.

**Le vérificateur** La fonction de vérification des comptes dans le secteur public diffère de ce qu'on retrouve dans le secteur privé parce que le vérificateur devient un instrument du contrôle parlementaire. Voilà pourquoi la loi confère la vérification au vérificateur général ou à un vérificateur nommé par le gouvernement. La portée de la vérification est une question importante sur laquelle nous reviendrons plus loin.

La *Loi C-24* stipule que le vérificateur d'une société d'État mère est nommé par le gouvernement après consultation du conseil d'administration, lorsqu'une loi prévoit que c'est le vérificateur général qui exerce cette fonction. À partir de 1989, toutefois, ce dernier sera nommé vérificateur ou vérificateur-adjoint de toutes les sociétés mères énumérées à la partie I de l'annexe C.

### *Les règlements*

En droit des compagnies, les règlements, généraux ou autres, des compagnies privées n'ont pas à être approuvés préalablement à leur entrée en vigueur; ils doivent néanmoins être ratifiés par l'assemblée des actionnaires lors de l'assemblée générale annuelle subséquente.

Actuellement, au palier fédéral, c'est le gouvernement qui, dans certains cas, est investi du pouvoir de réglementation (Société canadienne d'hypothèques et de logement; Téléglobe Canada). Toutefois, dans la très grande majorité des cas, le pouvoir de réglementation est confié au conseil d'administration des sociétés, sous réserve de l'approbation du gouvernement : il s'agit soit des règlements concernant les activités de l'entreprise (Société canadienne des postes, Société canadienne des ports, Corporation commerciale canadienne, Société de développement des exportations, Société canadienne d'hypothèques et de logement, Canagrex) ou des règlements de régie interne (Péto-Canada, Air Canada). Dans de rares cas, c'est l'approbation du ministre qui est requise (Société pour l'expansion des exportations); parfois aucune approbation n'est exigée (Corporation de développement du Canada).

Au Québec, le gouvernement est investi dans plusieurs cas du pouvoir de réglementation, qu'il s'agisse des règlements généraux ou des règlements sur les conditions d'emploi du personnel cadre (Régie des installations olympiques (RIO), Société de développement industriel (SDI), Société d'habitation du Québec, REXFOR, Société nationale de l'amiante (SNA),

Société de développement des industries culturelles (SODIC), Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires (SOQUIR), SIDBEC. Dans certains cas, c'est le mandat même de la société qui peut être modifié ou précisé par règlement du gouvernement (RIO, SDI, SODIC, SNA).

De façon générale, il semble que la logique du système favorise l'octroi d'un pouvoir réglementaire aux sociétés d'État pour tout ce qui concerne la régie interne, la gestion du personnel cadre et la poursuite de leurs activités; il semble normal que ces règlements soient soumis à un contrôle gouvernemental parce qu'il s'agit là de normes qui orientent la société à long terme. Toutefois, parmi ces règlements, seuls ceux qui concernent les rapports entre la société d'État et les tiers devraient être assujettis à la *Loi sur les règlements*.

La *Loi C-24* propose des innovations assez importantes quant à ce qu'elle désigne «règlements administratifs» (article 123). Ces règlements des sociétés mères adoptés par leurs conseils d'administration doivent être envoyés au ministre de tutelle et au président du Conseil du Trésor «immédiatement après la prise». Le gouverneur en conseil peut, par décret, ordonner la prise, la modification ou l'annulation d'un règlement. Enfin, le gouverneur en conseil peut par règlement fixer le contenu des règlements administratifs des sociétés mères et exempter une société ou une catégorie particulière de sociétés de l'obligation de transmission.

Nous considérons que le contrôle a posteriori sous forme de désaveu est préférable au contrôle a priori sous forme d'approbation préalable qu'on retrouve actuellement dans plusieurs lois. De plus, nous considérons comme un empiètement sur les attributions normales d'une société d'État le fait d'habiliter le gouvernement à fixer par décret le «contenu» des règlements de telles sociétés.

### *Les budgets*

Le pouvoir d'approuver les budgets des sociétés d'État constitue à n'en pas douter la forme de contrôle la plus contraignante qui soit. Beaucoup plus étendu au niveau fédéral qu'au Québec, il a fait l'objet d'un examen attentif de nombreux réformateurs depuis quelques années.

Actuellement, au niveau fédéral, l'approbation des budgets est requise soit en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, soit en vertu des lois particulières. En vertu de la première loi, les corporations dites «de mandataire» doivent faire approuver par le Conseil du Trésor leur budget d'exploitation et leur budget d'établissement tandis que les corporations dites «de propriétaire» doivent faire approuver leur budget d'établissement par la même autorité. Quant aux lois particulières, mentionnons les suivantes : la loi constitutive de Téléglobe stipule que la société doit soumettre chaque année au ministre désigné un budget d'exploitation<sup>127</sup>; Canagrex doit faire approuver son budget d'investissement<sup>128</sup>.

Le livre bleu de 1977 proposait que toutes les sociétés de la Couronne fassent approuver leur budget d'établissement par le Cabinet et le déposent devant le Parlement. Quant aux sociétés de « mandataire », elles devraient en plus faire approuver leur budget de fonctionnement par le ministre de tutelle et le Conseil du Trésor; ce budget devrait être déposé devant le Parlement lorsque, de l'avis du gouvernement, des crédits budgétaires sont susceptibles d'être requis de façon continue.

Le rapport Lambert recommandait en 1979 que tous les budgets d'établissement exigeant des crédits budgétaires soient approuvés par le ministre désigné, le Conseil du Trésor et le Cabinet, et déposés devant le Parlement; les budgets de fonctionnement exigeant des crédits devaient être approuvés par les mêmes autorités mais non déposés devant le Parlement; enfin, les budgets d'établissement n'exigeant pas de crédits ne devaient être approuvés que par le ministre désigné, le ministre des Finances et le Cabinet.

Le projet de loi C-27 de 1979 proposait une distinction entre les sociétés dépendant ordinairement de crédits parlementaires (cédule I) et les autres (cédule II); ces dernières se subdivisent encore en deux classes : celles qui jouissent d'un monopole (A) et celles qui opèrent sur un marché concurrentiel (B). Les corporations de la cédule I doivent faire approuver leur budget de fonctionnement par le ministre et le Conseil du Trésor. Les budgets d'établissement des corporations des cédules I et II-A doivent être approuvés par les mêmes autorités. Tous ces budgets doivent être déposés devant le Parlement.

Le projet de loi C-153 du 5 mai 1983 stipulait que :

70.(1) Chaque corporation de mandataire est tenue de présenter annuellement au ministre compétent un budget d'exploitation pour son prochain exercice en vue de l'approbation du ministre compétent et du président du conseil du Trésor.

(2) Chaque corporation de mandataire et chaque corporation de propriétaire sont tenues de présenter annuellement au ministre compétent un budget d'investissement pour leur prochain exercice. Le ministre le fait déposer devant le Parlement après approbation par le gouverneur en conseil, sur la recommandation du ministre compétent, du président du conseil du Trésor et du ministre des Finances.

Le projet de loi C-153 ajoutait que le gouverneur en conseil peut astreindre toute autre société en propriété exclusive aux obligations précédentes; il peut également dispenser toute corporation de ces obligations.

L'une des critiques des propositions du rapport Lambert affirme qu'il s'agit d'une tentative d'homogénéisation qui ne peut être justifiée dans tous les cas et qui peut être coûteuse<sup>129</sup>. Aussi, le projet de loi C-153 comblait-il partiellement cette lacune. D'autres considèrent que ce système d'approbation préalable fonctionne au petit bonheur<sup>130</sup>.

La *Loi C-24* de 1984 procède différemment du projet de loi C-153. Seules les sociétés mères de la partie I de l'annexe C doivent dans tous les cas faire approuver leur budget de fonctionnement par le Conseil du Trésor, qu'il y ait ou non demande de crédits parlementaires; le texte final diffère donc du projet de loi C-24 sur ce point. Ce budget « traite de toutes les activités de la société et, le cas échéant, de ses filiales à 100 %, y compris leurs investissements »; il doit « mettre en évidence les principales activités de la société ». Il est même stipulé que, si la société prévoit en cours d'exercice une augmentation sensible des dépenses, elle doit faire approuver une modification du budget par le Conseil du Trésor (article 130).

Quant au budget d'investissement, toutes les sociétés mères doivent le faire approuver par le Conseil du Trésor (article 131); celui-ci doit également approuver celui des filiales à 100 %. Ce budget peut être modifié avec l'approbation du Conseil du Trésor sur recommandation du ministre de tutelle. Le ministre des Finances peut aussi exiger que sa propre recommandation, en plus de celle du ministre de tutelle, accompagne un budget d'investissement.

Au Québec, l'approbation des budgets est beaucoup moins uniformisée qu'au fédéral. Une seule société, la Société de développement coopératif, doit faire approuver son budget par le gouvernement. Doivent soumettre au Conseil du Trésor leur budget de fonctionnement, la Société des alcools du Québec, REXFOR, la Société du Grand Théâtre et la Société de la Place des Arts.

Enfin, c'est au ministre de tutelle que doivent soumettre leurs budgets de fonctionnement et d'investissement les sociétés suivantes : la Société québécoise d'information juridique, Loto-Québec, la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires, la Société du parc industriel et commercial aéroportuaire de Mirabel, la Société des traversiers et la Société Inter-Port<sup>131</sup>. Plusieurs autres sociétés, et non les moindres, ont l'entière autonomie budgétaire : c'est le cas d'Hydro-Québec, de la Société québécoise d'exploration minière, de la Société québécoise d'initiatives pétrolières, de SIDBEC, de la Société de développement immobilier, de la Société d'énergie de la baie James, de la Société de cartographie du Québec, de la Raffinerie de sucre du Québec, de la Société du parc industriel du centre du Québec, de la Société générale de financement, de la Caisse de dépôt et placement du Québec, de la Société de développement industriel et de la Société de développement des industries culturelles.

### *Le plan de développement*

L'idée qu'une société d'État devrait adopter et faire approuver un plan de développement ou plan corporatif est relativement nouvelle. Peu de lois fédérales le prévoyaient avant que le livre bleu de 1977 n'en propose

la généralisation. Le rapport Lambert va dans le même sens : « Le chef de direction soit responsable de la préparation d'un Plan stratégique pour l'approbation du conseil d'administration et l'information du ministre désigné. »

Le projet de loi C-27 de 1979 proposait que chaque société mère de la Couronne rédige annuellement un plan et le soumette au ministre désigné, au ministre des Finances et au président du Conseil du Trésor pour approbation du gouvernement (article 49). Enfin, le projet de loi C-153 de 1983 stipulait que :

71. Chaque corporation de mandataire et chaque corporation de propriétaire sont tenues de présenter annuellement au ministre compétent un programme en vue de l'approbation du gouverneur en conseil.

Au Québec, depuis 1978, quelques lois constitutives de sociétés d'État contiennent une disposition voulant que la société doive faire approuver chaque année son plan de développement et celui de ses filiales : c'est le cas de la Société nationale de l'amiante, de la Société québécoise de développement des industries culturelles et de la Société québécoise d'assainissement des eaux. La loi d'autres sociétés existantes fut modifiée pour y inclure une disposition semblable : c'est ce qui s'est produit dans les cas de SIDBEC, de la Société québécoise d'exploitation minière, de la Société générale de financement du Québec, de la Société nationale des transports, etc. Soulignons que dans le cas de la Société générale de financement, la charte avait d'abord été modifiée en 1978 pour que la Société soit tenue de soumettre au gouvernement un plan de conversion industrielle au sein de sa filiale, les Industries Marine.

Comme le rapport Lambert le propose, un plan de développement doit couvrir une période de trois ans ou plus. Son contenu doit être suffisamment détaillé pour permettre au gouvernement de connaître les projets et les stratégies de l'entreprise. L'approbation de ce plan après discussion avec le conseil d'administration, complété par l'exercice du pouvoir de directive et l'approbation des budgets d'établissement, pourrait remplacer le « réseau complexe d'innombrables approbations bureaucratiques qui tentent de rendre les sociétés d'État comptables à tout un chacun » d'après le professeur Prichard<sup>132</sup>.

La *Loi C-24* de 1984 prescrit que les sociétés mères préparent annuellement un « plan d'entreprise » qu'elles remettent au ministre de tutelle et, si le règlement y pourvoit, au ministre des Finances pour approbation par le gouverneur en conseil. Ce plan comporte des renseignements sur les buts de l'entreprise, sur les objectifs pour la durée du plan et pour chaque année d'exécution, et sur les prévisions des résultats par rapport aux objectifs du dernier plan pour l'année précédant la première année d'exécution. La loi interdit aux sociétés mères et à leurs filiales à 100 % d'exercer une activité incompatible avec le plan. Une

société peut toutefois proposer un projet de modification du plan en cours d'exercice (article 129).

### *Les emprunts*

Actuellement, les sociétés régies par la *Loi sur les corporations commerciales canadiennes* ainsi que plusieurs sociétés statutaires ont le pouvoir d'emprunter sur les marchés : la Société canadienne des Postes, la Société pour l'expansion des exportations, l'Administration de la Voie maritime du Saint-Laurent, Air Canada, etc.

En regard des finances publiques, le pouvoir d'emprunter est important car l'article 45 de la *Loi sur l'administration financière* stipule que « toute somme d'argent empruntée avec l'intérêt y afférent » par ou au nom de Sa Majesté doit être imputée au Fonds de revenu consolidé et payée à même ce fonds.

Le livre bleu de 1977 proposait que le pouvoir d'emprunt des sociétés d'État soit accru mais que les emprunts de corporations de mandataire soient approuvés par décret du gouvernement et que ceux des corporations de propriétaire le soient par le ministre des Finances. Le projet de loi C-27 de 1979 assujettissait le pouvoir d'emprunt des sociétés de la Couronne à la seule approbation du ministre des Finances et uniquement pour les emprunts à long terme; ces emprunts ne lient pas la Couronne à moins qu'une garantie expresse à cet effet ne soit donnée par le ministre.

Le projet de loi C-153 de 1983 proposait que toute société en propriété exclusive obtienne, avant d'emprunter par l'intermédiaire du ministre compétent, l'approbation du ministre des Finances. Un règlement du gouvernement pouvait prévoir des exemptions et déterminer les modalités de cette approbation.

La *Loi C-24* innove davantage. Elle stipule, premièrement, que, sauf si elle en a la capacité et sauf habilitation expresse d'une loi fédérale, une société mandataire ne peut contracter d'emprunt qu'auprès de Sa Majesté; une loi d'affectation de crédits peut comporter une telle habilitation (article 110). Deuxièmement, une société mère ou une filiale à 100 % qui a l'intention d'emprunter doit l'indiquer dans son plan d'entreprise dans lequel elle donne en outre une indication de ses projets et de sa stratégie en la matière; le ministre des Finances peut exiger que sa propre recommandation accompagne celle du ministre de tutelle. Troisièmement, avant de procéder à un emprunt, l'approbation du ministre des Finances est requise quant aux échéances et aux conditions. Un règlement du gouvernement peut prévoir des exemptions, etc. (article 134).

Il va de soi qu'une coordination s'impose entre le ministre des Finances et les sociétés d'État pour les emprunts à long terme. La *Loi C-24* contient en outre des propositions intéressantes dans la mesure où elle relie les emprunts à la réalisation de projets prévus au plan de développement et aux budgets d'investissement.

## *Les contrats*

Plusieurs lois constitutives de sociétés d'État, tant au palier fédéral qu'au Québec, prévoient que certaines catégories de contrats doivent être approuvés par une autorité gouvernementale, ordinairement un ministre. Ainsi, par exemple, Radio-Canada ne peut :

sans l'approbation du gouverneur en conseil contracter en vue de l'acquisition de biens immeubles ou de l'aliénation de biens meubles ou immeubles, à l'exception de la matière destinée aux émissions et des droits y afférant, en contrepartie d'une somme dépassant 250 000 \$<sup>133</sup>.

La Société des alcools du Québec « ne peut sans l'autorisation du Conseil du Trésor conclure un contrat relatif à des biens meubles ou immeubles en considération d'une somme supérieure à 300 000 \$<sup>134</sup> ». Nous pourrions multiplier ces exemples.

Assujettir l'activité contractuelle d'une société d'État est, sauf raisons exceptionnelles, un non-sens! Deux raisons sont alléguées pour justifier ces contrôles, soit l'ampleur des engagements financiers et le fait qu'il puisse s'agir de contrats hors du cadre des activités ordinaires de la société. Aucune de ces raisons n'est convaincante dans le cas de sociétés qui ont déjà fait adopter un plan de développement et un budget d'investissement. L'activité contractuelle constitue un des moyens de réaliser les objectifs que doivent poursuivre les dirigeants d'une société; ce sont eux et leur personnel spécialisé qui ont l'expertise pour le faire. Il faut faire confiance a priori; les contrôles a posteriori, sous la vigilance du vérificateur général ou des parlementaires, suffiront amplement. Enfin, le gouvernement ou le ministre peut toujours recourir au pouvoir de directive pour faire connaître aux sociétés d'État les orientations de la politique officielle d'octroi des contrats.

La seule exception que nous admettrions à l'autonomie contractuelle concerne les contrats, ententes ou accords où interviendraient des autorités relevant de différents ordres de gouvernement. Des éléments d'une politique d'ensemble susceptibles de déborder les préoccupations d'une société d'État peuvent être facilement en jeu dans ces accords. Plusieurs lois constitutives vont d'ailleurs dans ce sens, surtout au Québec.

Au fédéral, l'article 73 de la *Loi sur l'administration financière* prévoyait que le gouverneur en conseil peut établir des règlements sur les conditions auxquelles une corporation de mandataire peut prendre des engagements contractuels. Au Québec, la *Loi sur l'administration financière* ne prévoit de règlement du Conseil du Trésor que pour les contrats faits « au nom de Sa Majesté ». Au fédéral encore, la *Loi C-24* stipule expressément que le pouvoir réglementaire du Conseil du Trésor ne s'applique pas aux sociétés d'État (article 6). Par ailleurs, l'article 73 de la *Loi sur l'administration financière* est abrogé. Il s'agit donc d'un retour à une plus grande autonomie contractuelle, ce qui nous paraît excellent.

### *Les directives*

Le pouvoir conféré au gouvernement ou au ministre de donner des directives aux sociétés d'État apparaît au début des années 1950 au palier fédéral. Il se répand peu à peu, mais sans atteindre la majorité des sociétés<sup>135</sup>. En 1975, le rapport d'enquête sur Air Canada recommande « un véhicule par lequel le gouvernement puisse à l'occasion et lorsque l'intérêt national l'exige, donner au Conseil d'administration [. . .] des directives concernant l'orientation générale<sup>136</sup> ». En 1977, le livre bleu affirme « qu'il est essentiel [pour le gouvernement] de pouvoir donner des instructions à toutes les sociétés de la Couronne s'il veut en faire des instruments efficaces pour la réalisation des grands objectifs de sa politique ». Le rapport Lambert propose la généralisation d'un tel pouvoir de directives qui seraient édictées par le ministre, après approbation du gouvernement, et déposées devant le Parlement. Le projet de loi C-27 de 1979 va dans le même sens.

Le projet de loi C-153 de 1983 était muet sur la question du pouvoir de directives. Le rapport Lambert avait noté l'inquiétude de certaines sociétés à cet égard et avait considéré que ce pouvoir de directives ne devait être utilisé par le gouvernement qu'en dernier recours, de façon modérée, et qu'il devait être soumis à des restrictions bien définies<sup>137</sup>.

La *Loi C-24* de 1984 (article 99) propose que, sur la recommandation du ministre de tutelle, le gouverneur en conseil puisse donner des instructions à une société mère « s'il estime qu'il est dans l'intérêt public de le faire »; le Conseil d'administration doit, au préalable, être consulté sur leur teneur et leurs effets. Les administrateurs doivent veiller à « la rapidité et à l'efficacité de la mise en oeuvre » de ces instructions mais ne peuvent être tenus responsables des conséquences s'ils agissent de bonne foi, et avec diligence et compétence (article 124). Ces instructions doivent être déposées devant le Parlement dans les quinze jours. Les sociétés mères avisent immédiatement le ministre de tutelle de la mise en oeuvre des instructions reçues. Ces dispositions nous paraissent bien conçues et bien formulées.

Au Québec, le pouvoir de directives a été introduit à partir de 1975 et se retrouve actuellement dans une dizaine de lois constitutives; le ministre émet des directives, après approbation du gouvernement et dépôt subséquent devant l'Assemblée nationale.

Le pouvoir de directives est dans les faits assez peu exercé; c'est ce qui amène certains critiques à douter de son utilité : « sa plus grande disponibilité comme instrument de contrôle ne garantit pas, cependant, une plus grande imputabilité<sup>138</sup> ». D'autres estiment que c'est une façon pour le gouvernement de communiquer ses volontés, façon qui peut occasionner des coûts insoupçonnés<sup>139</sup>.

Lorsque la mise en oeuvre d'une directive entraînera des dépenses supplémentaires identifiables, le livre bleu et le rapport Lambert recommandent que soit prévue une méthode d'indemnisation raisonnable pour

les sociétés. Le projet de loi C-27 de 1979 rend même cette indemnisation obligatoire. Cette suggestion a été assez mal reçue<sup>140</sup>. Pourquoi, disent les uns, avoir l'air d'indemniser les sociétés d'État pour la réalisation d'objectifs non rentables qui, de toute façon, font partie de leurs objectifs globaux comme instruments d'intervention de l'État? La Loi C-24 de 1984 se contente de créer une présomption voulant qu'une société mère qui observe les instructions agit au mieux de ses intérêts (paragraphe 99.5).

Si le gouvernement veut indemniser de façon particulière les sociétés d'État pour les tâches spéciales d'intérêt général qu'il leur demande d'accomplir, il peut être encouragé à le faire; l'individualisation d'activités non rentables permet d'évaluer plus facilement la performance des entreprises oeuvrant par ailleurs sur un marché concurrentiel.

À notre avis, le pouvoir de directives bien encadré législativement est une bonne chose mais reste, et doit rester, un moyen de contrôle exceptionnel, c'est-à-dire réservé à des éléments de politique d'une grande importance et auquel on n'a recours qu'en des occasions spéciales. Effectivement, c'est ce qui est arrivé jusqu'à maintenant si l'on étudie la demi-douzaine de directives adressées par exemple à Pétro-Canada ou les quelques directives adressées à la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires ou à la Société générale de financement au Québec.

### *La déclaration de dividendes*

Dans toutes les lois des sociétés d'État québécoises à capital-actions, le ministre des Finances ou le ministre de tutelle est habilité à déclarer des dividendes. Au fédéral, la situation est différente car, dans la quasi-totalité des cas, il semble que ce soit le conseil d'administration qui agit de façon autonome. Toutefois, l'article 71 de la *Loi sur l'administration financière* autorise le ministre désigné et le ministre des Finances, avec approbation du Cabinet, à ordonner à toute société régie par cette loi de « verser au Receveur général la partie des fonds administrée par elle [. . .] dépassant le montant requis aux fins de la corporation »; certaines sociétés telles, par exemple, Pétro-Canada sont soustraites à cet article.

Pourquoi le pouvoir de déclarer des dividendes ne serait-il pas laissé au conseil d'administration alors que, par ailleurs, le gouvernement approuve le plan de développement et détient un pouvoir de directives? Dans les cas où les entreprises font d'importants bénéfices, on devrait laisser au conseil d'administration l'initiative d'en disposer par réinvestissement ou déclaration de dividendes, sous réserve des directives gouvernementales.

### *La création ou l'acquisition de filiales et l'aliénation d'actions*

Certaines lois constitutives prévoient que l'achat du capital-actions d'une entreprise privée doit être approuvé par le gouvernement ou le

ministre. Néanmoins, le livre bleu de 1977 s'inquiète du fait que la création de filiales puisse se faire sans approbation officielle du gouvernement. Ainsi, il arrive qu'une société puisse « soustraire la gestion d'une activité à la surveillance du gouvernement et du Parlement ou entreprendre par le truchement d'une filiale une activité que ne (lui) permet pas (la) loi constitutive<sup>141</sup> ». Le rapport Lambert ajoute que la création de filiales devrait être expressément autorisée par la loi et approuvée par le gouvernement.

Le projet de loi C-153 de 1983 proposait un système complexe, comme nous l'avons vu précédemment, selon lequel toute création de société ou filiale, toute acquisition d'actions conférant au gouvernement un titre de propriétaire, toute aliénation d'actions ou de la totalité ou quasi-totalité de l'actif requièrent l'approbation du gouvernement. La *Loi C-24* de 1984 comporte sensiblement la même exigence d'approbation préalable à quelques exceptions près; un règlement peut toutefois mentionner des exemptions (article 102).

Ces dispositions confondent, à notre avis, deux réalités, soit la nécessité d'informer le Parlement de ces questions et l'opportunité d'instaurer un contrôle préalable d'opérations qui ne se prêtent guère à ce genre de contrôle, en l'occurrence les prises de participation au capital-actions d'entreprises privées. Si une société mère est autorisée à jouer le jeu du droit corporatif, à acquérir des valeurs mobilières en concurrence sur les marchés boursiers, on peut imaginer que tout délai puisse être grandement préjudiciable. Ces opérations, pour être rentables, doivent être menées de façon discrète et souvent avec une grande célérité.

Aussi établrions-nous une distinction entre la constitution d'une société et l'acquisition d'actions sur le marché boursier; dans ce dernier cas, seul un contrôle a posteriori par voie de rapport détaillé suffirait afin d'informer et le gouvernement et le Parlement.

### *Rapports et renseignements*

Cette forme de contrôle a posteriori qui consiste à exiger soit un rapport annuel, soit des rapports trimestriels, soit tout autre renseignement, est répandue dans le secteur des sociétés d'État; on la retrouve dans toutes les lois constitutives, en ce qui a trait au rapport annuel du moins, et dans plusieurs autres quant aux autres formes de contrôle.

Il s'agit certes de contrôles nécessaires; mais jusqu'où doivent-ils aller? Il nous semble qu'outre le rapport annuel, le ministre devrait avoir le pouvoir d'exiger tout renseignement sur l'organisation, le fonctionnement et les activités d'une entreprise publique. Il appartiendra au ministre de ne publier que ce qu'exigent l'intérêt du public et de l'entreprise.

La question du rapport annuel et du rapport que peut exiger un ministre de tutelle a été abordée succinctement dans le rapport Lambert. Le projet de loi C-27 de 1979 y consacre plusieurs articles. Quant à la *Loi C-24*, elle prescrit le dépôt du rapport annuel des sociétés mères et

précise quel doit être son contenu : états financiers, rapport du vérificateur, énoncé des mesures prises pour atteindre les objectifs, renseignements exigés par le Conseil du Trésor sur les résultats et autres renseignements exigés par une loi, par le ministre de tutelle, par le président du Conseil du Trésor, par le ministre des Finances; le Conseil du Trésor peut par règlement prescrire les renseignements que doit contenir le rapport annuel, qui doit mettre en évidence les principales activités de la société et de ses filiales à 100 % (article 152).

La *Loi C-24* prescrit en outre que les sociétés mères doivent, sur demande, remettre au ministre de tutelle ou au Conseil du Trésor les comptes, budgets, états financiers, livres, rapports et autres renseignements réclamés. De plus, le premier dirigeant d'une société doit aviser sans délai le ministre de tutelle et le président du Conseil du Trésor de tout changement, notamment de la situation financière, qui pourrait avoir des conséquences importantes sur les résultats de la société ou sur ceux de ses filiales à 100 %.

Enfin, la *Loi C-24* prévoit que le président du Conseil du Trésor dépose annuellement devant le Parlement un rapport global des activités de toutes les sociétés d'État. Ce rapport doit en outre contenir la liste de toutes les sociétés d'État et de toutes les sociétés dont les actions sont détenues par Sa Majesté ou par une société d'État, des données sur l'emploi et la situation financière, y compris le total des emprunts, ainsi que tout autre renseignement.

L'ensemble de ces mesures procurera au Parlement et à la collectivité une information adéquate sur le secteur public économique. Cet effort de rationalisation est remarquable mais exigera un travail considérable. Espérons qu'il ne mènera pas à une bureaucratisation encombrante qui serait néfaste au dynamisme de l'entreprise publique, premier facteur d'efficacité.

## LES CONTRÔLEURS

Il n'est pas sans conséquences, en ce qui a trait aux contrôleurs, que pour telle ou telle catégorie d'actes le contrôleur approprié soit le Cabinet, le Conseil du Trésor ou le ministre, ou une combinaison de l'un et l'autre. Cette question est fort délicate et l'évolution récente de la législation à cet égard ne frappe pas par sa cohérence et sa rationalité.

### *Le Cabinet*

Le gouverneur en conseil, ou Cabinet, ne devrait être appelé à se pencher que sur les actes qui concernent les grandes orientations et qui ont une portée vraiment générale. Cinq genres d'actes nous paraissent entrer dans cette catégorie : les nominations, le plan de développement, la constitution de nouvelles sociétés, les règlements et les directives. Il

va de soi que ces dossiers soient préparés par le ministre qui les pilote au Conseil des ministres.

Plusieurs catégories d'actes ou d'opérations qui requièrent actuellement l'approbation ou l'autorisation du Cabinet telles les expropriations, certains contrats importants et les emprunts à long terme devraient être annoncées dans le plan de développement.

Il est manifeste qu'il doit y avoir, au Conseil privé à Ottawa ou au Conseil exécutif à Québec, une unité de supervision et de contrôle du réseau des sociétés d'État. À Québec, il existe au Conseil exécutif un secrétariat chargé des sociétés d'État, mais il semble qu'il s'agisse moins d'une unité de travail que d'une personne qui fait office de conseiller. À Ottawa, dans la section de l'appareil gouvernemental du Bureau du Conseil privé, il existe une unité de travail, composée principalement d'une personne, responsable du dossier des sociétés d'État.

Dans la capitale fédérale, c'est surtout au Conseil du Trésor que s'est développée une importante direction des sociétés d'État.

Il paraît difficile de concevoir la possibilité d'instituer aux trois paliers (Cabinet, Conseil du Trésor, ministères) des comités de travail bien constitués. Il faudrait faire un choix.

### *Le Conseil du Trésor*

Au palier fédéral, le Conseil du Trésor occupe une place importante comme contrôleur financier des sociétés mères énumérées aux annexes C et D de la *Loi C-24* ainsi que de toute société dont la totalité des actions est détenue directement ou indirectement par le gouvernement, ou pour son compte, et qui est assujettie par décret au même contrôle; ce pourrait être vraisemblablement une filiale à part entière d'une société de la Couronne.

La question fondamentale qui se pose ici est de savoir si le Conseil du Trésor doit jouer, à l'égard des sociétés d'État, un rôle assimilable à celui qu'il joue à l'égard des ministères. La réponse est évidemment non, car seuls les budgets d'investissement ou d'établissement devraient être approuvés par le Conseil du Trésor.

Le Conseil du Trésor est l'autorité appropriée pour s'assurer que le budget d'investissement est conforme aux objectifs de la loi et du plan de développement et qu'il est réalisable compte tenu des contraintes applicables aux finances publiques en général (emprunts, garantie gouvernementale, etc.).

### *Le ministre désigné ou ministre de tutelle*

Le ministre de tutelle, c'est-à-dire celui que la loi désigne comme responsable de l'application de ladite loi, joue un rôle capital dans le contrôle des sociétés d'État. Il est tout d'abord le lien entre le Cabinet, le Conseil du Trésor et la société d'État.

La première attribution propre du ministre consiste à recevoir le rapport annuel ou les rapports trimestriels et à pouvoir requérir toute information pertinente sur l'organisation et le fonctionnement de la société. À cette fin, les lois constitutives devraient obliger les sociétés à communiquer au ministre les budgets de fonctionnement; cela s'impose d'ailleurs lorsque la société bénéficie de crédits budgétaires annuels que le ministre doit défendre devant le Conseil du Trésor et en commission parlementaire.

La seconde attribution essentielle du ministre de tutelle est le « pouvoir d'émettre des directives ». Au fédéral, certaines lois attribuent ce pouvoir au Cabinet, d'autres au ministre; au Québec, c'est plutôt le ministre qui en est titulaire, mais les directives doivent être approuvées par le gouvernement.

À notre avis, ces directives devraient toujours être approuvées par le Cabinet et déposées en Chambre où elles pourraient faire l'objet d'un débat dans un délai raisonnable. À cet égard, la *Loi C-24* contient des dispositions intéressantes dans la mesure où elle généralise le pouvoir d'instruction à l'égard de l'ensemble des sociétés mères (article 99). C'est le gouverneur en conseil qui donne ces instructions sur recommandation du ministre de tutelle.

Si ces deux premières attributions du ministre étaient bien remplies, il y aurait lieu de se demander si les autres formes de contrôle prévues ici et là dans nos lois sont nécessaires. Au Québec, certaines sociétés doivent faire approuver leur budget par le ministre : c'est le cas de la Société québécoise d'information juridique, de la Société des traversiers, de Loto-Québec, de la Société québécoise d'initiatives agro-alimentaires, de la Société du parc industriel et commercial aéroportuaire de Mirabel. Dans la plupart de ces cas, il s'agit de sociétés ne requérant pas d'attribution de crédits. Dans d'autres cas, l'approbation du ministre est requise pour certains contrats, certaines acquisitions, certains travaux. Ces contrôles ne se justifient pas en regard de la raison d'être d'une société d'État qui devrait, dans l'ordre des moyens à utiliser pour réaliser ses objectifs, bénéficier d'une large autonomie. Une telle société devrait être jugée à ses résultats suivant des critères de performance préétablis; si elle doit constamment demander des permissions, comment cette évaluation sera-t-elle possible? De plus, qu'est-ce qui nous garantit que l'autorité de contrôle est plus compétente que le contrôlé?

On nous a laissé entendre que certains ministres ou ministères se préoccupent assez peu de leur rôle de tuteur. D'autres ont mis sur pied une direction importante pour la coordination des sociétés d'État de leur secteur; au Québec particulièrement, un sous-ministre adjoint dirige un tel service, notamment aux ministères de l'Énergie et de l'Industrie. Si chaque ministère de tutelle faisait bien son travail, les organismes centraux verraient probablement le leur s'alléger.

### *Le ministre des Finances*

Il semble normal que le ministre des Finances soit informé des projets d'emprunts des sociétés d'État et, au besoin, notamment s'il s'agit d'emprunts à moyen ou long terme, qu'il les approuve.

### *Le contrôle parlementaire*

On se souviendra du cri d'alarme lancé en 1976 par le vérificateur général du Canada selon lequel le Parlement avait à peu près perdu le contrôle de ce qui se passe dans le secteur public industriel et commercial; il n'est plus guère appelé à participer à la création des institutions de ce secteur, il n'est pas informé, ou si peu, de son organisation et de son fonctionnement et n'est pas vraiment en mesure d'en évaluer la performance.

On se rendit compte que la *Loi sur l'administration financière* ne couvrait qu'une partie des entreprises du secteur public et que, si cette loi stipule qu'une « corporation de la Couronne signifie une corporation qui, en dernier lieu, doit rendre compte au Parlement », l'imputabilité était largement défailante.

Jusqu'à cette époque, les moyens traditionnels dont disposait le Parlement étaient de quatre ordres. Premièrement, il participait à la création de certaines sociétés d'État en adoptant leur loi constitutive : la majorité d'entre elles, toutefois, n'ont pas été créées de cette façon. Deuxièmement, le gouvernement devait répondre aux questions posées en Chambre; or, le gouvernement étant lui-même assez peu informé de ce qui se passe, cet exercice a souvent été vain. Troisièmement, le Parlement devait discuter des crédits ou appropriations budgétaires en commission parlementaire dans les cas où ces crédits étaient destinés à capitaliser ou à subventionner des sociétés d'État; noyée dans l'ensemble de l'examen des crédits, il ne semble pas que la part des sociétés d'État ait vraiment attiré l'attention sauf dans de rares cas, comme celui de Radio-Canada. Quatrièmement, il devait procéder à l'examen annuel du rapport du vérificateur général et des comptes publics devant le comité des comptes publics : or, en 1976, c'est précisément ce comité qui se plaignait de n'être pas informé adéquatement et de ne pouvoir exercer un contrôle satisfaisant.

Dans son rapport 1981-1982, le vérificateur général a fait le bilan des prises de conscience et des propositions en vue d'accroître l'imputabilité des sociétés d'État devant le Parlement : le livre bleu de 1977, les rapports du vérificateur général depuis 1976, les rapports du comité des comptes publics, le *Rapport de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité* (rapport Lambert), le projet de loi C-27 de 1979 et enfin le projet de loi C-123 de 1982 devenu le projet de loi C-153 de 1983.

Des progrès sensibles ont été accomplis sur trois plans. Premièrement, le raffermissement des contrôles exercés par les autres contrôleurs que sont le Conseil du Trésor et le vérificateur général notamment contribue indirectement mais considérablement à améliorer le contrôle parlementaire. Deuxièmement, une prise de conscience très aiguë de la part des parlementaires a produit un regain de vigueur sans précédent au comité des comptes publics ainsi qu'en Chambre lors des périodes de questions ou de débats sur d'importantes lois constitutives de nouvelles sociétés d'État telles notamment Air Canada, Pétro-Canada et Canagrex; ces dernières années, on a pu lire des milliers de pages dans les débats de la Chambre des communes sur les sociétés d'État. Troisièmement, des propositions fermes de modifications législatives relatives au contrôle parlementaire ont été faites dans le livre bleu de 1977, dans le projet de loi C-27 de 1979 et dans le projet de loi C-153 de 1983 que nous allons scruter plus attentivement en regard du rôle particulier du Parlement.

Au fédéral, le contrôle parlementaire s'exerce principalement de trois façons : en Chambre, lors des périodes de questions ou lors de la discussion des projets de lois, au comité des comptes publics et aux comités parlementaires sectoriels.

En Chambre, tout d'abord, innombrables sont les occasions, pour l'opposition notamment, de forcer un contrôle serré de la création, de l'organisation, du fonctionnement et de la rentabilité du réseau des sociétés d'État. Au cours de la période 1980-1983, la lecture des débats des Communes permet de constater l'existence d'un intérêt très vif des parlementaires envers les sociétés d'État; innombrables sont les questions et les critiques pertinentes qui permettent d'affirmer que la vigilance parlementaire est très grande.

Quant au comité des comptes publics, son travail depuis 1976 a été remarquablement rigoureux. Plus d'une quinzaine de rapports n'ont pas passé inaperçus dont notamment le deuxième rapport du 11 avril 1978 sur les sociétés de la Couronne en général, le quatrième rapport du 20 février 1981 sur le contrôle et l'obligation de rendre compte et le quinzième rapport du 20 mai 1982 sur les états financiers d'Eldorado Nucléaire. Le comité a fait des recommandations portant sur la création, la classification, le financement, les pratiques de gestion financière, la vérification et les rapports annuels des sociétés ainsi que sur le rôle des organismes centraux à leur égard.

Les comités sectoriels, de leur côté, s'intéressent aux sociétés soit lors de la discussion des crédits budgétaires, soit lors des modifications aux lois. Ainsi peut-on lire dans les débats du comité permanent sur la radiodiffusion de nombreuses pages consacrées à Radio-Canada, à la Corporation de développement de l'industrie cinématographique, à Télésat, au Centre national des arts, etc.; le comité permanent des ressources nationales et des travaux publics s'est préoccupé de Pétro-

Canada, d'Énergie atomique du Canada, d'Eldorado Nucléaire; le comité permanent des Transports s'est penché sur les dossiers d'Air Canada, du CN, de Via Rail.

Au Québec, le contrôle parlementaire des sociétés d'État s'exerce en Chambre principalement lors de l'adoption des lois constitutives ou des modifications dont le nombre s'est multiplié depuis quelques années. Par ailleurs, les commissions parlementaires sectorielles constituent un lieu privilégié lors de l'étude de ces projets de loi, ainsi que lors de l'étude des plans de développement de plusieurs sociétés ou des demandes de crédits budgétaires.

Au Québec, la première manifestation importante d'un contrôle parlementaire des entreprises publiques, autrement que par le vote de crédits budgétaires, remonte à la première comparution d'Hydro-Québec, le 4 août 1967, devant le Comité des régies à caractère industriel et commercial. Ce comité parlementaire fut créé le 21 janvier 1965<sup>142</sup>. Il était :

[. . .] autorisé à délibérer et s'enquérir de toutes les affaires et de toutes les matières que la Chambre lui aura renvoyées ou qui sont de sa compétence; à faire de temps à autre des rapports exprimant ses observations et ses vues sur ces affaires et à envoyer chercher les personnes, les pièces et les dossiers dont il aura besoin<sup>143</sup>.

En 1968, il se penchait sur les cas d'Hydro-Québec, de SIDBEC et de la Société québécoise d'exploration minière. Sur la question de l'implantation d'une sidérurgie au Québec, qui était alors le sujet de débats controversés, le comité parlementaire entendit le maire de Bécancour, accompagné d'un groupe de maires de la région, des représentants de corps publics et les ouvriers des syndicats de la Dosco. Ce comité tint, en 1968, plusieurs séances pour étudier la politique salariale du gouvernement et ses incidences sur une grève à la Régie des alcools du Québec<sup>144</sup>. Le comité devait « d'abord poser le problème dans ses principes pour l'ensemble de l'élaboration de la politique salariale<sup>145</sup> ». Il suivit le progrès des négociations et entendit les représentants des centrales qui participaient au conflit.

Depuis la disparition de ce comité, les sociétés d'État ont comparu devant les commissions parlementaires qui s'occupent du champ d'activités où elles oeuvrent.

Hydro-Québec retint surtout l'attention et fut la seule à comparaître régulièrement; ce fut le cas le 20 mai 1969, pour répondre aux questions des députés sur son rapport annuel et sur l'important contrat à passer avec la *Churchill Falls*; le 15 décembre 1969, il y eut des audiences publiques sur la question du partage des responsabilités entre Hydro-Québec et l'entreprise privée à l'occasion de la construction du complexe hydro-électrique Manic 3; le 9 décembre 1970, Hydro-Québec vint commenter son rapport annuel; les 19 et 20 mai 1971, elle comparut

sur la question de l'aménagement de la baie James<sup>146</sup>. Le 11 mai 1972, elle commenta son rapport annuel. Les 16, 18 et 25 mai et 1<sup>er</sup> juin 1972, les représentants d'Hydro-Québec et ceux de la Société de développement de la baie James furent interrogés au sujet des problèmes d'équipement et de gérance relativement au développement de la région de la baie James.

Ce fut en 1973 que le problème du contrôle parlementaire des entreprises publiques se posa avec le plus d'acuité aux yeux de l'opinion publique, au sujet de deux dossiers importants : la hausse des tarifs d'Hydro-Québec et l'aménagement hydro-électrique de la rivière Jacques-Cartier. L'utilisation croissante des commissions parlementaires et la popularité de leurs audiences publiques poussèrent le gouvernement à assujettir l'augmentation des tarifs de l'Hydro-Québec à la révision et à l'acceptation par la Commission permanente des richesses naturelles et des terres et forêts. De plus, sous la poussée de groupements de protection de l'environnement, il soumit à la Commission parlementaire de l'industrie et du commerce le projet Champigny qui devait être réalisé par Hydro-Québec sur la rivière Jacques-Cartier.

En 1978, l'opposition présenta une motion visant à créer de nouveau une commission permanente sur les sociétés d'État<sup>147</sup>. Il s'ensuivit un important débat sur la nécessité du contrôle parlementaire sur ces organismes, débat qui se déroula surtout devant la Commission parlementaire de l'Assemblée nationale.

Le contrôle parlementaire s'est exercé ces dernières années surtout au sein des commissions parlementaires sectorielles avec la comparution régulière du président ou d'autres représentants des sociétés, notamment à partir de 1976 dans le cas de la Société québécoise d'exploration minière, de la Société québécoise d'initiatives pétrolières, de SIDBEC, de la Société générale de financement, de la Société d'énergie de la baie James, de la Société de développement de la baie James, sans oublier Hydro-Québec<sup>148</sup>.

On a assisté depuis dix ans à un accroissement considérable du contrôle parlementaire des sociétés d'État au Québec. De nombreux projets de loi sont venus modifier la charte de la plupart de ces sociétés, ce qui a permis des débats sur l'orientation générale de la politique gouvernementale à l'égard de ces sociétés. La création de nouvelles sociétés, notamment de la Société nationale de l'amiante, a suscité de longs et vifs débats en commission; on a longuement discuté de l'opportunité de créer une société d'État, de son rôle, et ainsi de suite<sup>149</sup>.

Outre les rapports annuels, le gouvernement a pris l'habitude de déposer en Chambre d'autres documents concernant les sociétés d'État. De plus, plusieurs lois prescrivent que les directives que les divers ministres sont habilités à édicter et à transmettre aux sociétés doivent être déposées devant l'Assemblée nationale. Ces directives ou autres documents ont récemment fait l'objet de débats fort instructifs<sup>150</sup>.

La *Loi C-24* du 28 juin 1984 précise que « les sociétés d'État sont responsables devant le Parlement, par l'intermédiaire de leur ministre de tutelle, de la poursuite de leurs activités » (paragraphe 98.1).

Cette disposition, qui ne figurait pas dans le projet de loi C-24 déposé le 15 mars 1984, ne fait que redire l'état du droit, à savoir que les sociétés de la Couronne, comme créatures du Parlement, sont responsables devant celui-ci, mais nécessairement par l'intermédiaire d'un ministre qui agit comme leur porte-parole en Chambre.

Cet énoncé de principe est d'une importance capitale et contraste avec plusieurs affirmations que l'on peut lire dans les débats parlementaires suivant lesquels le ministre de tutelle devrait répondre en Chambre de tous les faits et gestes des sociétés d'État, comme si ces sociétés étaient intégrées au ministère qu'il dirige. Il y a là une confusion notoire qui contredit le principe même de l'autonomie institutionnelle des sociétés d'État et détruit la raison d'être de ce réseau de sociétés qui repose sur l'idée de décentralisation, c'est-à-dire l'octroi à des entités juridiques distinctes du gouvernement de pouvoirs propres dont elles sont elles-mêmes responsables devant le Parlement. Vouloir faire assumer par le ministre de tutelle la responsabilité de tous les actes de l'entreprise publique, c'est dénaturer le système et diluer à brève échéance toute imputabilité véritable du principal et véritable détenteur du pouvoir dans l'entreprise, le conseil d'administration.

Le contrôle parlementaire sur les institutions du secteur public économique n'est toutefois pas une panacée; il doit être bien compris. S'il est normal que le Parlement ait un droit de regard sur toutes les sociétés d'État, leur fonctionnement, leurs activités et leur rendement, il faut distinguer entre ce qui doit être sujet à un contrôle préalable et ce qui ne doit être soumis qu'à un contrôle a posteriori.

Nous croyons qu'en général la création des sociétés mères devrait faire l'objet d'une loi constitutive discutée et adoptée en Chambre. Si le gouvernement se croit justifié, pour des raisons exceptionnelles ou particulières, de procéder à la création de telles sociétés par émission de lettres patentes ou de dépôt de statuts en vertu d'une loi générale de constitution en société, une telle décision devrait être prise par décret, déposée en Chambre et soumise à la possibilité de résolution affirmative ou négative, comme le proposait le projet de loi C-153. Le projet de loi C-24 de mars 1984 stipulait que lorsqu'aucune loi n'autorise la création d'une société, l'acquisition d'actions et la dissolution ou la fusion de sociétés, un ministre peut présenter devant chaque chambre du Parlement une motion portant autorisation de procéder par décret. Au terme d'un délai de trente jours, un débat ininterrompu de sept jours a lieu avant la mise aux voix (article 155).

La *Loi C-24*, plus restrictive exige une loi fédérale autorisant préalablement les opérations suivantes : constitution de personne morale, acquisition d'octrois, demande de statuts apportant une modification

importante aux buts d'une société mère, aliénation d'actions, dissolution ou fusion d'une société mère, aliénation de la totalité ou quasi-totalité de l'actif d'une société mère (article 100). La plupart de ces opérations doivent être en plus autorisées par décret du gouverneur général en conseil (article 101). L'idée d'un contrôle parlementaire a posteriori n'a donc pas été retenue.

S'il s'agit de l'acquisition de la totalité des actions en circulation d'une société privée, il nous semble que la question est non moins importante car il s'agit là d'une nationalisation effective, bien que de gré à gré. Nous serions d'accord pour que le décret autorisant cette acquisition soit déposé en Chambre et que le Parlement puisse, par résolution, remettre en question une telle acquisition dans le cas de conditions abusives ou contraires à l'intérêt public. Cette menace va à l'encontre de l'esprit et des principes du droit corporatif et peut constituer un facteur d'insécurité juridique. Néanmoins, l'intérêt général peut avoir été mis en veilleuse et il appartient au Parlement souverain d'intervenir dans ces cas où le gouvernement a cru préférable de procéder autrement que par la loi de nationalisation-expropriation. Précisons toutefois qu'une résolution négative ne devrait intervenir que si « les conditions de l'acquisition sont abusives et contraires à l'intérêt public ».

Il nous paraîtrait tout aussi important que puisse être discuté le décret par lequel une telle société nouvellement acquise peut être ajoutée à l'une ou l'autre des annexes C et D de la *Loi sur l'administration financière* ou à l'annexe de la *Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État*. Ce décret confère des prérogatives et sujétions de droit public à une société; c'est pourquoi il devrait faire l'objet d'une discussion parlementaire.

Le rapport Lambert n'est pas allé jusqu'à prévoir un contrôle de la création des sociétés ou filiales en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* ou de l'acquisition de filiales<sup>151</sup>. Il ne suggère pas que le plan corporatif soit déposé devant le Parlement, mais recommande que les directives le soient sans délai, et soient dûment inscrites dans le rapport annuel de la société. Il propose que tous les budgets exigeant des subsides soient approuvés par le Parlement; quant aux budgets d'immobilisation ne requérant pas de subsides, le dépôt devant le Parlement suffit. Il propose enfin que même les règlements des sociétés de la Couronne soient déposés au Parlement.

La *Loi C-24* contient, en matière de contrôle parlementaire, trois propositions intéressantes destinées à informer davantage le Parlement. L'article 132 stipule, premièrement, qu'une société mère, une fois son plan, son budget de fonctionnement ou son budget d'investissement approuvé, doit en préparer un résumé qu'elle fait approuver par le ministre de tutelle pour dépôt devant chaque chambre du Parlement; ce résumé est automatiquement transmis au comité parlementaire compétent. Deuxièmement, le rapport annuel de chaque société, au contenu

sensiblement amélioré, est automatiquement envoyé au même comité parlementaire (article 152). Troisièmement, le président du Conseil du Trésor doit déposer annuellement devant le Parlement un rapport global des activités de toutes les sociétés d'État mères (article 153).

Il nous semble que l'accent devrait maintenant être mis sur l'action des commissions parlementaires permanentes et sectorielles tant au fédéral qu'au Québec. Celles-ci pourraient acquérir une expertise certaine dans le contrôle des sociétés d'État en étant appelées à étudier les plans de développement des entreprises, les projets de lois les concernant, les directives gouvernementales et les rapports annuels. Quant à ces derniers, on a fréquemment recommandé qu'ils soient plus étoffés; le projet de loi C-27 de 1979 proposait en outre qu'ils soient automatiquement transmis au comité parlementaire compétent. La *Loi C-24* va dans le même sens (article 152, alinéa 3).

Nous ne croyons pas opportun qu'une seule commission parlementaire, comme c'est le cas en Colombie-Britannique ou en Saskatchewan, soit l'unique forum de surveillance et de contrôle de toutes les sociétés d'État<sup>152</sup>.

Au Québec, une telle proposition a été longuement discutée et finalement abandonnée. À notre avis, les commissions sectorielles, surtout dans les secteurs de l'énergie, des transports, de l'industrie et des affaires culturelles, peuvent avoir une vue en profondeur des problèmes. Les commissions devraient également être saisies des rapports du vérificateur général, surtout si ce dernier fait de la vérification intégrée ou une vérification législative assez poussée.

À Ottawa, le comité des comptes publics continuera vraisemblablement à s'intéresser aux sociétés d'État mais, comme il aborde l'examen des sociétés d'État sous l'angle de la gestion financière, nous ne croyons pas qu'il y ait chevauchement inutile par rapport au travail que seraient appelés à accomplir tous les comités permanents à caractère sectoriel. Les travaux faits de part et d'autre peuvent être complémentaires.

Au Québec, la Commission des finances et des comptes publics qui a succédé au Comité des comptes publics ne s'est réunie que de façon sporadique au cours de son histoire : en 1946 et en 1966, puis en 1974 et 1975, et en 1981. C'est alors que l'opposition officielle proposa que cette commission siège dorénavant régulièrement avec un mandat permanent, qu'elle puisse « contribuer significativement à promouvoir l'économie et l'efficacité dans les dépenses publiques », qu'elle puisse avoir accès à toute l'information pertinente de la part de ceux qui sont chargés d'effectuer des dépenses et d'administrer les programmes et qu'elle soit présidée par un membre de l'opposition<sup>153</sup>. Au nom du gouvernement, le ministre Jacques Parizeau répondit qu'il s'agissait là d'une réforme en profondeur sur laquelle le gouvernement se penchait mais qu'il était irrecevable d'introduire par simple motion en commission. Avec la réforme de 1984, c'est la commission de l'Assemblée nationale qui

devient compétente pour recevoir et étudier les rapports du vérificateur général; le contrôle des sociétés d'État se fera par les diverses commissions sectorielles<sup>154</sup>.

### *Le vérificateur général*

Le vérificateur général s'est penché avec beaucoup d'attention, depuis sept ou huit ans, sur le dossier des sociétés d'État, dont le contrôle est devenu pour lui, surtout au niveau fédéral, une préoccupation majeure.

Deux questions d'une brûlante actualité se posent à propos de ce contrôleur d'une importance capitale pour notre démocratie parlementaire. Premièrement, le vérificateur doit-il avoir pour mission générale le contrôle de toutes les sociétés d'État? Deuxièmement, le contrôle qu'il exerce à l'égard de ces dernières peut-il prendre la forme d'une vérification intégrée?

Le vérificateur général est un agent du Parlement qui jouit d'un statut de très grande indépendance, tant à l'égard du gouvernement que du Parlement lui-même. Il contrôle a posteriori la régularité et la fidélité des comptes publics, c'est-à-dire de la gestion financière de l'administration gouvernementale. Cela s'étend non seulement aux administrations mais à plus de la moitié des sociétés de la Couronne. Au fédéral, son mandat est toutefois beaucoup plus vaste depuis 1978.

#### LA COMPÉTENCE *RATIONE PERSONAE*

L'article 67 de la *Loi sur l'administration financière* fédérale stipule qu'il doit y avoir une vérification des comptes des sociétés de la Couronne et que, si un vérificateur n'est pas désigné par les lois constitutives, il doit l'être par le gouverneur en conseil. Nonobstant toute autre loi, le vérificateur général peut toujours être désigné comme vérificateur d'une société de la Couronne.

Actuellement, les sociétés des annexes B et C sont toutes vérifiées par le vérificateur général; celles de l'annexe D le sont aux trois quarts tandis que toutes les autres sont examinées par des vérificateurs privés.

Dans son rapport de 1981-1982, le vérificateur exprimait de sérieuses réserves à l'égard de cette situation parce que les vérificateurs privés ne semblent pas avoir la même approche qu'un vérificateur public dont la mission essentielle est d'éclairer le Parlement.

Nous ne pouvons que nous rallier à ce point de vue. Si, comme on peut le lire dans le rapport de 1979, le Parlement « a le droit et le devoir de s'assurer que les sociétés de la Couronne sont comptables de la réalisation des objectifs liés à la politique du gouvernement », qui donc mieux que le vérificateur général peut donner l'assurance d'une vérification plus adéquate aux titres de la motivation, de l'indépendance et de l'expertise?

La *Loi C-24* n'impose pas le vérificateur général comme vérificateur des sociétés d'État; mais à partir de 1989 il sera nommé par le gouvernement comme vérificateur ou covérificateur des sociétés mentionnées à la partie I de l'annexe C; il peut toutefois refuser ce mandat (articles 141 et suivants).

Au Québec, la situation n'est guère plus satisfaisante, loin de là. Depuis plusieurs années, le vérificateur général du Québec dénonce l'incohérence dans la désignation des vérificateurs des « entreprises du gouvernement du Québec<sup>155</sup> ».

Aux termes de la *Loi sur l'administration financière* du Québec, le vérificateur général « doit vérifier les comptes relatifs au Fonds consolidé du revenu »; cette périphrase recouvre les comptes de recettes allant alimenter le Fonds consolidé du revenu ou d'autres fonds assimilés ainsi que les comptes de dépenses reliés aux crédits votés par l'Assemblée nationale. En principe, donc, les comptes des sociétés de la Couronne ne sont pas de la compétence du vérificateur général sauf les comptes relatifs à l'utilisation des subventions reçues du gouvernement du Québec. Pour le reste, chaque loi constitutive détermine par qui les comptes de la société seront vérifiés.

Dans ses rapports annuels de 1982 et de 1983, le vérificateur général déplore l'absence de loi adéquate régissant les entreprises du gouvernement et dans laquelle seraient prévus des critères ou modes de nomination du vérificateur. Dans son rapport de 1983, il va beaucoup plus loin. Il propose l'adoption d'une loi cadre qui traiterait de la nomination du vérificateur, de la portée de la vérification, du rôle et des responsabilités des vérificateurs ainsi que des modalités de communication du rapport à l'Assemblée nationale. Il semble vivement souhaiter que son bureau soit désigné comme vérificateur, pour des raisons identiques à celles qu'on a invoquées au niveau fédéral.

Actuellement, le vérificateur général a la responsabilité de la vérification de cinquante-quatre entreprises mères et de sept filiales importantes. En revanche, quinze des plus importantes sociétés d'État échappent à son contrôle telles Hydro-Québec et ses filiales, la Régie des installations olympiques, SIDBEC et ses filiales, la Société de développement de la baie James et ses filiales, la Société de développement coopératif et ses filiales, la Société des alcools du Québec, la Société générale de financement et ses filiales, la Société nationale de l'amiante et ses filiales et la Société québécoise d'assainissement des eaux. Seize filiales en propriété exclusive de sociétés d'État échappent également à son contrôle<sup>156</sup>.

## LA COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE*

Au fédéral ainsi qu'au Québec, le vérificateur général a essentiellement et exclusivement pour mandat de faire de la vérification « législative », c'est-à-dire la vérification de la fidélité et de la régularité des comptes.

Alors que, dans le secteur privé, l'on fait davantage de la vérification dite d'« attestation » (que les états financiers représentent fidèlement la situation de l'entreprise), dans le secteur public gouvernemental, le vérificateur doit s'assurer en outre que les autorisations législatives ont été respectées et que les fonds n'ont été dépensés que pour les fins prévues.

La *Loi sur l'administration financière* fédérale stipule en effet que le rapport du vérificateur doit indiquer si les états financiers :

donnent un aperçu juste et fidèle de l'état des affaires de la corporation  
[ . . . ] un aperçu juste et fidèle des revenus et des dépenses de la corporation  
et si à son avis les opérations de la corporation étaient de la compétence de la corporation.

Un troisième type de vérification existe; il s'agit de la vérification intégrée ou « compréhensive » introduite au fédéral par la *Loi sur le vérificateur général* de 1977 et applicable à l'ensemble de l'Administration fédérale, à l'exclusion des sociétés de la Couronne. L'article 7 de cette loi stipule que le rapport du vérificateur général doit porter à l'attention de la Chambre les cas où il a constaté que :

- a) les comptes n'ont pas été tenus d'une manière fidèle et régulière ou des deniers publics n'ont pas fait l'objet d'un compte rendu complet ou n'ont plus été versés, lorsque cela est légalement requis, au Fonds du revenu consolidé;
- b) les registres essentiels n'ont pas été tenus ou les règles et procédures utilisées ont été insuffisantes pour sauvegarder et contrôler les biens publics, assurer un contrôle efficace des cotisations du recouvrement et de la répartition régulière du revenu, et assurer que les dépenses effectuées ont été autorisées;
- c) des sommes d'argent ont été dépensées à d'autres fins que celles auxquelles le Parlement les avait affectées;
- d) des sommes d'argent ont été dépensées sans égard à l'économie ou à l'efficacité; ou
- e) des procédures satisfaisantes n'ont pas été établies pour mesurer et faire rapport sur l'efficacité des programmes dans les cas où elle peuvent convenablement et raisonnablement être mises en oeuvre.

Cette troisième sorte de vérification, qui porte bien son nom, est d'autant plus complète et intégrale que le vérificateur a des pouvoirs considérables pour la réaliser. Ainsi, au fédéral, par exemple, l'article 76 de la *Loi sur l'administration financière* stipule que :

Le vérificateur a droit d'accès, en tout temps convenable, aux registres, documents, livres, comptes et pièces justificatives d'une corporation, et il a le droit d'exiger des administrateurs et fonctionnaires de la corporation les renseignements et explications qu'il juge nécessaires.

Au surplus, l'article 14 de la *Loi sur le vérificateur général* de 1977 ajoute ceci :

14(2) Le vérificateur général peut demander à toute corporation de la Couronne d'obtenir de ses administrateurs, dirigeants, employés, mandataires et vérificateurs anciens ou actuels ou de ceux de ses filiales, les renseignements et éclaircissements dont il estime avoir besoin dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada et de les lui fournir.

(3) Le vérificateur général, au cas où il estime qu'une corporation de la Couronne n'a pas donné des renseignements et éclaircissements satisfaisants à la suite d'une demande visée au paragraphe (2), peut en faire part au gouverneur en conseil; celui-ci peut alors ordonner aux dirigeants de cette corporation de fournir les renseignements et éclaircissements réclamés par le vérificateur général et de lui permettre de consulter les registres, documents, livres, comptes et pièces justificatives de la corporation et de ses filiales, dont il estime avoir besoin dans l'exercice de ses fonctions de vérificateur des comptes du Canada.

La *Loi C-24* de juin 1984 contient deux dispositions concernant la vérification. L'une est destinée à faciliter l'accès aux renseignements (article 146). L'autre stipule que le vérificateur n'est pas autorisé à exprimer d'opinion sur le bien-fondé des questions d'orientation, notamment sur les buts de la société, sur les restrictions à ses activités, sur les objectifs, sur les décisions commerciales ou sur les décisions d'orientation de la société ou du gouvernement du Canada (article 147). Cela n'autorise pas la vérification intégrée mais ne l'exclut pas, du moins dans une certaine mesure.

Au Québec, la vérification intégrée sera bientôt introduite pour l'ensemble de l'Administration suite à des réclamations incessantes du vérificateur, M. Chatelain<sup>157</sup>. Il y a eu de fortes résistances dans les milieux gouvernementaux à l'élargissement du mandat du vérificateur général; en 1981, l'opposition réclamait aussi un tel élargissement, mais Parizeau répondait en Chambre que le contrôle de la qualité de la gestion administrative et financière de même que des procédés d'évaluation de l'efficacité des programmes, le contrôle de l'optimisation des ressources et le contrôle de la performance<sup>158</sup> n'étaient pas des choses faciles<sup>159</sup>.

Il importait avant tout de mettre en place un système interne de vérification et d'évaluation des programmes; ceci a été fait à partir de 1980. Quant à la réforme de la vérification externe, en novembre 1982 le premier ministre demanda au vérificateur général de rédiger un avant-projet de loi qui fut remis en mai 1983. Le projet de loi 90 fut déposé au printemps 1984.

La question beaucoup plus délicate toutefois, qui n'a encore été résolue ni au fédéral ni au Québec, est celle de savoir si la vérification intégrée convient au secteur des entreprises publiques.

En 1979, le vérificateur général du Canada recommandait la vérification intégrée pour les sociétés d'État. À cette époque, le bureau du vérificateur général entreprit, sur une base volontaire et expérimentale, l'examen de six sociétés<sup>160</sup>.

Le vérificateur général du Québec a aussi souhaité, en 1983, l'uniformisation et l'élargissement de la portée des travaux de vérification; toutefois, cette opération ne semble pas devoir aller au-delà de « la qualité de la gestion financière et administrative ». Il recommande que la fonction de vérification soit incluse dans une loi-cadre des entreprises du gouvernement<sup>161</sup>.

Nous partageons les inquiétudes des opposants à l'introduction de la vérification externe intégrée dans le réseau des sociétés d'État à caractère industriel, commercial et financier. Nous sommes évidemment favorable à l'idée que toutes les sociétés, de même que les ministères d'ailleurs, devraient faire l'objet d'une vérification interne poussée et que, dans le cas des sociétés d'État, le rapport de vérification puisse être communiqué au ministre désigné.

À cet égard, la *Loi C-24* de 1984 rend obligatoire, chez les sociétés mères, la formation d'un comité de vérification interne composé d'administrateurs ainsi que la vérification interne elle-même; la *Loi C-24* précise les fonctions du comité de vérification (article 150 et paragraphe 138(3)). De plus, la loi oblige chaque société mère à faire un examen spécial de ses opérations et de celles de ses filiales à 100 % tous les cinq ans ou à la demande du gouvernement ou du ministre de tutelle; cet examen a pour but de vérifier l'efficacité des systèmes de contrôle et d'information financiers, de contrôle et d'information de gestion et des pratiques de gestion (article 143).

Il nous semble bien que la vérification externe de la performance des sociétés d'État, et surtout de celles qui opèrent dans le secteur industriel et commercial, et dans des domaines concurrentiels, constitue un défi qui ne pourra être relevé qu'en y affectant des ressources humaines et financières considérables et en mettant au point des méthodes et critères dont, apparemment, on n'est pas encore prêt d'accoucher<sup>162</sup>.

Il a été sage, avant d'introduire la vérification externe intégrée, de procéder à une phase expérimentale et exploratoire qui éclairera le législateur. Nous présumons que les protagonistes de cette réforme ont étudié en profondeur les expériences étrangères, notamment la situation française où la Cour des comptes, cet imposant corps de vérificateurs de l'État français, consacre maintenant plus de la moitié de son temps à faire la vérification intégrée de l'imposant réseau d'entreprises du secteur public français.

## Conclusion

Si la Constitution n'impose pas de limite à l'expansion du secteur public fédéral ou provincial, elle impose néanmoins des limites à l'action législative ou gouvernementale en matière de création d'entreprises publiques, à cause du partage des compétences législatives propre au fédéralisme et des règles constitutionnelles rattachées à la prérogative royale.

Lorsqu'un gouvernement procède par nationalisation volontaire ou de gré à gré, il se trouve dans la même situation que les particuliers; il peut tirer avantage des lois d'application générale et en subir les contraintes. Par contre, la nationalisation-expropriation est soumise à des règles constitutionnelles particulières que les tribunaux ont appliquées avec une certaine souplesse. En tout état de cause, ils se garderont « d'examiner le caractère souhaitable d'une loi d'un point de vue social ou économique » comme le rappelle la Cour suprême en 1984<sup>163</sup>. En 1979, cette même cour ajoutait, dans l'affaire de la potasse de la Saskatchewan :

Lorsque les gouvernements invoquent de bonne foi, comme en l'espèce, leur pouvoir de mettre sur pied des politiques économiques souhaitables, ils doivent savoir qu'ils n'ont pas à leur disposition des moyens illimités d'atteindre leur but lorsque le pouvoir législatif en vertu duquel ils entendent agir est limité par la Constitution. Ils sont en droit de s'attendre que les tribunaux, et particulièrement cette Cour, abordent la tâche de déterminer la constitutionnalité des programmes sociaux et économiques avec compréhension et en étant pleinement conscients des graves conséquences de les déclarer *ultra vires*. Mais si après examen, il est jugé qu'ils vont à l'encontre de la Constitution, c'est cette dernière qui doit l'emporter. C'est le cas en l'espèce<sup>164</sup>.

À moins qu'elles ne soient inscrites dans la Constitution elle-même, nous ne voyons pas en quoi il serait légitime pour le Parlement fédéral d'imposer des limites à l'expansion du secteur public provincial, ni en quoi les législatures pourraient, par des lois restrictives, gêner le développement des entreprises publiques fédérales. Le Parlement peut exercer la plénitude de ses compétences en matière économique, mais il devrait lui être interdit, au nom de l'égalité devant la loi, conformément du moins à l'esprit de l'article 15 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de discriminer l'entreprise publique et l'entreprise privée.

En revanche, comme nous le proposerons plus loin, il faut que cesse le régime des prérogatives et privilèges dont bénéficie le réseau des sociétés d'État qualifiées de mandataires ou agents de la Couronne et dont la plupart ne sont pas justifiées.

Quant au statut corporatif des sociétés d'État, nous recommandons que, sauf raison exceptionnelle, chaque société mère soit dotée d'une loi constitutive qui puisse être discutée au Parlement ou à la législature. Nous croyons, par ailleurs, que la structure juridique devrait en être une à capital-actions ou fonds social, par référence aux lois générales sur les sociétés commerciales qui devraient s'appliquer à titre résiduaire. Les avantages de cette forme juridique ont été signalés ces derniers temps aussi bien à Ottawa qu'à Québec.

Certes, un ministre peut être habilité à provoquer la création d'une société de la Couronne, avec l'approbation du Cabinet, mais ce procédé devrait être exceptionnel<sup>165</sup>. Subséquemment, le gouvernement devrait présenter un projet de loi constitutive afin de régulariser cette situation.

Après bien d'autres, nous insistons pour que le mandat des sociétés d'État soit décrit dans la loi constitutive de la façon la plus claire et exhaustive possible. C'est la seule façon d'indiquer au Parlement la teneur de la politique gouvernementale dont la société d'État est l'instrument de mise en oeuvre; c'est aussi la seule façon de rendre possible l'évaluation de la performance ou de l'atteinte des objectifs. Le plan de développement ainsi que le pouvoir de directives conféré au ministre pourront alors plus facilement devenir un prolongement, une articulation de ce mandat.

Le titre ou la qualité de mandataire ou agent de la Couronne devrait-il être aboli lorsqu'il s'agit de sociétés d'État à caractère industriel, commercial ou financier? Certains auteurs l'ont recommandé; ainsi M<sup>e</sup> R.P. Barbe soutenait que « si l'État veut se faire commerçant, industriel ou financier, il devrait en principe se soumettre au statut des commerçants, des industriels et des financiers<sup>166</sup> ». Cette proposition vise les organismes publics à vocation économique mais non l'ensemble des organismes publics. De plus, elle ne repose sur aucune démonstration satisfaisante. À vrai dire, aucune étude approfondie n'a encore été faite sur cette question. Ce n'est que tout récemment que nos législateurs ont manifesté quelque intérêt pour ce sujet, soit lors des débats sur le projet de loi créant la Société nationale de l'amiante. Pour la première fois, on a vu un ministre tenter de justifier, de façon fort éclairante il faut l'avouer, l'attribution de la qualité de mandataire du gouvernement à une entreprise publique<sup>167</sup>.

Plusieurs corporations publiques, comme nous l'avons déjà noté, n'ont pas été, que ce soit législativement ou judiciairement, déclarées mandataires de Sa Majesté. Bien que ne jouissant pas d'un traitement préférentiel, elles ont pourtant pu se développer et devenir, dans la mesure du possible, prospères et dynamiques. D'ailleurs, ce traitement préférentiel est loin d'être ce qu'il était. Dès 1950, le régime de droit public dont bénéficiaient les organismes mandataires de la Couronne subissait ses premiers assauts au niveau fédéral. Ce fut d'abord l'assujettissement de ces organismes aux tribunaux de droit commun et l'abolition de l'obligation de requérir l'autorisation préalable pour intenter des poursuites judiciaires contre eux. Puis, en 1952, bon nombre d'entreprises publiques fédérales furent tenues de payer l'impôt fédéral sur le revenu. Deux ans plus tard, elles se virent enlever l'immunité relative aux taxes provinciales sur l'essence, la vente au détail et l'enregistrement des véhicules automobiles. Enfin, en 1977, on assistait à une nouvelle réduction de cette immunité.

Une revue rapide de l'évolution de notre droit public et de notre législation contemporaine nous permet d'affirmer que certains privilèges ou immunités des sociétés publiques devraient être remis en question. Un grand nombre ont déjà été abolis. D'autres, telles l'immunité en matière de responsabilité pénale ou l'immunité en ce qui concerne

l'application des lois, n'ont plus leur raison d'être. Aucun motif logique ne milite en faveur du maintien de ces privilèges ou immunités.

Trois catégories de privilèges ou immunités soulèvent d'importantes difficultés. Elles ont d'ailleurs été soulevées lors de débats récents, notamment sur le projet de loi créant la Société nationale de l'amiante.

La première de ces difficultés concerne l'applicabilité de la *Loi sur la faillite*. On pourrait estimer que, si une société publique poursuit une finalité de service public, il est impensable qu'on la mette en faillite; par contre, s'il s'agit d'une société publique dont la finalité est essentiellement commerciale ou industrielle, il serait normal que la faillite fût possible. Politiquement, dans un cas comme dans l'autre, il s'agit de situations tellement hypothétiques que le législateur pourrait se montrer généreux pour les créanciers des sociétés publiques.

La seconde difficulté concerne les privilèges d'insaisissabilité et d'imprescriptibilité dont bénéficient les biens rattachés au domaine public, biens qui sont en la possession d'une société publique. Il nous semble difficile de justifier l'abolition de l'imprescriptibilité tant et aussi longtemps qu'on rattachera ces biens au domaine public. La question est tout autre en ce qui concerne l'insaisissabilité. Nous recommanderions son abolition en général, sous réserve de la possibilité pour le législateur de faire des exceptions, par exemple pour les barrages d'Hydro-Québec, les centrales nucléaires, etc. Il n'y a aucune raison qui milite en faveur de l'insaisissabilité d'un bien qui sert à une société ou un organisme publics dans le cours normal de l'exécution de sa mission. Au contraire, la menace de saisie peut avoir un effet heureux pour discipliner des administrateurs imprudents ou négligents; c'est là du reste une mesure d'équité envers les créanciers et il n'y a aucune raison de les en frustrer.

Le problème de l'immunité fiscale est probablement le plus difficile à résoudre. Il faut, croyons-nous, distinguer deux aspects, soit l'immunité d'un organisme public vis-à-vis la législation du palier étatique auquel il est rattaché et l'immunité à l'égard des lois de l'autre palier étatique, c'est-à-dire d'un organisme provincial vis-à-vis les lois fiscales fédérales, et vice versa. Quant au premier aspect, il semble que l'immunité devrait devenir un privilège expressément conféré par la loi, en ce sens que les lois provinciales devraient définir expressément le statut fiscal des grands réseaux de corporations publiques. Déjà, d'ailleurs, plusieurs lois traitent de cette question. Théoriquement, il n'y a guère de raisons qui militent en faveur d'un privilège qui va à l'encontre du principe de l'égalité devant l'impôt. Toutefois, l'immunité fiscale peut être utilisée comme mécanisme d'intervention économique, comme vient de le démontrer le ministre des Richesses naturelles lors des débats sur la création de la Société nationale de l'amiante<sup>168</sup>. Cette utilisation n'est pas en soi plus odieuse que les allègements fiscaux consentis aux entreprises privées ou les subventions de toute sorte.

Si l'on aborde le problème de l'immunité fiscale sous l'angle de l'application des lois fiscales d'un palier étatique à un organisme public de l'autre palier, la situation est tout autre. Il faut se rendre compte que les sociétés en général versent 75 % de leur impôt au fisc fédéral et 25 % aux provinces. La qualité de mandataire de la Couronne confère un avantage non négligeable sur le plan fiscal. Certes, dans l'état actuel de la législation fédérale, cette qualité n'est pas nécessaire à l'obtention de l'immunité puisque la *Loi de l'impôt sur le revenu* confère l'immunité fiscale à toute société dont 90 % du capital-actions ou de l'actif appartiennent à une province ou à une municipalité. Cependant, cet avantage ne repose sur aucune garantie constitutionnelle, alors que le mandataire de la Couronne est protégé par l'article 125 de la Constitution.

La question des immunités interjuridictionnelles, qu'elles soient fondées sur l'article 125 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ou sur le *common law*, ou encore sur des lois particulières telles les lois sur les impôts, devraient faire l'objet d'une négociation constitutionnelle intergouvernementale. Depuis 1977, un certain effort a été fait dans la bonne direction. Toutefois, il reste beaucoup à faire comme nous le révèle l'état du dossier sur l'assujettissement des sociétés d'État fédérales à l'impôt municipal. Au début de février 1984, le ministre québécois des Affaires municipales revenait à la charge afin d'inciter Ottawa à réviser sa position sur la fiscalité municipale<sup>169</sup>. La *Loi C-24* de 1984 ne fait qu'effleurer la question délicate et complexe des privilèges et immunités des sociétés d'État<sup>170</sup>.

Au chapitre des contrôles qui doivent former le cadre juridique d'organisation et de fonctionnement des sociétés d'État, tout a été dit ou à peu près. L'imputabilité est devenue un thème particulièrement à la mode, depuis 1976 notamment. Nous sommes évidemment d'accord sur la nécessité pour les sociétés d'État de rendre compte. Mais il y a diverses façons de rendre compte; il y a des moments qui sont plus propices que d'autres; il y a des opérations, des actes à propos desquels il est plus important de rendre compte; il y a enfin divers contrôleurs devant qui il y a lieu de rendre compte.

On a eu tendance, chez certains réformateurs, à multiplier et à renforcer indistinctement les contrôles au point de remettre en cause la raison d'être même d'un réseau autonome d'entreprises publiques. Il semble, quant à nous, qu'il faille nettement distinguer entre les contrôles a priori et a posteriori. Autant faut-il insister pour que ces derniers soient englobants et poussés, autant faut-il être réservé et circonspect sur le terrain des contrôles préalables, les plus susceptibles de compromettre l'efficacité des entreprises.

Nous estimons que le contrôle parlementaire doit être le plus étendu possible quoique a posteriori, sauf pour ce qui est des lois constitutives et du vote des crédits budgétaires destinés à certaines sociétés. Quant au travail continu des commissions parlementaires sectorielles ainsi que du

comité des comptes publics à Ottawa, il doit être consolidé de façon que ces instances deviennent un forum de dialogue, de discussions et d'échanges.

Nous serions d'accord avec une proposition du projet de loi C-153 de 1983 qui n'a pas été retenue dans la *Loi C-24* de juin 1984 et qui consiste à assujettir à la possibilité d'une résolution négative du Parlement la création de nouvelles sociétés d'État par constitution en société en vertu d'une loi générale. Toutefois, lorsqu'il s'agit de l'acquisition ou de l'aliénation du capital-actions de sociétés existantes, notamment sur le marché boursier, nous n'admettrions le contrôle par voie de résolution négative que s'il est démontré que la transaction a été abusive et contraire à l'intérêt public. Quant aux filiales, même en propriété exclusive, nous laisserions jouer les règles du droit corporatif et du droit des valeurs mobilières.

Le contrôle gouvernemental doit faire l'objet d'un sérieux examen. C'est tout d'abord par la loi constitutive que le gouvernement doit faire connaître les lignes de fond de la politique économique dont la société d'État est l'instrument de mise en oeuvre; le mandat d'une telle société devrait être le plus précis et le plus exhaustif possible, si l'on veut pouvoir évaluer l'atteinte des objectifs et la performance. Le gouvernement doit également disposer du pouvoir de nomination du président-directeur général et des membres du conseil d'administration. Il doit en outre être appelé à approuver le plan de développement ou plan corporatif que toute société d'État devrait obligatoirement produire; à cela est lié, à certains égards, le pouvoir de directives qui devrait être conféré au ministre pour que ce dernier fasse connaître officiellement à l'entreprise les éléments de politique gouvernementale qui doivent lui servir d'orientation générale.

En matière financière, seuls les budgets d'investissement ou d'établissement devraient requérir l'approbation du gouvernement par l'entremise du Conseil du Trésor. Quant aux budgets d'exploitation ou de fonctionnement, ils devraient ne relever que de l'entreprise, sauf si cette dernière requiert des crédits budgétaires, auquel cas le ministre désigné doit acheminer au Conseil du Trésor le budget de dépenses pour lequel des crédits seront votés. Seuls les emprunts à long terme devraient être soumis au ministre des Finances. Mais pour tout le reste, soit principalement l'ensemble de l'activité contractuelle, nous favoriserions l'autonomie de l'entreprise publique, à de rares exceptions près, comme par exemple pour les contrats faisant intervenir des autorités de divers ordres de gouvernement. Il faut que l'entreprise ait la plus large autonomie et le moins de tracasseries administratives possible pour être efficace.

Le vérificateur général devrait voir sa mission de contrôle étendue à toutes les sociétés d'État. Il s'agit d'un contrôleur indépendant et bénéficiant d'une grande crédibilité, qui doit éclairer le Parlement et l'opinion

publique sur la fidélité et la régularité de la gestion des entreprises publiques. Quant à savoir si son mandat doit être élargi pour embrasser ce qu'on appelle la vérification intégrée, nous éprouvons, comme bien d'autres, des hésitations. Si une vérification interne poussée et sérieuse, une véritable évaluation de l'atteinte des objectifs et de la performance étaient établies au sein de chacune des sociétés d'État, et si le rapport en était publié, au moins quant à ses éléments non confidentiels, ce serait déjà, à un moindre coût, un progrès remarquable. Quant à savoir si une vérification externe intégrée est réalisable à des coûts acceptables, sur le plan des ressources humaines et financières, et si elle est susceptible de combler les espoirs que nourrissent ses protagonistes, nous préférons attendre prudemment le résultat des expériences et explorations en cours. Nous croyons que le projet de loi 90 du Québec comporte un compromis acceptable, l'article 28 ne prévoyant la possibilité d'une vérification intégrée des entreprises du gouvernement qu'« après entente avec le conseil d'administration de l'entreprise ». La loi ajoute toutefois que « cette vérification ne doit pas avoir pour effet de mettre en cause le bien-fondé des politiques et objectifs de programme de l'entreprise ».

Nous persistons à croire que les sociétés d'État, malgré les lacunes et les défauts actuels du système, sont des instruments irremplaçables de mise en oeuvre de certaines politiques économiques de nos gouvernements. Le système est perfectible et peut être amélioré si des réformes sont menées avec circonspection et clairvoyance.

Nous avons abordé dans ce texte les principaux aspects de la problématique juridique des entreprises publiques de niveau gouvernemental, c'est-à-dire des sociétés d'État. Nous avons proposé un certain nombre de réformes qui ne mettront peut-être pas fin à la tension qui définit en quelque sorte la condition existentielle de cette famille d'institutions que les esprits du siècle dernier auraient considérées comme des êtres hybrides mais à laquelle les contemporains sont habitués.

Les réformes proposées ces dernières années, notamment celles contenues dans la *Loi C-24* permettront de résoudre certaines difficultés. Elles risquent également d'en engendrer d'autres.

Il nous paraît évident que le droit de l'entreprise publique, branche importante du droit public économique, n'a pas atteint chez nous un degré de maturité, c'est-à-dire de clarté, de cohérence et d'adaptation aux besoins, qui convient à un système politique libéral et à une économie mixte. La problématique juridique et institutionnelle des sociétés d'État posera toujours un défi au disciple de toutes les disciplines concernées, y compris au juriste. Elle a été bien exprimée par lord Morrison of Lambeth en 1964 :

Si nous choisissons la formule de la société publique, ce doit être pour certaines raisons. Lesquelles? C'est que nous cherchons à combiner, d'une part, le principe de la responsabilité publique, de la conscience de la part de

l'entreprise qu'elle défend les intérêts du pays et non des intérêts particuliers, et, d'autre part, la vitalité, le sens de l'initiative et la liberté qui permettent aux entreprises commerciales d'évoluer et de s'adapter rapidement. La société publique se justifie de cette façon, ou elle ne se justifie pas du tout<sup>171</sup>.

## Notes

1. C'est le cas, par exemple, en 1946 de la *Loi sur le contrôle de l'énergie atomique* et de la *Loi sur le Conseil national de recherche*, en 1951 de la *Loi sur la production de la défense*, et en 1952 de la *Loi sur l'administration de la Voie maritime du Saint-Laurent*. On peut ajouter, à certains égards, les lois créant la Société d'assurance des crédits à l'exportation (1944), la Banque d'expansion industrielle (1945), la Corporation commerciale canadienne (1946), la Commission d'énergie du Nord (1948), la Corporation de télécommunications transmarines (1949).
2. Voir, sur ces questions, P. Garant, « L'article 7 de la Charte demeure énigmatique après 18 mois de jurisprudence », (1983) 13 *Manitoba Law Journal*, p. 477-488.
3. P. Garant, *Droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 1985, p. 338 et s.
4. Voir, sur cette question, Gerald Laforest, *Natural Resources and Property Right Under the Canadian Constitution*, Toronto, University of Toronto Press, 1969, p. 148. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977, p. 393 et s.
5. Hogg, *supra*, n. 4, p. 395; G. Beaudoin, *Le partage des pouvoirs*, 2<sup>e</sup> éd., Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 346-348.
6. (1977) 2 R.C.S. 504.
7. *Société Asbestos c. Société nationale de l'Amiante*, 1981 C.A. 43, p. 47-50, conf. 1980 C.S. 331, p. 340-344.
8. *Central Potash c. P.G. Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. P.G. Terre-Neuve*, (1984) 1 R.C.S. 297.
9. *B.C. Power Corporation c. A.-G. B.C.*, (1963) 47 D.L.R. 647.
10. *Canadian Indemnity c. P.G. C.B.*, (1977) 2 R.C.S. 504; *Société Asbestos c. Société nationale de l'Amiante*, 1981 C.A. 43, p. 51 et 52, conf. 1980 C.S. 331, p. 345-350; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. P.G. Terre-Neuve et P.G. du Canada*, *supra*, n. 8.
11. *Société Asbestos c. Société nationale de l'Amiante*, 1981 C.A. 43, p. 52-56, conf. 1980 C.S. 331, p. 337-340.
12. *Sa Majesté du chef de la Province de l'Alberta c. Commission canadienne des transports*, (1978) 1 R.C.S. 61, p. 64; cet arrêt n'est toutefois pas très clair et semble comporter une contradiction.
13. 1970 S.R.C., c. A-3, art. 15.1 et 16.8.
14. Projet de loi S-31, 1<sup>re</sup> lecture, 2 novembre 1982.
15. Canada, Sénat, Comité permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, 17 novembre 1982, p. 7.
16. *La Reine du chef de l'Alberta c. C.C.T.*, (1978) 1 R.C.S. 61, p. 69.
17. *Idem.*, p. 61, 72; *Emerson c. Simpson*, (1962) 32 O.L.R. (2d) 603; *R. c. Hamilton*, (1963) 37 D.L.R. (2d) 545; *Re Sterschein*, (1965) 50 D.L.R. (2d) 762.
18. Il s'agit toutefois de jurisprudence antérieure à l'arrêt de 1978 : *R. (Ontario) c. Board of Transport Commissioners*, (1968) 65 D.L.R. 425; *Dominion Building Corp. c. The King*, 1933 C.A. 533.
19. *Bill S-31 and the Federalism of State Capitalism*, document n° 18, Kingston, Institut des relations intergouvernementales, Université Queen's, 1983, p. 29.
20. Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité (commission Lambert), *Rapport*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979, p. 337 (ci-après appelé le rapport Lambert); Bureau du Conseil privé, *Corporations de la Couronne : direction centrale et imputabilité (livre bleu)*, Ottawa, 1977.

21. Nous nous inspirons, sur ce sujet, d'une étude inédite de Bernard Cloutier et Lionel Ouellet, *Le rôle de l'entreprise pétrolière d'État*, 16 juin 1977. Cloutier, ancien président de la Société québécoise d'initiative pétrolière, est actuellement président de la Régie de l'électricité et du gaz; Ouellet est professeur à l'École nationale d'Administration publique. Nous remercions les auteurs de nous avoir communiqué cette excellente étude. On trouvera également dans les Débats des Communes, 1980, d'intéressantes observations lors de la transformation du ministère des Postes en société d'État; au Québec, voir les Débats de l'Assemblée nationale, 1983, sur la création de la Société québécoise des transports et sur la transformation du ministère des Travaux publics en la Société immobilière du Québec.
22. Garant, *supra*, n. 3, p. 340 et s.
23. Bureau du Conseil privé, *supra*, n. 20, annexe C, p. 82 et 83. Ce réseau a été beaucoup étudié; voir S.F. Borins, « World War II Crown Corporations: Their Functions and Their Fate » dans J.R. Prichard (édit.), *Crown Corporations in Canada: The Calculus of Instrument Choice*, Toronto, Butterworth, 1983, p. 447-475.
24. Rapport Lambert, *supra*, n. 20, p. 380 et 381.
25. Vérificateur général du Canada, *Rapport*, 1981-1982, p. 66 et 67.
26. Sur ces questions, voir Garant, *supra*, n. 3, p. 339.
27. Rapport Lambert, *supra*, n. 20, p. 381; Vérificateur général du Canada, *supra*, n. 25; M. Gordon, *Government in Business*, Montréal, Institut C.D. Howe, 1981, p. 212 et s.
28. Québec, Assemblée nationale, *Débats*, 10 octobre 1978, p. 2934.
29. *Idem*, 11 décembre 1980, p. B-419 (à propos de SOQUEM).
30. *Idem*, 1<sup>er</sup> décembre 1981, p. 608.
31. Par exemple, Société de développement immobilier du Québec, L.R.Q., c. S-11, art. 19; Société québécoise d'assainissement des eaux, L.R.Q., c. S-18.21, art. 33; Société de développement de l'industrie cinématographique, 1970 S.R.C., c. C-8, art. 18; Société du crédit agricole, 1970 S.R.C., c. F-2, art. 12.
32. Centre de recherche industrielle, L.R.Q., c. C-8, art. 25; Société de développement coopératif, L.R.Q., c. S-10, art. 27.
33. Société de développement immobilier du Québec, L.R.Q., c. S-11, art. 19.
34. Parc industriel du centre du Québec, L.R.Q., c. S-15, art. 30; Société du Palais des congrès, L.R.Q., c. S-14.1; Société canadienne des ports, S.R.C., c. N-8, art. 26; Corporation commerciale canadienne, 1970 S.R.C., c. C-6, art. 8; Commission canadienne du blé, 1970 S.R.C., c. C-12, art. 12; Société canadienne des postes, 1981 S.C., c. 54, art. 28; Téléglobe Canada, S.R.C., c. C-11, art. 12.
35. Administration de la Voie maritime du Saint-Laurent, S.R.C., c. S-1, art. 28 et 29.
36. Canagrex, 1980-1983 S.C., c. 152, art. 15; Radio-Canada, 1970 S.R.C., c. B-11, art. 45; Centre national des Arts, 1970 S.R.C., c. N-2, art. 10.
37. Société des alcools du Québec, capital autorisé : 30 millions de dollars, 300 000 actions de 100 \$; Loto-Québec, capital autorisé : 170 000 dollars, 1 700 actions de 100 \$; Hydro-Québec, capital autorisé : 5 milliards de dollars, 50 millions d'actions de 100 \$.
38. Pétro-Canada, capital autorisé : 5,5 milliards de dollars, actions ordinaires de 100 000 \$; Société québécoise du transport, capital autorisé : 75 millions de dollars, actions ordinaires de 100 \$.
39. Sur l'ensemble de ces questions, voir Garant, *supra*, n. 3, p. 197-217.
40. *McGrane c. British Columbia Ferry Authority*, (1969) 1 D.L.R. (3d) 562, p. 569.
41. 1970 S.R.C., c. C-38, par. 10(2); voir aussi *Loi sur le fonctionnement des compagnies de l'État*, 1970 S.R.C., c. G-7, art. 2.
42. 1969 R.C.S. 60.
43. 1970 S.R.C., c. C-38, art. 28.
44. *Loi du Conseil des ports nationaux*, 1970 S.R.C., c. N-6, art. 39; *Loi sur les Corporations commerciales canadiennes*, 1970 S.R.C., c. C-6, art. 10; voir aussi *Langlois c. Corporation commerciale canadienne*, 1950 R.C.S. 954; *Yeaty c. C.M.H.C.*, (1950) R.C.S. 513.

45. 1959 R.C.S. 188, p. 198.
46. *Radio-Canada c. La Reine*, (1983) 1 R.C.S. 339, p. 351.
47. *Idem*, p. 351 et 352.
48. (1973) 2 O.R. 375 (juge Evans).
49. (1983) 1 R.C.S. 339, p. 353.
50. Radio-Québec, L.R.Q., c. S-11.1, art. 3; Société de développement de la baie James, L.R.Q., c. D-8, art. 3; Régie des installations olympiques, L.R.Q., c. R-7, art. 8; Société des alcools du Québec, L.R.Q., c. S-13.
51. *Ibid.*
52. Commission canadienne du blé, 1970 S.R.C., c. C-12, par. 4(3); Société de développement du Cap-Breton, 1970 S.R.C., c. C-13, par. 29(4); Banque fédérale de développement, 1970 S.R.C., c. F-2, par. 42(4).
53. *Ministre de la Justice du Dominion c. Cité de Lévis*, 1919 C.A. 505.
54. *Société centrale d'hypothèques et de logement c. Cité de Québec*, 1961 B.R. 661.
55. *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté proposée par le Parlement du Canada*, (1982) 1 R.C.S. 1004.
56. *A.-G. British Columbia c. A.-G. Canada*, 1924 C.A. 222, p. 225.
57. (1982) 136 D.L.R. (3d) 385.
58. Clément, *The Law of the Canadian Constitution*, cité dans *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, *supra*, n. 55, p. 1065.
59. *Idem*, p. 1065.
60. G.V. Laforest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2<sup>e</sup> éd., Toronto, Association canadienne d'études fiscales, 1981, p. 2 et 3.
61. Clément, *supra*, n. 55, p. 1066; LaForest, *supra*, n. 60, p. 182.
62. Clément, *supra*, n. 55, p. 1067.
63. *A.-G. B.C. c. A.-G. Canada*, 1922 C.A. 22.
64. Clément, *supra*, n. 55, p. 1068.
65. *Idem*, p. 1070.
66. *Idem*, p. 1073.
67. *Idem*, p. 1075.
68. S. Bale, « Reciprocal Tax Immunity in a Federation », (1983) 61 *Revue du Barreau canadien* 652, p. 662.
69. *Idem*, p. 668-670.
70. LaForest, *supra*, n. 60, p. 184.
71. J. Chitty, *A Treatise on the Law of the Prerogative of the Crown*, Londres, Butterworth, 1920, p. 327; *Halsbury's Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., 1983, vol. 8, par. 1446 et s., et 971.
72. « 985. Est exonérée d'impôt une corporation, commission ou association dont les actions, le capital ou les biens sont possédés dans une proportion d'au moins 90 pour cent par Sa Majesté aux droits du Canada ou d'une province ou par une municipalité canadienne.  
« Il en est de même d'une filiale entièrement contrôlée par une telle corporation, commission ou association, à l'exception d'une filiale entièrement contrôlée par une corporation prescrite.  
« Cette exonération ne s'applique pas toutefois si une autre personne a un droit quelconque aux actions, au capital ou aux biens de cette corporation, commission, association ou filiale ou un droit de les acquérir. »
73. « 192. La présente partie s'applique à l'exclusion de l'article 985 de Sa Majesté ou du gouvernement, sauf disposition contraire des règlements.  
« Un revenu ou une perte provenant d'une entreprise exploitée par une corporation à titre de mandataire de Sa Majesté, ou d'un bien de Sa Majesté administré par une telle corporation doit être traité, aux fins de la présente partie, comme étant un revenu ou une perte de la corporation provenant de cette entreprise ou de ce bien.

« De plus, malgré toute autre disposition de la présente partie, une corporation prescrite et toute corporation qu'elle contrôle sont réputées ne pas être des corporations privées. »

74. Règlements refondus du Québec, 1981, I-3, c. r-1.
75. 1974 L.Q., c. 20.
76. 1970 S.R.C., c. C-37.
77. Air Canada  
Énergie atomique du Canada, Limitée  
Banque du Canada  
Conseil des Arts du Canada  
Société d'assurance-dépôts du Canada  
Société Radio-Canada  
Corporation commerciale canadienne  
Chemins de fer nationaux du Canada (tels que les définit la *Loi sur les Chemins de fer nationaux du Canada*; comprend notamment la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada pour la gestion et l'exploitation des chemins de fer du gouvernement canadien ainsi que les définit cette loi)  
Canadian National (West Indies) Steamships, Limited  
Société canadienne des brevets et d'exploitation Limitée  
Office canadien du poisson salé  
Société de développement du Cap-Breton  
Société centrale d'hypothèques et de logement  
Eldorado aviation Limitée  
Eldorado nucléaire Limitée  
Société pour l'expansion des exportations  
Société du crédit agricole  
Banque fédérale de développement  
Bourse fédérale d'hypothèques  
Office de commercialisation du poisson d'eau douce  
Commission des champs de bataille nationaux  
Commission de la Capitale nationale  
Conseil des ports nationaux  
Commission d'énergie des Territoires du Nord canadien  
La Société des transports du nord Limitée  
Péto-Canada  
Monnaie royale canadienne  
Télélobe Canada  
Commission canadienne du blé  
Administration de la Voie maritime du Saint-Laurent  
The Seaway International Bridge Corporation Ltd.
78. L.R.Q., c. F-2.1, art. 204 : « Sont exempts de toute taxe foncière, municipale ou scolaire : 1° Un immeuble appartenant à la Couronne du chef du Québec sauf s'il est administré ou géré par une société qui est un mandataire de celle-ci. »
79. *Ibid.*
80. L.R.Q., c. H-5, art. 40.
81. L.R.Q., c. F-2.1, art. 204(1) : « Un immeuble appartenant à la Couronne du chef du Canada ou à un mandataire de celle-ci. »
82. Voir, par exemple : Banque fédérale de développement, 1974 S.C., c. 14, art. 43; Péto-Canada, 1975 S.C., c. 6, par. 15(1); le CN, 1970 S.R.C., c. C-10, art. 15.
83. 1970 S.R.C., c. M-15, al. 2e).
84. Débats de l'Assemblée nationale, 22 juin 1983, p. 2886.
85. Débats de la Chambre des communes, 3 décembre 1979, p. 1957 (M. Crosbie).
86. *Idem*, p. 1958.
87. Débats de l'Assemblée nationale, 22 juin 1983, p. 2882.
88. *Re Silver Brothers*, 1932 C.A. 514; *Dominion Building Corp. c. The King*, 1933 C.A. 533; *R. c. Murray*, 1967 R.C.S. 262.

89. *Supra*, n. 88; aussi *P.G. du Québec c. Banque de Montréal*, (1979) 1 R.C.S. 565, p. 574.
90. *R. c. Murray*, 1967 R.C.S. 262; *Alberta c. Commission canadienne des transports* (1978) 1 R.C.S. 61, p. 72.
91. *Province of Bombay c. City of Bombay*, 1947 C.A. 58, p. 62 et 63, cité et traduit dans *Province de l'Alberta c. Com. can. des transports*, (1978) 1 R.C.S. 61, p. 69.
92. 1952 S.R.C., c. 158, art. 16.
93. 1967–1968 S.C., c. 67, art. 16.
94. (1978) 1 R.C.S. 61, p. 75.
95. *Gauthier c. The King*, (1917) 56 R.C.S. 176; *P. G. du Canada c. Keable*, 1978 C.A. 44, p. 50, conf. 1979 R.C.S. 218, p. 244.
96. (1978) 1 R.C.S. 61, p. 72.
97. *Idem*, p. 63.
98. *Idem*, p. 69.
99. *Sparling c. Caisse de dépôt et placement du Québec*, Jurisprudence Expresse n° 82–992 (C.S. Montréal, 11 août 1982).
100. *P. G. du Canada c. Uranium du Canada Ltée*, (1984) 4 D.L.R. (4th) 193 (C.S. Can.), conf. (1982) 39 O.R. (2d) 475 (Ont. C.A.). Signalons que, depuis cet arrêt, un projet de loi a été déposé afin de rendre cette loi expressément applicable aux agents de la Couronne (projet de loi C-29 du 2 avril 1984).
101. *Freshwater Fish Marketing Corp. c. Duchominsky*, (1982) 19 Man. R. (2d) 358; (1983) 3 W.W.R. 83; aussi *Villiard c. Commission de protection du territoire agricole du Québec*, Jurisprudence Expresse n° 82-682 (C.S. Qué., 1<sup>er</sup> juin 1982).
102. *Interpretation Act*, 1974 S.B.C., c. 42, art. 13.
103. Garant, *supra*, n. 3, p. 55–57; ces priorités ont été interprétées de façon très restrictive à l'endroit des sociétés d'État : *B.C. Power Corp. c. A.-G. for B.C. and B.C. Electric*, (1962) 34 D.L.R. (2d) 25 (B.C.C.A.).
104. 1970 S.R.C., c. E-10, art. 36.1 à 36.3, tel que modifiée par 1981–1982 S.C., c. 111, art. 4.
105. *Loi sur la faillite*, 1970 S.R.C., c. B-3.
106. Albert Bohémier, *La faillite en droit constitutionnel canadien*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1972, p. 60 et s.
107. *Idem*, p. 61 et 62. Il justifiait son argumentation ainsi : la *Loi de la faillite* est à l'origine une mesure de droit privé qui, en Angleterre et un peu partout en Occident, ne s'est appliquée qu'aux individus et sociétés privées. Cette législation relèverait normalement de la compétence des provinces (propriété et droit civil) : « Il semble donc plus logique de soutenir que [ . . . ] le Parlement fédéral n'a acquis qu'une compétence en matière de droit privé, c'est-à-dire sur cette partie du droit civil qui forme le droit de la faillite. » Il cite alors un arrêt de 1983 et conclut que, si cela est exact, il s'ensuit que la Loi fédérale ne peut par définition s'appliquer à une institution publique provinciale.
108. Voir, sur cette question, l'arrêt récent de la Cour suprême *Robinson c. Countrywide Factors Ltd*, (1978) 1 R.C.S. 753, principalement les motifs des juges Pigeon et Beetz ainsi que l'abondante jurisprudence constitutionnelle en matière d'inopérabilité législative.
109. *In re: Spartan Air Services Ltd*, (1961) 1 C.B.R. (n.s) 33 et 149.
110. *Formea Chemicals c. Polymer Corp.*, 1968 R.C.S. 754.
111. 1982–1983 S.C., c. 111, art. 14–15.
112. L.R.Q., c. A-2.1.
113. Sur ces questions, voir notamment Prichard, *supra*, n. 23.
114. Pour la signification juridique et politique de ce concept, voir Garant, *supra*, n. 2, c. 1.
115. « Elle jouera un rôle absolument essentiel pour alimenter financièrement l'essor économique du Québec, en liaison avec les grands organismes qui ont été mis sur pied depuis quelques années. » Jean Lesage, Débats de l'Assemblée législative, 9 juin 1965, p. 3332 et s.)

116. 1970 S.R.C., c. B-11, art. 3.
117. 1980-1983 S.C., c. 152, par. 14(1).
118. 1970 S.R.C., c. E-8, art. 10.
119. 1975 S.C., c. 61, art. 6.
120. Raymond Garneau, *Les entreprises d'État*, communication présentée à la Société des comptables en administration industrielle, Québec, 10 janvier 1972, photocopié. Voir aussi Yves Bérubé, ministre de l'Énergie et des Ressources, Débats de l'Assemblée nationale, 8 décembre 1980, p. B-54 (Commission permanente de l'énergie et des ressources).
121. *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 R.C.S. 120; *P.P.G. Industries c. P.G. Can.*, (1976) 2 R.C.S. 739, p. 742; *Canton d'Innesfil c. Canton de Vespra*, (1981) 2 R.C.S. 145; voir Garant, *supra*, n. 3, p. 151 et s.
122. Voir P. Garant, *La Régie des marchés agricoles : organisme de régulation économique et tribunal administratif*, Québec, Faculté de droit, Université Laval, octobre 1981, p. 218 et s.
123. Cette question a été beaucoup étudiée : voir P. Kenniff, D. Carrier, P. Garant et D. Lemieux, *Le contrôle politique des tribunaux administratifs*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1978; voir aussi les travaux de la Commission de réforme du droit du Canada, du Conseil économique du Canada, du comité Peterson, de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité.
124. M. Gordon, *Government in Business*, Montréal, Institut C.D. Howe, 1981, p. 219-222.
125. Rapport Lambert, *supra*, n. 20, p. 387.
126. *Idem*, p. 388.
127. 1970 S.R.C., c. C-11, art. 17.
128. 1983 S.C., c. 152, art. 36 et 37.
129. Prichard, *supra*, n. 23, p. 81.
130. Allan Tupper et Bruce Doern, *Public Corporations and Public Policy in Canada*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1981, p. 40.
131. Dans ce cas et dans celui de la SPICAM (Mirabel), le budget doit aussi être soumis au ministre fédéral compétent.
132. J.R. Prichard, « Reforming Crown Corporations », communication présentée à la conférence intitulée *The Board of Directors: Coping with Changing Expectations*, Toronto, Conference Board du Canada, 29 novembre-1<sup>er</sup> décembre 1983.
133. S.R.C., c. B-11, art. 41.
134. L.R.Q., c. S-13, art. 20 (ce texte est de 1983, mais le texte antérieur était beaucoup plus contraignant).
135. Actuellement, ce pouvoir est prévu dans les lois suivantes : Société canadienne des Postes; Air Canada; Corporation commerciale canadienne; Téléglobe Canada; Pétro-Canada; Société canadienne des Ports; Société canadienne d'hypothèques et de logement.
136. Juge W.Z. Estey, *Rapport d'enquête sur Air Canada*, n° 203, Ottawa, Information Canada, 1975.
137. Rapport Lambert, *supra*, n. 20, p. 384.
138. Tupper et Doern, *supra*, n. 130, p. 39.
139. Prichard, *supra*, n. 23, p. 83.
140. Tupper et Doern, *supra*, n. 130, p. 39; Prichard, *supra*, n. 23, p. 83.
141. *Livre bleu*, *supra*, n. 20, p. 26 et 27.
142. Débats de l'Assemblée nationale, Comité des régies à caractère industriel et commercial, 1965, p. 5. Les membres, au nombre de quinze au début, étaient passés à vingt-deux en 1968, dernière année de l'existence du comité (Débats, 1968, p. 30).
143. Débats de l'Assemblée nationale, Comité des régies à caractère industriel et commercial, 1968, p. 5.
144. Débats de l'Assemblée nationale, Comité des régies à caractère industriel et commercial, 30 et 31 octobre 1968, p. B-315 à 397; 6, 7, 8 novembre 1968, p. D-405 à 441; 12 et 13 novembre 1968, p. B-471 à 503; 20 novembre 1968, p. B-519 à 544.

145. Déclaration de Marcel Masse, ministre d'État délégué à la Fonction publique, Débats de l'Assemblée nationale, Comité des régies à caractère industriel et commercial, 1968, p. B-319.
146. *La Loi du développement de la région de la baie James*, déposée en première lecture le 23 juin 1971, fut sanctionnée le 14 juillet 1971 (1971 L.Q., c. 34).
147. Débats de l'Assemblée nationale, Commission de l'Assemblée nationale, 30 novembre 1978, p. B-8271 à 8280; 14 décembre 1978, p. B-9869 à 9885; 4 octobre 1978, p. 2810-2823; 11 octobre 1978, p. 2983-2994.
148. Sur le rôle de la Commission parlementaire de l'énergie et des ressources, voir nos articles : « Le rôle de l'État. . . » et « Les techniques actuelles de contrôles démocratiques. . . », (1983) 24 *Cahiers de droit*, p. 759-782 et 795-830.
149. Débats, Commission des richesses naturelles, 1978, p. B-2453 à 2569; il s'agit là des plus longs débats de notre histoire parlementaire sur une telle question.
150. Débats, Commission de l'industrie, du commerce et du tourisme, 28 novembre 1979, p. B-10803-10842 (objectifs et orientation de la Société générale de financement) et 6 juin 1979, B-4895-4958 (programme de redressement de Marine Industries Limitée); Débats, 4 mai 1977, p. 927 (Directives Soquia).
151. Rapport Lambert, *supra*, n. 20, p. 382 et s.
152. La commission parlementaire en Colombie-Britannique fut créée en vertu du *Crown Corporation Reporting Act*, 1977 S.B.C. 1977, c. 49; en Saskatchewan, la commission existe depuis 1940.
153. Motion présentée par Claude Forget (libéral) le 22 septembre 1981, Débats de l'Assemblée nationale, 1981, p. B-939 et s.
154. La réforme a été annoncée par le président de l'Assemblée nationale le 22 juin 1983 : Débats de l'Assemblée nationale, p. 2889. Le nouveau règlement de l'Assemblée nationale a été adopté au printemps 1984.
155. Cette notion est ici plus large car elle englobe diverses agences gouvernementales à caractère administratif; voir *Rapport 1981*, p. 95 et s.
156. *Rapport 1983*, p. 113-116.
157. *Rapport 1981*, p. 3-8; aussi Débats de l'Assemblée nationale, Comité des finances et des comptes publics, 22 septembre 1981, p. B-960 et s.; projet de loi 90 de juin 1984.
158. Voir, sur ces notions : Comité indépendant de révision sur les fonctions du Vérificateur général du Canada, *Rapport*, Ottawa, mars 1975. J.J. Kelley et H.R. Hanson, *La commission des comptes publics et la vérification législative*, Ottawa, Fondation canadienne pour la vérification intégrée, 1981.
159. Débats de l'Assemblée nationale, Comité des finances et des comptes publics, 22 septembre 1981, p. 960 et s.
160. *Rapport 1981-1982*, p. 87-89.
161. *Rapport 1983*, p. 109.
162. Voir Comité des comptes publics, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 67 et s., février 1983.
163. *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. P.G. Terre-Neuve*, *supra*, n. 8.
164. *Central Canada Potash c. Government of Saskatchewan*, (1979) 1 R.C.S. 42, p. 76 (juge Bora Laskin).
165. Nous nous demandons ce qui justifie la création obscure, en 1983, d'une nouvelle Société canadienne des paris sportifs.
166. R.P. Barbe, « Les entreprises publiques mandataires de Sa Majesté », (1907-1965) *Justinien*, p. 61-85. Et dans plusieurs arrêts certains juges, notamment Lord Denning en 1950, ont émis la même opinion : *Tamlin c. Hannaford*, (1950) 1 K.B. 18, p. 251, ou le juge Jones de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Sydney Steel Corp. c. Al E. and C. Ltd.*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 348, p. 352.
167. Débats de l'Assemblée nationale, Commission des richesses naturelles, 1<sup>er</sup> mai 1978, p. B-2044-2054 (Yves Bérubé).
168. Débats de l'Assemblée nationale, Commission des richesses naturelles, 26 avril 1978, p. B-1789 et s.

169. *Le Soleil* (Québec), 4 février 1984, p. B-4.
170. L'opposition affirmait, le 28 juin 1984, que cette question n'avait même pas été abordée : Débats de la Chambre des communes, 28 juin 1984, p. 5290.
171. Lord Morrison of Lambeth, *Government and Parliament*, Londres, Oxford University Press, 1964, p. 292.



## L'intervention réglementaire par la réglementation

RODERICK A. MACDONALD

### Introduction

Nombreux sont ceux qui estiment que la croissance accélérée de l'État a été la caractéristique dominante de la scène politique canadienne après la Seconde Guerre mondiale. Mais ce n'est pas seulement la part grandissante du produit national brut affectée aux dépenses publiques qui retient l'attention. Les observateurs se sont aussi inquiétés de ce qu'ils considéraient comme une expansion indue de l'intervention réglementaire de l'État. En particulier, ils ont commencé à s'intéresser de près à l'augmentation manifeste de la législation déléguée (les règlements<sup>1</sup>) comme mode de réalisation des objectifs de la politique de l'État.

Dans la présente étude, nous procéderons à l'évaluation, depuis 1945, de la régulation opérée par l'État au moyen de règlements. La première partie de l'étude commence par une description succincte, à partir de la Seconde Guerre mondiale, des modes de régulation les plus connus. Nous y analysons brièvement une ou deux perspectives contemporaines sur la réglementation que proposent politicologues et économistes.

La deuxième partie porte sur la législation déléguée (les règlements) du point de vue juridique. Nous y évaluons le contrôle qu'exerce le Parlement de même que la vérification que font les tribunaux de la légalité de ces textes réglementaires, ainsi que les solutions modernes données par la législation à la prolifération des règlements.

Nous abordons ensuite le phénomène de la réglementation dans une perspective plus vaste et élaborons un modèle d'institution, de processus et de sanction réglementaires. Nous présentons, dans cette troisième partie, une critique de certaines conceptions actuellement en vogue de la réglementation, critique fondée sur des idées contempo-

raines de la théorie juridique et sociale, d'après des études récentes de la conformité en droit administratif.

La quatrième partie de l'étude traite des raisons pour lesquelles la régulation par la réglementation est devenue la stratégie favorite des gouvernements dans le Canada de l'après-guerre. Nous y présentons différentes hypothèses à propos de l'État, du droit et du langage législatif, afin de montrer comment les facteurs idéologiques influent non seulement sur la décision de réglementer par l'intermédiaire de l'autorité gouvernementale centralisée, mais encore sur le choix d'un mode de réglementation donné.

L'avenir de la réglementation fait l'objet de la cinquième partie. Nous y proposons un cadre conceptuel pour expliquer la croissance de l'État en général. Nous situons ensuite, dans leur contexte juridique, des thèmes courants comme la déréglementation, la réglementation à court terme, la liberté de l'information et la privatisation. Cette partie comprend aussi une analyse des solutions de rechange à la réglementation et de la question du pouvoir privé, de même qu'une étude, sur de nouvelles bases, du problème posé par la définition de la réglementation.

Il convient de souligner qu'il ne s'agit pas simplement ici d'étudier la régulation par la réglementation. Cet essai porte sur le droit et l'État, et il vise à offrir (et à justifier) un point de vue différent de celui que la plupart des juristes et des politicologues canadiens acceptent de façon tacite. Conformément au mandat de la Commission, cette étude a bien sûr un objectif pragmatique, qui est de réorienter le débat sur la réglementation de façon à ce que les choix qui président à l'élaboration des orientations politiques de l'État ne soient pas déterminés d'après un cadre conceptuel qui ne privilégie que certaines options. Cependant, l'objectif didactique essentiel de l'étude est de montrer en quoi l'examen des traditions socio-politiques particulières au Canada peut constituer un apport précieux à la théorie juridique.

## Points de vue sur la croissance de l'État

L'étude de la régulation est devenue le sujet de prédilection des avocats, des politicologues et des économistes<sup>2</sup>. Malheureusement, ceux-ci ne s'entendent pas souvent sur le sens du terme *régulation*. Les commentateurs juridiques s'en tiennent dans leurs analyses (si ce n'est dans leurs cadres conceptuels) au véhicule juridique même qui est le *règlement*. Les économistes et les politicologues adoptent souvent un point de vue un peu plus large, bien qu'ils restent, eux aussi, attachés à certains instruments juridiques très évidents; le plus souvent, ils considèrent la régulation comme le recours à des textes législatifs pour imposer des contraintes de comportement à des fins de normalisation et de surveillance. Bref, tous les auteurs se font apparemment une conception de la réglementation qui exclut une bonne partie des activités de l'État.

## *La régulation évidente au Canada depuis la Seconde Guerre mondiale*

Il existe une documentation abondante sur la croissance de l'État depuis la Confédération et surtout depuis la Seconde Guerre mondiale<sup>3</sup>. Les auteurs ont habituellement cherché la preuve de la régulation dans les lois et dans la législation déléguée. En rassemblant tous les documents parlementaires qui existent, ils croient pouvoir se faire une bonne idée de la croissance de l'État et de l'ampleur de la régulation. Évidemment, cette masse de textes de loi n'a ni un contenu ni un objectif uniforme. Certains actes du Parlement, considérés comme des textes réglementaires, imposent directement des normes ou encore établissent des tribunaux ou des organismes auxquels sont délégués des pouvoirs discrétionnaires. D'autres autorisent des enquêtes ou instituent des organismes d'enquête et de recommandation ou des commissions royales. Certains textes peuvent imposer des charges fiscales ou octroyer des subventions tandis que d'autres créent des sociétés de la Couronne. Cependant, dans chacun des cas, l'effet de la loi est manifeste, quelle que soit la difficulté de le mesurer.

Il importe de souligner ici — cet aspect étant souvent laissé de côté — que rares sont les formes d'activités étatiques d'invention récent<sup>4</sup>. Les organismes de réglementation hautement spécialisés et semi-autonomes semblent être une création de l'après-guerre, mais il est facile d'en retrouver les antécédents en Grande-Bretagne, en remontant aux institutions de la Renaissance comme la Cour de la Chambre étoilée, les gouvernements locaux et les autorités chargées des égouts. Qui plus est, dès 1870, il était tout à fait admis que l'État définisse le cadre juridique du marché par le truchement de lois. La délégation de vastes pouvoirs discrétionnaires aux magistrats, aux commissaires des pauvres ou aux percepteurs des impôts, par exemple, était très souvent utilisée dans l'administration publique au XIX<sup>e</sup> siècle. Là encore, bien qu'il soit devenu aujourd'hui une technique législative très fréquente, le recours aux textes réglementaires détaillés pour étoffer le cadre général de la loi habilitante n'est pas propre à notre siècle; à l'époque de la Confédération, la législation déléguée occupait déjà une place importante dans le droit canadien. Enfin, même les sociétés de la Couronne ne peuvent être considérées comme de nouvelles venues sur la scène publique; la forme de propriété de la Couronne a peut-être changé, comme dans le cas du service des Postes, mais seulement parce que le droit des biens et des sociétés commerciales a, lui aussi, évolué.

Les études modernes concluent invariablement que le volume des lois et des textes réglementaires s'est considérablement accru depuis le XIX<sup>e</sup> siècle. Elles montrent aussi que les organismes administratifs, conseils et commissions qui oeuvrent en dehors de la fonction publique centralisée ont proliféré dans tous les domaines et que le nombre de pou-

voirs discrétionnaires qui leur ont été délégués a augmenté de façon considérable. On peut en dire autant des autres institutions publiques, comme les sociétés de la Couronne. Il n'est pas surprenant que de récentes statistiques montrent une croissance particulièrement rapide de tous ces éléments au cours des quinze dernières années<sup>5</sup>.

De telles études quantitatives sont bien sûr utiles à la classification de certains types d'initiative gouvernementale, mais l'ampleur de la régulation étatique ne se mesure pas seulement aux formes officielles (et évidentes) de la réglementation. Il faut aussi tenir compte de la régulation officieuse (et généralement imperceptible). La troisième partie de l'étude contient une description de modèle à cet effet. En outre, les influences aussi bien officielles qu'officieuses sur le milieu économique ne sont rien de plus que des indices nous permettant de supposer l'ampleur de la régulation. Le véritable étalon pour mesurer l'activité de l'État doit être l'incidence qu'elle a sur le comportement des citoyens et des sociétés commerciales. On ne peut donc formuler de thèse sur la croissance de la régulation (et sur la question de savoir si elle est justifiée) qu'après étude des résultats : il faut, en effet, déterminer si telle ou telle intervention législative a un effet réel. Nous reviendrons sur ce point.

Il n'est cependant pas nécessaire d'analyser ces problèmes ici. Les statistiques sur le recours aux instruments officiels de gouvernement constituent une base suffisante pour construire une analyse préliminaire de la régulation par la réglementation. Elles montrent, pour le moins, une propension de plus en plus grande depuis quelques années à employer la législation déléguée pour réaliser les objectifs de l'État. Ces statistiques nous permettent aussi d'examiner diverses justifications à la régulation apparente. Puisque les politicologues et les économistes ont été parmi les critiques les plus acharnés du système de réglementation canadien, et puisque ces deux professions s'attachent surtout aux formes tangibles qu'elle prend, une étude de leurs conceptions de la réglementation devrait nous permettre d'en évaluer la portée et les processus du point de vue juridique.

### *La politique de réglementation et la rationalité politique*

Parmi les différentes perspectives sous lesquelles les sciences politiques envisagent la régulation, nous ne retiendrons ici que celle de la rationalité politique<sup>6</sup> parce qu'elle nous permet de comprendre pourquoi les instruments d'intervention évidents, et en particulier les textes réglementaires, sont tant prisés par les gouvernements.

D'après les théoriciens de la rationalité politique, la réglementation ne diffère pas des autres manifestations de la politique de l'État. On peut la voir comme une « denrée » politique à utiliser pour le plus grand profit électoral. D'après cette conception, la principale préoccupation de

l'organisme de réglementation dans l'arène politique serait l'influence que l'intervention réglementaire proposée aura sur les intentions de vote des électeurs marginaux (les électeurs flottants) par opposition aux groupes infra-marginaux (soit les abstentionnistes, soit les électeurs ayant fait leur choix). Dans chacun des cas, des coalitions de groupements d'intérêt révéleront s'il y a marginalité de vote et joueront donc souvent un rôle déterminant.

Il s'ensuit que la sélection d'une politique de réglementation sera modelée par la répartition et la concentration éventuelles des avantages et des coûts de chaque instrument, ainsi que par l'apparence de cette répartition et de cette concentration. L'organisme de réglementation tentera d'attribuer autant d'avantages que possible aux électeurs marginaux (membres de la coalition dominante) et autant de coûts que possible aux électeurs infra-marginaux (intérêts dispersés), en supposant que la première catégorie reconnaîtra les avantages offerts et en sera influencée.

À cause du peu de renseignements dont disposent les électeurs, les avantages seront en outre concentrés, de sorte que leur importance même les rendra plus évidents encore. En même temps, il faudra que les coûts soient répartis de la façon la plus diffuse possible entre les intérêts dispersés afin d'éviter qu'on se rende compte qu'un fardeau a été imposé. Qui plus est, tant les électeurs marginaux que les électeurs infra-marginaux peuvent être influencés par une information commandée et sélective qui exagère les avantages tout en sous-estimant les coûts. Autrement dit, il n'est pas nécessaire qu'un projet d'initiative législative ait un effet économique et social avantageux pour les politiciens (par le transfert des avantages des électeurs infra-marginaux aux électeurs marginaux), du moment que l'on se rend compte qu'elle en a un.

Ainsi, pour bien des politicologues, l'orientation des réactions de l'électorat est un facteur déterminant dans la politique de réglementation. Si cette thèse est la bonne, il est clair que les formes de régulation les plus évidentes sont celles que les pouvoirs publics vont préférer. En effet, plus l'instrument est apparent, plus il est économique et facile de faire connaître la politique de réglementation, ce qui permet de réduire les frais de l'information de l'électorat marginal. En outre, en ayant recours à des modes manifestes de réglementation pour exprimer les orientations choisies, on peut souvent faire en sorte que les avantages reconnus soient supérieurs aux avantages réels et que les coûts perçus soient inférieurs aux coûts réels.

L'explication par la rationalité politique montre aussi pourquoi il faut faire un classement des moyens de régulation, même lorsqu'il s'agit des diverses formes d'initiative patentes de l'État. L'intervention réglementaire par voie de normalisation et de surveillance — la législation directe ou déléguée qui fixe des normes de conduite — conférera souvent des avantages politiques supérieurs à ceux des autres instruments

de réglementation comme les subventions, la fiscalité et la propriété publique. Par exemple, l'effet symbolique de la législation peut être dissocié plus facilement de son effet réel : l'électeur marginal mal informé qui croit souvent à la parfaite harmonie entre le droit selon la théorie et le droit dans la pratique ne cherche habituellement pas à savoir si un programme donné est vraiment efficace; en revanche, l'électeur infra-marginal qui supporte, en théorie, les frais de redistribution des règlements dispose, en général, d'assez de renseignements pour comprendre quand le défaut d'application de la loi protège ses intérêts<sup>7</sup>.

Un même calcul peut aussi influencer sur la forme de lois particulières. Par conséquent, une interdiction générale, assortie d'une pléthore de détails dans la législation déléguée, peut faciliter une application plus modérée grâce aux lacunes et aux exemptions. Encore une fois, le caractère trop vaste de la loi peut être tempéré, dans la réalité, par l'affectation insuffisante de ressources aux organismes d'application. Enfin, pour des raisons d'efficacité politique, il se peut qu'on ait besoin d'instruments souples et même réversibles; par conséquent, des directives plutôt générales, sur lesquelles se greffent des exigences particulières variables, offrent des avantages qui n'existent pas si l'on recourt à des formes de régulation comme la propriété publique, les droits de propriété commercialisables et des modifications aux règles de responsabilité.

Évidemment, aucune mention n'a été faite ici des nombreuses nuances de cette thèse fondée sur la rationalité politique. En outre, les politologues avancent une foule d'autres conceptions de la régulation qui vont du modèle behavioriste au modèle structurel-fonctionnel. Cependant, cette conception est encore la seule qui rende vraiment compte de la préférence des pouvoirs publics pour les formes de régulation évidentes, en particulier pour les lois. Il s'agit d'une explication valable aussi parce qu'elle épouse la conception sous-jacente de la régulation que partagent presque tous les politologues, à savoir que la réglementation comprend ce sous-ensemble d'activités économiques ouvertes de l'État caractérisé surtout par l'imposition de normes et de sanctions.

### ***La régulation et la théorie économique : l'efficacité du marché***

Quand on étudie la régulation dans une perspective économique, une image un peu différente se dessine. La plupart des économistes non marxistes conviennent avec les politologues que la régulation ne comprend que les dispositifs de normalisation et de surveillance<sup>8</sup>, mais nombreux sont ceux (en particulier les tenants de la déréglementation) qui préconisent aussi une typologie restreinte des modes de régulation. La régulation peut être soit directe (ou économique), lorsqu'elle s'appli-

que aux prix, aux taux de rendement, à la production, à l'entrée sur le marché ou à la sortie du marché, soit indirecte (ou sociale), lorsqu'elle s'applique aux caractéristiques d'un bien ou d'un service, aux méthodes de production, aux conditions contractuelles ou à la divulgation des renseignements.

Il s'ensuit que, pour la plupart des économistes, la fiscalité, les subventions directes, l'enquête, les règles de responsabilité, les droits de propriété commercialisables et la propriété individuelle, qui sont pourtant des éléments généralement palpables de l'arsenal de leviers économiques de l'État, ne relèvent pas, sur le plan analytique, de la régulation comme telle. De plus, dans l'optique habituelle de l'« économie de bien-être », la réglementation n'a que trois grandes raisons d'être : la correction des défaillances du marché, la redistribution de la richesse et du revenu, et la poursuite d'objectifs sociaux ou culturels<sup>9</sup>.

Ce courant de la pensée économique a pour premier corollaire que la correction des défaillances du marché est la seule justification interne de la réglementation. Les objectifs de justice sociale ou d'ordre culturel ne justifient le recours à la réglementation par des dispositifs de normalisation et de surveillance que là où les politiques gouvernementales sont des instruments moins efficaces pour atteindre un but lui-même peu rentable sur le plan économique. Les idées sous-jacentes à ce corollaire — à savoir qu'une économie de marché peut être efficace et se régler toute seule et que le marché est une institution sociale dotée d'une légitimité équivalente à celle de l'État politique — ne donneront pas lieu à une analyse dans l'immédiat, mais il est important de souligner les fonctions qu'elles assurent. La conduite appropriée de l'État en matière de réglementation ne doit être mesurée que d'après une norme d'efficacité économique : l'éthique s'identifie à l'économie de marché<sup>10</sup>.

Le concept de défaillance du marché comporte habituellement cinq aspects différents<sup>11</sup> : le monopole naturel (une industrie ne peut demeurer efficace que s'il n'y a qu'un seul producteur), la concurrence nuisible (l'industrie est si profondément concurrentielle qu'elle doit être stabilisée par la réglementation), les retombées (les coûts sociaux entraînés par l'activité privée excèdent des niveaux raisonnables où peuvent être exclus des frais de production), l'information insuffisante (une partie contractante ne dispose pas de l'information suffisante pour faire un choix commercial valable) et l'utilisation indue des ressources naturelles communes (l'exploitation par une ou quelques personnes peut déboucher sur l'expropriation de tiers ou sur l'utilisation inefficace des ressources).

La redistribution du revenu n'est pas vue habituellement comme un critère économiquement légitime de l'intervention réglementaire. On prétend que la redistribution du revenu en dehors du marché est nécessairement inefficace. Une telle redistribution se fait par la création ou l'alimentation de monopoles (souvent par l'imposition de barrières à

l'entrée sur le marché), par la protection de certaines industries contre les changements économiques brutaux (au moyen de subventions, d'exemptions fiscales, de barrières douanières, etc.) et grâce aux avantages particuliers offerts à certains groupes clients d'industries réglementaires (par la tarification, le service obligatoire, la subvention indirecte et l'expropriation de profits).

Les objectifs sociaux et culturels sont aussi considérés comme des objectifs qu'il ne convient pas de poursuivre par la réglementation. On trouvera, au Canada, la plupart des exemples de réglementation sociale et culturelle dans les domaines des ressources naturelles, de l'énergie, des soins de santé, des transports, des communications et, récemment, des technologies de pointe. Les dispositifs réglementaires les plus courants sont, notamment, les droits de douane, le contrôle de la propriété étrangère, l'établissement des prix et, bien sûr, la réglementation du contenu en ce qui a trait à la radiodiffusion, à l'emploi, à la commercialisation et aux matières premières.

La plupart des économistes de marché sont prêts à reconnaître que les objectifs de certains de ces moyens d'intervention, extérieurs au jeu des mécanismes du marché, puissent être valables, sur le plan politique, mais ils considèrent aussi qu'il faut calculer le véritable coût de l'activité étatique et recourir à d'autres solutions, comme la subvention, la fiscalité et le changement des règles de responsabilité, chaque fois qu'on peut prouver qu'elles sont plus efficaces. Autrement dit, la régulation de l'État par voie de normalisation et de surveillance n'est, en principe, justifiée que pour des raisons d'efficacité.

Le compte rendu que nous venons de donner reflète, en général, la théorie économique occidentale de la régulation. Récemment, toutefois, certains économistes de marché ont présenté un argument plus radical. Ils soutiennent que la réglementation extérieure au marché est toujours inappropriée et que même la plupart des règlements qui sont maintenant ostensiblement justifiés en tant que correctifs aux défaillances du marché ne sont pas légitimes. Pour les tenants de ce point de vue, les lois ne sont qu'une façon déguisée de protéger l'industrie, par l'imposition de barrières à l'entrée sur le marché. Ces barrières consolident les parts de marché existantes en invoquant artificiellement la crainte d'une défaillance du marché (dans le secteur de l'aviation par exemple), des valeurs culturelles (comme dans la politique de la radiodiffusion) et des aspirations politiques (comme le Programme national de l'énergie). On prétend, au fond, que tout bouleversement du marché entraîne des coûts supérieurs à ceux qui proviennent de la distorsion du marché ou même de ce qu'on perçoit comme une défaillance du marché<sup>12</sup>.

Il est sûr que les paragraphes précédents ne visent pas à offrir un résumé complet de la théorie économique actuelle sur la régulation, mais à mettre en évidence les hypothèses des tenants de l'économie de bien-être qui défendent la déréglementation. Comme pour la plupart des

théories en sciences politiques, les modèles en économie présupposent que la régulation ne s'opère que par des dispositifs de normalisation et de surveillance bien en évidence.

### *L'évaluation des conceptions politiques et économiques actuelles*

Appliquées aux données brutes sur la prolifération des lois habilitantes et des règlements, les perspectives des théoriciens de la rationalité politique et des économistes de marché confèrent un certain crédit à des plaintes récentes selon lesquelles la société canadienne est trop réglementée, du moins en ce sens qu'il existe trop de lois et de règlements. Toutefois, par voie de conséquence, ces perspectives révèlent aussi que l'évaluation de la croissance de l'État et de l'intervention réglementaire est une entreprise complexe. Par exemple, même les critiques ne s'entendent pas sur les raisons pour lesquelles les gouvernements devraient recourir à la réglementation et sur les cas où elle est justifiée.

Qui plus est, les théoriciens contemporains de la politique et de l'économie ne répondent habituellement pas à la question fondamentale de savoir ce qu'est l'intervention réglementaire. Pour eux, la régulation n'est pas synonyme de rôle économique de l'État, mais fait partie de cette initiative, par opposition à la fiscalité, aux subventions, à la nationalisation et aux changements des règles de responsabilité. Dans la troisième partie de cette étude, nous verrons si la théorie de l'intervention réglementaire qui sous-tend ces conceptions, en sciences politiques et économiques, est valable sur le plan analytique.

Une fois posée la question de ce qui constitue exactement la régulation, il convient d'étudier deux autres thèmes. Le premier est une question de fond, à savoir si l'intervention de l'État par voie de réglementation est justifiée. Dans ce contexte, il est nécessaire de formuler une théorie sur le rôle de l'État moderne et ses relations avec l'économie. Pareille théorie incite à se demander si l'activité économique du gouvernement devrait être limitée à la correction des défaillances du marché, si elle devrait aussi s'appliquer à l'affectation et à la redistribution des ressources politiques et économiques, ou si elle devrait même s'étendre à la défense des objectifs sociaux et culturels. Elle invite aussi à réfléchir sur la régulation de l'État comme moyen de favoriser l'efficacité du marché en créant de nouvelles institutions d'échange économique.

Tout en examinant ces problèmes, il faut aussi étudier un deuxième thème, soit le choix des dispositifs réglementaires. Ici, on doit décider si les critères d'évaluation des dispositifs concurrents devraient être d'ordre économique (faut-il toujours choisir l'instrument le plus efficace sur le plan économique?), politique (doit-on toujours opter pour l'instrument qui donne le plus d'avantages apparents à l'électeur marginal et réduit au minimum les inconvénients pour l'électeur infra-marginal?),

éthique (faut-il toujours trouver un instrument que peut justifier une certaine conception philosophique de l'être humain et de l'État?) ou d'une autre nature. Les deux thèmes sont bien sûr intimement liés, la question des moyens ayant une incidence sur celle des objectifs : il est possible que l'État ne puisse pas intervenir parce qu'il ne dispose d'aucun mode de réglementation qui convienne, ou encore que, en tenant à tout prix à tel mode de réglementation, il ne puisse pas réaliser l'objectif qu'il s'est fixé.

Nous expliquons, dans la quatrième partie de l'étude, pourquoi certains dispositifs réglementaires ont particulièrement obtenu la faveur au Canada, et étudions plus loin les deux autres questions soulevées précédemment. Pour anticiper, cependant, soulignons qu'en ne retenant que les manoeuvres gouvernementales les plus évidentes (et en ne réservant qu'à celles-là l'épithète de *réglementaires*), on brosse un tableau incomplet de l'activité économique de l'État. Toutefois, comme au cours des dernières décennies on a eu recours avec ardeur aux lois et à la législation déléguée, qui l'accompagne nécessairement, il convient d'évaluer leur nature juridique avant de bâtir une théorie plus générale de l'intervention réglementaire.

### **Une analyse juridique de la législation déléguée en tant qu'instrument de réglementation**

L'analyse juridique de la législation déléguée exige qu'en premier lieu on évalue la forme légale en tant qu'instrument de réglementation. Une fois que le gouvernement a décidé de prendre une certaine initiative et que le Parlement a consenti à l'adoption d'une loi<sup>13</sup> (c'est-à-dire qu'il a officiellement adopté des règles de conduite et créé des droits) pour réaliser l'objectif fixé, le décideur a un choix important à faire : la loi devrait-elle imposer des règles directement ou déléguer certains aspects de la réglementation à un organisme spécialisé?

La réglementation directe signifie que la ligne de conduite et les normes seront prescrites par la loi même et mises en application par le pouvoir exécutif, et que les litiges en matière d'interprétation seront confiés aux tribunaux. La législation déléguée suppose l'attribution de l'une ou de plusieurs de ces fonctions à des tiers, du secteur public (ministères ou organismes de la fonction publique, organismes de réglementation semi-autonomes, Cabinet, tribunaux, sociétés de la Couronne ou municipalités), du secteur para-public (corporations professionnelles, offices de commercialisation, syndicats) ou même du secteur privé (bénéficiaires d'un régime juridique particulier — les banques, par exemple — bénéficiaires de largesses sociales ou de subventions, ou encore titulaires de droits en vertu de la loi — p. ex. les médecins et les hôpitaux).

Lorsqu'on prend la décision de réglementer par voie directe, il faut aussi faire un autre choix. Quel degré de généralité doit-on donner à la loi? Vraisemblablement, le Parlement pourrait toujours adopter des lois prévoyant des normes spécifiques, comme la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Dans ces cas-là, il n'est pas nécessaire que les intentions du législateur soient expliquées de façon précise, et, en principe, l'organisme d'application ou les tribunaux ont peu de latitude pour innover. En revanche, le Parlement peut décider d'adopter une loi dans des termes relativement généraux (p. ex. le Code criminel) ou encore dans des termes très généraux (voir les articles relatifs aux biens dans la *Loi portant réforme sur le droit de la famille* de l'Ontario), laissant ainsi une grande liberté de manoeuvre aux tribunaux et à l'organisme d'application pour la mise en oeuvre de la politique au cas par cas, ou permettant à l'organisme d'application d'édicter ses propres règles et principes directeurs.

Il en va de même de toute législation déléguée. L'organisme spécialisé qui prend les décisions peut trouver, dans la loi, des règles très détaillées qui portent à la fois sur la nature des droits prévus et sur leur application, comme c'est le cas pour bon nombre de lois sur les normes de travail et les relations entre propriétaires et locataires. Sinon, celui à qui la loi délègue des pouvoirs peut recevoir des directives générales et l'autorisation de mettre en oeuvre une politique en édictant des règles et des règlements officiels, en annonçant des principes directeurs et des règles d'interprétation officieuses, ou encore en tranchant des litiges au cas par cas. La plupart des commissions provinciales des valeurs mobilières se voient confier un mandat d'arbitrage. Enfin, le délégué peut devoir traiter d'une loi générale que le Parlement lui-même a achevée dans le détail par l'intermédiaire de la législation déléguée (p. ex. les arbitres en vertu de la *Loi sur l'assurance-chômage*) et il doit connaître à fond une masse énorme de règlements.

Il s'ensuit que le fait de recourir à la législation déléguée dans un cas particulier est, dans une large mesure, une variable indépendante dans le calcul qui préside à la réglementation. Ce n'est pas en fonction de la décision du Parlement que l'on peut déterminer s'il est préférable de recourir à la réglementation directe ou à la législation déléguée. Cette décision est aussi relativement détachée de toutes les conclusions que le Parlement pourrait avoir formulées sur la précision optimale des mesures législatives qui doivent être annoncées. Qui plus est, le recours à des règlements officiellement adoptés ne dépend pas seulement de la décision de faire appel à des mesures législatives générales dans l'élaboration des orientations politiques au lieu de suivre une méthode au cas par cas. D'une part, les mesures législatives sont tout aussi facilement promulguées par des lignes directrices, des déclarations de principe, des directives et des bulletins d'interprétation que par des règlements officiels; d'autre part, il n'y a pas de raison de rejeter le recours à la

législation déléguée pour rendre officielles des décisions qui ont été rendues dans des cas individuels.

On peut conclure ce résumé d'introduction en faisant remarquer que la législation déléguée constitue seulement un élément de l'activité législative du Parlement et que son utilisation en tant qu'instrument de réglementation n'est limitée que par de rares considérations de fond.

### *La nature de la législation déléguée*

Les définitions législatives et judiciaires de la législation déléguée abondent au Canada. Chaque province à l'exception du Québec possède sa propre définition législative du terme *règlement*, et ces définitions ne correspondent pas toujours entre elles. En outre, le Parlement fédéral en donne lui-même trois définitions concurrentes dans ses lois<sup>14</sup>. En principe, ces définitions législatives visent à distinguer la ou les catégories de textes réglementaires auxquels s'appliqueront certaines exigences de forme en matière d'enregistrement et de publication.

Cependant, le problème de la définition se complique encore du fait que les tribunaux ont, à diverses reprises, jugé que certains textes subordonnés de type législatif n'entraient pas dans la définition pertinente de la loi. Ainsi, les règles et les directives du commissaire des pénitenciers, les ordonnances permanentes du commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, les directives ministérielles, les lignes directrices en matière budgétaire, les énoncés de politique gouvernementale, les énoncés de politique des organismes de réglementation, les bulletins d'interprétation et les circulaires d'information émises en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, les énoncés de politique administrative et les pratiques établies, les normes de sélection de la fonction publique, les manuels et les guides d'orientation, les règles d'organisation interne et les statuts des associations privées créées par la loi ont tous été exclus de la définition de la législation déléguée<sup>15</sup>.

Vu cette multitude de définitions et d'interprétations, toute tentative visant à cerner l'essence du terme *règlement* ne peut être qu'approximative. Néanmoins, les auteurs suivent habituellement la description donnée par le rapport du comité MacGuigan :

[ . . . ] un règlement est une règle de conduite décrétée par une autorité réglementaire conformément à une loi du Parlement, qui a force de loi pour un nombre indéterminé de personnes<sup>16</sup>.

Autrement dit, un règlement a trois caractéristiques fonctionnelles : à l'origine, il est autorisé par la loi; sur le plan de son contenu, il est doté d'une portée générale et normative; et, quant à ses effets, il a force de loi.

Dire que les règlements doivent être autorisés par la loi signifie que leur portée est déterminée par la loi habilitante<sup>17</sup>. À moins que la loi habilitante ne le permette, un règlement ne peut modifier la loi habili-

tante, ni définir les termes contenus dans cette loi, ni incorporer d'autres normes par renvoi, ni sous-déléguer les pouvoirs conférés, ni viser à traiter de tout autre sujet que ceux qui sont énumérés de façon précise dans l'article de la loi habilitante qui porte délégation. Certaines de ces propositions ont fait l'objet de controverses par le passé (surtout lorsque les formules qui prétendaient pallier la nature subordonnée de la législation déléguée — la clause « comme si elle était adoptée », par exemple — étaient mises en cause), mais aujourd'hui ces limites sont généralement reconnues. Nous étudierons les autres conséquences du caractère subordonné de la législation déléguée lorsque nous analyserons les doctrines du contrôle judiciaire.

Dire que la législation déléguée a force de loi signifie que les règlements ont un caractère obligatoire<sup>18</sup>. Tant qu'un règlement n'a pas été déclaré inconstitutionnel, il produit les mêmes conséquences juridiques et est assujéti aux mêmes restrictions juridiques qu'une loi. Par conséquent, les doctrines portant sur la connaissance d'office par les juges, l'exemption appliquée à la Couronne et l'impossibilité d'écarter les règlements dans certains cas particuliers s'imposeront à la législation déléguée. En outre, dans certaines juridictions, les règlements doivent être adoptés dans les deux langues officielles, tout comme les lois.

Aux fins de la présente étude, la caractéristique la plus importante de la législation déléguée réside dans le fait qu'elle est normative, c'est-à-dire que les règlements établissent des droits et des obligations qui, en principe, sont d'application générale. Bien que des textes réglementaires formulés de manière stricte puissent toutefois être des règlements, il existe plusieurs aspects du caractère normatif qui ont été reconnus par les tribunaux<sup>19</sup>. Le pouvoir d'édicter des règlements ne peut pas être transformé en un pouvoir de trancher des cas individuels, au nom de « l'équité » ou selon les besoins. Ce pouvoir ne justifie pas non plus l'interdiction totale d'une activité ni l'adoption de règles imprécises, discriminatoires ou rétroactives. De même, une sous-délégation de pouvoir par la simple répétition dans le règlement des termes de la loi habilitante, va à l'encontre du caractère normatif, puisqu'aucune norme n'est établie.

Ces trois attributs de la législation déléguée nous aident à fixer les limites de fond et de forme qui réduisent la portée de cet instrument juridique. Cependant, chacun d'eux ne représente qu'une caractérisation a posteriori et ne sert pas vraiment à limiter la gamme des textes de type législatif pouvant être promulgués en vertu d'une loi. Par exemple, de nombreux textes réglementaires ne correspondent tout simplement pas aux exigences de la définition législative ou judiciaire, bien que leur effet juridique soit indéniable<sup>20</sup>. Autrement dit, la question essentielle en matière de législation déléguée n'est pas celle des exigences particulières à suivre une fois qu'un texte a été classé comme règlement. Ce sont les critères de catégorisation et la prolifération des règlements

officieux qui sont à l'origine des principales difficultés théoriques du régime juridique de la législation déléguée.

### ***Les justifications de la législation déléguée et sa problématique***

Les principales justifications de la législation déléguée ont été énoncées dans un certain nombre d'études dont cet extrait du troisième rapport du comité MacGuigan :

Voici les raisons invoquées d'ordinaire pour justifier la délégation par le Parlement du pouvoir de légiférer : le manque de temps au Parlement; le manque de connaissances techniques chez les parlementaires; la nécessité de prendre des décisions rapides en cas d'urgence; le besoin d'expérimenter certaines mesures législatives, surtout dans de nouvelles sphères; le besoin de souplesse dans l'application des lois; les imprévus qui peuvent surgir lors de l'introduction de nouvelles lois complexes<sup>21</sup>.

Sur le plan de la théorie politique, la principale raison d'être des textes réglementaires est tout simplement de permettre au Parlement de consacrer son temps à un débat approfondi sur les objectifs de la politique qu'il désire mettre en oeuvre dans les lois et à une formulation soignée de celle-ci. De fait, étant donné la nature du processus parlementaire, il serait peu pratique d'imposer un débat sur des questions de détail qui peuvent être résolues de façon plus satisfaisante dans des contextes moins officiels et mieux informés. Évidemment, pour des raisons d'importance historique, la *Loi de l'impôt sur le revenu* et le Code criminel restent des exceptions notoires à cette thèse générale.

Le manque d'information et le manque de temps empêchent le Parlement de faire des lois qui soient assez détaillées pour que l'on puisse se dispenser de législation déléguée; cependant, la délégation de pouvoirs décisionnels absolus, selon les cas, à des personnes informées autres que des tribunaux est contraire à certains postulats de la primauté du droit. Formulés par des spécialistes dans des dispositifs de normalisation cohérents, les règlements sont censés être une solution intermédiaire idoine qui préserve les valeurs du processus de décision démocratique.

La question de l'information offre plusieurs autres justifications à la législation déléguée. La complexité technique et scientifique de nombreux secteurs réglementés rend indispensable l'intervention d'experts dans la formulation de normes. Là encore, le domaine à réglementer peut être sujet à des changements tels qu'il sera nécessaire de reformuler et de réévaluer constamment les règles établies. En outre, il conviendra peut-être d'assurer la participation du secteur réglementé au processus même de réglementation. Chacun de ces points est prioritaire — et le Parlement ne peut aisément s'en occuper —; chacun s'inscrit cependant dans les activités courantes des ministères chargés de l'élaboration des grandes orientations politiques ainsi que des organismes de réglementation.

En troisième lieu, les raisons alléguées tiennent à la dynamique bureaucratique. Tout système administratif a besoin de règles internes et procédurales, lesquelles peuvent rarement justifier l'attention du Parlement. Même les règles de pratique dans les tribunaux ordinaires sont établies par voie de législation déléguée. En outre, on considère que les déclarations formelles de régie interne qui déterminent les hiérarchies d'autorité et de fonctions sont plus utiles que des manuels et des organigrammes internes pour définir et diffuser les procédures administratives.

Le dernier motif invoqué à l'appui de la législation déléguée découle directement des impératifs de la primauté du droit. Les lois sont des jugements politiques concrets : elles doivent donc être simples, accessibles, et revêtir un caractère permanent; ces qualités seraient sacrifiées si le Parlement devait examiner les détails des principes administratifs. De plus, si l'on veut maintenir l'objectivité de la loi, il faut qu'elle soit isolée de la politique. Or, on considère que ce sont les experts juridiques de la fonction publique qui sont le mieux à même de préserver l'objectivité explicite requise par la primauté du droit, car ils peuvent traduire les jugements politiques généraux des lois en des règles détaillées, grâce au pouvoir réglementaire qui leur est délégué.

Il est évident que la pratique canadienne actuelle fait de chacune de ces justifications autant un mythe qu'une réalité : les lois se rapprochent souvent des règlements en raison de leur caractère détaillé, tandis que les règlements, eux, imitent parfois les lois, vu leur caractère permanent. Si, à l'occasion, le Parlement se livre à un débat interminable sur les détails de la loi et interroge l'ensemble de la population, le gouverneur en conseil et les organismes administratifs s'abstiennent souvent, pour leur part, de consulter même les parties directement intéressées; les lois seront parfois dénuées de jugements politiques contentieux, tandis que les règlements formuleront un objectif politique manifeste. Autrement dit, il est impossible de nos jours d'établir une division politique, technique ou fonctionnelle qui soit claire entre ces deux modes de législation.

Toutefois, il n'est pas vrai que tous les auteurs juridiques soient favorables à la législation déléguée. En plus d'être, en général, inquiets de la masse de règlements qui existe, nombreux sont les auteurs qui ont exprimé leur préoccupation au sujet du mécanisme de cette façon de légiférer<sup>22</sup>. Historiquement, les plus importantes critiques sont d'ordre procédural : il arrivait fréquemment que des lois fort schématiques comme la *Loi sur les mesures de guerre* soient utilisées dans des causes très importantes; les articles habilitants étaient bien souvent incertains, peu clairs, trop généraux et hautement subjectifs; les règlements étaient habituellement édictés sans consultation adéquate du public et ne jouissaient pas d'une publicité suffisante; la législation déléguée était souvent vague; la portée étendue du pouvoir délégué empêchait le contrôle effectif du Parlement et transformait la fonction publique en un organisme législatif.

Au cours des dernières années, toutefois, ce sont plutôt des questions de fond qui ont retenu l'attention, bien que de nombreuses critiques parmi celles qui ont été énumérées précédemment soient restées vraies en grande partie<sup>23</sup>. Aujourd'hui, les observateurs remarquent que les gouvernements ne tiennent pas toujours compte des coûts et des avantages économiques d'un texte réglementaire avant son adoption. Ensuite, ils font valoir le défaut d'examen périodique de la masse de règlements en vigueur, alors que cet exercice permettrait d'éliminer les règlements qui font double emploi et qui sont inefficaces ou inappropriés. De plus, certains disent que l'élaboration de règlements est un processus fermé où des intérêts puissants peuvent, par leur participation, obtenir des avantages indus à l'insu du public. Enfin, de nombreux spécialistes dénoncent l'absence d'un mécanisme central de codification et de publication des règlements, de même que l'imprécision des définitions, qui entraînent la création d'une montagne de textes réglementaires non publiés édictés en vertu de pouvoirs quasi délégués.

Comme dans le cas des justifications du recours à la législation déléguée, la preuve empirique à l'appui de ces inquiétudes est équivoque. Par exemple, de nombreuses critiques de fond ne sont pas dirigées contre la législation déléguée comme telle, mais contre l'intervention réglementaire de l'État en général : à cet égard, les recommandations de la commission McRuer sont très représentatives. En outre, les plaintes d'ordre procédural correspondent souvent à un plaidoyer pour que le processus de réglementation devienne plus parlementaire : les règles subordonnées devraient être officialisées et formulées uniquement après négociation politique avec les parties intéressées. Autrement dit, certaines critiques modernes adressées à la législation déléguée semblent ne lui laisser qu'une possibilité d'existence très mince dans tous les cas.

Il est difficile de ne pas conclure que tant l'appréciation que la critique des règlements arrivent rarement à cerner le mérite ou les désavantages de cette façon de légiférer. Cette situation est particulièrement regrettable, compte tenu de l'occasion que fournit la législation déléguée d'instaurer un ordre juridique créatif. Au lieu d'une évaluation nuancée des divers objectifs à réaliser grâce à la réglementation, on obtient habituellement des théories abstraites selon lesquelles le critère de la forme juridique serait un critère décisif lorsqu'il s'agit de savoir quel est le régime juridique approprié. Cependant, on a recours au pouvoir délégué dans nombre de situations : par exemple, la désignation des arbres fruitiers aux fins d'une loi sur la protection des fruits, les règles de pratique de la Cour suprême du Canada, les catégories douanières ainsi que les procédures et critères de nominations dans la fonction publique sont autant de domaines assujettis au même régime juridique, en dépit de leurs objectifs radicalement opposés. Afin de profiter des récentes critiques de l'élaboration des règlements, il serait bon d'étudier en détail ce régime juridique.

## *L'évolution du régime juridique de la législation déléguée*

Le régime juridique de la législation déléguée fait l'objet de force discussions et commentaires depuis la Seconde Guerre mondiale<sup>24</sup>. Des études révèlent non seulement qu'il y a eu une augmentation appréciable du volume des règlements depuis 1945 mais aussi que la portée, la formulation et les objectifs de la législation déléguée ont évolué au fur et à mesure que changeait l'ordre de priorité en matière de réglementation. On peut distinguer trois grandes périodes à cet égard<sup>25</sup>. De la fin de la guerre jusqu'à la fin des années 1950, l'intervention réglementaire a consisté surtout dans la continuation des mesures de surveillance exercées pendant la guerre sur le travail, l'utilisation des terrains, les douanes, la commercialisation du blé, le logement, les normes en matière d'aliments et de drogues, etc. À cette époque-là, la législation déléguée était utilisée presque exclusivement pour étoffer les normes législatives. Puis, une deuxième période a suivi, qui correspondait à peu près aux années Diefenbaker (1957–1963), lorsque de nouvelles initiatives comme l'ARDA (*Loi sur l'aménagement rural et le développement agricole*) ont été entreprises. Si ces interventions présentaient déjà certaines caractéristiques de la structure réglementaire que nous connaissons aujourd'hui, elles n'étaient cependant pas fréquentes et avaient habituellement un caractère non contentieux. Une autre vague de réglementation s'est dessinée à compter du milieu des années 1960 jusqu'à la fin des années 1970. Contrairement aux tendances précédentes, ce mouvement a souvent eu un aspect non économique, très diffus et général. C'est à cette période que la législation déléguée est devenue le principal instrument de réglementation.

Il n'est pas surprenant de constater que les attitudes envers la régulation et la législation déléguée ont aussi changé dans l'après-guerre. Les deux premières périodes se caractérisaient par la rareté des commentaires d'universitaires, de l'action législative grâce à la vérification des règlements et de l'assujettissement à l'examen judiciaire (au-delà de la conceptualisation abstraite de la répartition des compétences). Pourtant, vers la fin des années 1960, la commission McRuer et le comité MacGuigan avaient déposé leurs rapports, et il est apparu un regain d'intérêt pour les règlements. Les parlements provinciaux et fédéral ont vite entrepris une réforme en profondeur du régime juridique qui régit la législation déléguée<sup>26</sup>. Toutefois, en dépit de ces réformes, les critiques universitaires, parlementaires et judiciaires continuent de fuser.

Étant donné que le pouvoir d'élaboration de règlements invite encore aujourd'hui à la controverse, il importe de faire une évaluation générale de ces réformes. Nous nous attarderons à la définition, la promulgation et la publication, la codification, l'examen parlementaire, la consultation préalable et enfin, au langage et au libellé des règlements<sup>27</sup>.

La tentative du Parlement fédéral de définir le terme *règlement* dans la *Loi sur les textes réglementaires* illustre bien l'évolution qui s'est produite

dans d'autres sphères de compétence. Si cette définition législative est suffisamment vaste pour recouvrir en théorie tout instrument produit en vertu des pouvoirs législatifs accordés par la loi (notamment les directives, les ordonnances en conseil, les règles, etc.), dans la pratique, elle n'a pas simplifié la question de savoir si un texte donné constitue un règlement aux fins des exigences officielles relatives à l'avis, à la consultation, à la publication et à l'examen. Deux problèmes semblent constants : trop de textes réglementaires échappent à cette définition, et on utilise trop de textes quasi réglementaires — qui ne peuvent être assujettis au régime établi par la loi — dans la réglementation gouvernementale. Par conséquent, bien que les exigences officielles qui sont fixées par cette loi soient jugées désirables, elles ne s'appliquent souvent pas à la principale intervention réglementaire de l'État.

La méthode de promulgation et de publication des règlements a aussi retenu l'attention. Bien que le Parlement fédéral et plusieurs parlements provinciaux aient imposé une obligation d'enregistrement, de dépôt et de publication des règlements, les nombreuses exemptions de ces exigences permettent qu'un grand nombre de textes réglementaires et de règlements ne soient pas publiés. En outre, puisque certaines compétences n'ont pas produit de récente codification des règlements en vigueur, il faut un temps et des efforts considérables pour constituer un dossier des règlements applicables à un cas particulier.

La création de structures pour la surveillance permanente du Parlement, du Cabinet et la vérification interne des règlements constitue un autre événement important qui a eu lieu dans le régime juridique de la législation déléguée. Chacune de ces formes d'examen a été mise en oeuvre dans plusieurs compétences. Les mécanismes de contrôle parlementaire ont fait leur apparition en Saskatchewan, au début des années 1960; ils ont été adoptés par le gouvernement ontarien en 1969 et par le gouvernement fédéral en 1971. Cependant, la simple fonction consultative des comités parlementaires limite sensiblement leur efficacité bien qu'il y ait à la fois contrôle et surveillance a posteriori sous une grande variété de rubriques de fond<sup>28</sup>. La forme la plus structurée de vérification interne a sans doute été mise au point au Québec, où le Bureau des règlements étudie minutieusement toute proposition de réglementation. Le Québec a aussi institué un mécanisme interne de surveillance des effets économiques des règlements, bien qu'à l'inverse d'autres compétences aucun contrôle politique officiel ne soit imposé par l'intermédiaire d'un comité du Cabinet<sup>29</sup>.

La manière clandestine dont sont conçus de nombreux règlements constitue l'une des questions les plus contentieuses du débat sur la législation déléguée. Les observateurs remarquent que plus les intérêts visés sont diffus, plus un régime de procédure officiel devrait remplacer la consultation officieuse. Cependant, aucune compétence canadienne n'a imposé une exigence généralisée en matière d'audience pour l'élabo-

ration de règles, ni de consultation préalable des parties intéressées, ni de publication des avant-projets de règlement<sup>30</sup>. Bien que de nombreuses provinces aient adopté des lois particulières dans lesquelles divers types de consultation préalable sont requis, jusqu'à présent seul le Québec a eu recours à la publication préalable et à la consultation officielle assez pour qu'on puisse dire qu'il a, en quelque sorte, formulé une théorie générale de la consultation préalable.

Comme c'est actuellement le cas pour toutes les formes de législation, la question du langage, du libellé et du style des règlements a aussi fait l'objet d'une étude détaillée. Évidemment, du fait que les règlements sont réputés être lois au palier fédéral, ils doivent être promulgués à la fois en anglais et en français; au Québec, ils doivent être bilingues dans les limites fixées par l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Des exigences analogues s'appliquent au Nouveau-Brunswick et au Manitoba, suite au renvoi fait récemment devant la Cour suprême du Canada. Là encore, le statut juridique officiel des règlements signifie que les tribunaux prennent connaissance d'office de ces textes. Toutefois, ces questions ne tendent pas à revêtir une grande importance pour la plupart des spécialistes. Inversement, la façon de libeller les règlements eux-mêmes et la portée du langage de la délégation continuent de donner lieu à des plaintes fréquentes<sup>31</sup>. Les critiques font état de l'absence dans les règlements de renvoi à la loi habilitante et à ses modifications, du recours croissant à des formules de définitions complexes et aux octrois subjectifs d'autorité en matière d'élaboration de règlements, ainsi que de l'incorporation excessive d'autres textes dans les règlements eux-mêmes par voie de référence.

En dépit de ces défauts persistants, il ne fait pas de doute qu'au moins sur les plans officiel et procédural, le régime juridique de la législation déléguée a été considérablement éclairci et amélioré depuis 1945. Cependant, le fait que le processus de réglementation continue de causer des préoccupations indique peut-être que les mécanismes traditionnels et non judiciaires qui régissent l'élaboration et la promulgation de textes législatifs ne sont pas adaptés à leurs objectifs déclarés. Pour chaque nouvelle exigence de définition, il finit par exister, semble-t-il, une exception sous-définitionnelle; et contre toute nouvelle méthode de surveillance, l'opportunité et la nécessité constituent des antidotes. En somme, le régime juridique, lorsqu'il s'applique, est plus juridique qu'il ne l'a jamais été; on se demande toutefois si ce phénomène a conduit à des résultats nettement meilleurs que par le passé<sup>32</sup>.

### *Le contrôle judiciaire de la législation déléguée*

En un sens, les principes qui gouvernent le contrôle judiciaire de la législation déléguée sont demeurés constants au cours des trente dernières années. La surveillance judiciaire reste fondée sur une théorie

abstraite de la compétence de sorte que la vérification par les tribunaux du bien-fondé politique des règlements est minime. Cependant, la question a évolué de façon remarquable : plusieurs parlements provinciaux ont entériné officiellement le pouvoir d'élaboration des règlements et simplifié les principes de recours; les tribunaux ont montré un désir de plus en plus grand d'élargir les catégories doctrinales afin d'asseoir leur autorité, et le Barreau ne s'est pas privé de défier la législation déléguée devant les tribunaux. Il est clair que la théorie n'a pas su s'adapter à l'évolution moderne, bien que l'attitude judiciaire en matière de règlements soit passée de la déférence à l'activisme<sup>33</sup>.

Les arguments que l'on peut soulever dans une demande de contrôle judiciaire de règlements sont essentiellement de deux types : ceux qui sont liés à la création et à la mise en vigueur des textes réglementaires et ceux qui tiennent à la portée des règlements promulgués. Dans le premier cas, les tribunaux ont habituellement sanctionné le défaut par l'invalidité. Par conséquent, lorsqu'une exigence obligatoire en matière de procédure d'élaboration d'un règlement, comme la tenue d'une audience, n'a pas été suivie, le texte qui en résulte est nul et non avenu. Cependant, lorsque la formalité porte simplement sur l'entrée en vigueur d'un règlement, comme l'exigence d'enregistrement, de publication ou d'approbation, le défaut de conformité ne rend pas le règlement invalide mais lui fait seulement perdre son effet légal<sup>34</sup>.

D'autres motifs de contrôle judiciaire découlent de l'interprétation de la loi habilitante et peuvent être envisagés comme des applications particulières du principe de l'excès de pouvoir<sup>35</sup>. Ainsi, lorsque le texte réglementaire n'est pas autorisé par la loi habilitante, il est invalide. Lorsqu'il entre en conflit avec d'autres lois, lorsqu'il y a eu une sous-délégation ou encore lorsqu'un règlement impose des pénalités ou se voit accorder un effet rétroactif alors que la loi habilitante ne permet pas le conflit, la sous-délégation, la rétroactivité, etc., ce règlement est aussi déclaré invalide. De même, les tribunaux contrôlent les règlements qui sont vagues, discriminatoires ou catégoriquement prohibitifs et ceux qui sont appliqués de façon arbitraire, capricieuse ou de mauvaise foi ou encore qui ne répondent pas à certains critères normatifs. Évidemment, si un règlement ou sa loi habilitante est inconstitutionnel, il sera aussi déclaré invalide pour cause d'excès de pouvoir. Chacun de ces motifs de contrôle est de nature formelle et, théoriquement, n'a aucune incidence sur l'opportunité ou le bien-fondé du règlement contesté. Néanmoins, tous les auteurs reconnaissent que ce sont les divers types de déférence judiciaire à l'égard de l'intention du législateur, beaucoup plus que des principes abstraits de défaut de compétence, qui régissent la portée du contrôle judiciaire.

Outre les allusions à la complexité des recours, il est étonnant que les critiques de la législation déléguée aient formulé relativement peu de plaintes sur les principes mêmes du contrôle judiciaire. Et cela est

particulièrement vrai depuis que les tribunaux ont commencé, vers la fin des années 1960, à envisager la rationalité de fond des règlements en fonction de principes comme la mauvaise foi, le caractère arbitraire, le caractère vague et l'effet discriminatoire. Cependant, au vu des répercussions éventuelles de l'accroissement de la nature contentieuse de la réglementation et de la vague d'activisme judiciaire, les parlements ont réagi fréquemment par l'octroi d'un pouvoir d'élaboration de règlements dans des termes à la fois larges et subjectifs. En autorisant la législation déléguée dans la mesure où le délégataire estime, à sa seule discrétion, qu'elle est en relation avec un sujet particulier, le contrôle judiciaire de fond par voie de contestation de compétence peut être sensiblement réduit. Les modèles actuels de délégation confirment une tendance croissante au subjectivisme dans la réglementation<sup>36</sup>; il reste à savoir si les tribunaux pourront éviter cette récente orientation législative et s'ils le feront.

### *La législation déléguée en perspective*

Malgré les modifications importantes apportées au régime juridique de la législation déléguée au cours des trente dernières années, l'état actuel du droit continue à soulever une vague de critiques. De nombreux avocats qui voient la législation déléguée comme un important élément de l'intervention réglementaire sont mécontents des contraintes imposées quant à la création et à l'application des règlements. Ceux que la régulation en général dérange déplorent aussi que l'on n'exige pas des évaluations de fond du bien-fondé de tout ensemble donné de règlements.

Déjà, à l'époque des rapports MacGuigan et McRuer, divers principes qui semblaient nécessaires pour améliorer les régimes juridiques de la législation déléguée ont pu être énumérés; ils comprenaient des recommandations relatives à 1) la clarté et la précision de la loi habilitante; 2) l'interdiction de règlements rétroactifs; 3) la garantie du contrôle judiciaire; 4) le pouvoir de rejet du Cabinet pour les règlements édictés par les autres organismes; 5) l'interdiction faite à l'autorité désignée de modifier les lois par voie réglementaire; 6) l'interdiction d'imposer des règlements à caractère fiscal; 7) l'interdiction d'imposer des sanctions par voie réglementaire; 8) la délégation de pouvoirs d'élaboration de règlements sans termes subjectifs.

Ces recommandations sont réitérées dans le *Deuxième rapport* du comité mixte permanent du Sénat et de la Chambre des communes sur les règlements et autres textes réglementaires<sup>37</sup>, avec des plaidoyers pour une définition claire de ce qui constitue la législation déléguée, une affirmation de son statut subordonné sur le plan constitutionnel, des limites aux intégrations mobiles par voie de renvoi et une rédaction plus générale des règlements. Autrement dit, même si ces critiques foncièrement sympathiques doivent être conciliées avec un recours considérable

à la législation déléguée, il est peut-être nécessaire de mettre au point des mesures de surveillance formelles qui vont effectivement au-delà du fond de ce qui pourrait être établi par législation déléguée<sup>38</sup>.

Toutefois, la critique juridique actuelle est dirigée beaucoup plus sur les aspects purement formels du pouvoir de réglementation et les limites mineures de fond posées par les exigences de cette forme de législation. Dans le rapport du Comité spécial de la Chambre des communes sur la réforme de la réglementation, on attaque de front la législation déléguée<sup>39</sup>. Ce rapport renferme une longue série de recommandations portant avant tout sur les règlements, et bon nombre d'entre elles illustrent des soucis identiques à ceux que formulaient le comité mixte permanent et le comité MacGuigan. Notons, notamment, les propositions en vue d'une meilleure consultation du secteur privé grâce à des listes d'envoi aux parties intéressées, à la publication bi-annuelle du calendrier de la réglementation et à la publication préalable des avant-projets de règlement afin de recueillir les avis et commentaires. Cependant, le comité de la Chambre des communes proposait aussi l'adoption de certaines mesures de contrôle de fond sur l'élaboration de règlements : l'évaluation obligatoire de leur incidence économique, l'évaluation et l'élagage des règlements existants, le contrôle parlementaire de l'opportunité des règlements proposés, des lois de temporarisation, et la réglementation volontaire — autant de mesures proposées afin de réduire la masse existante de règlements. Le Conseil économique du Canada a adopté une perspective presque identique<sup>40</sup>. Ils explorent, dans leur récente étude, diverses propositions de déréglementation et d'évaluation de la rentabilité de toute réglementation envisagée.

Il ne fait pas de doute que les observateurs considèrent aujourd'hui la législation déléguée comme un symptôme de la régulation de l'État en général. On retrouve deux thèmes particulièrement importants dans le calendrier de la réforme des années 1980. Le premier est la formalisation du processus d'élaboration de règlements par des contraintes juridiques comme l'accès à l'information, la publication préalable, l'examen parlementaire, la définition plus claire du terme *règlement* et l'amélioration du contrôle judiciaire. Voilà qui illustre l'effet constant du souci de l'application régulière de la loi qui a resurgi chez l'avocat au milieu des années 1960. Le deuxième thème a trait au contrôle de fond sur le volume et la portée des règlements par l'intermédiaire des lois de temporarisation, du budget de réglementation et de la déréglementation, ainsi que de l'examen du bien-fondé des règlements proposés grâce à l'évaluation de leurs répercussions économiques et au recours à des solutions de rechange telles que la réglementation volontaire et les normes consensuelles. On voit ici la préoccupation de l'économiste en matière d'efficacité, illustrée par les propositions faites en faveur de la non-intervention législative.

Si l'on devait prédire l'avenir de la législation déléguée à partir des préoccupations actuelles des juristes, il faudrait sûrement tenir compte du formalisme accru et de l'inertie du Parlement. Comment concilier les désirs de l'avocat qui souhaite voir l'intervention réglementaire devenir plus formaliste (c'est-à-dire qu'elle prenne la forme de règlements adoptés et promulgués avec le même respect de la forme que celui exigé pour les lois du Parlement) avec son souci de rendre la législation accessible (c'est-à-dire que la quantité de règlements et de textes réglementaires ne devienne excessive)? La seule façon, semble-t-il, serait que le Parlement réduise ses interventions réglementaires apparentes et adopte le modèle de l'économie de marché et cesse de déléguer des pouvoirs législatifs. Nous évaluerons, dans la cinquième partie de l'étude, si pareille évolution peut être vraisemblable.

### **Qu'est-ce que la régulation?**

Bien que la question ait été passablement débattue par le passé, rares sont les auteurs — qu'il s'agisse de théoriciens du droit, de politicologues ou d'économistes — qui assimilent aujourd'hui le phénomène de l'intervention réglementaire de l'État en général à la conception juridique des règlements. Néanmoins, la plupart des analystes voient dans la *régulation* une simple forme particulière de l'activité économique de l'État. Instrument de gouvernement, elle diffère des moyens de dirigisme comme les sociétés de la Couronne, les enquêtes publiques, la fiscalité, les subventions, les règles de responsabilité, la négociation, les droits de propriétés commercialisables et les poursuites anticoncurrence. La définition suivante est caractéristique :

[. . .] l'imposition de règles par un gouvernement appuyée par le recours à des pénalités qui visent à modifier le comportement économique des individus du secteur privé<sup>41</sup>.

Cette conception présente deux traits particuliers : d'une part, elle restreint la portée formelle de l'intervention réglementaire aux formes évidentes, directes ou déléguées, prévues par la loi, par la législation déléguée ou par les autorités nommées par la loi; d'autre part, elle réduit le fond de la régulation à l'activité de l'État qui vise à circonscrire le comportement du marché.

Il n'est pas difficile de citer des exemples qui permettent de voir comment la conception classique de la réglementation, comprise comme l'ensemble des méthodes de gouvernement, présente une fausse idée de l'activité économique de l'État. Pourquoi un règlement ou une loi imposant la divulgation de renseignements dans un contrat de consommation ou diverses garanties de sécurité au produit doivent-ils être considérés comme des exemples de régulation, alors qu'il n'en est pas ainsi de la création d'une cour des petites créances — où l'équité pré-

vaut sur la doctrine juridique stricte de *pacta sunt servanda* et où l'accès des consommateurs au recours judiciaire est amélioré — ou encore de l'adoption de recours collectifs ou de dispositions législatives sur les triples dommages (qui facilitent la mise en application de droits privés)? Il est sûr que l'un et l'autre modifient l'équilibre des forces du marché entre l'acheteur et le vendeur de façon pratiquement identique.

L'hypothèse fondamentale que reflète le point de vue traditionnel, à savoir que le terme *régulation* devrait être restreint aux initiatives du législateur analogues au droit criminel (c'est-à-dire qu'elles ne comprennent que les règles écrites, appuyées par des sanctions coercitives explicites qui sont prises et mises en application par des fonctionnaires) témoigne d'un point de vue assez peu nuancé du caractère de la norme juridique, auquel seuls de rares théoriciens du droit adhéreraient. Non seulement cette conception exclut-elle la possibilité d'un *common law* de la réglementation (comme les règles portant sur le caractère léonin des contrats élaborés par les tribunaux dans le règlement des litiges entre particuliers), mais encore elle fait fi de l'existence d'un droit bureaucratique de la réglementation (c'est-à-dire de règles officieuses sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'application qui découlent de la dynamique interne des bureaucraties). Qui plus est, cette perspective ne reconnaît pas le fait que les initiatives gouvernementales sans caractère normatif entraînent des réactions du marché tout autant que celles qui découlent des règles législatives explicites.

Il est aussi facile de proposer des contre-exemples à la vue classique de la nature de la régulation. Pourquoi l'intervention négative directe sur le marché devrait-elle être considérée comme une régulation, alors que l'intervention positive au moyen d'allègements fiscaux ou de subventions et l'absence d'intervention, du fait du silence de la loi, ne le sont pas? En outre, pourquoi le pouvoir discrétionnaire qui est délégué à la bureaucratie devrait-il être considéré comme un moyen de régulation, alors que la souveraineté privée que nous associons à la propriété privée ne l'est pas? Il est également difficile de voir pourquoi le pouvoir de décision discrétionnaire qui est dévolu à un organisme est considéré comme un pouvoir réglementaire, alors que la même autorité dévolue à un tribunal ne l'est pas. Dans tous ces cas, l'effet économique net de l'initiative politique est pourtant le même.

Cette conception de la régulation a pour principe sous-jacent que le type d'activité économique étatique qui permet l'existence de l'économie de marché moderne ou qui le soutient à travers les changements politiques, sociaux et technologiques diffère fondamentalement de l'activité qui influence ou modifie de quelque façon que ce soit les forces du marché. Ce point de vue est l'équivalent économique de l'hypothèse de *l'état de nature*, longtemps discréditée en théorie politique. Autrement dit, une conception des forces naturelles du marché, qui seraient distinctes de l'ensemble des engagements sociaux, culturels et moraux

de ses participants, constitue la base indiscutée et injustifiée du syllogisme analytique que font les théoriciens de la réglementation partisans du point de vue classique.

Bien entendu, nous ne soutenons pas ici qu'il n'existe aucune différence entre les diverses formes d'activités économiques de l'État ni que les initiatives gouvernementales qui fixent les conditions préalables au fonctionnement du marché ne puissent être distinguées dans une certaine mesure de celles qui l'influencent. Nous disons plutôt que si l'on cherche à comprendre les modes de régulation les plus connus, et en particulier, la législation déléguée, depuis la Seconde Guerre mondiale, il est faux d'adopter un point de vue sur l'initiative gouvernementale qui exclut plusieurs formes importantes et nombre d'objectifs fondamentaux de l'activité de l'État. À défaut d'élaborer un modèle qui tienne compte du contexte de la régulation dans son ensemble, on peut aboutir à des thèses erronées sur la prolifération des règlements quand, en réalité, ce qui s'est produit, c'est la suppression de l'activité économique étatique cachée et sa transformation en une forme particulière d'intervention gouvernementale évidente que certains critiques modernes appellent la réglementation<sup>42</sup>.

Dans le dernier chapitre de la présente partie de notre étude, nous verrons à la fois les raisons et les implications de l'intervention réglementaire, qui désigne toute activité gouvernementale influant sur le comportement économique du public, y compris la décision de donner libre cours aux forces du marché. Toutefois, cette entreprise exige d'abord une enquête sur l'ensemble des institutions, des processus et des sanctions qui permettent la traduction de la politique administrative en exigences normatives. Autrement dit, avant de pouvoir évaluer le fondement et les inconvénients de toute définition limitative, il convient de cerner la gamme des éléments possibles à inclure.

### *La gamme des institutions de réglementation*

Même si l'on devait adopter le point de vue classique de la régulation, l'inventaire des institutions qui jouent un rôle réglementaire serait considérable. Pour mettre en oeuvre sa politique administrative, le gouvernement moderne a recours à un vaste éventail de structures et de bureaux, qui vont du type très officiel et légaliste au modèle plus officieux et consensuel, en passant par plusieurs formules intermédiaires. Qui plus est, une foule de fonctionnaires assument des tâches de réglementation variées dans chacune de ces institutions. Qui sont-ils?

Si la régulation est liée à l'autorité des pouvoirs publics d'établir des règles et d'exercer un pouvoir discrétionnaire afin de modifier des comportements, on peut dire par conséquent que les réglementateurs sont des personnes dotées de tels pouvoirs. Dans cette définition, le Parlement lui-même est le principal réglementateur, mais, puisque les règles

ne sont pas exécutoires en soi, il lui faut avoir recours à une imposante bureaucratie constituée d'un personnel qui interprète et fait appliquer les règles. On doit donc dresser un inventaire de ceux qui ont l'autorité de poser des règles, de les appliquer ou de les interpréter en vertu d'une délégation de pouvoir, ainsi que de ceux à qui des pouvoirs de décision discrétionnaires ont été confiés.

Il ne fait pas de doute que, pour le public en général, le fonctionnaire ou l'employé de l'organisme de réglementation constitue l'archétype même du réglementateur, qu'il s'agisse d'un haut fonctionnaire d'une commission de réglementation ou bien d'un inspecteur, d'un teneur de registre, d'un commissaire ou d'un quelconque préposé. Il est cependant dangereux de limiter sa conception du personnel de réglementation à des employés de l'exécutif du gouvernement ou de l'un de ses organismes spécialisés pour deux raisons<sup>43</sup>. Tout d'abord, au Canada, bon nombre de règlements sont élaborés par des politiciens : le Conseil du trésor, le Cabinet, les ministres et le gouverneur général ou le lieutenant-gouverneur ont tous un pouvoir réglementaire étendu et direct (qu'il s'agisse du pouvoir de faire des règlements et d'émettre des directives obligatoires ou de celui d'entendre des appels de décision d'autres organismes, comme c'est le cas du Cabinet). Un autre point plus important encore tient au fait que les divers membres du personnel qui ne font pas partie de l'exécutif jouent aussi un rôle important en matière de réglementation. Ainsi, les comités parlementaires, l'ombudsman, le vérificateur général et les juges qui servent comme fonctionnaires désignés en vertu d'un texte réglementaire agissent souvent comme s'ils faisaient partie de l'administration ou du Cabinet.

Il existe encore d'autres institutions formelles de réglementation, soit des cadres chargés de l'application des normes, comme la police; des fonctionnaires chargés d'enquêter et de formuler des recommandations, comme les commissions royales; ou des entreprises, comme les sociétés de la Couronne. Ces institutions comprennent aussi des organismes législatifs élus qui sont souvent considérés comme le gouvernement lui-même, notamment les conseils municipaux et les autorités scolaires. Enfin, même les membres du judiciaire sont des réglementateurs, qu'ils règlent un litige en vertu d'un texte réglementaire ou qu'ils appliquent une règle de *common law* : le pouvoir de décider du sens d'une règle n'est pas moins un pouvoir réglementaire que celui d'édicter la règle elle-même. Avec l'exception éventuelle des tribunaux à titre de fonctionnaires investis de pouvoirs réglementaires, toutes les catégories susmentionnées, même d'après le point de vue classique, seraient considérées comme composées de fonctionnaires dans un régime de réglementation. Or, en reconnaissant le rôle réglementaire de ces autres personnes, on ne peut nier que les tribunaux aient un rôle identique. En effet, les juges ne sont pas de simples automates qui appliquent des règles préexistantes sans exercer de pouvoir discrétionnaire ni faire de choix de politique.

Toute décision judiciaire demande l'élaboration de la politique que la règle appliquée viserait à promouvoir<sup>44</sup>.

Toutefois, il arrive souvent que ce ne soit pas des organismes officiels de l'État qui appliquent les règlements. Plusieurs lois sont structurées de façon à établir une forme de règlement para-public. Les professions qui pratiquent l'auto-surveillance et les offices de commercialisation qui appartiennent aux producteurs sont les exemples les plus notoires de ces délégations réglementaires à des organismes non gouvernementaux<sup>45</sup>. En outre, diverses autres formes d'associations semi-privées organisées par la loi, qui vont du type quasi volontaire au type quasi obligatoire, exercent un rôle réglementaire : on peut inclure dans cette catégorie les syndicats, les coopératives, les corporations professionnelles, les organismes de charité, les associations patronales ou les cartels<sup>46</sup>. La décision de reconnaître ces organismes et de leur donner un avantage conféré par la loi signifie qu'on leur a délégué un pouvoir discrétionnaire très vaste pour appliquer une politique économique du gouvernement. Ainsi, les régimes de responsabilité limitée pour les sociétés commerciales (mais non les sociétés en nom collectif) ont, en ce qui concerne les décisions sur l'investissement et la production, un statut équivalent au pouvoir discrétionnaire des barreaux provinciaux de fixer les conditions d'appartenance à la profession juridique.

Il est surprenant de voir que la portée de la délégation réglementaire est plus importante encore que ne le suggèrent ces exemples; en effet, ironiquement, presque tous les bénéficiaires de largesses gouvernementales remplissent une fonction de réglementation para-publique<sup>47</sup>. Autrement dit, l'affectation de subventions directes ou indirectes sous forme d'assistance sociale, d'allocations familiales, de sécurité de la vieillesse, de prestations d'assurance-chômage, de crédits de Régime enregistré d'épargne-retraite et de rabais du Programme canadien de remplacement du pétrole permet à chaque bénéficiaire de modifier toute distribution de ressources préexistante. La prolifération des compagnies d'isolation bidon qui disparaissaient du jour au lendemain, à laquelle a donné lieu le Programme d'isolation thermique des résidences canadiennes (PITRC), illustre très nettement comment la délégation excessive d'un pouvoir discrétionnaire de réglementation à une multitude de soi-disant réglementateurs (en l'occurrence les requérants du PITRC) a une influence néfaste sur les forces du marché et conduit à l'anarchie réglementaire.

On trouve un autre exemple d'un régime de réglementation quasi privé lorsque les régimes législatifs particuliers (comme ceux qui donnent aux banques le droit exclusif de prendre un nantissement préférentiel à certains débiteurs) délèguent à des établissements financiers du secteur privé l'autorité de mettre en oeuvre — à l'égard de requérants de prêts individuels — la politique administrative en faveur de ces catégories d'emprunteurs<sup>48</sup>. Dans tous ces cas, une distribution qui se fait selon des

règles différentes de celles du marché met l'actif ou les avantages économiques dans les mains du bénéficiaire, suivant un régime général de réglementation. Le bénéficiaire exerce alors un pouvoir discrétionnaire pratiquement illimité pour recourir à ses biens ou en disposer en vue de promouvoir la politique générale. Ces dernières observations suggèrent une idée que nous étudierons en détail ultérieurement, à savoir que la reconnaissance et la protection publiques des relations d'échange et de la propriété privée (foncière, mobilière ou intellectuelle) donnent aux propriétaires un important pouvoir discrétionnaire de réglementation; à ce titre, le marché lui-même constitue un instrument de réglementation.

Il s'ensuit qu'une conception juste de la réglementation ne peut être fondée sur l'hypothèse que les réglementateurs sont ceux qui ressortent de la simple production d'un inventaire des commissions ou des organismes établis par la loi dans les confins officiels de la bureaucratie de l'État. Si une première approche de la définition de la réglementation telle que nuancée par les prochains chapitres de la présente étude commencerait par l'exposé classique, une analyse fonctionnelle de l'exercice effectif du pouvoir discrétionnaire autorisé par le gouvernement pour influencer les distributions sur le marché montre que presque tous les citoyens sont, dans une certaine mesure, des réglementateurs. Si on limite le personnel de réglementation aux organismes publics et para-publics, non seulement on fait fi des délégataires les plus puissants du pouvoir réglementaire, mais encore on impose un clivage qui confère une légitimité spécieuse et artificielle à la réglementation publique entreprise par les décideurs privés dans les limites du marché.

### *Les processus de réglementation*

L'attitude traditionnelle des avocats quant aux processus juridiques consiste à voir les pouvoirs législatif et judiciaire comme les seuls instruments du droit. Il n'est donc pas surprenant que la plupart des auteurs estiment que l'intervention réglementaire ne puisse revêtir que ces formes-là. Même des analystes avertis se satisfont d'une taxinomie des outils de la réglementation qui ne contient que des instruments législatifs et des organes de jugement. Autrement dit, pour la théorie classique de la régulation, les lois et les règlements constituent, semble-t-il, l'ensemble des formes juridiques par lesquelles les gouvernements peuvent imposer des règles pour modifier le comportement économique.

Néanmoins, de nombreux théoriciens trouvent actuellement que cette conception des processus de contrôle social ne correspond pas à la réalité. Tout inventaire complet des processus de cette nature devrait contenir certains éléments comme les contrats, la coutume, le vote, la médiation, les marchés, etc.<sup>49</sup>. Les règles législatives officielles ne sont

qu'une forme de norme juridique, et le règlement judiciaire n'est pas le seul processus juridique de décision<sup>50</sup>.

Il n'est pas nécessaire pour l'instant de déterminer si les méthodes de contrôle social autres que la loi et le jugement doivent être caractérisés comme des processus juridiques. Soit que l'on considère qu'ils font partie du droit — auquel cas l'État formel est considéré comme un élément seulement de l'ensemble des activités juridiques d'une société (c'est-à-dire que le droit peut être formulé par des organismes autres que les institutions de l'État), soit que l'on considère qu'ils ne relèvent pas du droit — auquel cas l'on estime que le droit est un élément de l'activité politique (c'est-à-dire que l'intervention réglementaire de l'État se fait à la fois par des moyens juridiques et des moyens non juridiques). Cependant, ces autres processus doivent être intégrés dans toute conception de la réglementation gouvernementale<sup>51</sup>.

Il est évident que d'adopter une conception plus générale des processus d'élaboration des règles n'est pas nier que la loi explicite et ses autres formes (les règlements, directives, règles, statuts et énoncés de politique) qu'elles soient officiellement intégrées dans la hiérarchie des normes ou non, constituent des modes de régulation parmi les plus importants. Toutefois, le caractère normatif découle aussi des pratiques coutumières (ou modèles stabilisés d'interaction), des contrats, des ententes conventionnelles sur la façon de procéder, de la médiation, de l'intervention de la « main invisible » et de l'extrapolation judiciaire de décisions réglementaires par précédents. Autrement dit, même dans la définition classique, qui se réfère aux règles imposées par le gouvernement, tout processus de contrôle social permettant l'élaboration effective ou éventuelle de règles devrait entrer dans l'inventaire des mécanismes de réglementation s'il touche l'État<sup>52</sup>.

Ceux qui adoptent le point de vue classique acceptent cette idée dans une certaine mesure. En préconisant une plus vaste consultation avant l'élaboration des règles, ils cherchent en fait à établir la loi par voie de négociation et de médiation : la réglementation volontaire peut très bien être le fruit de processus où se concrétisent des attentes d'interactions officieuses (p. ex. si un exportateur de gaz arrive à savoir d'après son expérience qu'il obtiendra le permis qu'il désire s'il engage un certain pourcentage, disons, d'autochtones canadiens dans son nouveau projet d'exploration); les *normes consensuelles* ne sont que des règles négociées grâce à un mode contractuel, et si l'on souhaite la publication systématique des décisions, c'est parce que l'on croit que les règles peuvent être extrapolées par voie de précédents. La théorie classique pêche par un seul défaut : elle ne tient pas compte d'un cadre conceptuel général.

Ajoutons par ailleurs que la tenue d'un procès ne constitue pas le seul moyen de régler un litige ou d'appliquer une pénalité<sup>53</sup>. Il existe habituellement de multiples autres processus décisionnels tripartites, y com-

pris des processus purement autoritaires (le pouvoir discrétionnaire dans son sens fort), la consultation, les enquêtes et les recommandations. Il faut aussi tenir compte 1) des processus unilatéraux, comme les régimes de biens et le recours à la force brutale ou au conditionnement; 2) des processus bilatéraux de règlement des litiges, comme les contrats (p. ex. les conventions d'exonération fiscale pour l'expansion économique régionale), la coutume, la confiance délibérée dans le hasard (p. ex. dans l'octroi de permis de forage pour l'exploitation de ressources en haute mer) et la médiation; et 3) des processus multilatéraux comme les élections (p. ex. lorsque les producteurs agricoles votent pour établir des contingentements).

Le fait que le règlement judiciaire officiel par un tribunal ou un organisme qui agit dans une fonction quasi judiciaire ne soit pas le mécanisme utilisé dans le règlement d'un conflit ne veut pas dire qu'il n'y a pas interprétation, application ou exécution d'une politique de réglementation. En réalité, la tendance constante à rendre le pouvoir discrétionnaire officiel de plus en plus judiciaire constitue une preuve évidente que les parties assujetties à la surveillance sont précisément arrivées à cette conclusion. Une fois encore, tant qu'un organisme gouvernemental participe à ces processus, même d'après le point de vue traditionnel de la régulation, on peut dire qu'il y a application d'une politique de réglementation.

Les constatations des paragraphes précédents ne signifient pas seulement que la conception de la réglementation en tant que règles explicites et établies par voie législative appliquées dans un cadre judiciaire ou quasi judiciaire soit d'une valeur descriptive limitée, mais aussi que cette conception classique ne convient pas en tant que modèle prescriptif. On peut voir qu'il y a une intervention réglementaire dans chacun des processus de contrôle social susmentionnés, qu'elle découle de règles préexistantes, de l'application éventuelle de ces règles à des cas particuliers, de l'intervention de la *main invisible* elle-même, ou encore de l'exercice d'une autorité essentiellement discrétionnaire. Sur le plan fonctionnel, il peut s'agir de mesures de surveillance normatives ou ponctuelles qui découlent d'ordres, de persuasion ou de négociations et dont l'imposition peut être soit directe, soit déléguée. En évaluant toute forme de réglementation en fonction d'une norme tirée de conceptions idéalisées des processus législatif et judiciaire, on aboutit à une symétrie artificielle et à un modèle simpliste, ce qui entraîne une tendance regrettable à rendre toute activité gouvernementale soit explicitement législative, soit judiciaire et conduit à négliger l'importance du processus de réglementation moins officiel et moins apparent<sup>54</sup>.

### ***La conformité et les sanctions de la réglementation***

Dans nombre d'études récentes, les auteurs ne distinguent pas le processus de réglementation de la question des sanctions réglementaires.

On croit souvent que l'imposition de sanctions judiciaires *ex post facto* constitue le corollaire logique de tout régime d'élaboration de règles législatives<sup>55</sup>. Dans le présent chapitre, cependant, le terme *sanction* signifiera généralement le moyen par lequel les individus sont invités à se conformer à une politique réglementaire, quelle qu'en soit la source et le mode de structuration<sup>56</sup>. Autrement dit, que le réglementateur soit le gouverneur général ou un office de commercialisation agricole (ou encore une banque à charte ou un bénéficiaire de l'assurance sociale) et que la politique de réglementation soit fondée sur des règles d'interdiction, des permissions, des entreprises contractuelles ou des ordonnances ponctuelles, il est nécessaire d'élaborer une stratégie pour assurer le respect de la politique.

Les études économiques actuelles des sanctions réglementaires insistent toujours sur la normalisation et la surveillance pour assurer la conformité aux règlements<sup>57</sup>. Pareil cadre, où l'on met en évidence les sanctions coercitives appliquées par les tribunaux, traduit la conception criminaliste des amendes ou des peines de prison. Toutefois, aujourd'hui, tout comme il existe un point de vue plus nuancé des sanctions du droit criminel (notamment avec les notions de déjudiciarisation, de publicité, de services communautaires, d'indemnisation, etc.), les avocats en sont arrivés à une conception subtile de la conformité en droit administratif<sup>58</sup>. Les auteurs reconnaissent maintenant que la gamme des sanctions réglementaires est au moins aussi étendue que celle qui existe en droit criminel.

On pourrait commencer une typologie de la conformité ou du respect des normes en distinguant les divers types de pénalités, comme celles qui touchent à la liberté, à la richesse ou à la réputation; mais, avec cette approche, on sous-entendrait déjà que le respect des normes serait le fruit des sanctions imposées *ex post facto*. Il serait plus utile d'entreprendre cet examen en distinguant les pénalités des récompenses; par exemple, l'emprisonnement, les amendes, la confiscation, la charge fiscale, l'expropriation, l'exclusion (la révocation des permis et licences), la probation, la suspension, la publicité contradictoire, l'éventualité de poursuites civiles, ou toute combinaison de ces éléments, constituent tous des sanctions coercitives ou pénalités. En revanche, les subventions directes, l'investissement, l'exonération fiscale, la protection du monopole, le franchisage, l'octroi de marchés de l'État, les rabais sur primes, l'accès des clients à des biens comme les hypothèques de la Société canadienne d'hypothèques et de logement, les exemptions de régimes de réglementation existants (p. ex. les normes en matière de langue, d'environnement ou d'emploi), etc. peuvent être considérés comme des récompenses ou des avantages.

Bien sûr, la définition classique de la réglementation ne semble envisager que les pénalités comme moyen d'assurer la conformité, alors que sur le plan fonctionnel l'imposition d'une amende pour violation d'une norme réglementaire ou l'octroi d'une subvention en raison d'une

fidélité permanente à cette norme constituent d'autres moyens d'incitation à se conformer à celle-ci. Prenons un exemple : on désire établir une politique afin d'inciter les institutions financières à offrir des fonds hypothécaires aux propriétaires de maisons. On peut atteindre cet objectif 1) en exigeant qu'un certain pourcentage des prêts soit des prêts hypothécaires; 2) en établissant des quotas grâce auxquels le prêteur pourra obtenir une assurance hypothécaire gouvernementale; 3) en menaçant de retirer les fonds gouvernementaux des institutions qui ne se conforment pas; 4) en permettant la hausse des taux d'intérêt au-delà des plafonds autorisés. Dans chaque cas, une politique réglementaire est en vigueur et l'on encourage directement le respect des normes imposées.

Ces considérations mettent en évidence une importante caractéristique commune aux pénalités et aux récompenses, à savoir qu'elles sont directes et explicites. La personne assujettie est toujours consciente de leur application éventuelle et elle modifie son comportement sciemment ou pour s'éviter des ennuis, ou encore pour tirer parti d'un avantage. En revanche, il existe un autre type de sanction plus subtile et plus efficace à long terme, soit celui qui est guidé par l'attitude ou (exprimé de façon plus affirmative) par le conditionnement et la conviction<sup>59</sup>. Bien que le conditionnement puisse dans de nombreux contextes être explicite, il arrive fréquemment que la personne qui y est assujettie ne sache pas précisément quel est le but recherché par la réglementation, ni même qu'il existe une entreprise générale en ce sens. Il n'est pas nécessaire pour qu'une réglementation soit implantée avec succès de faire usage de la carotte ou du bâton.

Le moyen le plus évident d'imposer une sanction au comportement réside dans la publicité (que ce soit par les compliments ou les critiques, ou par l'enquête ou les annonces commerciales). Cependant, le fait même que les compliments ou les critiques soient liés à une conduite particulière rend la sanction explicite et, en ce sens, la publicité correspond souvent à une pénalité ou à une récompense. Il existe un véritable conditionnement lorsqu'on favorise des attitudes générales et quand on stimule un comportement en réaction. Ces générateurs plus subtils — et partant plus efficaces — de conformité sont le mythe, la tradition, l'éducation, la religion, la culture et la superstition — qu'ils soient entretenus dans une faculté de droit ou dans une école d'administration des entreprises.

À divers degrés, les sanctions orientées sur le comportement permettent d'atteindre les objectifs de la réglementation précisément parce qu'elles ne sont pas perçues comme des sanctions. Au lieu d'être le corollaire d'exigences normatives précises, elles produisent des modèles de comportement qui ne peuvent être définis par des normes particulières de réussite. Elles conduisent les parties assujetties à la réglementation à « réfléchir ou à se comporter convenablement ». Parmi les actions publiques en général, on peut citer les campagnes prônant

l'achat des produits canadiens, les appels nationalistes à l'utilisation des services d'Air Canada, de Via Rail et de Pétro-Canada, ainsi que la publicité pour Centraide. Chacune de ces actions est potentiellement plus efficace et moins coûteuse à administrer que ne le seraient des barrières tarifaires manifestes ou des subventions directes. Dans ce cas, il est rare que l'on ressente de façon consciente les sanctions véritablement efficaces que sont la culpabilité, la fierté et l'intérêt.

Le mode le plus important de régulation par le conditionnement des entreprises commerciales est le mythe du « marché libre ». La métaphore d'Adam Smith sur la *main invisible* évoque bien l'idée que l'intérêt privé peut être utilisé à des fins publiques. En encourageant l'idéologie publique de la « liberté du marché » (même si tous les participants savent que dans la réalité il en va tout à fait autrement), les gouvernements peuvent alors — avec très peu de lignes directrices officielles — déléguer à des institutions privées choisies la mainmise sur de vastes secteurs de l'activité économique<sup>60</sup>. Le fait de croire à l'utilité publique de l'intérêt privé permet à l'État de s'éviter les tâches de fossoyeurs une fois que les faillites ou les oligopoles ont fait leurs ravages. Si toutes les parties sont disposées à imputer leur malheur aux lois du marché au lieu d'incriminer une politique gouvernementale délibérée, l'État se décharge de sa responsabilité, en cas de chaos économique, en blâmant le caractère inexorable de la *main invisible*. Les politiques relatives aux taux d'intérêt, à l'offre de monnaie, aux déficits et aux régimes de transaction assurés échappent ainsi à l'examen du public et à ses critiques.

Les principales entreprises commerciales, de leur côté, sont aussi intéressées à l'utilisation privée de l'intérêt public. Par conséquent, l'outil le plus efficace de réglementation consiste dans le pouvoir du gouvernement de vendre les possibilités d'accès au plus offrant, ce qui crée une dynamique identique au mythe du *marché libre*. Ce recours aux possibilités d'accès pour obtenir le respect des normes constitue, ironiquement, la technique de l'administrateur astucieux qui cherche à éviter la « prise en charge » par l'organisme. Ce dernier phénomène se produit lorsque le réglementateur établit sa politique de façon à servir les objectifs d'un client en particulier parce que ce dernier l'a convaincu de partager ses points de vue sur la situation en matière de réglementation. Le client en arrive à prendre la gouverne parce qu'il a la possibilité d'influencer la mise au point d'une politique réglementaire et que les avis qu'il a reçus à propos des initiatives de réglementation présentent des avantages appréciables. Comme les entreprises se sont engagées publiquement à respecter la liberté du marché, il faut qu'elles soient averties lorsque le gouvernement a effectivement l'intention de laisser les forces du marché agir librement.

Ensemble, ces forces que sont la *main invisible* et le besoin d'information produisent une situation où il est plus important pour les parties assujetties à la réglementation d'être en bons termes avec le responsable

de la politique que d'être perçues comme des organismes qui se plient tout simplement à ses règles particulières. Le réglementateur astucieux reconnaît que l'accès aux renseignements et à son organisme sont des avantages appréciés et il les utilise pour provoquer un certain comportement dans les groupes cibles sous le couvert de sa propre participation à la réalisation des objectifs prioritaires de l'industrie réglementée. Certains diraient que cette forme de symbiose réglementaire est la condition sine qua non de l'élaboration efficace d'une politique administrative.

Il serait illogique, d'après la théorie classique, de concevoir le conditionnement comme une sanction réglementaire ou même comme un mécanisme de conformité. Cependant, une fois encore, ces auteurs reconnaissent implicitement l'importance des sanctions axées sur le comportement. Si l'on est prêt à admettre que les gouvernements peuvent influencer sur le comportement du marché par la publicité, c'est-à-dire que le conditionnement puisse être un instrument de régulation, on ne peut nier que le conditionnement peut constituer aussi une sanction. Les appels à la réglementation volontaire, à l'élaboration de normes consensuelles, aux exigences en matière d'avis et de commentaires, à la recommandation de contacts officieux et aux négociations sur plaidoyer constituent autant d'exemples de sanctions mises en pratique en fonction du comportement.

Tout comme les théoriciens juridiques ne suivent plus l'approche linéaire de l'examen judiciaire suggérée par la théorie de Kelsen selon laquelle « le droit est la norme qui stipule la sanction », les théoriciens des règlements élaborent actuellement des modèles qui tiennent compte de stratégies de conformité fondées sur des relations autres que celles de cause à effet. En prenant les sanctions dans ce contexte plus vaste, on peut mieux comprendre la nature de la prise en charge par les organismes. Cette main-mise, tout comme le pouvoir discrétionnaire de la police ou de la poursuite, n'est pas un phénomène néfaste en soi, mais constitue une stratégie de réglementation qui va de pair avec la gouverne des clients. Dans la mesure surtout où cet ascendant est illustré par l'idée de la liberté des forces du marché et par ses corollaires, il constitue la sanction réglementaire la plus efficace. Si l'on fait fi des stratégies de conformité non coercitives, on oublie du coup la « main invisible », qui constitue pourtant la prémisse fondamentale de l'économie de marché.

### *Définition pratique de la réglementation*

Étant donné que la question de savoir ce qu'est la réglementation revient en fait à un problème de définition, et qu'une définition n'est jamais ni juste ni fautive en soi, il est évident que le choix de toute théorie de la réglementation dépend d'hypothèses fondamentales sur l'État, le droit et le comportement économique. Dans le présent chapitre, nous invoquons une conception de la réglementation relativement étendue, de

préférence au point de vue intermédiaire qu'avancent la plupart des économistes et des politologues et au point de vue très étroit qu'est celui de bon nombre d'avocats.

Notre position n'est évidemment pas originale. Par exemple, le *Committee on Government Operations* du Sénat américain a proposé la définition suivante de la réglementation :

La « réglementation », si elle est définie au sens le plus vaste possible, peut comprendre pratiquement toute activité gouvernementale du fait que la plupart des actes du gouvernement fédéral consistent à offrir des avantages et à imposer des restrictions. Par conséquent, au sens large, tant les programmes de subventions que les programmes de recherche et de développement, de fournitures de services, d'ordre fiscal et les avantages nombreux offerts aux particuliers par l'État revêtent des aspects de réglementation<sup>61</sup>.

Cependant, la théorie classique est prépondérante dans les études actuelles parce que l'on considère que les définitions larges n'établissent pas de distinction adéquate entre la régulation et les autres outils de politique administrative que sont la persuasion morale, la fiscalité, les subventions, la propriété publique, etc. Cette critique repose cependant sur une *pétition de principe*, à savoir qu'aucun auteur d'étude de la réglementation gouvernementale ne se dit explicitement en faveur de la théorie classique<sup>62</sup>. En revanche, à travers toute notre analyse des institutions, des processus et des sanctions, nous avons présenté des justifications particulières à une approche élargie. Qui plus est, partant d'un critère fonctionnel, la conception préconisée dans la présente étude est une description plus exacte que toute autre de l'activité économique de l'État<sup>63</sup>.

Outre les raisons susmentionnées, il existe trois autres motifs pour rejeter la théorie classique de la régulation<sup>64</sup>. Tout d'abord, si l'on cherche à comprendre et à évaluer le recours à la législation déléguée en tant qu'instrument de mise en oeuvre d'une politique administrative, plus la gamme de solutions envisagées est vaste, plus il est probable que l'on apprécie les avantages et les inconvénients particuliers à ce mécanisme; autrement dit, l'élaboration d'un calcul de choix d'instruments présuppose l'existence d'un cadre conceptuel commun. Ensuite, si l'on tient véritablement à évaluer dans quelle mesure l'activité économique de l'État s'est étendue, il convient d'adopter une théorie qui embrasse à la fois les techniques et les stratégies de réglementation évidentes et cachées, à défaut de quoi on pourrait aboutir à des conclusions suspectes à propos de l'étendue de l'activité gouvernementale antérieure. Enfin, si l'on veut prédire les tendances futures de la réglementation économique de l'État, pour prévoir les effets de la déréglementation ou de l'absence de réglementation, il convient d'élaborer une conception qui tienne compte autant des décisions réglementaires que des influences qu'elle reçoit; la distinction que l'on fait entre le droit théorique et le droit vivant se traduit, dans le langage des théoriciens des

systèmes, par la distinction entre les conceptions formelles (ou statiques) et les conceptions pratiques (ou dynamiques).

La conception de la réglementation présentée dans la présente partie de l'étude vise chacun de ces objectifs. Elle comporte, en outre, différents corollaires qui sont tous plus en harmonie avec la théorie sociale actuelle que ceux dérivés de la théorie classique<sup>65</sup>. Par exemple, la définition pratique ne présuppose pas à tort que le droit ne puisse être créé que par l'élaboration de normes explicites. Autrement dit, elle s'applique à la fois au droit implicite et au droit établi. Elle s'harmonise aussi avec le rejet du clivage artificiel entre le droit public et le droit privé, c'est-à-dire qu'elle reconnaît qu'aujourd'hui le droit privé n'est que la délégation par le Parlement à des tribunaux d'un pouvoir réglementaire dans les secteurs des biens, des délits, de la restitution et des contrats. La définition que nous proposons n'est pas fondée sur l'hypothèse actuellement contestée selon laquelle l'économie de marché moderne serait un phénomène naturel, mais elle souligne plutôt que le marché, tout comme les autres méta systèmes économiques, est une création sociale. En dernière analyse, c'est cette harmonie avec la pensée juridique et politique moderne qui justifie le mieux la théorie de la réglementation exposée ici.

Nous allons maintenant traiter des implications de cette définition pratique pour comprendre la régulation de l'État en général et l'intervention réglementaire par la réglementation en particulier.

## **L'intervention réglementaire par la réglementation au Canada**

Aucune théorie du droit, du comportement politique ou de l'économie ne permet à elle seule d'expliquer de façon satisfaisante le recours accru des pouvoirs publics à des formes de régulation évidente dans la période de l'après-guerre. La portée de l'entreprise de réglementation est beaucoup plus vaste que les modèles classiques ne la décrivent; les motifs de l'activité réglementaire sont trop divers pour être réduits à une explication standard; les moyens et processus de réglementation correspondent à la gamme complète des instruments de contrôle social connus; aucun calcul du choix des instruments ne permet de dire de façon exacte à quel moment il devrait y avoir une initiative réglementaire donnée. Néanmoins, on peut expliquer en grande partie la croissance de la réglementation par l'adoption de règlements si l'on analyse certaines des présuppositions sur lesquelles repose la société canadienne moderne.

Deux séries de questions interreliées, et dont on a déjà traité à la fin de la première partie, peuvent nous permettre d'éclaircir ces présuppositions. Sur le plan le plus élémentaire, il importe de saisir la dimension politique de la régulation de l'État : si certaines formes particulières d'intervention réglementaire ont pris de l'ampleur depuis 1945, à quoi

doit-on attribuer cette croissance? Pourquoi le gouvernement central et ses délégataires explicites, mais non pas ses délégataires implicites — qu'il s'agisse des tribunaux ou des propriétaires — constituent-ils, à l'heure actuelle, le moyen idoine de fournir les biens sociaux de base et de circonscrire les problèmes de la société? Quelles sont les circonstances qui ont conduit à la combinaison des intérêts nécessaire pour provoquer un changement dans le milieu de la réglementation?

Une autre question concerne le choix du mode de régulation. Il ne fait pas de doute que divers modèles économiques et politiques de réglementation aident les responsables à évaluer les contraintes en vertu desquelles différents instruments doivent être choisis. Toutefois, ces modèles ne permettent pas de rendre compte de questions fondamentales de forme juridique qui sont, après tout, essentielles à la conception de l'institution. Pourquoi préfère-t-on une certaine combinaison d'acteurs, de processus et de sanctions plutôt qu'une autre? Quelles vertus particulières d'un instrument juridique donné le décideur espère-t-il faire valoir ou exploiter? Dans quelles conditions d'évolution sociale un principe de contrôle est-il en particulier plus efficace qu'un autre?

Afin de mieux traiter ces deux séries de questions sur l'utilisation efficace de tout instrument juridique et de poser des jalons en vue d'une réponse, on peut formuler la question de façon plus étroite : pourquoi assiste-t-on à la prolifération apparente des règlements comme moyen de mise en oeuvre de la politique réglementaire?

Au moins depuis l'époque de la commission Rowell-Sirois, en 1940, les historiens et les politicologues reconnaissent et comprennent l'importance du rôle réglementaire que joue l'État organisé dans l'économie canadienne<sup>66</sup>. Il est certain qu'avec le temps les objectifs de l'intervention réglementaire ont évolué, vu que les gouvernements ont cherché tout d'abord à faciliter la création d'une économie nationale de marché, puis à encourager sa croissance et qu'ils visent maintenant à en corriger les excès<sup>67</sup>. En même temps que changeaient les objectifs de la réglementation, on assistait à une évolution de la forme de celle-ci. Trois tendances, dont chacune exige une analyse détaillée, ont contribué à la transformation de l'activité réglementaire au Canada au cours du XX<sup>e</sup> siècle. Premièrement, la théorie « minimaliste libérale » a connu un regain de force dans notre culture politique. Deuxièmement, le « positivisme fonctionnel de l'État » est devenu prédominant dans la culture juridique canadienne. Troisièmement, les avocats, les juges et les législateurs ont commencé à adopter des théories du langage discursif comme la philosophie positiviste logique et la philosophie du langage commun.

Bien que ces tendances (ou du moins les signes précurseurs) se retrouvent même dans le Canada d'avant la Confédération, elles se sont surtout manifestées de façon prédominante dans la période de l'après-guerre. Cependant, elles ont eu une influence prépondérante sur la

conception des modes d'intervention réglementaire (pour ne pas dire la conception même de la réglementation) entretenue à la fois par les réglementateurs et par les parties assujetties aux règlements<sup>68</sup>. Il reste à placer ces tendances dans leur contexte intellectuel afin de savoir pourquoi leur acceptation devrait conduire de façon pratiquement simultanée à l'explosion de l'intervention réglementaire par la réglementation et à une pression de plus en plus forte en faveur de la déréglementation.

### *L'influence du libéralisme minimaliste*

Les théoriciens reconnaissent en général que la culture politique canadienne comprend des éléments dérivés de plusieurs traditions divergentes. Parmi celles-ci, les plus influentes (qui, de nos jours, n'ont pas grand-chose à voir avec les partis politiques du même nom) peuvent être décrites comme le torysme aristocratique, le whiggisme bourgeois, le libéralisme minimaliste ou le socialisme égalitariste<sup>69</sup>. Bien qu'il existe des traces d'autres idéologies comme l'idéologie libertaire, l'anarchisme, le marxisme et le fascisme, ces dernières n'ont jamais réussi à attirer l'adhésion d'un grand nombre.

À l'origine, les quatre traditions politiques importantes peuvent être différenciées selon deux axes perpendiculaires. Le long d'un axe qui traduit les conceptions de l'État et du citoyen, on peut classer ces traditions sous des perspectives essentiellement non démocratiques comme le torysme et le whiggisme, d'un côté, et des perspectives démocratiques comme le libéralisme et le socialisme, de l'autre. On entend ici par *démocratie*, l'engagement envers l'égalité politique des citoyens en tant que citoyens. Le long de l'autre axe, qui reflète les conceptions de la dynamique interne de la société, on opposera l'*atomisme* et l'*individualisme* des Whigs et des Libéraux aux théories *organiques* et *communautaires* des Tories et des socialistes. Autrement dit, ces typologies ne peuvent être réparties dans un éventail politique correspondant à la droite et à la gauche; elles en sont tout à fait indépendantes.

Au Canada, il n'est pas difficile de trouver des exemples d'activité réglementaire qui constituent le reflet de chacune de ces traditions. Il est surprenant que, pour certains, le simple point de vue libéral consiste à justifier les initiatives gouvernementales importantes. Par exemple, les améliorations remarquables qui ont été apportées au XIX<sup>e</sup> siècle dans les systèmes d'enregistrement des titres fonciers et en matière de procédure civile, de faillite, de lettres de change, d'assurance et de vente de marchandises, ainsi que l'établissement d'une monnaie standardisée, du système des postes, des fuseaux horaires et de lois sur les brevets et les poids et mesures, constituent autant d'éléments qui ont contribué à la naissance de l'économie de marché. Tout comme le *Personal Property Security Act* de la fin du XX<sup>e</sup> siècle, ces interventions réglementaires se voulaient des moyens de faciliter les échanges économiques. Un autre

effet semblable de la réglementation provient de la reconnaissance et de l'application judiciaire des hypothèques mobilières et des actes de fiducie, de l'application des contrats exécutoires et de l'élaboration de la théorie de la faute dans le droit de la responsabilité délictuelle. Ainsi, tant la structuration et la codification législatives que la modification par les tribunaux des règles de responsabilité, ont servi à accroître l'efficacité des marchés.

En revanche, une autre activité gouvernementale est beaucoup plus vite assimilée à un trait de whiggisme. Cette tradition comporte deux éléments importants. D'une part, les Whigs reconnaissent la supériorité morale de certains individus qui sont faits pour occuper des postes de direction (dans le gouvernement ou l'économie) et, par conséquent, préconisent l'existence d'une classe dirigeante dans l'économie. D'autre part, les Whigs ont un certain respect pour les institutions économiques centralisées qui visent à encourager la formation du capital et à compenser de façon partielle l'anarchie qui existe, selon eux, sur les marchés supra-nationaux, où il n'y a pas de réglementation. La concession de parts de marché protégées à des personnes qui en sont dignes a été faite dans cette perspective, qu'il s'agisse de sociétés d'aménagement foncier, de consortiums de chemin de fer comme le Canadien Pacifique, de petites sociétés de chemin de fer, de transport sur canal ou de location, d'entrepreneurs privés en immigration et des franchisés de l'énergie ou des télécommunications. On peut aussi retrouver la même idéologie dans l'institution de barrières tarifaires, du droit des sociétés et des restrictions à la pénétration dans le secteur bancaire soit pour encourager l'essor d'entreprises nationales soit pour soutenir des entreprises existantes qui ne sont pas concurrentielles.

Toutefois, à la différence de la tradition américaine, la tradition politique canadienne reflète aussi des éléments de torysme et de socialisme fondés sur des théories organiques de la société. Celles-ci se traduisent surtout par un engagement envers certaines valeurs, comme ce que les sociologues appellent *l'ascriptivisme* (c'est-à-dire la tendance à établir la valeur des gens non pas en fonction de leur fortune mais de leur naissance) par opposition à d'autres valeurs comme la réussite<sup>70</sup>. Là encore, on a considéré que l'ordre comme condition préalable à la liberté tendait à signifier que l'expression *ordre public* avait, pour les Tories et les socialistes, peu des connotations répressives que les Libéraux et les Whigs redoutent tant. Qui plus est, la conception de l'État en tant qu'institution sociale assimilable à l'église, à la famille, à la collectivité locale ou à la corporation professionnelle donne à penser que l'État a la capacité et le devoir de répondre aux besoins fondamentaux des citoyens. Ainsi, tant les Tories que les socialistes se montrent intéressés à recourir aux entreprises publiques pour assurer le développement et l'exploitation du transport, des services publics, de l'énergie, des communications, des institutions financières, etc.

Comme en témoigne l'intervention réglementaire, la théorie tory invite à se tourner vers l'État pour la réalisation des objectifs nationaux et à créer des structures sociales publiques intermédiaires au sein desquelles les citoyens pourraient chercher, ensemble, à réaliser le bien commun. La création de sociétés de la Couronne, comme le Canadien National, la Société Radio-Canada, Trans Canada Airlines et Ontario Hydro, est considérée comme une initiative essentiellement tory. On trouve aussi un autre exemple des perspectives sociales de cette philosophie politique dans la croyance selon laquelle l'éducation publique et la philanthropie para-publique peuvent se faire grâce à la religion et à la création des ateliers de travail, des hôpitaux et des orphelinats.

Le socialisme égalitariste constitue la quatrième grande tradition politique canadienne. Ce qui distingue la perspective socialiste du torysme est son engagement envers des mesures égalitaristes de distribution des richesses, comme les régimes de pension de vieillesse, l'assurance-chômage et l'assurance-maladie. Pour les socialistes, ces régimes constituent des droits acquis que l'État devrait offrir sans égard aux critères des ressources personnelles. Il n'est pas surprenant que plusieurs règlements instaurés au XX<sup>e</sup> siècle aient tous un contenu socialiste particulier, comme ceux qui traitent d'assurance-automobile sans faute, d'accidents du travail, de conciliation dans les relations de travail, de régimes de médiation entre les propriétaires et les locataires, ainsi que des cours des petites créances, qui jugent en équité. Chacune de ces initiatives fondées sur des convictions économiques contraires aux lois du marché a été conçue pour exclure les notions classiques de marché comme la *propriété souveraine*, la *liberté contractuelle* et la *faute manifeste*, de même que leurs institutions de mise en application (par voie judiciaire), de la vaste gamme d'interactions sociales. Autrement dit, là où l'égalitarisme s'étend au socio-économique comme au politique, la justice sociale ne peut habituellement pas être réalisée par des institutions officielles de justice corrective comme les tribunaux.

À part les exemples déjà cités, il n'est pas nécessaire de démontrer comment les interventions réglementaires de l'État au Canada peuvent trouver leur justification la plus plausible dans l'une ou l'autre de ces traditions. En outre, il faudrait être dogmatique pour prétendre que toute initiative législative ou judiciaire ne reflète que l'une de ces perspectives; l'opportunité politique viendra toujours greffer des éléments divergents sur toute loi ou disposition législative. Par ailleurs, notre principal souci à ce stade-ci est un peu différent puisque nous cherchons à dire que les présuppositions de chaque tradition tendent à se refléter dans la forme juridique (par opposition au programme de fond particulier) adoptée pour la mise en oeuvre de la politique administrative, et à montrer comment chaque tradition favorise certains instruments plutôt que d'autres. L'analyse de la réglementation d'après-guerre au Canada, depuis 1945, confirme ces dernières affirmations.

Deux principaux changements juridiques caractérisent la période de l'après-guerre. Tout d'abord, de nombreuses initiatives gouvernementales structurées à l'origine comme monopoles de propriétaires ou comme concessions contractuelles ou entreprises par l'intermédiaire d'un organisme judiciaire inférieur se sont transformées en tribunaux de réglementation, suivant le modèle des organismes du New Deal américain. L'évolution de la réglementation en matière de radiodiffusion qui a d'abord été confiée à la Société Radio-Canada, puis au Bureau des gouverneurs de la radiodiffusion et, plus récemment, au Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes, ainsi que l'évolution de la réglementation des transports interprovinciaux de la Commission des chemins de fer à la Commission canadienne des transports, sont deux exemples évidents de cette transformation. Notons également la façon dont sont limités les vastes pouvoirs discrétionnaires des magistrats locaux habilités à régler les égouts, l'écoulement des eaux, les lignes de clôture, l'adduction d'eau, etc., et leur remplacement par des organismes d'exécution spécialisés comme les organismes de protection de l'environnement et les commissions des ressources en eau. De même, les décisions gouvernementales ponctuelles visant à céder des concessions pour l'exploitation des pipelines, ainsi qu'à accorder des concessions d'exploitation aux compagnies de téléphone et aux sociétés forestières sont maintenant prises par des organismes plus réglementés, comme des commissions.

Autre aspect de la réglementation d'après-guerre : le mécanisme de législation générale, normatif par sa structure et théoriquement neutre quant à ses bénéficiaires, est devenu l'instrument favori de toute nouvelle initiative de réglementation. Autrement dit, malgré la récente prolifération des sociétés de la Couronne, la tendance dominante a été la création d'organismes de réglementation : la création d'offices de commercialisation appartenant aux producteurs, l'expansion des professions qui se réglementent elles-mêmes et la mise sur pied d'organismes non judiciaires comme les bureaux de protection du consommateur et les commissions des loyers. Même lorsqu'on ne crée pas d'organisme de réglementation officiel, l'objectif de politique administrative est presque toujours poursuivi par voie de décision législative et non par une restructuration du judiciaire : l'idée de nommer des juges comme lord Mansfield pour opérer une réforme interne du *common law* ou d'instituer un nouveau tribunal comme l'ancienne Cour de la chancellerie pour le changer de l'extérieur ne semble plus avoir la faveur du Parlement.

Ces deux tendances découlent des corollaires officiels de la théorie politique libérale. L'un des corollaires essentiels du libéralisme réside dans sa conception de la liberté comme une absence de contrainte<sup>71</sup>. C'est-à-dire que pour un Libéral, la justification du minimalisme étatique est que, en principe, il n'existe de véritable liberté que lorsque les

citoyens ne sont limités en aucune façon par l'État. D'après ce point de vue, l'État ne peut exercer de régulation que dans les cas où les restrictions doivent être imposées pour assurer l'intégrité physique et l'autonomie intellectuelle de chaque personne. Il n'est pas surprenant qu'en matière économique cette idée se traduise par une conception de la liberté du marché.

Il n'est pas nécessaire de se livrer à une longue analyse des autres conceptions de la liberté pour démontrer les limites du point de vue minimaliste libéral. Pour commencer, il présume que le marché est un phénomène naturel, ce qui est discutable. Bien qu'il puisse y avoir des échanges assez brutaux au sein de toute collectivité, ce qui caractérise les économies modernes est le raffinement de leur structure de marché. Plusieurs initiatives étatiques ont permis aux marchés d'évoluer au-delà du troc, notamment avec l'application des contrats exécutoires, la reconnaissance de droits sur les biens meubles qui ne sont pas liés à leur possession, l'encouragement des formes corporatives de regroupement du capital, l'établissement d'une monnaie et sa protection contre l'inflation, ainsi que l'établissement de tribunaux judiciaires subventionnés pour appliquer ces mécanismes. C'est précisément l'acceptation de restrictions à la mise en application des contrats, au droit des biens, au droit des sociétés et à la valeur légale de la monnaie qui permettent l'existence du marché. Dans ce cas, la régulation de l'État non seulement facilite la liberté du marché, mais encore contribue à la susciter. La théorie selon laquelle la réglementation qui crée les conditions préalables et structurelles pour qu'il y ait des marchés efficaces, ou qui favorise cette efficacité, n'est pas une réglementation à proprement parler reposant sur une opposition artificielle entre la liberté et l'ordre. Ses tenants n'ont jamais réussi à fournir un critère qui permette de distinguer les entreprises de l'État qui constituent des conditions préalables et structurelles de celles qui sont des interventions réglementaires inopportunes<sup>72</sup>.

Un deuxième élément de la pensée libérale moderne consiste à affirmer l'existence d'un champ naturel d'autonomie individuelle en matière économique. Les libéraux soutiennent que la souveraineté qui découle de la propriété privée est légitime sur le plan économique, même lorsqu'elle impose des restrictions à la liberté d'autres personnes. Par contre, ils soutiennent que l'exercice d'une souveraineté publique qui n'est pas fondée sur la propriété est illégitime sur le plan économique, même lorsqu'il repose sur des institutions politiques démocratiques et que cet exercice favorise l'autonomie générale de tous les citoyens<sup>73</sup>.

Sur le plan fonctionnel, il n'existe bien sûr aucune différence entre une règle de *common law* qui permet la dévolution du produit du capital à son titulaire et un texte législatif qui délègue une fonction de licence exclusive à un fonctionnaire. Cet aspect devient plus évident lorsque la propriété privée a son origine dans la loi (comme dans le cas des brevets

et des marques de commerce) et lorsque la souveraineté publique a une origine de *common law* (comme dans le cas de l'octroi ou du refus de citoyenneté). À défaut de restrictions sur le plan du droit de fond ou de forme, tant le propriétaire que le fonctionnaire peuvent exercer leur souveraineté comme bon leur semble, lui donnant préséance sur la souveraineté des autres. Cependant, selon la théorie libérale, la première conséquence est considérée comme l'aboutissement de la souveraineté des hommes sur les choses tandis que la deuxième est rejetée, comme si elle était une limite artificielle posée aux forces du marché. Il n'est pas difficile de voir que la propriété privée est une délégation de l'autorité publique. Tout étudiant du droit des fiducies, des testaments ou de la propriété intellectuelle sait que les interventions réglementaires de l'État ont servi tout d'abord à créer, puis à maintenir, une structure d'autonomie de la propriété privée. Si la régulation publique vient par conséquent à créer une souveraineté *privée*, pourquoi devrait-elle être à l'abri de toute usurpation par des délégations concurrentes de souveraineté publique?

La troisième caractéristique de la théorie politique libérale réside, d'une part, dans la distinction qu'elle fait entre les structures de réciprocité et les structures de poursuite des objectifs communs et, d'autre part, dans la supériorité qu'elle reconnaît aux premières<sup>74</sup>. D'après les Libéraux, de ces deux principes d'action et de coopération humaine, seules les structures de réciprocité mériteraient l'attention des gouvernements. La structuration et l'organisation du marchandage, des échanges et des contrats devraient dans la mesure du possible être à l'abri de toute régulation de l'État. Dans ces domaines de *droit privé*, l'État ne devrait pas introduire de principe de justice distributive; seuls devraient intervenir des principes de justice corrective élaborés par des organismes judiciaires grâce au règlement des litiges au cas par cas.

Il est facile de mettre en évidence les problèmes posés par cette idée des relations sociales et des institutions juridiques. Bien que les tribunaux et les organismes judiciaires aient toujours semblé appliquer seulement des règles objectives de *common law*, ces règles ont cependant évolué de façon remarquable. Lorsque le Parlement a décidé, au XIX<sup>e</sup> siècle, de ne pas légiférer pour corriger les défaillances du *common law* et lorsqu'il a décidé de ne pas créer d'instances décisionnelles concurrentes (les tribunaux administratifs), il ne faisait en réalité qu'accepter la réglementation judiciaire comme moyen idéal de favoriser la naissance de l'économie de marché<sup>75</sup>. La distinction artificielle voulant que l'établissement de politiques soit exclusivement réservé aux corps législatifs et n'appartienne pas aux tribunaux ne découle pas de la croyance tout aussi fautive que l'organisation d'après la communauté d'objectifs (justice distributive) et l'organisation par la réciprocité (justice corrective) constituent des principes mutuellement indépendants : en fait, la justice corrective est un élément de la justice

distributive où l'on présume le caractère équitable de la distribution originelle.

Lorsqu'on examine soigneusement ces caractéristiques de la théorie minimaliste libérale, il devient manifeste qu'elle n'offre qu'une explication partielle de l'État politique. Il est tout aussi évident, cependant, que ces postulats produisent des attitudes à l'égard des formes de réglementation économique qui favorisent la législation au lieu de l'autorité fondée sur la propriété (nationalisation), les contrats ou la hiérarchie en tant que forme d'action gouvernementale. Il n'est pas non plus difficile de voir comment ils peuvent justifier l'adhésion à cette initiative de l'État qu'est — selon la meilleure qualification qu'on en puisse donner — la déréglementation.

### *La naissance du positivisme pragmatique d'État*

Dans les discussions récentes sur l'activité de réglementation gouvernementale, la conception qui est sans doute la plus louée, la plus critiquée et la moins bien comprise est celle de la primauté du droit. Dans sa version anglo-américaine, en particulier, ce principe a une histoire relativement courte. Cependant, sa manifestation la plus courante — le légalisme — remonte à une tradition beaucoup plus ancienne<sup>76</sup>. Le légalisme revêt plusieurs aspects, bien que A.V. Dicey n'en ait expressément formulé que trois : le principe de la légitimation par la loi, le principe de l'indépendance judiciaire et le principe du minimalisme exécutif. Bien que Dicey ait exposé ses idées en Angleterre à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, ses théories ne se sont pleinement développées, au Canada, qu'au milieu du XX<sup>e</sup> siècle<sup>77</sup>.

Les défauts de la théorie de Dicey sont bien connus et nous ne nous y attarderons pas ici, mais il est important de présenter ses hypothèses au sujet d'une primauté du droit particulier si l'on veut expliquer la philosophie juridique sur laquelle il repose — le positivisme étatique pragmatique — et de voir comment cette philosophie encourage le recours aux règlements comme mode de régulation. Une fois encore, on peut mettre en évidence une trilogie. Dicey part de l'hypothèse que le droit est avant tout le *common law* statique et que toute évolution du droit doit se produire au moyen d'une forme juridique particulière, à savoir les règles législatives fabriquées et individualisées. Il fait aussi une distinction très nette entre le droit et la politique : l'objectivité du droit ne peut être maintenue que si l'on réduit toutes les questions de politique grâce à une série de lois normatives adoptées par le Parlement et appliquées par des tribunaux impartiaux. Enfin, il présume que le Parlement est un organe suprême sans restriction : la loi n'est ainsi qu'un simple moyen à utiliser pour atteindre un objectif essentiel. Évidemment, chacune de ces hypothèses demande à être approfondie, mais il est facile de voir comment elles justifient dans leur ensemble et dans l'ordre inverse l'étiquette de *positivisme pragmatique d'État*<sup>78</sup>.

La thèse selon laquelle le droit doit être élaboré de façon officielle comporte plusieurs corollaires. Elle sous-entend tout d'abord que la régulation est toujours imposée. Par conséquent, elle ne découle que d'une activité réglementaire explicite et non pas de comportements bureaucratiques implicites, de la volonté de Dieu ou de la nature des choses. Si ce point de vue du droit est libérateur sur le plan du contenu juridique (c'est-à-dire quant à la matière sur laquelle porte la loi), il est restrictif quant à la forme juridique. Par conséquent, le *common law* ou le marché lui-même, en tant que formes de réglementation présumée ou implicite ne sont pas considérés comme des constructions juridiques mais comme des phénomènes naturels qui se légitiment d'eux-mêmes. En revanche, du fait que l'activité législative est explicite, elle doit être officiellement légitimée par l'intermédiaire du processus politique. À cette fin, l'égalité constitutionnelle, par opposition à l'égalité économique, est une condition nécessaire et suffisante.

Autre corollaire de la thèse de Dicey selon laquelle le droit doit être « fabriqué » : la réglementation gouvernementale, une fois légitimée, est par là même rendue exécutoire, quel que soit le contexte social dans lequel elle doit être projetée. La manière dont le droit est effectivement appliqué et interprété ne revêt aucune importance lorsqu'il s'agit de décrire ce qu'est le droit lui-même. À ce point de vue, une seule loi, rigoureusement appliquée, produit moins de règlements que vingt lois qui n'ont jamais été appliquées et ne peuvent pas l'être.

Un dernier corollaire peut être tiré du point de vue limité de Dicey sur l'évolution du droit : le fait que l'on se préoccupe de l'origine des règles de droit conduit habituellement à un clivage relativement net entre l'élaboration des règles et leur application; pour Dicey, l'élaboration autoritaire des règles de droit par l'État doit être explicite et discrète. Toute modification judiciaire de ces règles par voie d'interprétation n'est pas une élaboration de droit (un acte politique), mais elle consiste plutôt en la découverte de la véritable règle. La justification de cette théorie déclaratoire du jugement est manifeste. Si le contexte social et d'autres événements extérieurs peuvent modifier le droit d'un État politique, il devient impossible de soutenir que seuls les parlements peuvent provoquer des changements législatifs par leur intervention, et la structure profonde de toutes les lois devient par conséquent tout à fait contingente à l'histoire<sup>79</sup>.

Ces corollaires sont des aspects non seulement du positivisme étatique, mais de toute théorie du positivisme juridique et, en général, ils existent ou disparaissent tous avec le positivisme juridique. Il en va de même pour le deuxième élément de la primauté du droit selon Dicey, soit qu'il existe une distinction très nette entre le droit et la politique. Lorsqu'on applique cette idée à l'activité de l'État, elle engendre trois principes potentiels. Premièrement, selon la théorie de Dicey, le gouvernement ne doit pas restreindre les droits et libertés, sauf par le truche-

ment de lois parlementaires adoptées en bonne et due forme; autrement dit, la loi transforme essentiellement le compromis politique en une forme juridique objective. Deuxièmement, cette théorie présume aussi, bien qu'elle ne l'exige pas, que cette loi soit individuellement normative, c'est-à-dire justifiée par le principe de la justice corrective et non pas normative sur le plan institutionnel, à savoir justifiée par un appel au principe de la justice distributive. Troisièmement, elle présume que toute loi fera l'objet d'une interprétation par un organe judiciaire indépendant dans les conditions habituelles de la procédure accusatoire en matière de droit privé. Il est évident que la théorie de Dicey se rapproche du conservatisme politique; en outre, lorsqu'on fait une analyse rigoureuse de ce second thème, on se rend compte que l'économie de marché et la thèse de la primauté du droit ont un objectif commun.

Depuis Jeremy Bentham, les philosophes du droit britanniques se sont montrés de plus en plus intéressés par la loi. Bien que pour plusieurs d'entre eux les explications de Bentham ne visaient que le *common law* fait par les juges, chez Dicey, la critique positiviste a produit son plus grand effet sur des processus d'ordre social qui ne sont ni législatifs ni judiciaires. En effet, les plus importantes victimes du positivisme législatif sont les mesures de contrôle de la propriété et des contrats imposées par l'État. Que ces interventions réglementaires prennent la forme de processus de direction, de concession de franchises, d'exigences de contrats de fourniture ou de normes d'exécution minimale, à moins d'être fondées sur un cadre législatif, elles sont considérées comme des initiatives arbitraires. Il s'ensuit que, pour Dicey, l'égalité officielle des citoyens ne donne pas nécessairement lieu à une égalité sur le plan du droit de fond, qu'on parle des droits économiques ou de la possibilité que toute interaction humaine puisse contribuer de façon égale à la formulation directe de règles de droit. Seul l'établissement de règles de droit par le truchement des formes législatives peut être justifié par sa théorie de la primauté du droit<sup>80</sup>.

L'autre principe auquel aspire Dicey est jugé, même par des auteurs sympathiques à sa cause comme McRuer, comme un principe peu réaliste dans le monde actuel<sup>81</sup>. Les contraintes pratiques de l'administration d'un État moderne empêchent l'adoption de normes par voie de textes législatifs seulement. Par conséquent, il est nécessaire que soient délégués des pouvoirs législatifs à des organes (le gouverneur en conseil, les ministres, des organismes spécialisés) qui, à leur tour, édictent des détails normatifs dans des textes réglementaires, lesquels deviennent normatifs sur le plan institutionnel (c'est-à-dire qu'ils ne sont que des contenants). Pourtant, l'activité législative moderne exige souvent que l'on s'écarte encore davantage du principe souhaité par Dicey. Ce sont des décisions politiques sur l'inopportunité des normes de justice corrective dans de vastes champs du *common law* qui conditionnent l'adoption de lois normatives sur le plan institutionnel et même la délégation de

pouvoirs normatifs institutionnels. Ces dernières lois accordent en général à des organismes non parlementaires et non judiciaires de vastes pouvoirs de législation, de gestion et de décision. Au fond, cette délégation de pouvoirs discrétionnaires constitue tout simplement la réaction nécessaire à la formule juridique<sup>82</sup>.

Néanmoins, du fait que la théorie de Dicey est une théorie des formes juridiques, presque toutes les délégations récentes de pouvoir normatif institutionnel sont conformes à ses exigences de procédure, si ce n'est à ses exigences de droit de fond. Toutefois, la création explicite de pouvoirs de législation subordonnée et l'institution législative de tribunaux auxquels une loi du Parlement a confié des fonctions décisionnelles ne constituent pas des initiatives regrettables en soi. Si tout pouvoir discrétionnaire ainsi délégué est protégé par un cadre de règles et si le contrôle judiciaire d'un tribunal indépendant (les cours de *common law*) sur la validité et les détails de la législation déléguée ou des pouvoirs discrétionnaires est maintenu, les éléments formels de la primauté du droit sont sauvegardés. Autrement dit, dans une perspective théorique, c'est grâce au concept de compétence que l'on peut intégrer l'administration publique dans le légalisme<sup>83</sup>.

La troisième et dernière dimension de cette géométrie du positivisme pragmatique d'État tient à ce que les formules juridiques normatives puissent être adaptées à quelque objectif que ce soit; cela revient à dire que toute loi peut être radicalement utilitaire et coercitive. Comme d'autres auteurs l'ont fait remarquer, pour qu'une réglementation juridique soit utilitaire, il faut qu'elle agisse par des règles générales, stables, publiques et non contradictoires. Cependant, ce n'est pas parce que l'on recherche ces propriétés formelles souhaitables dans toute élaboration de règles que l'on doit nécessairement s'adapter à une théorie pragmatique du droit<sup>84</sup>.

Néanmoins, la thèse de Dicey revêt deux éléments fort utiles. D'une part, l'argument selon lequel le droit n'est qu'un moyen de dirigisme veut que l'élaboration des règles soit consciemment normative. Les règles découlant de modèles établis d'interaction, de hiérarchies bureaucratiques ou de précédents ne sont pas considérées comme des sources de droit à part entière, étant moins aptes sur le plan utilitaire puisqu'elles subissent constamment l'influence des événements passés<sup>85</sup>. Comment le droit peut-il guider la conduite des citoyens s'il est dans un processus continu de recommencement? Par ailleurs, la conception de Dicey est importante à cause de la suprématie qu'il accorde au Parlement. D'après son raisonnement, comme le Parlement est l'organe suprême au sens constitutionnel, c'est aussi l'organe suprême au sens matériel, c'est-à-dire qu'il n'existe pas de limites naturelles à ce qui peut être légiféré. Évidemment, le Parlement peut décréter qu'une femme est un homme ou que  $\pi$  est un nombre entier, ou même tenter de légiférer un régime de règles de responsabilité sans faute pour les caram-

bolages sur les autoroutes. Mais quel est le coût systémique et l'incidence probable d'une telle loi? Ni la forme judiciaire ni la forme législative (ni toute autre forme juridique) ne sont assez malléables pour résoudre tous les problèmes sociaux<sup>86</sup>.

On peut aussi tirer une théorie de la coercition juridique à partir de la théorie pragmatique de Dicey de la primauté du droit. La conception qui résulte de la réglementation juridique est rendue par des concepts comme celui de Kelsen selon lequel la norme stipule la sanction ou celui de Hart (la règle qui impose une obligation). Autrement dit, les règles de délégation du pouvoir privé ne traduisent pas l'essence du droit; les règles juridiques établissent des conditions d'où découlent des résultats prédéterminés. Qui plus est, les règles de délégation des pouvoirs publics doivent être assez explicites pour que l'on puisse dire en toute certitude que le titulaire du pouvoir conféré agit en vertu de cette règle. Pour Dicey, selon cet élément obligatoire du droit, les textes législatifs doivent être détaillés et exhaustifs. À son avis, il est essentiel qu'il y ait un lien entre la norme et la sanction pour préserver le caractère pragmatique du droit<sup>87</sup>.

Il n'est pas nécessaire d'expliquer ici que le scientisme (philosophie de la nécessité du progrès), la dévalorisation de la raison face à la force brutale et l'identification du droit avec l'État-nation sont toutes des tendances qui ont contribué à la poussée du positivisme étatique pragmatique<sup>88</sup>. Il suffit de dire que cette philosophie juridique préconise le recours à la loi comme seul instrument légitime de régulation juridique de l'État. Elle impose aussi que l'activité gouvernementale prenne la forme de lois normatives individuelles et relativement détaillées ou de règlements. Autrement dit, les valeurs qui accompagnent la conception de Dicey de la primauté du droit favorisent le recours à des instruments juridiques officiels manifestes<sup>89</sup>.

### *Le discours et la précision de la réglementation*

La tendance moderne à l'excès de détails dans les lois s'explique en partie par la théorie politique et juridique. Elle est aussi fondée sur certaines théories du langage devenues populaires parmi les avocats du Canada depuis la Seconde Guerre mondiale. Autrement dit, même lorsqu'elles sont combinées, ni la théorie du gouvernement ni la théorie du droit et des instruments juridiques ne peut rendre tout à fait compte de la prolifération récente du nombre de règlements.

Pour mieux comprendre, on peut commencer par faire remarquer que, même une fois que la décision de réglementer a été prise et que l'on a choisi la voie législative, le réglementateur a encore un autre choix à faire, à savoir comment formuler la règle juridique à adopter<sup>90</sup>.

Nous avons déjà traité de certains aspects de cette question. Dans la discussion sur la législation déléguée, nous avons remarqué que, en

théorie, les lois comme les règlements peuvent être rédigés en des termes très précis ou très vagues. En étudiant les conditions posées par la primauté du droit selon Dicey, nous avons analysé la question des règles normatives sur le plan individuel ou institutionnel. La thèse de Dicey présupposant que toute loi, qui sera appliquée par des organes autres que les tribunaux, doit être rédigée de façon stricte de manière à structurer, à contenir et à contrôler le pouvoir discrétionnaire bureaucratique, il semble déjà préférable qu'il y ait des règles juridiques précises plutôt que des lois qui délèguent de trop vastes pouvoirs<sup>91</sup>.

Toutefois, la résistance à toute délégation de pouvoirs discrétionnaires ne touche qu'à un élément du problème de la précision dans la loi, car même les règles les plus détaillées peuvent elles-mêmes être établies à partir de normes imprécises comme le « caractère raisonnable », l'« utilité » ou l'« efficacité ». En outre, la notion de précision ne rend pas tout à fait compte des préoccupations d'ordre linguistique que le rédacteur doit évaluer. Une loi détaillée à l'excès peut devenir tout à fait incompréhensible et inapplicable. À l'aide des exemples suivants, nous montrerons les diverses possibilités de formulation de règles et comment l'adoption d'une théorie particulière du langage conduira à préférer l'une ou l'autre des formulations.

Imaginons une règle visant à imposer le système international des poids et mesures. On pourrait dire tout simplement :

1. *Tous les poids et mesures doivent être conformes au système international.*

À première vue, et mis à part le problème de la définition des différents poids et mesures dans le système international, cette règle est claire et précise, mais elle ne tient toutefois pas compte des circonstances où la conversion au système métrique ne sera ni efficace ni opportune. Par conséquent, elle pourrait être reformulée de façon à permettre des exemptions.

2. *Tous les poids et mesures doivent être conformes au système international, sauf lorsque le ministre en décide autrement.*

Bien sûr, une telle règle ne correspondrait pas aux exigences de la primauté du droit et, en outre, il est assez facile d'isoler les principaux cas où des exceptions à la conversion métrique seraient souhaitables. Par conséquent, on pourrait reformuler la règle de façon un peu plus détaillée.

3. *Sauf lorsqu'il est raisonnable d'utiliser un autre système, ou lorsqu'un autre système impérial inexact est établi depuis assez longtemps, ou lorsqu'une norme internationale et non métrique existe dans le domaine ou pour toute autre raison importante d'utilité ou de nécessité publique, tous les poids et mesures doivent être conformes au système international.*

On a donc ici une règle beaucoup plus détaillée, mais elle n'élimine pas le pouvoir discrétionnaire puisque des termes comme *raisonnable*, *assez longtemps* et *utilité et nécessité publique* viennent nuancer toutes les exceptions. En outre, la référence à une norme qui n'est pas imposée

par voie législative comme une norme internationale et non métrique existant dans le domaine est la source d'incertitude et de complexité.

Selon une quatrième approche qui semblerait, elle, plus populaire de nos jours, il faudrait donner une sous-définition élaborée de tous les termes éventuellement ambigus ou imprécis. De cette manière, la règle pourrait être formulée comme suit :

4. *Les poids et mesures doivent être conformes au système international, sous réserve des exceptions suivantes :*

- i) Lorsqu'il est raisonnable de mesurer autrement, si l'on entend par *raisonnable* :
  - a) que le coût de transformation du matériel soit supérieur au coût en capital non amorti du matériel de mesure; ou
  - b) que le manque d'instruments de mesure en système international rende l'utilisation de ce système potentiellement dangereuse.
- ii) Lorsqu'un autre système impérial inexact est établi depuis assez longtemps, si l'on entend par *établi depuis assez longtemps* que :
  - a) le référent de la mesure est un terme de mesure impériale, mais que la notion à laquelle il réfère soit en fait mesurée en fonction d'une autre norme;
  - b) il n'y a pas de lien entre la pratique en cause et les propriétés définies de la mesure impériale; ou
  - c) la pratique est si bien établie dans ce secteur industriel qu'elle donne naissance à d'autres mesures corrélatives inexactes.
- iii) Lorsqu'il existe une norme internationale établie et non métrique, si l'on entend par *norme internationale établie et non métrique* : [ . . . ] etc.

Il est évident que même cette dernière approche peut être raffinée davantage. Il suffit de se reporter à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, par exemple, pour trouver un tel style de rédaction. Cependant, ces formulations différentes d'une règle fondamentalement identique et la prédilection des avocats (mais, souvent, non pas de leurs clients) pour la quatrième formulation montrent que la théorie actuelle du droit repose sur une certaine philosophie du langage.

On peut isoler les principaux éléments de cette théorie en étudiant les valeurs concurrentes qui interviennent dans l'élaboration des lois. Pour les juristes, des valeurs comme la stabilité, la généralité, le caractère déterminant, la non-rétroactivité, la clarté et la cohérence sont des conditions préalables à l'existence d'un régime de règles légitime<sup>92</sup>. Bien que ces normes définissent des propriétés souhaitables, toutefois elles ne donnent que peu d'indications sur la formulation particulière que toute règle devrait avoir<sup>93</sup>.

Puisque les lois sont conçues pour guider la conduite, elles doivent répondre à au moins cinq critères d'efficacité : 1) elles doivent être

formulées dans des termes qui sont suffisamment clairs pour faire comprendre leur signification à la collectivité des lecteurs visés, sans qu'il soit besoin de recourir à l'interprétation des tribunaux ou des juristes; bref, elles doivent être intelligibles; 2) elles doivent être rédigées dans un langage qui puisse être appliqué à des cas particuliers sans difficulté ni retard indu; le sens doit donc en être accessible; 3) elles doivent être rédigées de façon à ce que les justiciables puissent facilement modifier leur comportement pour s'y conformer; elles doivent donc être de nature applicable; 4) la formulation des règles ne doit pas être tendancieuse au point de ne suggérer aucune autre justification que l'autorité; le choix des termes doit être moralement heureux; 5) les règles doivent être rédigées de façon à n'être ni trop générales ni trop particulières; en somme, elles doivent être en harmonie avec la politique sous-jacente qu'elles visent à promouvoir.

Il est évident que les meilleures règles sont celles qui atteignent tous ces objectifs, à supposer que l'on puisse établir une norme générale. Mais il est fréquent que ces exigences aient des effets contradictoires. Par exemple, une règle intelligible ne sera souvent pas en harmonie avec le reste de la loi (la première formulation précitée caractérise cette situation); une règle harmonieuse sera souvent inaccessible (la quatrième formulation en est une illustration); une règle accessible ne sera souvent pas de nature applicable (la troisième formulation est un exemple à cet égard); ou encore une règle applicable ne sera souvent pas séduisante sur le plan moral (ce que la deuxième formulation illustre tout particulièrement). Évidemment, ces exemples pourraient être multipliés à souhait.

Étant donné le caractère inévitable de certains conflits entre ces divers objectifs, il importe d'étudier le problème des compromis. Il faut évaluer les critères les uns par rapport aux autres si l'on veut parvenir à la formulation optimale de toute règle. Pour ce faire, il vaut mieux faire un calcul de l'efficacité de la règle d'après son effet, plutôt que de voir si elle est en harmonie avec les impératifs de la primauté du droit. Les taux de conformité, les coûts de l'élaboration des règles, les coûts de l'application des règles et l'harmonie de la politique constituent autant d'éléments importants dans cette évaluation, tout comme le caractère redondant (c'est-à-dire le fait qu'une règle puisse devenir superflue parce que le comportement qu'elle impose peut devenir si généralisé que la réglementation juridique — ressource rare — doit être utilisée ailleurs)<sup>94</sup>.

Il ne sera cependant pas simple de combiner les divers critères puisque la logique interne de cette évaluation n'est pas en soi immuable. Selon les objectifs de la règle et l'auditoire visé, on peut préférer adopter une règle onéreuse qui soit d'application uniforme au lieu d'une norme qui soit moins coûteuse à administrer mais qui soit souvent violée. Par conséquent, des considérations comme le fait de savoir si une règle est un règlement bureaucratique interne ou une règle externe visant le grand

public ou encore s'il s'agit d'une règle d'interdiction, d'une règle qui confère des avantages ou d'une règle imposant une responsabilité ou une sanction sont autant de critères qui détermineraient les compromis.

L'analyse que nous avons faite de la formulation de la règle est sans aucun doute utile au rédacteur législatif, mais nombreux sont les analystes canadiens de la réglementation qui s'intéressent à d'autres caractéristiques des règles. Pour les juristes, par exemple, le caractère harmonieux de la réglementation est sa caractéristique essentielle; ils préfèrent donc la quatrième formulation à la troisième ou à la deuxième afin d'atteindre cet objectif. Des valeurs concurrentes comme le caractère compréhensible pour le public, le caractère accessible, l'application pratique et le caractère attrayant sur le plan moral sont des éléments pratiquement toujours sacrifiés. Dans une certaine mesure, les avocats considèrent que si ces objectifs ne sont pas atteints, ce sera à leur client et non pas à eux-mêmes d'en payer le prix. En revanche, plus le libellé d'une règle suit la syntaxe et le vocabulaire particuliers aux avocats, plus la tâche de ces derniers se trouve simplifiée. Il en va de même pour les réglementateurs. Mais comme les avocats se plaignent maintenant de ne pouvoir atteindre ces objectifs concurrents du fait de la pléthore de règlements détaillés et si souvent modifiés, et à cause du recours indispensable à un vocabulaire spécialisé et non juridique, ils commencent à exprimer les mêmes plaintes que leurs clients.

Si les avocats préfèrent d'emblée la quatrième formulation — jusqu'à ce que la quantité de règlements devienne incontrôlable — ce n'est pas parce qu'ils peuvent tirer profit du caractère harmonieux de la norme tout en faisant supporter les inconvénients à leurs clients mais plutôt parce qu'ils épousent la thèse de Dicey au sujet de la loi. Ils sont aussi conduits à accepter sans aucune critique les théories linguistiques qui confèrent un sens précis aux mots, en partant du principe que le langage peut être objectif, discursif et circonscrit<sup>95</sup>. Autrement dit, ils estiment que par une rédaction détaillée, la présentation de définitions et une interprétation littérale possible — autant d'éléments de ces théories — on accroît le caractère harmonieux, prévisible et objectif des règlements.

Cette correspondance que l'on établit entre le langage et la connaissance comporte un corollaire important qui permet aux tenants de ce point de vue de soutenir que l'objectivité du langage est possible. Ce corollaire veut que le langage ne soit pas simplement une représentation de la réalité, mais cette réalité même. Il découle de cette proposition qu'il ne peut pas y avoir de connaissances qui ne soient pas formulées par des mots. Pour faire des règlements qui ne soient pas arbitraires, il est donc nécessaire que soient exprimées de façon précise les intentions du législateur. Autrement dit, pour assurer une communication objective, il faut utiliser un vocabulaire détaillé qui peut se réduire soit à des objets, soit à des tautologies<sup>96</sup>. Puisque de nombreuses expressions comme *utilité et nécessité publique* ou *programme varié et équilibré* ou

*avantage économique important pour le Canada*, utilisées dans les textes réglementaires, ne répondent pas au critère réductionniste du sens objectif, elles sont tenues pour des abus du langage juridique si elles ne sont pas accompagnées d'une définition. Vu qu'il ne s'agit que de déclarations subjectives de préférence comme *oui* ou *bien*, on estime nécessairement qu'elles mènent à des décisions arbitraires.

Cette opposition entre l'idée et l'objet se retrouve traduite pratiquement dans toutes les branches du droit. L'intention, la faute, le caractère raisonnable, le caractère équitable, etc. sont autant d'exemples permanents de ce type de difficulté en droit privé. Malheureusement (quoi qu'il en soit des choses tangibles), il est impossible d'objectiver le sens d'une idée par une formulation détaillée : après tout, un mot est toujours un mot. Cependant, c'est ici qu'intervient le deuxième élément de la théorie du langage des avocats : ils estiment, en effet, que l'on peut éclaircir le sens si l'on recourt à une définition détaillée. Comme le droit est une discipline professionnelle, on estime que son vocabulaire peut avoir des significations particulières que les définitions pourraient rendre objectives. Autrement dit, les concepts juridiques peuvent être hypostasiés (c'est-à-dire qu'ils peuvent être parfaitement définis par des mots)<sup>97</sup>. Comme on prétend n'atteindre à la perfection qu'en cas d'adéquation entre un objet et son concept, dans la régulation des interactions humaines, on peut aussi invoquer cette croyance pour préconiser le recours à des définitions exactes des concepts. En fin de compte, les définitions prolifèrent parce que l'on croit qu'une idée peut être rendue plus exacte si l'on emploie plus de mots : plus on en dit, et plus on a de choses à dire<sup>98</sup>.

Le troisième corollaire de la correspondance entre le langage et l'information qu'il véhicule — la littéralité possible de l'interprétation — rejoint les deux premiers. Si le sens peut être transmis par des mots soigneusement définis portant sur des énoncés de fait détaillés, l'interprétation des règles juridiques peut dès lors être réduite à un exercice de déchiffrement. Cette conception de l'interprétation découle de la caractéristique discursive du langage, à savoir qu'il est possible de présenter l'expérience humaine comme une série d'événements discrets et indépendants. D'après cette théorie, la signification juridique est définie et détachée de son objet. Même dans le déchiffrement des « étiquettes », on estime qu'il n'existe aucune possibilité de sens tacite<sup>99</sup>. D'après cette théorie, en utilisant des termes généraux et des déclarations d'intention et en refusant de définir les mots de façon exhaustive, on encourage tout simplement l'interprétation arbitraire. C'est parce qu'ils croient que le langage précis peut rendre l'interprétation plus objective que les avocats préfèrent la quatrième formulation de la règle susmentionnée.

Aux fins de cette étude, il est inutile de démontrer les faiblesses de cette conception du langage; qu'elle soit justifiée ou non, elle a eu une influence énorme sur les avocats et sur les rédacteurs législatifs. Qui

plus est, ses conséquences pour les juges sont tout aussi importantes : plus les textes législatifs sont écrits de façon discursive, plus ceux qui les interpréteront seront tentés de rendre des jugements discursifs. Si l'art d'appliquer des règles consiste à leur donner un sens plus étendu que celui qu'en avaient dégagé les interprétations précédentes, le discours interprétatif correspond à l'équivalent littéraire de la peinture par numéros. Les textes discursifs ne font qu'engendrer plus de discours sans pour cela ajouter de sens. En dernière analyse, la prolifération de textes législatifs détaillés s'explique par le fait que, pour le législateur comme pour l'interprète, toute connaissance est traduite par le mot.

### *La théorie de la réglementation et la forme juridique*

Il est tentant de dire que la question du recours de plus en plus fréquent à la législation déléguée ne constitue qu'une conséquence prévisible de l'accroissement de l'intervention réglementaire de l'État. Cependant, les statistiques à l'appui de cette thèse sont équivoques : tout ce que l'on peut dire, c'est que la régulation apparente a augmenté au Canada. Qui plus est, cette théorie ne tient pas compte de l'évolution dans le recours à des règlements connus qui ne constituent pas une véritable régulation au sens classique du terme. Au XIX<sup>e</sup> siècle, les gouvernements avaient surtout recours à la loi (pour fonder des organismes, octroyer des concessions ou uniformiser les conditions du marché) et à la propriété publique pour réaliser des objectifs d'administration publique de façon directe; aujourd'hui, ils poursuivent aussi ces objectifs de façon directe grâce aux déductions fiscales, aux participations au capital, aux placements directs, aux prêts, aux contingentements, aux marchés garantis, aux cartels, à la création de droits de propriété commercialisables, à des modifications législatives des règles de responsabilité, à la réglementation de secteurs de main-d'oeuvre, etc. Finalement, il n'est pas prouvé que la prolifération des règlements soit causée par la complexité technologique moderne ni par l'évolution des fonctions de l'État pour exploiter cette technologie. Il y a cent ans, le « certificat d'achèvement du chemin de fer », les « droits » sur les terres de la Couronne et les « concessions » d'exploitation du bois ou des ressources en eau constituaient des interventions de l'État dans des questions technologiques équivalentes; cependant, au lieu de recourir à une énorme masse de règlements, la régulation se faisait au moyen des manuels détaillés de normes des ingénieurs, des exigences professionnelles des teneurs de registres et des arpenteurs, et des procédures d'inspection pour mesurer les droits de coupe ou les débits des eaux.

Il est néanmoins impossible d'expliquer la prolifération des règlements par la simple substitution d'une forme de régulation gouvernementale explicite à une autre; cette croissance reflète plus que les changements survenus dans le recours à des moyens juridiques afin de

s'adapter à une évolution théorique préalable du genre de celle que nous avons décrite dans les sections précédentes. Pareil point de vue serait non seulement fondé sur une conception naïve de la causalité en matière de relations sociales<sup>100</sup>, mais encore il ne traduirait pas l'évolution des attitudes du public eu égard au rôle de l'État, ni les pressions imposées aux gouvernements pour restructurer l'exercice du pouvoir privé. Autrement dit, parallèlement à cette apparence accrue de la régulation, on a pu voir une nette croissance du nombre et de la portée des initiatives gouvernementales directes. Cela signifie-t-il qu'il y a eu une augmentation réelle de l'intervention réglementaire de l'État? C'est une question que nous analyserons de façon approfondie dans la prochaine partie de cette étude.

Pour l'instant, il suffit de rappeler les raisons pour lesquelles le recours aux règlements est devenu la forme la plus fréquente de régulation. Selon la théorie politique libérale minimaliste, il faut recourir à la loi pour instaurer des régimes d'obligations et de droits afin d'établir l'ordre social, là où un règlement est nécessaire en dehors des lois du marché (règle par conséquent non judiciaire); la théorie du positivisme étatique pragmatique suggère la forme normative que cette loi doit prendre; la philosophie du langage discursif encourage à croire que les mots peuvent être parfaitement définis et que la précision dans la formulation des règles de droit peut conduire à des décisions objectives. Ces facteurs sont sans aucun doute parmi ceux qui ont entraîné la révolution dans la forme de l'intervention réglementaire depuis la guerre. Reste à savoir si une contre-révolution théorique pourra produire une réduction du volume des règlements.

## **L'avenir de la réglementation**

Quelle que soit notre orientation politique, il est difficile de ne pas être pessimiste au sujet de l'avenir de la réglementation par l'État au Canada. En premier lieu, il y a peu d'indications que les Canadiens aient une meilleure compréhension des principales forces sociales qui ont contribué à la croissance du gouvernement depuis 1945 : aujourd'hui, la plupart des citoyens croient encore moins que par le passé que les conceptions traditionnelles de la liberté contractuelle, la responsabilité et la propriété privée assurent la répartition équitable de la production économique dans la société; les entreprises canadiennes tendent à compter sur les subventions gouvernementales et l'assistance publique beaucoup plus qu'à toute autre époque; et la culture, l'écologie et la santé publique sont des préoccupations sociales auxquelles on accorde manifestement la priorité.

En deuxième lieu, il n'est pas prouvé que les principales perspectives théoriques qui ont contribué à notre situation actuelle ont perdu leur importance pour les avocats et les législateurs : les théoriciens de la

déréglementation ont affiché des conceptions de l'État, du droit et de la langue identiques à celles des tenants de la réglementation; les avocats de la pratique privée continuent à décrier à la fois le phénomène de la discrétion administrative, qui n'est freiné par aucune règle, et le problème de la masse de règlements; enfin, l'évolution constitutionnelle actuelle, témoin la *Charte canadienne des droits et libertés*, voilà autant de facteurs qui modifient les idées conventionnelles sur le rôle du droit et de l'État<sup>101</sup>.

Autrement dit, tant que les initiatives réglementaires ne sembleront être qu'une intervention législative économique *ex post facto* (c'est-à-dire que l'on croit que le marché est un phénomène naturel et non pas une politique particulière de régulation étatique), et tant que les nouveaux diplômés en droit domineront le Parlement, les parlements provinciaux et la fonction publique (aussi longtemps que l'enseignement du droit sera fondé sur des conceptions fonctionnelles et positivistes du droit), nous verrons se perpétuer la pléthore de règlements, qui constituera le mode de régulation prédominant au Canada.

Évidemment, la plupart des auteurs continuent à croire que la régulation et les règlements pourront être refrénés par le recours à des formules juridiques. Nous analyserons plus loin les principales propositions à cet égard, mais il faut répéter qu'une plus grande quantité de lois ne signifie pas nécessairement moins de régulation; le fait de traiter les symptômes d'un problème de façon satisfaisante ne sous-entend pas que l'on ait réglé le problème lui-même. En outre, l'excès de régulation ne peut pas être corrigé par le remplacement du gouvernement omniprésent que nous connaissons par un pouvoir judiciaire tentaculaire qui accroîtrait le contrôle judiciaire des actes administratifs.

La question à régler n'est pas tant de savoir comment circonscrire l'exercice du pouvoir de l'État que de trouver comment encourager une utilisation sensée et adaptée de ce pouvoir. En effet, il ne faudrait pas oublier que la déréglementation est autant une stratégie de régulation étatique que la législation déléguée elle-même. En réalité, la déréglementation consiste dans l'expansion et non dans la restriction de la discrétion réglementaire non contrôlée par la substitution de propriétaires aux fonctionnaires d'État en tant que titulaires du pouvoir délégué, et par le développement du marché, par opposition aux procédures administratives officielles, à titre de processus administratif. Dans les dernières sections, nous traiterons des conditions et des modalités de la déréglementation en tant que stratégie réglementaire.

### ***La croissance de l'État et la régulation***

Jusqu'à présent, dans notre étude, le phénomène actuel de la croissance de l'État n'a pas posé de problème particulier. On a surtout cherché à expliquer pourquoi il existe plus de lois (surtout de règlements) de nos

jours qu'en 1945. Maintenant, il convient cependant de voir les divers modes d'expansion de l'État lui-même. Pour mieux comprendre l'évolution des tâches de l'État, il conviendrait de voir comment la réglementation a changé de secteur. Comme un auteur a pu le dire :

[. . .] d'une façon dont on n'aurait pas eu idée il y a une génération ou deux, les pouvoirs publics sont devenus les gardiens du bien-être de la société dans presque tous ses aspects matériels et sociaux. À cette fin, une structure énorme de services de santé, d'éducation, de logement, de sécurité sociale, d'assistance, de protection du milieu et d'autres services collectifs a été créée, structure qui touche la vie et les biens de tous. Pour la gérer, une vaste bureaucratie s'est aussi installée. Ainsi, maintenant, dans ses rapports avec l'État, le citoyen se heurte-t-il à toutes sortes de commissions, d'organismes et de services investis de pouvoirs très étendus<sup>102</sup>.

Comme pour la définition du terme anglais *regulation*, un facteur qui complique l'analyse est le manque de consensus sur ce qui constitue « l'État ». Aux fins de notre discussion, le terme *État* signifie tous les pouvoirs législatifs et exécutifs octroyés à un membre de la fonction publique ou à un organisme en vertu d'une loi ou d'une prérogative de la Couronne et qui visent les droits et les privilèges des citoyens<sup>103</sup>. L'État correspond alors non seulement à la fonction publique et aux autres organismes administratifs (l'État tentaculaire), mais aussi à l'inspecteur, au teneur de registres, au commissaire et au surintendant (les autorités administratives au sens restreint) qui exercent un pouvoir particulier conféré par la loi.

Il est courant d'imputer la croissance de l'État à des facteurs comme le désir des partis politiques d'augmenter leur pouvoir et de créer des emplois à répartir aux favoris politiques. Or, un tel cynisme n'est guère justifié. La plupart des interventions gouvernementales sont entreprises en réponse aux pressions de l'électorat (canalisées par les partis politiques) qui demande à l'État de prendre la responsabilité des services qui étaient auparavant inconnus ou redoutés<sup>104</sup>. Autrement dit, l'explication de la croissance de l'État ne réside pas tout à fait dans les demandes de régulation du marché; elle se trouve plutôt dans le changement de perception du rôle des institutions sociales. À cet égard, on peut mettre en évidence au moins cinq tendances générales<sup>105</sup>.

Pour commencer, à mesure que la société s'ouvre, l'interaction entre ses collectivités se complique; l'État est ainsi appelé à remplir une série de nouvelles fonctions publiques. À l'époque où la famille, la paroisse ou le canton était la cellule sociale centrale dans la vie d'une personne, de nombreux services pouvaient bien être laissés à l'initiative privée, et la coordination hiérarchique n'était pas nécessaire entre les collectivités. Par exemple, il n'est pas vraiment justifié d'avoir toute une bureaucratie pour les services de sécurité, les routes, les médias, les installations de loisirs, le traitement des déchets, etc. dans des villes de 5 000 à 20 000 habitants. Cependant, aujourd'hui, la cellule fondamentale de la vie

sociale est devenue l'Etat national ou provincial. La perte d'intérêt local s'accompagne de la baisse de participation personnelle aux projets de la collectivité. Si la régulation des ports, des aéroports, des routes, de l'électricité et de la police continue d'être exercée par notre institution sociale la plus importante, celle-ci n'est plus un organe de démocratie directe mais plutôt une institution représentative, à savoir le Parlement. Une fois que s'est instaurée la coordination centralisée de l'entreprise publique, il est pratiquement inévitable que tout nouvel événement de nature publique (indépendamment du fait qu'il soit accessoire au bien-être de la société) soit considéré comme nettement gouvernemental. Par conséquent, aujourd'hui, la construction de complexes de loisirs et de stades sportifs est devenue prioritaire pour les pouvoirs publics.

Un deuxième facteur qui a contribué à l'expansion de l'État est le déclin de deux associations de bénévoles qui assumaient traditionnellement la charge des services sociaux : la famille et l'Église. L'expression « famille nucléaire » décrit bien l'atrophie de la première. Les personnes âgées, les orphelins, les déficients, les psychopathes et les handicapés ne sont plus soignés par les parents; des installations perfectionnées, fortement bureaucratiques et gérées par l'État sont maintenant nécessaires pour donner ces services qui auparavant étaient organisés selon les besoins dans le contexte familial. En outre, l'influence moindre de l'Église et l'orientation différente de l'expérience religieuse signifie qu'aujourd'hui les soins médicaux, l'enseignement et l'assistance publique ne sont plus la responsabilité de ces groupes privés. Lorsque la religion perd sa mission sociale (et devient uniquement un exercice spirituel), ses tâches temporelles disparaissent d'autant : on a désormais substitué aux hôpitaux, aux écoles secondaires et aux collèges confessionnels des équivalents financés par l'État; les organisations de bienfaisance et les activités de redistribution économique comme les kermesses ou les dîners de charité ont, en général, été remplacées par divers programmes de bien-être social.

Une réorientation substantielle de notre perception de la relation entre le capital et le travail dans la société industrielle a constitué un troisième facteur d'incitation à l'intervention de l'État. Alors que les notions de propriété privée et de liberté contractuelle ont commencé à régir la théorie de la relation entre maître et domestique au début du siècle au Canada, (lorsque la propriété de biens en immobilisations — les terrains, par exemple — n'entraînait pas de responsabilité sociale envers les locataires et lorsque le concept du contrat fut étendu au travail), nous nous tournons actuellement vers l'État pour qu'il réglemente le contenu de la relation de travail (l'État agirait explicitement pour empêcher l'exploitation d'une manière identique aux interventions implicites coutumières — habituellement inutiles — propres à la société pré-industrielle). Non seulement les organismes d'État supervisent la négociation collective, mais encore ils exercent une surveillance par le

truchement des lois sur les normes du travail, les taux de salaire de base, le nombre d'heures de travail et les normes de sécurité ou de salubrité au travail. En fait, presque tous les incidents du travail sont maintenant régis par une forme ou une autre de contrôle gouvernemental. Lors de la période d'apprentissage, les commissions d'État organisent des programmes de formation et de recyclage; au cours de la carrière, d'autres commissions gèrent des régimes d'indemnisation des accidents industriels et des fonds de sécurité du revenu en cas de chômage; les pouvoirs publics administrent divers régimes de retraite pour offrir un revenu garanti aux personnes qui ont cessé de travailler.

La régression de la base agricole et l'industrialisation de la société canadienne sont d'autres facteurs qui ont contribué à la croissance de l'État. Plus la société s'urbanise, plus le travail est divisé; plus une collectivité devient dense, plus il est nécessaire d'avoir des structures pour empêcher les abus de la relation entre voisins. Les trottoirs, les égouts, l'enlèvement des ordures, l'adduction d'eau et la protection contre l'incendie sont tous des éléments qui font partie de la vie urbaine, et chacun est maintenant devenu la responsabilité d'un organisme gouvernemental fondamental. Un dernier produit de l'urbanisation a été le recours de plus en plus grand au contrat explicite comme façon d'acquiescer les moyens de survivre et de vivre confortablement. Alors que le contrat remplace de plus en plus les relations d'échange coutumières, les possibilités de transactions léonines augmentent : la loi de protection du consommateur, les garanties des nouveaux domiciles, les lois sur les locataires et locataires, le contrôle des loyers, l'enregistrement des agences de voyage, l'inspection des viandes et des légumes, l'analyse des drogues et médicaments, etc. sont des exemples de la surveillance exercée par les pouvoirs publics sur les négociations privées.

Un cinquième facteur général qui a poussé les pouvoirs publics à assumer de nouvelles fonctions est le fait de comprendre que les ressources de la société, à la fois naturelles et industrielles, sont limitées. Ce phénomène a causé une certaine préoccupation dans les industries primaires, où le coût réel d'une affaire peut, dans une large mesure, être extériorisé. Par conséquent, la surveillance directe sur ces aspects de l'économie par le seul acteur social qui soit incapable d'externalisation des coûts a augmenté; l'État est poussé à surveiller les pêches, les forêts, l'exploitation de l'énergie et l'utilisation des eaux afin de lutter contre la pollution ou l'épuisement de ces ressources. Qui plus est, l'économie nationale est considérée comme une ressource à protéger contre toute manipulation par des organismes non responsables, comme des sociétés multinationales et des États étrangers; dans cette perspective, le gouvernement réglemente maintenant encore plus en détail les importations et les exportations, les banques, la commercialisation des produits agricoles, l'acquisition des terrains et les taux d'intérêt. Inévitablement, les pressions exercées sur l'État pour qu'il soigne l'économie canadienne,

c'est-à-dire qu'il contienne le chômage, mette fin à l'inflation ou la réduise, et limite les taux d'intérêt, ont entraîné une planification économique de plus en plus centralisée. La création récente de l'Agence d'examen de l'investissement étranger et des tribunaux anti-inflation sont des exemples de l'étendue de la planification centralisée.

Bien que le compte rendu qui précède constitue de toute évidence une simplification, il est indéniable que de profonds changements sociaux ont créé un climat où l'État moderne et tentaculaire peut être florissant. Tandis que des suppositions théoriques ont conduit les décideurs à compter de façon excessive sur les lois et les règlements comme instruments de réalisation des initiatives économiques de l'État, d'autres facteurs sociaux ont poussé les gouvernements à réglementer directement divers secteurs économiques, au lieu de déléguer des pouvoirs discrétionnaires à des parties privées ou aux tribunaux au sein d'un cadre conceptuel général de régulation. Toute leçon générale que nous a donnée l'expérience des quarante dernières années sur les modèles de politique réglementaire de l'État sera traitée ultérieurement. À ce stade-là, nous proposerons un cadre conceptuel qui permette de lier la forme de la réglementation à son fond. Cependant, pour le moment, il convient de revenir à la question du contrôle de la réglementation; comment, si tant est que cela soit possible, les processus légaux de l'activité économique gouvernementale peuvent-ils être améliorés par le truchement de la législation déléguée?

### ***Le contrôle juridique de la réglementation : quelques propositions et problèmes***

Comme nous l'avons déjà signalé dans la présente étude, les stratégies actuelles de la régulation de la réglementation sont conçues, pour la plupart, pour imposer des contraintes plus juridiques que bureaucratiques. Qui plus est, eu égard aux présuppositions théoriques sur lesquelles elles reposent, il est clair qu'elles n'apporteront aucune amélioration au monde de la réglementation canadienne. Plutôt que de présager un recours plus subtil et plus nuancé aux instruments juridiques d'État, ces stratégies nous ramènent aux forces du marché en tant que processus primaire de réglementation. Toutefois, vu leur popularité actuelle, elles méritent une brève considération.

Les propositions les plus populaires pour la réforme de la réglementation peuvent être classées en quatre types principaux : 1) *la surveillance accrue* — on estime que toutes nouvelles initiatives de réglementation devraient être assujetties à un plus grand contrôle a priori; 2) *la déréglementation* — les auteurs prétendent que la masse de règlements existants devrait être diminuée ou être laissée à sa mort lente; 3) *l'analyse de la réglementation* — les critiques soutiennent que les procédures de réglementation gouvernementale devraient être restructurées, huma-

nisées et, de façon générale, adoucies; 4) *la légalisation* — on propose de faciliter un contrôle *ex post facto* par les tribunaux<sup>106</sup>.

Il est certain que, prises dans leur ensemble, ces initiatives modifieront considérablement les caractéristiques formelles de la réglementation canadienne. Mais elles présupposent toutes ce même point de vue restreint sur la réglementation qui a déjà été critiqué, car ce qui fait l'objet d'une réévaluation est seulement la régulation par les lois et les règlements et non pas la structure de réglementation dans son ensemble.

**La surveillance accrue** De nombreuses propositions envisagent de rendre plus officielles les conditions préalables à toute nouvelle initiative de réglementation. On peut définir les pouvoirs en place (l'exécutif, le législatif et les parties assujetties à la surveillance) selon deux axes d'évaluation, soit économique, soit juridique. Premièrement, on estime que le contrôle exercé par l'exécutif, grâce à l'évaluation des répercussions socio-économiques et au renvoi obligatoire à un tribunal administratif, assurerait l'efficacité économique et la validité juridique des règlements proposés, si ce n'est la diminution effective du nombre de nouvelles initiatives réglementaires. Le premier processus pourrait très bien produire des programmes plus rentables et le dernier, des règlements plus valables sur le plan technique (dans la perspective d'un avocat), mais cette couche supplémentaire de bureaucratie ne serait pas vraisemblablement capable de faire une meilleure utilisation des autres solutions non législatives. En réalité, si elle était menée à bien, cette stratégie pourrait produire une structure de réglementation qui serait efficace par opposition à la situation actuelle, où la réglementation inefficace sur le plan du fond mène à une quantité imposante d'exigences en matière de contrôle<sup>107</sup>.

Un deuxième thème relatif au contrôle est celui de l'accroissement du rôle du Parlement dans le processus de réglementation. On a souvent proposé la création d'un comité permanent habilité à contrôler l'ensemble du processus de réglementation pour étudier la politique des règlements particuliers d'après leur bien-fondé et évaluer le rendement des organismes. Si le modèle de la rationalité politique est plausible, il reste que plus ce comité aura une stature imposante, moins il sera à même de simplifier les règlements, voire d'y mettre un frein. En réalité, il deviendra une arène politique qui fera concurrence au Parlement dans le parrainage de nouvelles initiatives<sup>108</sup>.

Un dernier aspect des réformes visant le contrôle des nouveaux règlements comporte des propositions en vue d'une meilleure consultation des groupements d'intérêt. Il a été proposé que les réglementateurs tiennent une liste des parties intéressées auxquelles des avis peuvent être envoyés. De plus, on propose de recourir à la dissémination périodique des calendriers de réglementation et à la compilation d'un index des règlements afin de faciliter l'accès aux réglementateurs et la rédaction de

règlements réfléchis. Un complément qui est souvent recommandé à ces procédures officielles serait la publication des avant-projets de règlement pour qu'ils soient commentés et la tenue d'audiences publiques afin d'étudier leur opportunité. De façon à encourager la participation la plus vaste à ces consultations, certains estiment aussi d'une importance cruciale que l'État assure le financement des groupements d'intérêts publics. Là encore, il est peu vraisemblable que ces propositions entraînent la diminution du nombre des règlements. En fait, la participation accrue du public au processus politique accroit, au lieu de le diminuer, le volume du produit ainsi créé<sup>109</sup>.

Chacune de ces propositions est visiblement conçue pour rationaliser le processus de réglementation et, en particulier, l'élaboration des règlements; cependant, en réalité, chacune d'elles contribue à rendre la régulation encore plus bureaucratique. L'ironie est frappante. Tandis que la conception libérale de la primauté du droit dans l'État a conduit, à l'origine, à la création d'organismes où travaillaient des bureaucrates considérés comme des experts techniques politiquement indépendants, les propositions les plus récentes ont eu pour effet de reconnaître et d'encourager le caractère politique de l'élaboration de règlements<sup>110</sup>. Autrement dit, les stratégies actuelles visant à la surveillance des nouvelles interventions réglementaires ne feront sans doute que rendre plus parlementaire un processus conçu au début pour atténuer les éléments de dysfonctionnement dans ce processus même. Ici, la recherche de lois moins rigides entraîne exactement l'inverse du but recherché.

**La déréglementation** Les tenants de la réforme de la régulation proposent aussi des moyens de réduire la masse actuelle des règlements. Nombreux sont ceux qui considèrent que les dispositions de temporisation, qui sont déjà employées dans la *Loi sur les banques*, devraient être utilisées plus fréquemment. Cependant, la simple prolongation année en année de la *Loi sur les banques*, sans modification de fond, a montré l'utilité limitée de ces dispositions de temporisation. Qui plus est, l'exemple de la métamorphose de la Commission de contrôle des prix dans l'alimentation en la Commission anti-inflation montre que l'expiration imminente du mandat d'un organisme produit souvent une redéfinition, habituellement plus étendue, de ses objectifs. En cas d'échec de cette redéfinition (lorsqu'un organisme disparaît), ses fonctions, elles, ne disparaissent pas mais sont simplement transférées à un autre organisme. Ainsi, l'abolition de la Civil Aeronautics Board aux États-Unis, organisme qui réglementait auparavant les prix et les conditions d'entrée dans les transports aériens a seulement signifié qu'un contrôle a priori est maintenant exercé par les fonctionnaires fédéraux qui accordent des crédits d'emprunt; les réorganisations autorisées devant la cour de la faillite imposent une surveillance a posteriori. Dans ces cas-là, la déréglementation équivaut simplement à une nouvelle forme de régulation<sup>111</sup>.

La vente des sociétés de la Couronne est une autre méthode de déréglementation souvent recommandée. Bien que la privatisation, strictement parlant, ne constitue pas une déréglementation, le résultat est le même sur le plan fonctionnel. La vente de Pétro-Canada, du Canadien National, d'Air Canada et de Via Rail, pour ne citer que quelques exemples, peut à l'origine sembler être un retrait de la part du gouvernement. Mais la concurrence quasi commerciale que ces organes de réglementation instaurent sera vraisemblablement assumée par des régimes législatifs de normes et de surveillance<sup>112</sup>. En outre, plusieurs des autres objectifs que poursuivent indirectement les sociétés de la Couronne, en matière de politique publique, se trouveraient sacrifiés. À titre d'exemple de la diversité des secteurs touchés par les règlements appliqués par les sociétés de la Couronne, on peut se demander comment le gouvernement pourrait mettre en oeuvre une politique qui favorise l'égalité des salaires pour les femmes, l'absence de discrimination, les régimes de retraite, les systèmes favorisant l'achat de produits canadiens, etc., s'il ne pouvait influencer sur les marchés indirectement par l'intermédiaire des sociétés de la Couronne.

Une autre proposition visant à élarger la réglementation consisterait pour le Parlement à supprimer le financement de l'inspection et de l'application de divers organismes de façon à les conduire à rendre leurs règlements plus pratiques. Cette proposition consiste foncièrement à appliquer les principes du marché à la réglementation, comme s'ils n'étaient rien de plus qu'un objet de consommation. Il s'agit là d'une idée assez intéressante, surtout pour les dirigeants de petites entreprises qui se sentent dépassés quand les ressources financières considérables de l'État sont affectées à la mise en application d'une politique de réglementation. Cependant, ces budgets réduits bénéficieraient avant tout aux contrevenants importants (qui peuvent résister plus longtemps aux pouvoirs publics) et détourneraient les effets de l'effort vers les plus petits contrevenants. Le harcèlement des petits commerçants (non pas des grandes sociétés) en raison de la politique linguistique du Québec en constitue une preuve indéniable. En outre, les possibilités d'application ponctuelle et discriminatoire sont accrues lorsque les ressources d'application sont insuffisantes pour contrôler toute contravention aux normes réglementaires. Par ailleurs, des modifications des règles de responsabilité destinées à faciliter leur application dans le secteur privé — en quintuplant les pénalités minimales et en organisant leur paiement non pas à l'État mais à des procureurs privés — ainsi que d'autres privatisations de l'application, exposeraient ceux qui sont assujettis à la surveillance à un harcèlement encore plus grand<sup>113</sup>.

Les propositions en vue de réduire l'arsenal actuel des règlements ne visent pas toutes à faire abandonner ce domaine par le gouvernement. On préconise souvent d'entreprendre des études sur l'efficacité des programmes existants afin de remplacer l'auto-réglementation par des lignes directrices, la pression des pairs, les ententes et même les normes

consensuelles; autrement dit, on prône la négociation et la consultation avec les industries réglementées et les groupements plutôt que l'imposition de normes réglementaires<sup>114</sup>. Ces propositions sont des options intéressantes dont nous envisagerons l'implantation éventuelle ultérieurement.

**L'analyse de la réglementation** Une troisième orientation, fort populaire, de la réforme de la réglementation consiste à améliorer la mise en oeuvre des régimes administratifs. Les modifications structurelles les plus fréquemment invoquées sont le meilleur accès à l'information, la diminution de la paperasserie, un service particulier pour les organismes gouvernementaux, l'amélioration de la refonte des règlements — qui deviendraient ainsi plus accessibles —, la souplesse au lieu de la confrontation dans l'application, la consultation préalable des parties visées par la surveillance, et le financement des groupements d'intérêts publics<sup>115</sup>. Chacune de ces recommandations est conçue pour encourager les autorités à nourrir des espoirs réalistes, à éviter l'affectation externe des coûts de la réglementation par le gouvernement et à faciliter la négociation politique des interventions réglementaires, même dans les détails. Il s'agit là d'excellentes idées qui devraient être poursuivies avec vigueur car elles visent toutes à améliorer la bureaucratie de l'intérieur.

La proposition la plus radicale pour l'amélioration des procédures administratives obligerait les réglementateurs à supporter les frais entraînés par l'obligation de respect des normes réglementaires qui viennent s'ajouter aux frais d'exploitation normaux. On prétend que si un organisme devait assumer les frais causés par les règles qu'il édicte, il serait plus sélectif et il en résulterait une administration plus raisonnable. Cependant, dans la réalité, cette proposition signifie que le coût de la réglementation passerait du dernier consommateur des biens et des services visés par les règlements à la société en général. Loin de correspondre au thème général de la déréglementation qui consiste à faire « payer l'utilisateur », cette réforme de la réglementation permettrait effectivement aux parties assujetties à la réglementation de faire supporter à l'ensemble des citoyens le coût de l'avantage que ces règlements procurent à leurs clients. Ce processus de transfert constitue, bien sûr, la tactique commerciale courante pour obtenir un avantage concurrentiel sur ceux qui ne peuvent faire supporter leurs frais de participation au marché à d'autres<sup>116</sup>.

**La légalisation** Une dernière rubrique à l'ordre du jour de la réforme de la réglementation est celle de la promotion de mesures de surveillance *ex post facto* grâce au contrôle judiciaire. Les avantages et les inconvénients de cette stratégie font depuis longtemps l'objet de discussions; nous n'en ferons donc pas l'analyse ici<sup>117</sup>. Il importe toutefois de souligner le conflit d'intérêts que présuppose le contrôle judiciaire. Les cours

de surveillance n'ont jamais toléré la même souplesse de la part des décideurs administratifs que de celle des décideurs judiciaires. Si l'on imaginait que la responsabilité de *common law* soit dévolue à un organisme de réglementation, il serait facile de prédire la réaction négative des tribunaux eu égard aux recours en équité comme la fiducie par détermination ou les autres évolutions de politique, d'une part, ou à l'ensemble du droit élaboré au cas par cas sans normes législatives, d'autre part<sup>118</sup>. Les tenants d'un contrôle judiciaire accru cherchent à englober le vaste arsenal des régimes et des programmes de distribution de l'État dans un cadre de justice corrective. Pour une raison curieuse, le système juridique du Canada continue à permettre l'évaluation de distributions dynamiques en fonction d'une norme statique. Aussi ne faut-il pas se surprendre que ceux pour qui le marché est un phénomène naturel considèrent de même le *common law*; ceux qui voient le marché comme une stratégie de réglementation particulière considèrent que le *common law* issu des tribunaux est un choix de réglementation particulier<sup>119</sup>.

L'analyste sérieux notera que nombre de ces recommandations de réforme de la réglementation sont, en fait, contradictoires. Certaines ont trait à l'usage accru de formes juridiques traditionnelles, à des réadaptations structurelles et à des procédures obligatoires (soit le contrôle imposé par l'État); d'autres tendent à une plus grande simplification des formes, au consensus et à la négociation (soit le contrôle volontaire du secteur privé). Du fait que les critiques de la réglementation s'attachent aux lois, ils ne voient pas le caractère indirect et officieux de la régulation actuelle; ils ne voient pas non plus la rationalité des formes d'équité procédurale qui ne correspondent pas aux usages contentieux classiques<sup>120</sup>.

Sur un plan plus élémentaire, il est évident que l'on décourage la régulation par le législatif et l'exécutif; on préconise cependant que le judiciaire s'occupe de la réglementation ou que celle-ci soit laissée intacte, ou en redonnant des secteurs importants à la compétence des tribunaux de *common law* (au lieu de les confier à des organismes dotés de mandats de politique précis) ou en améliorant les mécanismes de contrôle judiciaire; la plupart de ces propositions auront pour effet de faire des tribunaux les principaux réglementateurs du Canada. Il est ironique que les théoriciens de la déréglementation préconisent ouvertement un tel résultat sans admettre que de demander aux tribunaux de veiller à ce que le *common law* soit efficace revient à demander à des organismes d'en surveiller les « lacunes<sup>121</sup> ».

Enfin, on remarque que les propositions les plus courantes présupposent que la conception libérale de la primauté du droit dans l'activité de l'État permet de maintenir des mesures de contrôle suffisantes pour empêcher que n'augmente encore l'intervention réglementaire. C'est cependant cette même conception qui a engendré la situation que l'on déplore actuellement, où il est fait un recours excessif à la loi et au

litige<sup>122</sup>. Toute théorie libérale de la réglementation produit finalement une théorie libérale de la déréglementation; il ne s'agit rien de moins que d'une force irrésistible, une énigme insoluble. En effet, les propositions actuelles de contrôle de la réglementation montrent comment les perspectives théoriques qui ont donné naissance à la situation actuelle de la réglementation continuent à réduire les horizons et à masquer les solutions possibles.

Outre les propositions visant à remplacer les lois par d'autres moyens, comme des normes consensuelles, la réglementation volontaire et la négociation, et les propositions destinées à améliorer les bureaucraties chargées de la réglementation, grâce aux consultations préalables, à la diminution de la paperasserie et à la souplesse dans l'application par exemple, les solutions proposées présupposent toutes que l'on continue à utiliser la forme réglementaire. La législation déléguée et les dispositifs de normalisation et de surveillance demeurent le principal instrument, voire le seul, qui permette une nouvelle forme de régulation. En ce sens, la régulation responsable par la déréglementation est une chimère.

La nouvelle réglementation repose aussi sur les fausses oppositions (le public et le privé, le droit et la politique, la règle et le pouvoir discrétionnaire) qui ont servi de base à l'ancienne. En dernière analyse, la plupart des propositions de régulation juridique de la réglementation visent à recréer une mythologie où le pouvoir privé est rare, les marchés des arbitres efficaces — et objectifs — de l'échange et les distributions économiques initiales, justes. Évidemment, lorsqu'ils font face à ces implications des propositions actuelles prônant la déréglementation (y compris la privatisation), la plupart des partisans se retranchent dans une position plus modérée : le gouvernement devrait se retirer des secteurs économiques que l'entreprise privée peut exploiter de façon efficace. Il faut cependant se rappeler que la réalisation de la démocratie politique dépend, dans une large mesure, du remplacement du gouvernement public (et responsable) par une souveraineté privée (qui soit sa propre source de légitimation). Dans cette perspective, l'utilisation des ressources publiques pour accroître le pouvoir privé au nom de la déréglementation constitue un paradoxe. En effet, dans l'ensemble, la déréglementation n'est rien de plus qu'une nouvelle réglementation sans visage démocratique.

### *Les principes de l'association humaine et les formes de contrôle social*

Il n'est pas nouveau de soutenir en théorie politique que la création ou la réalisation d'un État politique par toute collectivité ou société donnée constitue un acte de réglementation<sup>123</sup>. Cependant, ses implications pour l'analyse de la réglementation ont été laissées de côté en grande partie. Tout d'abord, de ce point de vue, la loi parlementaire n'est pas

considérée comme le seul moyen légitime pour le gouvernement d'établir un ordre social. De plus, l'économie de marché moderne semble être, en soi, une création réglementaire, et les instruments juridiques qui la créent et la font valoir sont considérés comme des manifestations de la politique administrative. En outre, la création de tribunaux (par opposition à quelque autre institution) pour régler les conflits apparaît comme un choix politique particulier; autrement dit, on peut voir le *common law* comme une délégation de l'autorité discrétionnaire par l'État à ses tribunaux pour élaborer — cas par cas, dans des domaines particuliers des rapports humains — les principes d'une conception statique de la justice corrective entre parties du domaine privé.

Cette perspective du progrès social explique aussi pourquoi le vocabulaire actuel de la régulation a une résonance particulière. L'expansion du *common law* au cours des quatre derniers siècles montre comment la politique réglementaire de l'État a produit le régime juridique que nous connaissons aujourd'hui et comment le pluralisme des compétences a permis de donner un système adapté qui offre plus d'un recours judiciaire privé aux parties en présence, recours qui font appel à des principes différents de justice distributive<sup>124</sup>.

Les lois sur l'organisation judiciaire du XIX<sup>e</sup> siècle (et leur équivalent fonctionnel dans les ressorts civils — la codification) ressemblent donc à des mécanismes qui suppriment le pluralisme judiciaire et cristallisent une certaine conception du domaine de la justice corrective. Autrement dit, ces évolutions juridiques ont marqué le point de vue purement contingent de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle sur le marché et la théorie économique d'une fausse empreinte de nécessité, voire de permanence<sup>125</sup>.

Une fois que la création de l'économie de marché et de l'État libéral est placée dans la perspective de la théorie politique, on peut régler une bonne partie des dilemmes causés par la régulation au XX<sup>e</sup> siècle. On peut se servir de deux cadres : d'une part, il est nécessaire de voir pourquoi les sociétés élaborent des structures politico-juridiques de plus en plus officielles et générales et, à cet égard, d'étudier ce qu'on pourrait définir comme principes de l'association humaine; d'autre part, les processus effectifs par lesquels ces principes d'association sont instaurés dans les interactions humaines doivent être éclaircis : là, il s'agit de voir surtout quel serait le déploiement optimal des diverses formes de contrôle social. Ces sujets d'analyse complémentaires devraient, ensemble, jeter les bases d'une stratégie de réforme de la réglementation<sup>126</sup>.

On peut tirer certaines conclusions générales sur les modèles d'organisation sociale en analysant les cinq tendances évoquées dans la première partie de la présente section. Par exemple, le fait que se soit déplacé l'objet des engagements individuels les plus profonds, à partir de petits endroits où l'on connaissait tous ses voisins pour aller à de grandes unités où l'on passe une grande partie de son temps à traiter

avec des étrangers, a modifié les éléments fondamentaux de la relation sociale. C'est là, bien sûr, le thème que Maine avait développé dans sa thèse si souvent mal interprétée selon laquelle l'évolution du droit est illustrée par le remplacement progressif du statut par le contrat. Une notion plus subtile de cette thèse serait qu'au fur et à mesure de la disparition des structures sociales (c'est-à-dire qu'au fur et à mesure qu'une personne développe des cercles d'interaction différents dans son emploi, son lieu de résidence, sa famille, sa religion, ses loisirs, etc., ses relations ne tendent pas tant à être fondées sur une organisation tacite et sur des objectifs communs, mais sur une réciprocité ou un échange explicites. Tout d'abord, une perception plus aiguë de l'importance de la liberté négative et de l'égalité théorique caractérise les relations fondées sur l'échange, ensuite, le désir de recréer un sentiment d'appartenance collective (la liberté positive) et d'égalité fondamentale se réaffirme par les revendications des citoyens auprès de la seule institution générale vouée à la réalisation d'objectifs communs — l'État.

L'altération de la famille et de l'Église est aussi illustrée par la structure sociale. Les relations interpersonnelles sont canalisées à la fois par le truchement d'associations volontaires et obligatoires, les premières servant à procurer en général les luxes de la vie, d'ordre tant matériel que spirituel, tandis que les dernières permettent d'obtenir les nécessités. Le déclin de la famille et de l'Église n'est que la transformation intellectuelle de ces institutions, passées du champ de l'obligatoire à celui du volontaire. Lorsque la population adulte ne considère plus obligatoire d'appartenir à la famille au sens étendu du terme ou à une Église, les fonctions fondamentales que ces institutions remplissaient auparavant sont transférées aux institutions auxquelles l'adhésion est considérée comme obligatoire. À partir de l'âge de la majorité, pour la plupart des Canadiens, l'État demeure la seule association à laquelle l'adhésion ne soit pas volontaire.

L'évolution de la perception du lien entre une personne et son travail constitue une troisième caractéristique de l'évolution de la société du XX<sup>e</sup> siècle. Avant la révolution industrielle, il était inconcevable qu'une personne vende tout simplement son travail, car toute relation de travail supposait une relation sociale : la relation maître/domestique, chevalier/vassal, fermier/ouvrier agricole, client/procureur, patient/médecin, etc. Lorsqu'on a découvert que les notions de contrat pouvaient être appliquées aux conventions collectives, la capacité de travail de l'individu en a été réduite à une denrée fongible. Les gens sont devenus des unités de production discrètes et, au lieu d'avoir pour objectif quotidien de « faire de son mieux », on en est venu à « faire son travail ». Une moralité de l'obligation (où, pour mériter des louanges, il suffit d'avoir respecté les normes minimales d'exécution) a remplacé la moralité de l'aspiration comme critère pour les employés. Quant à la conduite idéale de l'employeur, il ne s'agirait aussi pour lui que de satisfaire à des exigences

minimales. Aucune moralité d'aspiration n'a pénétré dans l'éthique de gestion, vu que la sécurité au travail, les régimes de retraite, l'indemnisation des accidents du travail, etc. sont devenus simplement matières à négociation.

L'urbanisation et l'industrialisation entraînent une division du travail très accentuée et, partant, des formes particulières de structures juridiques. Moins on est en mesure de se procurer soi-même les biens et services de base de la vie, plus il se développe des relations d'échange. Autrement dit, la multiplication des contrats exécutoires en tant que lien entre des non-commerçants est proportionnelle au nombre de personnes avec lesquelles on doit transiger dans la vie quotidienne. Dans les sociétés rurales, les relations définissaient la portée de l'échange : la négociation et le marchandage n'étaient pas explicites et ne portaient pas sur des questions de détail. Toute relation contractuelle était vraisemblablement tacite, générale et plus du genre « Voulez-vous devenir *mon* . . . (fournisseur, acheteur, meunier, expéditeur, ouvrier, etc.) » que du genre explicite et discret où on dirait « Voulez-vous vendre, acheter, moudre, expédier, moissonner *ce produit* pour moi? » De toute évidence, l'évolution des conceptions en matière de contrats de mariage, par exemple, illustre parfaitement l'idée plus générale.

Lorsqu'on a compris que les ressources ne sont pas illimitées, on acquiert du même coup une meilleure perception du problème de l'extériorisation, et cela entraîne une cinquième tendance dans les principes qui régissent l'organisation sociale. Du fait que, par nature, les marchés encouragent l'extériorisation, on considère que l'État, à savoir la seule institution qui est incapable de faire supporter les coûts de l'économie tout entière à un organe externe, devrait avoir l'autorité de décider dans une économie donnée où la charge de l'extériorisation devrait être transférée. La centralisation économique est fondée sur l'idée que toutes les décisions sociales sont polycentriques, du moins dans la mesure où un ensemble de solutions partielles à des problèmes particuliers n'est pas la façon de donner des solutions globales à des problèmes majeurs. Bien entendu, cette idée correspond tout à fait à la théorie du progrès particulière au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècles, selon laquelle la grande organisation est synonyme de qualité, la technologie est essentielle, et les experts avec leurs solutions magiques sont ceux qui détiennent la vérité. On croit que tous les problèmes peuvent être réglés avec le temps et l'argent nécessaires, mais cela va à l'encontre de l'expérience humaine courante, qui montre que les « solutions » ne font en général que déplacer les problèmes et que les problèmes disparaissent le plus souvent lorsqu'ils sont réglés indirectement.

Ces cinq tendances des structures sociales — la transformation : des institutions poursuivant des objectifs communs en des institutions qui favorisent la réciprocité; des associations obligatoires concurrentes en une seule et unique collectivité non volontaire; d'une moralité d'aspira-

tion en une moralité de l'obligation; des échanges officiels et coutumiers en des contrats officiels et discrets; d'une idée du progrès en tant que dialectique des moyens et des fins en une idée du progrès en tant que réalisation de solutions particulières — constituent des aspects d'une évolution fondamentale de ce que l'on pourrait appeler les principes de l'organisation de la société. Au cours des cent dernières années, nous avons assisté au remplacement graduel de l'éthique de la collectivité et de l'engagement mutuel par une éthique de l'individualisme et de l'affirmation des droits.

Bien qu'il ne soit pas de notre propos ici de présenter une analyse complète de cette tendance vers ce qui pourrait s'appeler un principe juridique, il convient de noter trois de ses effets sur la régulation de l'État<sup>127</sup>. Premièrement, lorsqu'une société est peu à peu dominée par le principe juridique, ses membres tendent à se préoccuper de plus en plus des règles officielles d'obligations et d'octroi des droits. La question de savoir s'il est juste d'agir de telle ou telle façon se résume à : « Est-ce légal ou non? » et « Ai-je le pouvoir de faire ceci ou cela? » Deuxièmement, le principe juridique conduit à des structures qui jugent des conduites en se fondant sur les actes et non pas sur les personnes; à l'exception de la loi relative à la sentence criminelle, nous appliquons des normes juridiques à des comportements et nous répugnons à établir des régimes qui dépendent d'une évaluation des personnes en tant qu'individus. Troisièmement, une tendance vers le principe juridique attache habituellement une abondance d'exigences procédurales strictes à l'affectation des avantages et des charges. Le pouvoir discrétionnaire et le jugement sont des processus dévalués alors que l'on voit se multiplier des processus réglementaires étape par étape (souvent sous forme de règlement judiciaire).

Ceux qui désirent une société plus simple et des relations sociales cimentées dans des objectifs fondamentaux partagés trouveront peu de consolation dans les pronostics que nous offrons ici, car si l'expérience des quarante dernières années nous a apporté une leçon, c'est bien que l'État a une capacité limitée (seulement en tant qu'institution juridique) à promouvoir l'engagement envers des objectifs communs. Ce n'est que lorsque l'État est aussi considéré comme institution sociale que ses formes juridiques se prêtent à la recherche du bien commun au lieu de l'organisation selon la réciprocité. La création d'un élément d'engagement partagé dans notre vie politique devrait, par conséquent, constituer l'objectif prioritaire de toute entreprise de réforme en matière de réglementation.

Ces brèves remarques sur les principes de l'association humaine nous permettent maintenant d'étudier l'institution optimale des divers processus de contrôle social. Autrement dit, comment les motifs qui attirent et retiennent les individus dans toute association sont-ils illustrés dans le recours aux processus de contrôle social grâce auxquels leur association

peut s'exprimer? A l'inverse, quelle est l'incidence d'un processus de contrôle social existant et utilisé sur la combinaison des motifs qui lient les individus entre eux dans la société qui y recourt? Afin de circonscrire notre sujet, nous aborderons ces questions surtout en ce qu'elles ont trait à un problème sous-jacent à chaque section de la présente étude : les vertus particulières du mode législatif (lois normatives et législation déléguée) justifient-elles sa prédominance comme moyen de régulation au Canada en 1984?

Afin de tenter d'apporter une réponse à cette question, il convient de remarquer tout d'abord que la loi ne constitue pas en soi un processus de contrôle social; c'est plutôt un aboutissement. En effet, il est loin d'être inhérent au concept de règles qu'elles soient nécessairement créées par voie parlementaire (ce qui est, au Canada, un processus de consultation politique). En réalité, les propositions actuelles pour l'établissement de normes consensuelles montrent que les règles peuvent aussi découler de processus contractuels (c'est-à-dire négociés)<sup>128</sup>. De même, les processus coutumiers, électoraux ou indirects de contrôle social peuvent aussi donner naissance à des règles. Qui plus est, les exigences normatives peuvent être imposées par l'intermédiaire de simples commandements des dirigeants tout comme elles peuvent découler de l'extrapolation de décisions sur des cas individuels. Toutefois, ce qui distingue la législation en tant qu'institution juridique de toute autre institution, comme la décision judiciaire, le vote et le contrat, tient au fait que l'objet principal de l'exercice est d'établir des règles. Par conséquent, la législation est un domaine à deux frontières : l'une que l'on doit respecter lorsqu'il s'agit de poursuivre un régime de règles explicites et prononcées officiellement et l'autre du fait qu'il faut élaborer une théorie pour justifier dans chaque cas le processus le plus souhaitable pour établir des règles. Nous étudierons ces deux questions dans l'ordre inverse.

Certains tenants de la déréglementation ne préconisent pas l'abolition de toutes les règles mais la restructuration du processus de leur établissement. Le désir d'étendre la consultation préalable montre tout simplement que l'on cherche à réduire les cas de règles imposées par des autorités ou des organes de règlement pour les remplacer par des processus de consultation, de médiation ou de nature contractuelle. C'est là le contre-pied exact de l'idée (populaire dans les années 1930 maintenant discréditée) selon laquelle l'élaboration de règles par des experts produirait l'efficacité de la réglementation. Tandis que l'élan initial en vue de faire établir les règlements par des organismes autonomes est né de ce qu'on a compris que le jugement de politique cas par cas est trop inefficace lorsque la structure profonde d'un problème ne réside pas, en principe, dans la justice corrective mais demande une optique de distribution, le processus de réglementation moderne a révélé que l'autre extrême — la « normativité » par la soumission — conduit parfois au désastre.

Une fois que l'on a accepté que les processus de consultation, de médiation ou de contrat doivent en règle générale faire partie de l'élaboration des règles (sauf dans les cas de règles procédurales internes ou d'élaboration de règles de justice corrective si des principes de *common law* doivent être appliqués), on peut procéder à l'évaluation du champ des règles explicites elles-mêmes. Comme moyen de mettre en oeuvre une politique de réglementation, on peut opposer des règles édictées officiellement aux décisions ponctuelles — qui peuvent aussi découler d'ordres de dirigeants, des marchés, des élections, des règlements en justice ou d'un recours délibéré au hasard. Les règles explicites fonctionnent bien là où l'on recherche un cadre impersonnel pour régir les conduites et un maximum de pouvoir discrétionnaire individuel. Elles servent à faciliter les modèles généraux d'interaction humaine, mais sont inefficaces lorsqu'elles visent des personnes ou des faits précis. Les règles ne sont pas particulièrement utiles non plus lorsqu'on vise des objectifs indéterminés et variables car leur efficacité dépend de leur nature relativement permanente, stable et générale. Les règles sont, en fin de compte, des moyens plus qu'ordinaires d'imposer des obligations positives dans le contrôle social car elles sont coûteuses sur le plan administratif<sup>129</sup>.

Les lois et les règlements sont des exemples d'élaboration explicite de règles. Par conséquent, il existe des cas où cette forme de droit peut être tout à fait efficace et des cas où elle perd sa valeur. Il est certain que la définition des limites des cas où la législation est une mesure souhaitable ne signifie pas que tout problème de réglementation donné ne peut être réglé par des règles édictées officiellement (ou, à cet égard, par toute autre forme juridique). Cela signifie plutôt que lorsqu'on envisage de légiférer dans des domaines qui s'y prêtent mal, on voit que les vertus particulières de ce mode législatif sont perdues ou que les relations fondamentales dans ce domaine sont transformées afin d'éviter toute incohérence de la loi. Autrement dit, les formes et les processus juridiques ont tous une dynamique particulière de la fin et des moyens qui influe sur les relations sociales qu'ils visent<sup>130</sup>. On trouve une illustration de ce dernier phénomène dans les ventes aux consommateurs et le financement des ventes.

Au début de la Seconde Guerre mondiale, la vente conditionnelle était régie par un ensemble de règles tout à fait différent de celui des années 1500. Les tribunaux de *common law* ont mis longtemps à élaborer la théorie selon laquelle une personne peut faire valoir un droit légal sur des biens meubles qu'elle a volontairement remis à un tiers. Autrement dit, la séparation du titre et de la possession (et la théorie du titre lui-même) ont été des accomplissements particuliers de la réglementation qui ne sont pas venus sans la résistance des intérêts des non-commerçants. En partie en réponse aux besoins d'une économie de marché naissante, en partie justifiée par le rationalisme intellectuel du

XVIII<sup>e</sup> siècle, ces modifications de la doctrine juridique ont eu lieu à partir du règlement de litiges particuliers.

Cependant, une fois que les tribunaux ont admis le concept du titre non possessoire sur les biens meubles, le droit jurisprudentiel a semblé-t-il cessé d'évoluer sur ce point quand une nouvelle théorie (selon Bentham) du *common law*, dominée par la règle du précédent, a commencé à s'implanter; la charge de toute autre modification fut ainsi dévolue au Parlement, qui fut contraint de formuler une législation explicite, puisque le règlement par voie du contentieux n'était pas un processus de contrôle dont il disposait. Il n'est pas surprenant que les tentatives faites par le Parlement pour réduire les conséquences de la sclérose du titre dans certains cas aient été vues comme une attaque contre le *common law* en vigueur. On considère, par exemple, comme une interférence réglementaire la loi qui empêche le vendeur d'accélérer les paiements et de reprendre possession des marchandises. Notre réaction ne serait-elle pas différente si les tribunaux n'avaient pas abdicé mais avaient formulé une règle empêchant le créancier hypothécaire de faire valoir son droit de façon arbitraire à l'encontre du débiteur? Qui plus est, la règle serait-elle différente si elle avait évolué comme une norme sommaire au lieu d'une norme prescriptive (c'est-à-dire comme une règle de pratique).

Cette idée peut aussi être illustrée par la théorie des contrats exécutoires élaborée à partir des rudiments de l'*assumpsit*. La loi moderne sur la protection du consommateur qui réduit la portée de la règle *pacta sunt servanda* dans les contrats de consommation est considérée comme une forme de régulation : une règle de *common law* au même effet n'aurait pas entraîné de telles réactions, comme en attestent les règles de politique administrative sur l'invalidité des contrats d'esclavage. Le prononcé de normes juridiques par des tribunaux, appuyé par la théorie déclaratoire du *common law*, confère à la règle de droit ainsi prononcée un caractère d'objectivité qui est refusé à la loi. Il en va de même pour le droit codifié, sauf qu'au lieu d'une réinterprétation continue des normes de bas niveau, les changements juridiques se produisent dans le contexte des normes de haut niveau qui ne sont pas modifiées et dont l'interprétation et l'application sont « laissées à la discrétion du juge ». Dans les deux cas, les lois et les règlements apparaissent comme des jugements essentiellement fluctuants et de nature politique. Dès qu'ils touchent aux concepts statiques de justice corrective, comme la faute, la propriété privée et la liberté contractuelle tels qu'ils existent dans des contextes non législatifs, ils ne peuvent user des mêmes arguments de justification que les règles de *common law*.

Ces observations nous amènent à soulever un dernier point : si les processus de contrôle social (y compris les marchés) ne sont pas radicalement utiles — c'est-à-dire s'ils ne peuvent être appliqués avec un succès égal en toutes circonstances — alors la réglementation respon-

sable repose sur la combinaison idoine de l'objectif de fond, du principe d'association et du processus de contrôle. C'est dire que les gouvernements devraient traiter l'ensemble des formules et des textes juridiques exactement comme les tribunaux antérieurs à la *Loi sur l'organisation judiciaire* traitaient le *common law* — non pas comme une manifestation figée de la perfection, mais comme un ensemble de règles de droit en constante évolution.

### *La réglementation vue sous un angle nouveau*

Un observateur de la scène politique et juridique actuelle aux États-Unis a résumé l'essence du débat sur la réglementation en trois courtes phrases :

D'abord, on a connu les défaillances du marché : on a tenté de les corriger par la régulation. Puis, on a vu les défaillances de la réglementation et on a tenté de réformer la réglementation. Nous assistons maintenant, semble-t-il, à un « échec de la réforme<sup>131</sup> ».

La leçon à tirer des vingt-cinq dernières années de réforme de la régulation aux États-Unis est simple : il n'est pas facile de régler la question de la régulation de la réglementation. En fait, la conséquence la plus évidente des initiatives récentes n'a pas été une amélioration du processus réglementaire, mais plutôt son extrême politisation. Au lieu d'être affectées à la créativité, à la souplesse et à l'adaptation des règlements, les rares ressources des organismes sont souvent détournées pour contrer les pressions exercées en haut lieu par les groupes d'intérêt. Qui plus est, comme les adversaires de la régulation rejettent invariablement l'idée que les structures réglementaires elles-mêmes fonctionnent comme des marchés où des « mains invisibles » peuvent intervenir<sup>132</sup>, les propositions de réforme sont habituellement non pas bureaucratiques, mais structurelles. Ironiquement, tout en critiquant la réglementation du fait qu'elle repose sur la croyance naïve qu'on peut simplement ordonner de réparer ce qui est défectueux (les défaillances du marché), les tenants de la dérégulation tombent aussi dans ce piège. La réglementation, disent-ils, est un système défectueux et sa structure doit être l'objet d'une réforme<sup>133</sup>.

Dans le monde idéal du partisan de la dérégulation, les procédures et calculs en matière de choix de réglementation seraient relativement simples. Premièrement, il faudrait identifier les domaines où le mécanisme naturel du marché peut opérer de façon satisfaisante, puis réglementer notre économie pour en faire la structure la plus efficace dans ces domaines<sup>134</sup>. Deuxièmement, il faudrait voir où le marché connaît des défaillances — c'est-à-dire où quelques mécanismes externes au marché pourraient diminuer les coûts des transactions du marché — et ensuite trouver la combinaison appropriée de recours par

réglementation selon le type de défaut du marché<sup>135</sup>. Autrement dit, parmi tous les types de mécanismes de réglementation d'État qui existent — les marchés, les divers types classiques de régulation par la normalisation et la surveillance, la fiscalité, les subventions, la divulgation de renseignements, les règles de responsabilité, la nationalisation, le marchandage, les droits de propriété commercialisables —, le décideur choisit le plus efficace sur le plan économique. Bien sûr, pour préserver le caractère censément préférable de la régulation par le marché, la plupart des critiques actuels de la réglementation commencent leur analyse non pas en justifiant les marchés mais en discutant de leurs défaillances<sup>136</sup>. Ainsi, la réglementation peut toujours passer pour une option politique extraordinaire qui n'est justifiée que dans des circonstances très particulières.

S'il est relativement facile d'élaborer de façon abstraite la tâche du décideur, il est beaucoup plus difficile d'en arriver à une théorie du choix de l'instrument. Récemment, une tentative (même si elle ne part pas de l'hypothèse selon laquelle les marchés constitueraient le meilleur instrument de réglementation) a été faite dans ce sens par Breyer, qui a dressé un tableau où les fins et les moyens correspondent (c'est-à-dire où il lie des exemples précis de défaillance du marché et à des modes de régulation particuliers)<sup>137</sup>. Les solutions recommandées au problème du monopole naturel sont la tarification au coût du service et la nationalisation. Pour le contrôle des loyers ou la prévention des profits excessifs, on propose la fiscalité et la déréglementation. Pour les difficultés de retombées, Breyer préconise la création de droits de propriété commercialisables et la négociation de normes. Là où les défaillances du marché semblent être imputables à une concurrence excessive, il préconise de recourir à la déréglementation et au contrôle du marché par des normes antitrust. Si le problème découle d'un manque de renseignements, on propose d'imposer la divulgation de renseignements, la sélection et les normes consensuelles. Enfin, dans les autres cas, où il s'agit de danger moral, de paternalisme et de forces de marchandage inégales, la réponse serait la réglementation fondée sur l'incitation. Breyer est évidemment assez prudent pour ne pas y voir des combinaisons définitives, mais il les expose pour en arriver à trois règles sur le mauvais appariement des fins et des moyens, à savoir que les mesures de contrôle des prix et des entrées ne devraient pas servir à maîtriser la concurrence excessive, qu'elles ne devraient pas être habituellement utilisées pour le contrôle des loyers et, enfin, qu'elles ne peuvent pas servir à régler, de façon générale, les problèmes de retombées.

Son analyse montre clairement le problème que soulève la réforme de la réglementation. Tout comme il est possible de formuler une théorie sur l'évolution de la structure fondamentale de la société d'une façon qui incite à demander davantage de biens et de services à l'État, et tout comme on peut discuter du fait que les diverses formes juridiques sont

des combinaisons de fins et de moyens qui révèlent différents attributs moraux, il est aussi possible de dresser une taxinomie des meilleures solutions de réglementation. Autrement dit, l'élaboration d'une politique administrative optimale dépend de l'intégration que l'on fait du conseil qu'offre chacune de ces méthodes d'analyse.

Ce n'est pas, bien sûr, l'objet de la présente étude de faire des recommandations sur des initiatives particulières de déréglementation; cependant, nous présenterons trois exemples pour illustrer l'approche proposée par notre analyse. Supposons que l'objet de la remise en question soit la réglementation des accidents du travail. On pourrait bien décider d'abolir les commissions existantes si les employés victimes d'un accident avaient le droit de percevoir une indemnité directement de leurs employeurs sans avoir à prouver à qui incombe la faute et si les employeurs étaient contraints d'avoir une assurance-responsabilité suffisante. Là encore, une bonne partie de la réglementation des normes du travail pourrait être abrogée si le droit des sociétés était restructuré pour permettre à tous les employés de transformer leur travail en actions de capital et d'exercer ainsi un contrôle sur la destinée de leur entreprise. Enfin, il est évident que la plupart des dispositions des lois sur la protection du consommateur ne seraient pas nécessaires si les commerçants n'avaient pas le droit d'intenter une action pour tout contrat d'une valeur inférieure à 10 000 dollars, par exemple. Dans chacun de ces cas, on pourrait éliminer le besoin d'un chevauchement entre la réglementation et le *common law* tout simplement en modifiant la structure du droit des délits, des biens et des contrats qui crée le problème dans sa forme initiale. Une bonne partie de la déréglementation pourrait être faite de façon rapide grâce à ce genre de déréglementation du marché.

Ces propositions ne vont toutefois pas sans certains coûts. Par exemple, nous entraîneraient-elles dans une situation où l'engagement mutuel dans notre culture politique sera diminué? Exigent-elles une transformation des relations sociales qu'elles régissent disproportionnée avec les avantages qu'elles procurent? Autrement dit, pour comprendre les véritables possibilités d'une réforme de la réglementation, il faut commencer par supposer l'existence d'une société où il a été fait table rase des marchés, des tribunaux, des règles juridiques explicites et des organismes administratifs.

Quelle que soit la puissance de l'efficacité économique comme moteur du progrès politique et social, les politicologues n'en ont jamais fait la justification dominante de l'État politique. En fait, ce sont d'autres valeurs comme la justice, l'équité, l'égalité et la liberté qui constituent habituellement la préoccupation des philosophes<sup>138</sup>. C'est-à-dire que les marchés et les contrôles des prix et des entrées sont en quelque sorte des denrées politiques. Nous n'avons pas à choisir entre les marchés libres et les marchés réglementés, mais entre diverses stratégies de contrôle économique où le marché ne constitue qu'une option<sup>139</sup>.

## Conclusion

Il convient maintenant de réunir les divers éléments des arguments présentés dans cette étude. On peut les reformuler en six propositions sur le droit et le gouvernement.

*Premièrement*, une fois que l'on comprend que la régulation est toute activité de l'État qui touche le comportement économique des citoyens, il est manifeste que la gamme des instruments de réglementation est très vaste. Il s'agit notamment des subventions, de la fiscalité, de la divulgation de renseignements, de la nationalisation, du contrôle des prix et des entrées, de la modification des règles de responsabilité, de la création des droits de propriété commercialisables et même de l'octroi sélectif de subventions aux instances de règlement des litiges, comme les tribunaux. Les lois du *marché libre* constituent un choix de réglementation particulier qui découle d'initiatives très complexes de l'État conçues pour établir et appliquer des droits de propriété ainsi que pour faciliter leur reconnaissance et leur échange.

*Deuxièmement*, la somme de la réglementation dans toute économie donnée est constante : ce qui varie, c'est le degré de centralisation de la réglementation et ses modalités. Au cours des cent dernières années, la réglementation est devenue beaucoup plus directe et plus centralisée, parce que les gouvernements ont restreint les larges pouvoirs discrétionnaires réglementaires délégués aux propriétaires. Qui plus est, au cours de cette période, des stratégies officieuses et plus adaptées aux circonstances se sont transformées en des systèmes plus bureaucratiques et réglementés. On a assisté à la prolifération des lois et, dans une moindre mesure, des sociétés de la Couronne.

*Troisièmement*, la croissance d'une réglementation centralisée et officielle peut être imputée au fait que la société canadienne se soit éloignée du principe de l'engagement partagé pour adhérer au principe juridique. Cette tendance est illustrée par l'affaiblissement des structures sociales intermédiaires (la famille, l'Église, la collectivité); par la prédominance d'un contrat explicite au détriment d'échanges officieux et fondés sur la coutume; par l'évolution de l'évaluation morale vers la moralité de l'obligation; et par la naissance d'une notion du progrès synonyme de perfection. Dans les sociétés dominées par l'uniformité du principe juridique, le caractère explicite, la coordination et la centralisation sont des valeurs particulièrement fortes.

*Quatrièmement*, le choix des lois et des règlements pour en arriver à une coordination centralisée de la réglementation découle dans une large mesure de conceptions assez généralement partagées de l'État, du droit et du langage parmi les avocats et les politiciens. Ces conceptions visent toutes à promouvoir la législation comme le seul instrument légitime de l'activité étatique; et elles veulent aussi que le caractère détaillé de celle-ci soit considéré comme le seul moyen d'assurer une

régulation objective et dénuée d'arbitraire. On estime en outre que l'adoption d'une grande masse de règlements constitue la seule façon d'obtenir le degré de clarté nécessaire tout en préservant la légitimité législative de l'action étatique.

*Cinquièmement*, les partisans de la déréglementation (et de la privatisation) établissent invariablement des distinctions entre l'activité économique publique et l'activité économique privée, entre le droit et la politique, et entre les règles et le pouvoir discrétionnaire afin de faire valoir la légitimité naturelle du *marché libre*. Toutefois, du fait que les marchés ne sont pas un phénomène naturel, la déréglementation est, essentiellement, une forme nouvelle de réglementation où le délégataire du pouvoir réglementaire, (le détenteur des droits de propriété publiquement créés et protégés) n'est pas assujéti aux restrictions de l'application régulière de la loi sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire délégué.

*Sixièmement*, le choix d'une politique ne se fait pas entre les lois du marché libre, d'un côté, et le marché réglementé, de l'autre. Il s'agit, au contraire, de choisir entre diverses stratégies de réglementation économique où *la liberté du marché* ne constitue que l'une des options réglementaires. Le choix qui incombe à l'État consiste à trouver la bonne combinaison entre les valeurs d'un gouvernement démocratique (justice, égalité, liberté), l'efficacité économique et l'utilité juridique. Aucun de ces éléments ne peut servir de norme pour mesurer tous les autres. Sans doute devraient-ils être mieux équilibrés qu'ils ne le sont aujourd'hui au Canada, mais la solution ne consiste pas simplement à formuler une nouvelle réglementation en procédant à une déréglementation à grande échelle. Il s'agit plutôt de recourir à tous nos instruments de réglementation pour atteindre les objectifs politiques plus vastes que l'État canadien vise à accomplir. Bien que la déréglementation puisse être l'une des stratégies employées à cette fin, il convient de répéter qu'aucun instrument réglementaire, et encore moins les lois du marché, ne constitue une panacée.

Ce dernier argument nous conduit à aborder un thème plus vaste. Le droit, comme l'État, est beaucoup plus qu'un système de règles et de charges. C'est un symbole; c'est un accomplissement qui reflète les aspirations de la société d'où il est issu. L'État politique n'est qu'un des mécanismes de légitimation du droit; le droit (l'ordre juridique) ne constitue qu'un des moyens de légitimer l'État politique. Les formes et procédures légales sont parmi les plus importants véhicules d'expression de la société qui permettent de formuler ses préoccupations et ses valeurs les plus profondes et d'orchestrer un débat au sujet des questions les plus fondamentales de l'existence<sup>140</sup>.

Autrement dit, le droit n'est pas simplement un moyen pour atteindre d'autres fins, mais c'est aussi une fin en soi. En tant que tel, il peut remplacer le pouvoir, la haine, les préjugés, la misère ou l'aliénation,

tout comme il peut remplacer la liberté, l'égalité, et la justice. Notre façon d'utiliser le droit pour traiter ces questions révèle notre propre conception de nous-mêmes. Il en va de même de notre manière de discuter du droit. Au Canada aujourd'hui, nous pourrions aborder des questions aussi importantes que celle de savoir si l'État doit tenter de réaliser des objectifs de justice économique ou sociale; nous parlons plutôt de régulation et de réglementation, de marchés et d'efficacité, de déréglementation et de privatisation — toutes questions qui n'ont de fait qu'un intérêt très limité.

Il s'ensuit que la régulation comme telle étant devenue une préoccupation en soi, il ne vaut plus la peine d'en discuter<sup>141</sup>. Cependant, toute considération première de la régulation et de la réglementation peut aussi nous inciter à étudier des questions plus importantes. En reconnaissant ce fait, la Commission royale remplira sans doute le rôle thérapeutique qui lui a été confié.

## Notes

Traduit de l'anglais.

Cette étude a été complétée en août 1984. Elle a cependant été légèrement remaniée en juin 1985, de manière à tenir compte d'événements tels que la décision de la Cour suprême dans le cas du *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*.

Il est à remarquer que, pour se conformer aux directives de la Commission, les trois premières sections de cette étude ont été considérablement abrégées. Comme il existe une vaste documentation sur les rudiments de la réglementation, nous avons fait le minimum de notes, et les références supplémentaires pourront être retrouvées dans les notes de la plupart des études citées ici.

Je voudrais remercier mon assistant de recherche, Marc Barbeau, pour l'aide qu'il a apportée à la préparation bibliographique de la présente étude. Je remercie également John Meisel de l'Université Queen's et Brayton Polka de l'Université York qui ont lu et commenté de façon approfondie une version antérieure de celle-ci. Nul autre que moi ne peut être tenu responsable pour toute opinion exprimée ici.

1. L'un des principaux problèmes que nous avons tenté de régler par la présente étude touche à la confusion causée par la polysémie du terme anglais *regulation*. Le terme *règlement* utilisé au pluriel en anglais est synonyme de législation déléguée, même si techniquement parlant, la signification n'est pas exactement la même. Utilisé ainsi, on entend par *règlement* au sens large, l'acte législatif adopté par un organisme auquel le Parlement a délégué un pouvoir d'édicter des règlements en vertu d'une loi. Aux fins de la présente étude, une définition du terme *règlement* dans ce sens est donnée dans la section intitulée « La nature de la législation déléguée », et la section précédente, « Une analyse juridique de la législation déléguée en tant qu'instrument de réglementation », est consacrée à l'exploration des différentes caractéristiques de la réglementation.

Dans son deuxième sens, on traduit le terme anglais *regulation* par *régulation*, au sens étroit que lui donnent les économistes, soit l'intervention de l'État afin d'influer sur l'économie. Cette forme d'intervention réglementaire se distingue d'autres moyens de dirigisme comme l'imposition, les subventions, la nationalisation, etc. Pour une discussion et une définition de l'intervention réglementaire comprise dans ce sens-là, voir la section intitulée « Qu'est-ce que la régulation? » Dans son dernier sens, la *réglementation* devient un terme générique pour désigner toutes les formes d'activités économiques gouvernementales. C'est dans ce sens que le terme *réglementation* est utilisé dans le titre de la présente étude. La troisième section de l'étude porte sur une analyse détaillée de ce que l'on entend par *réglementation*.

2. Outre les études citées plus loin, voir G.B. Doern (édit.), *The Regulatory Process in Canada*, 1978; C. Brown-John, *Canadian Regulatory Agencies*, 1981; Conseil économique de l'Ontario, *Government Regulation: Issues and Alternatives 1978*; R. Schultz, *Federalism and the Regulatory Process*, 1979; W. Stanbury, *Regulatory Reform in Canada*, 1982. *Government Regulation*, 1978; W. Stanbury, *Regulating the Regulators*, 1982; W. Stanbury (édit.), *Studies on Regulation in Canada*, 1978. Il existe aussi une masse impressionnante de périodiques.
3. Pour des perspectives historiques sur la réglementation au deuxième sens du mot, voir C. Baggaley, *The Emergence of the Regulatory State in Canada, 1867–1939*, 1981; T. McGraw (édit.), *Regulation in Perspective: Historical Essays*, 1981; M. Priest et A. Wohl, « The Group of Federal and Provincial Regulation of Economic Activity, 1867–1978 » dans W. Stanbury (édit.), *Government Regulation: Scope, Growth, Process*, 1980, p. 69.
4. Voir, par exemple, E. Henderson, *Foundations of English Administrative Law*, 1963. Pour une explication de la permanence des formes juridiques même lorsque leurs fonctions sociales sont en évolution, voir K. Renner, *The Institutions of Private Law and their Social Function*, 2<sup>e</sup> éd., 1949.
5. Voir Conseil économique du Canada, *Rationalisation de la réglementation*, 1979, rapport provisoire, p. 9 et s. et le tableau B2–5, p. 125; Commission de réforme du droit du Canada, *Un catalogue des pouvoirs discrétionnaires dans les statuts révisés du Canada 1970, 1975*. Voir aussi R. Barbe, *La réglementation*, 1983, p. 248 et 249 et tableau 2, p. 252.
6. Voir M. Trebilcock et al., *The Choice of Governing Instruments*, 1982, p. 21 et s. Voir aussi Hays, « Political Choice in Regulatory Administration » dans T. McGraw (édit.), *supra*, n. 3, p. 124. Une version particulièrement subtile du concept de rationalité politique est exposée dans J. Wilson (édit.), *The Politics of Regulation*, 1980, p. 357 et s.
7. Voir la section « L'avenir de la réglementation » de notre étude, et H.W. Arthurs, « Le droit en tant qu'instrument d'intervention de l'État : un cadre de recherche » dans *Le droit, la société et l'économie*, vol. 48 des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1985.
8. Voir Conseil économique du Canada, *supra*, n. 5, p. 44 et s.; W. Stanbury et G. Lermer, « Regulation and the Redistribution of Income and Wealth », (1983) 26 *Administration publique du Canada* 378.
9. Voir S. Breyer, *Regulations and its Reform*, 1982, c. 1.
10. Cette idée est reprise dans R. Posner *The Economics of Justice*, 1981. Voir aussi R. Litan et W. Nordhaus, *Reforming Federal Regulation*, 1983, p. 4; M. Weidenbaum, *Business, Government and the Public*, 2<sup>e</sup> éd., 1981.
11. Voir Conseil économique du Canada, *supra*, n. 5, p. 46–49.
12. Voir les propositions avancées lors du congrès sur « The Limits of Government Intervention », (1983) 26 *Administration publique du Canada* 159–238.
13. Par législation, nous entendons les lois qui imposent des exigences normatives par opposition aux autres qui sont simplement des moyens par lesquels d'autres formes d'organismes réglementaires sont créés, notamment les sociétés de la Couronne.
14. Voir, de façon générale, Barbe, *supra*, n. 5. Voir la *Loi fédérale d'interprétation*, 1970 S.R.C., c. 1–23, par. 2(1); *Loi sur les textes réglementaires*, 1970–1971–1972 S.C., c. 38, al. 2(1)d); *Loi sur la révision des lois*, 1974–1975–1976 S.C., c. 20, par. 11(3). Voir aussi *Regulation Act*, R.S.B.C., c. 361, art. 1; *Regulations Act*, R.S.A., c. R–13, al. 1(1)f); *Regulations Act*, 1970 R.S.M., c. R–60, al. 2(1)f); *Regulations Act*, 1978 R.S.S., c. R–16, al. 2(1)c); *Regulations Act*, 1980 R.S.O., c. 446, al. 1d); *Loi sur les règlements*, S.R.N.B., c. R–7, art. 1; *Regulations Act*, C.S.N.S., c. R–12, al. 2g); *Regulations Revision Act*, 1975 Stats P.E.I., c. 84, al. 2b); *Statutes and Subordinate Legislation Act*, 1977 S.N., c. 108, al. 10e).
15. Voir, par exemple, *Martineau c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, (1978) 1 R.C.S. 118; *M.R.N. c. Creative Shoes Ltd*, (1972) C.F. 993. Voir aussi, de façon générale, Barbe, *supra*, n. 5, p. 17 et s.

16. Voir Canada, Chambre des communes, Comité spécial sur les instruments statutaires, *Troisième rapport*, 1969, p. 14, ci-après désigné « le rapport MacGuigan ». Voir aussi Barbe, *supra*, n. 5, p. 35–39; P. Garant, *Droit administratif*, 1981, p. 284 et s.
17. Voir, de façon générale, G. Pépin et Y. Ouellette, *Principes de contentieux administratif*, 2<sup>e</sup> éd., 1982, p. 119 et s.; Garant, *supra*, n. 16, p. 296 et s.
18. Voir Pépin et Ouellette, *supra*, n. 17, p. 90, 106 et s.
19. *Idem*, p. 88, 90, 125 et s.
20. Voir Pépin et Ouellette, *supra*, n. 17, p. 91; La deuxième conférence du Commonwealth sur la législation déléguée, *Rapport de la conférence : volume 1*, 1983, p. 15–17, ci-après désigné *Rapport de la conférence*.
21. Pour un développement de ces thèmes, voir le rapport MacGuigan, *supra*, n. 16, p. 4. Voir aussi Arthurs, « Regulation-Making: The Creative Opportunities of the Inevitable », (1970) *Alberta Law Review* 315; et Commission royale d'enquête sur les droits civils, *Rapport n° 1*, 1968, vol. 1, p. 335, ci-après désigné « le rapport McRuer ».
22. Voir, par exemple, Canada, Comité mixte permanent des règlements et autres textes réglementaires, *Deuxième rapport*, 1976–1977, et *Quatrième rapport*, 1980.
23. Voir Canada, Chambre des communes, Comité spécial sur la réforme de la réglementation, *Rapport*, 1980; *Rapport de la conférence*, *supra*, n. 20.
24. Voir le rapport MacGuigan, *supra*, n. 16; Canada, Chambre des communes, *supra*, n. 23; Canada, Comité mixte, *supra*, n. 22; Québec, Assemblée nationale, Commission d'étude sur le contrôle parlementaire de la législation déléguée, *Le contrôle parlementaire de la législation déléguée*, 1983; *Rapport de la Conférence*, *supra*, n. 20; le rapport McRuer, *supra*, n. 21, p. 333 et s.; Barbe, *supra*, n. 5.
25. Voir R. Risk, *Lawyers, Courts and the Regulatory State*, 1983, polycopié. Voir aussi R. Macdonald, « Big Government and its Control: Legislative Initiatives of the Past Decade » dans J. Menezes (édit.), *Decade of Adjustment*, 1980.
26. Voir, par exemple, *Loi sur la Cour fédérale*, 1970–1971–1972 S.C., c. 1; *Loi sur les textes réglementaires*, 1970–1971–1972 S.C., c. 38; *Loi sur la révision des lois*, 1974–1975–1976 S.C., c. 20; *Judicial Review Procedure Act*, 1980 R.S.O., c. 224; *Statutory Powers Procedure Act*, 1980 R.S.O., c. 484; *Code de procédure civil*, L.R.Q., c. C–25, art. 33 et 834–861.
27. Sur ces questions, voir *supra*, n. 22, 23 et 24.
28. Voir Canada, Comité mixte, *supra*, n. 22.
29. Voir, de façon générale, Barbe, *supra*, n. 5, p. 255 et s. Certaines propositions américaines récentes sont fondées sur le caractère opportun apparent qu'auraient la création d'organismes de contrôle centralisé et l'institution de critères de sélection économique, voir à ce sujet Litan et Nordhaus, *supra*, n. 10.
30. Voir D. Mullan, *Rule-Making Hearings: A General Statute for Ontario?*, document de recherche n° 9 préparé pour la Commission on Freedom of Information and Individual Privacy, 1979.
31. Voir Jacoby, « Doit-on légiférer par généralités ou doit-on tout dire? » (1983) 13 *Revue de droit*, Université de Sherbrooke 155. Voir aussi Barbe, *supra*, n. 5, p. 91 et s.
32. Pour une évaluation de la légalisation de la législation déléguée, voir, dans notre étude, « La législation déléguée en perspective » et « L'avenir de la réglementation ».
33. Voir R.A. Macdonald, « Absence of Jurisdiction: A Perspective », (1983) 43 *Revue du Barreau* 307; « Judicial Review and Procedural Fairness in Administrative Law », (1980) 25 *McGill Law Journal*, 520 et 26 *McGill Law Journal* 1. Sur les origines du contrôle judiciaire, voir Henderson, *supra*, n. 4; A. Rubinstein, *Jurisdiction and Illegality*, 1965, et *On the Origins of Judicial Review*, 1964. La question du contrôle judiciaire a été traitée en général dans Pépin et Ouellette, *supra*, n. 17, p. 81–138.
34. Voir Pépin et Ouellette, *supra*, n. 17, p. 120–123.
35. Pour un développement sur ce sujet, voir *idem*, p. 124–137.
36. Voir le rapport McRuer, *supra*, n. 21, p. 342 et 343, pour une critique de cette tendance.
37. Canada, Comité mixte, *supra*, n. 22.

38. Cette tendance est particulièrement manifeste dans Canada, Comité mixte, *Quatrième rapport*, *supra*, n. 22; et dans Barbe, *supra*, n. 5 et dans le *Rapport de la Conférence*, *supra*, n. 20.
39. Canada, Chambre des communes, *supra*, n. 23.
40. Voir Conseil économique du Canada, *Rationalisation de la réglementation*, 1981. Voir aussi Barbe, *supra*, n. 5, p. 229–233, 262 et s. Pour une critique particulièrement valable des effets possibles de certains types de réforme « réglementaire » sur la politique de réglementation, voir C. Diver, « Regulating the Regulators », (1984) 132 *University of Pennsylvania Law Review* 1252 et s.
41. Voir Stanbury et Lermer, *supra*, n. 8, p. 380, n. 3. Voir aussi Conseil économique du Canada, *supra*, n. 5, p. 43.
42. Pour une conclusion semblable, voir G.B. Doern, « The Canadian Regulatory Process » dans Doern (édit.), *supra*, n. 2, p. 1.
43. Pour un développement des idées contenues dans les trois paragraphes suivants, voir R. Dussault, *Traité de droit administratif canadien et québécois*, t. I, 1974, p. 27 et s., 156–169, 241, 242, 262, 418–421 et 1006.
44. Même dans les théories les plus conservatrices de la décision judiciaire, comme celles qu'expose H. Hart, *Le concept de droit*, 1961, c. VII, on reconnaît qu'il est impossible que les jugements soient rendus de façon automatique.
45. Voir, par exemple, Green, « Agricultural Marketing Boards in Canada: An Economic and Legal Analysis », (1983) 33 *University of Toronto Law Journal* 407.
46. Voir C. Lindblom, *Politics and Markets*, 1977, c. 12–17.
47. Voir Abel, « The Dramatic Personae of Administrative Law », (1972) 10 *Osgoode Hall Law Journal* 61.
48. Pour une reconnaissance explicite de cette idée, voir *Bank of Montreal c. Guaranty Silk Dyeing*, 1935 O.R. 493 (C.A.), p. 506.
49. Voir K. Winston (édit.), *The Principles of Social Order*, 1981 (essais choisis de Lon Fuller).
50. Voir Macdonald, « A Theory of Procedural Fairness », (1981) 1 *Windsor Yearbook Access Justice* 3.
51. On trouve une excellente analyse de cette question dans H. Hart et A. Sacks (édit.), *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, 1958, photocopié.
52. Pour une conclusion semblable dans le secteur privé, voir M. Eisenberg, « Private Ordering Through Negotiation, Dispute Settlement and Rule-Making », (1976) 89 *Harvard Law Review* 637.
53. Voir L. Fuller, « The Forms and Limits of Adjudication », (1978) 92 *Harvard Law Review* 353 et « Collective Bargaining and the Arbitrator », (1963) *Wisconsin Law Review* 3.
54. Cette idée est discutée en détail dans M. Eisenberg, « Participation, Responsiveness and the Consultative Process », (1978) 92 *Harvard Law Review* 410.
55. Pour le point de vue classique, voir Reschenthaler, « Direct Regulation in Canada: Some Policies and Problems » dans W. Stanbury (édit.), *supra*, n. 2, p. 37.
56. Pour une analyse de la gamme des sanctions réglementaires, voir Commission de réforme du droit du Canada, *Sanctions, politique de conformisme et droit administratif*, 1981.
57. Voir les études de cas dans Stanbury (édit.), *supra*, n. 2; Conseil économique de l'Ontario, *supra*, n. 2; Doern, *supra*, n. 2. Voir aussi R. Easterbrook, « Criminal Procedure as a Market System », (1983) 12 *Journal of Legal Studies* 289.
58. Le point de vue de John Clifford, exprimé lors de la réunion annuelle de l'Association canadienne des professeurs de droit, section de droit administratif, le 30 mai 1984, est tout à fait représentatif à cet égard. Cette perspective avait déjà été traitée dans l'avant-projet de l'article de Clifford, *Compliance in Administrative Law*, 1984, photocopié. Voir aussi C. Diver, « A Theory of Regulatory Enforcement », (1980) 28 *Analyse de politiques* 257.

59. Voir J. Galbraith, *The Anatomy of Power*, 1983, sur les origines de cette division.
60. Voir C. Schultze, *The Public Use of Private Interest*, 1977.
61. Voir États-Unis, Senate Committee on Government Operations, *The Regulatory Appointments Process*, étude de la réglementation fédérale, vol. 1, 1977, p. v. Voir aussi D. Hartle, *Public Policy Decision Making and Regulation*, 1979, p. 1; États-Unis, Domestic Council Review Group on Regulatory Reform, *The Challenge of Regulatory Reform*, rapport au président, 1978, p. 43.
62. Précisément sur ce point, voir M. Priest, W. Stanbury et F. Thompson, « On the Definition of Economic Regulation » dans W. Stanbury (édit.), *supra*, n. 3, p. 1.
63. Cette idée est notée dans Buhler, « The Origins and Costs of Regulation » dans G. Hughes et E. Williams (édit.), *The Dialogue that Happened: Proceedings of Workshops on The Private Costs of Regulation*, 1979, qui déclare à la page 46 que la régulation « devrait être définie comme une activité de l'État qui exerce une influence certaine sur un mode d'action particulier ou un comportement de personnes à l'extérieur du gouvernement, en vue de la réalisation d'objectifs gouvernementaux ».
64. C'est ce que Mitnick suggère dans « The Concept of Regulation », (1958) 53 *Bulletin of Business Research* 5, p. 1. Il est un des rares auteurs à avoir étudié systématiquement la définition de la régulation. Voir aussi American Bar Association, Commission on Law and the Economy, *Federal Regulation: Roads to Reform*, avant-projet, 1978.
65. Voir, par exemple, W. Stark, *The Social Bond*, 1976; R. Unger, *Law in Modern Society*, 1976; J. Fishkin, *Tyranny and Legitimacy*, 1979; I. Jenkins, *Social Order and the Limits of Law*, 1980; V. Aubert, *In Search of Law*, 1983.
66. Voir Baggaley, *supra*, n. 3. Voir aussi Canada, Commission royale sur les relations entre le Dominion et les provinces, *Rapport*, 1940, livre 1 : *Canada 1867-1939*, ci-après désigné « le rapport Rowell-Sirois ». Les tribunaux ont joué un rôle semblable dans l'élaboration des règles de responsabilité en matière contractuelle, délictuelle et en matière de biens pour satisfaire aux besoins de l'économie nationale. Pour une perspective internationale sur ce point, voir P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, 1979; G. Gilmore, *The Ages of American Law*, 1977; et D. Kennedy et F. Michelman, « Are Property and Contract Efficient? », (1980) 8 *Hofstra Law Review* 711.
67. Pour une étude semblable aux États-Unis, voir M. Horwitz, *The Transformation of American Law*, 1977.
68. Voir H. Aaron, *Politics and the Professors*, 1978, pour une étude de la manière dont les valeurs des juristes influencent la politique en matière de réglementation.
69. Voir G. Horowitz, *Canadian Labour in Politics*, 1968, p. 3 et s., et le débat auquel cet article a donné lieu. Voir aussi G. Grant, *Lament for a Nation: The Defeat of Canadian Nationalism*, 1965 et G. Grant, *Technology and Empire*, 1969. Pour une perspective juridique, voir Willis, « The McRuer Report: Lawyers' Values and Civil Servants' Values », (1968) 18 *University of Toronto Law Journal* 351; Macdonald, *supra*, n. 25, p. 57-62. Une analyse parallèle du domaine réglementaire se trouve dans Doern, *supra*, n. 42.
70. Voir T. Parsons, *Towards a General Theory of Action*, 1953. Un exemple caractéristique de l'incapacité pour un Américain de comprendre les particularités de la tradition politique canadienne se trouve dans E. Friedenberg, *Deference to Authority*, 1980.
71. Cette perspective est étudiée dans Fuller, « Freedom, A Suggested Analysis », (1955) 68 *Harvard Law Review* 1305.
72. Voir Jackson, « Bankruptcy, Non Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain », (1982) 92 *Yale Law Journal* 857, pour une discussion approfondie de cette difficulté dans le contexte de l'obtention du financement. L'analyse de Jackson s'applique facilement à tous les domaines du *common law*. On peut aussi noter le paradoxe suivant. Au XIX<sup>e</sup> siècle, les théoriciens du marché préconisaient la standardisation des poids et mesures; aujourd'hui nombreux sont les tenants de la déréglementation qui protestent contre l'imposition du système métrique. Les règlements concernant les onces, les livres, les pouces et les milles ne constituent pas une réglementation mais des pré-conditions structurales; en revanche les grammes, les kilogrammes, les mètres et les kilomètres sont le fruit, eux, de la réglementation.

73. C'est la position adoptée dans R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, 1974.
74. Pour une analyse de ce clivage, voir L. Fuller, « Two Principles of Human Association » dans Winston (édit.), *supra*, n. 49, p. 67.
75. Voir Renner, *supra*, n. 4.
76. Cette tradition remonte au moins à saint Thomas d'Aquin. Voir J. Shklar, *Legalism*, 1964.
77. Voir Arthurs, « Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business », (1979) 17 *Osgoode Hall Law Journal* 1; Risk, *supra*, n. 25; Baggaley, *supra*, n. 3.
78. Pour ne pas allonger l'exposé nous laisserons de côté les autres philosophies du droit qui ont été passablement répandues au Canada mais qui font maintenant l'objet de critiques. Nous avons traité de ces questions dans « Social and Economic Control Through Law », (1977) 25 *Chitty's Law Journal* 7; « Curricular Development in the 1980's: A Perspective », (1982) 32 *Journal Legal Education* 569; « Postscript and Prelude: The Jurisprudence of the Charter — Eight Theses », (1982) 4 *Supreme Court Law Review* 321.
79. À propos des implications de cette idée, voir Gordon, « Historicism in Legal Scholarship », (1981) 90 *Yale Law Journal* 1017.
80. Pour une critique, voir L. Fuller, *Anatomy of the Law*, 1968, p. 43–120.
81. Voir le rapport McRuer, *supra*, n. 21, p. 17–21.
82. Voir J. Landis, *The Administrative Process*, 1938, et K. Davis, *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*, 1969.
83. Voir R. Macdonald, « The Proposed Section 96N: An Ill-conceived Reform Destined to Failure », (1985) 26 *Cahiers de droit* 251. Bien sûr, le recours législatif à des clauses privatives, à des délégations de pouvoir subjectives et à des mécanismes non orthodoxes de procédure visent à réduire cette extension.
84. Le cas de Lon Fuller est significatif. Voir Summers, « Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law », (1978) 92 *Harvard Law Review* 433.
85. Il existe un parallèle intéressant entre le point de vue de Dicey et la conception des règles de pratique de Rawls. Voir Rawls, « Two Concepts of Rules », (1955) 64 *Phil. Rev.* 3.
86. Voir Pound, « The Limits of Effective Legal Action », (1917) 3 *American Bar Association Journal* 55; Fuller, « The Law's Precarious Hold on Life », (1969) 3 *Georgia Law Review* 530.
87. Voir W. Cook (édit.), *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 1923, essais choisis de W. Hohfeld; et A. Kocourek, *Jural Relations*, 2<sup>e</sup> éd., 1928, qui analyse la manière dont ce lien doit être préservé.
88. Voir R. Unger, *Law in Modern Society*, 1976. Sur l'idée du perfectionnement de la société par l'adoption des lois, voir J. Frank, *If Men Were Angels*, 1942 et J. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1931. À comparer avec Arnold, *The Symbols of Government*, 1935.
89. Pour une excellente collection de textes qui explorent cette idée, voir J. Smith et D. Weisstub (édit.), *The Western Idea of Law*, 1983. Voir aussi Aubert, *supra*, n. 65.
90. Pour des propositions de solution à ce problème voir C. Diver, « The Optimal Precision of Administrative Rules », (1983) 93 *Yale Law Journal* 65; Jacoby, *supra*, n. 31.
91. Voir Wexler « Non-Judicial Decision-Making », (1975) 13 *Osgoode Hall Law Journal* 839, qui explore les conséquences de ce point de vue.
92. Voir, par exemple, Fuller, *The Morality of Law*, éd. rév., 1969, c. II; Hart, *supra*, n. 44, c. VI; R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1977, p. 419; G. von Wright, *Norm and Action*, 1963.
93. Les trois paragraphes suivants constituent une analyse et une discussion des thèses préconisées par Diver, *supra*, n. 90.
94. Pour une perspective des causes et des modalités de ce phénomène, voir C. Stone, « Existential Humanism and the Law » dans T. Greening (édit.), *Existential Humanistic Psychology*, 1971, p. 152 et s.

95. Voir J.B. White, *When Words Lose their Meaning*, 1984, et Macdonald, *Canada's Bilingual Legal System*, 1984, à paraître dans 22 *Osgoode Hall Law Journal*. Pour d'autres critiques sur l'approche discursive et le légalisme, voir Wexler, « Discretion: The Unacknowledged Side of Law », (1975) 25 *University of Toronto Law Journal* 120; L. Fuller, « Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart », (1958) 71 *Harvard Law Review* 630. Voir aussi W. Bishin et C. Stone (édit.), *Law, Language and Ethics*, 1972.
96. Pour une version extrémiste de cette thèse, voir R. Carnap, « The Elimination of Metaphysics Through Logical Analysis of Language » dans A. Ayer (édit.), *Logical Positivism*, 1959.
97. Voir Ross, « TO-TO », (1957) 70 *Harvard Law Review* 812.
98. Pour une critique radicale de ce point de vue, voir M. Foss, *The Idea of Perfection in the Western World*, 1947.
99. Pour une thèse opposée, voir M. Polanyi, *Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy*, 1958.
100. Voir Steinberg, « The Eye is a Part of the Mind » dans S. Langer (édit.), *Reflexions on Art*, 1961, p. 244, pour une perspective de l'art, de la physique, de la psychologie, etc. qui montre toute la complexité de la relation entre la théorie et la pratique.
101. À propos de cette complaisante attitude, voir Samek, « Untrenching Fundamental Rights », (1982) 27 *McGill Law Journal* 755; « Postscript and Prelude », *supra*, n. 78.
102. Extrait d'un discours prononcé par l'ombudsman de l'Ontario, Arthur Maloney, à la Faculté de droit de l'Université de Windsor, le 8 mars 1976.
103. Autrement dit, sur ce point, les délégations d'autorité à des particuliers, bien qu'elles soient des exemples d'activités réglementaires, ne seront pas considérées de nature gouvernementale. Mais voir ci-après, la section « La réglementation vue sous un angle nouveau ».
104. La doctrine des sciences politiques propose différentes explications sur la cause et les modalités de la transformation de la réglementation en une denrée politique. Voir *supra*, n. 6, 9, 42, 61, 63, 64 et 68; voir aussi M. Fiorina, *Congress: Keystone of the Washington Establishment*, 1977, p. 44 et 45; M. Fiorina et R. Noll, « Voters, Legislators and Bureaucracy: Institutional Design in the Public Sector », (1976) 68 *American Economic Review* 246; Weingast, Shepsle et Johnson, « The Political Economy of Benefits and Costs: A Neoclassical Approach to Distributive Politics », (1981) 89 *Journal of Political Economy* 642.
105. Pour un compte rendu de ces événements qui sont présentés dans les six paragraphes suivants, voir Macdonald, *supra*, n. 25; le rapport Rowell-Sirois, *supra*, n. 66.
106. Voir les rapports, *supra*, n. 20, 22, 23 et 24. Voir aussi les sources doctrinales, *supra*, n. 2, 5, 6, 9, 10, 30 et 40. Le fait que toutes les sources susmentionnées se recoupent donne à entendre que ce qui tient lieu d'analyse objective a peut-être une fonction cachée de défense ouvertement partisane. Diver, *supra*, n. 40 en arrive à une conclusion semblable.
107. Voir Arthurs, *supra*, n. 7.
108. Pour une évaluation identique des processus analogues aux États-Unis, voir Wilson (édit.), *supra*, n. 6.
109. Une fois encore, l'exemple américain est significatif. Voir « Rethinking Regulation: Negotiation as an Alternative to Traditional Rulemaking », (1981) 94 *Harvard Law Review* 1871 et les notes.
110. Voir Landis, *supra*, n. 82; H. Friendly, *The Federal Administrative Agencies*, 1962. Bien sûr, nous n'avons jamais au Canada succombé tout à fait à ce mythe comme l'ont fait les Américains; les directives du Cabinet et les appels devant le Cabinet sont les plus manifestations originaux de notre processus d'élaboration de règlements.
111. Pour une anticipation de ce phénomène, voir R. Noll, *Reforming Regulation: An Evaluation of the Ash Council Proposals*, 1971.
112. Voir Breyer, *supra*, n. 9, c. 8.
113. L'analyse la plus extensive du contrôle budgétaire réglementaire se trouve dans Litan et Nordhaus, *supra*, n. 10; mais voir la critique de Diver, *supra*, n. 40.
114. Voir « Rethinking Regulation », *supra*, n. 109.

115. Voir, en particulier, Canada, Chambre des communes, *supra*, n. 23. Pour un point de vue américain, voir Breyer, *supra*, n. 9.
116. Pour des propositions et des critiques, voir C. Argyris (édit.), *Regulating Business: The Search for an Optimum*, 1978; C. Stigler, « The Theory of Economic Regulation », (1971) 2 *Bell Journal of Economics* 3. On trouve un exemple récent dans la réinstitution du recensement. Sans ces données démographiques facilement accessibles et payées par tous les citoyens, les entreprises privées devraient se servir des enquêtes d'opinion dont le coût serait, par définition, supporté seulement par ses clients.
117. Voir Willis, *supra*, n. 69; et Arthurs, « Protection Against Judicial Review », (1983) 43 *Revue du Barreau* 277 qui défend la thèse contraire. Une présentation de la thèse favorable qui est particulièrement vigoureuse se trouve dans Grey, « The Ideology of Administrative Law », (1983) 13 *Manitoba Law Journal* 35.
118. Les influences des atavismes judiciaires sont étudiées par Willis dans « Foreign Borrowings », (1970) 20 *University of Toronto Law Journal* 274 et Macdonald, *supra*, n. 33.
119. Voir Macdonald, « Jurisdiction, Fault and Illegality: An Unholy Trinity », (1985) 16 *Revue générale de droit* 69, pour un développement sur ce point.
120. Voir Macdonald, *supra*, n. 50, pour une explication de cette rationalité.
121. Voir Posner, *supra*, n. 92, p. 399–418.
122. Cette reconnaissance est ce qui pousse Calabresi à préconiser un *common law* revigoré, voir G. Calabresi, *A Common Law for the Age of the Statutes*, 1982. Voir aussi Goldberg, « Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand », (1974) 17 *Journal of Law and Economy* 461.
123. Ses origines remontent au moins à Aristote. Voir E. Barker (édit.), *The Politics of Aristotle*, 1962.
124. Voir S. Milson, *Historical Foundations of the Common Law*, 2<sup>e</sup> éd., 1981, p. 1–96.
125. Cette thèse est bien défendue par Renner, *supra*, n. 4 et par Gordon, *supra*, n. 79. Voir aussi A. Watson, *Society and Legal Change*, 1977.
126. Dans ce chapitre, nous devons avouer que nous avons une grande dette intellectuelle envers feu Lon L. Fuller. Voir, en particulier, ses essais cités, *supra*, n. 49, 53, 71, 74, 80, 86, 92 et 95. Plusieurs autres théoriciens ont défendu des positions identiques.
127. Voir Fuller, « Two Principles of Human Association » dans Winston (édit.), *supra*, n. 49.
128. Voir « Rethinking Regulation », *supra*, n. 109.
129. Ce résumé est tiré de Winston, « Introduction » dans Winston (édit.), *supra*, n. 49.
130. Voir Macdonald, *supra*, n. 50, p. 28–35.
131. Voir Diver, *supra*, n. 40.
132. Voir Dobra « Property Rights in Bureaucracies and Bureaucratic Efficiency », (1983) 40 *Public Choice* 95.
133. Voir, par exemple, Litan et Nordhaus, *supra*, n. 10.
134. Voir M. Polanyi, *The Logic of Liberty*, 1951 et M. Olson, *The Logic of Collective Action*, 1965, pour des explications théoriques montrant comment les marchés constituent des structures de réglementation.
135. Voir White et Wittman, « A Comparison of Taxes, Regulation and Liability Rules Under Imperfect Information », (1983) 12 *Journal of Legal Studies* 413.
136. Pour une exception, voir Lindblom, *supra*, n. 46.
137. Voir Breyer, *supra*, n. 9, c. 10.
138. Cette idée est particulièrement bien exposée dans Chapman et Guinn, « Efficiency, Liberty and Equality: Three Ethical Justifications for Regulatory Reform », (1982) 20 *Osgoode Hall Law Journal* 512.
139. Cette idée est tirée de M. Horwitz, « Law and Economics: Science or Politics? », (1980) *Hofstra Law Review* 905.
140. Voir J. Vining, *Legal Identity*, 1978.
141. Pour une analyse générale de cette idée, voir R. Samek, *The Meta Phenomenon*, 1981.



---

## **Les tribunaux administratifs :** *leur évolution au Canada de 1945 à 1984*

DAVID J. MULLAN

### **Introduction**

Toute étude portant sur les tribunaux administratifs constitue, dans une large mesure, une étude sur le gouvernement. En effet, de nombreux organismes que les Canadiens considèrent comme des tribunaux administratifs assument, en réalité, toutes les principales fonctions gouvernementales : ils légifèrent en élaborant des règles et des politiques internes, exercent un pouvoir exécutif discrétionnaire dans le cadre du mandat fixé dans leur législation constitutive ou par leurs propres règles et politiques, et remplissent un rôle judiciaire qui consiste à trancher les questions particulières dont ils sont saisis.

Pour faire une étude complète des tribunaux administratifs du Canada, il convient par conséquent de se demander quelle est la place de cette quatrième branche du gouvernement dans notre pays aujourd'hui et aussi d'analyser les motifs de sa création et de sa croissance. Il faut aussi déterminer si l'organisation actuelle des tribunaux administratifs est adaptée et efficace. Les tribunaux accomplissent-ils les objectifs des pouvoirs législatifs qui les ont créés et, éventuellement, ceux des intérêts privés qui ont fait pression pour qu'ils soient institués? Aurait-il été plus avantageux pour le pays qu'on attribue ces fonctions aux institutions gouvernementales reconnues par la Constitution, à savoir les organes législatif, exécutif et judiciaire? On ne peut évidemment pas se demander si les objectifs de ceux qui ont créé les tribunaux administratifs auraient mieux été servis par d'autres moyens, sans s'interroger aussi sur la valeur même de ces objectifs et les fondements politiques, constitutionnels et économiques de notre système gouvernemental. En réalité, ces questions nous ramènent à la décision initiale du gouvernement de réglementer et à son choix subséquent d'un type particulier de réglementation.

À titre d'exemple, les gouvernements doivent-ils réglementer l'aviation commerciale ou doivent-ils laisser ce secteur fonctionner comme une entreprise privée? Si le gouvernement doit le réglementer, quels aspects de cette activité devrait-il viser : la sécurité, le personnel, les aéroports, les routes, les horaires ou les tarifs? Quels modes de réglementation ou de contrôle devrait-on adopter? Ce secteur doit-il être entièrement étatisé? Doit-on contrôler, par l'octroi de permis, la réglementation, la fiscalité, des mesures d'incitation, des contrats ou une formation accompagnée de mesures non coercitives? Qui, parmi les suivants, devrait faire la réglementation : le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif, les ministères, les tribunaux administratifs ou, encore, des organismes privés, par voie de contrats de services? Il se peut, par ailleurs, que la meilleure solution du point de vue politique, constitutionnel ou économique soit de procéder de façon ponctuelle, les généralisations étant difficiles dans ce secteur où chaque cas est un cas d'espèce.

Par conséquent, une étude complète des tribunaux administratifs constituerait une entreprise d'envergure importante et controversée. Il est à noter qu'au cours des récentes années le processus administratif a fait l'objet d'études importantes au Canada et qu'il existe maintenant une quantité impressionnante de recherches privées sur ce sujet. De plus, à la fin des années 1960, la Royal Commission Inquiry Into Civil Rights (commission McRuer)<sup>1</sup>, créée par le gouvernement de l'Ontario, a étudié de façon méticuleuse les formes juridiques du processus administratif dans la province. Au niveau fédéral, la Commission de réforme du droit du Canada a publié de nombreuses études sur des tribunaux et organismes<sup>2</sup> administratifs en particulier. Elle a également traité dans ses publications de nombreux sujets liés aux tribunaux administratifs en général, comme le contrôle parlementaire<sup>3</sup>, exécutif<sup>4</sup> et judiciaire<sup>5</sup> du processus administratif. La commission prépare actuellement pour le Parlement un important rapport fondé sur un document de travail<sup>6</sup> antérieur sur les organismes administratifs autonomes en général. Ce nouveau rapport portera principalement sur la structure et les procédures de ces organismes, ainsi que sur leur relation avec le reste du gouvernement. Il a aussi beaucoup été question des tribunaux administratifs dans le « Renvoi sur la réglementation du Conseil économique du Canada<sup>7</sup> », dans le *Rapport* de la Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité (commission Lambert)<sup>8</sup> et dans le *Rapport* du Comité spécial de la Chambre des communes sur la réforme de la réglementation de 1980 (comité Peterson)<sup>9</sup>.

Aucune de ces études n'a fourni de compte rendu exhaustif de la multitude des forces en présence dans notre système actuel de tribunaux administratifs, ni proposé de modèles politiques, constitutionnels ou économiques complets et cohérents qui permettraient d'évaluer en vue d'une décision les différents choix illustrés par l'exemple des règlements sur l'aviation.

La présente étude ne remédiera pas à ces lacunes, faute de temps et de ressources. En fait, sans de nombreuses données empiriques et une analyse économique qui dépasserait nos capacités actuelles, il est difficile de dire si cette analyse, qui porte sur quelques domaines restreints, peut être jugée satisfaisante. Même à l'intérieur de ces limites, il se pose une autre difficulté. Malgré leur caractère incomplet, les études dont nous avons fait mention contiennent une grande part de sagesse traditionnelle et d'idées sur la réforme de la procédure administrative. La tâche de l'auteur d'une étude aussi brève que celle-ci consiste donc à écrire et à analyser certains aspects d'un sujet complexe, sans simplement répéter ce qui a été dit dans les nombreux travaux déjà réalisés.

À la lumière de ces problèmes, nous avons fait deux choix, l'un portant sur le fond et l'autre sur la forme. Sur le plan du contenu, nous nous limitons au fonctionnement des tribunaux administratifs et à leur relation avec les organes traditionnels du gouvernement. Dans ce contexte, nous nous interrogerons sur la valeur des mécanismes de contrôle existants ainsi que sur les processus et les réalités de la responsabilité. Le cadre temporel de notre étude couvre la période de 1945 à nos jours, et nous utilisons comme base de données les tribunaux de l'Ontario, de la Saskatchewan et de ressort fédéral. Quant à la forme, nous avons opté pour une méthode discursive semblable à une dissertation, au lieu de tenter une étude ou une analyse générale des données, de la documentation et des problèmes très divers qui existent.

La rédaction de cette étude ne peut être dénuée « a priori » de toute valeur et il nous incombe, par conséquent, de révéler nos échelles de priorité, dans la mesure où elles pourraient avoir une influence sur le contenu de la présente étude et dans la mesure aussi où nous pouvons les formuler. Nous ne sommes ni en faveur d'une économie de marché totalement libre ni en faveur d'une collectivisation intégrale ou d'une intervention dans tous les domaines de l'activité humaine. Rares sont ceux qui entrent dans l'une ou l'autre de ces catégories idéologiques, bien sûr; aussi existe-t-il une vaste gamme de possibilités entre les deux.

Dans cet éventail, nous voyons de nombreuses situations où le tribunal administratif type trouverait sa place. Ce serait un organisme habituellement chargé de juger et presque toujours aussi d'établir des normes et des politiques, de façon explicite ou implicite. Un tel organe décisionnel doit exister pour différentes raisons, dont les principales sont, certainement, l'insuffisance des tribunaux, tant sur le fond que sur le plan procédural et celui des recours, la nécessité d'avoir des experts dans les domaines spécialisés, l'opportunité de créer une situation d'où les considérations politiques partisans seraient absentes, l'utilité de voir combiner des fonctions législative, exécutive et judiciaire dans un même organe. À ces avantages, nous ajouterions une considération un peu plus problématique et controversée. Au moins dans certaines cir-

constances, la diffusion du pouvoir gouvernemental par l'utilisation de tribunaux administratifs peut promouvoir les valeurs de démocratie et de participation dans notre société d'une manière qui n'est désormais plus possible dans le cadre de nos institutions représentatives traditionnelles, soit les pouvoirs législatif et exécutif.

## **Les tribunaux : une définition pratique**

Le fait qu'il soit difficile de définir de façon satisfaisante ce qu'est un tribunal administratif n'est qu'un indice de la complexité du sujet. Un concept de tribunal administratif type est cependant assez bien reconnu. Il s'agit d'un organe permanent doté de plusieurs membres extérieurs au gouvernement et de structures judiciaires; il tranche sur les questions de droits individuels ou collectifs, habituellement après une audience de nature judiciaire.

Le véritable problème de définition consiste à décider quel écart par rapport à la norme peut être accepté, sans que l'organisme ne change de nature et ne devienne autre chose qu'un tribunal administratif. Nous ne voudrions pas, par exemple, exclure de notre définition les tribunaux composés d'un membre unique ou de plusieurs membres, fonctionnaires relevant d'un ministère. Nous ne voulons pas non plus écarter les organismes spéciaux comme les commissions d'enquête. De nombreux organismes habituellement reconnus comme tribunaux administratifs ne tranchent pas les questions de façon définitive mais ne font que conseiller ou recommander. La notion d'audience de nature judiciaire ne devrait pas, non plus, empêcher d'utiliser le terme « tribunal », lorsque d'autres techniques de décision comme la médiation, la conciliation et la négociation interviennent.

De plus, les activités de nombreux tribunaux administratifs canadiens (ou organismes, comme on les appelle souvent) comprennent des fonctions autres que celles de trancher des questions de droits individuels ou collectifs. Ainsi, des organismes comme la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario (CVMO), l'Office national de l'énergie (ONE), le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) et la Commission canadienne des transports (CCT) décident non seulement de questions de droit, mais encore établissent, seuls ou en collaboration avec l'exécutif, les normes générales à appliquer dans les domaines qu'ils régissent.

Nous ne tenons pas non plus à exclure de la définition de tribunal administratif un organisme qui édicterait les normes sans exercer de fonctions judiciaires pour les appliquer, pourvu qu'un tel organisme possède quelques-uns des autres attributs du modèle type. Sans cette dernière nuance, l'expression « tribunal administratif » comprendrait aussi les ministères gouvernementaux et les ministres de la Couronne.

Aux fins de la présente étude, donc, nous ne considérons aucune des caractéristiques du modèle type comme essentielle; il suffit que quelques-unes d'entre elles soient présentes pour que l'on puisse conclure à l'existence d'un tribunal administratif. Il serait sans doute utile de dire pourquoi, à notre avis, la Commission royale pour laquelle cette étude est faite n'est pas un tribunal administratif. Il s'agit d'un organe doté de plusieurs membres extérieurs au gouvernement, qui a procédé à des audiences dans tout le pays, mais il ne rend pas de décision et ne fixe pas de normes, son rôle étant purement consultatif. De plus, son mandat n'est pas restreint à un domaine particulier, mais touche aux aspects économiques de tous les secteurs du gouvernement. Il est aussi « spécial » parce que mis sur pied de façon ponctuelle et non permanente. La Commission s'éloigne donc considérablement de la norme et se situe en dehors de notre définition d'un tribunal administratif.

Avant de passer à une autre question, il est important de faire une dernière catégorisation. Il existe une différence importante entre les tribunaux administratifs dont la fonction est de régler des différends (comme des tribunaux ordinaires dans leur compétence au civil) ou d'appliquer la loi (comme des tribunaux ordinaires dans leur compétence au criminel), et les tribunaux comme le CRTC ou la CCT qui, en plus d'exercer ces fonctions, fixent des normes, élaborent des politiques et ont un pouvoir judiciaire qui leur permet de trancher des litiges à portée individuelle en fonction des normes générales de l'intérêt public.

Il n'existe pas pour autant deux types distincts de tribunaux administratifs. On se rend très vite compte qu'une telle distinction n'existe pas, si l'on voit les différences entre les tribunaux qui tranchent des questions de droits individuels ou collectifs à des permis ou à des avantages. On trouve, à un extrême, les organismes qui tranchent ces questions selon des normes juridiques ou factuelles relativement précises et, à l'autre, ceux qui statuent en fonction de normes ouvertes et discrétionnaires, tels les certificats de commodité et de nécessité publiques de l'ONE<sup>10</sup>. Toutefois, l'endroit où se situe le tribunal dans cet éventail de pouvoirs décisionnels est un élément déterminant dans toute enquête sur les tribunaux administratifs. Parmi les autres éléments pertinents, citons le degré d'indépendance face à la tutelle du gouvernement, les qualifications et l'attribution des postes aux membres, la nature des procédures employées pour arriver à une conclusion et la relation entre l'organisme en cause et les cours de justice.

En fait, et nous ébauchons ici une idée qui sera développée ultérieurement dans cette étude, les difficultés posées par les principaux tribunaux de réglementation proviennent sans doute en partie du fait que la plupart d'entre eux exercent différents types de pouvoirs décisionnels à la fois. Or, des structures adaptées à certains aspects du mandat de l'organisme ne se prêtent peut-être pas aux autres fonctions dont il est chargé. Ce

problème se présente particulièrement dans le cas du Cabinet lorsqu'il est appelé à jouer le rôle de tribunal administratif.

## **La croissance des tribunaux administratifs**

La présente étude des tribunaux administratifs du Canada a pour cadre la période allant de 1945 à nos jours et porte sur les tribunaux de l'Ontario, de la Saskatchewan et du gouvernement fédéral.

Au niveau provincial, les fonctions attribuées en règle générale aux tribunaux étaient déjà bien établies en 1945. Il existe une similitude étonnante entre les deux provinces en ce qui concerne les domaines d'activité réglementés ou contrôlés par les tribunaux en 1945. Ainsi, l'étude des lois provinciales en vigueur en Ontario et en Saskatchewan en 1945 révèle qu'une proportion considérable des tribunaux, soit la moitié en Saskatchewan et un peu moins en Ontario, était chargée de l'octroi de permis aux professions. Les tribunaux des deux compétences provinciales connaissaient aussi à cette époque des litiges relatifs à l'expropriation foncière, à la planification municipale, aux accidents du travail et à la réglementation routière (notamment de l'octroi de permis de camionnage). Un peu avant la fin de la Seconde Guerre mondiale chacune avait instauré la négociation collective et un conseil des relations du travail. Les seules différences significatives entre les deux administrations tenaient à l'existence en Ontario d'une commission des valeurs mobilières, d'un organe réglementant le gaz naturel et de tribunaux en matière de la commercialisation des produits agricoles. Ces tribunaux n'avaient pas alors leurs pendants en Saskatchewan.

De 1945 à 1984, le nombre de tribunaux dans chaque administration a augmenté de façon très sensible, puisqu'il a plus que doublé<sup>11</sup> en Saskatchewan et un peu moins que doublé en Ontario. Les provinces se trouvaient donc avec un nombre à peu près égal de tribunaux, la Saskatchewan ayant cependant une légère avance. La croissance plus importante dans cette dernière province peut certes s'expliquer en partie par le rattrapage qu'elle devait faire, mais il faut aussi signaler qu'un certain nombre de tribunaux y ont été institués dans le cadre de la politique gouvernementale de protection des ressources naturelles<sup>12</sup>.

Ces différences mises à part, la croissance des tribunaux administratifs au cours des trente dernières années a suivi la même voie dans les deux provinces. Elle a fait suite à l'institution d'un contrôle réglementaire sur un nombre de plus en plus grand de professions<sup>13</sup> et aussi à l'imposition d'une réglementation dans certains nouveaux secteurs de nature sociale, notamment l'indemnisation des victimes d'actes criminels, la protection des droits de la personne, la protection de l'environnement, le contrôle des loyers et la protection du consommateur en général.

Dans de nombreux cas, des régimes de réglementation ont été créés dans ces domaines parce que les tribunaux ordinaires n'étaient pas à même d'élaborer des régimes de droit positif et de recours qui correspondaient à l'intérêt du public. Comme pour les relations de travail, ces considérations ont certainement joué un rôle dans l'adoption de lois sur les droits de la personne, la protection du consommateur et la protection de l'environnement. Certaines provinces cherchaient aussi sans doute à retirer certains secteurs du contrôle des juges nommés par le gouvernement fédéral pour les transférer à des tribunaux dont les juges étaient nommés par les autorités provinciales.

Au niveau fédéral, la situation est quelque peu différente. La plupart des tribunaux ont été créés après 1945. Dans son document de travail n° 25, *Les organismes administratifs autonomes*, la Commission de réforme du droit du Canada rapporte que : « Tous les organismes sur lesquels ont porté la série de monographies rédigée par la Commission [. . .] ont été créés ou réorganisés depuis la dernière guerre<sup>14</sup>. » Cette liste était la suivante :

- le Tribunal anti-dumping,
- la Commission de contrôle de l'énergie atomique,
- le Conseil canadien des relations du travail,
- le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes,
- la Commission canadienne du transport,
- la Commission d'appel de l'immigration,
- l'Office national de l'énergie,
- la Commission nationale des libérations conditionnelles,
- la Commission d'appel des pensions,
- la Commission du tarif et
- la Commission d'assurance-chômage.

À cette liste pourrait s'ajouter d'autres organismes comme la Commission des relations de travail dans la fonction publique.

Il existait déjà des tribunaux dans certains de ces secteurs d'activités avant 1945. En fait, la Régie des commissaires des chemins de fer (puis ensuite des transports) existait comme organisme de réglementation autonome depuis 1903<sup>15</sup>. Ses décisions étaient alors sujettes (comme c'est actuellement le cas de la Commission canadienne du transport, qui lui a succédé) à des appels sur des questions de droit et de compétence devant une cour et au pouvoir de contrôle du Cabinet. Toutefois, dans ces autres domaines où il existait des tribunaux en 1945, ceux-ci ne ressemblaient pas aux organismes autonomes qui sont chargés de la plupart des activités fédérales de réglementation de nos jours. C'est ainsi que dans le domaine de la diffusion il existait des fonctions d'octroi de permis, mais elles étaient confiées à la Société Radio-Canada et au

ministre fédéral responsable<sup>16</sup>. La Commission du transport aérien délivrait des licences, sous réserve de l'approbation ministérielle, et la même condition régissait aussi leur annulation et leur suspension<sup>17</sup>. Les questions de l'énergie atomique, du pétrole et du gaz, de l'antidumping et de l'investissement étranger, pour n'en citer que quelques-unes, demeuraient des sources de préoccupation à venir. En dehors de ces vastes zones de réglementation, des décisions étaient prises en matière de droits de la personne au sujet des détenus et des étrangers, mais jamais dans un cadre comme celui prévu par les lois actuelles sur les libérations conditionnelles et l'immigration. Cependant, le régime d'assurance-chômage existait pratiquement déjà dans sa forme actuelle en 1945<sup>18</sup>.

Il est aussi vrai, particulièrement au niveau fédéral, mais aussi en ce qui a trait aux tribunaux des provinces qu'il ne suffit pas de compter et de décrire brièvement les domaines régis par des tribunaux administratifs pour avoir une bonne idée de l'évolution de la réglementation et de l'activité des tribunaux depuis 1945. Si l'on comparait le régime de réglementation de 1945 à la situation actuelle, on verrait immédiatement l'importance politique que les organismes de réglementation ont prise dans de nombreux secteurs majeurs de l'activité économique. Au niveau fédéral, non seulement la portée de l'activité réglementaire s'est-elle étendue considérablement mais encore des domaines comme la radiodiffusion, les téléphones et les transports, lesquels étaient déjà assujettis à une réglementation fédérale en 1945, ont connu une croissance remarquable dans l'ensemble du pays. En fait, les principaux organismes de réglementation ont pris, dans les affaires de notre pays, une ampleur politique qui aurait été difficile à imaginer en 1945, bien que l'expansion des organismes de réglementation aux États-Unis fournissait déjà à l'époque des indices manifestes d'une croissance éventuelle.

On serait aussi frappé de constater, dans cette étude historique, l'importance prise par la procédure ou la multiplication des occasions fournies aux citoyens de participer, comme un aspect connexe aux décisions judiciaires. En ce qui concerne les tribunaux saisis des questions de droits individuels, qu'il s'agisse de matières fédérales ou provinciales, la participation des intéressés est beaucoup plus acceptée de nos jours qu'elle ne l'était en 1945. En un sens, l'adoption, en 1971, de la loi ontarienne intitulée *Statutory Powers Procedure Act* constitue une illustration frappante de ce phénomène<sup>19</sup>. Cependant, il se manifeste également dans l'octroi du droit d'être entendu sur les questions d'expropriation foncière<sup>20</sup>, lequel droit est maintenant pratiquement universellement reconnu, par opposition au droit à une indemnisation pure et simple. Pendant cette période, on a aussi reconnu des droits procéduraux aux détenus, aux bénéficiaires de libérations conditionnelles et aux étrangers, ainsi qu'en matière d'octroi et de retrait de diverses prestations sociales.

Tout observateur serait sans doute tout aussi surpris de voir les possibilités offertes de nos jours au public intéressé à participer au processus de décision réglementaire par rapport à la situation en 1945. À l'échelon provincial, des droits à la participation lui sont accordés pour des questions de planification urbaine et locale ainsi que pour les prises de décisions gouvernementales relatives à la localisation des sites de remblayage et des lignes de transmission. À l'échelon fédéral, la participation publique constitue la norme dans presque tous les organismes importants de réglementation. En outre, certains secteurs du public ont réagi promptement à ce mouvement et les groupes d'intérêt public ont proliféré; un nombre de plus en plus grand d'avocats se consacrent maintenant à la pratique du droit d'intérêt public. Il est certain que des groupes d'intérêt public existaient et jouaient un rôle dans le processus réglementaire avant 1945<sup>21</sup>, mais leurs membres se sont multipliés et les droits à la participation se sont accrus. Le rôle reconnu à ces groupements dans le processus de réglementation est évident en ce qu'ils sont financés par les gouvernements et se voient de plus en plus accorder leurs dépens par les tribunaux dans tout le pays.

En résumé, le processus réglementaire ou le processus décisionnel des tribunaux administratifs de 1984 est assez différent de celui de 1945. En Ontario et en Saskatchewan, la structure fondamentale des tribunaux n'a pas beaucoup varié par rapport à celle qui existait en 1945, mais il n'en va pas de même du régime de réglementation fédéral. Qui plus est, les activités des organismes de réglementation ont pris une place beaucoup plus importante dans le gouvernement du pays que celle qu'elles occupaient en 1945, entraînant les tribunaux canadiens dans l'ère de la participation et de la procédure.

## La procédure

Une bonne partie de la discussion sur les tribunaux administratifs au Canada porte sur la question de la procédure que ceux-ci adoptent dans leur prise de décisions. L'on voit facilement pourquoi. Ceux qui sont insatisfaits de l'issue des processus administratifs n'hésitent pas à faire valoir leurs inquiétudes sur le mode d'audience réservé à leur version des faits, et les tribunaux sont de plus en plus disposés à prêter une oreille favorable à l'argument d'inéquité procédurale comme motif de contrôle judiciaire<sup>22</sup>. Certains législateurs ont aussi eu tendance à croire qu'il ne pouvait y avoir d'équité dans le processus ni de prise de décisions éclairée si les autorités instituées par la loi n'accordaient pas une attention égale à toutes les parties (voir le cas du *Statutory Powers Procedure Act* de l'Ontario). Des tribunaux administratifs comme le CRTC et la CCT ont, de leur côté, cherché à élaborer des procédures soigneusement rédigées et bien adaptées<sup>23</sup>.

À l'origine, et cela est toujours vrai en ce qui concerne les cours de justice, on s'arrêta surtout à la prise de décisions à portée particulière des tribunaux administratifs, illustrée par la résolution de litiges opposant des intérêts individuels et la révocation ou la suspension des licences. Si des droits ou des intérêts importants étaient en jeu, la loi imposait à ce moment là d'adhérer à une conception quasi judiciaire de la procédure. Évidemment, l'instauration d'une telle conception de la procédure dans la résolution des litiges à portée individuelle n'est pas nécessairement le moyen le plus efficace ou rentable de faire fonctionner une instance décisionnelle. En se concentrant sur des problèmes tels que le droit de se faire représenter et de contre-interroger, non seulement on accorde à la conception judiciaire une certaine valeur, mais on restreint aussi la souplesse pourtant souhaitable en ce qui concerne le jugement. Cette attitude peut aussi nuire à la possibilité d'utiliser d'autres techniques de décision, telles que la négociation, la médiation et la conciliation.

Néanmoins, il existe des éléments d'équité procédurale qui transcendent la conception judiciaire et constituent des normes applicables, que la méthode de règlement de conflits ou de prise de décisions adoptée soit la décision judiciaire, la médiation, la conciliation ou la négociation. Ces éléments procéduraux constituent l'essence même de la justice naturelle ou de l'équité procédurale : a) le droit de toute personne touchée par des décisions d'être informée des procédures et du litige et b) le droit de faire valoir ses arguments à la lumière de tous les renseignements pertinents dans le processus de décision employé.

En fait, la prétendue essence de l'équité procédurale présente un certain avantage pour les décisions autres que celles qui portent sur la simple résolution des conflits. L'éventail des fonctions exercées par les tribunaux administratifs canadiens va des fonctions judiciaires au sens propre à l'élaboration de politiques qui dépendent d'une foule de considérations et qui peuvent avoir une influence sur l'ensemble de la population du Canada, comme une règle du CRTC sur le contenu canadien, ou sur une décision à propos d'une demande de tarif de Bell Canada ou encore un certificat de l'ONE relatif à la commodité et à la nécessité publiques pour la construction d'un gazoduc.

Étant donné que ces vastes fonctions de formulation de politiques commencent par la présentation d'une demande à un organisme de réglementation par une personne ou un groupe, il semble naturel que soit tenue une audience durant laquelle cette personne ou ce groupe pourrait présenter des arguments sur les mesures proposées. C'est un droit reconnu dans la plupart des règlements, qui prévoient également le pouvoir discrétionnaire pour l'organisme de réglementation de tenir une audience publique à propos de la demande, audience à laquelle d'autres personnes peuvent participer<sup>24</sup>.

On assiste ici à l'extension de la conception judiciaire à des fonctions décisionnelles plus vastes que celles des cours traditionnelles parce qu'elle leur est applicable. Lorsqu'un tribunal est chargé d'établir des faits, il est aussi bon de permettre la participation de ceux qui connaissent les faits pertinents. De même, les tribunaux chargés d'établir des politiques se fondent pratiquement toujours sur des faits pour éclairer les choix de politiques qu'ils sont chargés de faire. C'est pourquoi l'ouverture du processus au grand public peut tout simplement constituer une façon d'établir les faits pertinents à l'enquête sur la politique à établir.

Pendant, en accordant des droits de participation au public dans de telles situations, on fait beaucoup plus que créer un cadre pour rassembler la preuve et régler les conflits de fait. Cela revient plutôt, en fait, à permettre à ceux qui le désirent d'exprimer des commentaires et de faire connaître leurs préférences au sujet de la politique en cause. Dans la mesure où les principaux organismes de réglementation sont créés pour exécuter des fonctions qui ont été complètement ou partiellement retirées des organes parlementaires ou exécutifs traditionnels, il n'est pas surprenant que le pouvoir législatif qui les institue, ou l'organisme lui-même, favorise la participation du public au processus de décision.

Pour les questions de politique ou de choix politique, l'audience publique constitue un substitut à la procédure sans doute fictive et empirique du débat législatif et une solution de rechange beaucoup plus efficace que le lobbying qui retient l'attention de tout gouvernement qui formule des politiques. C'est ainsi que, dans la mesure où les organismes de réglementation présentent des insuffisances en matière de représentativité et ne peuvent participer de façon ouverte au processus de lobbying du fait de leur désignation législative en tant qu'organismes quasi judiciaires, l'audience publique devient alors l'un des procédés qui leur permet de voir les possibilités et préférences en politique administrative et peut-être, ce qui importe davantage, d'être sensibles aux pressions de nature politique. (Les autres procédés sont les directives et les appels au Cabinet et la prise en considération par l'organisme de la réaction des médias à son activité.)

Bien qu'elles puissent sembler très banales, ces considérations ne sont sans doute pas suffisamment analysées ou appréciées dans le cadre des organismes de réglementation canadiens. Elles présentent, à tout le moins, une source de dilemmes à la fois pour les législateurs, les organismes administratifs et les tribunaux.

On peut se demander qui peut participer lorsque des audiences publiques sont tenues. Cette question se pose dans le contexte des audiences qui ne sont pas conçues pour être publiques comme telles, mais qui revêtent une dimension politique ou publique, ce qui donne par conséquent lieu à des demandes de participation. On peut aussi s'interroger

sur le droit des groupes d'intérêt public de recevoir de l'assistance financière ou de se faire accorder leurs dépens lorsqu'ils se présentent devant un organisme de réglementation. Enfin, on se pose aussi la question fondamentale relative à la quantité d'information à laquelle les participants du public ont droit. Bien qu'il y ait un net mouvement en faveur de l'accès à l'information produite par l'auteur de la requête et par les autres participants du public à l'audience<sup>25</sup>, on demeure encore assez réticent en ce qui concerne les données factuelles que possède l'organisme de réglementation lui-même et encore plus lorsqu'il s'agit des commentaires et des débats du personnel de l'organisme sur les questions de politique administrative<sup>26</sup>.

Une autre question s'avère toutefois beaucoup plus importante que les précédentes, à savoir dans quelle mesure il devrait y avoir des audiences publiques, lorsque le mécanisme qui active l'organisme de réglementation n'est pas une demande particulière mais une décision de l'organisme en vue d'élaborer des politiques d'ordre général, comme une nouvelle règle du CRTC sur le contenu canadien, par exemple. Étant donné que la nature et la portée des questions en cause ne feront très souvent pas varier le processus déclenché par une demande individuelle ou par l'initiative de l'organisme, cette question ne semble avoir qu'une faible importance sur le point de la participation du public. En fait, jusqu'à très récemment, les assemblées législatives canadiennes ont rarement imposé aux principaux organismes de réglementation de tenir des audiences pour la formulation de règles ou de politiques<sup>27</sup> et les organismes n'ont jamais été beaucoup plus enthousiastes à ce sujet.

Maintenant, il est plus fréquent, du moins à l'échelon fédéral, que des audiences relatives à l'élaboration de règles soient prévues par la loi, et les organismes acceptent beaucoup plus facilement qu'auparavant une telle contrainte. De même, le système de publication régulière de l'ordre du jour de la réglementation et l'avènement de la législation sur l'accès à l'information sont deux signes de l'engagement de plus en plus grand du gouvernement fédéral envers le droit qu'a le public de participer au processus de réglementation<sup>28</sup>.

Il est intéressant de comparer cette évolution avec la conception traditionnelle que se font encore les tribunaux canadiens de ces questions. Comme ils ont coutume de considérer que la procédure équitable s'impose lorsque les questions en cause sont habituellement du ressort des tribunaux, les juges ont été extrêmement réticents dans tout ce domaine. C'est ainsi que les audiences publiques ne confèrent pas aux intervenants le droit d'accéder aux études faites par le personnel<sup>29</sup>. Si une audience publique n'est pas nécessaire, les groupes d'intérêt public se voient plus ou moins octroyer le droit de participer<sup>30</sup>. Les appels au Cabinet de décisions émanant d'organismes de réglementation nécessitent rarement des garanties procédurales<sup>31</sup>. En outre, en ce qui concerne les auditions pour l'élaboration de règles, il n'existe aucune tendance de

la part des tribunaux à imposer une telle obligation à un organisme de réglementation en l'absence de dispositions législatives à cet égard<sup>32</sup>.

Il se peut évidemment que les tribunaux n'aient pas la compétence pour décider dans quels cas ces procédures sont nécessaires et que ces décisions doivent être de préférence prises par le législateur et les organismes eux-mêmes<sup>33</sup>. Que ce soit le cas ou que les tribunaux soient d'avis que de telles procédures sont inacceptables, il est clair que la libéralisation récente effectuée par les tribunaux, en ce qui concerne les règles d'équité procédurale, n'a pas été aussi radicale que l'on pouvait s'y attendre. Il est certes beaucoup plus facile maintenant de convaincre une cour d'imposer des règles procédurales à certaines instances décisionnelles, mais cette évolution a surtout été limitée à des cas d'application de la loi où il s'agissait de litiges de nature individuelle ou de prise de décisions à portée particulière avec un important élément factuel. En outre, quelle que soit l'attitude des tribunaux vis-à-vis des questions de procédure, un problème grave demeure, à savoir s'il est dans l'intérêt de la société que les procédures d'élaboration de politiques soient ouvertes à ce type de participation du public.

Nous aimerions résumer ce que nous considérons comme les questions fondamentales du débat actuel sur la procédure. La plupart de ces questions ont déjà été soulevées ou au moins esquissées, mais certaines constituent des extrapolations plus précises à partir des études antérieures :

1. Le mode de règlement par les tribunaux administratifs de litiges ou de questions à caractère individuel a-t-il une nature trop judiciaire qui élimine la possibilité de faire appel à d'autres mécanismes de solution de litiges?
2. À quelle étape les exigences d'équité procédurale dans les litiges à portée individuelle devraient-elles céder le pas à des considérations économiques et faire prendre conscience du détournement des ressources destinées à la poursuite des objectifs fondamentaux des programmes législatifs?
3. Dans quelle mesure la Charte des droits et libertés<sup>34</sup> et, à l'échelon fédéral, la Déclaration canadienne des droits<sup>35</sup> peuvent-elles servir à imposer des obligations supplémentaires et différentes à des tribunaux? Cette possibilité est-elle souhaitable?
4. Doit-on prôner l'existence de codes de procédure applicables au moins aux décisions de nature judiciaire, tel que prévu dans le *Statutory Powers Procedure Act*, en Ontario et, à un degré moindre, le *Administrative Procedure Act*<sup>36</sup>, en Alberta?
5. Dans quelle mesure la participation valable au processus de décision dépend-elle de l'accès à la documentation, qu'il s'agisse de faits ou d'opinions, dont dispose l'organisme décisionnel grâce à son personnel et à d'autres sources?

6. Les orientations en faveur des audiences sur la formulation de règles ou de politiques sont-elles souhaitables, ou les assemblées législatives et organismes administratifs sont-ils allés trop loin déjà dans cette direction? Les questions de formulation de politiques administratives ou les questions politiques mêmes doivent-elles être assujetties à des droits de participation du type de ceux qui existent dans les audiences judiciaires traditionnelles?
7. Une fois que le litige est transféré du tribunal lui-même à un organisme politique prépondérant comme le ministre ou le Cabinet, les exigences procédurales devraient-elles disparaître?

Dans la présente étude, il n'est pas possible de donner des réponses définitives à toutes ces questions. En fait, la plupart d'entre elles sont matière à controverse continue, tandis que d'autres soulèvent des problèmes fondamentaux sur la nature de notre système politique et le type de société que nous voulons. Nous tenterons cependant ici de mettre en évidence certaines des considérations qui influencent les choix explicites ou implicites contenus dans chacune de ces questions.

### *Le recours excessif à la procédure judiciaire*

Notre système administratif subit des pressions considérables en vue de donner une nature judiciaire aux processus de ses tribunaux. Lorsqu'ils reçoivent leur formation, les avocats sont presque inévitablement endoctrinés par un système de valeurs qui favorise le recours judiciaire comme mode de règlement des conflits, et les avocats qui comparaissent devant le tribunal administratif, ainsi que leurs clients, marqués du sens populaire du procès criminel, essaient naturellement d'amener les tribunaux à adopter de plus en plus la procédure judiciaire du procès, sans bien prendre conscience du rôle distinct que jouent de nombreux tribunaux administratifs.

Ce sont aussi des avocats qui rédigent les lois et qui siègent à des commissions comme la commission McRuer en Ontario. Là encore, ils sont tentés de parer les fonctions de décision des tribunaux d'exigences procédurales de type judiciaire ou, comme en Ontario, de rédiger une loi de procédure générale qui s'inspire fortement de règles procédurales de nature judiciaire. À titre d'illustration de ces tendances très nettes, notons que Martin Teplitsky, l'un des avocats les plus éminents de l'Ontario en matière d'arbitrage des conflits de travail, se plaignait récemment du glissement continu du processus d'arbitrage des conflits de travail vers la procédure stricte des cours de justice, phénomène qui a pour effet de rapprocher la procédure d'arbitrage de celle des tribunaux ordinaires en tant que méthode de règlement des conflits de travail<sup>37</sup>.

Par ailleurs, il ne faudrait pas exagérer le caractère pernicieux de cette influence. À un niveau très fondamental, on insiste de plus en plus, dans la formation des avocats au Canada, sur la valeur de méthodes autres

que la procédure judiciaire traditionnelle pour le règlement des litiges. En outre, les techniques de conciliation, de médiation et de négociation sont bien implantées dans les processus de relations de travail et de droits de la personne, en dépit de l'idée persistante selon laquelle le règlement judiciaire strict, illustré par l'adage « Toute personne a le droit de se faire entendre au moins une fois par une cour », constitue un droit civil pour quiconque encourt une éventuelle responsabilité<sup>38</sup>.

Les organismes administratifs ont aussi fait preuve d'une certaine fermeté en résistant contre l'empiètement de certains processus de type judiciaire. Un exemple notoire concerne le refus continu du CRTC de permettre le contre-interrogatoire direct de témoins dans l'exercice de sa compétence en matière de télécommunications. En fait, cette résistance a été encouragée par les tribunaux<sup>39</sup>. De plus, s'il est aussi vrai que les tribunaux, depuis l'affaire *Nicholson* en 1978<sup>40</sup>, ont étendu les cas où ils sont prêts à imposer *certaines* normes procédurales aux tribunaux administratifs. Ils ont aussi fait montre d'une plus grande réceptivité envers les procédures non judiciaires, comme les examens de dossier<sup>41</sup>, le droit limité à la représentation par avocat<sup>42</sup> et la délégation des tâches de collecte et de tri des éléments de preuve<sup>43</sup>.

Il convient de souligner que de nombreuses fonctions des tribunaux administratifs se prêtent particulièrement à la procédure judiciaire. Entrerait notamment dans cette catégorie l'audience disciplinaire en vue de radier un membre d'une profession. Les effets possibles de la Charte canadienne des droits et libertés et de la Déclaration canadienne des droits, ainsi que la persistance d'arguments en faveur d'une loi fédérale sur la procédure administrative demeurent toujours des points d'interrogation. Dans quelle mesure ces textes vont-ils encourager et peut-être accroître les demandes en faveur d'une procédure de type judiciaire dans les tribunaux? Nous reviendrons sur ces points dans les rubriques ultérieures de la présente section.

### ***Les arguments de rentabilité***

Dans la section précédente, nous avons avancé que les procédures de type judiciaire n'étaient pas toujours les plus adéquates pour les tribunaux administratifs. Pourquoi pas? Évidemment, elles sont parfois des causes de retard et d'inefficacité dans le processus administratif pour ceux qui résistent à ses objectifs. Même si l'on écarte cet aspect, plus la procédure est stricte et de type judiciaire, plus elle est longue et coûteuse et plus elle impose de barrières à la participation. Même si l'on prête aux parties intéressées les meilleures intentions et s'il est possible pour tous ceux qui le désirent de participer, la tendance procédurière peut entraîner des coûts considérables pour les programmes législatifs dont font partie les tribunaux administratifs. Il peut s'avérer nécessaire qu'à un certain moment on se pose cette question brutale : « Des droits procéduraux, oui, mais à quel prix? »

Trois exemples non canadiens et assez différents les uns des autres aideront à illustrer les problèmes :

a) À la suite de la décision de la Cour suprême des États-Unis dans *Goss c. Lopez*<sup>44</sup>, au terme de laquelle les étudiants de l'école secondaire avaient droit à une audition en cas de suspension disciplinaire, on s'est beaucoup interrogé sur les effets de cette décision en matière de discipline dans les écoles secondaires<sup>45</sup>. Sonhait-on le glas du système scolaire? Les mesures disciplinaires deviendraient-elles presque impossibles du fait que le système se trouvait maintenant placé dans un véritable carcan procédural?

b) Depuis quelques années, l'Australie impose à son administration fédérale un tribunal d'appel administratif de compétence générale, une cour fédérale dotée d'un pouvoir de contrôle judiciaire accru, un ombudsman et une commission des droits de la personne. À une époque de restrictions budgétaires, les ministères ont été contraints de créer de nouveaux services pour répondre aux exigences du nouveau droit administratif. On s'est alors beaucoup demandé s'il était souhaitable de détourner ainsi vers le redressement des injustices individuelles des crédits initialement affectés à des programmes publics<sup>46</sup>.

c) Dans le contexte vaste de la réglementation, certains organismes fédéraux des États-Unis ont adopté une procédure de type judiciaire pour l'élaboration de nouvelles règles et politiques. Dans sa forme la plus extrême, cette évolution a conduit à des échecs comme dans l'affaire du beurre d'arachides où la Food and Drug Administration a consacré douze années et 77 736 pages de dossiers ainsi qu'un long procès et des discussions officieuses à déterminer la teneur en arachides d'un produit pour qu'il puisse s'appeler « beurre d'arachides<sup>47</sup> ».

On peut sans doute trouver un exemple équivalent, au Canada, lorsque les autorités pénitentiaires et des libérations conditionnelles s'inquiètent de l'effet du recours excessif à la procédure quand il s'agit de régler des questions de discipline pénitentiaire et de libérations conditionnelles. L'engouement pour la « procédurite » peut aussi expliquer, en partie, les difficultés incroyables rencontrées lors de la détermination des sites de terrains nécessaires au remblayage ou à la localisation de différents types de lignes de transmission<sup>48</sup>.

Ces exemples visent à suggérer que l'excès de procédure peut paralyser un système de réglementation et aussi détourner inutilement les fonds publics vers les griefs de quelques-uns au détriment de l'intérêt général. Il n'est pas facile de dire où se trouve le point d'équilibre.

Une solution à ce dilemme réside peut-être dans la rédaction soigneuse des règles de procédure par les tribunaux administratifs de sorte qu'ils ne soient pas forcés à prendre de décisions spéciales sur les demandes relatives aux droits procéduraux. À condition de formuler des règles qui tiennent compte des circonstances particulières des processus de prise de décisions et de l'existence de règles d'équité procédurales

minimales et indispensables, il est possible sans doute de mettre au point un système relativement efficace dans lequel les frustrations en matière de demandes de révision judiciaire ou d'appel pour des motifs de procédure soient aussi assez rares. Certains favorisent cette approche dans l'élaboration de règles comme celle qui a récemment été entreprise par la CCT et le CRTC. À la faveur de leurs efforts, on a pu voir l'utilité et l'importance de faire participer au processus de formulation de la procédure les secteurs visés par la réglementation.

### *L'incidence de la Charte et de la Déclaration des droits*

La Déclaration canadienne des droits et la Charte canadienne des droits et libertés représentent toutes deux un engagement constitutionnel en faveur des normes procédurales<sup>49</sup>, bien que, dans chacun des cas, la loi peut éventuellement prévaloir sur les garanties procédurales prévues<sup>50</sup>.

Il est cependant prouvé que l'impact de la tendance procédurière a causé une certaine inquiétude aux rédacteurs de la Charte. Tant les débats que l'omission des droits de propriété lors de la rédaction des garanties de justice fondamentale prévues à l'article 7 révèlent que l'on cherchait à éviter que les garanties procédurales outrepassent et modifient les objectifs substantifs des programmes gouvernementaux<sup>51</sup>. On a aussi constaté que, depuis l'entrée en vigueur de la Charte, de nombreux avocats ont cherché à élargir l'interprétation de l'article 7 de sorte que l'expression « sécurité de la personne » comprendrait une vaste gamme d'activités des tribunaux, notamment celles qui concernent les droits à la propriété<sup>52</sup>. De plus, on se demande toujours dans les tribunaux quelle est la portée de l'article 11 et les garanties de nature quasi judiciaire qu'il offre aux personnes accusées d'une infraction.

Nous croyons cependant que même si les tribunaux adoptaient une interprétation libérale de l'article 11 ses éventuels effets néfastes seraient minimes. L'aspect controversé de l'article 11 a été bien précisé; il concerne principalement les questions de discipline professionnelle<sup>53</sup> et d'autres problèmes liés à la responsabilité individuelle en cas de pratiques discriminatoires qui sont défendues par divers codes des droits de la personne<sup>54</sup>. C'est dans ces contextes que les demandes de droits procéduraux de nature judiciaire ont la plus grande incidence. Des questions graves sont en jeu. La responsabilité encourue est très importante, comme le sont les questions de fait. Les problèmes juridiques sont bien délimités. Le pouvoir discrétionnaire est minimal.

C'est l'alinéa 11d) qui pose sans doute le plus de problèmes avec sa mention d'« un tribunal indépendant et impartial ». Il y a déjà eu dans les tribunaux des questions sur la formation de tribunaux canadiens des droits de la personne<sup>55</sup> et de tribunaux disciplinaires dans le système pénitenciaire<sup>56</sup>, notamment sur la nomination de leurs membres par les autorités responsables de l'application de la loi pertinente. Il reste à voir

jusqu' où iront les tribunaux dans leur interprétation de la Charte comme un texte visant à freiner par différents moyens la création de tribunaux administratifs.

C'est la portée éventuelle de l'article 7 qui peut présenter le plus grand danger. Si l'on prétend que l'article inclut les droits de propriété ou si un amendement constitutionnel vient à le prévoir explicitement<sup>57</sup>, l'on pourrait paralyser davantage des fonctions nécessaires telles que la sélection des sites de remblayage ou la localisation des lignes de transmission du pétrole, du gaz et de l'électricité. De plus, même sans que l'on interprète l'article comme s'il incluait les droits de propriété foncière, l'expression « sécurité de la personne », peut donner ouverture à des demandes d'ordre procédural lors de la détermination des droits prévus par la loi de participer aux différentes formes de prestations sociales<sup>58</sup>. Ce serait reconnaître par là les arguments avancés dans l'article remarquable de Charles Reich intitulé « The New Property<sup>59</sup> ».

Toutefois, si c'est une chose de reconnaître les droits à la sécurité et les droits de propriété dans la participation aux prestations sociales, il est tout à fait différent de créer un ensemble complexe de procédures quasi judiciaires pour les appliquer, étant donné les conséquences de telles audiences sur le plan financier. Par contre, l'article 7, avec son invocation du respect des principes de justice fondamentale, n'est pas aussi précis dans sa prescription de normes procédurales que l'est l'article 11 et laisse une large marge de manoeuvre à la fois aux tribunaux administratifs et aux tribunaux judiciaires qui élaborent des régimes de procédure.

### *Une loi fédérale sur la procédure administrative*

Dans son document de travail n° 25, *Les organismes administratifs autonomes*<sup>60</sup>, la Commission de réforme du droit du Canada se déclare favorable à l'adoption d'une loi fédérale sur la procédure administrative. Cette position semble aussi avoir été prépondérante dans les discussions de la commission lors de la rédaction de son rapport au Parlement sur le même sujet. Dans son document de travail n° 25, elle préconise l'adoption d'une telle loi pour redresser les incohérences et anomalies procédurales<sup>61</sup> mises en évidence par son étude sur les tribunaux administratifs du gouvernement fédéral.

Qu'il y ait ou non des lacunes en matière de procédure, la rédaction d'une loi sur la procédure administrative pose de sérieuses difficultés. Au départ, il faut décider quels tribunaux seront assujettis à la loi. En Alberta, l'application de la loi dépend d'une désignation particulière par le lieutenant-gouverneur en conseil<sup>62</sup>, alors qu'en Ontario, la loi impose à la fois une désignation par la loi et des fonctions de prise de décisions judiciaire dans des limites très générales<sup>63</sup>. Il suffit de dire que les tentatives de définition de ce qui constitue un tribunal administratif aux

fins de la loi posent un problème grave. Il est aussi manifeste que l'inclusion ou l'exclusion doit dépendre au moins, dans une certaine mesure, des dispositions procédurales qui sont prévues dans la loi : plus les procédures stipulées ont un caractère judiciaire, plus la portée de la loi devrait être restreinte et vice-versa. C'est là, à tout le moins, ce que dicte la sagesse la plus élémentaire.

Ainsi, la loi ontarienne, qui prévoit des procédures minimales de nature quasi judiciaire, est explicitement exclue ou modifiée pour de nombreux organismes décisionnels et, malgré tout, elle demeure encore trop rigide pour certains tribunaux auxquels elle s'applique. Par exemple, elle ne contient aucune disposition relative à la délégation de pouvoirs en matière d'audiences ou de prise de décisions, ce qui cause des problèmes majeurs aux organes créés par la loi et formés de nombreux membres, comme les sénats des universités et l'assemblée de la Law Society of Upper Canada. On peut aussi se demander qu'elle est l'utilité de cette loi lorsque l'exercice du pouvoir entraîne l'examen par chacun des tribunaux de la portée de la loi et de ses modifications éventuelles en ce qui le concerne. Il est sûr que ce phénomène a pour conséquence de concentrer l'attention sur la question procédurale et pourrait revêtir une valeur didactique pour ceux qui se livrent à cet exercice. Néanmoins, il existe d'autres méthodes pour arriver au même résultat. Une telle loi pose aussi le problème de la procédure à utiliser dans les tribunaux qui ne sont pas visés.

Par ailleurs, une loi d'application vaste ou générale peut être d'une utilité moindre du fait que ces dispositions sont si peu controversées ou décrites d'une façon si générale qu'elles ne règlent pas la plupart des questions de procédure graves pour le tribunal, laissant peut-être ultimement à la cour la tâche de les résoudre. C'est ce qui ressort de la liste de recommandations formulées par la Commission de réforme du droit :

[. . .] Avis d'audition raisonnable aux parties à toute affaire; lors de l'élaboration de règles, avis public et occasion de faire des commentaires; obligation de tenir une audience assortie de l'éventail complet des garanties procédurales traditionnelles dans les affaires où l'on envisage d'imposer des sanctions importantes; établissement de décisions officielles par écrit; motivations des décisions, au moins dans les cas où une partie le demande<sup>64</sup>.

De ces cinq propositions, celle de l'avis raisonnable existe déjà en *common law* tandis que la tenue d'audiences plénières lorsqu'il s'agit de sanctions importantes est soit le reflet de la norme de *common law* existante, soit le fruit d'une recommandation de recours systématique à des procédures judiciaires dans tous les cas. La publication de décisions écrites et motivées constituerait un changement par rapport à la position actuelle du *common law*<sup>65</sup> de même que l'adoption d'une procédure d'avis et de commentaires en matière d'élaboration de règles. Ces deux modifications sont sans doute justifiables. Nous invoquerons d'ailleurs

un peu plus tard la nécessité d'une loi sur la procédure d'avis et les commentaires, mais nous tenons à souligner qu'aucun des cas ne nécessite l'adoption d'une loi fédérale de nature générale sur la procédure administrative.

Il ne serait évidemment pas juste de discuter des propositions de la Commission de réforme du droit en partant d'une liste incomplète. Par contre, le fait que les tribunaux accordent une attention grandissante aux questions procédurales et que le *common law* soit de plus en plus perfectionné peut faire disparaître la nécessité d'une loi générale.

Une partie des propositions plus précises de la Commission de réforme du droit ont certainement du mérite. En particulier, ses recommandations visant à permettre aux tribunaux de procéder à de plus nombreux examens de dossiers<sup>66</sup> et à déléguer des fonctions d'audience à des fonctionnaires des organismes ont retenu beaucoup l'attention<sup>67</sup>. Ce dernier phénomène fait depuis très longtemps partie de la procédure judiciaire des États-Unis et trouve son expression législative dans le *Administrative Procedure Act*, adopté aux États-Unis en 1946. Les dispositions de cette loi prévoient la nomination d'examineurs chargés de l'audience et leur utilisation par les organismes<sup>68</sup>. Ces examineurs ou « juges administratifs », comme les appelle le *Civil Service Commission Order*<sup>69</sup>, constituent un corps professionnel d'experts dans la conduite des audiences administratives et un élément vital des organismes ou des tribunaux fédéraux aux États-Unis. Cependant, comme l'indique à la fois l'expérience américaine<sup>70</sup> et les discussions de la Commission de réforme du droit du Canada<sup>71</sup>, il importe d'établir une relation précise entre l'autorité chargée de l'audience et le tribunal lui-même. Ceci est particulièrement vrai en ce qui concerne des questions comme celle de savoir dans quelle mesure le tribunal est lié par les décisions de l'examineur ou bien celle de la création de systèmes de régie ou d'inspection interne pour assurer une certaine cohérence dans le fonctionnement du système d'agents de probation.

Il est nécessaire de remarquer aussi la valeur considérable de la proposition faite par la Commission de réforme du droit dans son document de travail pour la création d'un corps consultatif en droit administratif<sup>72</sup> ou conseil de révision. Avec les nominations nécessaires et un budget suffisant, un tel organisme pourrait effectuer un contrôle très utile sur la procédure des tribunaux administratifs du gouvernement fédéral et sur la nomination de leurs membres. Le succès limité du *Statutory Powers Procedure Rules Committee*<sup>73</sup> est peut-être un précédent malheureux au Canada, mais l'utilité de tels organismes est prouvée par le *United Kingdom Council on Tribunals*<sup>74</sup> et le *Australian Administrative Review Council*<sup>75</sup>.

En ce qui concerne les procédures, un tel organisme consultatif pourrait jouer un rôle de premier plan dans la rédaction des dispositions législatives et des règlements des tribunaux relatifs à la procédure et, par

la suite, servir à vérifier le bien-fondé des procédures imposées et leur respect par le tribunal. On pourrait ainsi atteindre les objectifs de responsabilité et de contrôle visés par un code de procédure générale sans les inconvénients causés par la rédaction et l'application d'une telle loi.

### *Les études réalisées par le personnel*

Qu'un tribunal agisse comme une instance judiciaire en tranchant des litiges un par un ou qu'il mène une enquête dans un cadre souple et de vaste envergure sur une question de nature hautement politique, les droits à la participation doivent, pour être efficaces, inclure le droit pour les parties d'avoir accès à tous les faits et arguments en cause. Autrement, il ne peut y avoir de dialogue et de contestation des questions en litige. Malgré tout, on constate une réticence de la part des tribunaux administratifs canadiens lorsqu'il s'agit de permettre l'accès aux documents et arguments recueillis par leur personnel pour qu'ils servent aux audiences et pour aider les prises de décisions. La conséquence la plus regrettable est que plus le personnel est compétent et digne de confiance, plus les audiences elles-mêmes peuvent devenir une comédie, le véritable échange d'information et le débat se faisant alors entre le personnel et les membres du tribunal.

Ce n'est pas dire que les organismes devraient cesser de recourir à leur personnel. L'éventail et la nature des questions dont traitent bon nombre des tribunaux administratifs rendent les membres du personnel indispensables. Il est aussi dans l'intérêt public que ce personnel soit compétent et qualifié. Reste à savoir alors comment équilibrer de façon satisfaisante les besoins en personnel des organismes administratifs par rapport aux exigences des processus d'audience efficaces. En général, les arguments en faveur de la retenue des communications échangées entre le personnel et l'organisme avancent qu'on favoriserait ainsi une plus grande intégrité entre les deux. Par contre, on serait dans une situation où les communications orales prendraient peu à peu le pas sur les communications écrites. On entend aussi souvent l'argument selon lequel la révélation des recommandations du personnel empêcherait totalement l'exploration d'options radicales parce que le fait que certaines possibilités aient même été évoquées peut soulever un tollé dans le public et les médias.

Tous ces arguments découlent d'une tradition de secret dans l'Administration, tradition qui prendra sans doute assez de temps à disparaître. Néanmoins, l'adoption au niveau fédéral de la *Loi sur l'accès à l'information*<sup>76</sup> et de lois semblables sur la liberté de l'information dans quelques-unes des provinces<sup>77</sup> indique clairement une certaine tendance à favoriser un processus de décision gouvernemental plus ouvert. Il faut maintenant reconnaître de façon explicite que les lois en matière de

liberté de l'information portent sur la question générale de l'accès à l'information et que lorsqu'il s'agit d'audiences sur des problèmes particuliers, il peut être nécessaire de libéraliser cet accès dans l'intérêt d'une participation effective des intéressés, sous réserve évidemment des exceptions limitées mais indispensables en matière de confidentialité.

On remarque, en fait, une certaine reconnaissance de ce principe au niveau fédéral dans la *Loi sur l'accès à l'information*, qui prévoit que d'autres règles ou principes de plus grande ouverture peuvent avoir préséance sur elle<sup>78</sup>. En outre, on dénote dernièrement une certaine activité de la part des tribunaux sur cette question des études réalisées par le personnel. Non seulement les politiques et les manuels secrets ont-ils été condamnés<sup>79</sup>, mais encore a-t-on vu une certaine acceptation réservée de la Cour d'appel fédérale du principe voulant que lorsque le personnel fournit une preuve de fait pertinente aux tribunaux administratifs et que cette preuve n'est pas autrement communiquée aux parties, l'équité procédurale exige sa révélation en temps opportun<sup>80</sup>. Néanmoins, on voit en même temps se dessiner une distinction entre la preuve de faits et l'identification par le personnel d'options et d'arguments ainsi que l'offre de conseils<sup>81</sup>.

Mis à part le fait qu'il est parfois difficile de distinguer entre les faits et les avis, il faut aussi signaler l'idée qu'a accepté un tribunal de la Nouvelle-Zélande<sup>82</sup>, il y a environ quinze ans, à savoir que pour influencer le processus final de décision, les recommandations faites par le personnel peuvent être tout aussi valables, sinon plus, que les données de fait recueillies par celui-ci. Ainsi, et à supposer un désir de la part des tribunaux de rendre les audiences utiles dans le processus de prise de décisions, il semblerait normal que les tribunaux s'efforcent de trouver des façons de transmettre, aux parties à l'audience, les avis du personnel et les options qu'il a formulées. Ils pourraient y arriver en donnant aux parties accès aux études du personnel ou en permettant que le personnel témoigne aux audiences. De plus, étant donné que de nouvelles options deviennent manifestes après la conclusion des audiences publiques, l'équité exigerait qu'il soit aussi permis aux parties de se prononcer sur celles-ci.

S'il convient sans doute que cette question soit traitée d'une façon adaptée aux structures de chacun des tribunaux, on pourrait avoir à recourir à des mesures législatives contraignantes, si les tribunaux ne prenaient pas volontairement les mesures qui s'imposent; ou peut-être, pour plus d'efficacité, on pourrait aussi éventuellement inclure dans le mandat du conseil de contrôle administratif recommandé dans la première section de la présente étude, la tâche de régir la révélation en temps opportun des études faites par le personnel.

### *Les audiences sur les règles et les politiques*

La question de savoir s'il est nécessaire d'adopter une loi qui obligerait les instances décisionnelles à donner avis de toutes les règles proposées

et à donner l'occasion au public de faire des commentaires sur les propositions dépasse quelque peu les bornes du sujet traité dans la présente étude. C'est la procédure prévue à l'article 553 du *Administrative Procedure Act* des États-Unis<sup>83</sup>. Cependant, lorsque l'on étudie les obligations de tenir des audiences qui sont faites aux tribunaux administratifs chargés de formuler des règles ou des politiques, il est utile de s'arrêter à certains des arguments en faveur d'une telle obligation, qu'elle soit contenue dans une loi générale ou non.

Tout d'abord, dans la mesure où il est inévitable que de nombreuses règles et politiques importantes soient élaborées en dehors du processus parlementaire traditionnel par le biais de la délégation de pouvoirs législatifs et d'autres pouvoirs d'élaboration de règles, il faut trouver un substitut au processus parlementaire qui entoure l'adoption de lois primaires. En ce sens, les procédures sur l'avis et les commentaires présentent un certain intérêt du point de vue démocratique puisqu'elles offrent une solution de rechange au débat législatif et au débat en comité en permettant la participation directe du public. De telles procédures obligatoires permettent d'entrevoir le jour où la possibilité, si ce n'est la garantie, que la participation à la rédaction des règles et des politiques sera ouverte à tous au lieu de demeurer une prérogative réservée à certains lobbistes bien placés. Elle peut servir à diminuer les risques de « manipulation de la réglementation » comme on le dit dans le jargon, c'est-à-dire lorsque la domination de l'instance décisionnelle par ceux qu'elle est, en fait, censée surveiller. En plus de ces notions de participation que les procédures sur l'avis et les commentaires peuvent permettre de développer, il y aurait aussi la probabilité que la participation donne lieu à des règles et à des politiques meilleures que si le processus restait complètement ou partiellement fermé.

Les arguments avancés sont pertinents, quel que soit l'organisme de réglementation ou d'élaboration de politiques en cause. Lorsque l'on étudie particulièrement les tribunaux administratifs, une autre question se pose du fait que le tribunal administratif élabore aussi ses règles et politiques lorsqu'il rend un jugement individuel ou une série de décisions. Lorsque des audiences sont tenues pendant ces litiges, une certaine participation du public est assurée. Cependant, dans la mesure où les décisions individuelles peuvent attirer seulement un nombre limité de participants, l'intervention du public peut être faussée.

Il ressort de cette constatation qu'il faudrait, au moins dans certains contextes, séparer l'élaboration des règles et des politiques faite lors de litiges à portée individuelle des procédures où l'ensemble du public peut être entendu<sup>84</sup>. En effet, même lorsqu'une décision des tribunaux au cours de laquelle des politiques sont établies recueille un niveau suffisant de participation, il serait toujours possible de tenir aussi des audiences publiques. Leur élaboration dans le contexte d'un règlement individuel se fait en général de façon purement fortuite et en fonction des exigences du litige particulier. Cependant, si l'on y accepte la participa-

tion générale du public, il faudra aussi l'accepter lors de l'élaboration générale de règles et de politiques.

Cela ne veut pas dire, cependant, que toute formulation de règles et de politiques par les tribunaux va nécessairement de pair avec la tenue d'audiences de type judiciaire. Nous avons déjà évoqué l'effet paralysant des excès causés par l'adoption d'une procédure quasi judiciaire dans l'élaboration de règles de certains organismes administratifs aux États-Unis. Il faudrait plutôt instaurer une garantie minimale comme la procédure écrite relative à l'avis et aux commentaires envisagée par le *Administrative Procedure Act* américain. En effet, on risquerait autrement de décourager les organismes de faire cet exercice important qu'est l'élaboration de règles et de politiques.

Nous sommes donc conduits à formuler la proposition suivante : les tribunaux administratifs devraient être visés par toute loi générale sur la procédure d'avis et de commentaires et non en être exemptés. Autrement, et à défaut d'une adhésion cohérente par le tribunal à la procédure d'avis et de commentaires, il faudrait accepter la proposition de la Commission de réforme du droit sur l'institution d'une disposition particulière dans la loi.

### *Les appels politiques*

Vu qu'il est toujours possible d'en appeler au Cabinet ou devant un ministre de la Couronne à l'encontre de certaines décisions en matière de réglementation, on peut se demander dans quelle mesure les appels politiques ou le processus de révision devraient être assujettis à des garanties procédurales.

Outre les crises de confiance que les revirements politiques causent dans le tribunal administratif, les parties insatisfaites croieront inévitablement que les droits à la participation dont elles ont bénéficié antérieurement n'ont servi à rien. En revanche, elles penseront que de viles considérations politiques ont prévalu sur la position soigneusement motivée du tribunal administratif, et que des groupes de pression cachés et beaucoup plus puissants sont intervenus d'une façon qui n'aurait pas été possible devant le tribunal administratif. Ce sera particulièrement le cas des litiges à portée individuelle, par exemple lorsqu'on infirme une décision sur l'octroi d'une licence.

Cependant, l'adoption législative d'une procédure d'appel politique implique en même temps la reconnaissance du fait que des questions prépondérantes à caractère politique (au meilleur sens du terme) pourraient éventuellement imposer le renversement de la décision d'un tribunal. Cette notion de la politique fait partie intégrante du système. Dans le cas des appels au Cabinet, il est aussi évident que les réalités du gouvernement actuel empêchent pratiquement d'envisager que les parties aient le droit de se présenter personnellement devant le Cabinet ou de présenter des documents écrits directement au Cabinet. Le fonction-

nement traditionnel du Cabinet impose probablement que ce dernier puisse demander avis au ministre et aux hauts fonctionnaires concernés sans que les communications de ces derniers soient révélées aux parties intéressées<sup>85</sup>.

Néanmoins, si l'on veut préserver une partie de l'intégrité du processus de prise de décisions et, ce qui importe sans doute davantage, garantir que le Cabinet et les ministres aient accès à la preuve ou aux prétentions contradictoires, il faut établir certaines garanties procédurales.

Ainsi, toute partie à la procédure réglementaire qui fait l'objet de l'appel ou du contrôle devraient au moins avoir accès en temps opportun au mémoire de l'autre partie et avoir l'occasion de faire valoir ses commentaires à ce sujet. S'il n'y a aucune garantie que ces commentaires se trouveront intégrés en dernier lieu aux documents présentés devant le Cabinet ou les ministres, cette procédure permettrait au moins de les faire connaître à ceux qui préparent les documents ou les avis pertinents pour le Cabinet ou les ministres. Quand le tribunal lui-même présente des documents pour qu'ils soient étudiés, ceux-ci devraient aussi être à la disposition des intervenants, au moins dans les cas où ils portent sur des questions qui ne sont pas traitées par la décision du tribunal. Enfin, on peut aussi préconiser l'accès aux documents dont le ministère en cause est l'auteur, en particulier lorsqu'ils comportent de nouvelles considérations susceptibles d'influencer le processus décisionnel<sup>86</sup>.

Encore une fois, il s'agit d'une question qui pourrait être réglée soit par voie de législation directe soit en laissant la formulation des normes procédurales qui s'imposent au conseil de contrôle administratif dont la création est proposée.

## *Conclusion*

Nous n'avons pas traité dans la présente section de toutes les questions procédurales qui entourent le tribunal administratif. Parmi les questions omises figurent, par exemple, l'obligation de motivation, les pouvoirs en matière de citations à comparaître, de fouilles et de saisies ainsi que les pouvoirs des tribunaux en matière d'application de la loi. En revanche, en insistant sur d'autres questions, nous avons mis en évidence un certain nombre d'aspects essentiels de la question procédurale. En particulier, bien que la conception judiciaire de l'audience soit restreinte à bon droit dans son application aux tribunaux administratifs, le bien-fondé de cette restriction n'enlève aucune valeur à certains arguments importants selon lesquels il conviendrait d'instaurer un code de garanties procédurales qui seraient applicables lorsque les tribunaux administratifs sont saisis de questions de nature administrative ou politique d'ordre général.

En effet, certaines des garanties procédurales qui ne font pas actuellement partie de l'idéal accepté de la procédure judiciaire auraient un rôle important à jouer lorsque le tribunal administratif est appelé à rendre des décisions de nature politique ou administrative à portée collective assez vaste. Nous pensons, par exemple, à l'accès aux avis et opinions du personnel et à la procédure d'avis et de commentaires. La raison d'être de ces procédures est cependant quelque peu différente de celle qui conditionne la procédure à caractère quasi judiciaire imposée au tribunal qui exerce une fonction d'adjudication.

Le fait de conférer certains rôles importants d'élaboration de politiques aux tribunaux administratifs autonomes a eu pour effet d'écarter certaines questions du processus politique traditionnel. Sauf si nous acceptons de relever ces organismes de toute responsabilité pour leurs actes, il faut créer des mécanismes destinés à assurer un certain degré de responsabilité. Il pourrait entre autres, garantir au public et aux intervenants une participation au travail d'élaboration de politiques de ces tribunaux. De même, le caractère ouvert du processus et d'autres éléments, comme l'obligation de formuler des décisions motivées, aurait pour effet d'assujettir le fonctionnement des tribunaux administratifs au contrôle du public. La discipline imposée aux tribunaux dans un tel contexte peut être aussi importante que tout autre forme directe de responsabilité imposée par voie législative. C'est dans ce contexte que doivent être placées les propositions en vue de garantir des droits procéduraux devant les tribunaux chargés de l'élaboration de politiques.

## **La responsabilité et le processus administratif**

Au cours de la dernière décennie, certains observateurs du processus administratif canadien et notamment des organismes de réglementation fédéraux se sont montrés de plus en plus préoccupés par les structures générales du système et surtout par la question des responsabilités. D'aucuns se sont inquiétés du manque de cohérence de notre système de réglementation, qui ne procède pas d'une conception contrôlée, mais d'une évolution graduelle qui a donné lieu à certains défauts et anomalies incompatibles avec une planification systématique.

De même, certains critiques de la situation actuelle continuent de se pencher sur le manque de pureté constitutionnelle de nos principaux organismes de réglementation. D'une part, comment peut-il exister un organisme judiciaire autonome qui soit assujetti aux directives de l'exécutif ou à une procédure d'appel devant ses instances? D'autre part, comment la responsabilité première pour des questions de politiques aussi importantes peut-elle passer du Parlement et du pouvoir exécutif à des organismes sans aucune responsabilité politique et assujettis que dans des cas isolés au contrôle limité du Cabinet?

Ces inquiétudes se sont manifestées dans une série de propositions dont quelques-unes feront l'objet d'une analyse dans la présente section. Certains préconisent que l'abolition des appels devant le Cabinet et des pouvoirs existants en matière de directives constitue la solution idéale pour remédier aux anomalies constitutionnelles que sont les organismes de réglementation. Parfois, cette proposition est accompagnée d'une recommandation en vue d'ôter aux organismes une portion essentielle de leur rôle de formulation de politiques et de leur redonner un rôle limité de surveillance<sup>87</sup> ou un rôle d'adjudication stricte. D'autres favorisent l'utilisation accrue des pouvoirs de directives ou de recours devant le Cabinet et peut-être aussi le renforcement du système des comités parlementaires, de sorte que les tribunaux soient plus responsables devant nos représentants élus, auxquels reviennent les choix de politiques dans notre système. Ces propositions sont aussi généralement accompagnées de plaidoyers en faveur de la conservation ou du renforcement de l'autorité qu'a le gouverneur en conseil, plutôt que de celle de l'organisme lui-même, pour promulguer des règlements<sup>88</sup>.

Le besoin reconnu de systématiser et de normaliser le processus de réglementation a aussi donné lieu à des arguments en faveur des procédures normalisées de décision et d'élaboration de règles, comme il a été dit à la section précédente. L'uniformisation des méthodes et des conditions de nomination est aussi considérée comme une réforme souhaitable.

Certaines de ces recommandations font l'objet d'une discussion à la présente section. Avant de l'aborder, toutefois, il est nécessaire d'apporter deux précisions essentielles : la croissance inégale et non systématique de notre processus administratif n'a peut-être pas été mauvaise en soi. La normalisation et la systématisation intégrales ne sont pas nécessairement indispensables en tant que correctifs à la situation actuelle. Sans pour autant souscrire absolument à la théorie voulant que nous ayons le processus administratif que nous méritons, et qu'il peut être néfaste de chercher à uniformiser le système, nous estimons qu'une perspective déterministe, progressiste et pluraliste est tout à fait défendable en matière de processus administratif.

Les tribunaux de notre pays ainsi que leur lien avec les autres éléments de l'Administration sont les produits de besoins perçus au moment de leur création. Ils s'inscrivent aussi dans un processus politique qui peut très bien subir les modifications nécessaires pour s'adapter à l'évolution des besoins et des conditions.

Le professeur Ed Ratushny de l'Université d'Ottawa, dans un commentaire à propos d'un article qui traitait surtout de l'ordre et de l'uniformité dans le régime de réglementation, a illustré un autre aspect de cet argument de la façon suivante :

Chaque tribunal est différent et *visé* à être différent. Le simple fait qu'il existe des organismes administratifs distincts montre qu'il existe des fonctions uniques qui ne peuvent être exercées de façon efficace ni par les structures ministérielles ordinaires, ni par les cours de justice. En insistant sur l'uniformité de la relation entre les tribunaux et le gouvernement, on risque tout simplement d'aller à l'encontre de l'objectif même visé par la sélection ou le développement d'une relation unique mais efficace<sup>89</sup>.

Cela ne veut pas dire qu'on ne peut pas envisager des questions ou des perspectives d'amélioration applicables à l'ensemble du système. Il s'agit seulement d'inciter à la prudence quiconque examine les propositions de panacées. Le processus de réglementation couvre un domaine très diversifié. Même si un régime de réglementation particulier diffère de celui que l'on créerait si l'on partait de rien, il est important de voir qu'en tant qu'organisme existant, il a sa propre histoire et représente une série complexe d'interrelations entre différents acteurs qui, en équilibrant des intérêts concurrents, peuvent avoir donné des résultats aussi satisfaisants que possible, et ce, malgré ses défauts et ses anomalies.

Deuxièmement, on peut dire qu'une grande partie de la théorie constitutionnelle et politique sur laquelle se fonde cette argumentation est désuète ou illusoire. L'examen d'un certain nombre de ces propositions préconisées par les partisans du changement devrait nous en expliquer rapidement la raison.

L'idée selon laquelle les organismes administratifs ne sont pas des organes responsables, à la différence du Parlement et du Cabinet, est peut-être la plus trompeuse. Toute théorie de la responsabilité fondée sur le processus électoral, et de la responsabilité du Cabinet et des ministres devant le Parlement contredit tout à fait les réalités de la vie politique au Canada. Bien que, de temps en temps, le Parlement devienne l'occasion d'un embarras pour le gouvernement en place ou pour ses ministres, cet organe s'impose rarement de façon contraignante à un cabinet tout puissant. En outre, la plupart des questions les plus conflictuelles abordées au Parlement ne sont même jamais connues du grand public, et ne jouent pas de rôle critique à l'élection suivante. En fait, les élections se jouent de plus en plus sur la base de l'excitation provoquée par les médias et par les affaires courantes et non pas d'après l'évaluation des performances réalisées par les politiciens. Ainsi en advint-il de la question du sauvetage de Canadair et de Maislin soulevée dans la campagne électorale fédérale de 1984.

Il s'agit pour certains, sans doute, d'une vue exagérée du processus parlementaire, en particulier du fait que l'on ne tient pas suffisamment compte des pressions exercées quotidiennement sur le gouvernement par l'opposition, par les intérêts privés, par les groupes de pression et par le caucus. Néanmoins, le processus administratif actuel est capable de fournir des moyens de mise en oeuvre de la responsabilité aussi efficaces, sinon plus, que ceux du Parlement. Pour les principaux orga-

nismes de réglementation, des mesures de contrôle sont assurées par les appels au Cabinet, les directives du Cabinet dans certains cas et le rôle des tribunaux. En outre, comme le suggèrent Andrew Roman et Richard Schultz<sup>90</sup>, la grande transparence, l'accessibilité et l'ouverture au public de la plupart des audiences d'organismes de réglementation présentent un contraste plutôt frappant par rapport au caractère confidentiel habituel de la plupart des décisions du gouvernement. De plus, les médias sont, de nos jours, aussi sensibles aux questions traitées par les principaux organismes de réglementation qu'ils le sont aux autres activités du gouvernement, notamment celles du Parlement.

Disons, en gros, que le processus électoral ne garantit pas le niveau de responsabilité nécessaire. Si la responsabilité se définit par la façon dont l'organisme répond à l'influence de l'opinion publique et à la règle voulant que les actes soient justifiés de façon ouverte devant tous les citoyens, elle est alors beaucoup plus présente dans les organismes de réglementation prétendument autonomes qu'elle ne l'est au Parlement et à l'exécutif.

L'idée voulant que les organismes de réglementation autonomes soient anticonstitutionnels est aussi en totale discordance avec la réalité de notre régime politique. Pour certains, il semble que la théorie selon laquelle le gouvernement du Canada est un gouvernement de type fédéral modelé d'après la tradition britannique de responsabilité parlementaire mais sous le contrôle des tribunaux, dans la mesure où ces derniers tranchent les litiges entre les différents éléments de la fédération, revêt un caractère sacro-saint et éternel. Si cela a un jour été la conception du gouvernement canadien, ce n'est pas ce qui ressort à première vue de la *Loi constitutionnelle de 1867*, où l'on insiste sur le pouvoir législatif en faisant des références schématiques à un pouvoir exécutif. L'on ferait une extrapolation difficile si l'on donnait un rôle garanti au judiciaire en vertu de ce document. En réalité, si cette conception parlementaire a pu exister, c'est dans une combinaison des différentes perceptions reconnues de la conception britannique modelée par les forces évolutives que sont le temps et les conditions locales.

Par conséquent, si l'on accepte une théorie de la croissance des normes constitutionnelles (après tout, qui dirait que la *Loi constitutionnelle de 1867* décrit aujourd'hui exactement la relation actuelle et réelle entre le gouvernement fédéral et les provinces, sur le plan constitutionnel), alors l'organisme administratif dans notre état réglementaire d'aujourd'hui a droit à la légitimité au sens constitutionnel. En outre, ce principe posé, on peut s'en tenir à étudier le caractère approprié des organismes administratifs comme instruments de réglementation sans chercher en même temps à justifier leur existence d'après une conception étroite de la Constitution.

C'est à partir de ces principes que nous traiterons maintenant de la responsabilité des organismes et que nous proposerons des recomman-

dations en vue de leur amélioration. Nous étudierons six thèmes particuliers :

- les appels politiques,
- les directives politiques,
- le contrôle parlementaire,
- le pouvoir de réglementation,
- le processus de nomination, et
- la participation du public.

Le rôle des tribunaux fera l'objet d'une section distincte, à la fin de la présente étude.

Ces sept thèmes revêtent le plus d'intérêt dans le cas des organismes de réglementation de large portée chargés de l'élaboration de politiques. Plus on avance dans l'éventail vers les tribunaux qui rendent des jugements et tranchent de façon ponctuelle des litiges à portée individuelle, moins on est préoccupé de la plupart de ces modes de responsabilité. Pour ces tribunaux, les appels, les directives et le contrôle parlementaire sont évidemment déplacés, le pouvoir de réglementation ne présente aucun intérêt et la participation du public en général devient une revendication douteuse dans la plupart des cas<sup>91</sup>. Les seules exceptions sont celles du contrôle judiciaire sur l'excès de compétence et la violation des obligations d'équité procédurale et la protection de l'intégrité du processus de nomination, qui doit garantir une décision rendue par des juges équitables, impartiaux et indépendants, comme le prévoient les normes de *common law* à propos de la partialité et, récemment, de façon particulièrement frappante, la Déclaration canadienne des droits<sup>92</sup> et la Charte canadienne des droits et libertés<sup>93</sup>.

### *Les appels politiques et les directives*

Même un examen rapide de la documentation publiée au cours des dernières années sur la structure des organismes de réglementation au Canada révèle que les plus grandes préoccupations ont porté sur les techniques parallèles de contrôle que sont les appels au Cabinet et les directives du Cabinet, tous deux en tant que garantie de responsabilité. Une étude légèrement plus détaillée des rapports et études d'universitaires indique qu'une majorité est en faveur de l'abolition de l'appel au Cabinet et de son remplacement par un recours plus grand au pouvoir en matière de directives.

On estime en général que toute directive du Cabinet devrait aller de pair avec un certain nombre d'obligations procédurales. Les propositions les plus communes concerneraient l'organisme administratif lui-même, qui serait tenu de respecter un processus d'avis au public et l'expression de commentaires au sujet de la directive envisagée<sup>94</sup>. Outre le point de vue de la majorité, on trouve cependant des arguments pour

toute la gamme des possibilités, de l'absence totale d'appels au Cabinet ou de directives<sup>95</sup>, jusqu'aux appels au Cabinet et aux directives combinés<sup>96</sup>.

Parmi les arguments de la tendance majoritaire se trouve au premier rang l'affirmation de la nécessité d'un certain type de contrôle politique sur les organismes administratifs. Les directives permettent au gouvernement en place d'imposer aux organismes des politiques générales d'une importance primordiale pour que leurs activités soient conformes à certaines impulsions coordonnées. Un exemple nous en est donné par la situation récente dans laquelle on a imposé aux organismes fédéraux de respecter la politique gouvernementale de contrôle des prix et des salaires. À l'autre extrême du processus décisionnel, les appels au Cabinet permettent un ajustement après coup des décisions de l'organisme assurant que l'action de ce dernier s'inscrive dans le cadre des politiques gouvernementales prédominantes.

À ces considérations importantes s'opposent les menaces que pose un système d'appel au Cabinet à la crédibilité de l'organisme, à la confiance qu'il a en lui-même et à la valeur de la participation. Les directives qui interviennent avant un événement n'ont pas de retentissement direct sur les attentes des intéressés à la demande de réglementation et, lorsqu'elles sont combinées au droit de participation, donnent une certaine garantie de l'intervention au public et empêchent que le processus d'établissement de directives ne devienne basement politique. La participation de l'organisme au processus de formulation des directives est aussi considérée comme un facteur d'apaisement de la menace à son indépendance et à son intégrité.

Le pouvoir d'émettre des directives n'est pas cependant sans comporter des problèmes. Certains prétendent qu'on doit l'étendre afin de permettre l'intervention par le Cabinet à toute étape du processus de réglementation<sup>97</sup>, ce qui peut menacer le processus tout autant que le contrôle par le Cabinet des décisions déjà prises. En réalité, même à l'extérieur du contexte d'une procédure particulière, une directive suffisamment précise aurait aussi les mêmes conséquences si elle était considérée comme visant une procédure imminente. Incidemment, Andrew Roman a analysé la difficulté de formuler des directives suffisamment précises pour être d'une quelconque utilité mais pas si précises qu'elles puissent sembler influencer sur des demandes imminentes<sup>98</sup>.

Une possibilité quelque peu lointaine, mais qui néanmoins pourrait entraîner des déséquilibres dans le processus de réglementation, serait que la création d'un pouvoir en matière de directives transfère le pouvoir réglementaire effectif d'un organisme relativement responsable à un organisme dénué de toute responsabilité. Cet argument a été le mieux formulé par le professeur Richard Schultz :

On croit aujourd'hui, du moins, que les organismes de réglementation sont beaucoup plus sensibles à une variété accrue d'intérêts que ne le sont les

ministères. D'après le fond de cet argument, le processus bureaucratique est beaucoup trop confidentiel et dominé par des normes créées pour satisfaire une certaine clientèle que ne l'est le processus de réglementation actuel. Le processus de réglementation, pour des raisons d'ordre législatif et judiciaire, est de plus en plus ouvert et réceptif à divers groupes d'intérêts diversifiés que l'est le processus ministériel. [Un pouvoir en matière de directives] transformera simplement le processus d'ajustement discrétionnaire, qui se veut surtout un processus public, quels que soient ses défauts, en un processus de nature privée<sup>99</sup>.

Cependant, Schultz concède qu'un contrôle bureaucratique indésirable pourrait être évité et que l'on pourrait instaurer un contrôle politique acceptable si le pouvoir d'émettre des directives allait de pair avec l'occasion d'intervenir pour le public et pour l'organisme<sup>100</sup>. En toute franchise, nous trouvons encore ces solutions problématiques. Que le Cabinet puisse émettre des directives (entourées de garanties procédurales ou non) signifiera que le ministère compétent deviendra la proie des groupes de pression et de leurs actions en faveur de directives particulières. Du coup, le champ de bataille réglementaire s'élargira, ce qui pourrait entraîner le disperserment des ressources déjà limitées de divers groupes d'intérêt public, qui agiront à titre d'initiateurs de pression ou d'opposants. Qui plus est, une fois une directive proposée, le processus d'avis et de commentaires engagé sous l'impulsion de l'organisme lui-même n'empêche pas nécessairement les contacts « officieux » entre divers groupes de pression et le ministère qui prendra la décision en dernier ressort.

Toutes ces considérations nous inclinent à adopter la position d'Andrew Roman, c'est-à-dire que, si des directives doivent être données, elles devraient être émises par l'intermédiaire d'un processus de législation primaire assez difficile et ouvert, et seulement de cette façon<sup>101</sup>. Nous estimons aussi qu'il est important qu'aucune option ne soit écartée en ce qui a trait au développement des structures de réglementation. Le rejet intégral des appels au Cabinet ou des directives ne constitue pas selon nous une position valable. Dans le cas des appels au Cabinet, nous serions cependant des plus réticents à préconiser le rejet des garanties procédurales présentées de façon détaillée dans la section précédente. La responsabilité des organismes de réglementation serait peut-être mieux assurée par la participation accrue du public que par l'attribution de pouvoirs au Cabinet ou au Parlement.

### *Le contrôle parlementaire*

Sans une volonté politique importante de la part des gouvernements en place, il est difficile d'envisager que le Parlement ou les assemblées législatives provinciales prennent officiellement des mesures destinées à assurer la responsabilité des organismes administratifs.

La sagesse a toujours semblé dicter que le pouvoir législatif devrait être beaucoup plus précis dans sa formulation des objectifs, des mandats et des politiques des organismes administratifs qu'il institue. Cependant, comme les domaines assujettis au contrôle des principaux organismes sont si incertains qu'il existe des dangers évidents à édicter des normes trop précises, notamment la menace de l'effet paralysant que la formulation précise pourrait avoir en empêchant les organismes de répondre de façon imaginative et souple à de nouvelles situations.

Le Parlement et, plus particulièrement, les comités parlementaires offrent effectivement l'occasion d'examiner en public, une fois l'an, les activités des tribunaux. En réalité, peu de gens douteraient de l'opportunité d'assujettir les affaires financières des organismes administratifs au contrôle du vérificateur général et du comité parlementaire compétent. Cependant, sans ressources supplémentaires, il est peu probable que le Parlement puisse exercer un contrôle efficace sur la gestion financière des organismes administratifs, et encore moins sur leurs politiques et décisions. Même à supposer que le Parlement puisse, avec les ressources actuelles, exercer un contrôle utile, il est manifeste que les restrictions de la discipline partisane, même en comité, empêchent très souvent l'évaluation et la critique effectives de l'activité de l'organisme, et réduisent souvent les comparutions annuelles à une querelle sur les problèmes d'actualité. De semblables considérations remettent aussi en question le dépôt de règlements par l'organisme et la procédure de résolution négative qui est quelquefois proposée pour l'approbation de ces règlements. Si cette procédure était utilisée, cela pourrait éventuellement constituer une autre source de débat partisan et sans intérêt.

En l'absence de toute intention manifeste de réformer le processus parlementaire aux dépens du pouvoir exécutif, nous nous abstenons de tout autre commentaire sur le rôle du Parlement ou des assemblées législatives en tant que mécanismes de contrôle ou de responsabilité des tribunaux administratifs.

### *Le pouvoir de réglementation*

Il est courant dans la plupart des lois constitutives d'importants organismes de réglementation et de tribunaux en général<sup>102</sup>, que le pouvoir législatif relatif au mandat de ces organismes soit délégué, non pas à l'organisme lui-même, mais au gouverneur en conseil ou au lieutenant-gouverneur en conseil. Pour de nombreux observateurs du processus administratif canadien, il s'agirait là d'une mesure de contrôle souhaitable des tendances qu'ont les tribunaux à s'écarter des normes. De plus, la nécessité de l'aval du Cabinet pour tout pouvoir législatif délégué accroîtrait l'obligation de rendre compte.

Nous doutons de la validité d'un tel argument. Bien qu'il n'y ait peut-être pas de mal à ce que le Cabinet ait un pouvoir de réglementation, en

vertu des textes réglementaires, cela ne signifie pas que les organismes doivent être privés de la même autorité. Même sans ce pouvoir formel, les organismes se livrent de toute façon à l'élaboration de règles. Une théorie généralement reconnue au sujet de la réglementation veut qu'il soit parfois mieux de procéder par voie de réglementation générale que de permettre le développement graduel des règles dans le contexte de décisions particulières<sup>103</sup>. Toutefois, deux problèmes majeurs surgissent dans la situation actuelle : a) l'absence d'un pouvoir de réglementation explicite peut entraîner une certaine désaffection envers cette activité pourtant utile, b) le statut juridique des règles édictées sans autorité expresse est pour le moins incertain, surtout depuis une récente décision de la Cour suprême du Canada<sup>104</sup>.

À la lumière de ces deux considérations, nous estimons qu'on devrait déléguer un pouvoir législatif aux organismes chargés de fonctions importantes en matière d'élaboration de politiques; le paragraphe 22(2) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* constitue un modèle tout à fait acceptable<sup>105</sup>. Cette disposition permet à la Commission des droits de la personne d'émettre des directives obligatoires qui seront applicables aux décisions individuelles à moins de révocation. Si l'on adopte le genre de procédure d'avis et de commentaires proposé dans la section sur la procédure, il n'y a pas vraiment de raison de nier ce pouvoir aux organismes. Toutefois, si l'on désire des garanties, nous n'aurons aucune objection à ce que les règlements du gouverneur en conseil ou du lieutenant-gouverneur en conseil aient préséance sur ceux qui sont adoptés par les organismes.

### *Le processus de nomination*

Le Conseil économique du Canada<sup>106</sup>, la commission Lambert<sup>107</sup>, le comité Peterson<sup>108</sup> et la Commission de réforme du droit du Canada<sup>109</sup> ont tous fait valoir leurs inquiétudes au sujet du processus actuel de nomination au sein des tribunaux administratifs. Pour dire les choses franchement, ce qu'aucun de ces organismes n'était prêt à faire, si le favoritisme politique est devenu une pratique fréquente récemment dans la nomination des membres du judiciaire, elle règne depuis des années dans la nomination des membres des tribunaux administratifs. S'agit-il d'une situation regrettable?

À notre avis, les préférences politiques ou administratives ne devraient pas, en tant que telles, constituer un obstacle à la nomination d'une personne à un tribunal administratif. L'accomplissement des objectifs de la loi est une considération légitime pour celui qui est chargé de nommer les membres des tribunaux administratifs<sup>110</sup>. Le processus de nomination constitue aussi une occasion d'encourager les débats sur les changements de politique et d'initiatives administratives au cours de la vie d'un tribunal d'une façon un peu moins directe mais tout aussi

acceptable que par l'intermédiaire de directives du Cabinet ou de modifications législatives. Qui plus est, dans les décisions à portée individuelle, les règles de *common law* qui interdisent la partialité ainsi que les dispositions de la Déclaration canadienne des droits et de la Charte constituent un frein à la participation de ceux qui seraient potentiellement prédisposés à favoriser une décision particulière<sup>111</sup>.

Cependant, le système actuel n'offre pas de garanties de compétence; en l'absence de protection contre la destitution arbitraire, il n'assure pas que l'on puisse exercer sa compétence sans craindre pour l'avenir de son poste. Le processus de nomination ne garantit pas non plus qu'un nombre suffisant de personnes qualifiées voient leur candidature examinée de façon sérieuse.

Il est bon qu'il y ait une garantie d'inamovibilité dans les postes, avec comme seule exception le renvoi motivé<sup>112</sup>, que les postes disponibles soient affichés et que des descriptions de fonctions soient rédigées. Nous sommes également d'accord avec la proposition visant à créer un organisme comme le Conseil administratif de révision qui conseillerait sur les nominations et contrôlerait le processus de nomination pour éviter tout favoritisme politique indû et permettre de réaliser un équilibre raisonnable entre les nombreux membres des principaux organismes de réglementation.

### ***La participation du public***

La participation publique au processus de réglementation pourrait constituer un atout pour déjouer la critique selon laquelle les fonctionnaires élus sont responsables, alors que les organismes nommés ne le sont pas. Certains des attraits de la participation du public sont de nature à détourner de la réalité ceux qui la proposent. Dans la section sur les questions de procédure, nous avons dit qu'éventuellement un excès de droits de participation pourrait paralyser le processus administratif. Plus un tribunal permet la participation du public au processus de réglementation et plus le gouvernement et les tribunaux offrent des fonds à cet effet, plus le danger est grand. Le professeur Hudson Janisch, en décrivant son expérience à titre de président du Conseil canadien de surveillance des industries réglementées au sein de l'Association des consommateurs du Canada, expose ces questions de façon très succincte :

La fidélité au pluralisme forcera-t-elle de plus en plus la représentation des groupes d'intérêt jusqu'à ce que toutes les forces en viennent à s'équilibrer mutuellement? Le processus de réglementation pourra-t-il tolérer la représentation de tous les groupes d'intérêt<sup>113</sup>?

Janisch concède que, en réalité, la représentation des intérêts publics n'ira probablement pas aussi loin. Puis, il évoque une autre menace, à savoir que la représentation des intérêts publics, extension des intérêts

de ceux qui participent au processus de réglementation, ne constitue pas une véritable représentation du public mais permet l'admission de nouvelles élites ayant des intérêts particuliers et qui ont les moyens de participer. Autrement dit, les groupes de pression conventionnels, beaucoup moins coûteux que les audiences de réglementation longues et complexes, peuvent constituer un processus qui permette à beaucoup de personnes de participer.

Le financement gouvernemental des groupes d'intérêt peut permettre de dissiper certaines de ces préoccupations. Néanmoins, ce financement ne jouit d'aucune garantie législative et, même s'il l'était, sa continuité et sa suffisance seraient incertaines, étant donné les pressions pour des restrictions budgétaires au gouvernement. Janisch signale aussi les inquiétudes exprimées antérieurement par le professeur Michael Trebilcock<sup>114</sup> à propos d'un autre problème potentiel que poserait le financement gouvernemental des groupes d'intérêt public, à savoir que la crainte de coupures budgétaires découragerait la promotion des idées radicales ou les défis au système. La participation tout à fait conforme aux règles deviendrait de ce fait la norme de comportement.

Ce n'est pas dire que l'accroissement des droits à la participation a été un phénomène néfaste. En réalité, on peut, à juste titre, être sceptique quand certains prétendent que les groupes les moins favorisés obtiennent plus de résultats grâce à des pressions officieuses, lesquelles sont moins onéreuses que les audiences officielles. Cependant, ces considérations montrent que les droits à la participation et l'ouverture du processus au public ne constituent pas une garantie que les règlements seront élaborés dans l'intérêt du public ni qu'ils le représenteront. Par conséquent, lorsqu'on parle de moyens de promouvoir la responsabilité, les droits à la participation ne devraient pas être considérés comme une panacée pour pallier les déficiences des autres moyens.

## **Résumé**

La responsabilité des tribunaux administratifs a bien trop souvent été associée à la notion de contrôle du Parlement ou de l'exécutif ou à la responsabilité envers ces deux institutions, comme s'il s'agissait d'une prérogative nécessaire de notre système de gouvernement représentatif ou de notre théorie constitutionnelle. L'argument fondamental de la présente section a été qu'une telle perspective unique est erronée dans la mesure où elle s'oppose aux réalités constitutionnelles et gouvernementales et empêche de tenir compte de l'efficacité et de l'existence d'autres manières de promouvoir la responsabilité. En particulier, de nombreux tribunaux administratifs sont déjà tout aussi, sinon plus, responsables publiquement que les institutions parlementaires, exécutives ou judiciaires de l'État.

Évidemment, cela ne signifie pas que les tribunaux administratifs doivent être laissés en liberté ou que les notions de responsabilité devant le Parlement et le pouvoir exécutif sont démodées et inutiles. Au contraire, il s'agit de faire ici un plaidoyer afin que tous ces moyens soient envisagés parmi un certain nombre d'instruments de responsabilité qui sont des solutions de rechange à un point de vue systémique et non dans l'optique étroite de notre histoire constitutionnelle.

Si, notamment, on libère les questions de responsabilité des restrictions constitutionnelles, on pourrait alors accepter que les solutions universelles aux problèmes du processus administratif ne constituent pas la réponse idéale, mais qu'il existe plutôt une gamme d'options adaptables aux impératifs des différentes fonctions de réglementation. À la lumière d'une telle analyse, les priorités du système ne tiennent pas d'une théorie constitutionnelle et gouvernementale désuète, mais d'une façon améliorée de prendre les décisions dans l'intérêt du public. On peut atteindre ces objectifs pour la reconnaissance des droits à la participation et par la création d'un milieu où les intérêts en présence peuvent être bien évalués.

## **Les tribunaux et le processus administratif**

Vers le milieu des années 1940, les organes judiciaires exerçaient un contrôle sporadique sur le processus administratif, et surtout dans le contexte des droits d'appel issus de la loi<sup>115</sup>. En outre, il ne semblait pas y avoir de rapport avec les objectifs des régimes législatifs de l'époque. Écrivant récemment à propos des années 1930 et 1940, le professeur R.C.B. Risk, avocat de droit administratif et historien du droit, faisait le commentaire suivant :

Les tribunaux continuaient à trancher seulement un petit nombre de cas portant sur la réglementation, et, en général, ils étaient disposés à respecter les pouvoirs administratifs, peut-être plus que ne l'était le Conseil privé<sup>116</sup>.

En un sens, ce respect des régimes administratifs dans les années 1940 est quelque peu surprenant, étant donné que c'était le mauvais rendement des cours de justice dans certains domaines de droit positif comme les relations de travail et les droits de la personne qui menait à leur création. Sans doute était-ce que les tribunaux acceptaient de s'en remettre à l'administration, à un moment où les pouvoirs du gouvernement étaient comparativement limités et où la compétence des tribunaux n'était pas menacée. En réalité, cette attitude déférente de la part des tribunaux n'a pas survécu à la création des conseils des relations du travail.

Depuis les années 1940, la situation a connu une certaine évolution. En particulier, on a remarqué une augmentation importante du nombre

de procédures de contrôle judiciaire dans les cours de justice. Le bond qu'a fait le nombre d'organismes et de tribunaux administratifs a aussi entraîné une augmentation des droits d'appel statutaires. En même temps, une explosion du nombre d'avocats et la montée d'une vague procédurière ont contribué à multiplier les recours aux cours de justice, qui apparaissaient comme des organes correctifs du processus administratif.

En plus, les questions en jeu dans le processus administratif sont devenues très importantes sur le plan financier, de sorte que les frais du contrôle judiciaire et d'utilisation de toutes formes concevables de recours pour obtenir une décision souhaitable semblent justifiés. Pendant un certain temps, au moins, ce phénomène a été encouragé parce que les tribunaux apparaissaient comme l'antidote aux tendances socialistes des régimes administratifs et de leurs membres. Ce qui était considéré comme le rempart des citoyens contre les actes arbitraires de l'État aurait pu être décrit comme la dernière arme du monde des grandes sociétés contre un État de plus en plus collectiviste et social.

Ce dernier phénomène s'est manifesté de la façon la plus spectaculaire dans le domaine des relations du travail de sorte qu'à la fin des années 1960 et au début des années 1970 le contrôle judiciaire des actes administratifs avait une mauvaise réputation au Canada, tant dans les universités que sous la plume d'un certain nombre d'avocats spécialisés en droit du travail<sup>117</sup>.

En commençant par l'abolition des appels devant le Comité judiciaire du Conseil privé en 1949, la Cour suprême du Canada avait rendu un certain nombre de décisions importantes en droit du travail. D'après les critiques, celles-ci faisaient preuve, non pas d'une franche antipathie envers la législation en la matière, mais d'un défaut total de compréhension de ses objectifs. Cela combiné au fait que les lois sur les négociations collectives et les tribunaux du travail au Canada visaient, en partie, à corriger la mauvaise performance des tribunaux dans ce domaine, il n'est pas surprenant que dans certains milieux on ait préconisé l'adoption de clauses privatives plus strictes dans les lois habilitantes qui visaient à restreindre tout à fait le contrôle judiciaire.

Dans une province, au moins, soit la Colombie-Britannique, on a tenté d'instaurer une telle clause privative, mais son efficacité n'a jamais été mise à l'épreuve<sup>118</sup>. Maintenant, cependant, tous les autres mécanismes législatifs qui seraient de nature à empêcher l'accès aux cours de justice pour des fins de contrôle judiciaire des décisions des organismes et tribunaux administratifs ont été contrecarrés par la Cour suprême du Canada, qui a jugé en 1981 que le contrôle des actes administratifs pour défaut de compétence est protégé sur le plan constitutionnel contre toute abolition, du moins par les provinces<sup>119</sup>. Deux années plus tard, en 1983, ce même principe constitutionnel semble avoir été appliqué au Parlement fédéral<sup>120</sup>. Ainsi, sauf s'il intervient une modification constitution-

nelle, les cours de justice demeurent les contrôleurs suprêmes de la compétence des organismes statutaires dans notre système.

Étant donné qu'il existe un choix, devrait-il en être autrement? Dans l'évolution du contrôle judiciaire sur les actes administratifs au Canada, il est ironique de voir que c'est la Cour suprême qui fait valoir la protection constitutionnelle du contrôle judiciaire des actes administratifs, alors qu'en même temps elle se montre des plus sympathiques au processus des relations du travail qui avait produit tant de critiques au départ. Bref, la Cour a restreint de façon importante la portée du contrôle sur l'excès de compétence dans le contexte du droit du travail et a assujetti en général les requérants au lourd fardeau de prouver que la décision du Conseil des relations du travail ou la sentence arbitrale attaquée était manifestement déraisonnable dans son interprétation de la loi ou des dispositions de la convention collective pertinente<sup>121</sup>.

À cet égard, il est intéressant de signaler les destins de deux dispositions législatives adoptées en Ontario et au gouvernement fédéral au début des années 1970. À l'époque même où les critiques de la Cour suprême et de son action dans le contrôle des décisions en matière de droit du travail commençaient à prendre de l'ampleur, la commission McRuer, avec son attitude de respect de l'application de la loi dans le contrôle judiciaire, faisait son rapport en Ontario. En outre, ce qui est très inhabituel pour les commissions, elle voyait adopter ses recommandations par voie de législation. L'une de ces lois fut le *Judicial Review Procedure Act*, dont les dispositions sur l'erreur de droit et l'absence de contrôle de la preuve semblaient introduire de plus grandes possibilités de contrôle judiciaire du fond des décisions administratives<sup>122</sup>. Le même potentiel existait apparemment dans l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*<sup>123</sup>, loi par laquelle le Parlement fédéral transférait le pouvoir de contrôle judiciaire général sur les affaires des autorités statutaires du niveau fédéral des tribunaux supérieurs des provinces à la Cour fédérale du Canada. Plus de douze années plus tard, il s'avère que les dispositions relatives à l'erreur de droit et au défaut de preuve dans ces deux lois n'ont pas eu beaucoup d'influence sur la portée de l'intervention de la Cour dans les affaires des lois d'Ontario et du gouvernement fédéral.

Il existe aussi une ironie dans ce tableau. La récente attitude prétendument déférente qu'ont adoptée les tribunaux canadiens à l'égard du fond de la décision des tribunaux, en particulier dans le domaine des relations de travail, puise au moins certaines de ses origines dans le droit américain en la matière. Cependant, alors que les tribunaux canadiens semblent se diriger vers l'attitude américaine face au contrôle judiciaire, un genre de réaction contraire semble se manifester aux États-Unis. Avec la vague de déréglementation aux États-Unis, selon laquelle les organismes devraient être placés sous le contrôle du Congrès, des propositions ont été faites pour raffermir l'action des tribunaux de façon spectaculaire. La proposition appelée *Bumpers Amendment* au *Adminis-*

*trative Procedure Act* de 1946, dont une version est presque devenue une loi lors du 97<sup>e</sup> Congrès, en 1982<sup>124</sup>, est des plus intéressantes à cet égard. Elle visait à ordonner aux tribunaux fédéraux des États-Unis de se départir de l'attitude déférente qu'elles avaient adoptée dans leur *common law* à l'égard des décisions des organismes administratifs :

Dans la mesure où cela est nécessaire à la décision et lorsque le cas se présente, le tribunal de révision doit *de façon indépendante* décider de toutes les questions de droit pertinentes, interpréter les processus constitutionnels et législatifs et déterminer le sens ou l'application des conditions des actes d'un organisme [. . .] En rendant ses décisions à propos de la compétence, conformément au paragraphe a)2)C) du présent article, la cour devra exiger que les actes de l'organisme soient de son ressort d'après la loi et, en cas d'ambiguïté, d'après toute autre preuve de l'intention vérifiable du législateur. En rendant les décisions sur d'autres questions de droit, le tribunal ne pourra accorder aucune présomption en faveur ou contre les actes de l'organisme mais en formulant une décision indépendante à propos de l'interprétation par l'organisme d'une disposition de la loi, le tribunal devra accorder à cette interprétation le poids qu'elle mérite en tenant compte du pouvoir discrétionnaire prévu par la loi pour l'organisme<sup>125</sup>. [C'est nous qui soulignons.]

C'est ainsi que le pendule va d'un extrême à l'autre.

Avant de terminer sur l'historique du contrôle judiciaire, il est nécessaire de dire quelques mots du contrôle procédural pour les motifs d'équité ou de justice naturelle. Certains ont soutenu que tout comme l'excès d'intervention sur le fond des décisions judiciaires caractérisait les activités des tribunaux dans les années 1950 et 1960, le contrôle des tribunaux au cours des récentes années a été marqué par la nature excessivement judiciaire du processus administratif. On peut se poser de graves questions à propos du degré de nature judiciaire donné aux décisions administratives : entraîne-t-il une paralysie du processus décisionnel? Frustré-t-il les objectifs d'efficacité et de vulgarisation visés par la création d'un tribunal en introduisant des avocats et des processus inadaptés au fonctionnement des organismes administratifs? L'exigence d'équité contribue-t-elle à améliorer la prise de décisions? Le coût des procédures équitables est-il effectivement justifié en ce sens que chaque dollar dépensé en audience peut être un dollar de moins dépensé pour les actes de générosité du gouvernement?

Étant donné qu'il s'agit là de problèmes, à notre époque procédurière, il est difficile de faire porter toute la faute en matière d'excès de procédures judiciaires sur les tribunaux canadiens. Il est vrai que depuis 1978 et l'arrêt *Nicholson*, il est devenu assez facile de convaincre un tribunal canadien qu'une instance particulière soit obligée de se conformer à un minimum de décence procédurale avant de rendre une décision<sup>126</sup>. Cependant, avant cela, l'état du droit était pour le moins contestable. Les droits en matière de procédure tendaient à être

accordés d'après des notions de droit de propriété qui dataient du XIX<sup>e</sup> siècle, et divers segments de la société assujettis à la réglementation, comme les détenus et les immigrants, avaient beaucoup de difficulté à faire valoir devant les tribunaux toute garantie de protection procédurale.

La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Nicholson* en 1978 a au moins eu l'effet de reconnaître dans le domaine du chômage ce que Charles Reich avait déjà souligné, en 1964, dans son article du *Yale Law Journal*, « The New Property<sup>127</sup> », à savoir la légitimité des revendications des citoyens pour lesquels être propriétaire ne veut pas tant dire « propriétaire foncier », mais plutôt « propriété de l'emploi », « droit à l'éducation » et « participation à divers régimes sociaux », comme les logements subventionnés. En même temps, une catégorie d'avocats de plus en plus actifs en droit pénal tentait de convaincre les tribunaux que les détenus ne perdaient pas tous leurs droits civils et leurs garanties procédurales du seul fait d'être condamnés à une peine de prison<sup>128</sup>.

En fait, ce changement d'attitude n'était ni radical ni coûteux. Le message du cas *Nicholson* et des autres affaires semblables se limite aux décisions orientées sur l'individu : par exemple, une personne qui a perdu son emploi, qui a été évincée d'un projet de logement public ou qui a été transférée à un autre pénitencier et qui demande une audience. Jusqu'à présent, les tribunaux judiciaires canadiens se sont montrés réticents à imposer des procédures d'audience en matière d'élaboration de règles ou de politiques. Ils hésitent toujours à accorder des droits consacrés ou des droits procéduraux aux groupes qui désirent participer aux processus d'élaboration de politiques ou intervenir dans des procédures sur des demandes formulées par ou contre des personnes physiques ou morales et qui auraient prétendument des ramifications d'intérêt public sur une vaste échelle<sup>129</sup>.

À cet égard, ce sont davantage les lois et les actes volontaires des ministères gouvernementaux et des organismes administratifs eux-mêmes que les tribunaux qui ont été à l'origine de la révolution procédurale des années 1980. Par conséquent, si ces développements sont considérés comme néfastes, il ne convient pas d'en tenir les tribunaux entièrement responsables.

Dans ce contexte, les questions qui se posent sont les suivantes : Est-il nécessaire que les tribunaux judiciaires aient un pouvoir de contrôle sur le processus administratif et, dans l'affirmative, comment ce mécanisme de contrôle devrait-il être structuré du point de vue des motifs et du processus de contrôle.

D'après les récentes décisions de la Cour suprême du Canada, l'abolition totale du mécanisme de contrôle par les cours de justice en vertu de l'article 96 semble aujourd'hui imposer une modification constitutionnelle. Outre la controverse et les difficultés qu'une telle proposition entraînerait, il est douteux que cette décision puisse être justifiée.

Les tribunaux ont-ils le droit, en dernier ressort, de dire si un tribunal administratif a outrepassé les limites de sa compétence? Il n'est pas certain que cet état de choses soit inévitable. Néanmoins, dans le contexte canadien, certains choix ont été faits à propos du rôle des tribunaux judiciaires dans notre système de gouvernement et, bien que certains puissent dire que leur compétence en matière de constitutionnalité et la compétence des tribunaux administratifs constituent des rôles que les tribunaux eux-mêmes ont assumés et ne sont pas le produit de choix constitutionnels délibérés, il demeure que tout récemment, l'article 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés a confié aux tribunaux ordinaires les recours en cas de litiges relatifs à la Charte<sup>130</sup>.

Il est aussi conforme à notre héritage politique et culturel de concevoir le contrôle judiciaire comme une garantie contre la conduite arbitraire, déraisonnable ou inconstitutionnelle (au sens large) des autorités nommées en vertu de la loi. Quels que soient les inconvénients et les bienfaits de la participation judiciaire dans le domaine des relations de travail, au cours des années 1950 et 1960, cette même époque a produit la décision *Roncarelli c. Duplessis*<sup>131</sup>, où le principe de l'égalité de tous devant la loi a été réaffirmé dans son meilleur sens : même le premier ministre du Québec ne pouvait prétendre avoir un pouvoir prépondérant ou exceptionnel pour agir selon les meilleurs intérêts de la province.

Il est aussi important de noter que dans les questions de discipline professionnelle, tout comme dans les questions de participation importante à la réglementation, la confiance législative dans le rôle des cours de justice s'exprime sous la forme des droits d'appel en vertu de la loi, même si ces appels sont limités aux questions de droit et de compétence. À cet égard, le domaine des relations de travail, avec ses importantes clauses privatives, constitue plus une exception à la règle<sup>132</sup>.

Le professeur Peter Hogg<sup>133</sup>, dans un article où il étudiait la performance de la Cour suprême du Canada en droit administratif, de 1949 à 1969, a bien capté l'essence de ce que devrait être le contrôle judiciaire des actes administratifs. Il l'a défini comme la possibilité pour les tribunaux judiciaires de surveiller les tribunaux administratifs lorsque, dans le contexte de leurs pouvoirs comparativement assez étroits, ces derniers prenaient des décisions qui entraient en conflit avec les objectifs globaux de la société et avec les valeurs libérales qui transcendent l'autorité et l'expérience du régime.

Il est nécessaire d'instaurer un système de décisions judiciaires capable d'affronter les situations où les décisions d'une autorité en vertu de la loi entrent en conflit avec des valeurs plus importantes de notre société, ou les transgressent, ou encore lorsque deux autorités créées par la loi cherchent à occuper le même champ de façon conflictuelle.

Évidemment, cela ne signifie pas nécessairement que nous devons continuer à accepter la structure actuelle des tribunaux. Au cours des

années, on a fait valoir divers arguments à l'appui d'un système spécial de tribunaux administratifs comme le Conseil d'État<sup>134</sup> en France ou le Commonwealth Administrative Appeals Tribunal en Australie<sup>135</sup>. En réalité, des expériences limitées ont eu lieu à cet égard avec la Cour divisionnaire de l'Ontario et la Cour fédérale du Canada, qui est surtout une cour de droit public ou administratif. Cependant, sans écarter la possibilité d'autres expériences et de changements de structure dans cette direction et si l'on s'attache à la Cour suprême, qui est située au sommet de l'organisation judiciaire canadienne, il est clair que, tout comme la Cour suprême des États-Unis, elle devient de plus en plus un tribunal de droit public. Qui plus est, avec l'influence de la Charte des droits sur le rôle de la cour, il est inévitable que cette tendance s'accroisse. Étant donné ces circonstances et l'indication que les questions de droit public deviennent en général les questions les plus dignes de l'attention de la plus haute instance du pays, il est difficile de voir quelle serait l'utilité d'un tribunal parallèle qui traiterait des questions de droit administratif. Ce tribunal serait parfaitement inutile et l'écart de crédibilité qui apparaît inévitablement lorsqu'on instaure une nouvelle structure judiciaire serait sans doute interprété comme un élément qui banalise le droit administratif au moment même où la structure judiciaire actuelle a évolué dans la direction opposée.

Confronté à des problèmes constitutionnels identiques à ceux du Canada, le gouvernement de l'Australie a créé un tribunal d'appel administratif, qui constitue une étape intermédiaire entre les décisions des autorités nommées par la loi et le recours aux tribunaux judiciaires. Cette structure appelle deux commentaires particuliers. D'abord, si l'intention réelle était de faire de ce tribunal un organe d'appel général de toutes les décisions des autorités du Commonwealth, cela n'a pas pu se faire dans la pratique; et certaines autorités en sont exclues, tandis que d'autres continuent d'avoir leur propre régime en vertu de la loi. Ensuite, dans certains cas, la présence de cette étape intermédiaire avant l'accès à la Cour fédérale d'Australie et, en dernier lieu, à la Cour suprême d'Australie augmente le coût du contrôle judiciaire de façon très importante et accentue la lenteur inhérente à tout système de contrôle judiciaire des actes administratifs<sup>136</sup>.

Les difficultés qu'entraîne la création d'un tribunal d'appel général où l'on serait satisfait de voir que ses membres puissent traiter des appels d'un grand nombre de juridictions et les coûts inhérents d'un tel système en font une solution douteuse pour le Canada. Par ailleurs, le système actuel pourrait très bien devenir plus efficace et rendre des décisions plus valables, si l'on combinait en un seul organisme d'appel les compétences d'appel existantes d'un certain nombre de domaines connexes. C'était, bien sûr, ce genre d'expérience très prometteuse, notamment celle du Tribunal des professions du Québec, qui a été mise en cause dans l'affaire *Crevier c. P.G. du Québec*<sup>137</sup>.

En ce qui concerne les motifs de contrôle judiciaire, on se heurte à des difficultés graves si l'on tente de procéder par voie de loi directe et générale. La relation qui existe entre les tribunaux et le processus administratif ne se prête pas à une définition précise comme on en fait normalement dans une loi<sup>138</sup>. Ainsi, bien que l'on puisse dire que l'attitude apparente traduite actuellement par le respect inconditionnel de la Cour suprême du Canada pour les décisions des tribunaux administratifs ne soit pas justifiée, la réponse ne se trouve certainement pas dans une loi du style *Bumpers Amendment* avec son corollaire selon lequel toutes les questions de droit devraient être tranchées de façon indépendante. Tout ce que l'on obtiendrait, si les tribunaux s'y conformaient, serait une approche intégrale de nature contraire, à savoir l'absence de respect pour les compétences spécialisées des tribunaux administratifs. En effet, même à supposer qu'il existe une philosophie générale de déréglementation et d'assujettissement de tous les organismes créés par la loi, il y a de sérieuses raisons de douter de la valeur d'une telle approche. Comme l'a dit un critique du *Bumpers Amendment* :

Une loi qui prescrit la portée du contrôle judiciaire pour toute l'activité gouvernementale ne constitue pas une base solide pour une campagne contre l'excès de réglementation<sup>139</sup>.

Ce commentaire se résume à dire que, vu la portée de la réglementation dans notre société, il est inévitable que ni le respect généralisé de celle-ci, ni le défaut généralisé de respect à son endroit ne constitue une solution. La position à adopter dans un cas particulier dépendra de l'interaction d'une gamme de facteurs qui ont trait à la nature générale de la fonction décisionnelle, sous réserve du contrôle et des circonstances individuelles de l'affaire dont le tribunal est saisi. Cela dit, les perspectives d'une codification utile ne sont pas intéressantes, même si on énumère les facteurs dont le tribunal peut ou doit tenir compte. Cependant, on pourrait mettre au point des normes particulières de contrôle dans le contexte des lois précises et de leurs dispositions relatives à l'appel et au contrôle. Concluons sur une citation du professeur John Willis qui écrivait à propos de l'idée générale des recommandations faites par la commission McRuer : « Le principe d'unicité est pour moi le principe souverain<sup>140</sup>. »

## Conclusion

Jusqu'à présent, notre étude n'a pas été très explicite sur la raison d'être des tribunaux administratifs dans le gouvernement du Canada. Cependant, la plupart des discussions ont permis d'expliquer le choix de cette voie dans un très grand nombre de processus décisionnels de notre société. S'il existe un argument de poids à l'appui de la création de tribunaux administratifs, c'est la nécessité de diffuser le pouvoir dans un

système qui, autrement, permettrait (et qui le fait peut-être même en dépit des tribunaux administratifs) une trop grande concentration de l'autorité gouvernementale entre les mains d'un groupe restreint : le Parlement, le pouvoir exécutif, l'Administration et les tribunaux judiciaires.

La création des tribunaux administratifs incarne au moins la tendance saine à la distribution du pouvoir politique d'une façon un peu plus égalitaire entre les secteurs qui forment notre nation. C'est particulièrement vrai lorsque la création d'un tribunal administratif est liée à une plus grande ouverture et à un nombre plus grand de droits à la participation directe que n'en prévoient les formes traditionnelles de gouvernement.

En outre, mis à part les considérations sur les valeurs démocratiques, des facteurs systémiques montrent aussi la nécessité d'instituer des tribunaux administratifs du moins en tant qu'antidote au mode traditionnel de gouvernement. Dans une société pluraliste, où les problèmes du gouvernement sont complexes, il y a évidemment une place, voire même un besoin, pour la souplesse et la diversité des modes adoptés pour résoudre les problèmes de la société. Dans la mesure où le fonctionnement des institutions traditionnelles, soit le Parlement, les tribunaux, l'Administration et dans une moindre mesure peut-être, le pouvoir exécutif, est lié par la tradition, ce qui rend pratiquement vaine toute tentative de réforme efficace, le tribunal administratif en particulier, vu la diversité de ses formes, présente des possibilités intéressantes pour la prise de décisions efficace dans le gouvernement. À cet égard, les défenseurs de la pureté constitutionnelle et ceux qui se lamentent sur les traits anachroniques des tribunaux administratifs ne sont malheureusement pas bien inspirés. C'est la théorie désuète qui a empêché d'entrevoir le potentiel de la diversification des mécanismes de décisions. Il n'existe pas de moule unique et uniforme qui soit adapté et qui puisse convenir aux tribunaux administratifs de notre société; il n'en a jamais existé.

Bien sûr, on pourrait dire qu'une distribution du pouvoir telle qu'elle a été présentée ici conduit à affaiblir le gouvernement et à le rendre inefficace. Plus le processus décisionnel est décentralisé, plus il est difficile de bien réglementer le secteur privé. Ces considérations sont importantes; néanmoins, vu la portée des règlements gouvernementaux dans le secteur privé, il est en fait pratiquement inévitable que le pouvoir soit diffus, si l'on s'attend à ce que la réglementation soit informée, compétente et efficace. Dans un tel système, le Cabinet est responsable des principales initiatives politiques; il assure leur intégration dans les organes responsables de domaines particuliers de développement et de réglementation des politiques.

Les meilleurs tribunaux administratifs, en particulier les principaux tribunaux de réglementation, ajoutent aussi une autre dimension aux

possibilités du gouvernement, du fait qu'ils offrent l'occasion d'instaurer un compromis entre un certain nombre de valeurs qui sont souvent en concurrence dans notre société : les valeurs juridiques, « politiques » (dans son sens péjoratif), techniques, économiques et sociales. Si les pouvoirs décisionnels des tribunaux étaient bien conçus, ce type de décisions éclairées pourrait être rendu plus facilement qu'à l'heure actuelle, par les autres organismes de notre gouvernement.

À ces considérations s'ajoutent les explications traditionnellement avancées pour justifier la création des tribunaux administratifs : a) d'une part, le besoin d'un cadre judiciaire pour le règlement de litiges sur lesquels les cours de justice manquent d'expérience ou de volonté pour trancher d'une façon acceptable pour la société et b) d'autre part, le voeu du gouvernement de transférer les questions à un autre organisme dans l'espoir qu'il soit plus compétent pour traiter les problèmes ou qu'il pourra ainsi éviter ou diminuer la responsabilité politique pour la question en cause.

Étant donné la diversité des raisons qui motivent la création des tribunaux administratifs et vu aussi que la tendance vers les tribunaux s'inscrit dans le cadre d'une recherche de formes de décision diversifiées, nous avons surtout cherché à faire valoir, dans la présente étude, qu'il ne convient pas de préconiser un seul processus décisionnel pour les tribunaux.

Dans les situations où la tâche porte sur des litiges semblables à ceux dont sont saisies les cours de justice, les arguments à l'appui de l'absence d'interférence politique et en faveur de décisions par des instances indépendantes et impartiales prennent d'autant plus de force. Par ailleurs, dans les questions à caractère hautement politique et social, où la réglementation a un caractère vaste et discrétionnaire, il n'est pas surprenant ni indésirable que le processus de réglementation ou le processus judiciaire aient différents degrés d'interaction avec d'autres domaines de notre système gouvernemental. À cet égard, l'affirmation de Ratushny a une grande valeur :

L'absence d'uniformité témoigne d'une souplesse extraordinaire du processus administratif, ce qui constitue sa plus grande force<sup>141</sup>.

Cependant, en dépit du fait qu'un plaidoyer en faveur de la souplesse sous-entende le caractère indésirable de toute réforme ou approche systémique du processus des tribunaux administratifs, nous avons soutenu dans la présente étude qu'il existe certaines valeurs transcendantes qui constituent d'importants points de références dans la structuration de tous les processus des tribunaux. Il s'agit, notamment, des contraintes imposées par la catégorie des institutions traditionnelles du gouvernement, y compris les tribunaux judiciaires et la valeur générale du droit à la participation au processus décisionnel. En effet, il est juste

de dire que ces facteurs ne jouent pas simplement comme des forces qui équilibrent ou contrôlent, mais aussi comme des éléments qui peuvent contribuer véritablement à améliorer ce processus dans l'intérêt du public.

## Notes

Cette étude a été complétée en novembre 1984. Traduction de l'anglais.

1. Toronto, Imprimeur de la Reine, 1968-1969.
2. La liste des tribunaux étudiés se trouve dans la deuxième section de l'étude.
3. Frans F. Slatter, *Le Parlement et les organismes administratifs autonomes*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982.
4. Lucinda Vandervort, *Le contrôle politique des organismes administratifs autonomes*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979.
5. Canada, *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale*, Commission de réforme du droit du Canada, rapport n° 14, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
6. Canada, *Les organismes administratifs autonomes*, Commission de réforme du droit du Canada, étude n° 25, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
7. Conseil économique du Canada, *Rationalisation de la réglementation publique*, rapport provisoire du Conseil économique du Canada, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979; et Conseil économique du Canada, *Pour une réforme de la réglementation*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.
8. Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1979.
9. Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
10. Comme ils sont exigés pour la construction de pipelines interprovinciaux et internationaux en vertu des articles 25, 27a) et 44 de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, 1970 S.R.C., c. N-6, modifiée.
11. Il s'agit ici d'une analyse statistique assez approximative, réalisée d'après une étude des organismes de type judiciaire établis de façon expresse par la loi. Il n'est pas tenu compte des tribunaux créés par législation déléguée ni par des pouvoirs officieux conférés en vertu de la loi.
12. *Fuel Petroleum Products Act*, 1978 S.R.S., c. F-23; *Mineral Taxation Act*, 1978 S.R.S., c. M-17; *Natural Gas Development and Conservation Board Act*, c. N-2; *Natural Products Marketing Act*, 1978 S.R.S., c. N-3; *Oil and Gas Conservation Act*, 1978 S.R.S., c. O-2; *Oil Well Income Tax Act*, 1978 S.R.S., c. 0-31; *Potash Development Act*, 1978 S.R.S., c. P-18; *Surface Rights Acquisition and Compensation Act*, 1978 S.R.S., c. S-65.
13. Dans certains cas, la législation porte sur des professions qui étaient connues en 1945 (exemple, le *Chiropody Profession Act*, 1978 S.R.S., c. C-9); dans d'autres, les professions visées par une réglementation se sont développées depuis cette époque (voir le *Denture Technicians Act*, 1980 S.R.O., c. 114).
14. Voir *supra*, n. 6, p. 33.
15. L'autorité a été transférée à la commission à partir du comité des chemins de fer du Conseil privé par l'*Acte des chemins de fer* de cette année-là (1903 S.C., c. 58).
16. *Loi sur la radiodiffusion*, 1936 S.C., c. 24.
17. *Loi sur l'aéronautique*, 1944 S.C., c. 28.
18. *Loi sur le placement et les assurances sociales*, 1935 S.C., c. 38.
19. 1971 S.O., c. 47 (maintenant 1980 S.R.O., c. 404).
20. Voir *Expropriations Act*, 1980 S.R.O., c. 148, par. 4(8), et *Expropriation Procedure Act*, 1978 S.R.S., c. E-16, art. 7.
21. Ainsi, dans l'affaire *Canadian Broadcasting League c. le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes* (n° 2), (1980) 1 C.F. 396 (C.A.), le juge Le Dain (à la p. 405) a noté la participation de la *League* sous son ancien nom, la

- Canadian Radio League*, à la fois devant la Cour suprême du Canada et le comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Radio Reference*, 1931 R.C.S. 541 et 1932 A.C. 304 (C.P. Can.).
22. En particulier depuis la décision de la Cour suprême du Canada dans *Nicholson c. Haldimand — Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, (1979) 1 R.C.S. 311 où la Cour a jugé que les obligations d'équité procédurale pourraient s'appliquer tant aux fonctions judiciaires qu'aux fonctions quasi judiciaires.
  23. Voir les *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, DORS/79-554 et les *Règles générales de la CCT*, DORS/83-448. Voir aussi Hudson N. Janisch, « The New General Rules of the Canadian Transportation Commission », 1 *Administrative Law Reports* 173.
  24. Voir la *Loi sur la radiodiffusion*, 1970 S.R.C., c. B-11, art. 19 (modifiée) qui a rendu les audiences publiques obligatoires pour certaines questions et a donné au CRTC le pouvoir discrétionnaire de tenir des audiences publiques sur d'autres questions.
  25. Ce mouvement fut lancé par les tribunaux eux-mêmes et résulta aussi du jugement de la Cour d'appel fédérale dans *Re le Conseil de la Radio-Télévision canadienne* et *Re la London Cable T.V. Ltd.*, (1976) 2 C.F. 621.
  26. Dans l'affaire *London Cable*, *supra*, n. 25, p. 623, il a été dit qu'il existait une différence entre les études faites par le personnel et les documents produits par les parties. Plus récemment, la Cour d'appel fédérale a fait une distinction dans le domaine des documents du personnel entre les questions de fait et la preuve qui devrait être révélée si elle n'existe pas autrement, et les questions d'avis et d'opinions qui n'ont pas à être diffusées. Voir *Toshiba Corporation et al. c. Tribunal Anti-dumping*, (1984), 8 *Administrative Law Reports* 173 (C.F.) et *Trans Quebec and Maritimes Pipeline Inc. c. L'Office national de l'énergie*, (1984) 54 N.R. 303 (C.A.F.).
  27. Pendant longtemps, les seules exigences en matière d'avis et de commentaires de la législation fédérale se trouvaient dans la *Loi sur la radiodiffusion*, 1970 S.R.C., c. B-11, par. 16(2), qui imposait au CRTC de faire passer un avis dans la *Gazette du Canada* au sujet des règlements proposés et de fournir la possibilité aux titulaires de permis et autres personnes intéressées de faire des représentations à ce sujet.
  28. Pour une étude récente des progrès considérables réalisés dans ce domaine, voir Hudson N. Janisch, *Note — Developments in Procedures for Rule Making in Canada*, Association du Barreau canadien, sous-section du droit administratif, direction d'Ottawa, février 1984, polycopié.
  29. Voir *Toshiba Corporation et al. c. Tribunal anti-dumping*, (1984), 8 *Administrative Law Reports* 173, Cour d'appel fédérale.
  30. Voir *Re Islands Protection Society and the Queen in Right of British Columbia*, (1979) 98 D.L.R. (3d) 504 (C.S. C.-B.).
  31. Comparer *Inuit Tapirisat of Canada c. Gouverneur en conseil*, (1980) 2 R.C.S. 735, et *Gray Line of Victoria c. Chabot*, (1981) 2 W.W.R. 635 (C.S. C.-B.).
  32. Voir *Re Rothman's of Pall Mall Canada et Ministre du Revenu national* (n° 1), (1976) 2 C.F. 500 (C.A.).
  33. Pour un argument en faveur d'une imposition judiciaire très restreinte de procédures aux autorités établies par la loi, voir Martin Loughlin, « Procedural Fairness: A Study of the Crisis in Administrative Law Theory », 28 *University of Toronto Law Journal* 215.
  34. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* adoptée par la *Loi de 1982 sur le Canada*, c. 11 (R.U.).
  35. 1970 S.R.C., Appendice III.
  36. 1980 S.R.A., c. A-2.
  37. Voir *Canadian Press*, le 15 mars 1984, 12 h 29 HNE.
  38. À cet égard, le meilleur exemple demeure celui de la compétence de la Commission ontarienne des droits de l'homme, comme le montre *Bell c. Ontario Human Rights Commission*, 1971 R.C.S. 756, une résistance qui présente une grande similitude, actuellement, dans le défi que lance le député MacBain à la procédure de la Commission canadienne des droits de la personne. Voir *MacBain c. Commission canadienne*

- des droits de la personne et al.*, (1984) 7 *Administrative Law Reports* 233 (C.F., div. de première instance).
39. *Lipkovits c. CRTC*, (1982) 45 N.R. 383 (C.A.F.).
  40. *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, 1979 R.C.S. 311.
  41. Dans *Nicholson*, *supra*, n. 40, p. 278, le juge en chef Laskin donne le choix à la commission de tenir des audiences publiques ou de procéder par examen du dossier.
  42. *Lipkovits, Re Davidson and Disciplinary Board of Prison for Women*, (1981) 61 C.C.C. (2d) 520 (C.F., div. de première instance).
  43. *CRTC c. CTV Television Network Ltd.*, (1982) 1 R.C.S. 530.
  44. 419 U.S. 565 (1975) *et al.*
  45. David L. Kirp, « Proceduralism and Bureaucracy: Due Process in the School Setting », 28 *Stanford Law Review* 841.
  46. Voir Brian Jenks, « The New Administrative Law: Some Assumptions and Questions », 41 *Australian Journal of Public Administration* 209.
  47. Pour un compte rendu sur cette affaire, voir Joseph C. Goulden, *The Superlawyers*, New York, Dell, 1973, p. 191-195.
  48. Voir « Court decision blow to Hydro Minister says », *Toronto Star*, 18 août 1984, où l'on commente les conséquences de la décision *Re Central Ontario Coalition Concerning Hydro Transmission Systems et al. c. Ontario Hydro*, (1981), 8 *Administrative Law Reports* 81, Cour suprême de l'Ontario (cour divisionnaire), le 25 juin 1984, qui portait modification d'un projet d'expansion de transmission électrique pour des motifs de procédure.
  49. Plus particulièrement les articles 1 et 2c) de la Déclaration des droits et les articles 7 et 11 de la Charte.
  50. Les dispositions de l'article 2 de la Déclaration des droits peuvent être écartées grâce à une déclaration expresse aux termes de laquelle une loi s'applique malgré la Déclaration des droits, alors que l'article 33 de la Charte prévoit un mécanisme de dérogation législative, entre autres, aux articles 7 et 11. Même sans ce mécanisme, des lois conflictuelles peuvent aussi être maintenues en vertu de l'article 1 et de ses limites à l'application de la Charte, à savoir « dans les limites raisonnables [...] qui peuvent être justifiées dans une société libre et démocratique ».
  51. Voir John D. Whyte, « Fundamental Justice: The Scope and Application of Section 7 of the Charter », 14 *Manitoba Law Journal* 455-476, p. 456.
  52. Par exemple, *R. c. Fisherman's Wharf*, (1982) 135 D.L.R. (3d) 307 (B.R. N.-B.). Voir cependant, le rejet apparent de l'argument dans la décision du juge d'appel LaForest dans la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, (1982) 144 D.L.R. (3d) 21, 31 (*sub nom. The Queen in right of New Brunswick c. Estabrooks Pontiac Buick Ltd. et al.*).
  53. Par exemple, voir *Re Law Society of Manitoba and Savino*, (1983) 1 D.L.R. (4th) 285 (Man. C.A.) *Re James*, (1982) 42 B.C.L.R. 10 (C.S.). Voir *Re Lazarenko and Law Society of Alberta*, (1983) 4 D.L.R. (4th) 389 (B.R. Alberta).
  54. *MacBain c. Commission canadienne des droits de la personne*, (1984) 7 *Administrative Law Reports* 233 (C.F., div. de première instance).
  55. *Ibid.*
  56. *Russell c. Radley*, 5 *Administrative Law Reports* 39, (C.F., div. de première instance).
  57. La législature de la Colombie-Britannique a adopté une résolution officielle en vue du rajout des termes « property rights » à l'article 7.
  58. Voir toutefois les considérations rapides et le rejet de cet argument par le juge d'appel Huband dans *Manitoba Society of Seniors c. Greater Winnipeg Gas. Co.*, (1982) 18 *Manitoba Reports* (2d) 440, 443 (C.A.).
  59. 73 *Yale Law Journal* 733.
  60. *Idem*, p. 140 et 141.
  61. *Idem*, p. 141.
  62. *Administrative Procedures Act*, 1980 S.R.A., c. A-2, art. 3.

63. Voir *Statutory Powers Procedure Act*, 1980 S.R.O., c. 483, par. 3(1) qui rend le code de procédure de la loi applicable lorsque l'application est requise par la loi constitutive de l'autorité lorsqu'il existe un « pouvoir de décision en vertu de la loi » (article 1d) qui est. . . « de par le (*common law*) censé offrir ou fournir aux parties à la procédure l'occasion de se faire entendre avant la décision ».
64. Voir *supra*, n. 6, p. 155.
65. Pour une étude détaillée de la thèse de *common law* qui entraîne, en fait, l'obligation de motiver les décisions, voir *In Re Pacific Western Airlines Ltd.*, (1984), 9 *Administrative Law Reports* 109, Commission canadienne des transports, comité de révision.
66. Voir *supra*, n. 6, p. 142.
67. *Idem*, p. 144 et 145.
68. *Administrative Procedure Act*, 5 U.S.C.A., par. 1305, 3105, 3344, 5362 et 7521.
69. Et la confirmation donnée par la loi subséquemment : 92 U.S. Stats. 183 (1978).
70. Voir K.C. Davis, *Administrative Law Treatise*, 2<sup>e</sup> éd., San Diego, K.C. Davis Publishing Co., vol. 3, 1980, 17.11–17.19, p. 312–339.
71. Voir *supra*, n. 6, p. 144 et 145.
72. Voir *supra*, n. 6, p. 101–103. Voir aussi Alan Leadbeater, *Conseil sur l'administration publique*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1980.
73. Comme il est prévu à la partie II du *Statutory Powers Procedure Act*, 1980 S.R.O., c. 484.
74. Établi par le *Tribunals and Inquiries Act*, 1958 (R.U.) et maintenant par le *Tribunals and Inquiries Act*, 1971, c. 62 (R.U.). Voir Leadbeater, *supra*, n. 72, p. 21–31.
75. Comme l'a établi le *Administrative Appeals Tribunal Act 1975*, art. 48 (Cth). Voir Leadbeater, *supra*, n. 6, p. 48–50.
76. 1980–1981–1982–1983 S.C., c. 111, annexe 1.
77. *Freedom of Information Act*, 1977 S.N.S., c. 10; *Loi sur le droit à l'information*, 1978 S.N.B., c. R–103; *Freedom of Information Act*, 1979 S.N., c. 6; *Loi sur l'accès aux documents*, 1982 L.Q., c. 30 (entrée en vigueur en juillet 1984).
78. Par. 2(1) : « La présente loi a pour objet d'élargir (les lois actuelles du Canada) [ . . . ]. » Par. 2(2) : « La présente loi a pour objet de compléter les modalités d'accès aux documents de l'Administration fédérale. Elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public ».
79. *Re Dale Corporation and Rent Review Commission et al.*, (1983) 149 D.L.R. (3d) 113, 121 (C.C. N.-E., div. des appels).
80. *Toshiba Corporation et al. c. Tribunal anti-dumping*, (1984), 8 *Administrative Law Reports*, 173, Cour d'appel fédérale.
81. *Ibid.* Voir aussi *Trans Quebec and Maritimes Pipeline Inc. c. Office national de l'énergie*, (1984) 54 N.R. 303 (C.A.F.).
82. *Denton c. Auckland City*, (1969) N.Z.L.R. 256 (C.S.).
83. *Administrative Procedures Act, 1946*, 5 U.S.C., c. 5. Nous analysons les arguments en faveur d'une obligation générale en matière d'avis et de commentaires, de façon plus approfondie dans *Rule-Making Hearings: A General Statute for Ontario*, publication de recherche n° 9, Ontario Commission on Freedom of Information and Individual Privacy, 1979. Voir aussi *supra*, n. 6, p. 114 et s.; Conseil économique du Canada, *Rationalisation*, *supra*, n. 7, p. 72–77; et Canada, Comité spécial de la Chambre des communes sur la réforme de la réglementation, *Rapport*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981, p. 4–6.
84. Voir *supra*, n. 6, p. 128 et 129.
85. Voir *Inuit Tapirisat of Canada c. Léger*, (1979) 1 C.F. 710, 721 (C.A.). Par voie de conséquence, le juge Le Dain qui rendait le jugement de la Cour, n'aurait pas exigé que soient révélées les prétentions du CRTC (ni celles émanant d'autres sources gouvernementales) au Cabinet lors d'un appel en vertu du par. 64(1) de la *Loi sur les transports nationaux*, 1970 S.R.C., c. N–17. Cependant, il a été jugé que les prétentions de l'une des parties, Bell Canada, avaient soulevé diverses questions (722).

- Cependant, lors d'un appel ultérieur, il a été jugé que la fonction du Cabinet n'était pas assujettie à une obligation d'équité procédurale, quelle qu'elle soit : *P. G. du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, (1980) 2 R.C.S. 735. La notion de secret du Cabinet est aussi réitérée avec vigueur dans la *Loi sur l'accès à l'information*, 1980-1981-1982-1983 S.C., c. 111, annexe 1, art. 69.
86. Les recommandations du comité Peterson ne vont pas aussi loin, bien que celui-ci ait reconnu la nécessité de garanties procédurales : 18 et 19. Voir aussi le jugement du juge Le Dain, *ibid.*
  87. Richard Schultz, « Regulatory Agencies and the Dilemmas of Delegation » dans O.P. Dwivedi (édit.), *Essays in Honour of J.E.S. Hodgetts*, Toronto, University of Toronto Press, 1982, p. 89-106, 103.
  88. Voir Canada, Commission royale sur la gestion financière et l'imputabilité, *Rapport*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1949, p. 315 et 316; *supra*, n. 6, p. 83 et 84.
  89. Edward Ratushny, *Comment: The Legal Relationship Between Tribunals and Government*, étude présentée au groupe d'étude du droit administratif, Ottawa, 4, 5 et 6 décembre 1983, polycopié.
  90. Voir *supra*, n. 87, p. 104; et Andrew Roman, *Governmental Control of Tribunals: Appeals, Directives and Non-Statutory Mechanisms*, étude présentée au groupe d'étude du droit administratif, Ottawa, 4, 5 et 6 décembre 1984, polycopié.
  91. Nous soutenons, Andrew Roman et nous-mêmes, que le public en général a un droit limité de participer aux procédures des tribunaux de décisions au sens strict dans *Minister of Justice of Canada c. Borowski: The Extent of the Citizen's Rights to Litigate the Lawfulness of Government Behaviour*, (1984), 4 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 303.
  92. Art. 1a) et 2c).
  93. Art. 7. À la fois dans la Charte et dans la Déclaration, les références faites à un « tribunal indépendant et impartial » figurent dans les articles portant sur les personnes accusées d'une infraction [Charte, art. 11a); Déclaration, art. 2f)]. Cependant, il y a peu de raison, voire aucune, de croire que ce principe ne s'inscrit pas aussi dans les dispositions générales des droits en matière de procédure que contiennent ces deux textes [Charte, art. 7 (« principes de justice fondamentale »); Déclaration, (« application régulière de la loi ») et 2d) (« principe de justice fondamentale »)].
  94. Voir Canada, Commission royale, *supra*, n. 88, p. 318 et 319; *supra*, n. 6, p. 85; *supra*, n. 87, p. 104 et, pour une analyse encore plus convaincante, Hudson N. Janisch, « Policy Making and Regulation: Towards a New Definition of the Status of Independent Agencies in Canada », 17 *Osgoode Hall Law Journal* 46, p. 105 (et autres endroits). Voir cependant, Canada, Comité spécial, *supra*, n. 83, qui rejette la notion de procédures obligatoires pour l'émission de lignes directrices. La notion de garanties procédurales afférentes aux pouvoirs en matière de lignes directrices semblait être acceptée par le gouvernement, pour le domaine de la diffusion, dans *Pour une nouvelle politique nationale de radiodiffusion*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1983, mais il n'en est pas fait mention dans le projet de loi déposé à la Chambre des communes, le 8 février 1984.
  95. Par exemple, Peter Gall, John Grant et Murray Rankin, *The Cabinet and the Agencies: Toward Accountability in British Columbia*, rapport préparé pour l'Association du Barreau canadien (chap. de Colombie-Britannique), 1981; voir les principales difficultés causées par les appels au Cabinet et les directives émises par celui-ci.
  96. Par exemple, Canada, comité spécial, *supra*, n. 83, p. 15-18.
  97. Par exemple, Douglas Hartle, *Public Policy, Decision-Making and Regulation*, Toronto, Institut de recherche en administration publique, Butterworth, 1979, p. 132 et 133.
  98. Andrew Roman, « Cabinet Directives to Regulatory Agencies: A Bold Leap Backwards », 2 *Regulatory Reporter* 5, p. 137-158, 142 et 143.
  99. Voir *supra*, n. 87, p. 104.
  100. *Ibid.*

101. Voir *supra*, n. 98, p. 5–157.
102. À noter toutefois que le CRTC et la CCT ont le pouvoir d'édicter des règlements : *Loi sur la radiodiffusion*, 1970 S.R.C., c. B–11, al.16(1*b*), sous réserve d'une procédure d'avis et de commentaires : par. 16(2) et la *Loi nationale des transports*, 1970 S.R.C., c. N–17, par. 26(1), 46(1).
103. Voir toutefois Antonio Scalia, « Back to Basics: Making Law without Making Rules », *5 Regulation* juillet-août, p. 25.
104. *Martineau et Butters c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, (1978) 1 R.C.S. 118, dans lequel il a été jugé que les directives émises par le commissaire des pénitenciers en conformité avec la *Loi sur les pénitenciers*, 1970 S.R.C., c. P–6, ne constituaient pas le droit.
105. S.C. 1976–1977, c. 33 (modifiée).
106. Voir Conseil économique du Canada, *Rationalisation*, *supra*, n. 7, p. 59.
107. Voir Canada, Commission royale, *supra*, n. 88, p. 320–323.
108. Voir Canada, Comité spécial, *supra*, n. 83, p. 19 et 20.
109. Voir *supra*, n. 6, p. 174–187.
110. Pour une décision de tribunal intéressante qui appuie cette notion, voir les décisions préliminaires de Kenneth Norman, Tribunal canadien des droits de la personne, dans *Noel Campbell et al. c. Hudson Bay Mining and Smelting Co. Ltd.*, (1984) 7 *Administrative Law Reports* 249 (C.H.R.T.).
111. Voir la décision récente restrictive de la Cour d'appel fédérale sur la portée des règles relatives à la partialité dans *Energy Probe c. Commission de contrôle de l'énergie atomique et al.*, (1985), 11 *Administrative Law Reports* (C.A.F.) confirmant (1984) 5 *Administrative Law Reports* 165, 183 (C.F., div. de première instance). Dans un contexte quelque peu différent, la Charte et son invitation dans l'article 7 à l'observance des « principes de justice fondamentale » et dans l'article 11*d*) sa mention d'« un tribunal indépendant et impartial » commence à causer des défis quelque peu regrettables pour l'autorité des tribunaux qui sont à la fois chargés de l'élaboration de règles, d'un rôle d'enquête et de tâches administratives et judiciaires. Voir *MacBain c. Commission canadienne des droits de la personne et al.*, (1984) 7 *Administrative Law Reports* 233 (C.F., div. de première instance), et « OSC Adjudication Powers Face Challenge by Malantic », *The Globe and Mail*, 16 novembre 1984. Reste à savoir si ces défis aboutiront en fin de compte à quelque chose. Si tel est le cas, les législatures auront peut-être alors tendance à se tourner vers les cours supérieures pour les décisions sur ces questions, ce qui serait une conséquence regrettable.
112. Il existera évidemment toujours le danger de voir les personnes nommées se conduire de la façon la mieux calculée pour assurer leur nomination au moment du renouvellement, c'est-à-dire en apaisant le gouvernement ou les secteurs les plus influents. Cependant, le danger de ce type de campagne pour garder les postes lucratifs dans les organismes est beaucoup plus grand lorsqu'il n'existe aucune garantie de poste.
113. Hudson N. Janisch, *Public Interest Groups, Administrative Agencies and the Courts*, Osgoode Hall Law School, Université York, décembre 1982, p. 3, polycopié.
114. *Ibid.*
115. Ainsi, une étude des lois en vigueur en 1945 révèle l'existence d'un droit d'appel devant les tribunaux ordinaires des décisions des organismes disciplinaires professionnels et les appels sur des questions de droit et de compétence à l'encontre de décisions d'organismes comme celui des commissaires de la Commission du transport : *Loi sur les chemins de fer*, 1927 S.R.C., c. 170, par. 52(2), (3).
116. « Lawyers, Courts and the Rise of the Regulatory Process », avant-projet d'étude qui doit être présenté par R.C.B. Risk, lors des cérémonies du centenaire de Dalhousie Law School, p. 15 et 16.
117. Voir, en particulier, Paul Weiler, « The "Slippery Slope" of Judicial Intervention: The Supreme Court and Canadian Labour Relations 1950–1970 » 9 *Osgoode Hall Law Journal* 1–79 et Bora Laskin, « *Certiorari* To Labour Boards: The Apparent Futility of Privative Clauses », 30 *Canadian Bar Review* 986–1003.

118. *Labour Code of British Columbia Act*, 1973 S.B.C., (2<sup>e</sup> version), c. 122, par. 33, 34(4) (maintenant, R.S.B.C. 1979 c. 215). Voir les discussions de Harry W. Arthurs. « The "Dullest Bill": Reflections on the Labour Code of British Columbia », 9 *University of British Columbia Law Review* 281–340, 323–329; et Peter A. Gall, « Judicial Review of Labour Tribunals: A Functional Approach », compte rendu de la Administrative Law Conference, Faculté de droit, Université de la Colombie-Britannique, 1979, *Vancouver University of British Columbia Law Review* 305, p. 330–355.
119. *Crevier c. P. G. du Québec*, (1981) 2 R.C.S. 220.
120. *McEvoy c. P. G. du Nouveau-Brunswick*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 25 (C.S.C.).
121. Par exemple, *Le syndicat canadien de la Fonction publique c. la Reine du chef du Nouveau-Brunswick*, (1982) 2 R.C.S. 587.
122. 1971 S.O., c. 48, par. 2(2), (3) (maintenant 1980 R.S.O., c. 224), et leurs dispositions sur l'erreur de droit et l'interdiction de toute révision de la preuve. Voir John M. Evans, « Remedies in Administrative Law », *Law Society of Upper Canada Special Lectures*, 1981, p. 429–481, 446–466.
123. 1970 S.R.C., c. 10 (2<sup>e</sup> supplément); alinéa 28(1)b) prévoit la révision par la Cour d'appel fédérale de toutes les erreurs de droit, qu'elles ressortent ou non de la lecture du dossier et l'alinéa 28(1)c) confère l'autorité d'examen pour « [. . .] une conclusion de fait erronée [. . .] tirée de façon absurde ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments portés à (la) connaissance du (responsable de la décision) ».
124. Voir Ronald M. Levin, « Review of "Jurisdictional" Issues Under the Bumpers Amendment », 1983 *Duke Law Journal* 355–387.
125. Comme il est exposé, *idem*, p. 356 et 357.
126. Voir *Nicholson c. Haldimand — Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, (1979) 1 R.C.S. 711.
127. 73 *Yale Law Journal* 733.
128. Le point principal fut, de ce point de vue, la décision de la Cour suprême du Canada dans *Martineau c. Le Comité de discipline des détenus de l'Institution de Matsqui*, (1980) 1 R.C.S. 602.
129. Pour une discussion plus détaillée de la jurisprudence, voir David J. Mullan, « Unfairness in Administrative Processes », *Rights and Remedies - New Developments*, Isaac Pitblado Lecture on Advocacy, Winnipeg, Legal Studies Office, Law Society of Manitoba, 1983, p. 79–82.
130. « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. »
131. 1959 R.C.S. 121.
132. On trouve aussi des clauses privatives larges dans les lois sur les accidents du travail pour protéger les décisions de ces commissions contre tout contrôle judiciaire. Voir, par exemple, *Workmen's Compensation Act*, 1980 R.S.O., c. 539, art. 75.
133. Peter W. Hogg, « The Supreme Court of Canada and Administrative Law, 1949-71 », 11 *Osgoode Hall Law Journal* 187–223, p. 188–191. Voir aussi Peter W. Hogg, « Judicial Review: How Much Do We Need? », 20 *McGill Law Journal* 157–212.
134. Voir *supra*, n. 6, p. 196–197.
135. *Idem*, p. 195.
136. Nous avons développé ces arguments de façon plus poussée dans « Alternatives to Judicial Review of Administrative Action: The Commonwealth of Australia Administrative Appeals Tribunal », 43 *Revue du Barreau* 569–594.
137. (1981) 2 R.C.S. 220.
138. Voir les propositions de la Commission de réforme du droit du Canada sur la codification ou la détermination spécifique des motifs de contrôle judiciaire dans *supra*, n. 5, p. 32, repris maintenant par le ministère de la Justice dans ses propositions en vue de la modification de la *Loi sur la Cour fédérale : Propositions en vue de la modification de la Loi sur la Cour fédérale*, Ottawa, ministère de la Justice, 1983, p. 11.

139. Voir *supra*, n. 124, p. 387.
140. John Willis, « The McRuer Report: Lawyers' Values and Civil Servants' Values », 18 *University of Toronto Law Journal* 351–360.
141. Voir *supra*, n. 89, p. 5.



**Patrice Garant** est vice-doyen de la Faculté de droit (Recherches) et directeur du Laboratoire de recherche sur la justice administrative de l'Université Laval (Québec).

**Roderick A. Macdonald** est doyen de la Faculté de droit de l'Université McGill (Montréal).

**David J. Mullan** est professeur à la Faculté de droit de l'Université Queen's (Kingston).



---

***Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada***

**L'ÉCONOMIE**

**La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada** (vol. 1), *François Vaillancourt, coordonnateur de la recherche*

Vol. 1 La répartition du revenu et la sécurité économique au Canada,  
*F. Vaillancourt (R)\**

**La structure industrielle** (vol. 2–8), *Donald G. McFetridge, coordonnateur de la recherche*

Vol. 2 L'industrie canadienne en transition, *D.G. McFetridge (R)*

Vol. 3 L'industrie canadienne et le virage technologique, *D.G. McFetridge (R)*

Vol. 4 La mise en oeuvre de la politique industrielle canadienne, *D.G. McFetridge (R)*

Vol. 5 Les dimensions économiques de la politique et de la stratégie industrielles,  
*D.G. McFetridge (R)*

Vol. 6 Les économies d'échelle et la productivité : l'écart entre le Canada et les États-Unis, *J.R. Baldwin et P.K. Gorecki (M)*

Vol. 7 La politique en matière de concurrence et les échanges verticaux,  
*F. Mathewson et R. Winter (M)*

Vol. 8 L'économie politique de l'adaptation économique, *M. Trebilcock (M)*

**Le commerce international** (vol. 9–14), *John Whalley, coordonnateur de la recherche*

Vol. 9 La politique commerciale canadienne et l'économie mondiale,  
*J. Whalley (M)*

Vol. 10 Le Canada et le système d'échanges multilatéraux, *J. Whalley (R)*

Vol. 11 Le libre-échange canado-américain, *J. Whalley (R)*

Vol. 12 La politique intérieure et le milieu économique international,  
*J. Whalley (R)*

Vol. 13 Le commerce, la politique industrielle et la concurrence internationale,  
*R.G. Harris (M)*

Vol. 14 Le secteur primaire et la politique d'exportation de l'eau au Canada,  
*J. Whalley (R)*

**Le marché du travail et les relations de travail** (vol. 15–18), *Craig Riddell, coordonnateur de la recherche*

Vol. 15 La coopération ouvrière-patronale au Canada, *C. Riddell (R)*

Vol. 16 Les relations de travail au Canada, *C. Riddell (R)*

Vol. 17 Le travail et le salaire : le marché du travail au Canada, *C. Riddell (R)*

Vol. 18 S'adapter au changement : l'adaptation du marché du travail au Canada,  
*C. Riddell (R)*

**La macro-économie** (vol. 19–25), *John Sargent, coordonnateur de la recherche*

Vol. 19 Le rendement macro-économique et les questions d'orientation, *J. Sargent (M)*

Vol. 20 L'évolution macro-économique depuis la Guerre, *J. Sargent (R)*

Vol. 21 Les politiques budgétaire et monétaire, *J. Sargent (R)*

Vol. 22 La croissance économique : ses facteurs déterminants et ses perspectives,  
*J. Sargent (R)*

\* (R) indique un recueil, (M) une monographie.

- Vol. 23 Les perspectives économiques de longue durée au Canada : un colloque, *J. Sargent* (R)  
Vol. 24 L'expérience macro-économique à l'étranger : un colloque, *J. Sargent* (R)  
Vol. 25 La lutte contre l'inflation et le chômage au Canada, *C. Riddell* (M)

**La pensée économique et les questions sociales** (vol. 26 et 27), *David Laidler*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 26 Le bien-être économique, *D. Laidler* (R)  
Vol. 27 Les réactions au changement économique, *D. Laidler* (R)

**LA POLITIQUE ET LES INSTITUTIONS DE L'ÉTAT**

**Le Canada et l'économie politique internationale** (vol. 28–30), *Denis Stairs et Gilbert R. Winham*,  
*coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 28 Le Canada et le milieu politico-économique international, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)  
Vol. 29 Les dimensions politiques des rapports économiques entre le Canada et les États-Unis, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)  
Vol. 30 Quelques problèmes concernant l'élaboration de la politique économique extérieure, *D. Stairs et G.R. Winham* (R)

**L'État et la société dans le monde moderne** (vol. 31 et 32), *Keith Banting*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 31 L'État et la société : le Canada dans une optique comparative, *K. Banting* (R)  
Vol. 32 L'État et les milieux économiques, *K. Banting* (R)

**Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société** (vol. 33–35), *Alan Cairns et Cynthia Williams*,  
*coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 33 Le constitutionnalisme, la citoyenneté et la société au Canada, *A. Cairns et C. Williams* (R)  
Vol. 34 Les dimensions politiques du sexe, de l'ethnie et de la langue au Canada, *A. Cairns et C. Williams* (R)  
Vol. 35 L'opinion publique et la politique d'État du Canada, *R. Johnston* (M)

**Les institutions de représentation** (vol. 36–39), *Peter Aucoin*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 36 Les partis et la représentation régionale au Canada, *P. Aucoin* (R)  
Vol. 37 L'Administration fédérale et la réceptivité aux besoins des régions, *P. Aucoin* (R)  
Vol. 38 Le gouvernement représentatif et la réforme des institutions, *P. Aucoin* (R)  
Vol. 39 Le fédéralisme intra-étatique au Canada, *D.V. Smiley et R.L. Watts* (M)

**Les dimensions politiques de la politique économique** (vol. 40–43), *G. Bruce Doern*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 40 Les dimensions politiques de la politique économique, *G.B. Doern* (R)  
Vol. 41 La budgétisation au fédéral et au provincial, *A.M. Maslove, M.J. Prince et G.B. Doern* (M)  
Vol. 42 La régulation économique et le système fédéral, *R. Schultz et A. Alexandroff* (M)  
Vol. 43 La bureaucratie au Canada : son contrôle et sa réforme, *S.L. Sutherland et G.B. Doern* (M)

**La politique industrielle** (vol. 44 et 45), *André Blais*,  
*coordonnateur de la recherche*

- Vol. 44 La politique industrielle, *A. Blais* (R)  
Vol. 45 Une sociologie politique de l'aide à l'industrie, *A. Blais* (M)

## LE DROIT ET LA CONSTITUTION

**Le droit, la société et l'économie** (vol. 46–51), *Ivan Bernier et Andrée Lajoie, coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 46 Le droit, la société et l'économie, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 47 La Cour suprême du Canada comme agent de changement politique, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 48 Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 49 Le droit de la famille et le droit social au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 50 La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)
- Vol. 51 Le droit du travail et le droit urbain au Canada, *I. Bernier et A. Lajoie* (R)

**Le milieu juridique international** (vol. 52–54), *John J. Quinn, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 52 Le milieu juridique international, *J.J. Quinn* (R)
- Vol. 53 Le développement économique du Canada et le système de commerce international, *M.M. Hart* (M)
- Vol. 54 Le Canada et le nouveau droit international de la mer, *D.M. Johnston* (M)

**L'harmonisation du droit au Canada** (vol. 55 et 56), *Ronald C.C. Cuming, coordonnateur de la recherche*

- Vol. 55 L'harmonisation du droit au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)
- Vol. 56 L'harmonisation du droit commercial au Canada, *R.C.C. Cuming* (R)

**Les accords institutionnels et constitutionnels** (vol. 57 et 58), *Clare F. Beckton et A. Wayne MacKay*

- Vol. 57 Les dossiers permanents du fédéralisme canadien, *C.F. Beckton et A.W. MacKay* (R)
- Vol. 58 Les tribunaux et la Charte, *C.F. Beckton et A.W. MacKay* (R)

## LE FÉDÉRALISME ET L'UNION ÉCONOMIQUE

**Le fédéralisme et l'union économique** (vol. 58–72), *Mark Krasnick, Kenneth Norrie et Richard Simeon, coordonnateurs de la recherche*

- Vol. 59 Le fédéralisme et l'union économique au Canada, *K. Norrie, R. Simeon et M. Krasnick* (M)
- Vol. 60 Points de vue sur l'union économique canadienne, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 61 Le partage des pouvoirs et la politique d'État, *R. Simeon* (R)
- Vol. 62 Le partage des pouvoirs : études de cas, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 63 Les relations intergouvernementales, *R. Simeon* (R)
- Vol. 64 Les disparités et les adaptations interrégionales, *K. Norrie* (R)
- Vol. 65 Le fédéralisme fiscal, *M. Krasnick* (R)
- Vol. 66 La libre circulation des capitaux à l'intérieur de l'union économique canadienne, *N. Roy* (M)
- Vol. 67 La gestion économique et le partage des pouvoirs, *T.J. Courchene* (M)
- Vol. 68 Les dimensions régionales de la Confédération, *J. Whalley* (M)
- Vol. 69 Les rapports entre les groupes de pression et les gouvernements dans le système fédéral canadien, *H.G. Thorburn* (M)
- Vol. 70 Le Canada et le Québec : un essai rétrospectif et prospectif, *D. Latouche* (M)
- Vol. 71 L'économie politique du fédéralisme canadien de 1940 à 1984, *R. Simeon et I. Robinson* (M)

## LE NORD

- Vol. 72 Le Nord, *Michael S. Whittington, coordonnateur de la recherche* (R)

# ORGANIGRAMME DE LA COMMISSION

---

## Président

Donald S. Macdonald

---

## Commissaires

Clarence L. Barber  
Albert Breton  
M. Angela Cantwell Peters  
E. Gérard Docquier

William M. Hamilton  
John R. Messer  
Laurent Picard  
Michel Robert

Daryl K. Seaman  
Thomas K. Shoyama  
Jean Casselman-Wadds  
Catherine T. Wallace

---

## Direction

*Directeur exécutif*  
J. Gerald Godsoe

*Directeur de  
l'élaboration des  
politiques*  
Alan Nymark

*Secrétaire*  
Michel Rochon

*Directrice des services  
administratifs*  
Sheila-Marie Cook

*Conseillers  
principaux*  
David Ablett  
Victor Clarke  
Carl Goldenberg  
Harry Stewart

*Directeur des  
publications*  
Ed Matheson

*Directeurs de recherche*  
Ivan Bernier  
Alan Cairns  
David C. Smith

*Codirecteurs de recherche*  
Kenneth Norrie  
John Sargent

---

## Recherche

### Économie

*Directeur de recherche*  
David C. Smith

*Attachée de direction  
et directrice adjointe  
(Services de recherche)*  
I. Lilla Connidis

*Coordonnateurs*  
David Laidler  
Donald G. McFetridge  
Kenneth Norrie\*  
Craig Riddell  
John Sargent\*  
François Vaillancourt  
John Whalley

*Agents de recherche*  
Caroline Digby  
Mireille Éthier  
Judith Gold  
Douglas S. Green  
Colleen Hamilton  
Roderick Hill  
Joyce Martin

### Politique et institutions de l'État

*Directeur de recherche*  
Alan Cairns

*Attachée de direction*  
Karen Jackson

*Coordonnateurs-trices*  
Peter Aucoin  
Keith Banting  
André Blais  
G. Bruce Doern  
Richard Simeon  
Denis Stairs  
Cynthia Williams  
Gilbert R. Winham

*Agents de recherche*  
Claude Desranleau  
Ian Robinson  
  
*Auxiliaire administrative*  
Donna Stebbing

### Droit et Constitution

*Directeur de recherche*  
Ivan Bernier

*Attaché de direction  
et administrateur du  
Programme de recherche*  
Jacques J.M. Shore

*Coordonnateurs-trices*  
Clare F. Beckton  
Ronald C.C. Cuming  
Mark Krasnick  
Andrée Lajoie  
A. Wayne MacKay  
John J. Quinn

*Adjoint à la recherche  
et à l'administration*  
Nicolas Roy

*Agent de recherche*  
Nola Silzer

\*Kenneth Norrie et John Sargent ont assuré avec David Smith la direction de la recherche sur l'économie pour la dernière phase des travaux.

# Les règlements, les sociétés d'État et les tribunaux administratifs

IVAN BERNIER et ANDRÉE LAJOIE, coordonnateurs de la recherche

Voici le troisième volume d'une série de six portant sur **Le droit, la société et l'économie** (voir la liste à la fin du volume) et qui s'ajoute au nombre des études préparées dans le cadre de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

Les trois études de cet ouvrage mettent en doute certaines idées reçues quant au droit et aux tribunaux administratifs au Canada. La première étude a pour objet l'analyse des principes et des règles du droit public qui définissent le statut des sociétés de la Couronne. La deuxième étude porte sur la réglementation comme moyen privilégié d'atteindre les objectifs de la politique gouvernementale. La troisième étude considère la raison d'être des tribunaux administratifs par opposition à d'autres mécanismes possibles.

#### AUTEURS ET ÉTUDES

**Les sociétés d'État, instruments d'intervention économique : aspects juridiques**

Patrice Garant

**L'intervention de l'État par la réglementation** Roderick A. Macdonald

**Les tribunaux administratifs : leur évolution au Canada de 1945 à 1984**

David J. Mullan

IVAN BERNIER est doyen de la Faculté de droit, Université Laval, Québec.

ANDRÉE LAJOIE est professeur à la Faculté de droit, Université de Montréal.



**Commission royale sur l'union économique  
et les perspectives de développement du Canada**