



*La protection des consommateurs, le droit de
l'environnement et le pouvoir des sociétés*



LIBR-00277

E

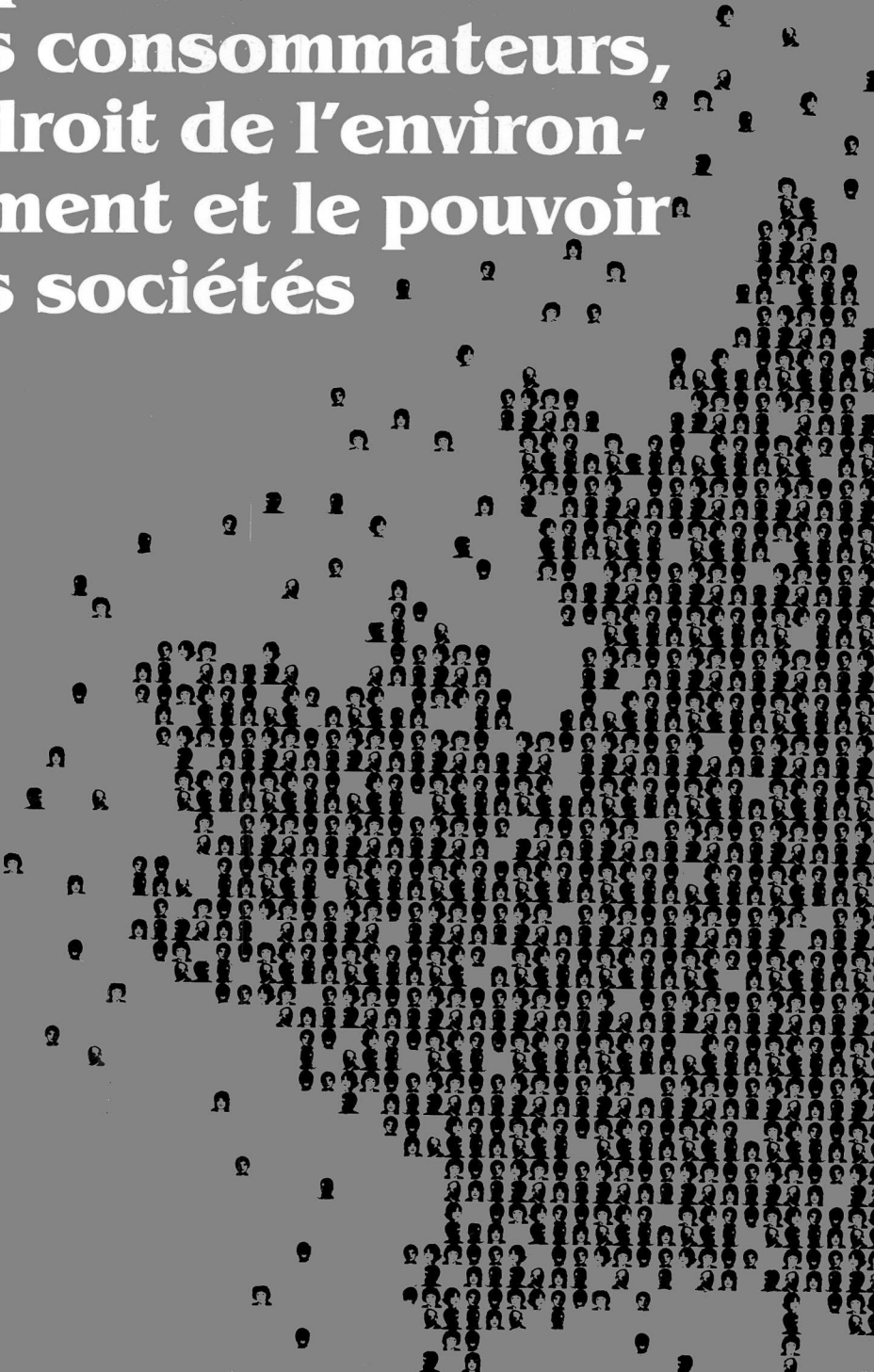
Volume 50 des études commandées dans le cadre du Programme de recherche de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

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



IVAN BERNIER et ANDRÉE LAJOIE
coordonnateurs de la recherche

La protection des consommateurs, le droit de l'environ- nement et le pouvoir des sociétés





La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés

IVAN BERNIER

ET

ANDRÉE LAJOIE

coordonnateurs de la recherche

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

Nous remercions l'American Association for the Advancement of Science (*Science*), le Canadian Business Law Journal Inc., George P. Fletcher, la *Harvard Law Review*, la maison Fred B. Rothman, la *Southern California Law Review*, l'*University of Toronto Law Journal* et la *Virginia Law Review* qui ont bien voulu nous permettre de reproduire des documents et des extraits d'ouvrages, publiés ou non.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1986

Imprimé au Canada
ISBN 0-660-91543-X
ISSN 0827-1011
N° de cat. Z1-1983/1-41-50F

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
Approvisionnement et Services Canada
Ottawa (Canada) K1A 0S9

au Canada : 17,95\$
à l'étranger : 21,55\$
Prix sujet à changement sans préavis

DONNÉES DE CATALOGAGE AVANT PUBLICATION (CANADA)

Vedette principale au titre:

La Protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés

(*Les Études / Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada*,
ISSN 0827-1011 ; 50)

Publ. aussi en anglais sous le titre: Consumer protection, environmental law and corporate power.

Comprend des références bibliographiques.

ISBN 0-660-91543-X

1. Consommateurs — Droit — Canada — Discours, essais, conférences. 2. Environnement — Droit — Canada — Discours, essais, conférences. 3. Sociétés — Droit — Canada — Discours, essais, conférences. 4. Sciences de la politique — 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) ; 50.

KE448.C6514 1985 349.71 C85-090257-6

COORDONNATEUR DE L'ÉDITION : Ampersand Communications Services Inc.
CONCEPTION DE LA PAGE COUVERTURE : Will Rueter
MAQUETTE : Brant Cowie/Artplus Limited



AVANT-PROPOS *vii*
INTRODUCTION *ix*
PRÉFACE *xiii*
REMERCIEMENTS *xv*

**1. L'évolution du droit de la consommation au Canada
de 1945 à 1984 1**

Edward P. Belobaba

Introduction 1

L'évolution du droit de la consommation : 1945-1984 4

L'état actuel du droit de la consommation : un aperçu 10

La situation actuelle : une politique de consommation
en métamorphose 36

Les problèmes et les dilemmes majeurs 57

Un plan d'action pour l'avenir 74

Conclusion et postface 84

Notes 85

**2. La politique et le droit de l'environnement : un examen de
l'expérience canadienne 105**

Paul D. Emond

La définition du problème 105

Les causes de la pollution 110

Le droit coutumier et les réponses législatives
aux problèmes d'environnement 121

Le rôle de la loi dans l'affaire KVP 150

Solutions 166
Conclusion 191
Notes 193

3. **Le pouvoir des sociétés et la politique d'État** 209
Stanley M. Beck
Introduction 209
La puissance des entreprises au Canada 210
L'industrie des journaux au Canada 216
La politique canadienne de concurrence 217
La Commission royale d'enquête sur la fiscalité 220
La concentration et la propriété 223
La supracentralisation des entreprises 229
L'entreprise 235
Quelques solutions provisoires 244
Conclusion 249
Notes 253

LES COLLABORATEURS 257



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 a été préparé dans le cadre du module intitulé Le droit, la société et l'économie qui relève du Programme de recherche sur le droit et les questions constitutionnelles. C'est dans ce module qu'a été menée la recherche qui allait servir à la fois d'introduction et de toile de fond à toutes les études portant sur le droit commandées par la Commission. Cette recherche consistait à étudier le système juridique canadien du double point de vue de l'évolution du droit par suite des transformations sociales et économiques, et inversement, de l'incidence du droit sur l'évolution sociale et économique. Elle visait aussi 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 le rôle du droit dans la société canadienne, de même que sa portée en tant qu'instrument de mise en oeuvre de la politique de l'État. Nous avons également formulé des critiques sur certains sujets, notamment sur la prolifération des lois et règlements ainsi que des tribunaux administratifs comme instruments d'intervention de l'État; la complexité de notre système juridique et les difficultés qu'il engendre; et 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 de mieux éclairer les membres de la Commission sur l'une des plus épineuses questions à l'heure actuelle : le rôle de l'État dans la société canadienne. Ajoutons que cette question en entraîne une autre, soit le rôle que doit jouer le droit.

Bien qu'elles abordent différents sujets, les trois études contenues ici soulèvent des questions qui sont toutefois reliées. Elles cherchent principalement à savoir comment s'inscrit le droit dans la politique sociale et la politique de l'État. Elles traitent plus particulièrement des difficultés

de concilier les opinions des groupements d'intérêts avec celles de la plupart des citoyens, de rallier les principes de croissance qui président à l'établissement des politiques à une qualité de vie saine et de trouver des réponses aux questions que pose le droit.

Ces études offrent toutes de nouvelles perspectives sur ces sujets. Edward Belobaba, avec son exposé sur la législation relative à la protection du consommateur au Canada, souligne le manque de pouvoir du consommateur moyen et attribue ce fait aux lacunes du système politique et législatif actuel. C'est également la conclusion à laquelle arrive Paul Emond dans son analyse de la législation relative à l'environnement au Canada. À son avis, le droit n'a pas joué une grande part dans l'élaboration de mesures destinées à faire face à la dégradation de l'environnement. Il revient en fait aux hommes politiques d'entreprendre des initiatives en vue de rendre le droit plus réceptif aux préoccupations touchant ce domaine. Stanley Beck, quant à lui, fait le lien entre ces deux sujets et se préoccupe du caractère central du pouvoir des sociétés. Selon lui, cette question mérite d'être examinée en profondeur afin de comprendre tout ce qu'elle implique. Il souligne par ailleurs le fait que l'État devrait reconnaître davantage ce pouvoir. Enfin, nous espérons que le présent ouvrage constituera une source de renseignements utiles pour tous nos lecteurs que l'évolution de ce dossier intéresse.

IVAN BERNIER

REMERCIEMENTS



Nous sommes reconnaissants aux membres du groupe consultatif de recherche sur le droit et la Constitution des idées et des suggestions dont ils nous ont fait part au cours de la préparation du présent ouvrage. Voici la liste de ces membres :

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

Nous tenons également à souligner le travail assidu de notre agent de recherche, Nicolas Roy, et le remercions de l'aide précieuse qu'il nous a apportée.

I.B. ET A.L.



L'évolution du droit de la consommation au Canada de 1945 à 1984

EDWARD P. BELOBABA

Introduction

Rares sont les domaines du droit qui touchent le Canadien moyen de façon aussi directe ou percutante que la protection du consommateur. À titre de consommateurs de divers biens et services, nous sommes confrontés presque journallement à des problèmes liés à la sécurité des produits, l'équité des pratiques commerciales, la qualité des produits et la résolution des litiges. D'habitude, nous parvenons à régler ces litiges par la discussion et le compromis et sans l'aide de la justice. Mais il arrive que la situation se gâte et que nous soyons alors obligés de recourir à la loi pour qu'elle nous serve de critère et de point de départ. Dans pareil cas, nous nous attendons que l'appareil judiciaire soit facile d'accès et la loi raisonnablement pertinente. Les problèmes dans le domaine de la protection du consommateur peuvent avoir de vastes ramifications, et c'est pourquoi le public devrait pouvoir exiger du système de lui fournir des services de qualité. La façon dont ces problèmes sont résolus, qu'ils soient secondaires ou majeurs, est de toute première importance pour chacun d'entre nous et pour la société en général.

Un problème important en matière de protection du consommateur peut avoir un effet dévastateur sur tout particulier canadien : un traumatisme causé par un produit quelconque peut l'incapaciter de façon permanente, voire le tuer; les pertes financières peuvent être considérables; et la situation familiale et économique du consommateur peut connaître un bouleversement important. Il est évident que la société se préoccupe de ces problèmes. Les problèmes mineurs en matière de protection du consommateur ont un effet plus insidieux : la société

s'inquiète moins de ces « petites injustices » qui sont, néanmoins, tout aussi importantes :

La raison de l'intérêt que nous portons aux petites injustices est [que . . .] les gens y attachent de l'importance. Dans une société de consommation, les petites injustices remplissent une grande partie de notre vie journalière et, bien sûr, l'attitude des gens face à la loi est la conséquence de leurs contacts avec la loi, ou de l'absence de contact, lorsque le besoin s'en fait sentir. Si les citoyens ne peuvent faire appel à la loi pour les choses importantes, celle-ci n'a plus aucune pertinence, et ils doivent avoir recours à autre chose, à d'autres solutions que la loi¹ [. . .]

La nature et la portée de la réglementation en matière de protection du consommateur en disent long sur le développement social et économique d'une société moderne, sur ses valeurs juridiques, son sens de la justice et son niveau d'évolution politique.

Dans cette étude, nous examinons l'évolution de la réglementation en matière de protection du consommateur au Canada. Nous étudions surtout les lois fédérales et provinciales adoptées depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, à partir de 1945 jusqu'à nos jours. En plus de fournir au lecteur un aperçu chronologique du contenu des initiatives fédérales et provinciales en la matière, ce rapport traitera des principes sous-jacents — les facteurs sociaux et politiques qui ont mené à leur adoption, leurs effets et leur efficacité en général, les déficiences inhérentes à leur conception, le cas échéant, ainsi que les controverses actuelles et les propositions de réforme, en plus des orientations futures possibles.

Un commentateur a déjà fait remarquer que « La protection du consommateur représente le principe fondamental de notre système économique² », et c'est vrai. Mais, ce qui est plus important encore, elle porte sur les principes fondamentaux de notre système en général — le gouvernement, la politique, le processus de prise de décisions, l'établissement de priorités — sur les principes fondamentaux de notre système de pensée, de connaissance et de raisonnement. Bref, une étude sérieuse de la réglementation moderne en matière de protection du consommateur illustre ce qu'il y a de meilleur et de pire dans la politique et l'établissement des programmes politiques actuels.

Il est évident qu'aucune étude, si longue ou détaillée soit-elle, ne peut régler toutes ces questions importantes, et certainement pas une étude comme celle-ci, qui est limitée tant du point de vue de l'espace que du temps. Au départ, j'aimerais donc indiquer deux importantes contraintes analytiques : tout d'abord, cette étude ne portera que sur l'aspect social de la réglementation moderne en matière de protection du consommateur, c'est-à-dire les questions de sécurité et de qualité des produits, d'équité des transactions commerciales, etc., plutôt que la

dimension économique plus traditionnelle de l'établissement des prix, de la réglementation des taux ou de la structure du marché. De plus, elle se limitera aux lois fédérales et provinciales en vigueur et exclura les normes extra-juridiques et non juridiques du marché qui représentent une partie tout aussi importante de la réglementation en matière de protection du consommateur et font de plus en plus l'objet d'études. Il a été convenu dès le début de nos recherches qu'elles ne porteraient que sur l'aspect social des lois fédérales et provinciales en matière de protection du consommateur.

Malgré ces restrictions, le domaine à l'étude demeure très étendu, et le chercheur moderne fait face à un dilemme bien connu :

Un enquêteur qui s'intéresse à l'activité humaine hésite continuellement entre la simplification et la falsification [. . .] moins il accorde de pertinence aux sujets abordés, plus ses commentaires induiront en erreur; plus il leur accorde de pertinence, moins il pourra se prononcer³.

Néanmoins, nous tenterons de résumer et d'analyser ensuite l'évolution des lois, non seulement par rapport à la situation actuelle, mais aussi à ce qu'elle devrait être.

Cette étude est divisée en cinq parties. La première donne un aperçu de l'évolution des lois régissant la consommation, tant au niveau fédéral que provincial. Nous relevons les périodes où l'activité législative était soutenue ainsi que les facteurs sociaux, économiques ou politiques qui ont donné lieu à ces initiatives. La deuxième contient une analyse descriptive plus détaillée des lois fédérales et provinciales actuellement en vigueur dans chacun des cinq domaines les plus importants et les plus manifestes de la réglementation en matière de protection du consommateur : la sécurité des produits et les préjudices subis par le consommateur; l'information et la publicité; l'équité des transactions commerciales; la qualité des produits et les garanties accordées au consommateur; et la résolution des litiges ainsi que l'accès du consommateur à la justice. Dans la troisième partie, nous quittons le domaine du droit pour évaluer l'élaboration des politiques relatives au consommateur, puis nous soulignons et expliquons les dix observations les plus évidentes que l'on puisse faire au sujet de l'établissement des programmes adoptés au Canada en matière de protection du consommateur. Dans la quatrième partie, nous relevons les problèmes actuels majeurs qui accompagnent toute prise de décision relative au consommateur — les contraintes constitutionnelles, théoriques, conceptuelles, empiriques et structurelles qui mettent toujours un frein à l'analyse efficace des politiques et à l'adoption de nouvelles lois. Finalement, la cinquième partie contient les orientations possibles pour l'avenir, tant à long qu'à court terme.

L'évolution du droit de la consommation : 1945-1984

Les origines

Contrairement à ce que la plupart des gens croient, la réglementation en matière de protection du consommateur n'est pas un phénomène des temps modernes. La réglementation publique adoptée pour protéger les citoyens contre la duperie des marchands, les pratiques commerciales inéquitables et les produits défectueux, remonte à assez loin; elle a même des origines anciennes. « L'intérêt que soulèvent les pratiques abusives des marchands date du début de l'histoire de la civilisation humaine⁴ ». Du Lévitique⁵ à Hammourabi⁶, de l'époque romaine⁷ aux édits royaux de la France médiévale⁸, des doctrines de *common law* de l'Angleterre préindustrielle⁹ à la législation contemporaine de la période postindustrielle en Occident¹⁰, la réglementation en matière de protection du consommateur a toujours été présente. La nature et la portée de la participation des gouvernements, les raisonnements et les techniques employés, les succès et les échecs de la réglementation ont évidemment varié d'une société et d'une époque à l'autre¹¹. Mais le but visé, soit la protection contre les torts que les gens pouvaient subir sur le marché, intéresse les gouvernements depuis des siècles¹².

De la Confédération à la Seconde Guerre mondiale

Compte tenu de ces antécédents, il n'est pas surprenant que d'importantes initiatives fédérales et provinciales en matière de protection du consommateur aient été instaurées peu après la Confédération. Au niveau fédéral, le Parlement a adopté des lois relatives aux poids et mesures (1871¹³), aux aliments falsifiés (1874¹⁴) et aux restrictions du commerce (1889¹⁵). Même si elles faisaient d'abord partie de l'*Acte concernant le revenu de l'intérieur*¹⁶, les dispositions relatives aux aliments falsifiés annonçaient la venue des lois subséquentes plus complètes en matière d'aliments et drogues, et elles ont été adoptées au Canada quelque vingt-cinq ans avant la mise en place d'une loi semblable aux États-Unis¹⁷. Au niveau provincial, des lois relatives aux cours des petites créances et aux droits des créanciers existaient déjà en 1880¹⁸.

Depuis le début du siècle jusqu'au commencement de la Seconde Guerre mondiale, il y eut quatre décennies d'adoption irrégulière de lois peu nombreuses mais importantes pour le consommateur. La compétence du gouvernement fédéral dans le domaine des échanges et du commerce¹⁹ et du droit criminel²⁰ lui a permis de passer des lois réglementant la vente des stupéfiants (1908²¹), régissant les coalitions, monopoles, trusts et fusions (1910²²), et interdisant la publicité trompeuse en matière de ventes immobilières (1914²³). L'influence américaine avait alors commencé à se faire sentir, et une loi plus complète sur

les aliments et drogues a été adoptée en 1920²⁴. Trois ans plus tard, le gouvernement fédéral passait une loi sur les coalitions fondée de façon plus explicite sur sa compétence en matière de droit criminel, et dont la constitutionnalité avait été reconnue²⁵. En 1939, juste avant le début de la Seconde Guerre mondiale, le Parlement décidait de réglementer le coût du crédit des petits prêts²⁶.

Entretiens, les parlements provinciaux avaient adopté des lois sur le prêt d'argent²⁷ en 1912, et des lois assez uniformes en matière de ventes de biens meubles²⁸ en 1920. Au début des années 1930, ils ont commencé à adopter des lois pour venir en aide aux débiteurs (1932²⁹) et à réglementer les activités des fournisseurs de biens et services, au moyen de l'enregistrement et de la délivrance de permis aux agents immobiliers (1930³⁰) et aux agents de recouvrement (1932³¹) d'abord.

En 1939, un grand nombre des bases législatives de la réglementation moderne en matière de protection du consommateur étaient en place, au niveau tant fédéral que provincial. Le fondement général n'était toutefois pas complet. Il y avait encore beaucoup de travail à faire.

La phase moderne : 1945–1984

La plupart des lois modernes sur la protection du consommateur que nous connaissons ont été adoptées après la Seconde Guerre mondiale, surtout depuis le milieu des années 1960. De fait, nous pouvons relever avec précision trois phases distinctes dans le processus d'adoption des lois relatives au consommateur au cours de la période d'après-guerre. La deuxième moitié des années 1960 a vu les gouvernements, surtout au palier fédéral, adopter un très grand nombre de lois dans ce domaine; la situation s'est équilibrée vers le milieu des années 1970 pour ensuite décliner de façon générale à la fin des années 1970 et au début des années 1980. Il convient d'étudier chacune de ces phases, la nature et la portée des lois adoptées ainsi que les facteurs sociaux, économiques et politiques qui ont donné lieu aux diverses initiatives fédérales et provinciales.

L'explosion : la deuxième moitié des années 1960

Les racines de la réglementation en matière de protection du consommateur sont anciennes mais, de bien des façons, la réalité de la protection du consommateur n'existe que depuis vingt ans au Canada. L'ère moderne dans ce domaine semble dater du milieu des années 1960, plus particulièrement de 1966–1967. C'est cette année-là que le Parlement a créé le ministère de la Consommation et des Corporations³² et qu'il a commencé à adopter des lois pour faire face à une série de besoins croissants, à une époque de production et de consommation de masse. Une disposition relative aux « paiements méthodiques des dettes » a été ajoutée à la loi fédérale sur la faillite (1966³³); pour des raisons constitutionnelles, les consommateurs très endettés pouvaient s'en prévaloir si ces mesures fédérales de protection avaient pris effet dans leur pro-

vince³⁴. Des lois fédérales ont été adoptées pour réglementer la vente des produits dangereux (1969³⁵), la sécurité des véhicules automobiles (1970³⁶), l'étiquetage des textiles (1970³⁷) et l'emballage des produits de consommation (1971³⁸); de même, la loi centenaire sur les poids et mesures a été révisée et modernisée (1971³⁹). De plus, des modifications particulières ont été apportées à la *Loi sur les lettres de change* (1970⁴⁰) pour assurer la protection des personnes qui utilisent des billets et font appel à des tiers pour financer leurs projets.

Les projets de loi fédéraux en matière de protection du consommateur n'ont pas tous été acceptés. L'échec le plus flagrant a été le projet de loi controversé sur la concurrence (1971⁴¹), cette réforme majeure de la loi relative aux coalitions ayant tout simplement suscité trop d'opposition pour passer⁴². Néanmoins, les progrès législatifs enregistrés au niveau fédéral dans la deuxième moitié des années 1960 et au début des années 1970, notamment en matière de sécurité des produits, d'emballage et d'étiquetage des marchandises et des lettres de change, sont importants et même surprenants.

Les gouvernements provinciaux étaient tout aussi actifs dans le domaine législatif et, à la fin des années 1960 et au début des années 1970, passèrent un grand nombre de lois en matière de protection du consommateur. Des ministères ont été créés, recevant des mandats législatifs précis⁴³. Des lois ont été établies pour réglementer les secteurs suivants : les pratiques de crédit au consommateur⁴⁴, les prêts⁴⁵, la vente à domicile⁴⁶, les courtiers d'hypothèques⁴⁷, les commerçants de véhicules automobiles⁴⁸ et les agents de recouvrement⁴⁹. Des commissions de réforme du droit ont été chargées de l'étude de tout un éventail de questions d'actualité concernant le consommateur⁵⁰. On envisageait d'adopter encore d'autres mesures législatives.

Pourquoi un tel accès d'activité législative? Quels facteurs sociaux, économiques ou politiques expliquent cette évolution du milieu des années 1960? Les commentateurs ont relevé au moins cinq facteurs comme étant les plus significatifs⁵¹ : d'abord, l'émergence au Canada, après la guerre, d'une véritable société de production et de consommation de masse, atteignant son apogée au milieu des années 1960, accompagnée d'un intérêt croissant pour la qualité des produits et l'équité des transactions commerciales. Ensuite, une économie prospère et soutenue a permis l'élaboration de politiques plus diversifiées qui pouvaient porter notamment sur la protection du consommateur, questions n'intéressant pas seulement les politiciens sensibilisés à la question, mais qui était aussi rentable du point de vue de la spécificité des lois et des résultats électoraux. De plus, la population en général acceptait bien la réglementation gouvernementale et le gouvernement, lui accordant toute sa confiance. En outre, et de façon plus précise, certains comités spéciaux et le Conseil économique du Canada ont préparé des études de stratégie législative sur le crédit au consommateur⁵² et la consommation

en général⁵³ dans lesquelles ils recommandaient l'adoption de mesures fédérales et provinciales majeures en matière de protection du consommateur et la mise en place d'organismes pertinents. Enfin, un mouvement grandissant des consommateurs aux États-Unis, inspiré notamment par le président Kennedy⁵⁴ et amplifié par Ralph Nader⁵⁵ et les sénateurs Kefauver et Magnusson⁵⁶, a eu une influence certaine, causée en grande partie par le phénomène électoral connu sous le nom de « politique de l'entrepreneurship⁵⁷ ». Ces cinq ingrédients combinés avec une décennie d'idéalisme et de ferveur constituaient une recette facile à suivre pour provoquer l'adoption de mesures législatives.

Un équilibre : le milieu des années 1970 Les facteurs qui ont donné lieu à l'explosion du droit de la consommation vers la fin des années 1960, c'est-à-dire une économie forte, un programme électoral populaire à saveur sociale-démocrate et la confiance de la population envers le gouvernement et la réglementation qu'il adoptait, étaient à la baisse au milieu des années 1970, surtout à cause du déclin de l'économie. En 1975-1976, la productivité et la prospérité de l'après-guerre étaient remplacées par la stagflation qui a suivi les mesures de l'OPEP, soit un chômage élevé et un taux d'inflation supérieure à 10 %. Ces répercussions économiques se sont bientôt fait sentir dans l'élaboration et la conception des programmes législatifs. Même si plusieurs études importantes étaient toujours en cours, l'activité législative relative au consommateur a commencé à ralentir.

Au palier fédéral, la première étape des modifications apportées à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* a été adoptée (1975⁵⁸), et un plus grand éventail de pratiques commerciales et de publicité trompeuse abusives sont devenues assujetties au contrôle fédéral⁵⁹. Le Parlement a décidé de réglementer la sécurité des pneus de véhicules automobiles (1976⁶⁰) et la cession du droit au remboursement en matière d'impôt sur le revenu (1978⁶¹). Mais les deux plus importantes initiatives fédérales soumises au milieu des années 1970 n'ont jamais été adoptées : ni la *Loi sur la protection des emprunteurs et déposants* (1976) ni la deuxième étape des modifications importantes apportées à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* (1977) n'ont reçu assez d'appui pour passer⁶².

L'activité législative des provinces a connu aussi un ralentissement, mais de moindre importance. Les parlements provinciaux ont quand même passé des lois dans deux secteurs importants : les pratiques de vente au consommateur et la garantie des produits. Entre 1974 et 1978, six provinces ont adopté des lois relatives aux pratiques commerciales⁶³ et trois autres, des lois détaillées en matière de garantie des produits⁶⁴. Un certain nombre de mesures législatives provinciales plus spécialisées ont aussi été adoptées durant cette période, à l'égard des dossiers de crédit (1973⁶⁵), de l'aide aux débiteurs (1974⁶⁶), des pratiques de recouvrement (1975⁶⁷), de la réglementation des agences de voyage

(1974⁶⁸), des garanties des maisons neuves (1976⁶⁹) et des recours collectifs (1978⁷⁰).

Toutefois, l'engagement pris par les gouvernements, au cours des années 1960, en matière de protection du consommateur, a cédé la place, une décennie plus tard, à un engagement plus régional, différant d'une province à l'autre, portant sur des problèmes bien précis. Des progrès ont été faits en matière de dossiers de crédit et de pratiques commerciales, tandis que certains retards et des difficultés se sont fait sentir dans les domaines de la concurrence, de la réglementation des garanties des produits de consommation et de la réforme du recours collectif.

Déclin et chute : la fin des années 1970 et le début des années 1980

Pendant que l'économie se détériorait et que la population avait de moins en moins confiance envers le gouvernement pour régler ses problèmes, l'enthousiasme des politiciens et du peuple pour d'autres réformes de la protection du consommateur a commencé à diminuer, voire à disparaître. Ce fut apparemment le cas au Canada, tandis que le phénomène était évident aux États-Unis⁷¹. En 1979, un ancien conseiller politique de la Federal Trade Commission commençait ainsi son évaluation de l'évolution contemporaine de la protection du consommateur, publiée dans une importante revue de droit américaine : « Partout, la protection du consommateur bat en retraite⁷² » . . . et le terme était faible.

Il est certain qu'aux États-Unis, la récession économique, accompagnée du programme de déréglementation néo-conservateur et populaire adopté par le président, ont eu des répercussions politiques partout. Le budget des organismes publics a été coupé; le personnel, grandement réduit. De nouvelles stratégies de réglementation ont été mises sur pied⁷³. Le mouvement des consommateurs tel qu'il existait à la fin des années 1970 s'est arrêté soudainement. Même les éditorialistes du *Washington Post*, des libéraux de longue date favorables à de nombreux projets de protection du consommateur, réclamaient l'adoption d'un moratoire, critiquant la Federal Trade Commission (FTC), la traitant de « nounou nationale⁷⁴ ». De fait, la FTC a presque été abolie, échappant de justesse au courroux budgétaire du Congrès⁷⁵. La protection du consommateur, comme toute la réglementation du gouvernement d'ailleurs, n'était plus acceptée sans aucune critique.

Et pourquoi? À cause de la récession, bien sûr, mais aussi d'un désenchantement croissant et d'un manque de confiance de la part du citoyen ordinaire. Celui-ci n'accordait plus sa confiance, peu importe que ce soit à la grosse entreprise ou au gros gouvernement. Le consommateur-contribuable moyen perdait toute illusion et devenait cynique. Le gouvernement n'avait plus la confiance des gouvernés⁷⁶.

Tandis que le consommateur moyen devenait de plus en plus indifférent, les groupes de pression du milieu des affaires étaient de plus en plus actifs. Face au coût réel ou présumé d'une réglementation publique excessive ou inefficace, les sociétés commerciales américaines ont commencé à créer des comités d'action politique bien organisés et bien financés pour informer les politiciens et solliciter leur appui, et, de façon générale, pour participer plus ouvertement et de façon moins réservée à l'adoption de mesures de réglementation⁷⁷. La rencontre de ces trois facteurs, la récession économique, l'inaptitude du gouvernement et l'attitude cynique des consommateurs, a eu une conséquence politique prévisible : une déréglementation et une reformulation soudaine du programme politique en matière de protection du consommateur.

Aux États-Unis, très peu d'initiatives relatives au consommateur atteignent le stade du texte législatif, tant au niveau fédéral qu'à celui de l'État. Les quelques mesures relevées constituent une refonte de ce qui existe déjà plutôt qu'une réforme progressive ou une amélioration du droit⁷⁸. Le mouvement de protection du consommateur connaît bel et bien une « pause⁷⁹ ». Certains commentateurs estiment que cette pause est temporaire, qu'il s'agit plutôt d'une réaction politique aux difficultés économiques de notre époque. Cependant, un nombre croissant juge qu'elle est plutôt fondée sur des questions de principe et, à leur avis, qu'elle est donc plus durable. Ceci reflète une certaine critique de bien des initiatives du passé en matière de protection du consommateur ainsi que l'opinion d'un nombre toujours croissant d'auteurs qui en contestent les principes fondamentaux, les objectifs et l'efficacité générale du point de vue de la réglementation⁸⁰.

Il est difficile d'évaluer dans quelle mesure l'évolution américaine en la matière a influencé le processus décisionnel au Canada. Il est vrai que les politiques tant fédérales que provinciales sont de plus en plus teintées par la déréglementation. Le Conseil économique du Canada a aussi reçu le mandat très large d'étudier à fond la réglementation publique⁸¹. Dans les provinces, les récents projets et études des commissions chargées de la réforme du droit reflètent un retour à un point de vue beaucoup plus traditionnel dans ce domaine. En Ontario par exemple, la Commission de réforme du droit de l'Ontario (CRDO) fait preuve d'un retour certain aux méthodes de recherche plus discrètes et restreintes du monde universitaire d'autrefois, dans ses rapports sur la vente mobilière (1979⁸²), la responsabilité du fait des produits (1979⁸³), ainsi que son projet actuel de modification du droit des contrats (1984⁸⁴). Le rapport de la CRDO portant sur les recours collectifs (1982) est le seul projet préparé par une commission provinciale chargée de la réforme du droit qui n'aïlle pas dans ce sens, mais même celui-là, comme nous le verrons plus tard, dénote un excès de minutie du point de vue théorique et de prudence en matière de doctrine⁸⁵.

Quant aux lois actuelles, l'évolution semble être la même au Canada qu'aux États-Unis. Les seules mesures fédérales dignes de mention adoptées au cours des dernières années, et qui semblent conformes à l'optique de déréglementation, sont l'abrogation de la *Loi sur les petits prêts* en 1980⁸⁶ et la modification du *Code criminel* pour réglementer les prêts usuraires et les taux d'intérêt exorbitants, en fonction d'un concept de « taux criminel⁸⁷ ». Au niveau provincial, pratiquement aucune loi n'a été adoptée en matière de protection du consommateur, à l'exception, dans certaines provinces⁸⁸, de quelques réformes mineures de la procédure devant les cours des petites créances.

Doit-on conclure que l'évolution canadienne est tout à fait parallèle au programme de déréglementation qui semble se généraliser aux États-Unis? Certains éléments tendent à le prouver, en effet, mais le parallélisme n'est pas parfait. Le contexte canadien est décidément différent de celui des États-Unis, pour les raisons dont nous traiterons plus loin. Qu'il suffise de dire que le consommateur canadien moyen, en 1984, n'est plus en amour ni en admiration devant « *Big Brother* ». De nos jours, le public canadien est de plus en plus critique et même cynique face aux capacités de la grosse machine gouvernementale. Le professeur Ziegel a peut-être bien raison quand il affirme : « Les lois de protection du consommateur ont atteint un sommet. Les années 1980 seront une période de stabilisation sinon de véritable repliement⁸⁹. »

Mais l'avenir n'est pas si sombre. Nous ferons des progrès en matière de réglementation et de déréglementation de la protection du consommateur — et de fait, ces « progrès » peuvent se manifester dans les deux sens —, dans la mesure où nous connaissons et comprenons le régime de protection du consommateur en place, tant en droit que dans les faits. Examinons maintenant la situation qui existe à l'heure actuelle.

L'état actuel du droit de la consommation : un aperçu

Dans la présente partie, nous examinerons brièvement l'état actuel des cinq questions les plus pertinentes et les plus apparentes des lois fédérales et provinciales de la protection du consommateur, mais sans en faire une étude exhaustive. La doctrine portant sur ces questions est abondante, et nous citerons les études les plus importantes. Nous voulons tout simplement fournir au lecteur un panorama instantané des lois en la matière.

Nous exposerons chacune des questions en insistant sur les points suivants : en premier lieu, les mesures prises et les raisons qui ont poussé le législateur à agir. (Nous poserons, en l'occurrence les problèmes de fond soulevés dans chaque domaine, les solutions législatives adoptées par le gouvernement fédéral et les provinces et les objectifs généraux de la réglementation, ainsi que les raisons de l'intervention des gouvernements.) En second lieu, le degré de succès de ces mesures.

(Nous verrons rapidement les études d'impact exécutées jusqu'à maintenant dans chaque domaine, les difficultés d'application qui ont pu surgir, les problèmes fondamentaux de conception et de contexte et, enfin, les controverses actuelles concernant la révision des lois et les orientations futures.)

Pour faciliter la consultation du texte et en assurer la concision, nous avons regroupé toute une série de sujets sous cinq rubriques :

- la sécurité des produits et les torts subis par le consommateur;
- la réglementation de l'information et de la publicité;
- l'équité des transactions;
- la qualité des produits et les garanties accordées au consommateur;
- la résolution des litiges et l'accès du consommateur à la justice.

La sécurité des produits et les torts subis par le consommateur

L'objectif premier de tout programme législatif raisonné en matière de protection du consommateur est d'assurer la santé et la sécurité des citoyens et, surtout dans le domaine de la consommation, l'intégrité des produits. Nous entendons par là la réglementation de la conception de produits sûrs et l'établissement d'un système d'indemnisation juste et efficace à l'intention du consommateur ayant subi des préjudices suite à l'emploi de l'un des produits très complexes de notre monde moderne. Aujourd'hui, la question de la responsabilité dans ce domaine a une portée considérable. Selon les extrapolations statistiques que nous avons compilées dans notre récente étude sur les dommages causés par les produits au Canada⁹⁰, environ 3,5 millions de Canadiens sont blessés chaque année par suite d'accidents liés à l'emploi de produits; presque 2,4 millions d'entre eux sont ainsi blessés à la maison, et parmi eux, 11 000 subissent une incapacité permanente, tandis qu'entre 3000 et 5000 autres sont tués⁹¹. Outre les traumatismes physiques et émotionnels qui résultent évidemment de tels accidents et les perturbations familiales qui s'ensuivent, il faut signaler les lourdes conséquences sur le plan financier : les dommages de cet ordre coûtent chaque année plus de deux milliards de dollars à la société canadienne⁹².

La « crise de responsabilité du fait des produits » a fortement occupé les esprits au cours de la dernière décennie et provoqué la tenue d'une série d'enquêtes importantes ainsi que d'études exécutées par des commissions chargées de la réforme du droit aux États-Unis, au Royaume-Uni, dans la Communauté économique européenne et également au Canada. En fait, la question de la sécurité des produits et de la réglementation publique a été soulevée il y a longtemps. Les gouvernements ont toujours veillé à la qualité des aliments et à la sécurité des produits⁹³. Dans le passé, ils sont intervenus parce qu'il y avait lieu de dépister,

selon le langage de l'époque, « des dangers cachés » ou des « risques inconnus » alors que, plus récemment, selon le vocabulaire à la mode des sciences économiques, ses interventions font suite à des « externalités » et des « retombées » ou à « la défaillance du marché en matière d'information⁹⁴ ». La controverse qui sévit de plus en plus dans le domaine de la réglementation ne porte pas tant sur le droit d'intervention des gouvernements que sur la nature et la portée des mesures adoptées.

Au Canada, le gouvernement fédéral et les provinces se sont partagé la responsabilité de surveiller la sécurité des produits et de déterminer les dispositions d'indemnisation du consommateur suivant des critères fonctionnels et constitutionnels. Il revient surtout au gouvernement fédéral de légiférer en la matière, non seulement parce que le marché canadien des biens et des services revêt un caractère national, mais aussi parce qu'au point de vue constitutionnel, la sécurité des produits est un domaine qui relève sans aucun doute de la compétence fédérale en matière de droit pénal⁹⁵. Comme nous l'avons signalé précédemment, c'est en vue de réglementer la sécurité des produits que le gouvernement fédéral a adopté les premières lois sur la falsification des aliments en 1874, la *Loi des aliments et drogues* en 1920 et, vers la fin des années 1960, des lois modernes en matière de sécurité, en particulier la *Loi sur les produits dangereux*, la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* et la *Loi sur la sécurité des pneus de véhicule automobile*. En résumé, chacune de ces lois établit un mécanisme officiel permettant au gouvernement de réglementer et, au besoin, de prohiber les produits falsifiés, dangereux, défectueux ou emballés d'une façon dangereuse. Le cadre de ces différentes lois consiste, de façon générale, en l'exercice d'une compétence en droit pénal (et, par conséquent, le droit d'engager des poursuites pénales plutôt que d'appliquer des sanctions de nature civile ou administrative) et, plus précisément, la délégation d'un pouvoir de réglementation aux ministères⁹⁶.

Les provinces ont adopté certaines mesures particulières pour réglementer la qualité, notamment à l'égard des meubles rembourrés⁹⁷. Elles en ont fait autant pour les services au consommateur, surtout les services professionnels, par l'octroi de permis et d'autorisations⁹⁸. Cependant, les législatures des provinces se sont avant tout efforcées, du point de vue tant fonctionnel que constitutionnel (vu la très grande portée de leur compétence en matière de propriété et de droits civils⁹⁹), d'établir des méthodes d'indemnisation à l'intention du consommateur. Aussi ont-elles amélioré les mécanismes judiciaires de la responsabilité délictuelle; ou encore, pris des mesures plus percutantes en établissant un régime provincial d'assurance-hospitalisation financé à même les fonds publics; ou remplacé le système de responsabilité délictuelle par un régime provincial d'assurance-accidents d'indemnisation directe, sans égard à la faute, dont les programmes d'indemnisation des travailleurs¹⁰⁰.

Dans le domaine de la consommation, les programmes de réglementation des deux paliers de gouvernement soulèvent à la fois des problèmes et des polémiques. Au niveau fédéral, les projets de réforme portent notamment sur la conception et la portée générale des règlements concernant la sécurité des produits — la possibilité d'exercer un pouvoir de réglementation civile et administrative, les outils qui devraient être employés à cet égard et les limites d'un tel pouvoir¹⁰¹. Ils comprennent également l'étude de publications de plus en plus nombreuses avançant des points de vue néo-conservateurs; celles-ci contestent notamment une bonne partie des arguments militant en faveur d'une réglementation fédérale de la sécurité des produits de consommation et même la rentabilité d'une telle réglementation¹⁰². Jusqu'à maintenant, les responsables des politiques fédérales en matière de consommation n'ont pas participé au débat, en partie parce qu'aucun groupe de pression n'a réclamé une modification d'importance en ce domaine et que, même si un groupe de pression agissait en ce sens, le Parlement devrait surmonter plusieurs obstacles constitutionnels majeurs avant d'avoir recours à des mécanismes plus modernes de réglementation civile ou administrative en matière de sécurité des produits¹⁰³.

Toutefois, certains observateurs souhaitent tout au moins que des pouvoirs de révision civile soient conférés à la Direction générale des produits dangereux du ministère de la Santé nationale et du Bien-être social¹⁰⁴. Ils recommandent également la révision du processus décisionnel que le ministère suit actuellement pour déterminer les risques inhérents aux produits et régler les questions de sécurité. En particulier, ils préconisent l'adoption de mesures « consultatives » plutôt que « déclaratoires » en ce qui a trait à l'évaluation des risques et de la sécurité des produits¹⁰⁵. Cependant, toutes ces propositions ont été formulées assez récemment, et le gouvernement n'y a pas encore répondu.

Au niveau provincial, la responsabilité du fait des produits et les mesures d'indemnisation ne posent aucun problème constitutionnel d'importance. Si les provinces décidaient d'abolir tout simplement le système de responsabilité délictuelle en matière de consommation, elles seraient libres de le faire. Toutefois, en ce qui concerne la compensation pour les torts, les Canadiens doivent, pour l'instant, se contenter d'un système qui a été décrit comme un « méli-mélo à trois niveaux » résultant d'un amalgame de régimes d'indemnisation directe, sans égard à la faute, et de notions de responsabilité délictuelle¹⁰⁶. Il en résulte un ramassis inefficace de notions de responsabilité délictuelle et de responsabilité automatique dont le seul effet est de confondre ceux qui sont obligés d'y avoir recours. Les divers régimes d'indemnisation directe sans égard à la faute sont très dispendieux (ils coûtent près de 5,5 milliards par année) mais, jusqu'à maintenant, ils sont appliqués de façon arbitraire, disparate et inégale, et ne font l'objet d'aucune coordination¹⁰⁷.

Au Canada, on semble avoir établi le programme des politiques à débattre en fonction des nombreuses études publiées récemment aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Europe sur la responsabilité du fait des produits et l'assurance-responsabilité des fabricants. Parmi ces études, nous signalons, aux États-Unis, le rapport de l'Inter-Agency Task Force, qui recommande l'adoption d'un *Draft Uniform Product Liability Act*; le rapport de la Commission Pearson au Royaume-Uni; la Convention de Strasbourg et la Directive de la CEE en Europe; et le projet de loi sur les produits défectueux que la CRDO a présenté en Ontario¹⁰⁸. Bref, toutes ces études recommandent l'adoption d'une règle de responsabilité stricte concernant les torts occasionnés par les produits ou, au moins, les préjudices subis par le consommateur.

Toutefois, le vrai problème ne se rapporte pas à la question de responsabilité stricte, mais plutôt à l'optique générale des gouvernements : devons-nous continuer à appliquer les règles actuelles dans toute leur disparité ou tenter d'une certaine manière de les rationaliser et de les refondre? Que nous maintenions les programmes actuels tout en les améliorant comme nous le pouvons, malgré qu'ils soient à la fois dispendieux et disparates, ou que nous décidions de les fondre dans un système d'indemnisation directe et automatique des accidents qui, finalement, s'appliquerait à toutes les formes d'incapacité, les mesures que nous prendrons à l'avenir pour répondre à cette question seront une représentation fidèle de notre société et de l'honnêteté intellectuelle de nos décisionnaires. Voici la conclusion de la plus récente étude publiée sur le sujet au Canada :

1. Les ministères fédéral et provinciaux de la Santé devraient immédiatement étudier la possibilité de mettre sur pied un système de traitement informatique des données relatives aux blessures en s'inspirant du National Electronic Injury Surveillance System (NEISS) en vigueur aux États-Unis.
2. Au niveau provincial, il faudrait cesser de perdre son temps à discuter de la réforme du droit de la responsabilité civile.
3. Il faudrait, au contraire, profiter de l'occasion pour apporter des réformes législatives logiques et efficaces, et commencer à élaborer un régime global et complet d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute.
4. Il faudrait considérer l'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents comme la première étape conduisant à l'adoption éventuelle d'un régime universel d'assurance en cas d'incapacité¹⁰⁹.

La réglementation de l'information de la publicité

Après avoir étudié le point le plus important en matière de politique sur la consommation, nous examinerons, par ordre chronologique, en quoi consiste actuellement une transaction de consommation et les conditions de protection du consommateur qui l'accompagnent. La première

phase d'une telle transaction concerne l'information ou la publicité. L'exigence suivant laquelle le consommateur doit connaître les conditions du marché afin de prendre des décisions éclairées à l'égard des biens et services qui lui sont offerts est non seulement une évidence intuitive, mais également une règle sur laquelle sont fondées des théories modernes sur l'économie et le comportement du consommateur. D'une part, celles-ci visent à maximiser le rendement du marché et, d'autre part, à nous permettre de favoriser des modes de comportement rationnels et prévisibles¹¹⁰. Il n'est donc pas surprenant que le gouvernement intervienne pour s'assurer que le consommateur reçoive l'information voulue, au point de vue tant qualitatif que quantitatif. Tout comme pour la sécurité des produits, peu de gens s'opposeraient, en principe, à une certaine intervention du gouvernement pour corriger, ou tout au moins atténuer, la défaillance du marché en matière d'information. Au pis aller, « le principe selon lequel, dans une économie de marché, l'acheteur peut faire un choix éclairé ne correspond à la réalité que si le gouvernement applique des règlements dans ce sens¹¹¹ ».

Les mesures que le gouvernement a adoptées en matière d'information du marché, par des lois sur l'étiquetage et la divulgation obligatoire des données et conditions dans toute publicité qui prétend être équitable, ont été cautionnées par des sources dignes de foi, notamment dans le monde économique. On ne peut demander aux entreprises de surveiller à elles seules la quantité ou la qualité des renseignements donnés. Le consommateur n'aurait aucun renseignement sur la durabilité des ampoules électriques, l'efficacité d'un octane, la teneur en goudron et en nicotine, la consommation d'essence au kilomètre ou l'entretien des tissus si le gouvernement n'avait pas passé des lois de divulgation obligatoire¹¹². Dans chacun de ces secteurs, la « défaillance du marché en matière d'information » avait insidieusement empêché la divulgation de renseignements et nuï à l'efficacité du système, soit que le marché était constitué d'un monopole ou d'un oligopole, soit que la divulgation de renseignements sur les risques de santé ou de sécurité était un frein à la compétitivité des entreprises, soit que celles-ci n'étaient pas motivées pour réglementer elles-mêmes la situation. Peu de gens pourraient contester les paroles de Pitofsky : « La réglementation gouvernementale en matière de publicité est justifiée¹¹³. »

Pendant, dans quelle mesure le gouvernement est-il autorisé à agir et quelles méthodes de réglementation doit-il employer? C'est ici que naît la controverse. Dans la doctrine récente, les auteurs se sont préoccupés des questions suivantes : quels doivent être la portée et l'objet des mesures de divulgation qui sont prises à la suite des défaillances du marché en matière d'information? dans quelle mesure les résultats des études d'impact ou de rendement exécutées dernièrement justifient-ils l'engagement des dépenses liées aux diverses mesures de divulgation? dans quelle mesure la capacité d'assimilation du cerveau humain peut-

elle suffire à la « surcharge » censée résulter de l'application des règlements de divulgation en vigueur dans beaucoup de domaines¹¹⁴?

Au Canada, la réglementation en matière d'information et de publicité existe, aux niveaux fédéral et provincial, depuis la fin des années 1960. Au point de vue constitutionnel, les deux paliers de gouvernement peuvent exercer des pouvoirs en ce domaine : le gouvernement fédéral, en vertu de sa compétence sur le droit pénal et le commerce interprovincial¹¹⁵, et les législatures provinciales, suivant leur pouvoir relatif à la propriété et aux droits civils (réglementation des affaires et des pratiques commerciales¹¹⁶).

D'abord, si nous étudions les règlements fédéraux relatifs à l'information et à la publicité, nous notons deux particularités. En premier lieu, les mécanismes de réglementation du Parlement conservent un caractère traditionnel et sont fondés en grande partie sur la compétence fédérale en matière de droit pénal. En second lieu, la réglementation que le Parlement a adoptée en ce domaine est très récente. Exception faite des règles concernant les poids et mesures et les marques de commerce, la plupart des lois portant sur l'information et l'étiquetage, ainsi que celles visant à moderniser les dispositions relatives à la publicité trompeuse, ont été passées au cours des quinze dernières années seulement¹¹⁷. En matière d'information, le fédéral a instauré des règles d'étiquetage et de publicité que nous pouvons retrouver dans la *Loi sur les produits dangereux*, la *Loi des aliments et drogues*, la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, la *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles* et la *Loi sur la marque de commerce nationale et l'étiquetage exact*¹¹⁸. Chacune de ces lois établit une gamme assez large de normes d'étiquetage (ou de composition, suivant la *Loi des aliments et drogues*) et interdit toute publicité frauduleuse ou trompeuse, que ce soit sur les emballages ou dans les médias. Le gouvernement fédéral a incorporé ses dispositions les plus importantes régissant la publicité dans la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, qu'il a modifiée récemment pour exercer un large pouvoir de contrôle non seulement sur les pratiques publicitaires trompeuses ou frauduleuses, mais aussi sur certaines manoeuvres commerciales de plus en plus répandues, notamment la vente à prix d'appel, le double étiquetage et la vente pyramidale¹¹⁹.

La littérature dans ce domaine n'est pas encore très abondante. En 1976 a été achevée une vaste étude qui recommandait une réforme en profondeur des règles fédérales en matière de publicité, mais cette étude n'a pas été accueillie favorablement¹²⁰. Certains ont tenté d'analyser l'efficacité de diverses règles d'étiquetage¹²¹ et de règlements concernant les produits dangereux¹²² mais, de façon générale, les auteurs n'ont pas encore étudié, à deux ou trois exceptions près¹²³, la nature et la portée de l'apport fédéral en matière de publicité nationale. Les quelques études qui ont proposé une refonte de la réglementation et l'adop-

tion de mécanismes de nature civile ou administrative ont été ignorées pour deux raisons : l'absence de groupes de pression militant en faveur du consommateur, que ce soit dans le public ou dans le corps législatif, et la nécessité de surmonter des obstacles constitutionnels importants. Nous reparlerons plus loin de cette question¹²⁴.

Au niveau provincial, la réglementation portant sur l'information et la publicité équitable est plus modeste. En matière d'étiquetage, les provinces se sont contentées, au fil des ans, de réglementer la classification et l'étiquetage des produits naturels. Cependant, à compter du milieu des années 1960, plusieurs provinces ont commencé à établir des normes d'intégrité en matière de prêts et de divulgation des frais de crédit applicables aux transactions à crédit conclues avec le consommateur¹²⁵. Puis, au milieu des années 1970, elles ont commencé à régler les questions de publicité trompeuse et de fausses déclarations précontractuelles en les assimilant aux pratiques commerciales inéquitables¹²⁶. Malheureusement, comme nous le verrons plus loin, les rares fois que ces mesures ont été appliquées, c'était par le gouvernement fédéral, et non par les provinces.

Si nous examinons les perspectives d'avenir, nous constatons que les défis à relever sont énormes. D'abord, il faudrait mieux définir le fondement constitutionnel de la réglementation fédérale adoptée en ce domaine (et, au besoin, rétablir la compétence du gouvernement fédéral relative aux échanges et au commerce, qui a été longtemps négligée), et réexaminer les mécanismes de réglementation employés. Presque toutes les lois que le Parlement a promulguées jusqu'à maintenant en matière d'information, d'étiquetage et de publicité sont fondées, selon la Constitution et les interprétations judiciaires, sur l'exercice du pouvoir fédéral en droit pénal. Ceci est confirmé par les mécanismes de réglementation appliqués en ce domaine : l'engagement de poursuites au criminel constitue le principal moyen de mise en application. Les observateurs doutent toutefois de plus en plus de l'efficacité et de l'utilité de ce moyen pour faire observer les règles publicitaires nationales et nous proposent de prendre des mesures relevant davantage du droit civil ou administratif, comme celles adoptées, aux États-Unis, par la Federal Trade Commission en matière de justification des annonces, de publicité corrective, etc.¹²⁷. En fait, les auteurs se demandent si, en principe, le gouvernement fédéral devrait tenter d'adopter des règles civiles ou administratives et, dans l'affirmative, si la justification des annonces ou la publicité corrective devraient être le principal moyen d'appliquer ces règles¹²⁸. En outre, on cherche à déterminer sur quelle norme ou quel critère la réglementation publique en matière d'information du marché devrait être fondée : qui, au juste, doit-on protéger, le consommateur trop crédule ou le consommateur raisonnable et averti¹²⁹? Des auteurs de plus en plus nombreux proposent que la société ne se limite pas à réprouver la publicité trompeuse mais qu'elle commence plutôt à condamner l'iné-

quité générale des annonces et à surveiller la publicité s'adressant à certaines catégories de la population¹³⁰. Néanmoins, nous devrions d'abord clarifier les dispositions de la Constitution en demandant aux tribunaux de rétablir le pouvoir du fédéral en matière d'échanges et de commerce.

Abordons maintenant un autre problème tout aussi important. Pour relever les défis qui nous sont lancés, nous devons faire une étude plus sérieuse du concept général de l'information et du traitement de l'information par l'esprit humain, autrement dit, toute la question de la « surcharge » des renseignements. Les travaux entrepris en ce domaine en sont encore à leurs premiers balbutiements. Il se peut tout simplement que nous n'ayons pas encore compris combien la question soulève de points controversés qui, aux États-Unis, font actuellement l'objet de travaux de recherche stimulants. (Qu'on se souvienne des diverses anecdotes et « histoires d'horreur » résultant de l'observation des exigences d'intégrité en matière de prêts — notamment l'abominable « Règlement Z » — qui seraient, d'après certains, trop poussées et en grande partie inefficaces¹³¹.) Ou bien, il se peut que l'absence d'études empiriques au Canada soit un constat méthodologique plus avisé, à savoir que l'art ou la science de l'information est encore à l'état embryonnaire. Après tout, nous ne savons pas encore grand-chose sur le genre de données que les gens croient bon de retenir et auxquels ils jugent utile de répondre, ni dans quelles circonstances particulières ils le feront, quand il s'agit d'acquérir des connaissances ou de modifier le comportement¹³². Une chose est certaine : nous entendrons encore bien des « histoires d'horreur » concernant la surabondance d'information¹³³. Nous nous bornons à citer l'exemple suivant :

Pour satisfaire aux exigences des règlements fédéraux en matière de divulgation, une banque du Minnesota a envoyé à 115 000 clients un livret de 4500 mots expliquant les conditions de ses services de télévirement. Au milieu du livret, la banque a inséré une phrase dans laquelle elle offrait 10 \$ à tout client qui lui enverrait une carte postale sur laquelle il aurait écrit les mots « Règlement E ». Personne n'a répondu à l'offre¹³⁴.

De toute évidence, la difficulté vient du fait que l'information est un produit complexe. Sa complexité s'explique en grande partie par une carence de notre éducation : nous n'avons tout simplement pas appris quand et comment nous servir des renseignements fournis. Comme Cranston nous l'a rappelé, les défauts de la réglementation en matière de divulgation sont causés plus par notre manque de maturité éducative que par l'inefficacité de nos institutions :

S'ils sont invoqués à titre subsidiaire, les règlements de divulgation peuvent avoir une fonction utile en matière de protection du consommateur. Une application plus poussée de ces règlements, ajoutée à une plus grande éducation du consommateur, leur donnerait encore plus d'utilité avec le

temps. Pour ces motifs, il n'est pas prudent de penser que puisque le consommateur ne peut se servir actuellement de l'information diffusée, celle-ci est superflue¹³⁵.

Aujourd'hui, la situation est la suivante : les personnes chargées d'élaborer les politiques fédérales et provinciales ne discutent que pour étudier des problèmes de personnel et de budget ainsi que de l'application des lois dans leur forme actuelle. Il est possible que les provinces passent à l'action dans des domaines comme la publicité relative aux avocats et que le fédéral les imite en ce qui a trait à la divulgation des prêts bancaires ou à l'indication du coût de fonctionnement des produits pendant leur vie utile. On pourra peut-être rajuster davantage les procédés d'application actuellement employés aux fins de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*¹³⁶. Cependant, personne n'exerce de pressions sur les gouvernements pour les convaincre de procéder à une réforme plus large ou plus poussée.

L'équité des transactions

Examinons maintenant l'étape suivante du processus de protection du consommateur : la transaction de consommation elle-même. Dans la présente partie, nous étudierons la nature de la transaction, ou sa « qualité contractuelle », notamment les pratiques et tactiques de vente, la facilité pour le consommateur de bien lire et comprendre les documents contractuels normalisés qu'on emploie aujourd'hui et l'intégrité dans l'exercice des recours prévus par les ententes de crédit et de financement. Ainsi, la question d'équité transactionnelle inclut les trois éléments suivants : les pratiques commerciales, les contrats normalisés et les recours du consommateur contre les tiers créanciers. Étudions maintenant chacun de ces points.

Les provinces n'ont commencé que récemment à réglementer les pratiques commerciales. Les lois pertinentes n'ont pas été passées avant le milieu des années 1970. À l'heure actuelle, six provinces ont promulgué des lois sur les pratiques commerciales¹³⁷. Comme nous l'avons signalé dans une étude antérieure, au moins quatre facteurs ont poussé les provinces à agir de la sorte : premièrement, les responsables de la politique provinciale ont constaté de plus en plus que, malgré la flexibilité de sa doctrine, le *common law* ne leur donnait tout simplement pas les outils nécessaires pour imposer des pratiques commerciales en matière de consommation; deuxièmement, le législateur a cru bon de moderniser, de clarifier et, en définitive, de réunir les doctrines contractuelles existantes en un code de règles d'équité transactionnelle qui serait facile à consulter; troisièmement, on a ajouté aux règles commerciales traditionnelles, suivant lesquelles la victime doit elle-même demander réparation, des règles conférant des pouvoirs plus étendus au gouvernement dans certains secteurs, comme l'enquête et la mise en

application, et lui permettant d'exercer des recours administratifs, tels l'action indirecte, le recours en interdiction et les mécanismes d'observation volontaire; et, quatrième, les gouvernements ont senti l'influence grandissante des mesures adoptées par les États américains en ce domaine¹³⁸.

Les lois provinciales portant sur les pratiques commerciales visent surtout à clarifier la doctrine et à établir de nouvelles règles administratives. On a précisé certains éléments de doctrine, dont la portée du contrat, la classification des clauses contractuelles, l'admissibilité des témoignages oraux et le choix des recours contractuels disponibles, pour les concilier avec les conditions de vente du marché moderne et les attentes raisonnables du consommateur. En outre, pour éclairer le pouvoir judiciaire à cet égard, le législateur a dressé une « liste noire » détaillée, mais non exhaustive, de certaines pratiques commerciales prohibées qui sont tenues pour trompeuses ou abusives et, selon toute vraisemblance, celle-ci permettra au consommateur d'obtenir la résolution du contrat ou toute autre mesure de redressement jugée appropriée, compte tenu des circonstances¹³⁹.

Même si les tribunaux continuent d'être le premier organe chargé d'entendre les plaintes formulées par le consommateur, celui-ci dispose également de plusieurs recours administratifs importants. Sous réserve des adaptations de circonstance, les directeurs provinciaux des pratiques commerciales ont reçu une vaste gamme de pouvoirs d'enquête et d'application, y compris non seulement le pouvoir traditionnel de procéder à des perquisitions et à des saisies ou de geler des actifs, mais aussi celui d'employer des mécanismes administratifs de mise en application très importants. Dans certaines provinces, le directeur des pratiques commerciales a obtenu le pouvoir de négocier et de faire exécuter des garanties d'observation volontaire, d'intenter des « actions indirectes », c'est-à-dire d'agir au lieu ou au nom de consommateurs ou de groupes de consommateurs qui ont souffert de pratiques commerciales inéquitables, ou de rendre des ordonnances d'interdiction immédiate dans les cas où la chose est « nécessaire à la protection du public¹⁴⁰ ». En résumé, dans leurs lois relatives aux pratiques commerciales, les gouvernements provinciaux ont tenté d'intégrer des éléments de réforme doctrinale, des mesures de redressement favorisant le consommateur et des mécanismes publics d'exécution¹⁴¹.

Bien qu'importante, l'intervention législative provinciale n'a pas manqué de donner matière à critique aux théoriciens. Pour certains commentateurs, le problème se situe à l'étape de la conception. Les lois provinciales en matière de pratiques commerciales présenteraient des lacunes fondamentales, notamment en ce qui concerne le champ d'action, l'énumération des pratiques interdites, le choix des recours administratifs et privés, l'utilisation de sanctions pénales et l'insuffisance ou l'absence de procédures en vue de l'élaboration de règles¹⁴².

Pour d'autres, le plus important problème n'est pas lié à l'étape de la conception mais à celle de l'exécution. Les lois provinciales en matière de pratiques commerciales ne seraient tout simplement pas observées. Bien que peu d'études d'impact aient été effectuées jusqu'ici, les renseignements recueillis confirment les reproches adressés au gouvernement que l'on taxe d'indifférence et d'inéptie. Il semble que, dans ce domaine, l'engagement des gouvernements et la mise en oeuvre par eux des mesures annoncées puissent, en mettant les choses au mieux, être qualifiés d'actions sporadiques et exceptionnelles, quand action il y a. Dans son étude sur l'application des dispositions de la *Loi sur les pratiques de commerce* de l'Ontario, Samuels conclut qu'en dépit de la bonne volonté manifestée, l'intervention gouvernementale à ce chapitre s'est révélée inégale, mal éclairée et non fondée sur des principes¹⁴³. En effet, selon lui, le gouvernement de l'Ontario a non seulement négligé de fournir les ressources financières et humaines nécessaires à la bonne exécution de la mission du service chargé d'appliquer la loi en matière de pratiques commerciales, mais il n'a pas encore établi les lignes directrices indispensables qui assureraient l'observation volontaire de la loi¹⁴⁴. D'après Neilson, qui a récemment effectué une étude sur les mesures visant à assurer l'observation volontaire de la loi dans les législations provinciales, les « résultats sont inégaux » et « la mise en application s'est avérée irrégulière, souvent sporadique¹⁴⁵ ». Nous reviendrons sur le problème de l'application de la loi dans la partie portant sur une politique de consommation en transition.

L'orientation future du secteur des pratiques commerciales dépend encore de l'engagement gouvernemental et de l'application de la loi par l'administration. Certaines réformes législatives mineures sont possibles, ainsi que la suppression de certaines formulations archaïques dans de nombreuses dispositions relatives aux pratiques commerciales ou l'addition d'un ou de deux mécanismes administratifs de mise en application, telle l'action intentée par les autorités au nom des consommateurs. Les six lois provinciales qui existent déjà sur les pratiques de commerce feront peut-être l'objet d'une action d'harmonisation entre les provinces. Néanmoins, seule la formation d'un groupe de pression représentant les consommateurs auprès du gouvernement ou un regain d'intérêt de la part de ce dernier pour la protection du consommateur pourrait amener d'autres réformes dans ce domaine. Or, cela semble bien peu probable.

Passons à notre deuxième sujet de préoccupation : la normalisation du contrat contemporain de consommation. Selon un commentateur, de nos jours, 99 % de toutes les transactions conclues par les consommateurs comportent la signature d'un contrat stéréotypé, rédigé en petits caractères. Il est certain que dans la vaste majorité des cas, des formules normalisées, imprimées à l'avance, sont employées¹⁴⁶. Les autorités chargées d'élaborer les politiques connaissent ce problème depuis plus

de quarante ans, mais la situation demeure plus complexe et controversée que jamais. En raison de la fascination exercée sur eux par la formule normalisée, les spécialistes ont rédigé une foule d'ouvrages analytiques sur le sujet sans trop faire de pronostics ni proposer de solutions. Après quatre décennies, « il n'y a toujours pas de théorie juridique capable de s'attaquer au problème des marchés de consommation conclus à l'avantage d'un seul contractant¹⁴⁷ ».

La principale difficulté consiste toujours à cerner les problèmes. Quelle pratique abusive précise les autorités chargées de l'élaboration des lignes directrices doivent-elles réprimer en ce qui concerne les formules contractuelles préétablies? Est-ce les petits caractères qui rendent difficile la lecture du contrat? Est-ce le comportement de l'autre partie et le fait de ne pas donner au consommateur la possibilité de lire et de comprendre le document avant de le signer? Est-ce l'injustice et la surprise ressenties par le consommateur lorsqu'il se plaint de bonne foi et qu'on lui oppose le contenu des clauses imprimées en petits caractères? Ou est-ce la structure du marché et le déséquilibre économique entre les parties?

La documentation sur le sujet révèle que les auteurs ne s'entendent ni sur le diagnostic ni sur les pronostics. Selon son idéologie, chacun analyse la situation de façon différente. Certains prétendent que, dans un marché libre, il n'y a « pas de problèmes sauf s'il y a fraude ou violence¹⁴⁸ ». D'autres aimeraient qu'on s'intéresse davantage aux dispositions abusives et aux surprises injustes ménagées dans les contrats¹⁴⁹. D'autres encore concluent à l'existence d'un marché structuré selon la théorie de Galbraith, et à l'inégalité des forces des contractants dans les négociations¹⁵⁰. D'autres enfin, réifient cyniquement le contrat et le considèrent comme une « chose¹⁵¹ ».

Les solutions apportées par le législateur aux problèmes de la formule contractuelle préétablie varient également beaucoup selon les juridictions. Aux États-Unis, des dispositions visant les transactions abusives sont prévues dans la loi et appliquées par les tribunaux¹⁵². Au Royaume-Uni, le législateur a édicté des règles détaillées pour assurer que les transactions conservent un « caractère raisonnable¹⁵³ ». En Saskatchewan, une réglementation spéciale, établie selon les besoins, entre en jeu en vertu des lois relatives aux garanties sur les produits de consommation¹⁵⁴. Au Québec, il est obligatoire de divulguer certaines données¹⁵⁵. Enfin, en Israël, un mélange compliqué de règles législatives et judiciaires en vue de l'examen préalable des formules a été prévu¹⁵⁶.

Mise à part l'intervention législative isolée de deux provinces en matière de divulgation obligatoire de renseignements¹⁵⁷, jusqu'ici au Canada l'approche demeure traditionnelle. Les tribunaux conservent leur juridiction historique sur la réglementation de la qualité dans ce domaine. Ils appliquent à cette fin deux doctrines du *common law* relatives aux dispositions contractuelles abusives et à la position inégale

des contractants. Récemment, la Commission de réforme du droit de l'Ontario a recommandé avec insistance l'adoption d'une disposition semblable à celle qu'a retenue le Royaume-Uni en ce qui concerne les conditions inéquitables d'un contrat¹⁵⁸ afin de résoudre non seulement le problème des conditions contractuelles injustes mais également celui des contrats d'adhésion en général. Bien sûr, cette intervention législative n'aura pas pour effet de décharger les tribunaux de leur responsabilité première en matière de surveillance.

Cette approche soulève un double problème. Le premier se pose sur le plan institutionnel. Le fait de confier au système judiciaire la tâche de surveiller les pratiques commerciales modernes est à la fois coûteux et inefficace. La surveillance est alors entièrement laissée à l'initiative de la victime et ne peut être exercée que de façon ponctuelle. Cependant, la formulation de solutions au gré des affaires soumises¹⁵⁹ n'est pas une méthode qui s'appuie sur des principes et qui permet de veiller au respect de la loi dans le marché moderne ou d'établir des lignes directrices sur les priorités en matière d'enquête et d'application de la loi. Le deuxième problème, qui se rattache toutefois au premier, découle de l'analyse de la situation. Il concerne l'applicabilité de doctrines aussi mal définies que celles de la transaction abusive et du rapport inégal des forces économiques des contractants. On se demande « si le concept du déséquilibre économique entre les parties est utile ou même s'il a un sens en matière de réglementation des transactions de consommation¹⁶⁰ ».

En dépit du fait que les tribunaux de *common law* soient à l'occasion arrivés au bon résultat, un examen récent de la jurisprudence sur le sujet ne peut rassurer même le défenseur des droits du consommateur. Fait encore plus inquiétant, ce dernier commence à se rendre compte que la méthode judiciaire retenue par le *common law*, qui pêche par une faiblesse doctrinale et une recherche de solutions ponctuelles, ne produit pas, malgré tout, les décisions attendues en faveur du consommateur. Il suffit de citer quelques jugements pour s'en convaincre. Rappelons la décision rendue par la Chambre des lords dans l'arrêt *Schroeder c. Macaulay* et l'accablante critique économique de l'application par le tribunal d'une doctrine moderne, mais de plus en plus dénuée de sens, soit celle du « déséquilibre des forces des contractants dans les négociations¹⁶¹ ». Mentionnons également la décision de lord Denning dans l'arrêt *Levison c. Patent Steam Carpet*¹⁶² dont l'effet a été atténué et qui a été, en définitive, appliquée au détriment du consommateur. Enfin, signalons le recours, rafraîchissant sur le plan théorique, au concept de la « surprise injuste » par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Tilden Kent-A-Car c. Clendenning*¹⁶³, qui a malheureusement été gâté par la solution apportée dans les faits au litige.

Mais même si en doctrine des arguments irréfutables sont invoqués à l'encontre de l'utilisation par les tribunaux du concept du déséquilibre des forces des contractants pour assurer le respect de la loi en matière de

formules contractuelles préétablies, les commentateurs les plus farouchement opposés à cet usage croient encore « qu'une doctrine générale comme le déséquilibre des forces économiques des contractants peut se révéler un instrument efficace pour réprimer les transactions abusives », pour peu qu'elle soit « précise, conceptuellement solide et explicite sur le plan des principes, et qu'elle soit opérationnelle tant en ce qui concerne [. . .] la procédure que [. . .] les recours¹⁶⁴ ».

L'orientation future de la réglementation en matière de formules contractuelles préétablies dépend dans une large mesure de la solution apportée au problème de la définition des difficultés et du choix du régime législatif approprié. Il est évident que la première influera beaucoup sur le deuxième. Le choix du mécanisme de réglementation varie très largement selon l'énoncé et la résolution du problème, les possibilités étant multiples. On pourrait favoriser l'application de mesures volontaires et la collaboration entre les associations commerciales ou envisager, comme aux États-Unis, l'adoption d'une loi disposant que les contrats de consommation doivent être rédigés en langage ordinaire¹⁶⁵. L'on pourrait également opter pour un ensemble de mesures législatives et judiciaires assorties de lignes directrices relatives au caractère « raisonnable » des conventions¹⁶⁶ ou de dispositions prévoyant une « présomption de non-applicabilité¹⁶⁷ ». Du reste, le choix d'un régime mixte législatif et administratif soulèvera d'autres questions concernant le type d'organisme choisi, les mécanismes administratifs de mise en application de la loi et la responsabilité politique¹⁶⁸.

Selon toute probabilité cependant, l'intervention du législateur risque d'être négligeable au cours des années qui viennent. On adoptera vraisemblablement, du moins en Ontario, l'approche des principes directeurs législatifs retenue par le Royaume-Uni. La Saskatchewan exercera peut-être les pouvoirs qu'elle détient actuellement pour régler le contenu et la forme des garanties écrites offertes par les fabricants. Des lois rendant obligatoire l'usage d'un langage courant seront peut-être promulguées. Toute autre réforme dans ce domaine semble peu probable.

Nous abordons enfin le crédit, troisième élément de l'équité des transactions, et en particulier, les recours du consommateur contre le tiers créancier. Comme nous l'avons indiqué ci-dessus, l'intervention du gouvernement fédéral dans ce domaine a été quelque peu irrégulière. Les diverses garanties accordées aux déposants, emprunteurs et débiteurs hypothécaires tant sur le plan procédural que substantif en vertu du projet de loi fédérale intitulé *Loi concernant la protection des emprunteurs et déposants* ne sont jamais entrées en jeu. En revanche, l'adoption en 1970 de la partie V de la *Loi sur les lettres de change* s'est révélée un succès. En vertu de ce texte, tous les billets et lettres du consommateur doivent porter les mots « achat de consommation ». Le consommateur peut opposer au détenteur régulier les moyens de

défense qu'il pourrait faire valoir à l'encontre du vendeur. Les sociétés de crédit ne peuvent plus invoquer la doctrine du détenteur régulier ni les clauses prévoyant la séparation du contrat et de l'effet de commerce¹⁶⁹.

Au niveau provincial, outre l'adoption d'une réglementation pratiquement uniforme relative à la divulgation obligatoire des frais d'emprunt (dont nous avons discuté précédemment), des modifications ont été apportées à la loi provinciale pour protéger le consommateur dans un contrat de financement impliquant un tiers. Ces dispositions prévoient que ne peuvent être exclues du contrat les conditions implicites de la vente relative à l'état et à la viabilité du produit et étendent ces moyens de défense aux cessionnaires d'effets négociables, bien que la responsabilité du tiers varie¹⁷⁰.

La littérature sur le sujet est peu volumineuse et à caractère surtout économique. Tout développement futur en la matière dépendra des recherches entreprises sur l'efficacité des recours du consommateur, tant au niveau fédéral que provincial. La faisabilité et le rôle de telles études font l'objet de la partie ci-après qui traite des problèmes les plus importants.

La qualité des produits et les garanties accordées au consommateur

Jusqu'ici nous avons examiné trois des étapes conduisant à la conclusion d'une transaction de consommation : l'étape de l'établissement d'une réglementation sur la sécurité des produits, l'étape de l'information et de la publicité et, enfin, l'étape de la transaction et de l'entente. Nous abordons maintenant l'étape du rendement postcontractuel. Il est ici question de la qualité et de la durabilité du produit : comment fonctionne-t-il? quelle sera sa durée? de quel type de garantie faisait-il l'objet au moment de la vente? quelles en étaient les modalités? quels sont les droits et les recours du consommateur qui subit une perte financière en raison de la défectuosité d'un produit? Les pertes essuyées peuvent être considérables, comme dans le cas d'une automobile ou d'un appareil électroménager, ou être très petites mais néanmoins agaçantes. Le produit défectueux ou de mauvaise qualité qui cause seulement une perte financière est l'un des problèmes de consommation les plus fréquents de nos jours. D'après une récente étude de Nader, 25 % des produits achetés par le consommateur présentent des défauts de conception ou de fonctionnement¹⁷¹.

Les raisons qui ont incité le législateur à intervenir dans ce secteur de la protection du consommateur lorsqu'il s'agit simplement de la viabilité d'un produit ou de sa durabilité, et non pas de la sécurité individuelle ni de danger inconnu, ne sont pas aussi évidentes que dans les autres secteurs. Cependant, il existe bel et bien des motifs d'ordre économique, quoiqu'ils soient moins nombreux. Même les économistes qui sont

en faveur d'un marché libre arrivent à justifier un certain nombre de lois et de règlements visant à rendre obligatoires la divulgation de certains renseignements ou un étiquetage équitable de la qualité du produit.

Dans une analyse économique bien connue portant sur le marché des produits de mauvaise qualité dans de nombreux contextes commerciaux (le « marché des citrons et des sapins »), Akerlof conclut à la nécessité d'une réglementation quelconque pour préserver les distinctions établies entre les différentes qualités de produits, soit par la divulgation de renseignements ou par l'étiquetage, soit par des garanties législatives de qualité minimale¹⁷². Selon Akerlof, les marchés non réglementés ne peuvent atteindre l'équilibre optimal chaque fois que la diffusion de l'information est asymétrique, c'est-à-dire chaque fois que le vendeur sait quelle est la qualité véritable de son produit alors que l'acheteur ne connaît que la qualité moyenne des biens sur le marché. Les « citrons » inférieurs remplacent donc les biens de qualité, ces derniers ne sont plus échangés, et le prix des premiers est exagéré. Bref, le marché fonctionne mal, et il faut corriger cette défaillance par la divulgation de renseignements ou l'établissement de normes régissant la qualité¹⁷³. Il reste à déterminer si la « loi de Say sur les citrons » peut être invoquée pour justifier les normes de qualité minimale prescrites en général par le gouvernement. Bien que l'analyse de Akerlof soit séduisante, elle ne se prête pas aisément à tous les cas de produits défectueux. Cependant, aussi longtemps que l'intervention de l'État se limitera à la réglementation de la qualité par des normes aussi floues que « le temps d'utilisation raisonnable » ou « le caractère acceptable raisonnable compte tenu de toutes les circonstances de la transaction », elle constituera une simple confirmation des droits déjà reconnus en *common law*.

Comme nous l'avons fait remarquer dans la partie traitant de l'évolution du droit de la consommation, la réglementation de ce domaine relève principalement des provinces. La plupart d'entre elles se sont jusqu'ici contentées d'interdire aux marchands d'exclure du contrat de vente de consommation les conditions implicites relatives au bon état du produit et à son intégrité, conditions reconnues à l'heure actuelle en *common law* et dans les lois provinciales sur la vente¹⁷⁴. Pour de nombreux commentateurs, cette intervention limitée en matière de réglementation de la qualité des produits et des garanties accordées au consommateur pêche sur le plan théorique et, compte tenu des réalités du marché de consommation contemporain, sur le plan institutionnel.

La percée remonte à la publication par la Commission de réforme du droit de l'Ontario, en 1972, d'une étude portant sur les garanties accordées au consommateur¹⁷⁵. Selon ce document, les règles de droit anglo-canadien régissant la vente « n'étaient plus suffisantes pour assurer un juste équilibre entre les fabricants et les distributeurs de biens de consommation et ceux qui se portaient acquéreurs et se servaient de ces biens¹⁷⁶ ». Les auteurs de l'étude recommandaient la promulgation

d'une loi provinciale exhaustive sur les garanties de produits qui prescrive des normes de qualité minimale, apporte des solutions aux problèmes théoriques, notamment à ceux de la preuve extrinsèque et des liens contractuels horizontaux et verticaux, et établisse des modes de résolution de litige moins formels. En Ontario même, le rapport et le projet de loi sur les garanties relatives aux produits de consommation ont été laissés en suspens¹⁷⁷. Les choses en sont toujours là.

Cependant, deux provinces ont reconnu le bien-fondé des critiques générales formulées par la Commission de réforme du droit de l'Ontario et ont adopté des règles de droit complètes régissant les garanties accordées au consommateur. Le *Consumer Products Warranties Act* de la Saskatchewan¹⁷⁸ et la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation*¹⁷⁹ du Nouveau-Brunswick tentent de fournir un cadre législatif à la réglementation tant de la qualité des produits de consommation que des garanties accordées au consommateur. Ces lois font l'objet d'un examen détaillé dans une étude sur la réglementation des garanties accordées au consommateur publiée récemment par le gouvernement fédéral¹⁸⁰.

Il suffira donc de rappeler brièvement certaines caractéristiques de ces deux lois. En plus de moderniser la doctrine en matière de contrat et les questions relatives à la représentation, à la preuve extrinsèque et aux liens contractuels, elles prévoient un ensemble de garanties relatives à la qualité des produits de consommation qui ne peuvent être écartées et sont désignées de manière générale par les mots « caractère acceptable » et « durabilité ». De même, les problèmes théoriques soulevés par le choix des recours sont clarifiés par l'énumération détaillée et actualisée dans la loi des recours ouverts au consommateur en cas de manquement à une garantie. La loi de la Saskatchewan régit en plus le contenu des garanties écrites supplémentaires des fabricants en exigeant la divulgation de certains renseignements précis et en interdisant l'usage de certains termes. Elle prévoit également un mode non judiciaire de résolution des litiges. Le consommateur peut faire valoir ses réclamations relatives à un produit défectueux auprès d'un fonctionnaire qui tentera de régler le litige par voie de médiation ou, du consentement des parties, soumettra le différend à l'arbitrage.

La loi de la Saskatchewan prévoit également des pouvoirs de réglementation considérables qui permettent au cabinet provincial de définir plus précisément, notamment, la forme et le contenu des garanties données par le fabricant, l'obligation du fournisseur qui doit prévoir des moyens raisonnables d'assurer la réparation des produits défectueux et les divers délais accordés au fabricant ou au fournisseur qui donnent les garanties pour la remise en état raisonnable des produits défectueux. Cependant, la plupart du temps, l'action gouvernementale en matière de garantie, tant en Saskatchewan qu'au Nouveau-Brunswick, s'est davantage fait sentir sur le plan législatif que sur le plan administratif, du moins jusqu'ici¹⁸¹.

Une troisième province, le Québec, a adopté une approche plus limitée en matière de réglementation de la qualité des produits. Contrairement à la Saskatchewan et au Nouveau-Brunswick, le Québec ne visait pas l'adoption d'une loi-cadre sur la garantie des produits de consommation. Il a plutôt choisi d'apporter des remèdes plus ou moins ponctuels à certains problèmes aigus en matière de garantie des produits de consommation. Par exemple, l'un des articles de la *Loi sur la protection du consommateur*¹⁸², récemment modifiée, traite des automobiles, alors qu'un autre se rattache aux motocyclettes et qu'un troisième se rapporte à la réparation des appareils ménagers. Une partie plus générale établit également au profit du consommateur de nouvelles garanties implicites plus larges. En effet, le bien doit pouvoir servir à l'usage auquel il est destiné pendant une durée raisonnable, et des pièces de rechange ainsi que des services de réparation doivent être fournis pendant une durée raisonnable, etc. La législation québécoise est particulièrement intéressante parce qu'elle définit précisément les garanties obligatoires et fixe leur durée.

Il se peut que d'autres provinces suivent la voie tracée par la Saskatchewan, le Nouveau-Brunswick et le Québec, mais cette possibilité demeure mince. Bien que l'on puisse sentir la présence d'un groupe de pression pour la défense du consommateur ou l'appui donné par les médias en vue de la fabrication de produits de meilleure qualité et de plus grande durée, des questions empiriques et théoriques plus importantes ont soulevé une controverse d'une ampleur étonnante sur au moins trois plans.

En premier lieu, nous avons l'éternelle question de l'identification des problèmes. En quoi consiste exactement le problème? S'agit-il d'un problème de divulgation de renseignements, d'étiquetage ou de publicité? Le problème se rapporte-t-il aux pratiques commerciales entourant la vente d'un produit déterminé? Ou s'agit-il du contenu et de la présentation de la formule normalisée de la garantie, laquelle est rarement lue ou même comprise par le consommateur avant l'achat du produit? Dans l'affirmative, s'agit-il d'un problème de lisibilité? Ou est-ce plutôt la possibilité d'examiner le document en question avant la vente qui manque? Le problème serait-il lié au contenu des clauses rédigées en petits caractères dans les formules normalisées de garantie? S'agirait-il alors d'un problème de structure de marché? Dans quelle mesure les contrats conclus à l'avantage d'une seule partie résultent-ils du déséquilibre des forces économiques des contractants? Ne sont-ils pas plutôt imputables aux pratiques de l'industrie en matière de garantie, et à la méthode de rémunération du réparateur, soit à l'avance par la voie d'un escompte sur le prix du produit ou par facturation selon un tarif préétabli pour les services fournis, ou seraient-ils imputables aux difficultés liées à ce service? Le problème ne serait-il pas davantage lié à la résolution des litiges et au traitement des réclamations, c'est-à-dire à l'accès du consommateur à la justice? Si l'identification des problèmes

se révèle à nouveau de plus en plus complexe, il n'en reste pas moins qu'il faut satisfaire d'abord à cette exigence de base.

En second lieu, une vive controverse est soulevée par la question de savoir par quelle théorie on peut le mieux expliquer le rôle de la garantie attachée aux produits de consommation. Quels sont exactement les facteurs qui déterminent le contenu ou la forme du document lui-même? S'agit-il simplement d'une manifestation de la loi du marché? D'une « théorie de l'exploitation »? Ou la garantie sert-elle plutôt d'instrument de commercialisation ou d'information dans le cadre d'une « théorie de l'annonce »? L'une ou l'autre de ces théories peuvent-elles être appuyées par des études empiriques? D'après Priest, sa théorie de l'investissement, qui est conforme aux connaissances empiriques actuelles, serait la meilleure explication du mécanisme de la garantie attachée aux produits de consommation. D'après cette théorie, le contrat de garantie résulte ni plus ni moins d'une répartition mutuellement avantageuse des risques entre les parties¹⁸³. En voici l'explication selon Priest :

Une garantie est considérée comme un contrat optimisant les avantages que procurent les biens par une répartition des investissements entre le fabricant et le consommateur en vue de prolonger la vie utile du produit et de s'assurer contre les pertes [. . .] Les modalités du contrat de garantie sont uniquement déterminées par le coût relatif de ces investissements pour les parties¹⁸⁴.

Priest a examiné les modalités de soixante-deux contrats de garantie actuels relatifs à des produits de consommation. Il a étudié quelle protection était offerte à l'acheteur, les diverses exclusions et clauses d'exonération, etc. À son avis, c'est l'assurance ou l'investissement qui détermine bien davantage les modalités et la forme du contrat de garantie que la théorie de l'exploitation du marché ou celle de l'information. Cependant, dès la parution de l'étude de Priest, le professeur Whitford a critiqué à la fois les hypothèses et la méthodologie employées par celui-ci¹⁸⁵. Whitford a admis que le contenu du contrat de garantie était dans une certaine mesure déterminé par une répartition mutuellement avantageuse des risques entre les parties, mais il a fait valoir que d'autres facteurs tels la structure du marché ou le rapport des forces économiques entre les parties étaient tout aussi importants. Toutefois, une analyse impartiale des données empiriques recueillies par Priest ne soutient pas beaucoup la réplique de Whitford.

Quoi qu'il en soit, même si la théorie de Priest était admise ou que des données supplémentaires étaient tirées d'autres études sur le contenu et la forme des contrats de garantie, cette théorie demeure quand même partielle, car elle est incapable d'expliquer les problèmes qui ne découlent pas du document lui-même, c'est-à-dire les problèmes relatifs au mauvais service après-vente ou à une mauvaise gestion des réclamations. Or, c'est précisément dans ce domaine où la plupart des abus sont

constatés que la nécessité d'une réforme se fait le plus sentir¹⁸⁶. Notre propos est de souligner l'état encore fragmentaire de la documentation sur le sujet qui, bien qu'en pleine gestation, est très imprécise.

En troisième lieu, et pour compliquer encore les choses, de récentes études visant à mesurer l'efficacité d'une réglementation prescrivant la divulgation de renseignements relatifs à la garantie¹⁸⁷ et aussi les coûts cachés des garanties de durée plus longue¹⁸⁸ ont donné des résultats tout à fait contraires aux hypothèses qui avaient été émises intuitivement. La première série d'études, effectuées principalement par la Federal Trade Commission, a révélé qu'une réglementation des renseignements à divulguer en matière de garantie n'avait pas eu jusqu'ici beaucoup d'incidence¹⁸⁹. Dans la deuxième série d'études faites par le Centre for Policy Alternatives du Massachussets Institute of Technology (MIT), une analyse de prix hédoniste a été employée. Au terme de ces études, il a été établi que les garanties de longue durée pouvaient, en réalité, coûter plus au consommateur que ce qu'elles ne valaient¹⁹⁰.

Au Canada, la documentation à cet égard est encore très incomplète, notamment en ce qui concerne l'identification des problèmes et l'analyse de l'incidence des lois. Kennedy, Pearce et Quelch ont publié une étude sur ce sujet¹⁹¹ et Romero en a effectué une autre¹⁹². Leurs conclusions, bien qu'utiles à d'autres égards, ne permettent pas cependant d'établir de lignes directrices claires ni pour l'identification des problèmes ni pour le choix d'un régime législatif approprié.

La seule étude globale entreprise jusqu'ici au sujet de la réglementation des garanties attachées aux produits de consommation au Canada est celle que nous avons complétée l'année passée¹⁹³. Cette étude a nécessité presque trois ans de recherche. La liste des questions à examiner était très variée et concernait les problèmes et les possibilités en matière de réforme des garanties accordées au consommateur canadien. Il convient d'énumérer les dix plus importantes conclusions de la recherche en la matière :

1. En règle générale, les consommateurs ne perçoivent pas les garanties comme un problème prioritaire dans le domaine de la protection du consommateur.
2. Il y a cependant plusieurs problèmes importants qu'il est possible d'identifier avec précision et de solutionner (ceux-ci sont considérés en détail).
3. Plusieurs de ces problèmes relèvent de la structure et de la qualité générale des systèmes actuels de garantie (c'est-à-dire la capacité et la volonté d'assurer un service de garantie, ce que savent ou croient les consommateurs sur les services de réparation et ce qu'ils coûtent, ainsi que les problèmes ayant trait à la diffusion de l'information et à la législation fédérale sur les coalitions).
4. Les consommateurs ne lisent pas les garanties et n'y font pas attention avant d'acheter.

5. Les dispositions relatives à la divulgation de l'information et à la véracité des garanties n'ont pas d'effets notables.
6. Il semble que l'on ait de « meilleures garanties ».
7. Il ne semble pas, cependant, que l'exigence de rendre publiques les garanties ait réussi à ce qu'elles soient plus faciles à lire et à comprendre.
8. Le consommateur moyen au Canada n'a aucune connaissance de ses droits dans ce domaine.
9. Les techniques de divulgation et d'information utilisées jusqu'à maintenant se sont révélées inefficaces.
10. Les garanties prolongées ou « améliorées » peuvent coûter plus cher que ce qu'elles ne valent en réalité¹⁹⁴.

Il convient de souligner également les résultats d'une autre étude plus récente sur la fiabilité et la durabilité des gros appareils électroménagers effectuée par le Centre for Policy Alternatives du MIT. Les chercheurs ont constaté que l'industrie moderne de l'électroménager ne procède à aucun essai en vue d'améliorer la fiabilité de ses produits, et il ne faut pas s'attendre à ce qu'elle développe des techniques de prévision à cette fin dans un proche avenir. Trop d'obstacles théoriques et technologiques se posent à la généralisation des essais en vue de déterminer la vie utile des produits. Quatre solutions de rechange ont donc été proposées : la séparation des garanties; le recours à des laboratoires indépendants pour effectuer les essais; l'étiquetage du coût de fonctionnement du produit pendant sa vie utile; et la publication d'informations relatives à la durée du produit selon des enquêtes actuarielles¹⁹⁵.

De toute évidence, le problème des garanties attachées aux produits de consommation est aujourd'hui beaucoup plus complexe sur le plan analytique qu'il ne l'était en 1972, époque à laquelle la Commission de réforme du droit de l'Ontario a publié son important rapport. Les conséquences découlant de ces récentes recherches feront l'objet d'un examen ci-après. Il suffit de dire pour le moment que des théories élaborées par des stratèges en chambre ou des données fondées sur l'intuition ne pourront plus être substituées à la véritable recherche. Ce problème des garanties modernes ne peut plus être perçu comme un problème unique qu'une solution globale pourra résoudre. La question est beaucoup plus compliquée.

Il est difficile de prédire actuellement quelles solutions seront retenues dans ce domaine. Il se peut qu'une ou plusieurs provinces suivent l'exemple donné par la Saskatchewan et le Nouveau-Brunswick et adoptent une loi distincte sur les garanties accompagnant les produits de consommation. De plus, il se peut que des garanties similaires s'appliquent, non plus seulement aux biens, mais aussi aux services offerts au consommateur¹⁹⁶. En raison de la popularité croissante dont jouit le contrat de service prolongé conclu au moment de l'achat d'un bien neuf, le gouvernement pourrait juger nécessaire de procéder à l'examen de son contenu et de sa présentation en fonction des règles de

droit provinciales en matière d'assurance¹⁹⁷. Dans ce domaine de la réglementation des biens, la tendance est de procéder de façon progressive, d'apporter des solutions distinctes à des problèmes précis. Ainsi, le règlement des litiges portant sur la réparation des automobiles par la voie de l'arbitrage, auquel se soumettraient le consommateur et le marchand¹⁹⁸, et la promulgation éventuelle de « lois sur les citrons », pour résoudre le problème des automobiles nouvellement acquises mais toujours défectueuses¹⁹⁹ sont deux solutions présentement examinées par les provinces.

La résolution des litiges et l'accès du consommateur à la justice

L'insatisfaction éventuelle du consommateur à l'égard des biens acquis ou des services fournis nous mène au dernier aspect de la transaction de consommation. C'est la question du traitement des réclamations et de la résolution des litiges. Bien que, chronologiquement, il s'agisse de l'étape finale, ce sujet demeure au premier plan des préoccupations en matière de protection du consommateur. En effet, seule la question de la protection de la santé et de la sécurité du consommateur a priorité sur celle de savoir comment celui-ci réussira à faire valoir ses réclamations et à obtenir gain de cause. Les raisons en sont évidentes quand on considère les pertes que peut entraîner un litige non résolu concernant une automobile ou un appareil électroménager. Les motifs justifiant l'établissement en priorité de politiques en la matière sont moins évidents mais tout aussi importants dans le domaine des petites créances. Dans l'introduction de la présente étude, nous avons fait allusion à l'importance d'élaborer des mécanismes de résolution des litiges mineurs impliquant le consommateur. Il convient de le rappeler :

La raison de l'intérêt que nous portons aux petites injustices est [que . . .] les gens y attachent de l'importance. Dans une société de consommation, les petites injustices remplissent une grande partie de notre vie journalière et, bien sûr, l'attitude des gens face à la loi est la conséquence de leurs contacts avec la loi, ou de l'absence de contact, lorsque le besoin s'en fait sentir. Si les citoyens ne peuvent faire appel à la loi pour les choses importantes, celle-ci n'a plus aucune pertinence, et ils doivent avoir recours à autre chose, à d'autres solutions que la loi [. . .].²⁰⁰

La principale préoccupation des autorités chargées d'établir les principes directeurs en la matière n'est pas de cerner le problème, ce qui, en effet, est assez facile : il faut élaborer des mécanismes de résolution des litiges qui soient accessibles et pratiques. Au Canada, pour des raisons d'ordre constitutionnel et fonctionnel, la question relève depuis toujours des provinces. Et jusqu'à présent, le principal moyen d'apporter remède au problème a été la réforme, par les provinces, des cours des petites

créances. Les interventions dans ce domaine avaient pour but de moderniser les cours des petites créances, d'améliorer l'accessibilité en général à la justice dans diverses collectivités, d'augmenter le nombre des heures de service, d'améliorer les ressources en personnel ainsi que l'aide fournie au consommateur, etc.²⁰¹.

Cependant, toutes ces interventions ont continué d'être fonction de l'action intentée individuellement par le consommateur. En effet, l'on s'attend à ce que le consommateur lésé intente une action contre le fournisseur présumément délinquant. Ce modèle de résolution des litiges fondé sur l'initiative de la victime est toutefois de plus en plus contesté dans la documentation pertinente pour des raisons qui sont maintenant bien connues²⁰². L'on a suffisamment écrit sur les divers facteurs financiers, psychologiques et institutionnels militant contre toute utilisation importante des cours des petites créances pour la résolution des litiges. Le consommateur canadien moyen ne s'adresse jamais à la cour des petites créances²⁰³.

Au cours des vingt-cinq dernières années, diverses solutions de rechange ont été proposées pour remplacer le système des cours des petites créances. En 1972, la Commission de réforme du droit de l'Ontario, dans son rapport sur les garanties accordées au consommateur, s'est prononcée en faveur d'une simplification des mécanismes de résolution des litiges en matière de consommation. Elle recommandait instamment que les provinces modifient leurs lois sur la protection du consommateur et permettent à des bureaux provinciaux de protection du consommateur d'agir à titre de médiateurs. Elle préconisait également l'utilisation d'un mécanisme d'arbitrage simple pour faire obstacle aux nombreux facteurs dissuasifs, tant sur le plan financier qu'institutionnel, qui accompagnent la contestation devant les cours des petites créances²⁰⁴. Une seule province, la Saskatchewan, a retenu la suggestion et a institué un régime de médiation comme autre mécanisme de résolution des litiges en matière de garantie des produits²⁰⁵. Mais, comme l'a fait remarquer Romero dans sa récente étude portant sur ces mécanismes, peu de consommateurs les connaissent, et ils sont rarement utilisés²⁰⁶. Quoi qu'il en soit, les spécialistes continuent d'exposer la nécessité de trouver un mécanisme de médiation ou d'arbitrage non judiciaire, plus simple et directement accessible à la collectivité pour remplacer la cour des petites créances. Nombreux sont ceux qui pensent que la solution demeure un centre d'arbitrage communautaire²⁰⁷.

Ces propositions visant à établir des voies de recours plus simples pour le consommateur ont naturellement gagné la faveur du public. Néanmoins, l'hypothèse qui les sous-tend, c'est-à-dire qu'une justice moins formelle est l'instrument idéal pour régler les réclamations moins importantes du consommateur, est de plus en plus contestée même par des spécialistes acquis aux intérêts du consommateur. Dans une série d'importantes études sur l'accès à la justice aux États-Unis, Laura Nader constate que « l'intervention d'un intermédiaire s'est révélée peu

profitable pour le consommateur » et que « faute de pouvoir invoquer la loi, l'intermédiaire ne sera pas très utile²⁰⁸ ». Dans le contexte canadien, Ramsay a tiré des conclusions similaires dans une récente étude des mécanismes de résolution des litiges en matière de consommation au Canada²⁰⁹. Les données qu'il a recueillies confirment que le consommateur est très peu disposé à recourir à un intermédiaire. Fait encore plus important, il condamne la conviction partagée par beaucoup selon laquelle les réclamations du consommateur devraient être réglées par le jeu d'une justice informelle. Selon lui, « les systèmes privés et informels de résolution des réclamations individuelles, qu'ils soient gérés par le gouvernement ou le milieu des affaires, ne font que diffuser les plaintes et donnent au consommateur l'impression que sa réclamation est sans importance²¹⁰ ». À son avis, la résolution des problèmes de consommation par la médiation, la conciliation ou l'arbitrage impliquerait « un jugement de valeur selon lequel la réclamation du consommateur serait insignifiante ou simple et ne nécessiterait pas que les tribunaux rendent une décision à son sujet²¹¹ ».

Au terme de leurs recherches, tant Nader que Ramsay sont convaincus qu'il faut reconsidérer l'assomption populaire de la simplification du mode de résolution des litiges. Leur argumentation de base est double : le consommateur ne saurait se contenter d'une justice de second ordre, ni même d'une justice plus simple, car on ne peut pas en atténuer l'importance; pour être efficaces et avoir une incidence sur le marché, les plaintes du consommateur doivent être regroupées par le jeu d'un moyen de recours collectif plus important.

Il est maintenant reconnu que l'obtention d'une réparation par le consommateur en matière de petites créances exige au moins un mécanisme procédural permettant de regrouper et de faire valoir ces réclamations sur une base collective. On ne saurait trop insister sur l'importance du recours collectif en matière d'indemnisation du consommateur et de l'effet dissuasif qu'il produit sur les marchands. Les efforts individuels en vue de réprimer les pratiques abusives du marché sont tout simplement vains. Comme l'a constaté le professeur Whitford :

L'expérience démontre sans conteste que les consommateurs ne se servent pas assez fréquemment des recours privés à leur disposition pour inciter de façon significative les marchands à observer la grande majorité des lois de protection du consommateur²¹².

Whitford conserverait tout de même le recours privé dans les lois actuelles de la protection du consommateur pour permettre au rare consommateur chicanier d'obtenir réparation. Mais il insiste surtout sur une plus grande utilisation des moyens de recours publics telle l'injonction assortie d'un recours collectif, ce qu'il appelle une approche « hybride », ou mixte²¹³. Ramsay en est arrivé à des conclusions semblables dans son étude sur les pratiques canadiennes en matière de répara-

tion : « Pour protéger efficacement le consommateur, il faut appliquer des mesures capables de transformer la petite injustice en préjudice collectif²¹⁴. » Pour Ramsay aussi, l'établissement d'un recours collectif est le plus important progrès qui puisse être réalisé dans ce domaine. Pour le litige peu fréquent mais important intenté par le consommateur individuel, Ramsay retient et améliore le système des cours des petites créances. Un mécanisme plus accessible et informel, mais toujours judiciaire, de résolution des litiges, comme la cour des petites créances, serait en effet supérieur à la médiation ou à l'arbitrage, car « il apporterait une plus grande satisfaction psychologique et renforcerait chez le consommateur l'impression de compétence²¹⁵ ».

L'on comprend maintenant pourquoi le recours collectif est en train de devenir l'un des points les plus importants au programme visant à faciliter l'accès à la justice au consommateur. Jusqu'ici au Canada, seul le Québec a modifié ses règles de pratique en vue d'établir une procédure distincte de recours collectif²¹⁶. Cependant, d'autres provinces suivront peut-être cet exemple d'ici peu. Tout dépendra de l'accueil fait à l'étude exhaustive en trois volumes publiée sur le sujet en 1982 par la Commission de réforme du droit de l'Ontario. La Commission termine son étude en recommandant avec insistance l'instauration en Ontario d'un recours collectif permettant l'obtention de dommages-intérêts compensatoires pour des préjudices subis dans divers domaines dont celui des pratiques commerciales en matière de consommation²¹⁷. Il se peut toutefois que le régime législatif proposé par la Commission ne fasse pas l'unanimité. Elle a en effet recommandé l'adoption d'une version modifiée de la règle fédérale américaine n° 23 qui met l'accent sur l'initiative de la victime et sur la surveillance exercée par les tribunaux²¹⁸.

Voici les principaux sujets de controverse que devront régler l'Ontario et toute autre province désireuse d'examiner les propositions faites par la Commission :

- Le recours collectif devrait-il être destiné aux seuls plaideurs individuels ou seulement aux organismes de protection du consommateur agissant au nom des consommateurs lésés, ou aux deux, et dans quelle mesure? Autrement dit, le régime devrait-il être conçu en fonction d'une approche privée, publique ou mixte?
- Quel sera le rôle des tribunaux saisis d'un litige collectif et quelles seront la nature et la portée de la surveillance exercée par ceux-ci? Quel mode de certification sera adopté et devrait-il y avoir (comme le suggère la Commission de réforme du droit de l'Ontario) un examen préalable du bien-fondé de la réclamation, un critère relatif à la suffisance de la représentation ou une disposition concernant la rentabilité de l'action?
- Quelles règles régiront les frais?
- Et y a-t-il lieu de prévoir des honoraires conditionnels²¹⁹?

Les orientations futures dans ce domaine sont à la fois importantes et stimulantes. S'agissant des recours individuels, les décisionnaires ont l'embarras du choix : les solutions vont de la réforme des cours des petites créances à l'établissement de régimes de médiation ou d'arbitrage généraux ou spéciaux²²⁰. Sur le plan du recours collectif, tout indique que les provinces adopteront une procédure de cet ordre, certainement d'ici la fin du siècle, sinon dans un avenir rapproché. Il reste que, quoi que nous décidions, il nous faut reconnaître l'argument avancé par Ramsay :

Il est nécessaire de procéder au Canada à des recherches socio-juridiques sérieuses sur la pathologie des litiges en consommation, sur le rôle des principaux intéressés, sur le fonctionnement des divers recours, formels et informels, et sur le rôle des organismes réglementaires gouvernementaux en la matière [. . .] Nous ignorons tout des décisions et des comportements privés à l'origine des problèmes portés devant les fonctionnaires et les institutions publiques [. . .] l'absence de toute recherche socio-juridique systématique dans ce domaine et dans d'autres constitue une grave accusation portée contre les juristes canadiens. Sans ce type de recherche, il nous faut malheureusement conclure que l'établissement de politiques en la matière, comme dans d'autres domaines liés à la protection du consommateur, continuera, en mettant les choses au mieux, à être une « manifestation de sagesse purement fortuite²²¹ ».

La situation actuelle : une politique de consommation en métamorphose

La critique a-t-elle raison? La réglementation canadienne en matière de protection du consommateur n'est-elle que la « manifestation d'une sagesse purement fortuite »? Il est grand temps de faire le point sur la question et de jauger l'intervention fédérale et provinciale au cours des vingt-cinq dernières années.

Dans la présente partie, nous exposerons brièvement les traits saillants de l'élaboration d'une politique de protection du consommateur au Canada. En raison des limites de temps et d'espace, nous n'avons retenu que les dix points qui nous paraissent les plus importants. Les cinq premiers se rapportent au paysage législatif, aux textes de loi eux-mêmes, si vous voulez. Par le jeu des cinq derniers, nous passerons de la théorie à la pratique et nous nous attacherons à démontrer quelles ont été les répercussions réelles des interventions fédérales et provinciales sur le consommateur canadien et sur les transactions de consommation.

Le paysage législatif : les textes

Notre première constatation est maintenant évidente : le degré d'intervention du gouvernement fédéral et des provinces en matière de réglementation de la protection du consommateur s'avère, tout compte fait,

très élevé. Ce fait est souvent mal compris dans la littérature. Les commentateurs modernes, l'auteur y compris, las des nombreuses lacunes associées à l'élaboration de politiques dans ce domaine, ont tendance à sous-estimer le nombre de lois protectrices du consommateur que le gouvernement fédéral et les provinces ont déjà adoptées au cours des cent dix-sept dernières années. Un ensemble important de mécanismes de protection législative a été prévu dans chacun des cinq domaines importants de la consommation, à savoir la sécurité des produits et les préjudices subis par le consommateur, l'information et la publicité, les pratiques commerciales, les garanties des produits et la résolution des litiges.

D'un certain point de vue, il est remarquable que tant au niveau fédéral que dans les provinces, les législateurs aient agi en matière de protection du consommateur au cours des dernières décennies et, en particulier, depuis le milieu des années 1960. Compte tenu du cortège de problèmes liés au « consumérisme », relevant de l'organisation, les incitatifs financiers, l'incidence des « resquilleurs », etc., il est étonnant que nous ayons autant de lois sur la protection du consommateur. Il ne faut pas oublier que ces diverses lois ont été promulguées malgré l'absence de groupes voués à la défense des intérêts du consommateur et en dépit du groupe de pression du milieu des affaires, toujours plus important et sophistiqué, qui s'est efforcé de façon constante, et peut-être naturelle, de s'opposer à une plus grande intervention gouvernementale sur le marché. Selon Ziegel, « il y a toujours eu une faction dans le milieu des affaires qui s'oppose à l'adoption de pratiquement chaque loi de protection du consommateur importante d'après-guerre²²² ». Les résultats de l'analyse effectuée dans les deux premières parties de la présente étude sur les nombreux délais et lacunes des principales interventions de protection du consommateur, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, confirment que l'opposition est venue du milieu des affaires et qu'elle a été par conséquent très puissante. Néanmoins, maintes réformes en droit de la consommation ont été mises en vigueur.

Les législateurs, au niveau fédéral et dans les provinces, ont dû reconnaître très tôt les limitations inhérentes au régime du libre marché du *common law* sur les plans institutionnel et fonctionnel ainsi qu'en matière de redressement lorsqu'on s'en servait comme principal moyen pour faire observer la loi et régler la qualité des produits. Par intuition ou autrement, le législateur a senti les énormes problèmes liés à l'information, aux transactions et au redressement des torts auxquels doit faire face le consommateur des biens et services contemporains. De même, il doit avoir compris que, par voie de conséquence, il était nécessaire que le public s'y intéresse dans une certaine mesure et que le gouvernement établisse une réglementation dans ce domaine. Tous ces faits sont pour la plupart survenus au milieu des années 1960 et sans que l'on puisse invoquer les externalités ni les défaillances du marché,

expressions actuellement à la mode dans le vocabulaire économique. Une quantité non négligeable de règlements éminemment judicieux en matière de protection du consommateur ont été adoptés, non seulement à l'époque de la Confédération mais aussi pendant les deux dernières décennies qui ont été marquées par une prise de conscience du consommateur. Cette réglementation est souvent inspirée par le seul bon sens ou l'intuition.

Les autorités fédérales et provinciales chargées d'élaborer les principes directeurs ont de toute évidence réussi à éviter bon nombre des fausses dichotomies qui abondent dans la doctrine. Parmi celles-ci nous trouvons, par exemple, la prétendue distinction entre le secteur privé et le secteur public, entre le marché libre et le marché réglementé par le gouvernement, comme s'il était possible de définir précisément cette distinction ou de s'assurer qu'elle soit toujours exacte. Du reste, aucune de ces distinctions n'est défendable. Il n'y a jamais eu de marché véritablement non réglementé²²³ où les acheteurs et les vendeurs étaient réellement libres, pas plus d'ailleurs que de liberté contractuelle totale. Même à l'apogée du libéralisme économique au XIX^e siècle, une bonne quantité de normes extra-juridiques ainsi que les doctrines et les règles de la responsabilité, à la fois envahissantes et souples, du *common law* permettaient, du fait de leur nature téléologique, d'invoquer la loi de l'État, *common law* ou texte législatif, afin d'assurer une certaine apparence d'équité des transactions²²⁴. À cette époque comme aujourd'hui, il ne s'agissait pas de se demander si une intervention de l'État était justifiée, mais plutôt de savoir quelle forme elle prendrait²²⁵. Depuis toujours, en effet, la réglementation du marché par le gouvernement suscite une vive controverse qui porte davantage sur le degré de réglementation et sur le régime adopté à cette fin que sur le dogme d'une dichotomie partageant le secteur privé et le secteur public.

Aussi n'est-il pas très étonnant de constater qu'aujourd'hui le gouvernement fédéral et les provinces réglementent davantage le marché des biens et des services. Car il faut bien le dire, le volume de la réglementation a augmenté. Sur le papier, du moins, la diversité et l'étendue des garanties accordées par la législation canadienne de la protection du consommateur demeure, à une ou deux exceptions près, très impressionnante. Théoriquement, la législation canadienne peut presque se comparer à celle de pays aussi avancés en matière de consommation que la Suède ou le Japon.

Les coûts et les avantages : données recueillies

La deuxième constatation que nous pouvons faire est peut-être aussi importante que la première : en dépit de la popularité croissante du vocabulaire de la déréglementation et des accusations toujours plus nombreuses d'ineptie et d'inefficacité bureaucratique portées contre le

gouvernement, les études économiques effectuées jusqu'ici ont démontré que, tout compte fait, les interventions de réglementation sociale en matière de protection du consommateur se sont avérées rentables au cours des dernières décennies²²⁶.

Une telle affirmation peut sembler difficile à admettre compte tenu de la nature du fédéralisme canadien. Après tout, il y a onze gouvernements répartis sur deux paliers différents, qui tous ont compétence en matière de protection du consommateur. Chacun a d'ailleurs adopté une grande diversité de lois sur le sujet. Une réglementation issue d'un système fédéral à deux paliers multiplie les risques d'inefficacité et de double emploi en la matière.

Le contexte canadien rend le problème particulièrement aigu étant donné l'existence d'une asymétrie fondamentale sur le plan juridictionnel et institutionnel. En effet, bien que le marché des biens et des services soit national au Canada, sa réglementation relève principalement des provinces. Ce manque de symétrie entre les institutions qui prennent les décisions sur le plan juridique et celles qui font de même en ce qui concerne les marchés peut avoir des effets non négligeables de redistribution et de perte d'efficacité. Par exemple, l'existence de garanties différentes d'une province à l'autre pourrait entraîner des subventions interprovinciales coûteuses : le consommateur des provinces moins protégées subventionnerait les achats du consommateur des provinces mieux protégées.

Théoriquement, l'absence de parallélisme entre les marchés nationaux et le droit fédéral pourrait effectivement entraîner de telles subventions interprovinciales. Toutefois, ce genre d'analyse suppose qu'il y a d'importantes différences entre les garanties accordées au consommateur dans chaque province ou, du moins, d'importantes différences dans la réglementation. En outre, elle assume que les écarts de coût ne sont pas transposés dans des écarts de prix correspondants, c'est-à-dire que tous les consommateurs, des provinces protégées et des autres, doivent payer le même prix pour le produit. Si ces hypothèses étaient exactes, il y aurait réellement une redistribution des revenus ou des retombées économiques par le jeu d'un transfert du système de marché. Mais au Canada, nous ne sommes pas encore arrivés au stade où les régimes de protection du consommateur adoptés par les provinces sont très différents. Et même si des distinctions importantes pouvaient être établies, l'on ne peut déceler aucun effet sur le comportement du marché parce que la législation n'est pas mise en oeuvre ou qu'elle est réduite au minimum. Nous reviendrons sur ce point ci-après, dans les parties traitant de l'application de la législation par le gouvernement et de la sensibilisation du consommateur. Il suffira de dire que les lacunes théoriques découlant du manque de symétrie en matière de réglementation sont demeurées jusqu'ici purement théoriques et ne se concrétiseront probablement jamais.

Quoi qu'il en soit, le souci de rationaliser les coûts relatifs à la réglementation de la protection du consommateur n'est pas limité à la seule scène interprovinciale. C'est la réglementation provinciale touchant les fournisseurs, soit à l'échelle du pays, soit sur le marché provincial, qui se trouve au premier plan des préoccupations. On reproche à cette réglementation son manque de principes de base, son inefficacité et, on peut le soutenir, ses coûts injustifiés. Très peu de recherches empiriques ont été effectuées dans ce domaine jusqu'à présent. Selon une étude faite au Royaume-Uni, les lois protectrices du consommateur ont coûté, en 1978, plus de 150 millions de livres au contribuable britannique²²⁷. Toutefois, l'on n'a pas tenté d'établir ni d'évaluer les avantages que représente une telle réglementation, car, sur le plan méthodologique, cette tâche pourrait fort bien s'avérer très délicate, voire impossible.

Nous ne prétendons pas qu'il est impossible d'effectuer une analyse coûts-avantages. Il est évident qu'une telle étude est possible. Il est également clair qu'à la suite de l'analyse, on pourrait constater que certaines interventions « de protection du consommateur » ne sont en réalité que des lois protectrices de certains secteurs d'activité, favorisant un groupe particulier de producteurs au détriment d'un autre, et des consommateurs en général²²⁸. On s'apercevrait peut-être, comme l'a fait le Conseil économique du Canada dans sa récente étude sur la réglementation du gouvernement qui a été publiée en 1981, que certains domaines soi-disant « de protection du consommateur » devraient à bon droit faire l'objet d'une déréglementation immédiate²²⁹.

Il reste que la grande majorité des interventions de réglementation dans les domaines de la santé et de la sécurité ainsi que des pratiques commerciales en matière de consommation ont jusqu'ici fait bonne figure à la suite d'une analyse coûts-avantages effectuée en prévision d'une déréglementation. Selon les conclusions d'une étude récente de la réglementation largement intuitive prise en vertu de la *Loi sur les produits dangereux*²³⁰, les coûts liés à la réglementation en matière de sécurité des produits sont pour la plus grande partie justifiés²³¹. De façon plus générale, le Conseil économique du Canada a récemment indiqué que les coûts liés jusqu'ici à la réglementation de la protection du consommateur n'étaient pas excessifs par rapport aux avantages qu'elle procurait :

Même si l'élimination progressive de diverses restrictions réglementaires pourrait sembler appropriée présentement dans certains domaines traditionnels de réglementation directe, les données dont dispose le Conseil ne lui permettent pas de conclure que la portée de la réglementation relative à la protection du consommateur [...] est excessive. De façon générale, les conclusions de nos travaux de recherche indiquent que les coûts de la réglementation ne sont pas excessifs par rapport aux avantages qu'elle procure²³².

Le régime législatif de base

Nous avons jusqu'ici fait valoir deux points. En premier lieu, beaucoup de lois protectrices du consommateur sont déjà en vigueur. En deuxième lieu, dans bon nombre des cas, le coût en est justifié. Nous abordons maintenant le troisième point : bien que les interventions canadiennes de protection du consommateur aient été influencées par les mouvements nés aux États-Unis, les caractéristiques du régime législatif de base sont demeurées très canadiennes, assez curieusement d'ailleurs²³³.

Deux raisons peuvent être invoquées pour expliquer ce fait. La première est d'ordre juridictionnel. Le fédéralisme canadien est un système unique au sein duquel un équilibre des forces entre le gouvernement fédéral et les provinces en matière de protection du consommateur a été atteint par le jeu des décisions rendues par nos tribunaux. C'est dans ce contexte constitutionnel, quelque peu embrouillé mais tout à fait unique, que les diverses autorités légifèrent et choisissent des mécanismes de réglementation. La limitation de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce et le « deuxième élément » de l'affaire *Parsons*²³⁴, que l'on n'a pas encore réussi à invoquer avec succès, continuent de compliquer le processus décisionnel du gouvernement fédéral qui est contraint de s'appuyer sur sa compétence en matière de droit pénal et sur ses lourds mécanismes pour réprimer les abus du marché. La décision de réglementer un marché, le choix de l'instrument de réglementation et l'absence continue de mécanismes civils ou administratifs de réglementation applicables par le gouvernement fédéral dépendent des contraintes constitutionnelles, réelles ou perçues. En outre, les récentes décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans les affaires *Les Transports nationaux du Canada*²³⁵ et *Wetmore et Kripps Pharmacy*²³⁶, quoiqu'elles constituent une reconnaissance générale et inattendue du pouvoir de poursuite du gouvernement fédéral, n'ont fait que nourrir les frustrations des autorités fédérales chargées d'élaborer des politiques qui se heurtent à une compétence relative aux échanges et au commerce qu'il est encore, semble-t-il, impossible d'exercer²³⁷.

En matière provinciale, les contraintes constitutionnelles soulèvent moins de difficultés. La compétence provinciale sur les biens et les droits civils, compétence qui est à la fois fondamentale et suffisamment large aux fins de la protection du consommateur, n'est pas en cause. Les problèmes viennent plutôt de l'incapacité continue des gouvernements provinciaux d'élaborer des mécanismes de réglementation administrative innovateurs et des moyens de résoudre les litiges sans porter atteinte au monopole juridictionnel des cours supérieures — inventé par les tribunaux et dont le principe est maintenant enchâssé dans la Constitution²³⁸. L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, au départ « simple pouvoir de nomination », est devenu un obstacle de taille pour les

autorités provinciales chargées d'élaborer des politiques²³⁹. L'impuissance du gouvernement fédéral concernant la réglementation des échanges et du commerce, conjuguée à celle du gouvernement provincial en ce qui a trait aux innovations administratives relatives au type de mécanisme de réglementation, a amené les autorités canadiennes à résoudre de façon tout à fait originale les problèmes que soulève la protection du consommateur moderne.

Cependant, les contraintes constitutionnelles ne sont pas l'unique facteur influant sur les lois en la matière. Le choix d'un instrument de réglementation constitue un deuxième facteur. Au cours de la dernière décennie, une documentation volumineuse a été consacrée au choix et au genre des instruments de réglementation, fournissant aux technocrates en quête d'innovations une analyse très détaillée des possibilités²⁴⁰. En commençant par les mesures les moins interventionnistes et en terminant par celles qui le sont le plus, la gamme des possibilités comprend la persuasion morale, l'action volontaire, l'autoréglementation, les principes directeurs en matière d'information et de divulgation des renseignements, la certification et l'enregistrement non exclusifs, la délivrance de permis, l'établissement de normes, la formulation d'interdictions, l'élaboration de politiques fiscales et de mécanismes de subvention, et enfin, les dispositions émanant du gouvernement²⁴¹.

Cependant, jusqu'ici, le choix et le type des instruments de réglementation utilisés par les autorités fédérales et provinciales chargées d'élaborer des politiques visant leurs domaines respectifs sont demeurés assez traditionnels. Pour les raisons exprimées précédemment, les autorités fédérales ont surtout eu recours à la poursuite pénale. Lorsqu'une réglementation administrative était jugée appropriée, trois mécanismes surtout étaient employés : la divulgation obligatoire de renseignements, l'établissement de normes et la formulation d'interdictions²⁴². Des modes de mise en application administratifs plus innovateurs, tels les ordonnances d'interdiction, les ordonnances sur consentement, la justification des messages publicitaires et la publicité corrective, n'ont pas encore été retenus.

Les autorités provinciales se sont surtout attachées aux questions relatives à la qualité des produits, à l'équité des transactions et à la résolution des litiges. Il semble que le type de loi ou d'instrument de réglementation qu'elles ont retenus comporte toujours plusieurs des traits communs suivants :

1. L'utilisation d'une loi-cadre pour tenter de régler tous les problèmes connexes d'un seul coup.
2. Un penchant — digne d'un expert-conseil ou d'un juriste — pour traiter en priorité de la clarification et de la modernisation des difficultés doctrinales du *common law*.
3. La conservation du système judiciaire à titre de principal instrument du maintien de la qualité.

4. À quelques exceptions près, une mise en application reposant largement sur l'initiative de la victime.
5. L'hésitation permanente des gouvernements à intervenir sérieusement dans la réglementation du marché, soit en matière de mise en application (par l'institution d'actions au nom du consommateur, etc.), de réglementation administrative (par la voie de procédures en vue de l'élaboration de règles), ou de résolution des litiges de consommation (par l'essai de divers mécanismes de médiation ou d'arbitrage non judiciaires).

En termes simples, le législateur provincial est intervenu par le jeu d'une réforme doctrinale générale, à l'aide d'un modèle judiciaire et législatif, en mettant l'accent sur les problèmes relationnels de la transaction de consommation moderne, lesquels sont considérés essentiellement comme des phénomènes indépendants²⁴³.

La formulation des lois : joueurs et participants

Notre quatrième constatation porte aussi sur la question de la conception des lois, et elle est évidente : les principes régissant la formulation des lois subissent l'influence des joueurs et des participants du processus législatif. Au Canada, tant au niveau fédéral que provincial (et surtout au niveau provincial), trois facteurs connexes ont influencé la formulation des lois protectrices du consommateur.

Tout d'abord, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le décideur lui-même a pris une attitude largement réactive. Il adopte des lois pour protéger le consommateur parce qu'il veut résoudre des problèmes dont celui-ci lui semble souffrir ou qui sont très réels. Historiquement, les lois canadiennes en la matière sont plutôt le résultat de réactions législatives ponctuelles. Parfois, les médias sont à l'origine du besoin d'intervention législative; dans d'autres cas, cette nécessité fait suite à des histoires vécues. Quelquefois, le législateur réagit de bonne foi à des problèmes réels de santé ou de sécurité du consommateur : par exemple, les blessures causées par l'explosion de bouteilles de boisson gazeuse en 1978 ou les problèmes de santé et de logement rattachés à la mousse isolante d'urée-formaldéhyde²⁴⁴. Dans d'autres cas, l'intervention du législateur est moins fondée sur des principes, elle est presque impulsive. Citons l'adoption, en 1978, d'une loi portant sur le revenu, qui a fait l'objet de trois lectures et reçu l'approbation du Parlement en moins de vingt-trois minutes²⁴⁵.

Un deuxième élément de la formulation des lois protectrices du consommateur, unique au Canada, tient à la façon dont le législateur, tant au niveau fédéral que provincial, s'en remet largement à un petit groupe de spécialistes — les professeurs de droit — tant pour identifier les problèmes que pour concevoir des lois dans le but de les résoudre. Il est facile de comprendre la nature de ces liens établis de longue date entre le

législateur et l'avocat, surtout le professeur de droit. On a longtemps cru que la réforme des lois et du droit relevait exclusivement des avocats ou des théoriciens chargés des recherches et de l'enseignement du *common law* dans les facultés. Nous prenons lentement conscience du fait que les questions relevant de la réforme du droit, dans la mesure où elles touchent un large éventail de questions sociales, économiques et politiques dans notre société, sont beaucoup trop importantes pour que seuls les avocats et les professeurs de droit en soient responsables, même s'ils sont très compétents dans leur domaine. Malheureusement, la réforme du droit a traditionnellement été dominée par les avocats, ce qui est confirmé par la façon dont sont conçus les programmes de réforme du droit et les lois qui en résultent. De fait, il y a maints exemples de l'influence toujours présente de l'approche juridique, judiciaire et doctrinaire dans l'élaboration des programmes de réforme du droit : il suffit de mentionner les rapports de la Commission de réforme du droit de l'Ontario sur la vente mobilière (1979), sur la responsabilité du fait des produits (1979) et sur la modification du droit des contrats (1984). Le professeur O'Connell a critiqué avec justesse cette fascination qu'exerce la doctrine, dans sa critique de la réforme théorique de la loi sur la responsabilité délictuelle et sur la responsabilité du fait des produits :

C'est la fascination qu'exercent sur nous, avocats, nos propres raisonnements élégants mais interminables — raisonnements qui ne tiennent pas compte des questions importantes mais qui mettent des années, voire des décennies, à régler des problèmes de moindre importance — qui a donné lieu, en grande partie, aux préjudices incroyables que le régime de responsabilité civile délictuelle fait subir à tous (à l'exception des avocats) [. . .].²⁴⁶.

Heureusement, de plus en plus d'auteurs soutiennent qu'aujourd'hui, une grande partie du processus de la réforme du droit, surtout au niveau provincial, est peu rentable et mal utilisé, et reflète une certaine suffisance intellectuelle²⁴⁷.

Nous avons déjà mentionné le troisième facteur qui influence la formulation des lois protectrices du consommateur. Il s'agit du groupe de pression imparfait, mais de mieux en mieux organisé, du milieu des affaires, qui depuis des décennies, réussit à modeler l'échéancier et l'orientation des politiques de consumérisme au Canada. Même si nous n'avons pas encore de « comités d'action politique » comme ceux qui semblent prendre de plus en plus de place sur la scène des groupes de pression du milieu des affaires aux États-Unis, nous avons tout de même assisté à l'adoption d'un certain nombre de « décisions législatives » nettement favorables au milieu des affaires²⁴⁸. Au niveau fédéral, ces groupes de pression sont responsables du rejet du projet de modification de nos lois sur la concurrence, de la restructuration de la réglementation fédérale en matière de publicité, ainsi que du projet fédéral de loi

détaillée sur la protection des emprunteurs et des déposants. De même, au niveau provincial, la conception ou les retards d'application de presque toutes les initiatives importantes en matière de protection du consommateur sont la conséquence directe de la réaction du milieu des affaires, qu'il s'agisse d'intégrité en matière de prêts, de pratiques commerciales, de garanties des produits de consommation ou de réforme du recours collectif. Comme nous l'avons déjà dit, les groupes de pression du milieu des affaires ont joué un rôle important dans tous ces secteurs.

Cet amalgame de mesures législatives ponctuelles, découlant soit des réformes proposées par des professeurs de droit et des pressions exercées par les lobbistes du milieu des affaires a donné un résultat peu brillant. Pour décrire l'élaboration de nos politiques de protection du consommateur dans le passé certains commentateurs ont utilisé des expressions telles que : « fondée sur aucun principe », « ponctuelle », « largement réactive », « relevant du symbolique plutôt que de la réalité », « du travail à la pièce plutôt que du travail planifié²⁴⁹ ». De fait, il n'y a eu aucun projet de planification globale. La conception et l'élaboration des programmes de réforme du droit ont connu très peu de collaboration multidisciplinaire ou extrajuridique. On a plutôt opté pour l'intervention du *common law* et l'approche marginale concentrée sur les tribunaux. Malgré quelques suggestions à l'effet contraire, bien peu de lois ont tenté d'apporter des réformes non judiciaires, que ce soit dans le processus décisionnel ou dans l'adoption de règles.

Les orientations actuelles de la réforme du droit de la consommation

Évidemment, tous ces facteurs ont un effet permanent considérable sur la conception des programmes de réforme du droit, aux niveaux fédéral et provincial. Comme nous l'avons déjà souligné brièvement, le programme de réforme du droit à court terme, dans chacun des cinq domaines importants de la protection du consommateur, demeure assez traditionnel et prévisible. Certains projets de recherche sont fondés sur une collaboration interdisciplinaire plus étendue²⁵⁰, mais les principales orientations actuelles de la réforme du droit de la consommation sont toujours de nature judiciaire, doctrinale et peu systématique.

Dans le domaine de la sécurité des produits et des torts au consommateur, par exemple, et ce, malgré les critiques susmentionnées à l'égard de la réglementation de la sécurité des produits, aucune réforme n'est à prévoir au niveau fédéral. Dans les provinces, il pourrait y avoir, au mieux, adoption d'un concept apparemment progressif de responsabilité stricte. La nature réactionnaire et peu rentable de ce débat législatif prévu et la nécessité avérée de refondre et de rationaliser les régimes actuels d'indemnisation directe, sans égard à la faute, en cas de

blesures corporelles pour en faire un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents plus efficace, sont susceptibles de ne devenir évidentes que dans plusieurs années.

Dans le secteur de la réglementation de l'information et de la publicité, nous pouvons prévoir un programme de recherches plus équilibré visant à déterminer la façon appropriée de réglementer la divulgation de renseignements et les conséquences sur l'élaboration des politiques, des recherches effectuées en psychologie sur le traitement de l'information par l'esprit humain. Nous devrions encourager certains secteurs, notamment l'étiquetage du coût de fonctionnement des produits pendant leur vie utile, au niveau fédéral, et l'éducation du consommateur en matière d'utilisation des renseignements, au niveau provincial. Des recherches plus poussées doivent être menées dans ce secteur important de la protection du consommateur, et tout semble indiquer qu'elles le seront. Toutefois, bien moins d'initiatives sont prévues en matière de réglementation de la publicité. Les projets déjà mentionnés de restructuration des mécanismes d'application, au niveau fédéral, utilisant un cadre civil et administratif, semblent avoir été mis de côté pour une période indéfinie. Très peu de réformes de la réglementation sont à prévoir, du moins pour la prochaine décennie.

Il en est de même dans le cas des pratiques commerciales et de l'équité des transactions. Une ou deux autres provinces adopteront peut-être une loi relative aux pratiques commerciales, mais il est peu probable que l'une d'entre elles insiste pour obtenir un engagement plus important de la part du gouvernement, que ce soit au niveau des enquêtes ou de l'application.

Peu ou point de mesures législatives sont à prévoir pour ce qui est de la qualité et des garanties des produits de consommation. Il est possible qu'une ou deux provinces décident de suivre l'exemple de la Saskatchewan et du Nouveau-Brunswick en adoptant une loi modérée sur la garantie des produits de consommation, mais ce n'est qu'une mince possibilité.

Enfin, en ce qui concerne l'accès à la justice et la résolution des litiges en matière de consommation, la plupart des discussions et des débats porteront sur le rapport de la CRDO sur les recours collectifs²⁵¹, à l'exception de menues réformes de la procédure devant les cours des petites créances et de quelques projets d'arbitrage des litiges en matière de consommation (par exemple, le projet actuel d'arbitrage dans le domaine des réparations d'automobiles, en Ontario). Au cours des prochaines années, les responsables de la politique provinciale s'attarderont sans aucun doute à l'opportunité et à l'élaboration d'une procédure de recours collectif. Il se peut qu'aucune loi ne soit adoptée avant plusieurs années, même en Ontario où le rapport sur les recours collectifs a été déposé. Il est possible que l'adoption de procédures en matière de recours collectifs dans les provinces de *common law* prenne des

années, et il est plus que probable que la loi qui sera finalement passée soit encore moins sévère et prévoit une procédure plus compliquée que le projet dont on discute à l'heure actuelle.

En somme, la réforme du droit de la consommation semble promettre une certaine stagnation, sinon un recul. D'une part, cette remarque peut être décourageante pour les partisans du consumérisme; d'autre part, elle reflète la prise de conscience fondamentale, de la part du gouvernement, du milieu des affaires et des commentateurs plus trempés dans ce domaine, du fait que l'élaboration de politiques de protection du consommateur est beaucoup plus complexe qu'elle ne le semble de prime abord. L'identification même des problèmes n'est pas facile, pas plus que la conception des lois. Et même si elles l'étaient, l'élaboration de politiques législatives serait quand même une tâche ardue, compte tenu des conséquences à prévoir lorsqu'il s'agit de passer de la théorie à la pratique.

La réalité : engagement du gouvernement et mise en application des mesures annoncées

Les personnes qui sont chargées d'élaborer les politiques comprennent bien qu'il est indispensable de faire observer les lois une fois qu'elles sont promulguées. Roscoe Pound faisait la remarque suivante il y a déjà soixante-dix ans : « La loi n'est vivante que si elle est appliquée²⁵². » On ne peut trop insister sur ce point. La réussite ou l'échec des initiatives législatives, surtout en matière de protection du consommateur, dépend grandement de la nature et de la portée de l'engagement du gouvernement et de la mise en application de ces initiatives. « D'après notre expérience, l'engagement d'un organisme envers l'application de la loi est beaucoup plus important que ses pouvoirs d'application, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure la loi sera observée²⁵³. » Dans l'exécution de la protection du consommateur, il faut donner priorité à la mise en application des lois déjà en vigueur. L'engagement d'un gouvernement envers la protection du consommateur se reflète plus dans l'application concrète des lois existantes que dans les débats théoriques sur les lois à venir.

En matière d'engagement et de mise en application, tant le gouvernement fédéral que les provinces du Canada ont échoué de façon lamentable. Toutes les études démontrent que les gouvernements au pouvoir se préoccupent peu de faire respecter les lois protectrices du consommateur qui sont déjà en vigueur ou même d'en faire connaître l'existence. D'après des études récentes, il semble qu'il y ait un écart énorme entre la théorie et la pratique, que ce soit en matière de réglementation de la sécurité des produits²⁵⁴, de poursuite des infractions relatives à la publicité trompeuse²⁵⁵, de mise en application des pratiques commerciales²⁵⁶, de réglementation des produits de consommation²⁵⁷ ou de

fourniture de mécanismes de résolution des litiges²⁵⁸. Des lois ont bel et bien été promulguées, mais elles ne sont pas observées.

La réalité : effets des lois et sensibilisation du consommateur

Le fait de ne pas faire connaître ni d'appliquer les lois existantes a un deuxième aspect concret : le public n'est pas sensibilisé aux lois en vigueur. Très peu de Canadiens connaissent même l'existence des lois censées les protéger. D'après une récente enquête, plus de 60 % des consommateurs canadiens ne sauraient même pas nommer un droit qu'ils penseraient détenir, à titre de consommateurs, en vertu des lois fédérales ou provinciales²⁵⁹. Voilà une découverte renversante qui met en cause non seulement les pouvoirs de réglementation de l'État moderne mais aussi l'aspect information et éducation de l'élaboration des politiques. Cette ignorance de la part du consommateur canadien est depuis longtemps négligée par les responsables de la réforme du droit.

Le fait que seule une fraction infime des consommateurs lésés prennent la peine de porter plainte ou d'intenter des poursuites lorsque les circonstances le justifient est aussi lié à l'inefficacité de la loi et à l'ignorance du consommateur quant à ses droits. D'après une étude, même si 14 % des consommateurs interrogés estimaient avoir été lésés au cours de transactions de consommation effectuées pendant l'année précédente, moins de 2 % d'entre eux ont réagi, ce qui comprend le fait de porter plainte²⁶⁰. D'après une autre étude, les consommateurs jugent qu'un produit de consommation sur dix achetés au cours de l'année précédente était défectueux, mais la grande majorité d'entre eux n'a rien fait à ce sujet²⁶¹.

Soyons tout de même justes : les gouvernements ont essayé de faire connaître l'existence des règles applicables en matière de pratiques commerciales et de garanties par l'entremise des médias ou par des dépliants distribués à domicile. De plus, certains ministères provinciaux de l'éducation ont encouragé l'enseignement du droit au secondaire, notamment en matière de droits du consommateur en vertu des lois fédérales et provinciales. Malheureusement, les quelques études effectuées sur les répercussions concrètes qu'ont eu les campagnes publicitaires provinciales sont plutôt décourageantes. Par exemple, à la suite d'une récente campagne publicitaire menée en Saskatchewan pour informer le consommateur d'une nouvelle loi sur les garanties des produits de consommation, le public ne semblait pas être au courant de cette loi plus qu'auparavant, bien que des sommes considérables aient été dépensées à des fins de publicité dans les médias, tant électroniques qu'écrits²⁶². Le projet d'enseignement du droit au niveau secondaire n'a pas encore été évalué de façon empirique, mais les commentaires recueillis à ce sujet sont encourageants²⁶³.

Toute la question de l'enseignement du droit au consommateur soulève un certain nombre de vieux problèmes difficiles à résoudre pour ceux qui sont chargés d'établir les programmes. Nous commençons à peine à prendre conscience des problèmes analytiques et logistiques dans ce domaine — l'approche utilisée, la conception du texte, la façon de le rendre, le montant des fonds publics jugé approprié, le coût des analyses faites pour en évaluer les effets — nous sommes donc encore loin des solutions. En outre, tout ce secteur est teinté de deux facteurs qu'ont fait ressortir les recherches modernes en psychologie : nous ne savons pas grand-chose du cerveau humain et de sa façon de traiter l'information reçue²⁶⁴; de plus, du point de vue du consommateur moyen qui croit que « ça ne lui arrivera pas », il peut être logique de ne pas tenir compte de ces programmes d'information ou d'éducation, ce qui est conforme à un comportement efficient de maximisation des intérêts²⁶⁵.

Toutefois, en attendant qu'ils trouvent des solutions à ces questions dans les années à venir, les décisionnaires fédéraux et provinciaux pourraient prendre des mesures pour sensibiliser davantage le consommateur et lui faire connaître les droits qu'il détient déjà. Il faudrait tout d'abord éliminer les traces laissées par les nombreux avocats et professeurs de droit qui ont participé à la résolution de problèmes de protection du consommateur. Il s'agirait d'épurer les lois qu'ils ont rédigées et en enlever les termes juridiques trop spécialisés et théoriques. Les exemples de langage confus et archaïque abondent, et cela même dans les lois de protection du consommateur récentes²⁶⁶. La simple décision de rédiger et d'adopter des lois protectrices du consommateur qui soient, tant au niveau fédéral que provincial, écrites en anglais ou en français courant, constituerait un grand pas en avant. Les quelques consommateurs qui voudraient se renseigner au sujet des lois existantes n'auraient qu'à se rendre dans une bibliothèque publique pour y consulter la loi pertinente pour vraiment comprendre la nature et la portée des droits prévus. À l'heure actuelle, le langage utilisé dans les lois n'est qu'un obstacle de plus à la sensibilisation du public et à l'efficacité des mesures prises pour le protéger. Le lien qui existe entre la connaissance et l'action ou, si vous préférez, entre la connaissance et le pouvoir, est bien connu. Ces éléments contribuent à un cercle vicieux :

L'ignorance mène à l'impuissance qui mène à l'apathie face à l'acquisition de nouveaux renseignements qui renforce l'ignorance [. . .] Il s'agit de déterminer si l'on peut briser ce cercle en informant davantage le consommateur quant à ses droits et à la procédure de réclamation. Il est probable que le consommateur n'assimile pas ces renseignements tant qu'il n'obtient pas réparation des préjudices subis²⁶⁷.

Il est évident que la réalité de la protection du consommateur ne se limite pas à la mise en application des mesures par le gouvernement, à l'inci-

dence des lois ou à l'information du public. Elle pousse le décisionnaire à s'interroger sur les problèmes du processus politique moderne et sur ce que Laura Nader appelle « l'impuissance endémique²⁶⁸ ».

La transformation du débat sur l'élaboration des politiques de consommation

Pendant que la portée des politiques s'élargit dans certains milieux, la nature des courants politiques dans le domaine de la consommation commence aussi à changer. En grande partie, on constate toujours des approches traditionnelles juridiques et doctrinales déjà mentionnées; mais la doctrine et la réponse du législateur à celle-ci sont en train de changer, très lentement, c'est certain, mais elles changent.

En 1975, le professeur George Stigler terminait ainsi son évaluation de la doctrine contemporaine en matière de consommation : « Les documents des projets de réforme sont, à l'exception des meilleures pages, d'une qualité intellectuelle absolument lamentable²⁶⁹. » En 1975, ce n'était pas faux. La plupart des contributions aux revues de droit ou rapports sur la réforme du droit demeuraient très doctrinaux, à l'exception de rares recherches interdisciplinaires²⁷⁰. Les analyses portant sur l'identification des problèmes et la conception de lois appropriées demeuraient restreintes et représentaient une approche légaliste. Les seuls documents qui avaient une plus grande portée reprenaient la polémique existante plutôt que les résultats de recherches étoffées²⁷¹.

Au cours des neuf dernières années toutefois, la doctrine s'est grandement améliorée dans le domaine de la consommation. Les recherches interdisciplinaires menées pour résoudre les problèmes actuels et pour formuler les mesures législatives appropriées font maintenant partie d'une méthode de travail acceptable. De nos jours, très peu de recherches sérieuses attireront l'attention des responsables de l'élaboration des politiques si elles ne reflètent pas l'opinion d'un groupe multidisciplinaire composé notamment non seulement de spécialistes en droit, mais aussi en économie, en sociologie, en psychologie et en sciences politiques. À l'heure actuelle, les ouvrages les plus influents reflètent des points de vue diversifiés²⁷².

La mise en branle d'un plus grand nombre de recherches interdisciplinaires fait suite à une doctrine juridique et économique datant du début des années 1970 et venant des États-Unis²⁷³. Pendant que l'économie américaine se détériorait et que le concept de déréglementation devenait de plus en plus populaire, la documentation juridique et économique, dominée largement par la philosophie néo-conservatrice de l'école de Chicago, a commencé à jouer un rôle prépondérant dans les discussions portant sur l'élaboration des politiques²⁷⁴. Les limites de cette théorie sur la réforme de la réglementation et de la responsabilité sont bientôt devenues apparentes²⁷⁵; elle a même été ridiculisée²⁷⁶. À la

fin des années 1970, les présomptions simplètes et finalement inutiles de l'école de Chicago étaient remplacées par une théorie juridique et économique mieux élaborée et d'application plus facile. Mais Friedman, Posner, Coase et Stigler ont laissé un énorme héritage dans ce domaine. Même si, dans leur travail, ils faisaient preuve d'étroitesse d'esprit et de logique douteuse, ils ont grandement amélioré la qualité du débat moderne. En soumettant la réforme du droit, les institutions juridiques et les règles de responsabilité à l'analyse économique, ils ont pu inclure au programme de la révision des lois de la consommation un choix prestigieux de questions négligées jusqu'alors : l'identification des problèmes, la « défaillance du marché », l'intervention gouvernementale fondée sur de meilleurs principes, la conception d'une réglementation appropriée, l'analyse des effets de la législation et le coût global de la réglementation. Même s'ils avaient une vision très dogmatique du comportement des intervenants sur le marché, ces premiers chercheurs juridiques et économiques ont établi la base d'une théorie interdisciplinaire plus poussée et flexible qui est apparue à la fin des années 1970²⁷⁷.

L'apparition récente de cette théorie plus poussée et flexible que celle de l'école de Chicago — une version plus modérée, post-posnérienne — a enrichi la doctrine moderne d'élaboration des politiques. Diverses études fédérales²⁷⁸ et provinciales²⁷⁹ sont des exemples de cette version plus modérée de la théorie de la défaillance et de la déréglementation du marché. Cette nouvelle version améliorée de la théorie juridique et économique domine à l'heure actuelle. Mais elle cédera ensuite sa place à d'autres disciplines et à d'autres points de vue. Après tout, même les concepts plutôt brillants des tenants modérés de l'approche post-posnérienne recèlent de graves défauts et sont finalement inutiles lorsqu'il s'agit d'aspects plus complexes du comportement humain. Bientôt, l'anthropologie, la sociologie, la psychologie et les sciences politiques joueront un rôle aussi important dans la réforme du droit; et c'est pour le mieux.

Le succès que connaît actuellement le projet de réforme du droit de la consommation par l'entremise de la théorie microéconomique des prix n'a qu'un seul effet négatif, en ce qu'il perpétue la croyance selon laquelle l'élaboration des politiques pour une société complexe peut être logique et systématique. Presque tous les auteurs dans ce domaine font preuve d'un véritable préjugé quantitatif et objectif. La théorie de masse — le fait que celle-ci adopte les analyses de l'impact socio-économique ou les analyses des coûts-avantages, qu'elle utilise un seul vocabulaire économique dans l'analyse des interactions humaines et institutionnelles complexes — reprend les caractéristiques communes à bon nombre de recherches importantes²⁸⁰. Nous discuterons plus tard des conséquences qu'aura la transformation de la doctrine du droit de la consommation juridique et doctrinale, dans les années 1970, en une

doctrine analytique et logique, dans les années 1980. Qu'il suffise de dire qu'au cours des neuf dernières années, nous avons assisté à une modification majeure tant des concepts que de l'analyse, dans les meilleurs ouvrages de doctrine portant sur le droit de la consommation — mouvement qui modifie de façon dramatique la nature du débat en matière d'élaboration des politiques de consommation.

Une incertitude et une controverse grandissantes

Le changement d'orientation qui a marqué la doctrine et les discussions portant sur la réforme de la réglementation en matière de consommation est sûrement la manifestation d'un phénomène plus général qui se traduit, dans l'ensemble, par une incertitude et une controverse grandissantes dans l'élaboration des politiques en matière de réglementation. Au cours des cinq dernières années, on a noté une transformation radicale de l'opinion publique et de la théorie politique. Comme l'indiquent le vocabulaire employé et les valeurs adoptées en ce domaine, le débat en matière de réglementation est devenu éminemment politique. Autant les discussions théoriques et empiriques sont devenues plus politisées, autant l'incertitude et la controverse ont grandi.

Tout d'abord, il faut noter à quel point l'opinion publique concernant le gouvernement et la réglementation publique est confuse. Des sondages d'opinion effectués tant aux États-Unis qu'au Canada indiquent que l'unanimité n'existe plus chez les consommateurs. En fait, on ne peut même plus présumer qu'un consommateur professera toujours la même opinion à l'égard d'un point donné. L'incertitude de notre époque est telle qu'un consommateur peut exprimer son indignation face à la croissance des gouvernements et à l'envahissement de la réglementation et, du même coup, favoriser une réglementation plus poussée. Selon une enquête récente, deux consommateurs américains sur trois souhaitent que leur gouvernement « cesse de réglementer le commerce et de protéger les consommateurs et qu'il laisse agir le système de la libre entreprise²⁸¹ ». Cependant, une « immense majorité » d'Américains ont affirmé qu'ils voulaient que le gouvernement continue à réglementer les conditions de sécurité dans les industries, les systèmes d'échappement des automobiles ainsi que la sécurité des produits et l'invitaient à instaurer « de nouveaux règlements visant à consolider les droits et recours du consommateur²⁸² ». Dans l'anecdote qui suit, Pertschuk a donné une description très juste de la confusion qui règne dans la population relativement aux coûts, aux avantages et même à l'utilité de la réglementation publique :

Au printemps 1980, Bill Moyers a consacré une partie de son téléjournal à l'étude des conflits entre la Federal Trade Commission (FTC) et le Congrès. Au cours d'une conversation, Moyers m'a dit qu'il avait pensé à examiner le dossier de la FTC après avoir entendu les doléances d'un ami, son

« monsieur tout-le-monde », pharmacien et membre de la Chambre de commerce de Mineola, Long Island, qui s'était plaint amèrement du fait que les règlements de la FTC le poussaient au désespoir. Pourtant, quand Moyers s'est mis à préparer son émission et qu'il a rencontré son ami pour prendre note de ses récriminations précises, le pharmacien n'a pu faire état d'aucune décision ou règle de la FTC qui aurait pu avoir un quelconque effet sur son commerce²⁸³.

Deux constatations très claires ressortent des divers sondages effectués au cours des dernières années aux États-Unis : les Américains souscrivent aux règlements de protection du consommateur²⁸⁴, mais ils se préoccupent de plus en plus du gigantisme du monde des affaires et des gouvernements²⁸⁵. La confusion et l'ambivalence du consommateur moyen reflète un sentiment plutôt vague d'aliénation et d'impuissance croissantes, la crainte d'entrer en relation avec le pouvoir politique ou de participer au processus politique qui, par supposition, est démocratique et la peur de perdre toute autonomie individuelle²⁸⁶.

Les analyses effectuées aux États-Unis s'appliquent tout autant au Canada. Dans notre pays, des enquêtes récentes en matière de consommation ont fait ressortir des contradictions individuelles très semblables : ainsi, 59 % des Canadiens interrogés croient que le « gouvernement est trop envahissant », mais 86 % d'entre eux estiment que les règlements actuels en matière d'environnement et de protection du consommateur ont été « utiles²⁸⁷ ». En fait, le Conseil économique du Canada a dressé une longue liste de groupes et d'organismes qui invitent le gouvernement à réglementer de façon encore plus poussée le marché moderne²⁸⁸.

La doctrine politique est tout aussi incertaine et contradictoire que l'opinion publique. La controverse qui marque de plus en plus les publications spécialisées a déjà été superficielle, mais elle ne l'est plus. Elle ne résulte pas simplement d'erreurs de conception isolées ou d'effets secondaires imprévus — comme, par exemple la découverte, contre toute attente, que le produit chimique ignifuge Tris, dont il est question dans la réglementation sur les vêtements d'enfants, était un produit cancérigène²⁸⁹ — ou des nombreuses erreurs qui se sont glissées dans les règlements sur la divulgation des renseignements²⁹⁰. La controverse est plus profonde encore. Essentiellement, elle relève à la fois des points de départ théoriques et de la nature même de l'argumentation empirique.

À l'heure actuelle, les prémisses théoriques reflètent toutes les tendances idéologiques; ainsi, Friedman croit que « le marché assure la meilleure protection au consommateur²⁹¹ » alors que, d'après Cranston, la consommation doit être régie par des « lois publiques²⁹² ». Dans leur théorie et, en fait, celle de tous les spécialistes qui étudient ce domaine, les prémisses théoriques, les hypothèses, les croyances et les valeurs

sont intimement liées à une idéologie et, en définitive, elles ne peuvent être vérifiées. Lorsque les théories sont censées avoir été « mises à l'épreuve » ou « contrôlées », la méthode employée et l'argumentation empirique qui s'ensuit font l'objet d'un désaccord et de débats encore plus profonds. L'étude de Peltzman, qui « démontre de façon empirique » l'augmentation des accidents d'automobile résultant de la réglementation sur les ceintures de sécurité²⁹³, est suivie d'un réquisitoire tout aussi convaincant qui signale le caractère non scientifique des recherches effectuées, la fausseté des hypothèses, les partis pris et l'existence de variables cachées²⁹⁴. Toute étude préconisant la déréglementation du domaine des aliments et drogues ou de la sécurité des produits²⁹⁵ fait l'objet d'une réfutation d'orientation plus libérale établissant avec « preuves » à l'appui la fausseté de l'étude antérieure²⁹⁶. De même, dans d'autres secteurs importants de la réglementation en matière de consommation, on a fait état de controverses portant sur les points de départ et les « données » employés²⁹⁷. La réglementation sur la bonne foi dans les prêts, les lois sur le coût du crédit et les règles de « temporisation » ont toutes été critiquées dans la littérature spécialisée et, suivant certaines études, de telles mesures de réglementation ont eu pour résultat concret de nuire à la concurrence, car de grandes entreprises en ont profité aux dépens de plus petites²⁹⁸. D'après McChesney, la réglementation sur la protection du consommateur n'a pour seule conséquence que de redistribuer les revenus : « De façon générale, les règlements en matière de consommation favorisent les syndicats, les consommateurs touchant un revenu supérieur et les grandes entreprises; ils nuisent aux travailleurs non syndiqués, aux consommateurs à faible revenu et aux petites entreprises²⁹⁹. »

Les répercussions de cette controverse doctrinale ont été importantes. Le changement de vocabulaire et l'affirmation de plus en plus forte d'un égocentrisme idéologique ont poussé bon nombre de personnes, qui traditionnellement se portaient à la défense des consommateurs, à mettre en doute leurs propres prémisses et hypothèses. Robert Reich et Michael Pertschuk, qui ont été respectivement conseiller politique et président à tendance libérale de la Federal Trade Commission, défendent maintenant, en matière d'intervention réglementaire, des opinions qui favoriseraient les entreprises commerciales³⁰⁰. En particulier, Reich défend un point de vue « non paternaliste » relativement à la réglementation de la consommation. D'autres observateurs respectés, notamment Michael Greenfield, commencent eux aussi à exprimer de sérieuses réserves concernant l'orientation et la conception de certains règlements adoptés récemment en matière de protection du consommateur³⁰¹.

Tant les consommateurs que les spécialistes des États-Unis et du Canada commencent à prendre conscience du dilemme de notre époque, que Goudsblom a appelé « le problème du nihilisme » :

Notre civilisation ne nous a-t-elle pas appris que nous devons être disposés à scruter et à mettre en doute le fondement même de nos actes? Malgré cela, n'avons-nous pas fréquemment l'impression qu'aucun des arguments utilisés pour justifier nos jugements et nos décisions ne résiste à l'analyse critique? La reconnaissance de ce dilemme nous amène à faire face au problème du nihilisme³⁰².

La situation actuelle : bon sens, contradiction et confusion

En guise de résumé, nous pouvons dire qu'aujourd'hui, trois ingrédients entrent en parts égales dans l'élaboration des politiques en matière de consommation : le bon sens, la contradiction et la confusion. Plus haut, nous avons parlé du bon sens, du sens commun des législateurs fédéraux et provinciaux qui, dès les débuts de la Confédération, ont adopté des mesures de réglementation dans les cinq grands domaines de la protection du consommateur³⁰³. Le bon sens demeure l'élément le plus important de l'élaboration des politiques. Cependant, il n'est pas possible de déterminer ses composantes avec précision. Le « bon sens législatif » a changé et il continuera de changer selon les exigences économiques et politiques de la société que le législateur a pour mission de servir.

Il est plus facile de définir l'élément de contradiction. Nous avons déjà étudié les contradictions que soulèvent l'identification des problèmes, la conception des lois, le choix du mécanisme de réglementation approprié, le choix et la conception des méthodes d'application ainsi que la nature et l'étendue des engagements du gouvernement à l'égard de la sensibilisation du consommateur et de l'application des lois, etc.³⁰⁴. La controverse règne en maître dans ces cinq domaines³⁰⁵.

Par exemple, en ce qui a trait à la sécurité des produits et aux préjudices subis par le consommateur, notre société a reconnu qu'un régime d'indemnisation directe sans égard à la faute est le moyen qui lui permet le plus efficacement de réparer les préjudices subis au travail³⁰⁶ ou sur la route³⁰⁷, mais elle hésite encore à adopter cette attitude logique à l'égard des accidents survenus au domicile, au cours de l'emploi de produits³⁰⁸. Plutôt, les personnes chargées d'élaborer les politiques provinciales veulent régler le problème des accidents de consommation survenus au foyer en réformant le droit de la responsabilité délictuelle du fait des produits, ce qui représente une attitude étroite, improductive et foncièrement peu scrupuleuse³⁰⁹.

Pour ce qui est de la réglementation de l'information et de la publicité, tant l'identification des problèmes que la conception des lois donnent lieu à des controverses. Les études d'impact sur la divulgation de l'information et les découvertes de la psychologie concernant l'assimilation des données par l'être humain contredisent des prescriptions qu'autrefois, le législateur avait adoptées par intuition³¹⁰. Quant à la réglementation de la publicité, nous admettons qu'il est nécessaire de

promulguer des règles de portée nationale, mais notre obstination à nous servir des dispositions embarrassantes du droit pénal comme premier instrument d'application et notre hésitation à adopter des mesures de droit civil ou de nature administrative semblent indiquer qu'en dépit de nos convictions, nous ne savons pas au juste ce que nous faisons³¹¹.

En ce qui concerne la réglementation des pratiques commerciales, des contradictions apparaissent tant dans la conception des lois que les engagements du législateur. Voici comment le professeur Leff a décrit les problèmes qui se posent en tout temps dans le domaine de la conception :

Le problème découle du fait que nous voulons établir et augmenter l'efficacité du marché et, en même temps, prévenir toute forme d'exploitation en matière de commerce. Toutefois, étant donné qu'il existe des différences entre les gens et que certains peuvent, en toute innocence, obtenir des renseignements plus complets, profiter d'un pouvoir commercial plus grand et compter davantage sur leur chance, nous ne pouvons réaliser d'un seul coup les deux objectifs précités. Nous ne pouvons créer des conditions de liberté et d'équité parfaites. Plutôt, nous comptons sur la doctrine de l'excès, une règle de droit qui nous permet, par intermittence et de façon purement symbolique, d'atteindre à l'occasion et sans trop de conviction l'objectif auquel tend notre coeur inconséquent³¹².

Nous avons déjà exposé les contradictions qui ressortent des engagements du législateur³¹³. Il semble que les gouvernements s'engagent à adopter des lois, mais non à les appliquer³¹⁴.

Dans le secteur de la qualité des produits et des garanties accordées au consommateur, nous avons constaté des conflits d'un autre ordre, liés à l'énonciation du problème et à la recherche des solutions législatives appropriées³¹⁵. Les dispositions que le législateur a tendance à adopter pour établir des normes minimales concernant la qualité des produits ou la conception des garanties de consommation uniformisées sont contredites par des recherches théoriques portant sur la nature des garanties de consommation et des recherches empiriques qui contestent les coûts généraux des garanties de longue durée et en demandent le « découpage³¹⁶ ».

Enfin, pour ce qui est de l'accès du consommateur à la justice, les théories traditionnelles favorisant la création d'une procédure plus informelle de résolution des litiges sont réfutées par des études empiriques qui indiquent tout à fait le contraire³¹⁷.

Ces contradictions liées à l'élaboration des politiques modernes de la consommation ne constituent pas uniquement une série de désaccords entre spécialistes sur des problèmes précis. Elles ont une portée plus vaste et plus générale encore, se rattachant aux prémisses théoriques, aux méthodes empiriques, aux commentaires poussés de Sagoff ou de Schulze, qui nous donnent à penser que les rapports collectifs et l'autonomie individuelle du citoyen-consommateur moyen sont marqués par

une schizophrénie irréversible³¹⁸, ou à la théorie de Hirschman, du « balancement de l'intérêt » entre les questions privées et le bien public³¹⁹. La contradiction est en quelque sorte, un élément permanent et, en fin de compte, indissociable de l'élaboration des politiques. Tout au plus, nous devons tenter d'identifier et d'éliminer les contradictions évitables et apprendre à subir celles qui ne le sont pas. Nous réexaminerons cette question plus loin, dans la partie traitant des orientations futures³²⁰.

Il reste le troisième élément des politiques modernes, la confusion. Ce point a été démontré à l'évidence. L'élaboration des politiques modernes en matière de consommation est un tissu de confusion, comme l'illustrent les points de départ et les principes de base, l'identification des problèmes, la conception des lois et les stratégies d'application, les techniques d'évaluation de l'effet des lois, les critères d'évaluation, etc. Nous avons fait allusion à ces « dangers de confusion » dans les premières parties du présent document, lorsque nous avons étudié les cinq grands domaines de la protection du consommateur³²¹. Dans ce cas également, il est possible d'éliminer une bonne partie de la confusion, et nous devons nous en charger. Cependant, certaines sources de confusion sont inévitables. Nous verrons plus loin que les responsables de l'élaboration des politiques modernes doivent avoir la maturité nécessaire pour apprendre à identifier les cas où une solution peut être apportée et à supporter les ambivalences qui ne peuvent être corrigées³²².

Voici donc où nous en sommes aujourd'hui. Les dix constatations que nous venons d'examiner nous donnent une idée des problèmes liés à la réglementation actuelle de la consommation, mais elles sont loin d'épuiser le sujet. Dans le domaine de l'élaboration des politiques, les vrais problèmes sont beaucoup plus profonds. Les véritables problèmes et contraintes de la protection du consommateur sont fondamentaux; ils touchent à l'essence même de notre philosophie moderne du droit, de l'élaboration des politiques et de la démocratie. Tels sont les points que nous étudierons ci-après.

Les problèmes et les dilemmes majeurs

D'après nous, l'élaboration des politiques modernes est entravée par des contraintes profondes d'au moins cinq ordres, qui continuent à freiner l'intervention en matière de protection du consommateur, empêchent l'adoption et l'application, en temps opportun, des textes législatifs voulus ou nuisent à leur efficacité globale. Il s'agit, par ordre d'importance, des contraintes constitutionnelles, théoriques ou philosophiques, conceptuelles ou culturelles, empiriques ou psychologiques et, enfin, structurelles ou politiques.

Les contraintes constitutionnelles

Les contraintes constitutionnelles qui entravent l'élaboration des politiques aux échelons fédéral et provincial en matière de protection du

consommateur ont déjà été mentionnées, mais de façon brève³²³. Tout système fédéral de gouvernement aura évidemment plus que sa juste part de difficultés constitutionnelles. Au Canada, où onze législatures exercent une compétence en matière de protection du consommateur, les problèmes de planification, de coordination, d'uniformité, de chevauchement et de dédoublement, de conflit entre les lois et d'inefficacité de la réglementation abondent. Les mesures concertées du gouvernement fédéral et des provinces ainsi que la coordination des efforts des provinces peuvent alléger ou diminuer certaines de ces difficultés. Cependant, une grande partie des frais qu'elles entraînent est inhérente au concept fédéraliste et représentent le prix que doit verser tout système fédéral pour obtenir des avantages qu'il juge précieux dans une union politique de ce genre.

Dans le présent contexte, notre étude ne porte pas sur les obstacles constitutionnels, inévitables du point de vue politique mais certainement nécessaires, ni sur les répercussions qu'aura le dernier texte constitutionnel passé, la *Charte canadienne des droits et libertés*. De toute évidence, les dispositions de la Charte relatives à la liberté de circulation, aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité influenceront sur la conception et l'exécution des règlements en matière de protection du consommateur, ainsi que sur les stratégies d'application auxquelles auront recours le gouvernement fédéral et les provinces au cours des années à venir³²⁴. Mais ici encore, la Charte peut déjà être perçue comme un fait politique admis, une contrainte constitutionnelle nécessaire et inévitable.

Nous examinerons plutôt les contraintes constitutionnelles inutiles et évitables, celles qui résultent en grande partie de l'imagination débordante des juges et de la passivité injustifiée du gouvernement fédéral et des provinces. Les décisions de la Cour suprême du Canada en matière de compétence fédérale-provinciale dans le secteur de la protection du consommateur, en particulier au cours des deux dernières décennies, ont entraîné l'apparition d'au moins trois problèmes importants relatifs à l'élaboration d'une politique. En premier lieu, au niveau fédéral, l'érosion continue de la portée et du contenu du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce; à l'échelon provincial, l'interprétation à outrance, par les tribunaux, de l'article 96; et aux niveaux fédéral et provincial à la fois, la question de compétence en matière d'application, par le fédéral, du droit fédéral après l'arrêt *Hauser*³²⁵. Cette dernière question a été « réglée » à l'automne 1983, mais d'une façon plutôt déroutante, lorsque la Cour suprême, dans les arrêts *Les Transports nationaux du Canada*³²⁶ et *Wetmore et Kripps Pharmacy*³²⁷, a octroyé au gouvernement fédéral compétence exclusive en matière d'application du droit fédéral.

Cependant, les deux autres secteurs à problème demeurent et ils dominent les discussions fédérales-provinciales relatives à l'élaboration

d'une politique. Tous savent fort bien que le gouvernement fédéral ne peut, de par la Constitution, mettre en place des structures civiles et administratives à l'égard de secteurs comme la sécurité des produits, la publicité ou la réglementation nationale des pratiques commerciales; cette incapacité constitue toujours une contrainte énorme affectant la conception des lois. Si la Cour suprême du Canada redonnait vie au prétendu « deuxième élément » de *Parsons* (« la réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le dominion³²⁸ ») et rétablissait l'équilibre à l'égard du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce, diverses expériences pourraient être tentées au niveau fédéral grâce à la méthode d'application plus moderne faisant appel aux structures civiles et administratives³²⁹. Il serait possible, du point de vue constitutionnel, de créer une commission fédérale du commerce ou une commission fédérale de la sécurité des produits de consommation, ou même de passer une loi fédérale sur les pratiques commerciales.

D'après certains arrêts récents de la Cour suprême du Canada, celle-ci semble disposée à réexaminer la question de la diminution du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce et ce, si les circonstances le permettent, à partir des fondements établis par le juge en chef Laskin dans *Vapor Canada*³³⁰. Dans *Les Transports nationaux du Canada*, le juge en chef Dickson a formulé un concept constitutionnel qui pourrait donner au paragraphe 91(2) une portée beaucoup plus grande³³¹, qui éviterait le piège d'une « seule industrie » établi par le juge Estey dans *Labatt*³³². Malheureusement, le juge Dickson s'est contenté du schème d'une « seule industrie » lorsqu'il a rejeté l'argument fondé sur le paragraphe 91(2) à l'égard des dispositions de la *Loi des aliments et drogues* du Canada, dans l'arrêt *Kripps*³³³.

Au niveau provincial, la seule contrainte constitutionnelle est l'article 96³³⁴. Toutefois, la portée de cette disposition a toujours été très grande. Les récentes tentatives des provinces pour mettre à l'essai des mécanismes de résolution des litiges et de protection du consommateur plus innovateurs et plus accessibles, ont été arrêtées par l'importance disproportionnée, conférée aux tribunaux, que l'on a « lue » dans l'article 96 et qui a modifié « un simple pouvoir de nomination » en une véritable doctrine de la séparation des pouvoirs³³⁵. Dans les arrêts *Crevier*³³⁶ et *McEvoy*³³⁷, la Cour suprême du Canada a fait connaître sans équivoque son désir d'enchaîner dans la Constitution la compétence exclusive des cours supérieures, de comté et de district³³⁸. Compte tenu de cet engagement explicite, on ne peut s'attendre que les tribunaux seuls redonnent une interprétation plus équilibrée aux dispositions de l'article 96. En fait, il faudra peut-être attendre une modification de l'article 96 avant que les provinces puissent passer aux actes. Heureusement, on en a proposé une tout récemment³³⁹.

Dans ces deux domaines, soit la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce et la nomination des juges provinciaux en

vertu de l'article 96, les difficultés constitutionnelles sont apparues surtout par suite de leur interprétation par les tribunaux. Mais elles ont également surgi par suite d'un autre facteur, tout aussi pertinent, c'est-à-dire la complaisance ou la passivité du procureur général du Canada, et de ceux des provinces, en matière constitutionnelle. À notre avis, ils ont tous failli à leur tâche, et ce à deux égards très importants : en premier lieu, ils n'ont pas compris le processus décisionnel des tribunaux en matière constitutionnelle et, en second lieu, ils ont toujours accordé beaucoup trop d'importance à la jurisprudence constitutionnelle. D'après la meilleure documentation que l'on puisse trouver à ce sujet, la prise de décisions en matière constitutionnelle dans un système fédéral moderne et complexe doit être et est effectivement un processus ponctuel, qui établit l'équilibre entre les intérêts en cause, qui porte sur un seul litige à la fois et qui est, en général, téléologique et logique³⁴⁰. Dans un conflit fédéral-provincial, les critères du choix d'un juge particulier sont en soi politiques et déterminés par son orientation. La décision du juge est influencée non par la doctrine invoquée mais par la conception du fédéralisme que le juge professe³⁴¹. C'est le litige dont la Cour est saisie, et non une théorie fondée sur la doctrine et une jurisprudence recherchée, qui est à l'origine de la décision précise qu'elle prendra, d'après un ensemble particulier de faits³⁴². Par exemple, les poursuivants fédéraux n'auraient pas dû se laisser influencer par la décision de la Cour suprême du Canada de considérer comme inconstitutionnelle la tentative du gouvernement fédéral de réglementer l'étiquetage de la « bière légère³⁴³ » lorsqu'ils ont retiré des dizaines d'accusations portées en vertu d'autres règlements fédéraux; et malgré tout, ils l'ont fait³⁴⁴. L'arrêt *Labatt*, même s'il laisse sous-entendre que certains juges de la Cour sont ouverts à la déréglementation, n'aurait pas dû freiner l'intervention légitime du gouvernement fédéral en matière d'élaboration de politiques dans d'autres domaines. Par sa décision, la Cour suprême du Canada voulait trancher uniquement le litige dont elle était saisie, et non mettre en place une superstructure théorique à l'égard du pouvoir fédéral en matière d'échanges et de commerce. De nos jours, les décisions en matière constitutionnelle portent sur des circonstances, des litiges et des faits précis, et ce fait ressort de façon évidente lorsqu'on considère les nombreuses causes importantes que la Cour peut ignorer si facilement lorsque les faits, les points en litige ou les circonstances changent, même très peu³⁴⁵, ou lorsqu'un juge particulier, en raison de sa conception du fédéralisme, rend une décision autre que celle qu'on aurait prévue³⁴⁶.

Certaines décisions de la Cour suprême engendrent une inquiétude certaine, compte tenu de la tradition juridique anglo-canadienne qui accorde la primauté à l'analyse doctrinale, non politique, « juridique », comme si les lois pouvaient avoir une existence indépendante de la société qu'elles régissent, comme si elles pouvaient vraiment exister à l'extérieur du système. Naturellement, nous commençons lentement à

constater qu'il n'en est rien³⁴⁷. Le raisonnement des tribunaux et, par conséquent, les arguments de nature constitutionnelle seront toujours centrés sur une cause précise et auront toujours une valeur en soi. Ils subiront l'influence prédominante des notions « d'à propos politique » véhiculées par les tribunaux. Les arguments de droit devront toujours être d'un haut niveau et théoriquement bien fondés, mais la force de persuasion innovatrice aura une place beaucoup plus importante. En résumé, une meilleure compréhension de la nature du processus décisionnel en matière constitutionnelle et un comportement plus énergique dans la mise en place des lois et la résolution des litiges publics contribueront beaucoup à éliminer les contraintes constitutionnelles et à inciter les tribunaux à élaborer le seul scénario possible relativement aux compétences en cause, c'est-à-dire favoriser une compétence concurrente fédérale-provinciale fonctionnelle³⁴⁸.

Les contraintes théoriques

Même si les contraintes constitutionnelles concernant la compétence des gouvernements disparaissaient et que le principe de la compétence concurrente fonctionnelle pouvait être établi, les vrais problèmes demeureraient. Au sein même de chacune des onze juridictions, les décisionnaires en matière de consommation auraient tout de même à procéder de façon « raisonnable » et à recourir à une perspective théorique, ou à en élaborer une, qui dirigerait leur action ou l'expliquerait. Les documents qui ont paru sur la question posent comme principe la nécessité d'un point de départ théorique pour cerner les problèmes et concevoir les lois qui s'imposent. Les observateurs qui favorisent la déréglementation ou ceux qui préconisent une réglementation plus poussée laissent entendre de quelle façon particulière ils comprennent, sur le plan théorique, le comportement du marché et la façon dont le gouvernement devrait réagir. Malheureusement, la valeur et l'application d'une théorie en matière de consommation souffrent de plus en plus de la tendance toujours croissante des auteurs à recourir à un schème de pensée fonctionnant selon un vocabulaire unique et une solution unique. Dans ces milieux, la théorie fondée sur une solution unique est chose courante et, à notre avis, les conséquences que ce fait aura sur l'élaboration des politiques sont lourdes.

Le meilleur exemple de la tendance vers une théorie fondée sur une solution unique est le fait que les spécialistes et les responsables de l'élaboration des politiques sont de plus en plus attirés, pour ce qui est de la réglementation en matière de consommation, par l'approche juridique et économique. Nous avons déjà décrit les origines du mouvement prônant le droit et l'économie, la montée et la chute de l'école de Chicago ainsi que la tendance actuelle de la littérature vers une version nouvelle et améliorée, post-posnérienne³⁴⁹. Revenons sur ce point le temps d'une remar-

que : même après que la superstructure théorique de l'école de Chicago, simple et rigide à l'excès, a été remplacée par une version moins simpliste et plus évoluée, le vocabulaire micro-économique a été retenu et la théorie fondée sur une solution unique, conservée. Et cette « poursuite de la vérité obligatoire³⁵⁰ » continue d'attirer de plus en plus de disciples dans cette époque marquée d'incertitude. La documentation juridique foisonne d'analyses économiques sur pratiquement tous les phénomènes du comportement humain, allant de la réglementation publique et la réforme de la règle de responsabilité³⁵¹ à la privatisation du « marché des bébés³⁵² ».

Un bref moment de réflexion nous permettra de constater que l'approche économique de l'analyse des politiques n'est pas la seule possible ni la plus importante. Après tout, l'efficacité du marché n'est qu'un des nombreux objectifs de la société moderne. La privatisation de l'instruction, ou de la police, ou des médias électroniques, ou du « marché des bébés » comporte des conséquences que les détenteurs d'autres valeurs culturelles, religieuses ou politiques de notre collectivité ne sauraient tolérer. Comme Okun l'a noté : « La société refuse de se transformer en une machine distributrice géante³⁵³. »

Cette attirance toujours présente pour une approche plus « scientifique » de l'analyse économique à l'égard de la réglementation dans notre société laisse beaucoup à désirer pour une seconde raison. Même lorsqu'une analyse économique de la défaillance du marché ou des externalités s'impose à l'égard, par exemple, de la sécurité des produits, de la publicité, des pratiques commerciales ou de la réglementation de la qualité des produits de consommation, son utilité est rapidement réduite en raison de la souplesse des concepts mêmes qui sont utilisés. Comme Breyer l'a fait remarquer : « On peut toujours justifier le coût des retombées qu'entraîne la réglementation³⁵⁴. » On pourrait ajouter « . . . ou son absence ».

Mais ce qui nous intéresse, ce ne sont pas les limites politiques ou analytiques de la préférence exclusive pour l'analyse économique — elles sont nombreuses et leur existence est reconnue peu à peu — , mais plutôt le fait que l'analyse économique exerce toujours une attraction sur les technocrates. L'analyse économique est précieuse, c'est évident, mais sa valeur continue d'être surestimée et reflète chez ses tenants une tendance, qui semble vouloir demeurer, d'être à la recherche d'une solution unique.

Un autre exemple illustre bien ce phénomène : la dénigration systématique de l'analyse marginale, que l'on tient pour une méthode ponctuelle qui ne serait fondée sur aucun principe, et la mise sur un piédestal de la planification globale en tant qu'unique but légitime des décisionnaires. Là encore faudrait-il faire preuve de prudence. Il est certain que beaucoup d'auteurs spécialisés dans l'élaboration des politiques et l'analyse des politiques modernes ont contribué à identifier et à résoudre les problèmes du consommateur contemporain. Les ouvrages

de Stokey et Zeckhauser³⁵⁵, de Breyer³⁵⁶, de Bardach et Kagan³⁵⁷, de Graymer et Thompson³⁵⁸, ainsi que de House³⁵⁹ et de Lave³⁶⁰ constituent, de nos jours, un apport important pour le consommateur et le responsable de l'élaboration des politiques. En outre, les méthodes utilisées dans l'analyse des politiques modernes deviennent de plus en plus complexes. Il suffit de mentionner la théorie des probabilités, l'analyse économétrique des files d'attente, les modèles de diffusion et la modélisation démographique, les méthodes de la valeur actualisée, les algorithmes de programmation linéaire, l'analyse des régressions multiples et l'établissement de prix fictifs³⁶¹.

On peut probablement comprendre la confiance de plus en plus grande qu'on accorde, grâce à ces méthodes, aux théories et la conviction que l'élaboration globale de politiques et la planification globale sont maintenant possibles. On se souvient du pronostic que Lindblom a fait en 1959, soit qu'« au mieux, nous pouvons seulement nous débrouiller³⁶² », davantage comme d'une platitude exprimée par un tenant cynique de l'analyse marginale plutôt que d'une prédiction pragmatique relative à l'élaboration de politiques modernes.

Cette hésitation à prendre l'analyse de Lindblom au sérieux persiste, mais certains auteurs commencent à lui donner crédit. Dans un article important publié dans la *Harvard Law Review* en 1981, Diver a critiqué la tendance à dénigrer l'analyse marginale. À son avis, « seul un surhomme pourrait adopter sans réserve l'idéal de la rationalité globale³⁶³ ». La rationalité globale, prétend-il, n'est pas toujours possible ni souhaitable. Cependant, dans certains secteurs de la protection du consommateur, une analyse marginale ponctuelle serait plus avantageuse et plus légitime. Voici comment s'énonce le problème fondamental :

Notre philosophie sociale comporte une tendance inquiétante à vaciller entre deux extrêmes. La solution aux échecs globaux ne se trouve pas dans une retraite aveugle dans l'analyse marginale. Nous devons en arriver à un équilibre, reconnaître la limite de nos moyens [. . .] Une théorie de l'élaboration des politiques bien pensée devrait pouvoir tenir compte de ces deux extrêmes, chacun considéré comme ayant la prépondérance dans son secteur³⁶⁴.

Tout comme notre attirance pour l'approche juridique et économique plus « scientifique » à l'égard de la réglementation moderne, notre penchant similaire pour la planification globale et notre dénigrement de l'analyse marginale reflètent une préoccupation profonde et permanente avec la théorie fondée sur une solution unique.

L'influence qu'exerce le monisme philosophique sur notre culture est facile à comprendre. Cette théorie reflète, et de façon profonde, l'un de nos besoins fondamentaux de certitude et d'ordre³⁶⁵. Mais ce n'est pas l'approche la plus sage. Dans un monde de plus en plus polycentrique d'analyses faites à plusieurs niveaux et d'échanges conceptuels, où « il n'existe pas un critère unique de l'allocation optimale des res-

sources³⁶⁶ », le théoricien qui propose une solution unique donne rapidement l'impression d'être simpliste et naïf. Isaiah Berlin l'a reconnu lorsqu'il a écrit ce qui suit :

Nous ne pouvons en arriver à la bonne politique d'une façon mécanique ou déductive — il n'existe aucune règle absolue pour nous guider; souvent, les conditions sont peu claires et il est impossible d'analyser pleinement ou d'énoncer les principes. Nous cherchons à ajuster ce qui ne peut l'être, nous faisons de notre mieux³⁶⁷.

La notion qu'il doit y avoir des réponses objectives définitives à des questions normatives, des vérités qui peuvent être démontrées ou déduites directement par intuition, qu'il est possible, en principe, de découvrir un dessein harmonieux qui réconcilie toutes les valeurs et que c'est vers ce but unique que nous devons nous diriger ou que nous pouvons découvrir un principe central unique qui donne forme à cette optique, principe qui, une fois découvert, régira nos vies — cette croyance ancienne et presque universelle sur laquelle repose une si grande partie de la pensée et de l'action traditionnelles, ainsi que de la doctrine philosophique, ne me semble pas valable et, à certains moments, elle aurait apparemment conduit (et conduit encore) à des absurdités théoriques et à des conséquences barbares concrètes³⁶⁸.

L'ironie de la chose est que peu de responsables de l'élaboration des politiques et d'auteurs modernes s'opposeraient à l'analyse de Diver et de Berlin. En fait, ils seraient offensés que leur travail soit perçu de façon aussi grossière, aussi catégorique. Ils seraient les premiers à dire, avec Leff, que :

Nous devons continuer à nous battre contre un univers rempli de trop de choses que nous ne comprenons qu'imparfaitement et ensuite à les évaluer en vertu de normes que nous n'avons même pas³⁶⁹.

Mais après avoir ainsi exprimé leur accord, ils retourneraient, un peu vexés seulement, à leur petit train-train quotidien et confortable, comme si de rien n'était.

La perspective prônée par Leff, Diver, Lindblom et Berlin témoigne d'une approche théorique plus pensée, plus évoluée, une approche théorique plus radicalement pluraliste à l'égard de la protection du consommateur. Elle n'est ni nihiliste, ni cynique. Elle préconise plutôt l'adoption de perspectives plus larges, d'un vocabulaire plus étendu³⁷⁰ qui fait ressortir et reconnaît la complexité et la diversité, qui s'accommode aisément d'une stratégie et de tactiques qui sont, à l'occasion, ponctuelles et marginales. Archiloque, philosophe grec, a fait observer que le renard connaît beaucoup de choses et le hérisson, une seule, mais d'importance. Dans le cadre de l'élaboration des politiques en matière de protection du consommateur au Canada, il faudrait moins de hérissons et davantage de renards³⁷¹.

Les contraintes conceptuelles

La poursuite de la vérité « obligatoire » et la tendance à valoriser la théorie fondée sur une solution unique sont attribuables à des contraintes encore plus profondes que les précédentes, les contraintes conceptuelles ou culturelles. Notre façon d'aborder la résolution d'un problème et de raisonner, ainsi que l'importance que nous accordons à la rationalité remontent très loin, elles sont en fait au coeur même de notre culture anglo-canadienne et de nos traditions occidentales. Nous ne pouvons expliquer adéquatement ces notions complexes en quelques paragraphes, cette étude étant déjà très longue. Nous voulons simplement, ici, attirer l'attention sur notre profonde croyance en la rationalité et la puissance de la raison, ainsi que sur certaines des conséquences que cela peut avoir aujourd'hui sur l'élaboration des politiques.

Il n'est pas nécessaire de documenter l'importance que nous accordons à la rationalité et à la raison dans tous les domaines de l'élaboration des politiques, y compris la protection du consommateur. Presque toutes les études de commissions de réforme du droit, les rapports du Conseil économique ou les articles d'auteurs spécialisés débutent ou se terminent par un appel à la « rationalité » dans la réglementation moderne³⁷². Cet appel sous-entend la confiance profonde dans la capacité presque infinie de la raison humaine. La croyance en l'homme rationnel va jusqu'aux racines mêmes de l'analyse des politiques modernes et s'élève jusqu'au sommet de la pyramide décisionnelle dans tout gouvernement moderne. En fait, dans le dernier discours qu'il a prononcé devant la nation le 14 juin 1984, notre ancien premier ministre, M. Pierre Elliot Trudeau, a énoncé de façon bien claire cette hypothèse largement acceptée :

Le libéralisme consiste essentiellement à assumer le changement. Il est synonyme de défis surmontés et de réformes. Nous sommes héritiers de Locke, de Jefferson, de Montesquieu, d'Acton et de Mill. Ces penseurs nous ont enseigné que les problèmes créés de main d'homme peuvent être résolus par des hommes de bonne volonté s'ils appliquent leur raison. Et c'est cela que font les Libéraux³⁷³.

Au sujet de déclarations de ce genre, certains observateurs ont parlé d'arrogance de l'humanisme³⁷⁴ et nous ont demandé d'en finir avec « notre foi irrationnelle dans notre pouvoir illimité³⁷⁵ ». Quant à lui, le professeur Ehrenfeld a soutenu que « la foi absolue en notre capacité à rester maîtres de notre propre destinée est une illusion dangereuse³⁷⁶ » et il a exhorté les responsables de l'élaboration des politiques d'adopter une perspective plus avisée, plus expérimentale. D'autres observateurs ont choisi le thème de la rationalité limitée pour prétendre que l'analyse des politiques publiques est davantage un art qu'une science, qu'elle relève plus du bon sens que d'une analyse rationnelle³⁷⁷. Néanmoins, pour la majorité des spécialistes et des décisionnaires, la rationalité et la

croissance en la raison humaine conservent un pouvoir important et continuent d'influencer la conception des programmes des organismes de recherche ainsi que les solutions fournies par la voie des règlements. Sans aucun doute, il continuera d'en être ainsi dans les années à venir.

Toutefois, il importe de souligner que cet engagement de longue date et profondément culturel envers la raison et la rationalité est remplacé graduellement par les conclusions des chercheurs modernes en psychologie et en épistémologie. Examinons d'abord le travail des psychologues. Le professeur Simon, entre autres, étudie le rôle de la raison dans les activités humaines³⁷⁸ et la limite du processus du raisonnement. D'après lui, « la raison est entièrement instrumentale [. . .] un mercenaire auquel on peut faire appel pour toutes les causes, bonnes ou mauvaises³⁷⁹ ». Au niveau individuel, la capacité de raisonnement chez l'être humain est beaucoup plus restreinte que nous ne le croyons et elle est fortement limitée par toute situation particulière et la capacité restreinte du cerveau de traiter l'information. Au niveau institutionnel ou de l'élaboration des politiques, d'autres limites surgissent : limites d'attention et de connaissance; incapacité de mettre au même programme toute la gamme des questions d'intérêt public; limites découlant des valeurs multiples et des comparaisons interpersonnelles; enfin, limites cognitives des responsables de l'élaboration des politiques lorsque ceux-ci sont confrontés aux questions d'évaluation des risques ou d'incertitude³⁸⁰.

Cette dernière limitation — la capacité cérébrale de l'esprit humain — est un sujet très actuel dans les publications en psychologie. Et les conclusions sont à la fois intéressantes et troublantes : l'évaluation des risques est intrinsèquement subjective à cause des limites considérables et inévitables de la capacité de jugement. Les responsables de l'élaboration des politiques et les consommateurs ont, les uns comme les autres, recours à des techniques rapides de prise de décisions, ou à l'heuristique, pour prendre des décisions difficiles en matière d'évaluation des risques. Cependant, comme l'heuristique est imparfaite et biaisée, elle entraîne des erreurs de jugement systématiques et prévisibles pour ce qui est de l'identification des problèmes et de la conception des textes législatifs appropriés³⁸¹. C'est parce que les êtres humains « évaluent mal les probabilités³⁸² » et qu'ils « enfreignent systématiquement les principes de la prise de décisions³⁸³ » que de graves erreurs sont commises relativement à l'élaboration des politiques. La documentation pertinente est riche et de plus en plus volumineuse. Les ouvrages de Kahneman, Slovic, Tversky, Fischhoff, Lichtenstein, Saks, Kidd et Hammond³⁸⁴ deviendront de plus en plus connus au cours des années à venir. Hammond a bien fait ressortir le problème fondamental, un problème qui comporte des conséquences lourdes pour notre confiance culturellement confortable en la raison humaine : « Les capacités cognitives de l'être humain ne sont tout simplement pas suffisantes compte tenu des tâches qui s'imposent à

lui³⁸⁵. » En termes simples, la documentation de plus en plus riche en psychologie relativement à l'usage et à l'abus que nous faisons de l'heuristique et des fausses règles s'appliquant à la prise de décisions confond totalement l'analyse de l'utilité marginale et rend encore plus vulnérable tout engagement ferme envers la rationalité humaine³⁸⁶. Macneil s'est exprimé plus directement :

Dans le sens le plus fondamental du terme, l'être humain est irrationnel, et aucun raisonnement, aussi poussé soit-il, ne pourra produire un compte rendu complet et cohérent de la conduite, des habitudes ou des institutions humaines³⁸⁷.

Depuis quelques années, les philosophes et les historiens scientifiques ont suivi une voie semblable. De Poincaré³⁸⁸ à Kuhn³⁸⁹, de Polanyi³⁹⁰ à Feyerabend³⁹¹, les critiques contemporaines de la méthode scientifique formulées par les spécialistes mêmes qui participent à la recherche exposent de façon encore plus persuasive les lacunes historiques et analytiques de la méthode, de l'objectivité scientifique et de la connaissance humaine³⁹². À l'instar des ouvrages de psychologie, ces travaux sur la philosophie des sciences deviendront lecture obligatoire pour les spécialistes et les responsables de l'élaboration des politiques qui persistent à s'accrocher à la raison humaine comme à une sorte de gilet de sauvetage analytique.

Nous ne voulons pas du tout dire que nous renonçons à notre capacité, unique à l'être humain, de régler des problèmes par des solutions « rationnelles ». Nous soulignons seulement qu'il serait nécessaire de réévaluer dans quelle mesure notre confiance dans le pouvoir de la raison humaine — en fait, la réification de ce pouvoir — domine les milieux intellectuels qui contribuent à l'élaboration des politiques actuelles et influence indûment le contenu des programmes de recherche et le vocabulaire de la réglementation. Si notre constance envers la rationalité n'est rien d'autre qu'une réaction théorique contre les abus des décisions arbitraires, elle est alors compréhensible et sans conséquence. Cependant, si cette croyance en la raison se manifeste de façon plus importante dans des notions de méthode scientifique, d'objectivité et de solutions finales, la situation est alors plus inquiétante, voire plus grave. Dans ce dernier cas, la tendance à favoriser une théorie fondée sur une solution unique continuera de s'amplifier. Les vocabulaires analytiques exclusifs seront utilisés, les experts domineront le processus d'élaboration des politiques, et nous demeurerons au point où nous en sommes depuis cent dix-sept ans — dans l'ornière des fausses hypothèses et des mauvaises orientations. Nous espérons que la documentation susmentionnée permettra aux personnes chargées de l'élaboration des politiques qui se veulent sérieuses de poursuivre leurs travaux dans des directions plus progressives, plus expérimentales. Nous en reparlerons dans la partie intitulée « Un plan d'action pour l'avenir ».

Les contraintes empiriques

Le quatrième genre de contrainte qui gêne de nos jours l'élaboration des politiques en matière de consommation est d'ordre empirique. Cette contrainte a trait à la nature et aux lacunes des méthodes modernes de recherche empirique. Elle concerne aussi le problème de la rationalité décrit précédemment, c'est-à-dire la tendance qu'ont certains à utiliser un vocabulaire unique et à ne vouloir chercher qu'une seule solution, que des données concrètes, persuadés qu'une quantité suffisante de données empiriques facilitera l'élaboration des politiques. Les personnes averties chargées de l'élaboration des politiques se trouvent une fois de plus confrontées à un paradoxe. D'une part, elles doivent recueillir plus de renseignements, pousser la recherche empirique plus à fond pour être plus en mesure d'identifier les problèmes ou de concevoir un texte de loi approprié et, d'autre part, elles doivent reconnaître qu'en définitive, les renseignements recueillis ne seront pas déterminants et qu'elles ne pourront pas s'y fier à cause des nombreuses limites et faiblesses qui caractérisent les méthodes utilisées en sciences sociales.

La contrainte empirique peut s'expliquer plus clairement comme suit : la plupart des règlements que nous adoptons au Canada en matière de protection du consommateur sont plus fondés sur l'intuition et le tâtonnement que sur l'observation empirique pure. Nous commençons à accentuer nos efforts relativement à la recherche empirique, notamment dans des domaines comme la sécurité des produits, l'information et l'étiquetage, les pratiques commerciales et les garanties accordées au consommateur³⁹³. Certaines de ces études ont déjà été traitées plus haut. En revanche, nous n'avons toujours pas résolu les questions fondamentales qui se posent à l'égard des cinq grands domaines considérés dans le présent document, soit l'identification des problèmes, la conception des lois, le choix du mécanisme de réglementation approprié, le choix et la conception des méthodes d'application et des moyens de recours, les mesures relatives à la sensibilisation du public et à la publicité, les méthodes d'application gouvernementales ou l'évaluation de l'impact du marché.

La plupart des autorités chargées de l'élaboration des politiques reconnaissent qu'il serait utile et même nécessaire de faire de la recherche empirique dans chacun de ces domaines. C'est en effet la recherche empirique qui nous a permis de constater, au chapitre de la sécurité des produits et de la responsabilité du fait des produits, que le recours en responsabilité civile n'était pas un moyen de dissuasion aussi fort qu'on ne l'aurait pensé, que le prétendu problème de risque moral ne se posait pas dans le contexte de l'assurance des préjudices corporels sans égard à la faute et que les méthodes d'évaluation des sanctions étaient plus ou moins fiables³⁹⁴. Pour ce qui est des pratiques commerciales, la recherche empirique a mené à des conclusions alarmantes sur le degré d'engagement des gouvernements et les mesures d'application qu'ils pre-

naient³⁹⁵. Quant à la réglementation de la publicité et de l'information, elle a dévoilé les effets ambigus ou même négatifs de certains règlements sur la divulgation obligatoire de renseignements ou l'étiquetage³⁹⁶. En ce qui concerne les garanties accordées au consommateur, les données concrètes ont contredit les hypothèses qui avaient cours depuis longtemps sur le rôle de la garantie et le coût réel pour le consommateur d'une garantie soi-disant améliorée³⁹⁷. À l'heure actuelle, les données empiriques nous incitent à remettre en question l'opportunité d'assouplir les recours judiciaires dont dispose le consommateur³⁹⁸. Les données recueillies pour chacun de ces domaines ont évidemment été utiles et éclairantes; il vaut mieux en avoir plus que moins.

Ce qui nous inquiète, toutefois, c'est de voir dans quelle mesure les responsables de l'élaboration des politiques en matière de consommation et les observateurs tendent à idéaliser et à ne pas mettre en question la recherche empirique. Par exemple, lors du débat que Priest et Whitford ont engagé pour savoir quelle théorie expliquerait le mieux les garanties offertes aujourd'hui sur les produits de consommation, Priest a terminé en disant que seules de « meilleures données » permettraient de résoudre la question³⁹⁹. De meilleures données éclaircirait sans doute le débat, et il serait effectivement bon qu'on en recueille, mais elles ne mettraient aucunement fin à la discussion. La complexité du processus d'élaboration des politiques et, en particulier, la complexité et les lacunes des méthodes utilisées en sciences sociales font de la collecte des données une activité qui n'est pas à l'abri des contradictions, même si elle constitue un domaine qui semble exact et objectivement vérifiable.

Les lacunes viennent du double problème que pose la méthode de recherche : premièrement, la controverse quant au choix de la méthode appropriée et, deuxièmement, quant à l'évaluation ou l'interprétation des données.

Le premier volet du problème a trait au plan de recherche — à la formulation des hypothèses qui doivent être vérifiées et au choix de la méthode à appliquer. Deux questions se posent à ce stade-ci : dans un domaine comme celui des relations humaines où, selon Poincaré, il y a un nombre infini d'hypothèses vérifiables⁴⁰⁰, laquelle devrait-on vérifier? On peut alors se demander quelles sont les choses que l'on peut réellement vérifier. Deuxièmement, s'il est possible de définir l'hypothèse appropriée et les variables pertinentes, que peut-on faire de la théorie de l'optimum de second rang?

La théorie de l'optimum de second rang et le problème des conditions interdépendantes ont été analysés par beaucoup d'auteurs, dont Markovits⁴⁰¹ et Duggan⁴⁰². Leff est toutefois celui qui explique la théorie de la façon la plus claire et la plus colorée :

Si vous êtes devant une situation qui met en jeu N variables et que vous en dirigez moins que N , vous êtes un niais si vous croyez être capable de prévoir ce qui va se produire lorsque vous ferez varier « vos » variables.

Autrement dit, dans les situations complexes (notamment les relations sociales), un pas dans la bonne direction n'est pas nécessairement un bon pas. Prenons un exemple simple : supposons que je sois sur une île déserte, dégoûté de me nourrir uniquement de noix de coco et d'huîtres, et que de l'autre côté de la baie se trouve une autre île à la végétation luxuriante et aux terres fertiles; je n'améliorerais pas ma situation si je nageais la moitié de la distance qui sépare les deux îles⁴⁰³.

Leff poursuit :

Dans toute décision sociale, il faut avant tout pouvoir répondre aussi correctement que possible aux questions suivantes : 1) parmi les facteurs que je tiens pour acquis, *quels* sont ceux qui ne varieront pas si j'interviens? 2) *quels* sont, parmi les facteurs que je connais, ceux qui ont un rapport avec l'objet de mon intervention? 3) *dans quelle mesure* puis-je prévoir le comportement de ces facteurs lorsque je ferai varier les variables que je puis diriger; et 4) lorsque je parle des effets de mon intervention, *à quel moment* dois-je prévoir qu'ils se produiront⁴⁰⁴?

Un tel exercice est pour le moins difficile sinon impossible, particulièrement dans une société moderne et complexe où « l'effet d'une action n'est qu'un aspect de sa signification, mais où ce que signifie cette action ne se reflète pas entièrement dans ses effets⁴⁰⁵ ».

Même si l'on parvenait à mettre au point une méthode de recherche réellement efficace et à obtenir des données concrètes vraiment déterminantes, le deuxième volet du problème empirique, soit les critères d'évaluation, demeurerait entier. Sur quoi devrions-nous nous fonder pour évaluer les données recueillies? Une analyse avantages-coûts? Une évaluation des répercussions socio-économiques? Mais connaissons-nous la définition ou le contenu de ces diverses expressions? Dans quelle mesure le coût ou l'avantage sont-ils des critères politiques, laissés indéfiniment à l'interprétation du personnel politique, au lieu d'être des critères d'analyse? En analysant le décret n° 12291 du président Reagan (qui normalise l'application de la méthode avantages-coûts dans l'élaboration des programmes de réglementation), Baldwin et Veljanovski ont constaté que l'analyse avantages-coûts, appliquée intelligemment, pouvait s'avérer un outil précieux en matière de réglementation mais qu'elle ne devait pas être la règle dans la résolution de problèmes délicats, notamment les questions de réglementation où les imperfections du marché abondent et où l'on risque fort d'exagérer l'importance des données les plus faciles à mesurer qui sont recueillies, c'est-à-dire les données concrètes. Bien que l'analyse avantages-coûts soit utile dans un contexte très précis, concluent-ils, elle est imprégnée de valeurs et présente un caractère fondamentalement politique⁴⁰⁶. La professeure Tuohy fait une critique encore plus acerbe de cette méthode couramment utilisée aujourd'hui. Elle condamne l'analyse avantages-coûts pour les raisons suivantes :

1. Cette méthode est erronée parce qu'assujettie à un certain nombre d'hypothèses plus ou moins arbitraires (par exemple, la définition des facteurs à classer parmi les coûts ou les avantages, les taux d'actualisation, les méthodes d'évaluation de la durée de vie utile, la spécification des modèles prévisionnels, les méthodes de modélisation mathématique).
2. Cette méthode est biaisée parce qu'elle favorise l'étude de facteurs quantifiables plutôt que non quantifiables et que son caractère plutôt ésotérique tend à exclure de la discussion quiconque n'a pas la compétence nécessaire.
3. Cette méthode est politiquement inapplicable parce qu'elle oblige les dirigeants à prendre des mesures contraires à leurs intérêts politiques (ces dirigeants peuvent être plus préoccupés de savoir *qui* supportera les coûts et *qui* bénéficiera des avantages que de choisir la politique qui procurera les meilleurs avantages sociaux, déduction faite des coûts).
4. Cette méthode est politiquement stratégique, en ce sens qu'elle peut permettre aux opposants de la réglementation de paralyser le processus.
5. Cette méthode est moralement contestable parce qu'elle assujettit des valeurs particulières, comme celles qui sont inhérentes à la vie humaine, à un calcul utilitaire⁴⁰⁷.

Une fois les données recueillies, le choix et l'élaboration des méthodes d'évaluation appropriées, ou des « critères de sélection », sont davantage compromis par des facteurs que les psychologues associent depuis peu à la nature du raisonnement humain : l'emploi de méthodes heuristiques, les règles imparfaites de décision, l'incapacité cognitive du cerveau, etc. Ces facteurs psychologiques ont déjà été traités dans le présent document. Il ne nous reste finalement qu'un point à souligner : les récents travaux de recherche en psychologie permettraient de croire que non seulement les capacités analytiques du conscient sont largement limitées, mais que l'inconscient aussi est assujéti à des contraintes encore plus remarquables. Des recherches faites au Laboratory for Cognitive Psychophysiology de l'université de l'Illinois ont démontré qu'« une immense proportion de l'activité cognitive est inconsciente [. . .] en fait, on pourrait parler de 99 % de cette activité » et ont permis de conclure que « l'on ne connaîtra probablement jamais la proportion exacte de l'activité cognitive qui se situe hors du conscient⁴⁰⁸ ». Par définition, les conclusions de cette recherche ne seront jamais entièrement comprises ou appréciées. Ces travaux devraient toutefois constituer une mise en garde des plus nécessaires au moment où les responsables de l'élaboration des politiques commencent à accorder plus d'importance qu'il ne le faut aux données soi-disant sérieuses.

Par ces propos, nous ne cherchons aucunement à taire la nécessité d'accroître la recherche empirique et l'analyse d'impact dans les divers domaines de la protection du consommateur, qui ont été traités dans la présente étude. Au contraire, il y aurait lieu de faire des efforts beaucoup plus grands dans ce sens. Néanmoins, comme la recherche se précise et

les données sont recueillies, il est sage et utile de s'interroger intuitivement sur l'influence déterminante qu'auront ces données en dernière analyse. La résolution du dilemme des données empiriques posera toujours un défi à ceux qui sont chargés d'élaborer les politiques. Ils auront à trouver une méthode efficace de recherche empirique tout en reconnaissant ses lacunes et ses limites inhérentes et à reconnaître et à apprécier les limites de ce que Lindblom et Cohen appellent « le savoir utilisable⁴⁰⁹ ». Malgré ce dilemme, certains objectifs de recherche empirique à court et à long terme peuvent être poursuivis. Nous décrivons ces objectifs dans la section subséquente sur les orientations futures.

Les contraintes structurelles

Nous en arrivons enfin au dernier obstacle à l'élaboration des politiques modernes, celui d'ordre structurel ou politique, qui demeure le plus considérable. Même si tous les obstacles dont nous venons de parler étaient levés, ce dernier, qui est le plus fondamental, mettrait toujours un frein à la réglementation en matière de protection du consommateur au Canada. L'obstacle structurel ou politique n'est rien d'autre que le fonctionnement actuel de notre processus politique et il est donc lié à l'organisation même de la vie au Canada. Son élimination exigerait des efforts inimaginables et soutenus de planification à long terme. Selon toute vraisemblance, cet obstacle ne disparaîtra jamais, mais il faut quand même tenter l'impossible.

Après tout, la protection du consommateur n'est pas seulement le « fondement de notre système économique⁴¹⁰ », mais aussi le fondement de notre processus politique. Si toute la théorie de la protection du consommateur énoncée depuis vingt-cinq ans pouvait être réduite à son essence, un dénominateur commun surgirait : le consommateur moyen est un individu relativement peu puissant. Faisant obstacle à la protection efficace du consommateur se trouvent un marché pratiquement impénétrable et un processus politique inaccessible, processus qui relève davantage de la polyarchie que de la démocratie, qui est dominé par la puissance et l'influence — plus souvent qu'autrement du milieu des affaires et de ses lobbistes — et qui aurait besoin d'être repensé de fond en comble.

L'une des études les mieux faites sur l'interdépendance de la politique et des marchés dans la société nord-américaine a été effectuée en 1977 par Chester Lindblom⁴¹¹. Celui-ci affirme que le milieu des affaires continue d'occuper une place très privilégiée dans l'État moderne et l'élaboration des politiques actuelles. Michael Pertschuk a poussé plus loin cette étude dans le contexte de la réglementation de la consommation pour conclure : « L'analyse de Lindblom rend parfaitement la situation du consommateur⁴¹². » Pertschuk a soutenu que le milieu des affaires domine effectivement l'élaboration des politiques touchant le

consommateur et qu'aux États-Unis du moins, il a mis en oeuvre des moyens de pression très complexes et formé des « comités d'action politique » afin de s'assurer une présence constante, bien organisée, articulée et superinfluente pour ce qui est de la formulation et de la mise en application de la politique en matière de consommation.

La thèse de Lindblom et de Pertschuk s'applique-t-elle au Canada? C'est moins évident, mais il y a peu de raisons d'en douter. De par sa nature même, le processus politique canadien accorde lui aussi une place privilégiée au milieu des affaires dans le secteur de la formulation des politiques actuelles en matière de protection du consommateur. En fait, comme nous l'avons déjà dit, « il y a toujours eu un secteur du milieu des affaires pour s'opposer à l'adoption de pratiquement chaque loi de protection du consommateur importante d'après-guerre⁴¹³. » Les principales interventions fédérales et provinciales en la matière ont été atténuées, retardées ou complètement détournées de leur but premier par l'opposition vociférante et organisée du milieu des affaires.

À titre de société bien constituée, comment pouvons-nous nous y prendre pour résoudre ces problèmes fondamentaux, que nous connaissons depuis fort longtemps, et pour qu'enfin notre état de polyarchie soit changé en démocratie? Cette question sort du cadre de la présente étude, mais voici un point important à retenir : nous devons commencer à reconnaître l'importance des réformes du processus et de la structure politiques, même dans le cadre d'un programme modéré de protection du consommateur. La révision de la réglementation et du processus décisionnaire doit s'effectuer de concert.

Si, au moins, nous ne reconnaissons pas sans équivoque l'identité essentielle des questions concernant la révision des lois, d'une part, et la réforme politique de l'autre, nous courons fort le risque, sans le vouloir, de convaincre le public (ce qui peut faciliter les choses du point de vue politique) par nos nombreux efforts déployés [actuellement] dans le secteur de la réglementation, qu'on peut accomplir beaucoup de réformes en matière de réglementation sans avoir à modifier de fond en comble nos institutions et nos processus politiques⁴¹⁴.

Naturellement, l'inverse est également vrai : nous devons commencer à réformer notre processus politique, de sorte que l'autonomie individuelle, la participation démocratique et l'imputabilité institutionnelle auront aussi un sens dans le contexte de la protection du consommateur. Ainsi, le consommateur moyen aura finalement son mot à dire sur les petites et les grosses injustices qui se passent sur le marché moderne. La préoccupation du consommateur moyen par les « petites injustices » et la nécessité de réformer de fond en comble nos institutions et nos processus politiques sont inextricablement liées. Rappelons-nous la perspicacité de Laura Nader :

Dans une société de consommation, les petites injustices remplissent une grande partie de notre vie journalière et, bien sûr, l'attitude des gens face à la

loi et la conséquence de leur contact avec la loi, ou de l'absence de contact, lorsque le besoin s'en fait sentir. Si les citoyens ne peuvent faire appel à la loi pour les choses importantes, celle-ci n'a plus aucune pertinence et ils doivent avoir recours à autre chose, à d'autres solutions que la loi⁴¹⁵.

Par « choses importantes » pour le consommateur canadien, nous voulons parler non seulement de la connaissance de ses droits ou d'une plus grande facilité à faire résoudre les litiges, mais aussi le fait de savoir que la politique qui le touche est le fruit d'un processus relativement démocratique qui est accessible et représentatif. Si le gouvernement fédéral et les provinces continuent à faire abstraction de ce point capital dans leurs projets de réforme du droit, leur négligence aura des conséquences énormes. Comme le faisait remarquer Corry :

Si la majorité des citoyens ne considèrent pas que le gouvernement « est formé de gens comme eux, qui travaillent pour eux », la loyauté spontanée, dont dépend si manifestement la démocratie, disparaîtra. Si, au contraire, le gouvernement persiste à prendre des mesures qui divisent les citoyens en des centaines de factions à l'égard de centaines de questions, la démocratie sera détruite par l'intérieur. Et ce n'est pas l'exhortation qui la sauvera. C'est pourquoi tous les efforts devraient porter sur un changement d'attitude plutôt que sur tout autre objectif national telle la croissance économique⁴¹⁶ [. . .]

Naturellement, le type de changement dont parle Corry nécessiterait rien de moins qu'une restructuration majeure de nos institutions politiques et de nos idéaux électoraux longtemps en veilleuse. Les paramètres particuliers de ce processus de démocratisation et les obstacles immédiats de la moindre action — problèmes des relations fédérales-provinciales⁴¹⁷, pluralisme politique moderne⁴¹⁸ ou « égoïsme électoral⁴¹⁹ » — font de plus en plus l'objet d'études spécialisées⁴²⁰. À notre fin, c'est-à-dire dans le contexte de la réglementation de la protection du consommateur, les mesures qui peuvent être prises dans un avenir prévisible sont plus discrètes et plus manoeuvrables. Nous les décrirons dans la partie qui suit.

Un plan d'action pour l'avenir

Dans cette dernière partie, nous identifierons, du moins à titre d'essai, certaines orientations à court et à long terme que pourraient adopter les personnes chargées d'élaborer les politiques fédérales et provinciales. Les objectifs à long terme sont directement rattachés aux contraintes énoncées dans la partie précédente et aux conséquences de la reconnaissance de leur portée. Ces objectifs s'inscrivent évidemment dans le cadre d'une stratégie à long terme. Il peut se passer plusieurs dizaines d'années avant que des changements ne se fassent sentir, et le moindre changement est susceptible d'exiger d'importantes restructurations politiques. Entretemps, il faudrait toutefois prendre des mesures à plus

court terme pour remédier à certaines difficultés que nous avons déjà mentionnées. Prises immédiatement, elles pourraient avoir des résultats réels et quantifiables.

Les objectifs à long terme

Voyons en premier lieu les contraintes constitutionnelles dont nous avons discuté précédemment. À cette étape-ci, il est essentiel que les ministères fédéraux et provinciaux fassent preuve de plus d'assurance dans l'élaboration des principes directeurs, face aux obstacles réels ou présumés, de nature constitutionnelle ou juridictionnelle. Les responsables des politiques fédérales et provinciales doivent aussi commencer à comprendre la nature téléologique et ponctuelle de la prise de décisions en matière constitutionnelle. Les deux paliers de gouvernement doivent affirmer plus énergiquement leur position constitutionnelle respective ainsi que leurs revendications sur le plan des compétences, au moyen de pouvoirs utilisés en fonction des attentes nationales en matière d'échanges et de commerce, pour le gouvernement fédéral, ainsi que de tribunaux alternatifs dotés de procédures judiciaires moins strictes, pour les provinces.

Quant au palier fédéral en particulier, où les mécanismes de réglementation civils ou administratifs sont présumés justifiés et où une attaque massive de la jurisprudence existante en matière d'échanges et de commerce s'impose, les responsables de l'élaboration des politiques devraient concentrer leurs efforts devant les tribunaux sur des initiatives plus populaires — non pas sur la réglementation de la « bière légère », par exemple, mais sur les questions de santé et de sécurité publique. Le fait de prendre une position constitutionnelle agressive dans un domaine approprié de la réglementation contribuerait grandement à redonner au fédéral un pouvoir général de réglementation en matière d'échanges et de commerce. La seule façon de faire avancer cette question est, à la fois, de faire preuve d'une meilleure compréhension du processus décisionnel en matière constitutionnelle et d'appliquer une stratégie plus énergique devant les tribunaux. Si cette approche est un échec, il faudra peut-être alors faire appel à la nouvelle formule canadienne d'amendement constitutionnel afin d'établir des orientations plus claires, tant pour la réglementation fédérale en matière d'échanges et de commerce que pour les mécanismes non contentieux proposés par les provinces pour la résolution des litiges.

Les contraintes théoriques et philosophiques décrites dans la partie précédente peuvent aussi être réglées à long terme. Ici, il faut avant tout abandonner le point de vue d'un vocabulaire et d'une solution uniques dans la théorie de la protection du consommateur. Bref, il faut adopter un point de vue général permettant aux autorités de s'adapter à la confusion et aux contradictions inévitables qui entraveront l'élaboration de politi-

ques fondée sur des principes, dans un monde où les intervenants et les interventions mêmes, sont multiples. Le rejet du concept de la solution unique n'équivaut pas à l'acceptation du nihilisme. Gilmore a tout à fait raison lorsqu'il affirme : « Le destin de l'homme réussira toujours à contourner les efforts que fait ce dernier pour le comprendre⁴²¹. » Il en est de même pour Leff lorsqu'il déclare : « Le droit n'est pas quelque chose que nous connaissons mais que nous exerçons⁴²². » Ce sont des réflexions très judicieuses, mais elles ne devraient pas empêcher les autorités d'agir. Celles-ci devraient atteindre une certaine maturité, c'est-à-dire adopter sans réserve la remarque de Miguel de Unamuno selon laquelle la contradiction peut être la base d'une morale :

[. . .] l'incertitude, le doute, le combat perpétuel avec le mystère de notre destinée finale, le désespoir mental et le manque de fondement dogmatique solide et stable, tout cela peut être la base d'une morale⁴²³.

Le rejet de la théorie fondée sur une solution unique n'équivaut pas au rejet de toutes les théories. Il signifie simplement qu'il faudra faire preuve d'ouverture d'esprit⁴²⁴ et garder un certain scepticisme dans une société vouée à la recherche de l'absolu⁴²⁵.

Lors d'une récente conférence sur l'évaluation des risques de la société, le professeur Raiffa a parlé en faveur d'une approche plus expérimentale, plus collective et plus conciliante, alléguant qu'il fallait demeurer souple⁴²⁶. Il ne s'agit surtout pas de faire abstraction des nouvelles approches théoriques de la protection du consommateur, mais plutôt de résister à la tendance de nombreux commentateurs qui cherchent des « solutions » uniques, globales et entières. Prenons l'exemple de Reich qui tente d'élaborer une théorie de la protection du consommateur non paternaliste et fondée sur des principes qui tiendraient compte de la structure et des stimulants du marché. Il n'accepterait l'intervention du gouvernement que si le critère suivant était respecté :

Lorsque les conditions défavorables du marché ne motivent pas le vendeur à s'engager vis-à-vis de sa clientèle, et qu'il est probable que l'évaluation du consommateur ne corresponde pas à la réalité, l'intervention du gouvernement peut être justifiée [. . .] Il faudrait appliquer, dans des proportions variant selon les caractéristiques du marché, une stratégie composée d'éléments de divulgation, de droit de propriété, de confiance et de concurrence⁴²⁷.

Évidemment, cette recherche d'un concept global soulève un problème : le « critère » théorique est tellement général, abstrait et souple à la fois que, même si l'intention était bonne, il perd toute utilité théorique ou analytique. Dès qu'on abandonne la recherche d'une théorie unique d'élaboration de politiques, on peut aborder la question d'une façon plus dégagée, faisant parfois appel à la planification globale, lui préférant l'analyse marginale dans certains cas. Dans la partie précédente, Diver nous rappelait que « l'analyse marginale n'est pas une forme imparfaite d'analyse, mais bien une réponse intelligente à une époque d'incertitude

technique et d'agitation politique⁴²⁸ ». Il a aussi ajouté qu'inversement, la rationalité globale ne constitue pas une panacée. À son avis, les résultats analytiques positifs de la planification globale « devraient être utilisés pour régler les problèmes où il n'y a pas de place pour le doute et où la moindre petite erreur peut entraîner un désastre, ou encore pour lesquels les intérêts d'électeurs privés de leurs droits sont en jeu⁴²⁹ ». Le responsable avisé de l'élaboration des lignes de conduite devrait reconnaître et accepter les situations qui exigent une solution ponctuelle et celles où il peut et devrait avoir recours à la planification globale. Diver décrit de la façon suivante les cas où il convient d'appliquer respectivement l'analyse marginale et la rationalité globale :

L'analyse globale devrait être retenue dans les secteurs relativement stables comme les normes de travail, de pratique professionnelle ou de sécurité des transports, et même dans les secteurs instables où (1) de petites erreurs de principe peuvent causer des préjudices irréversibles ou catastrophiques, notamment la sécurité des installations nucléaires ou la réglementation des substances cancérigènes, ou (2) une mauvaise attribution du pouvoir politique à l'égard des personnes les plus touchées, par exemple en matière d'immigration, de logement et de nutrition des défavorisés et de pratiques discriminatoires, c'est-à-dire lorsque la politique touche des groupes minoritaires peu ou point représentés et que la planification globale qui exige du décisionnaire qu'il tienne compte de tous les intérêts en cause est essentielle [. . .] *le modèle du marginalisme* devrait être utilisé dans tous les autres secteurs — où il y a beaucoup d'incertitude technique et de possibilités de conflit, mais aucun risque de catastrophe irréversible ou d'injustice irrémédiable, par exemple les pratiques commerciales trompeuses, la réglementation de la radiodiffusion, les négociations collectives et la réglementation de la sécurité des produits⁴³⁰.

En somme, comme nous l'avons déjà souligné, à long terme, il faudrait moins de hérissons et davantage de renards.

La troisième contrainte — la contrainte conceptuelle ou culturelle — pourrait être réduite au minimum si les responsables de l'élaboration des politiques faisaient appel au concept de « rationalité » en matière de protection du consommateur, de façon consciencieuse, ouverte et auto-critique. Comme l'a remarqué Lowrance, non seulement les limites cognitives, mais aussi l'information biaisée diffusée par les médias et les expériences personnelles trompeuses donnent lieu à des incertitudes qui sont mal expliquées, à des risques qui sont mal calculés et à des jugements qui sont suivis avec une confiance injustifiée : « Notre plus gros problème est de vouloir trop entreprendre à la fois⁴³¹. »

Mais s'il n'est plus possible de se fier à des normes précises ou à des facteurs quantitatifs pour prendre des décisions, qu'advient-il à long terme de la protection du consommateur? Il se peut que le plan d'action à long terme change d'orientation : il porterait plutôt sur les méthodes utilisées que sur les résultats de fond visés. Étant donné les nouvelles

perspectives divergentes du risque et de la rationalité, les personnes chargées de l'élaboration des politiques modernes de consommation devront peut-être tenir compte de la démocratisation de l'identification des problèmes et de la conception des lois — ce que Kasper décrit comme une « modification des méthodes utilisées [. . .] qui assurerait une véritable participation de toutes les personnes visées par le processus décisionnel⁴³² ».

Shaul et Trebilcock ont fait des remarques semblables, dans le contexte canadien. Dans leur étude de la réglementation fédérale des produits dangereux⁴³³, ils ont suggéré un modèle expérimental plus « consultatif » qui permettrait au consommateur de participer à l'établissement de ce que sont vraiment des « questions essentiellement politiques », notamment l'évaluation des risques et la sécurité des produits⁴³⁴. S'ils ont raison de croire que l'on ne peut utiliser des critères précis et objectifs, tel le concept des coûts-avantages, comme instrument analytique pour trouver par la réglementation des solutions à des situations pouvant représenter un danger pour la santé et la sécurité, c'est donc que :

Le point de mire des gouvernements doit changer, et passer des *critères de fond* qui caractérisent une bonne décision à la *personne* qui prend la décision. Ce changement de perspective attire notre attention sur les questions de processus décisionnel [. . .]. Nous devons nous assurer que le processus décisionnel est politiquement aussi légitime que possible, que toutes les données et les pressions sont bien reconnues et les concessions, divulguées en toute franchise⁴³⁵.

Le passage d'un modèle décisionnel officiel, ou plutôt d'un modèle de gestion (qui est actuellement en place à l'égard de la *Loi sur les produits dangereux* fédérale) à un modèle consultatif, soulève cependant d'autres problèmes. Bien qu'elle soit intéressante du point de vue conceptuel, peut-on conclure que cette démocratisation de la réglementation des produits de consommation dans ce domaine important et, il faut bien le dire, politique, fonctionnera dans les faits? Dans quelle mesure l'engagement des citoyens dans les questions complexes de réglementation des produits entraînera-t-il une délégation de fait du pouvoir décisionnel en faveur des représentants du gouvernement ou des experts en la matière — ce qui équivaldrait au modèle de gestion qui existe à l'heure actuelle? Bien que ce processus soit fondé sur de meilleurs principes politiques (du moins sur le plan de la théorie de la représentation), fonctionnera-t-il vraiment en pratique?

Au contraire, devrait-on plutôt choisir de promouvoir l'aspect de fond de l'élaboration de principes directeurs, au moyen d'une théorie de valeurs plus normative, la « rationalité rétrospective »? C'est ce que prétend le professeur Goodin⁴³⁶. À son avis, la crise de la rationalité mène à l'analyse marginale, et cette stratégie peu judicieuse reflète un certain cynisme. L'adoption du principe de la « rationalité rétrospec-

tive » permettrait de prendre des décisions plus énergiques et plus faciles à défendre, du point de vue politique. Voici ce que Goodin affirme à ce sujet :

Plutôt que de se demander si une politique aura la faveur populaire pendant toute son existence, cette théorie [de la rationalité rétrospective] nous pousse à appliquer la politique tant qu'il y a des motifs pour croire qu'à la fin du parcours nous serons d'accord pour dire qu'elle a bien fait notre affaire⁴³⁷.

Des programmes innovateurs de protection du consommateur et de bien-être social pourraient donc être mis sur pied, malgré les protestations du public, s'ils sont susceptibles de correspondre au choix des gens dans l'avenir⁴³⁸.

Même si la théorie de Goodin peut sembler très intéressante aux défenseurs des droits du consommateur ou aux décisionnaires frustrés qui rêvent d'avoir carte blanche, le concept de rationalité rétrospective est tout à fait opposé aux notions très répandues de participation à la démocratie et d'autonomie individuelle⁴³⁹. Pour sortir du piège de la rationalité, il ne faut pas regarder vers le passé mais bien vers l'avenir, au-delà du fond même, pour examiner le processus suivi. Mais parce qu'il est permis de douter de la faisabilité de ces réformes orientées sur la méthode utilisée, les responsables de ce secteur devront faire des essais.

Examinons maintenant les contraintes empiriques susmentionnées et leurs effets sur les stratégies à long terme. Comme nous l'avons déjà expliqué, il s'agit d'un problème à deux volets, l'un portant sur la conception des recherches et l'autre, sur l'évaluation des résultats⁴⁴⁰. Encore une fois, la doctrine en ce domaine permet aux responsables de l'élaboration de politiques de tirer facilement des conclusions nihilistes sur l'avenir des recherches effectuées en sciences sociales. Gunnar Myrdal et Grant Gilmore ont tous deux alimenté cette problématique nihiliste.

Myrdal :

Il est inutile d'espérer que les spécialistes des sciences sociales puissent un jour formuler le genre de liens universels et immuables entre les faits, qui sont accessibles aux chercheurs du secteur plus simple des sciences naturelles. Il s'agit du comportement d'êtres humains ayant chacun une âme et influencés par leurs conditions de vie, au sens le plus large du mot. Celles-ci varient considérablement et changent constamment, tout comme leurs liens avec le comportement⁴⁴¹.

Gilmore :

Le destin de l'homme réussira toujours à contourner les efforts que fait ce dernier pour le comprendre. Les variables imprévisibles qui nous entourent nous empêchent de voir l'avenir. La recherche de lois qui fourniraient la clé du comportement humain ne nous mène pas à la vérité mais bien à l'illusion d'une certitude, et c'est bien là notre malheur. Autant que nous sachions, les

événements de l'histoire de l'homme ne se répètent pas; il n'est pas possible de faire d'énoncés scientifiques au sujet de l'histoire, de la sociologie, de l'économie — ou du droit⁴⁴².

Ont-ils foncièrement tort? Bien sûr que non. Alors peut-on, malgré cela, poursuivre l'établissement de programmes en se fondant tout de même sur quelques principes? Peut-on s'attaquer aux problèmes de l'élaboration de politiques dans

un univers rempli de trop de choses que nous ne comprenons qu'imparfaitement et ensuite à les évaluer en vertu de normes que nous n'avons même pas⁴⁴³?

De toute évidence, nous pouvons le faire et, ce qui est plus important, nous devons le faire. Que ce soit à cause du mythe de Sisyphe⁴⁴⁴ ou d'une approche plus pratique qui consiste à se débrouiller⁴⁴⁵, nous ne pouvons ni ne devons être constamment en proie au désespoir.

Heureusement, il n'est pas nécessaire que nous nous attaquions immédiatement au défi intellectuel que représente le nihilisme. Notre système d'établir des programmes fondé sur la recherche empirique et la collecte de données n'est pas assez avancé pour qu'il faille faire face au deux volets de la recherche empirique. Au Canada, la protection du consommateur est très peu fondée sur les recherches empiriques. La partie la plus importante de la doctrine portant sur la réforme du droit suit encore un modèle purement intellectuel. Si vous examinez quelque article de revue de droit ou document d'une commission de réforme, vous découvrirez, comme Schuchman l'a fait, que la plupart des questions relatives à la « connaissance » ou à la recherche empirique sont « évitées ou subtilement contournées⁴⁴⁶ » dans les écrits juridiques. De façon plus directe, disons que nous avons beaucoup de chemin à faire dans l'étude des données empiriques avant que n'apparaissent les abus susmentionnés inhérents à cette approche.

Nous pouvons donc continuer d'encourager le recours aux recherches empiriques, à l'analyse des effets des lois et à la collecte de données en général. Les recherches empiriques ont été utiles dans chacun des cinq grands secteurs de la protection du consommateur dont il a été question dans cette étude, et, dans la mesure où l'on peut prévoir l'avenir, elles continueront de l'être. Nous devons cependant reconnaître l'existence du double dilemme décrit plus tôt et ses conséquences à long terme sur la conception même des recherches. Les méthodes actuelles de recherche peuvent continuer à nous servir à la condition que nous reconnaissons et admettions leurs limites inhérentes. Par exemple, il est impossible de définir ou d'appliquer la recommandation générale faite par Scheffman et Applebaum dans une étude récente du Conseil économique de l'Ontario selon laquelle « la réglementation sociale de la province devrait être répertoriée et étudiée dans son ensemble⁴⁴⁷ ». Il serait plus avisé et plus constructif de faire preuve d'autocriti-

que et de modération et de reconnaître les limites de la recherche empirique. Vu qu'il est impossible ici d'établir des lignes directrices générales, il ne reste qu'à tenter l'expérience.

Enfin, nous traiterons de la dernière contrainte, la plus envahissante, la contrainte politique ou structurelle. Comme nous l'avons déjà dit, elle domine toutes les autres. Même si les quatre précédentes pouvaient être éliminées ou réduites, si nous ne réglons pas les problèmes inhérents à notre régime politique moderne mais inefficace, nous ne pourrions pas effectuer de réformes ni d'améliorations durables. À long terme, il s'agit de rien de moins que la démocratisation de notre processus politique. La transformation de la polyarchie des pouvoirs décisionnaires de l'État moderne en une véritable démocratie nécessitera beaucoup de temps et de travail, et il est possible que l'un ou l'autre de ces éléments vienne à manquer avant que des progrès significatifs soient réalisés. Mais comme nous l'avons déjà dit, nous devons quand même en tenter l'expérience.

Un trop grand nombre des obstacles auxquels doit faire face le consommateur canadien moyen pour découvrir et régler les petites et grandes injustices — que ce soit les préjudices causés par les produits, l'information inexacte, la qualité des produits ou la résolution des litiges — sont imputables au phénomène de l'impuissance, phénomène découlant directement des défaillances de notre système législatif et politique. Il est impossible d'éliminer ces obstacles du jour au lendemain — le plan d'action est trop long et complexe. Heureusement, les spécialistes semblent de plus en plus conscients du fait que la réforme de la réglementation est inextricablement rattachée à la réforme du processus politique. Nous tenons à souligner que le problème de la protection du consommateur est fondamentalement un problème de régime politique. La réforme du premier exigera la réforme du second; et la réforme de ce dernier est l'objectif à long terme le plus important pour les Canadiens, tant consommateurs que citoyens.

Les mesures à court terme

Le moins que l'on puisse dire, c'est que les diverses contraintes susmentionnées constituent autant d'entraves à l'établissement de programmes à long terme. Compte tenu de leur importance, qu'elles soient d'ordre constitutionnel, théorique, conceptuel, empirique ou structurel, il semble que les orientations futures de l'élaboration des politiques seront très complexes. Toutefois, cela ne signifie pas qu'il faudra les maintenir au minimum. Pendant que nous commençons à nous familiariser avec la nature et la portée de ces divers obstacles fondamentaux, nous pouvons quand même fonctionner selon un plan d'action à court terme plus précis et plus facile à respecter. Voici ce qu'affirment Bardach et Kagan à ce sujet :

À l'heure actuelle, il n'existe pas de théorie générale de conception des règlements qui puisse fournir des lignes directrices sur des questions bien

précises [. . .] Heureusement, cela n'empêche pas nécessairement de planifier et d'agir⁴⁴⁸.

À court terme, il faut adopter une stratégie « plus expérimentale, plus ponctuelle, une véritable approche individuelle⁴⁴⁹ ». Lorsque de solides bases théoriques et empiriques sont en place, on peut avoir recours à des initiatives plus énergiques. Toutefois, lorsque les bases manquent ou qu'elles sont plutôt fragiles, il convient d'adopter une stratégie plus prudente et expérimentale.

De façon très générale, nous proposons maintenant des exemples de mesures à court terme que les autorités fédérales et provinciales pourront prendre au cours des prochaines années.

1. Faire observer les lois fédérales et provinciales qui sont actuellement en vigueur. Fournir le personnel et les fonds nécessaires à la mise en application des lois que nous avons déjà.
2. Entreprendre une campagne énergique de sensibilisation et d'information afin que le consommateur canadien prenne conscience de ses droits. Compte tenu des conclusions d'études récentes peu encourageantes à l'égard de l'efficacité de pareilles campagnes publicitaires, commencer par faire des essais contrôlés au niveau local.
3. Reprendre la rédaction des lois fédérales et provinciales protectrices du consommateur en anglais et en français, dans un langage courant.
4. Refondre toutes les lois protectrices du consommateur existantes pour chaque juridiction, tant au niveau fédéral que provincial en un seul code de la consommation qui soit facile à consulter dans les bibliothèques publiques, etc.
5. Engager plus de fonds publics pour l'enseignement du droit au niveau secondaire, y compris les droits fondamentaux du consommateur.
6. Tenir compte des expériences menées dans d'autres juridictions en matière de réglementation, notamment aux États-Unis, où de récentes expériences portant sur les normes de rendement plutôt que de conception pourraient être reprises immédiatement dans le contexte canadien⁴⁵⁰.
7. Projeter, à moyen terme, de mettre en oeuvre certaines suggestions valables de la doctrine, qu'il s'agisse d'un processus décisionnel plus informel et plus consultatif dans le secteur de la sécurité des produits ou de mécanismes de recours moins informels dans le domaine de la résolution des litiges⁴⁵¹.
8. Commencer immédiatement à améliorer la qualité et l'étendue de la participation du consommateur au processus décisionnel de réglementation, au moyen de crédits d'impôt ou de subventions⁴⁵².

Pour ce qui est des cinq principaux secteurs de la réglementation en matière de protection du consommateur déjà étudiés, nous recommandons les mesures à court terme suivantes.

La sécurité des produits et les torts subis par le consommateur À ce chapitre, nous reprenons les recommandations que nous avons faites

dans une étude fédérale portant sur la responsabilité du fait des produits et l'indemnisation du préjudice corporel au Canada :

1. Les ministères fédéral et provinciaux de la Santé devraient immédiatement étudier la possibilité de mettre sur pied un système de traitement informatique des données relatives aux blessures en s'inspirant du National Electronic Injury Surveillance System (NEISS) en vigueur aux États-Unis.
2. Au niveau provincial, il faudrait cesser de perdre son temps à discuter de la réforme du droit de la responsabilité civile.
3. Il faudrait, au contraire, profiter de l'occasion pour apporter des réformes législatives logiques et efficaces, et commencer à élaborer un régime global et complet d'indemnisation des victimes d'accidents sans égard à la faute.
4. Il faudrait considérer l'adoption d'un régime universel d'indemnisation des victimes d'accidents comme la première étape conduisant à l'adoption éventuelle d'un régime universel d'assurance en cas d'incapacité⁴⁵³.

La réglementation de l'information et de la publicité Les personnes responsables de mettre sur pied les programmes fédéraux devraient continuer leurs recherches relativement à des systèmes appropriés d'information des consommateurs. Il faudrait prendre de nouvelles initiatives de réglementation en matière d'étiquetage et de divulgation (par exemple, l'étiquetage du coût de fonctionnement du produit pendant sa vie utile), mais uniquement de façon expérimentale. Aussi serait-il souhaitable d'envisager sérieusement l'établissement de mécanismes de mise en application civile et administrative pour que la réglementation nationale de la publicité soit plus efficace, et recourir à une meilleure stratégie devant les tribunaux pour contester l'affaiblissement de la compétence fédérale en matière d'échanges et de commerce⁴⁵⁴.

L'équité des transactions C'est surtout un domaine de compétence provincial. Les gouvernements provinciaux doivent s'engager de façon plus poussée envers la mise en application des lois sur les pratiques commerciales; clarifier le langage souvent archaïque qui s'y trouve; et envisager sérieusement la possibilité de modifier ces lois pour y inclure d'autres recours administratifs, telles l'action indirecte et l'ordonnance d'interdiction immédiate. Nous devons encourager les recherches portant sur la réglementation de la formule de contrat normalisée ainsi que sur la modernisation et l'amélioration des lois portant sur le crédit à la consommation⁴⁵⁵.

La qualité des produits et les garanties accordées aux consommateurs Voici un autre secteur qui relève surtout des provinces. Dans une étude récente sur la réforme du droit en matière de garantie des produits de

consommation, nous avons recommandé que les mesures suivantes soient prises à court terme :

1. adopter une loi omnibus sur les garanties des produits de consommation mais en y apportant beaucoup de soin et de raffinement;
2. traiter des garanties écrites ou verbales en exigeant de publier une information soigneusement établie;
3. offrir aux consommateurs de meilleurs recours;
4. mettre sur pied des mécanismes de règlement des litiges mieux adaptés, mais à titre expérimental et pour des problèmes particuliers;
5. encourager les industries de produits de consommation à normaliser volontairement leurs garanties;
6. envisager une réglementation sur la normalisation des certificats de garantie mais seulement là où le besoin s'en fait sentir;
7. examiner et évaluer la structure et le fonctionnement des systèmes actuels de garantie des produits de consommation;
8. songer sérieusement à offrir plusieurs garanties distinctes comme il a été proposé;
9. s'engager dans un processus d'éducation à long terme des consommateurs par des lois rédigées dans un langage simple et l'enseignement du droit au secondaire;
10. viser l'uniformisation des réglementations provinciales sur les garanties des produits de consommation⁴⁵⁶.

La résolution des litiges et l'accès du consommateur à la justice Ce dernier problème de la protection du consommateur contemporain est aussi du ressort provincial. Quant à la possibilité pour le consommateur individuel d'accéder à la justice, il convient de prendre de nouvelles mesures afin d'améliorer le système des cours des petites créances et le rendre plus accessible aux consommateurs. Compte tenu des récentes études sur les effets institutionnels et psychologiques des processus d'arbitrage et de médiation, il faudrait attendre les résultats de recherches plus poussées avant de succomber au désir de rendre le système judiciaire plus souple à l'égard du consommateur. En ce qui concerne les groupes de consommateurs, les procédures de recours collectifs doivent être adoptées immédiatement⁴⁵⁷.

Conclusion et postface

L'élaboration des politiques de protection du consommateur au Canada se trouve en période de transition. Les commentateurs moins optimistes iraient même jusqu'à dire qu'elle est en période de crise. L'accumulation, désordonnée de contradictions, de confusion et d'initiatives fondées sur le bon sens, qui depuis près d'un siècle caractérisent l'élaboration des lois fédérales et provinciales est arrivée à une impasse. Dans les secteurs de la sécurité des produits, de l'information et de la publicité, des pratiques commerciales, des garanties et de l'accès du consomma-

teur à la justice, les concepts confortables du passé sont maintenant confrontés aux contraintes constitutionnelles, théoriques, conceptuelles, empiriques et structurelles de l'avenir.

Notre conclusion? Il n'y en a pas. Ou plutôt, il y en a plusieurs. Nous avons tenté de les relever pour mieux souligner les objectifs à long terme et les mesures à court terme. Il n'y a pas de solution unique, ni même de solution simple. L'élaboration de politiques de consommation devient de plus en plus complexe. Si nous voulons relever le défi, nous devons concilier contradiction, confusion, doute, passion et incertitude, et ce, sans que la problématique nihiliste ne paralyse les progrès les plus marginaux. Nous devons favoriser un changement majeur tant dans la direction que dans la conception du modèle moderne d'élaboration de politiques. De fait, nous devons peut-être élaborer et adopter un nouveau modèle au sens kuhmien⁴⁵⁸ du terme, un modèle plus conforme aux réalités et aux complexités de la politique et du processus décisionnel modernes.

Nous avons suggéré des étapes à suivre pour atteindre ce but. Nous sommes conscients du fait que le lecteur était déjà familier avec une bonne partie de ce qui précède. Cette réalité est connue depuis des années, voire des décennies. Mais ce n'est pas surprenant; le poète et philosophe chinois Lao Tseu parlait déjà des « leçons que nous connaissons mais que nous n'apprenons jamais⁴⁵⁹ ». Le simple fait d'apprendre à mettre en application ce que nous savons déjà constituerait une amélioration considérable dans le domaine de la réglementation moderne.

Notes

Cette étude a été terminée en juillet 1984.

L'auteur tient à exprimer sa reconnaissance à Shane Kelford, LL.B. 1984, de l'école de droit Osgoode Hall, pour ses travaux de recherche, ainsi qu'à Lynn Spinney et à Diane Darroch, pour leurs services de secrétariat.

1. Laura Nader, « Alternatives to the American Judicial System » dans Laura Nader (édit.), *No Access to Law: Alternatives to the American Judicial System*, 1980, p. 4.
2. Michael J. Trebilcock, « Winners and Losers in the Modern Regulatory System: Must the Consumer Always Lose? », (1975) 13 *Osgoode Hall Law Journal* 619, p. 647.
3. Leff, « Economic Analysis of Law: Some Realism About Nominalism », (1974) 60 *Virginia Law Review* 451, p. 477.
4. Ziegel, « The Future of Canadian Consumerism », (1973) 51 *Revue du Barreau canadien* 191, p. 191.
5. Voir, par exemple, le Lévitique, 25:14 et 25:29. Discuté dans Estey, « The Fluctuating Role of Contract Law in the Community », (1983) 8 *Revue canadienne de droit du commerce* 272, p. 273.
6. Code d'Hammourabi, articles 225 à 230. Cité dans Estey, *supra*, n. 5. Voir aussi Conseil économique du Canada, *Rationalisation de la réglementation publique : rapport provisoire*, 1979, p. 9.
7. Voir, de façon générale, Hahlo, « Unfair Contract Terms in Civil Law Systems » dans Ziegel (édit.), *Papers and Comments Delivered at the Ninth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law*, 1981, p. 101 et s. Voir aussi Muirhead, *Law of Rome*, 1886, p. 286.

8. Voir, par exemple, les édits royaux du roi Louis XI de France décrits dans Belobaba, « Unfair Trade Practices Legislation: Symbolism and Substance in Consumer Protection », (1977) 15 *Osgoode Hall Law Journal* 327, p. 328.
9. Voir, de façon générale, Harvey, *The Law of Consumer Protection and Fair Trading*, 2^e éd., 1982, p. 1-6.
10. *Ibid.* Voir aussi Greenfield, *Consumer Transactions*, 1981; Spanogle et Rohner, *Consumer Law*, 1979; et Cranston, *Consumers and the Law*, 2^e éd., 1984.
11. On trouve un bref historique des initiatives en matière de protection du consommateur, de l'époque biblique jusqu'à maintenant, dans Geis et Edelhertz, « Criminal Law and Consumer Fraud: A Sociological View », (1972-1973) 11 *American Criminal Law Review* 989, p. 989-996.
12. « La réglementation publique du comportement économique est aussi ancienne que l'institution même de l'État. » Voir Conseil économique du Canada, *supra*, n. 6, p. 9.
13. 1871 S.C., c. 24.
14. 1874 S.C., c. 8.
15. 1889 S.C., c. 41. Voir, de façon générale, MacCrimmon, « Controlling Anti-Competitive Behaviour in Canada: A Contrast to the United States », (1983) 21 *Osgoode Hall Law Journal* 569.
16. *Supra*, n. 14.
17. L'histoire de la législation américaine en matière d'aliments et drogues est décrite dans Feldman, *Consumer Protection: Problems and Prospects*, 2^e éd., 1980, p. 4-7.
18. Le *Division Courts Act*, 1859 C.S.U.C., c. 19, adoptée avant la Confédération, est à la base des lois provinciales adoptées par la suite en matière de cour des petites créances. Voir *Creditor's Relief Act*, 1880, 43 Vict., c. 10 (U.K.).
19. Le paragraphe 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, originalement adoptée sous le nom d'Acte de l'Amérique du Nord Britannique, 1867, 30-31 Vict., c. 3 (U.K.), et rebaptisée dès 1982, c. 11 (U.K.) [ci-après désignée la *Loi constitutionnelle de 1867*].
20. Paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
21. 1908 S.C., c. 50.
22. 1910 S.C., c. 9.
23. 1914 S.C., c. 24, qui ajoutait l'article 406A au *Code criminel*.
24. 1920 S.C., c. 27. Voir, de façon générale, « Note on the History of Food and Drug Legislation in Canada » dans Ziegel et Geva, *Commercial and Consumer Transactions*, 1981, p. 308-318.
25. 1923 S.C., c. 9.
26. 1939 S.C., c. 23.
27. Par exemple, le *Money-Lenders Act* de l'Ontario, 2 Geo. V, c. 30.
28. Par exemple, le *Sale of Goods Act* de l'Ontario, 1920 S.O., c. 40.
29. Par exemple, au Manitoba et au Québec. Voir Houlden et Morawetz, *Bankruptcy Law of Canada* 1984, p. 1-9.
30. Par exemple, le *Real Estate Brokers Registration Act* de l'Ontario, 1930 S.O., c. 40.
31. Par exemple, le *Collection Agencies Act* de l'Ontario, 1932 S.O., c. 51.
32. 1967 S.C., c. 16.
33. En 1966, le Parlement a adopté la partie X de la *Loi sur la faillite*, maintenant 1970 S.R.C., c. B-3, qui établissait une procédure permettant le « paiement méthodique des dettes ».
34. À l'heure actuelle, sept provinces ont opté pour les procédures de la partie X, et leurs consommateurs peuvent s'en prévaloir. Mais l'Ontario et le Québec, les deux plus grandes provinces, ne se sont pas joints à la majorité.
35. *Loi sur les produits dangereux*, 1970 S.R.C., c. H-3.
36. *Loi sur la sécurité des véhicules automobiles*, 1970 S.R.C. (1^{er} suppl.), c. 26, modifiée.
37. *Loi sur l'étiquetage des textiles*, 1970 S.R.C. (1^{er} suppl.), c. 46.

38. *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation*, 1970-1971-1972 S.C., c. 41, modifiée par 1976-1977 S.C., c. 55, art. 3.
39. *Loi sur les poids et mesures*, 1970-1971-1972 S.C., c. 36, qui introduisait le système métrique.
40. *Loi sur les lettres de change*, 1970 S.R.C. (1^{er} suppl.), c. 4, art. 1, partie V.
41. Projet de loi C-256.
42. Voir McQueen, « Revising Competition Law: Overview by a Participant » dans Prichard, Stanbury et Wilson (édit.), *Canadian Competition Policy: Essays in Law & Economics*, 1979, p. 13 et 14. Voir aussi Stanbury, *Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975*, 1977.
43. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario, 1966 S.O., c. 23, maintenant 1980 R.S.O., c. 87; et la *Loi sur l'Office de protection du consommateur*, 1970 R.S.O., c. 83, modifiée.
44. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario, *supra*, n. 43. Voir, de façon générale, Ziegel, « Recent Developments in Canadian Consumer Credit Law », (1973) 36 *Modern Law Review* 479.
45. *Ibid.*, et voir, de façon générale, « Cost of Credit Disclosure » dans *Canadian Commercial Law Guide*, C.C.H., 1984, p. 15-080 et s.
46. *Canadian Commercial Law Guide*, C.C.H., 1984, p. 15-360 et s.
47. Par exemple, le *Mortgage Brokers Act* du Manitoba, 1964 S.M. (2^d), c. 6.
48. Par exemple, la *Loi sur les commerçants de véhicules automobiles* de l'Ontario, 1964 S.O., c. 121, maintenant 1970 R.S.O., c. 475, modifiée.
49. Par exemple, le *Collection Agencies Act* de l'Alberta, 1965 S.A., c. 13, maintenant 1980 R.S.A., c. C-30. Pour une discussion complète de toutes les lois provinciales applicables en ce domaine, voir « Registration and Licensing » dans *Canadian Commercial Law Guide*, C.C.H., 1984, p. 15-040 et s.
50. Discuté plus loin dans la section sur l'état actuel du droit de la consommation.
51. Voir, de façon générale, Ziegel, *supra*, n. 4; Buchwald, « Consumer Protection in the Community: The Canadian Experience », (1977) 2 *Revue canadienne de droit du commerce* 182; et Neilson, « The Future of Canadian Consumerism: A Retrospective and Prospective View » dans Ziegel (édit.), *Proceedings of the Tenth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law*, 1980, p. 179-198.
52. Ontario Select Committee on Consumer Credit, *Final Report*, 1975; Comité spécial du Sénat et de la Chambre des communes, *Report on Consumer Credit and Cost of Living*, 1967.
53. Conseil économique du Canada, *Rapport provisoire sur les affaires du consommateur*, 1967.
54. Le 15 mars 1962, le président John F. Kennedy a parlé pour la première fois d'un « *Consumer Bill of Rights* » qui comprenait: 1. le droit à la sécurité, 2. le droit de choisir, 3. le droit d'être entendu et 4. le droit d'être informé.
55. Ralph Nader, *Ces voitures qui tuent* (1966).
56. L'énorme influence qu'ont eu les sénateurs Kefauver et Magnusson sur l'évolution et la conception des politiques américaines actuelles en matière de protection du consommateur est décrite dans Pertschuk, *Revolt Against Regulation: The Rise and Pause of the Consumer Movement*, 1982, p. 5 à 45. Michael Pertschuk a déjà été président de la Federal Trade Commission et il a participé activement à la réglementation fédérale en matière de protection du consommateur aux États-Unis, pendant plus de vingt ans. La publication de ce livre constitue une contribution majeure à la doctrine en matière de droit à la consommation. Nous nous reporterons souvent à cet ouvrage.
57. Wilson, *The Politics of Regulation*, 1980; et voir la critique de ce livre faite par le professeur Schuck dans (1981) 90 *Yale Law Journal* 725. Pertschuk explique cette notion de « politique de l'entrepreneurship » et en discute, *supra*, n. 56, p. 9-23.
58. 1974-1975-1976 S.C., c. 76. Voir, de façon générale, Kaiser, « The Stage I Amendments: An Overview » dans Prichard, Stanbury et Wilson (édit.), *supra*, n. 42, p. 25-54.

59. En plus de la publicité trompeuse, il y a la réglementation des garanties, les témoignages, les ventes à prix d'appel, la double tarification, les concours publicitaires et la vente à un prix plus élevé qu'annoncé. Discuté dans Kaiser, *supra*, n. 58, p. 44-48.
60. *Loi sur la sécurité des pneus de véhicules automobiles*, 1976 S.C., c. 96.
61. *Loi sur la cession du droit au remboursement en matière d'impôt*, 1977-1978 S.C., c. 25.
62. Projets de loi C-16 et C-42. Voir Evans, «The Proposed Federal Borrowers and Depositors Protection Act», (1977-1978) 2 *Revue canadienne de droit du commerce* 382; et Burns, *The Borrowers and Depositors Protection Act: A Case History in Legislative Failure*, thèse de maîtrise en administration des affaires, Université de la Colombie-Britannique, 1981. Voir aussi Stanbury, «The Stage II Amendments: An Overview» dans Prichard, Stanbury et Wilson (édit.), *supra*, n. 42, p. 55-77; McQueen, *supra*, n. 42, p. 16-20; et MacCrimmon, *supra*, n. 15.
63. Ontario, Colombie-Britannique, Alberta, Manitoba, Île-du-Prince-Édouard et Terre-Neuve. Voir, de façon générale, Belobaba, *supra*, n. 8, p. 327.
64. Le *Consumer Products Warranties Act* de la Saskatchewan, 1976-1977 S.S., c. 15; la *Loi sur la responsabilité et les garanties relatives aux produits de consommation* du Nouveau-Brunswick, 1978 S.N.-B., c. 18.1; et les modifications à la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, 1978 S.Q., c. 9. La loi de la Saskatchewan est étudiée dans Romero, «The Consumer Products Warranties Act», (1979) 43 *Saskatchewan Law Review* 81. Pour l'historique de la loi du Nouveau-Brunswick, voir *First Report on the Consumer Protection Project*, ministère de la Justice du Nouveau-Brunswick, 1974, p. 8-232. Les modifications du Québec sont étudiées dans Belobaba, *Réforme du droit en matière de garantie des produits de consommation : réglementation en quête de rationalité*, 1983, p. 37 et 38.
65. Par exemple, la *Loi sur les renseignements concernant le consommateur* de l'Ontario, 1973 S.O., c. 97.
66. Par exemple, le *Debtor Assistance Act* de la Colombie-Britannique, 1974 S.B.C., c. 26.
67. Par exemple, le *Collection Practices Act* de l'Alberta, 1978 S.A., c. 47.
68. Par exemple, la *Loi sur les agences de voyages* de l'Ontario, 1974 S.O., c. 115.
69. La *Loi sur le régime de garanties des logements neufs* de l'Ontario, 1976 S.O., c. 52.
70. Livre IX du *Code de procédure civile* du Québec, 1977 L.R.Q., c. C-25, articles 999-1051, adopté dans 1978 S.Q., c. 8, art. 3.
71. Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 47-68.
72. Reich, «Towards a New Consumer Protection», (1979) 128 *University of Pennsylvania Law Review* 1, p. 1.
73. Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 47-68.
74. «The FTC as National Nanny», *The Washington Post* (éditorial du 1^{er} mars 1978). Discuté dans Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 69-76.
75. «Stoning the National Nanny: Congress and the FTC in the Late 1970's» dans Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 69-117.
76. *Ibid.*
77. «The New PAC's Americana: Revitalization of Business Political Action» dans Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 47-68.
78. Voir, par exemple, Birnbaum, «Legislative Reform or Retreat? A Response to the Product Liability Crisis», (1978) 14 *Forum* 251.
79. Pertschuk, *supra*, n. 56. Le sous-titre du livre est *The Rise and Pause of the Consumer Movement*.
80. Discuté dans la présente étude à la section sur la politique de consommation en métamorphose.
81. Voir Conseil économique du Canada, *Pour une réforme de la réglementation*, 1981.
82. Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Sale of Goods*, 1979.

83. Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Products Liability*, 1979.
84. Le projet de modification de la loi sur les contrats de la CRDO n'est pas terminé. Le rapport est censé paraître en 1985.
85. Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions* 1982. Voir, dans la présente étude, la section sur l'état actuel des lois de la consommation.
86. 1980-1981 S.C., c. 43.
87. *Code criminel*, article 305.1. Voir Ziegel, « Bill C-44: Repeal of the Small Loans Act and the Enactment of a New Usury Law », (1981) 59 *Revue du Barreau canadien* 188.
88. Par exemple, en Ontario, voir 1983 S.O., c. 22.
89. Ziegel et Geva, *supra*, n. 24, p. 21. Pour une évaluation semblable de la situation au Royaume-Uni, voir Borrie, « Legal and Administrative Measures of Consumer Protection in the United Kingdom » dans Eastham et Krivy (édit.), *The Cambridge Lectures 1981*, 1982, p. 71 et 72. Pour les États-Unis, voir Pertschuk, *supra*, n. 56, et Feldman, *supra*, n. 17, p. 19 et 240.
90. Belobaba, *Responsabilité du fait des produits et indemnisation du préjudice corporel au Canada : intégration et rationalisation*, 1983.
91. *Idem*, p. 4.
92. *Ibid.*
93. Discuté dans la première section de la présente étude.
94. Voir, de façon générale, Breyer, *Regulation and Its Reform*, 1982, et Lave, *The Strategy of Social Regulation*, 1981. La volumineuse documentation traitant du sujet sera présentée et examinée dans les sections sur la politique de consommation en métamorphose.
95. Voir Kerr, « The Scope of the Federal Power in Relation to Consumer Protection », 1980, 12 *Ottawa Law Review* 119. Voir aussi Belobaba, *Products Liability and Consumer Warranty Reform: The Constitutional Implications*, 1981.
96. Voir Hirschhorn, « The Administration of the Hazardous Products Act » dans Dewees (édit.), *The Regulation of Quality*, 1983, et Shaul et Trebilcock, « The Administration of the Federal Hazardous Products Act », (1982) 7 *Revue canadienne de droit du commerce* 2.
97. Par exemple, la *Loi sur les articles remboursés* de l'Ontario, 1970 R.S.O., c. 474.
98. Voir, de façon générale, Trebilcock, Tuohy et Wolfson, *Professional Regulation*, 1979.
99. Paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
100. Discuté dans Belobaba, *supra*, n. 90, p. 36 et 37.
101. Le sujet a été examiné dans Shaul et Trebilcock, *supra*, n. 96.
102. Voir, par exemple, Meiners, « What to Do About Hazardous Products » dans Poole (édit.), *Instead of Regulation*, 1982.
103. Belobaba, *supra*, n. 95.
104. Shaul et Trebilcock, *supra*, n. 96.
105. *Ibid.*, discuté ci-après dans la section intitulée « Un plan d'action pour l'avenir ».
106. Voir la description détaillée dans Belobaba, *supra*, n. 90.
107. *Ibid.*
108. Toutes ces interventions font l'objet d'un examen détaillé dans Belobaba, *supra*, n. 90, p. 14-19.
109. Belobaba, *supra*, n. 90, p. 142 et 143.
110. Voir, de façon générale, Schwartz et Wilde, « Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis », (1979) 127 *University of Pennsylvania Law Review* 630.
111. Cranston, « Consumer Protection and Economic Theory » dans Duggan et Darvall (édit.), *Consumer Protection Law and Theory*, 1980, p. 251. Voir aussi Beales, Crasswell et Salop, « The Efficient Regulation of Consumer Information », (1981) 24 *Journal of Law and Economics* 491.

112. Pitofsky, « Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising », (1977) 90 *Harvard Law Review* 661.
113. *Idem*, p. 498.
114. Voir, de façon générale, Federal Trade Commission Information Task Force Policy Review Group, *Consumer Information Remedies*, 1979; et la documentation citée dans Davis, « Protecting Consumers from Overdisclosure and Gobbledygook: An Empirical Look at the Simplification of Consumer Credit Contracts », (1977) 63 *Virginia Law Review* 841.
115. Paragraphes 91(2) et 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.
116. Paragraphe 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir, de façon générale, Romero, *Les relations fédérales-provinciales en matière de protection du consommateur*, 1975. Voir aussi Kerr, *supra*, n. 95, et Belobaba, *supra*, n. 95.
117. Voir la première section de la présente étude sur l'évolution du droit de la consommation.
118. Voir, de façon générale, « Product Safety » et « Packaging and Labelling » dans *Canadian Product Safety Guide*, C.C.H., 1984, p. 1000 et s. ainsi qu'aux p. 6000 et s.
119. 1974-1975-1976 S.C., c. 76. Voir Kaiser, *supra*, n. 58.
120. Trebilcock *et al.*, *Étude des pratiques commerciales trompeuses et déloyales en matière de concurrence*, 1976.
121. Par exemple, une étude des exigences en matière d'étiquetage des appareils électroménagers pour divulguer la consommation d'énergie : Hirschhorn, « The Quality of Consumer Durables: Energy Use » dans Dewees (édit.), *The Regulation of Quality*, 1983.
122. Shaul et Trebilcock, *supra*, n. 96, et Hirschhorn, *supra*, n. 96.
123. Trebilcock *et al.*, *supra*, n. 120, et Fitzgerald, « Misleading Advertising: Prevent or Punish? », (1973) 1 *Dalhousie Law Journal* 246.
124. Voir ci-après la section sur les problèmes et les dilemmes majeurs.
125. *Supra*, n. 44 et texte d'accompagnement.
126. *Supra*, n. 63 et texte d'accompagnement.
127. Trebilcock *et al.*, *supra*, n. 120. Voir, de façon générale, Pitofsky, *supra*, n. 112, et Feldman, *supra*, n. 17, p. 48-57.
128. *Ibid.*
129. Voir Minitier, « Misleading Advertising: The Standard of Deceptiveness », (1976) 26 *Canadian Patent Reporter* (2^e) 1, ainsi que la récente modification apportée à la politique de la FTC afin de ne protéger que le seul consommateur « raisonnable » : *The Globe and Mail*, 26 octobre 1983, p. 11.
130. Reed et Coalson, « Eighteenth-Century Legal Doctrine Meets Twentieth Century Marketing Techniques: FTC Regulation of Emotionally Conditioning Advertising », (1977) 11 *Georgia Law Review* 733.
131. Boyd, « The Truth-in-Lending Simplification and Reform Act: A Much-Needed Revision Whose Time Has Finally Come », (1981) 23 *Arizona Law Review* 1 (partie I) et 449 (partie II).
132. Nous avons examiné en détail cette question dans la section sur les problèmes et les dilemmes majeurs de la présente étude.
133. Voir Davis et l'étude de la Federal Trade Commission, *supra*, n. 114. Voir également « Mandatory Disclosure » dans Bardach et Kagan, n. 134 ci-après.
134. Bardach et Kagan, *Going by the Book: The Problem of Regulatory Unreasonableness*, 1982, p. 254.
135. Cranston, *supra*, n. 10, p. 306.
136. Voir Trebilcock *et al.*, *supra*, n. 120.
137. *Supra*, n. 63.
138. L'incidence du *Uniform Consumer Sales Practices Act* et des « Little FTC Acts » est décrite dans Belobaba, *supra*, n. 8, p. 331-334.
139. Voir Belobaba, *supra*, n. 8, p. 334-365.

140. Par exemple, la *Loi sur les pratiques de commerce* de l'Ontario, 1980 R.S.O., c. 55, par. 7(1). Discutée dans Belobaba, *supra*, n. 8, p. 367–369.
141. Voir « The Regulation of Trade Practices » dans Belobaba, « The Resolution of Common Law Contract Doctrinal Problems Through Legislative and Administrative Intervention » dans Reiter et Swan (édit.), *Studies in Contract Law*, 1980, p. 426 et 427.
142. Belobaba, « Some Features of a Model Consumer Trade Practices Act » dans Ziegel (édit.), *Proceedings of the Seventh Annual Workshop on Commercial and Consumer Law*, 1978, p. 1–9.
143. Samuels, « Administrative Action Under the Ontario Business Practices Act », (1982) 20 *University of Western Ontario Law Review* 215.
144. *Idem*, p. 245.
145. Neilson, « Administrative Remedies: The Canadian Experience with Assurances of Voluntary Compliance in Provincial Trade Practices Legislation », (1981) 19 *Osgoode Hall Law Journal* 153, p. 188.
146. Slawson, « Standard Form Contracts and Democratic Control of Law Making Power », (1971) 84 *Harvard Law Review* 529, p. 529. La documentation sur les formules contractuelles normalisées est volumineuse. Deux enquêtes utiles figurent dans Rotkin, « Standard Forms: Legal Documents in Search of an Appropriate Body of Law », 1977 *Arizona State Law Journal* 599; Dugan, « Standard Form Contracts — An Introduction », (1978) 24 *Wayne Law Review* 1307.
147. Leff, « Contract as Thing », (1970) 19 *American U.L.R.* 131, p. 143.
148. Posner, *Economic Analysis of Law*, 2^e éd., 1977, p. 87.
149. Waddams, *The Law of Contracts*, 1977, p. 191, 197 et 198. Voir également, de façon générale, Deutch, *Unfair Contracts: The Doctrine of Unconscionability*, 1977. Voir aussi *Tilden Rent-A-Car c. Clendenning*, (1978) 83 D.L.R. (3^d) 400 (C.A. de l'Ontario).
150. Par exemple, Cranston, *supra*, n. 111, p. 246–248, et Dugan, « The Application of Substantive Unconscionability to Standardized Contracts — A Systematic Approach », (1982) 18 *New England Law Review* 77.
151. Leff, *supra*, n. 147.
152. Voir, par exemple, U.C.C. 2–302.
153. *Unfair Contract Terms Act*, 1977, c. 50 (U.K.).
154. Le *Consumer Products Warranties Act* de la Saskatchewan, *supra*, n. 64, art. 17 *et al.* 37b).
155. Discuté dans Belobaba, *supra*, n. 64, p. 24 et 25.
156. Deutch, *The Israeli Standard Contract Act 1982: A New Control System*, à paraître en 1985.
157. La Saskatchewan et le Québec. *Supra*, n. 64 et 154.
158. La Commission de réforme du droit de l'Ontario, *supra*, n. 82, p. 160–163.
159. Leff, « Unconscionability and the Crowd — Consumers and the Common Law Tradition », (1970) 31 *University of Pittsburgh Law Review* 349, p. 356.
160. Posner, *supra*, n. 148, p. 87.
161. Le jugement rendu dans l'affaire *Schroeder c. Macaulay*, (1974) 3 All E.R. 616 est contesté par Trebilcock, « The Doctrine of Inequality of Bargaining Power: Post-Benthamite Economics in the House of Lords », (1976) 26 *University of Toronto Law Journal* 359.
162. (1977) 3 All E.R. 488 (Cour d'appel de l'Angleterre). La Cour a décidé d'ignorer les réalités de l'assurance sur les biens et l'incidence de la subvention du consommateur dans cette décision « protectrice du consommateur » : voir les commentaires de Males, (1978) 37 *Cambridge Law Journal* 24. Voir aussi Baer, « The Importance of Insurance in Interpreting Exclusion Clauses », (1981–1982) 6 *Revue canadienne de droit du commerce* 97.
163. *Supra*, n. 149, et voir Hasson, « The Unconscionability Business — A Comment on *Tilden Rent-A-Car Co. c. Clendenning* », (1979) 3 *Revue canadienne de droit du commerce* 193.

164. Trebilcock, *supra*, n. 161, p. 385.
165. Par exemple, une loi de New York exige que les contrats de consommation soient « rédigés de manière claire et logique en employant un langage ordinaire ». *McKinney's New York General Obligations Laws*, al. 5-702a). D'autres exemples sont examinés par Greenfield, *supra*, n. 10, p. 159 et 160.
166. Par exemple, le *Unfair Contract Terms Act*, *supra*, n. 153.
167. Rakoff, « Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction », (1983) 96 *Harvard Law Review* 1174.
168. Examiné de façon plus détaillée dans Belobaba, *supra*, n. 141, p. 454-459.
169. Axworthy, « Developments in Consumer Law in Canada », (1980) 29 *International and Comparative Law Quarterly* 346, p. 372 et s.
170. Par exemple, la *Loi sur la protection du consommateur* de l'Ontario, 1980 R.S.O., c. 87, par. 34(2) [conditions de vente implicites qu'il est interdit d'exclure] et par. 31(1) [préservation des moyens de défense contre les cessionnaires]. Cependant comparer le par. 31(2) « solde de la créance » au par. 4(4) de la *Loi sur les pratiques de commerce* de l'Ontario, 1980 R.S.O., c. 55 : » montant reçu ».
171. *The Globe and Mail*, 14 juin 1976.
172. Akerlof, « The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism », (1970) 84 *Quarterly Journal of Economics* 488.
173. *Ibid.*
174. Par exemple, la *Loi sur la vente mobilière* de l'Ontario, 1980 R.S.O., c. 462, par. 15(1) et (2). Voir aussi la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *supra*, n. 82, p. 206-221.
175. Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Consumer Warranties and Guarantees in the Sale of Goods*, 1972.
176. *Idem*, p. 166.
177. Le projet de loi 110 est mort au feuilleton après la première lecture. Voir Mont, « Comment on Ontario's Bill 110: An Act to Provide for Warranties in the Sale of Consumer Products », (1977) 4 *Dalhousie Law Journal* 201.
178. *Supra*, n. 64.
179. *Ibid.*
180. *Idem*, p. 22-24.
181. Voir les analyses dans Belobaba, *ibid.* Voir aussi l'examen de cette question dans Belobaba, *supra*, n. 141, p. 427-429.
182. *Supra*, n. 64. Ces dispositions sont notamment examinées dans Belobaba, p. 24 et 25.
183. Priest, « A Theory of the Consumer Product Warranty », (1981) 90 *Yale Law Journal* 1297.
184. *Idem*, p. 1298.
185. Whitford, « Comment on a Theory of the Consumer Product Warranty », (1982) 91 *Yale Law Journal* 1371.
186. Whitford, « Law and The Consumer Transaction: A Case Study of the Automobile Warranty », 1973 *Wisconsin Law Review* 400.
187. Les recherches pertinentes effectuées par la FTC et ses experts-conseils font l'objet d'un examen dans Belobaba, *supra*, n. 64, p. 98-101. Voir aussi Wisdom, « An Empirical Study of the Magnusson-Moss Warranty Act », (1979) 31 *Stanford Law Review* 1117.
188. MIT Center for Policy Alternatives, *Consumer Durables: Warranties, Service Contracts and Alternatives*, 1978.
189. *Supra*, n. 187. Discuté dans Belobaba, *supra*, n. 64, p. 98-101.
190. *Supra*, n. 188. Discuté dans Belobaba, *supra*, n. 64, p. 127-129.
191. Kennedy, Pearce et Quelch, « Consumer Product Warranties: Perspectives and Issues » dans Thomson (édit.), *Macro-Marketing: A Canadian Perspective*, 1980.
192. Romero, « Jurisprudence on the Saskatchewan Consumer Products Warranties Act », (1983) 8 *Revue canadienne de droit du commerce* 288.

193. Belobaba, *supra*, n. 64.
194. *Idem*, Sommaire, p. ii et iii.
195. MIT Center for Policy Alternatives, *Reliability and Durability in Major Appliances*, 1981.
196. Belobaba, *supra*, n. 64, p. 139. Voir Singal, « Extending Implied Warranties Beyond Goods: Equal Protection for Consumers of Services », (1977) 12 *New England Law Journal* 859.
197. Belobaba, *supra*, n. 64, p. 136–139, et les documents qui y sont cités.
198. Fait actuellement l'objet d'une étude en Ontario. Voir *Ontario Lawyers Weekly*, 24 février 1984.
199. « Ontario Studying 'Lemon' Car Law », *The Globe and Mail*, 2 février 1984, p. 4. Voir, de façon générale, Herring, « Sweetening the Fate of the Lemon Owner: California and Connecticut Pass Legislation Dealing with Defective New Cars », (1983) 14 *University of Toledo Law Review* 341.
200. Nader, *supra*, n. 1.
201. Sigurdson, *Les tribunaux des petites créances et l'accès des consommateurs à la justice*, 1976. Une recherche plus récente a été effectuée par Ramsay, *Small Claims Courts in Canada: A Socio-Legal Appraisal*, à paraître en 1985.
202. Voir Belobaba, *supra*, n. 90, p. 92–94, et la documentation qui y est citée. Voir aussi Belobaba, *supra*, n. 141, p. 442 et s. : « Why the Common Law Fails: The Institutional Limitations. »
203. *Ibid.* Voir aussi, dans le contexte des garanties attachées aux produits de consommation, Belobaba, *supra*, n. 64, p. 101–106, et les documents examinés; Ramsay, *supra*, n. 201 ainsi que Best et Andreason, « Consumer Response to Unsatisfactory Purchases: A Survey of Perceiving Defects, Voicing Complaints and Obtaining Redress », (1977) 11 *Law and Society Review* 701.
204. Commission de réforme du droit de l'Ontario, *supra*, n. 175, p. 110–123.
205. Discuté dans Romero, *supra*, n. 192.
206. *Idem*, p. 308.
207. Voir, par exemple, Eovaldi et Gestrin, « Justice for Consumers: The Mechanics of Redress », (1971) 66 *North-Western University Law Review* 281 et, pour des ouvrages plus récents sur le sujet, voir Belobaba, *supra*, n. 64, p. 121–124.
208. Nader, *supra*, n. 1, p. 30.
209. Ramsay, « Consumer Redress Mechanisms for Poor Quality and Defective Products », (1981) 31 *University of Toronto Law Journal* 117.
210. *Idem*, p. 146.
211. *Idem*, p. 148.
212. Whitford, « Structuring Consumer Protection Legislation to Maximize Effectiveness », 1981 *Wisconsin Law Review* 1018, p. 1026.
213. *Idem*, p. 1036–1041.
214. Ramsay, *supra*, n. 209, p. 146.
215. *Idem*, p. 149.
216. *Supra*, n. 70. Décrit dans l'ouvrage de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *supra*, n. 85, p. 70–76.
217. *Supra*, n. 85, p. 212, 250–267.
218. *Idem*, p. 304–308.
219. Ces questions et l'examen de la controverse soulevée en doctrine par le sujet font l'objet des volumes II et III du rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, *supra*, n. 85.
220. Tel qu'examiné, *supra*, n. 200–211 et dans le texte d'accompagnement.
221. Ramsay, *supra*, n. 209, p. 150. La dernière phrase est empruntée à Trebilcock, « The Pathology of Consumer Credit Breakdown », (1975) 22 *McGill Law Journal* 415, p. 467.
222. Ziegel, *supra*, n. 4, p. 193.

223. Cranston, *supra*, n. 111, p. 253–255.
224. Reiter, « The Control of Contract Power », (1981) 1 *Oxford Journal of Legal Studies* 347, p. 348.
225. Belobaba, *supra*, n. 141, p. 460 : « Dans les années 1980, l'essentiel ne sera pas de savoir si ce sera fait ou non, mais bien comment ce sera fait. Nous devons nous concentrer sur les mécanismes législatifs — le choix, la conception et l'évaluation permanente de la réglementation. »
226. Voir ci-après : n. 230 et 232 et le texte d'accompagnement.
227. Economist Intelligence Unit, *Pilot Study of the Additional Costs to the British Consumer of Compliance by Industry with Consumer Legislation*, 1979, cité dans Cranston, *supra*, n. 10, p. xxxvii. Voir également Moore, « Measuring the Economic Impact of Consumer Legislation » dans Cranston et Schick (édit.), *Law and Economics*, 1982, p. 145 et s.
228. Par exemple, les lois fédérales qui protègent l'industrie laitière, réglementent les viandes et les aliments en conserve ou interdisent la vente de margarine. À ce propos, voir Hirschhorn, « Regulation of Quality in Product Markets » dans Dewees (édit.), *The Regulation of Quality*, 1983, p. 62 et 63.
229. Les projets de déréglementation de l'industrie aérienne, des taxis, des télécommunications, du camionnage et des bureaux de commercialisation méritent d'être étudiés avec soin : voir Conseil économique du Canada, *supra*, n. 81.
230. Hirschhorn, *Product Safety Regulation and the Hazardous Products Act*, rapport technique n° 10, Ottawa, Conseil économique du Canada, 1981.
231. *Idem*, p. 54.
232. Conseil économique du Canada, *supra*, n. 81, p. 131.
233. Belobaba, *supra*, n. 8, p. 331–334.
234. *Citizens Insurance Co. c. Parsons*, (1881) 7 C.A. 96, p. 113 : « La réglementation générale des échanges s'appliquant à tout le dominion », examiné dans Belobaba, *supra*, n. 95, p. 12 et 13.
235. *P.G. du Canada c. Les Transports Nationaux du Canada Ltée et autre*, (1983) 3 D.L.R. (4th) 16 (C.S.C.).
236. *R. c. Wetmore et Kripps Pharmacy et autre*, (1983) 2 D.L.R. (4th) 577 (C.S.C.).
237. Examiné dans Fairley, « Developments in Constitutional Law: The 1983–84 Term », (1985) 7 *Supreme Court Law Review* (à paraître).
238. Expliqué dans Whyte, « Developments in Constitutional Law: The 1982–83 Term », (1984) 6 *Supreme Court Law Review* 49, p. 69–81, et voir la doctrine citée.
239. Belobaba, *supra*, n. 95, p. 23–25, et la doctrine citée; et, de façon générale, Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 1977, p. 129–139.
240. Voir, de façon générale, Trebilcock, Hartle, Prichard et Dewees, *Le choix des instruments d'intervention*, 1982; Trebilcock, Waverman et Prichard, « Markets for Regulation » dans Conseil économique de l'Ontario, *Government Regulation: Issues and Alternatives*, 1978; et Dewees (édit.), *supra*, n. 228.
241. Une analyse très utile figure dans Dewees, Mathewson et Trebilcock, « Policy Alternatives in Quality Regulation » dans Dewees (édit.), *supra*, n. 228.
242. *Ibid.* Voir aussi les lois provinciales et fédérales que nous avons décrites dans la section sur l'évolution du droit de la consommation et dans celle sur son état actuel et, de façon générale, voir Hirschhorn, *supra*, n. 228.
243. Macneil, dans *The New Social Contract*, 1980, critique énergiquement les technocrates et les tribunaux qui continuent de considérer les relations contractuelles comme un phénomène indépendant et exempt de problèmes relationnels. Voir la documentation citée.
244. Voir Shaul et Trebilcock, *supra*, n. 96, p. 32 et 33; et Hirschhorn, *supra*, n. 230, p. 104. Voir aussi Cohen, « The Public and Private Law Dimensions of the UFFI Problem », (1983) 8 *Revue canadienne de droit du commerce* 309 et (1984) 8 *Revue canadienne de droit du commerce* 410.
245. Décrit dans Belobaba, « Regulating the Income Tax Discounter: A Study in Arbitrary Government », (1978) 1 *Canadian Taxation* 21.

246. O'Connell, *Ending Insult to Injury*, 1975, p. 63.
247. Par exemple, Ramsay, « Book Review: Report on Sale of Goods », (1980) 58 *Revue du Barreau canadien* 780.
248. *Supra*, n. 62, et le texte d'accompagnement.
249. Voir Belobaba, *supra*, n. 8; voir aussi Neilson, *supra*, n. 51, pour une étude de ces termes, de même que « pur pastiche » et « réponses législatives données sous l'impulsion du moment ».
250. Discuté dans Belobaba, *supra*, n. 90 et 64. Voir aussi l'étude de la CRDO sur les recours collectifs (*supra*, n. 85) qui constitue un pas en avant.
251. *Supra*, n. 85.
252. Roscoe Pound, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », (1911) 9 *Harvard Law Review* 516, p. 516.
253. Whitford, *supra*, n. 212, p. 1041 et 1042.
254. Voir Shaul et Trebilcock, *supra*, n. 96, et Hirschhorn, *supra*, n. 96.
255. Fitzgerald, *supra*, n. 123.
256. Samuels, *supra*, n. 143.
257. Belobaba, *supra*, n. 64.
258. Ramsay, *supra*, n. 201 et 209.
259. Moyer, *A Survey of Consumer Issues Among People of Ontario*, 1978, p. 27. Discuté dans Belobaba, *supra*, n. 64, p. 106. Et voir d'autres études canadiennes citées dans ce texte, p. 106.
260. Best, *When Consumers Complain*, 1981.
261. U.K. National Consumer Council, *Consumer Concerns Survey*, 1981.
262. Shaw, *Summary of Results of a Survey of Saskatchewan Households and Business People Regarding the Consumer Products Warranty Act*, 1978. Discuté dans Belobaba, *supra*, n. 64, p. 106 et 107.
263. En Ontario, les efforts de l'Information juridique communautaire de l'Ontario, travaillant indépendamment et de concert avec le ministère provincial de l'Éducation, ont eu des résultats particulièrement intéressants.
264. Discuté dans la présente étude à la section intitulée « Les problèmes et les dilemmes majeurs ». Voir n. 378-387 et le texte d'accompagnement.
265. Beales, Crasswell et Salop, *supra*, n. 111; voir aussi l'étude de la FTC, *supra*, n. 114.
266. Par exemple, la *Loi sur les pratiques de commerce de l'Ontario*, *supra*, n. 170, par. 4(1). Et voir Belobaba, *supra*, n. 8, p. 359-362 et 375.
267. Nader, *supra*, n. 1, p. 32.
268. *Idem*, p. 41.
269. George Stigler, « Can Regulatory Agencies Protect the Consumer? » dans Stigler, *The Citizen and the State*, 1975, p. 187.
270. Nous incluons aussi nos propres écrits : voir, par exemple, dans Belobaba, *supra*, n. 8, article écrit en 1976-1977.
271. Même certains des meilleurs commentateurs faisaient du travail peu soigné et s'adonnaient à la polémique au début des années 1970; voir, par exemple, Leff, *supra*, n. 147.
272. Voir, par exemple, les travaux du Conseil économique de l'Ontario et du Conseil économique du Canada, ainsi que les recherches faites par des spécialistes comme Cranston, Ramsay et Trebilcock pour n'en nommer que trois.
273. La doctrine importante en la matière est relevée dans Veljanovski, *The New Law and Economics: A Research Review*, 1982.
274. *Idem*, p. 7-16. Le texte le plus important était de Posner, *supra*, n. 148.
275. Une énorme proportion de la doctrine est très critique à ce sujet. Voir, par exemple, « Symposium on Efficiency as a Legal Concern », (1980) 8 *Hofstra Law Review* 485; et Duggan, *The Economics of Consumer Protection: A Critique of the Chicago School Case Against Intervention*, 1982. Voir aussi la documentation citée dans Belobaba, *supra*, n. 90, p. 86-88.

276. La critique écrasante de Leff, publiée en 1974, est encore la meilleure : *supra*, n. 3.
277. Voir l'exemple américain, « Consumer Protection Regulation Symposium », (1981) 24 *Journal of Law and Economics* 365. Et, pour le Canada, voir, par exemple, les auteurs et les ouvrages cités, *supra*, n. 161, 232 et 240.
278. Conseil économique du Canada, *supra*, n. 81.
279. Voir, par exemple, Scheffman et Applebaum, *Social Regulation in Markets for Consumer Goods and Services*, 1982, étude publiée par le Conseil économique de l'Ontario.
280. *Idem*, p. 151. Et voir Lave, *supra*, n. 94, p. 32, et les ouvrages cités, *supra*, n. 240.
281. Enquête Time-Yankelovich, mai 1981. Examiné dans Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 47 et 48.
282. *Idem*, p. 48.
283. Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 61.
284. *Idem*, p. 140.
285. *Idem*, p. 132.
286. Discuté plus loin. Voir n. 318 et le texte d'accompagnement.
287. Conseil économique du Canada, *supra*, n. 6, p. 5. Voir aussi les enquêtes discutées dans Belobaba, *supra*, n. 64, p. 44 et 45.
288. Conseil économique du Canada, *supra*, n. 6, p. 6 et 7 : « Demandes en vue d'une réglementation plus poussée ».
289. Discuté dans Hirschhorn, *supra*, n. 228, p. 74.
290. Voir n. 131-134 et le texte d'accompagnement.
291. Friedman, « Who Protects the Consumer? » dans *Free to Choose*, 1980, p. 222.
292. Cranston, *supra*, n. 10, p. xxxix.
293. Peltzman, « The Effects of Automobile Safety Legislation », (1975) 83 *Journal of Political Economy* 677.
294. Voir Cranston, *supra*, n. 111, p. 244 et 245, et la documentation qui y est citée.
295. Meiners, *supra*, n. 102.
296. Cranston, *supra*, n. 111, à la p. 245, et la documentation qui y est citée.
297. Voir les « études » discutées dans McChesney, « Book Review », (1984) 70 *Virginia Law Review* 339, p. 347-350.
298. *Idem*, p. 348 et 349.
299. *Idem*, p. 350.
300. Voir Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 139-141, et Reich, *supra*, n. 72, et ci-après, n. 427 et le texte d'accompagnement.
301. Michael Greenfield, *supra*, n. 10, p. xix.
302. Goudsblom, *Nihilism and Culture*, 1980, p. x.
303. Examiné dans la première section de la présente étude.
304. Discuté dans la présente étude à la section sur l'évolution du droit de la consommation et dans celle sur son état actuel.
305. *Ibid.*
306. Belobaba, *supra*, n. 90, p. 23, 24 et 35-46.
307. Les diverses lois « supplément » que les provinces ont promulguées en matière d'indemnisation sans égard à la faute sont discutées dans Belobaba, *supra*, n. 90, p. 37-41. Dans deux études récentes, des organismes provinciaux ont recommandé l'adoption d'un régime total d'assurance-automobile sans égard à la faute : voir Ontario Select Committee on Company Law, *Fifth Report on Accident and Sickness Insurance*, (1981) p. 327 et 328; et British Columbia Automobile Accident Compensation Committee, *Report on Automobile Accident Compensation*, (1983) p. 175 et 176.
308. Voir, de façon générale, Belobaba, *supra*, n. 90, et les études critiques qui y sont passées en revue.
309. Les documents sur lesquels est fondé cet argument sont cités dans Belobaba, *supra*, n. 90.

310. Discuté dans la présente étude à la section « L'état actuel du droit de la consommation : un aperçu » et à la section intitulée « La situation actuelle : une politique de consommation en métamorphose ».
311. Nous examinons ce point de façon plus approfondie dans la section sur les problèmes et dilemmes majeurs.
312. Leff, « Thomist Unconscionability », (1980) 4 *Revue canadienne de droit du commerce* 424, p. 428.
313. Voir, dans la présente étude, la section sur la politique de consommation en métamorphose.
314. *Ibid.*
315. Voir les écrits cités dans la n. 240.
316. Voir, *supra*, n. 189 et 190 et le texte d'accompagnement.
317. Voir, *supra*, n. 208–211 et le texte d'accompagnement.
318. Voir l'examen comparatif très intéressant de cette question de schizophrénie publique et privée dans Sagoff, « At the Shrine of our Lady Fatima or Why Political Questions Are Not All Economic », (1981) 23 *Arizona Law Review* 1283, et Sagoff, « On Markets for Risk », (1982) 41 *Maryland Law Review* 755. Un thème semblable est développé dans Schulze, « Ethics, Economics and the Value of Safety » dans Schwing et Albers (édit.), *Societal Risk Assessment: How Safe Is Safe Enough?*, 1980, p. 218.
319. Hirschman, *Shifting Involvements: Private Interest and Public Action*, 1982.
320. Voir, en particulier, la section de la présente étude intitulée « Un plan d'action pour l'avenir ».
321. Voir la deuxième section de la présente étude portant sur l'état actuel du droit de la consommation.
322. Voir, en particulier, la dernière section : « Un plan d'action pour l'avenir ».
323. Voir, dans la section sur l'état du droit de la consommation, les cinq domaines de la réglementation de la protection du consommateur.
324. Les conséquences des articles 6, 7–15 de la *Charte des droits et libertés* (les dispositions relatives à la liberté de circulation, aux garanties juridiques et aux droits à l'égalité) sont étudiées par plusieurs auteurs dans Belobaba et Gertner (édit.), *The New Constitution and the Charter of Rights: Fundamental Issues and Strategies*, 1982. Également cité sous (1982) 4 *Supreme Court Law Review*.
325. Les conséquences de *R. c. Hauser*, (1979) 26 N.R. 541 et les solutions qui s'offraient à la Cour suprême du Canada lorsque celle-ci a été saisie plus directement de la question sont présentées en détail dans MacPherson, « Developments in Constitutional Law: The 1978–79 Term », (1980) 1 *Supreme Court Law Review* 77, p. 91–103.
326. *Supra*, n. 235.
327. *Supra*, n. 236. Pour une analyse de ces arrêts, voir Fairley, *supra*, n. 237.
328. *Supra*, n. 234.
329. Voir la description dans la section sur l'état actuel du droit de la consommation. Et voir Belobaba, *supra*, n. 95.
330. (1976) 66 D.L.R. (3^d) 1 (C.S.C.).
331. *Supra*, n. 235, p. 63–71.
332. *Les Brasseries Labatt du Canada Ltée c. P.G. du Canada*, (1979) 110 D.L.R. (3^d) 594. Voir MacPherson, « Economic Regulation and the British North America Act: Labatt Breweries and Other Constitutional Imbroglis » dans Ziegel (édit.), *Papers and Comments Delivered at the Tenth Annual Workshop on Commercial and Consumer Law*, 1982 p. 63–103.
333. *Supra*, n. 236, p. 585 et 587.
334. Voici le texte de l'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* :
- Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

335. L'évolution, depuis les cinq dernières années, de la pensée des tribunaux sur la question est exposée dans la série d'articles intitulée « Developments in Constitutional Law », *Supreme Court Law Review*. Voir MacPherson, (1980) 1 *Supreme Court Law Review* 77, p. 103-111; MacPherson, (1981) 2 *Supreme Court Law Review* 49, p. 100-107; Lysyk, (1982) 3 *Supreme Court Law Review* 65, p. 87-93; Whyte, (1983) 5 *Supreme Court Law Review* 77, p. 81; et Whyte, (1984) 6 *Supreme Court Law Review* 49, p. 69-81.
336. *Crevier c. P.G. du Québec*, (1982) 127 D.L.R. (3^d) 1.
337. *McEvoy c. P.G. du Nouveau-Brunswick*, (1983) 148 D.L.R. (3^d) 25.
338. Voir Whyte, *supra*, n. 238, p. 69-81.
339. Il s'agirait d'ajouter un article, 96B, dont le texte serait :
- (1) Nonobstant l'article 96, la législature de chaque province peut conférer à tout tribunal, conseil, commission ou office autres qu'une cour, établis conformément aux lois de la province, juridiction concurrente ou exclusive dans toutes les matières relevant de la compétence législative de la province.
- (2) Les décisions d'un tribunal, d'un conseil, d'une commission ou d'un office bénéficiant de la compétence d'une cour supérieure en vertu du paragraphe (1) peuvent être examinées par une cour supérieure de la province si l'organisme en cause n'a pas compétence ou outrepassé sa compétence.
340. La documentation en la matière est volumineuse. Mentionnons une étude utile et récente de l'auteur canadien Monahan, « At Doctrine's Twilight: The Structure of Canadian Federalism », (1984) 34 *University of Toronto Law Journal* 47. Voir aussi Weiler, *In the Last Resort*, 1974; et Miller, *Social Change and Fundamental Law: America's Evolving Constitution*, 1979.
341. Mentionnons la contribution importante de Simeon, « Criteria for Choice in Federal Systems », (1983) 8 *Queen's Law Journal* 131.
342. *Supra*, n. 340. Voir aussi Miller, *Toward Increased Judicial Activism: The Political Role of the Supreme Court*, 1982.
343. *Les Brasseries Labatt, supra*, n. 332.
344. Voir « Federal Officials Withdraw 59 Charges », *The Globe and Mail*, 22 janvier 1980.
345. Des exemples abondent dans presque tous les secteurs du droit constitutionnel, par exemple la paix, l'ordre et le bon gouvernement; les échanges et le commerce; l'administration de la justice; l'intérêt pour rester en justice; l'article 96; les libertés civiles; voir, de façon générale, Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 2^e éd., 1985, (à paraître). Voir aussi Weiler, *supra*, n. 340, p. 173 :
- [. . .] actuellement, dans un cas d'examen judiciaire, la Cour suprême du Canada déclare une loi valide ou nulle d'après des normes qu'elle établit au fur et à mesure [. . .] Nous avons vu la Cour suprême changer d'avis maintes et maintes fois sur une même question.
346. L'exemple le plus récent d'un changement d'avis « en cours de route » est celui du juge Ritchie, au sujet de l'administration de la justice pénale par les provinces : comparer l'évolution de son opinion dans *Di Iorio, Hauser, Les Transportés nationaux du Canada et Kripps Pharmacy*; dans *Di Iorio*, il s'était désolidarisé du juge en chef Laskin qui avait exprimé sa dissidence et, six ans plus tard, il s'est joint à la majorité, dans les *Transportés nationaux du Canada et Kripps*. Voir la discussion dans Fairley, *supra*, n. 237.
347. Frank, *Law and the Modern Mind*, 1930, c. 12; Shklar, *Legalism*, 1964, p. 9-28; Spaeth, *Supreme Court Policy-Making: Explanation and Prediction*, 1979, p. 8, 52-64 (« Legal Reasoning: The Veneer of Objectivity »). Leff a fait la remarque de façon directe mais poignante dans « Unspeakable Ethics, Unnatural Law » 1979 *Duke Law Journal* 1229, p. 1229 :
- [. . .] Nous ne pouvons comprendre la majeure partie du mystère qui entoure ce qui est écrit sur le droit de nos jours que dans le contexte de l'opposition entre droit naturel et droit positif; cette opposition est particulièrement évidente dans le fait que nous constatons de plus en plus, mais à notre corps défendant, qu'il n'y a, en fait, peut-être rien de naturel : chaque fois que nous sommes à la recherche du « droit », nous ne pouvons trouver rien de plus intéressant, ou de plus complet, que nous-mêmes.

348. Voir, de façon générale, Weiler, *supra*, n. 340, p. 164–185.
349. Examiné dans la section de la présente étude intitulée : « L'état actuel du droit de la consommation : un aperçu ».
350. Voir la description de Goudsblom, *supra*, n. 302, p. ix–xv.
351. Voir, par exemple, les ouvrages cités, *supra*, n. 240; et les annexes bibliographiques de Belobaba, *supra*, n. 64 et 90.
352. Par exemple, Prichard, « A Market for Babies? », (1984) 34 *University of Toronto Law Journal* 341. Même si Prichard précise bien qu'il ne préconise pas le recours au capitalisme de marché pour ce qui est de l'affectation des nouveau-nés (p. 341), il affirme plus loin (et nous supposons qu'il parle sérieusement) que « nous ignorons tout à fait quelle valeur est protégée ou promue par le refus de ce bonheur fondamental opposé au grand nombre de couples qui demeurent sans enfants, à cause de la structure actuelle [qui n'est pas une structure de marché] » (p. 354).
353. Okun, *Equality and Efficiency: The Big Trade-Off*, 1975, p. 120.
354. Breyer, *supra*, n. 94.
355. Stokey et Zeckhauser, *A Primer for Policy Analysis*, 1978.
356. Breyer, *supra*, n. 94.
357. Bardach et Kagan, *supra*, n. 134.
358. Graymer et Thompson (édit.), *Reforming Social Regulation: Alternative Public Policy Strategies*, 1982.
359. House, *The Art of Public Policy Analysis*, 1982.
360. Lave, *supra*, n. 94.
361. Les principaux textes décrivant chacune de ces techniques sont réunis dans Diver, « Policy-making Paradigms in Administrative Law », (1981) 95 *Harvard Law Review* 393, p. 397, n. 17–24.
362. Lindblom, « The Science of 'Muddling Through' », (1959) 19 *Public Administration Review* 79. Et voir Braybrooke et Lindblom, *A Strategy of Decision*, 1963.
363. Diver, *supra*, n. 361, p. 396.
364. *Idem*, p. 429.
365. Berlin, *Four Essays on Liberty*, 1982, p. 106 :
L'un des désirs humains les plus ardents est de trouver un schème global dans lequel l'ensemble de nos expériences — passées, présentes et futures, réelles, possibles et incomplètes — est ordonné de façon symétrique.
366. McKean, « Products Liability: Trends and Implications », (1970) 38 *University of Chicago Law Review* 3, p. 5; cité dans Belobaba, *supra*, n. 90, p. 88.
367. Isaiah Berlin, *Russian Thinkers*, 1980, p. iv.
368. *Ibid.*
369. Leff, *supra*, n. 3, p. 482.
370. Se rappeler du « désaccord » exprimé par Arthurs dans le rapport du Conseil économique du Canada, *supra*, n. 81, p. 170 :
Mon désaccord est peut-être imputable à ma préférence personnelle pour une terminologie analytique et un système de priorités sociales qui diffèrent de ceux utilisés dans le Rapport.
371. Voir Berlin, *The Hedgehog and the Fox*, 1953.
372. En fait, nous pouvons citer nos propres recherches : voir Belobaba, *supra*, n. 64 et 90, et ce qui y a été dit sur la rationalité. L'adjectif « rationnel » se retrouve dans le titre de nombreux articles et textes importants dans ce domaine : voir, par exemple, Carley, *Rational Techniques in Policy Analysis*, 1980.
373. *Toronto Star*, 15 juin 1984, p. A–17.
374. Ehrenfeld, *The Arrogance of Humanism*, 1981.
375. *Idem*, p. 3–22.
376. *Idem*, p. 9 et 10.
377. House, *supra*, n. 359, p. 286, conclut son livre ainsi :

- Après des centaines de pages d'analyses, de descriptions et de comptes rendus nous en sommes arrivés au point où nous concluons que le bon sens est peut-être le meilleur moyen d'analyser les politiques, [...] le gros bon sens où se mêle une diversité de techniques actuellement disponibles serait le plus indiqué.
378. Simon, *Reason in Human Affairs*, 1983. Voir aussi les principaux articles réunis dans Barry et Hardin (édit.), *Rational Man and Irrational Society?: An Introduction and Sourcebook*, 1982. Un troisième ouvrage qui mérite une étude attentive est celui de Schelling, *Micromotives and Macrobehaviour*, 1978.
 379. Simon, *supra*, n. 378, p. 7.
 380. *Idem*, p. 79–87 et la bibliographie qui y est citée.
 381. L'ouvrage principal est celui de Kahneman, Slovic et Tversky (édit.), *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982.
 382. Goodin, *Political Theory and Public Choice*, 1982, p. 139–145.
 383. Slovic, Fischhoff et Lichtenstein, « Cognitive Processes and Societal Risk-Taking » dans Carrol et Payne (édit.), *Cognition and Social Behaviour*, 1976, p. 169.
 384. Kahneman, Slovic et Tversky, *supra*, n. 381, et les articles qui y sont réunis: Slovic, Fischhoff et Lichtenstein, « Facts versus Fears: Understanding Perceived Risk » dans *idem*, p. 463 et s.; Saks et Kidd, « Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics », (1980–1981) 15 *Law and Society Review* 123; et Hammond, « Human Judgment and Social Policy » dans *Progress in Research on Human Judgment and Social Interaction*, 1974.
 385. Hammond, *supra*, n. 384, mais cité dans Saks et Kidd, *supra*, n. 384, p. 131.
 386. Saks et Kidd, *supra*, n. 384. Voir aussi la critique psychologique plus étendue de la théorie microéconomique de « l'homme rationnel » dans Alhadeff, *Microeconomics and Human Behaviour*, 1982; et Scitovsky, *The Joyless Economy: an Inquiry into Human Satisfaction and Consumer Dissatisfaction*, 1976. Pour en savoir plus sur la rationalité collective et individuelle, voir Elster, *Sour Grapes: Studies in the Subversion of Rationality*, 1983.
 387. Macneil, « Values in Contract: Internal and External », (1983) 78 *North-Western University Law Review* 340, p. 348.
 388. Poincaré, *La science et l'hypothèse*, 1964.
 389. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions*, 2^e éd., 1970.
 390. Polanyi, *Personal Knowledge: Towards a Post-Critical Philosophy*, 1974.
 391. Feyerabend, *Contre la méthode : esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, 1970; Feyerabend, *Science in a Free Society*, 1982.
 392. Voir, de façon générale, les principaux textes dans Lakatos et Musgrave (édit.), *Criticism and the Growth of Knowledge*, 1970. De façon plus précise, voir Hutchison, *Knowledge and Ignorance in Economics*, 1977; et Lindblom et Cohen, *Usable Knowledge: Social Science and Social Problem-Solving*, 1979.
 393. Discuté dans la section sur l'état actuel du droit de la consommation.
 394. La documentation est discutée dans Belobaba, *supra*, n. 90. L'un des exemples est Blankenburg, « Legal Insurance, Litigant Decisions and the Rising Caseloads of Courts: A West German Study », (1981–1982) 16 *Law and Society Review* 601, indiquant que la disponibilité d'une assurance juridique prépayée n'a pas entraîné un abus des recours devant les tribunaux. Cette question du « risque moral » est explorée plus en détail dans Belobaba, *supra*, n. 90, p. 107 et s.
 395. Discuté dans la section sur l'état actuel du droit de la consommation.
 396. *Ibid.*, et discuté également dans la section suivante sur la politique de la consommation en métamorphose.
 397. *Ibid.*
 398. Discuté dans la section sur l'état actuel du droit de la consommation.
 399. Priest, « The Best Evidence on the Effect of Products Liability Law on the Accident Rate: Reply », (1982) 91 *Yale Law Journal* 1386, p. 1401.
 400. Poincaré, *supra*, n. 388, cité dans Pirsig, *Traité du zen et de l'entretien des motocyclettes*, 1978, p. 224 :

Poincaré poursuit en démontrant le caractère conventionnel de tous les concepts scientifiques, comme l'espace et le temps. Il montre qu'il n'existe pas une façon plus vraie qu'une autre de mesurer ces entités. Celle qui est adoptée est en général la plus pratique.

401. Markovits, « A Basic Structure for Microeconomic Policy Analysis in Our Worse-Than-Second-Best World: A Proposal and Related Critique of the Chicago Approach to the Study of Law and Economics », 1975 *Wisconsin Law Review* 950.
402. Duggan, « The Theory of Second Best » dans *The Economics of Consumer Protection*, 1982, p. 103 et s.
403. Leff, *supra*, n. 3, p. 476.
404. *Idem*, p. 476.
405. Leff, « Law And », (1978) 87 *Yale Law Journal* 989, p. 989.
406. Baldwin et Veljanovski, *Deregulation by Cost-Benefit Analysis — U.S. Experience and U.K. Potential*, à paraître en 1985.
407. Tuohy, *Policy Options in the Regulation of Asbestos-Related Health Hazards*, 1982, cité dans Shaul et Trebilcock, *supra*, n. 96, p. 35 et 36.
408. « Decisions Made Unconsciously: Person Unaware Mind Is Working », *The Globe and Mail*, 11 février 1984, p. S-12.
409. Lindblom et Cohen, *supra*, n. 392.
410. Trebilcock, *supra*, n. 2, p. 647.
411. Chester Lindblom, *Politics and Markets: The World's Political-Economic Systems*, 1977.
412. Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 12, 114, 115, 155 et 137 :

Essentiellement, Lindblom a raison : lorsque le gouvernement prend des décisions importantes touchant les intérêts des producteurs et des consommateurs, il répondra normalement aux besoins et aux exigences des gens d'affaires [. . .] Même dans les administrations les plus représentatives, le gouvernement ne fait pas preuve d'équité dans ses décisions touchant le monde des affaires et les consommateurs. Les politiciens et les bureaucrates ont l'habitude bien ancrée d'hésiter à contester les exigences du milieu des affaires, en particulier lorsque celui-ci appuie ses menaces implicites ou explicites sur le fait que c'est lui qui maintient la prospérité et que son rôle sera alors entravé [. . .] Le milieu des affaires a donc réussi à neutraliser la seule arme politique qui avait rendu possible la politique d'entrepreneurship glorifiée par James Q. Wilson : l'indignation manifeste des citoyens concentrée sur un recours législatif consensuel [. . .] Maintenant il est remplacé par une cacophonie de déclarations contradictoires sur l'opinion publique, qui ont réussi à faire oublier la condition qu'avait formulée Lindblom pour que le milieu des affaires puisse exercer son influence prédominante auprès des pouvoirs publics : la confusion et l'ambivalence des citoyens [. . .] C'est surtout la réaction et la révolte du milieu des affaires qui ont entraîné le déclin du mouvement des consommateurs — le milieu des affaires a pu exploiter le mécontentement qu'éprouvait le public envers le gouvernement et la réglementation pour justifier le démembrement des groupes de consommateurs et le retrait d'autres règlements qui avaient toujours la faveur populaire.

413. Ziegel, *supra*, n. 4.
414. Trebilcock, Hartle, Prichard et Dewees, *supra*, n. 240, p. 102, cité dans McQueen, « One Piece of A Larger Problem: The Economic Council on Regulation », (1982) 7 *Revue canadienne de droit du commerce* 73, p. 97.
415. Nader, *supra*, n. 1.
416. Corry, *My Life and Work*, 1981, p. 236, cité dans McQueen, *supra*, n. 414, p. 96.
417. Voir, de façon générale, Romero, *supra*, n. 116; et Neilson, *supra*, n. 51.
418. Citons, parmi les auteurs qui ont fait la critique du pluralisme politique, Kariel, Lindblom, Lowi, Thurow et Wolff. Miller en discute dans « Pluralism as Anarchy », *supra*, n. 342, p. 149 et s.

419. Le postulat de « l'égoïsme électoral » est bien décrit et examiné dans Hartle et Trebilcock, « Regulatory Reform and the Political Process », (1982) 20 *Osgoode Hall Law Journal* 643. Voir la bibliographie qui y est citée et celle donnée, *supra*, n. 240.
420. Hartle et Trebilcock, *supra*, n. 419.
421. Gilmore, *The Ages of American Law*, 1977, p. 99 et 100.
422. Leff, *supra*, n. 405, p. 1011.
423. Unamuno, *Le sentiment tragique de la vie*, 1937, p. 246.
424. Gilmore, *supra*, n. 421, p. 110.
425. *Idem*, p. 110.
426. Raiffa, « Concluding Remarks » dans Schwing et Albers (édit.), *supra*, n. 318, p. 341.
427. Reich, *supra*, n. 72, p. 39.
428. Diver, *supra*, n. 361, p. 434.
429. *Ibid.*
430. *Idem*, p. 431 et 432.
431. Lowrance, « The Nature of Risk » dans Schwing et Albers, *supra*, n. 318, p. 12.
432. Kasper, « Perceptions of Risk and Their Effects on Decision-Making » dans Schwing et Albers, *supra*, n. 318, p. 79 et 80.
433. Shaul et Trebilcock, *supra*, n. 96.
434. *Idem*, p. 38 et 39.
435. *Ibid.*
436. Goodin, *supra*, n. 382.
437. *Idem*, p. 40.
438. *Idem*, p. 48.
439. Voir la défense énergique en faveur du jugement du profane dans Feyerabend, « Science in a Free Society », *supra*, n. 391.
440. Discuté précédemment dans la section sur les problèmes et les dilemmes majeurs.
441. Myrdal, « How Scientific Are the Social Sciences? » dans *Critical Essays on Economics*, 1973, p. 157.
442. Gilmore, *supra*, n. 421, p. 99 et 100.
443. Leff, *supra*, n. 3, p. 482.
444. Souvenez-vous des deux toutes dernières lignes de Camus dans *Le mythe de Sisyphe*, 1942 :
 La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un coeur d'homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux.
445. Lindblom, *supra*, n. 362. Voir aussi Berlin, *supra*, n. 367 :
 Nous espérons régler ce qui ne peut être réglé, nous faisons de notre mieux.
446. Schuchman, *Problems of Knowledge in Legal Scholarship*, 1979, p. 4.
447. Scheffman et Applebaum, *supra*, n. 279, p. 154.
448. Bardach et Kagan, *supra*, n. 134, p. 302 et 303.
449. Voir Breyer, *supra*, n. 94, p. 8 et 341; Bardach et Kagan, *supra*, n. 134, p. 267; Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 139; et Raiffa, *supra*, n. 426, p. 341.
450. Au Canada, nous devrions tenir compte du passage des normes de conception aux normes de rendement qui a eu lieu aux États-Unis. Les avantages de l'approche du « rendement » (par opposition à la « conception ») sont examinés dans le contexte de la publicité frauduleuse et des pratiques commerciales inéquitables dans Pertschuk, *supra*, n. 56, p. 143 et 150. Voir aussi Scheffman et Applebaum, *supra*, n. 279, p. 150.
451. Examiné *supra*, n. 434 et 215, et le texte d'accompagnement.
452. Hartle et Trebilcock, *supra*, n. 419, p. 658–663, font un exposé convaincant en faveur des subventions aux groupes voués à la défense de l'intérêt public, au moyen de crédits d'impôt. Voir aussi Conseil économique du Canada, *supra*, n. 81, p. 134–136.
453. Belobaba, *supra*, n. 90, p. 142 et 143.

454. Examiné précédemment dans les sections intitulées « Les problèmes et les dilemmes majeurs » et « Un plan d'action pour l'avenir ». Voir aussi Neilson et Belobaba, *Proposals for Administrative and Civil Enforcement Powers in a Federal Trade Practices Act*, photocopié, 1981.
455. À l'égard de l'uniformisation des contrats, la question principale tient toujours à l'identification des problèmes, discutée dans la section sur l'état actuel du droit de la consommation. Quant au crédit à la consommation, une étude récente donne des orientations utiles pour des recherches plus poussées : voir Geva, *Financing Consumer Sales and Product Defences in Canada and the United States*, 1984.
456. Belobaba, *supra*, n. 64 : » Sommaire » p. ii et iii.
457. Discuté dans la section sur l'état actuel du droit de la consommation.
458. Kuhn, *supra*, n. 389.
459. Bynner, *The Way of Life According to Laotzu*, 1944, p. 74. Et voir Camus, *La chute*, 1956, p. 169 :

Ne sommes-nous pas tous semblables, parlant sans trêve et à personne, confrontés toujours aux mêmes questions bien que nous connaissions d'avance les réponses?



La politique et le droit de l'environnement : un examen de l'expérience canadienne

PAUL D. EMOND

Cette étude est conçue comme un énoncé pratique, plutôt que philosophique, sur la dégradation de l'environnement, ainsi que sur la loi et les politiques qui le protègent. Il est donc essentiel, dès le début, que nous commençons par établir les définitions et les règles que nous adopterons tout au long de l'étude. Éviter de le faire ne permettrait pas d'avancer des propositions et des suggestions sérieuses et d'évaluer les différents choix qui s'offrent à nous.

C'est avec indifférence que la société parle du « problème de l'environnement ». En décrivant le processus de dégradation de l'environnement comme un problème, nous sommes conscients du besoin d'une « solution », et la recherche de cette solution par des moyens juridiques provoque inévitablement des débats passionnés tant sur le plan législatif que juridique¹. Notre étude portera en grande partie sur l'examen et l'évaluation de solutions législatives et juridiques reliés à ce problème. Mais avant de parler des mécanismes juridiques et de faire un examen complet de la solution légale du problème, nous nous emploierons à deux tâches plutôt complexes. La première consiste à chercher une réponse à la question suivante : « Quel est le problème? »; la seconde, à examiner les causes du problème. Une fois que ces tâches seront complétées, nous croyons que l'exposé détaillé de la loi et de la politique telles qu'appliquées à un exemple très spécifique de dégradation environnementale, en l'occurrence la rivière Spanish en Ontario, sera beaucoup plus pertinent, et que les choix d'action proposés seront plus probants.

La définition du problème

Quel est le problème? Aujourd'hui, la société canadienne est confrontée à deux problèmes — l'un lié aux « résidus » ou déchets, l'autre à la « planifi-

cation de l'utilisation des ressources ». Tous les deux ont des conséquences physiques sur l'environnement créant différents effets, le premier se manifestant par la contamination ou la dégradation de l'environnement naturel, et le second provenant d'un mauvais choix d'emplacement, de temps, du processus d'une activité, ou du bien-fondé social de celle-ci². Le problème des résidus est peut-être le plus évident et par conséquent celui qui a reçu le plus d'attention de la part du public, mais celui de la planification est assurément le plus important. L'expression « mieux vaut prévenir que guérir » résume bien la situation.

Les résidus sont des sous-produits créés par les transformations industrielles pour les besoins des sociétés qui finissent par agir sur l'environnement naturel. Sous forme d'émissions gazeuses, ils altèrent la qualité de l'air; sous forme d'effluents liquides, ils dégradent la qualité de l'eau; sous forme solide, ils spolient le sol. Ces trois formes ne s'excluent pas mutuellement. Les rejets dans l'air finiront aussi par affecter la qualité de l'eau et du sol; les déchets solides finiront par s'infiltrer dans les étendues d'eau; et certains effluents liquides auront un effet négatif sur le sol. L'interaction des trois est plus complexe que ne le laisse supposer un examen des effets ultimes. On peut échanger les résidus ou les « flux de déchets » avant qu'ils ne se propagent dans l'environnement. Par exemple, le soufre peut être émis dans l'air en tant que bioxyde de soufre, ou extrait des gaz avant émissions et rejeté (ou utilisé) en tant que déchet solide (ou produit). De même, les solides en suspension ou dissous peuvent être extraits des déchets liquides et rejetés par des moyens qui peuvent affecter la qualité de l'air (l'incinération) ou du sol (le rejet des déchets solides). Il est à présent possible de doter les incinérateurs de séparateurs qui peuvent retirer une grande partie des résidus des gaz avant qu'ils ne s'échappent. Par des applications technologiques et des moyens énergétiques appropriés, presque tous les déchets peuvent être transformés en des solides. Ceci a non seulement des implications importantes sur la question des effets, mais jette également un doute sur la valeur de la classification traditionnelle de la pollution en problèmes de l'air, de l'eau et du sol, comme catégories dans la politique de planification et de réglementation. La question n'est pas de savoir à quel problème s'attaquer, mais quand et comment s'occuper du problème. Cela suscite inévitablement des différences quant aux choix des propriétés parmi diverses politiques de planification et de réglementation.

Le volet planification de l'utilisation des ressources est peut-être moins évident, mais c'est la clé à la solution de bien des problèmes d'environnement. Si toutes les activités affectent l'environnement naturel — la plupart le font de façon négative — il est clair que le site, le moment, le procédé employé, et finalement le bien-fondé social de l'activité auront également d'importantes répercussions. Par conséquent, les questions que nous devons poser sont les suivantes : Doit-

on s'engager ou non dans une activité proposée? Doit-on localiser l'activité dans une région développée ou dans une région relativement peu développée? Doit-on procéder à l'aménagement d'un site sans avoir évalué tous les risques et les effets, ou retarder le projet jusqu'à ce qu'on en sache davantage sur ses incidences et sa gestion environnementale? Et doit-on employer un processus connu et éprouvé, mettre à l'essai un processus provenant d'un autre domaine, ou chercher le développement d'un nouveau processus?

Étant donné que de nombreuses questions de planification ont déjà été déterminées pour une activité existante, la planification devient limitée, et par conséquent, à court de marge de manoeuvre pour réglementer et gérer ce qui existe déjà. Néanmoins, tous les processus de planification doivent tenir compte de l'environnement existant, y compris l'environnement artificiel, et ainsi la planification peut limiter ou réduire les problèmes futurs en interdisant ou en restreignant tout nouvel aménagement graduel, ou tenter de changer l'environnement existant en encourageant le déplacement des activités. Le processus de planification peut également se prononcer sur les normes de qualité environnementale et la mise en application de ces normes (réglementation des résidus), et ainsi, peut avoir d'importants effets sur l'activité gouvernementale dans la réglementation des résidus.

Finalement, pour compléter le cycle, l'interaction des résidus et de la planification de l'utilisation des ressources mérite qu'on s'y attarde brièvement. En termes simples, nous devons reconnaître que la planification d'un site en vue d'un processus particulier ou la planification du processus à utiliser pourraient affecter l'environnement local, et peut-être même l'environnement régional ou mondial. Plus la planification deviendra raffinée, plus elle contribuera à une compréhension élargie de la relation entre processus et effets, et par conséquent, aidera à modeler et à cerner les décisions appropriées concernant l'environnement. De cette façon, la planification peut fournir le *feedback* précédant l'aménagement qui est nécessaire pour préparer les consciences aux décisions relatives à l'aménagement en regard des conséquences environnementales. Ou, pour situer la question dans un contexte plus réaliste, l'échec à planifier ou à organiser convenablement obscurcit et masque les conséquences, et encourage donc un aménagement mal fondé en termes d'environnement.

Décrire le problème de l'environnement comme nous le faisons esquive la question fondamentale du pourquoi : les résidus constituent-ils véritablement un problème? Est-ce parce qu'ils dépassent la capacité d'absorption ou d'assimilation de l'environnement donné, ou la capacité ultime du plus grand environnement dans lequel ils sont déversés? Ou est-ce parce que la société croit qu'il est amoral de s'engager dans une activité qui change ou peut changer l'environnement de façon négative? Si cette dernière possibilité est fondée, qu'entend-on par négatif? La

plupart, sinon toutes les activités humaines ont un certain impact sur l'environnement. Certaines activités, comme le contrôle des maladies, sont considérées comme désirables du point de vue environnemental; beaucoup d'autres, toutefois, sont considérées par au moins une minorité comme indésirables du point de vue de l'environnement. Autrement dit, comment s'attaque-t-on le mieux aux problèmes des résidus et de la planification de l'utilisation des ressources : d'une façon pragmatique, en termes des effets probables de cette activité sur la santé et/ou la propriété; objectivement, en termes de propension de cette activité à changer ou à dégrader l'environnement; ou subjectivement, en termes de ce qui est acceptable par la population? Il y a, bien sûr, des liens importants entre les trois. Les effets mesurés conditionneront de toute évidence le fait que ce sera acceptable ou non par la population, et les normes publiques, à travers le processus politique, détermineront en définitive la recevabilité de l'option « sans dégradation ». Néanmoins, le point de départ ou de définition aura d'importantes ramifications sur les solutions adoptées.

Quelle que soit la nature des alternatives, il est important de reconnaître l'ethnocentrisme de toute approche. Les défenseurs de l'environnement ont bien essayé d'échapper à la propension de définir le problème et les solutions en termes des perceptions et des besoins sociaux, mais la tentation de le faire semble irrésistible. La dégradation environnementale pose un problème en raison de ses effets négatifs sur la société humaine. Si les humains étaient conscients des conséquences ou n'étaient pas touchés par celles-ci, il y aurait peu, et peut-être pas, d'inquiétude de la part du public, et le problème, tel que normalement défini, n'existerait plus. La protection de l'environnement n'est pas une fin en soi, elle répond plutôt à un besoin social. Ainsi, une compréhension du problème exige d'abord une compréhension des perceptions, des valeurs et des institutions sociales du point de vue de leur relation avec l'environnement.

Mais il existe une autre perspective, bien qu'elle soit presque impossible à saisir. Une définition de la pollution environnementale fondée exclusivement sur le besoin humain condamne la société à un processus dans lequel les humains ne sont pas considérés comme partie intégrante de l'environnement, mais comme ses maîtres, cherchant des moyens de l'exploiter et de la dominer. D'autre part, une perspective qui considère la société comme partie intégrante de l'environnement, comme part coopérative de la nature, dépasse le concept de domination environnementale, et la perte conséquente de liberté qui en découle. Elle offre un respect et un sens de l'obligation à l'égard de l'environnement naturel. Mais elle peut offrir à la société plus que le simple rôle d'« observatrice sacrée », suggérant, comme le démontre cette expression, qu'aucun changement n'est désirable, ni possible. Elle offre à la société une occasion de changement — changement socialement désirable — qui

reconnait et respecte le rôle de la société dans la nature, renforce l'apport de la société à l'environnement, et met l'accent sur le rôle de coopération de la société avec la nature. La société peut être à la fois « grande manipulatrice » et « observatrice sacrée », embrassant une nouvelle éthique environnementale de respect et de coopération³.

Ceci nous amène à une recherche des causes du problème de la pollution. J'ai souligné précédemment le problème des résidus ou des déchets et leurs effets sur l'environnement naturel. Nous avons également identifié une composante de planification, particulièrement dans sa relation au moment, au site et à la conception de nouvelles activités. Ensemble, ils forment la dimension physique. Le problème de l'environnement peut également comprendre une importante dimension éthique ou morale.

Nous vivons dans un monde de ressources limitées — limitées en termes de possibilités d'action et d'exploitation de la planète⁴, mais limitées aussi en fonction de la capacité de la planète d'absorber les sous-produits des déchets, ou les résidus de l'aménagement. Si les besoins en ressources excèdent la capacité de la planète à les fournir, ou si la production de résidus excède la capacité de la planète à les « digérer », il se crée alors un problème (ou une crise) d'environnement⁵. Le problème de l'environnement ne se limite pas à la spoliation du sol; il concerne aussi la relation de la société avec ce sol. Sommes-nous les maîtres de l'environnement, libres de l'utiliser et de l'exploiter à nos propres fins égoïstes? Ou sommes-nous ses intendants, nous étant imposé à nous-mêmes l'obligation de pratiquer une gestion intelligente et une bonne administration? Ou faisons-nous partie intégrante de l'environnement, engagés par conséquent envers les principes de respect, d'aide mutuelle et de coopération?

Les questions posées et les définitions offertes modèleront inévitablement la réaction de la société au problème de l'environnement. Par conséquent, si l'on considère la dégradation environnementale comme physique, la solution sera conçue en termes de réduction de la demande et d'assimilation des avantages environnementaux. Si, cependant, le problème est considéré comme un problème éthique ou moral, on considère approprié un ensemble différent de réactions. La loi, toutefois, ne peut résoudre tous les problèmes. En vérité, l'usage sans discrimination de techniques juridiques pour résoudre les conflits peut accentuer un problème ou en créer de nouveaux. La loi a certainement un rôle à jouer dans la résolution de la crise environnementale, mais je crois que ce rôle est plus modeste que les législateurs ou le public ne veulent bien l'admettre.

Pourquoi des gens persistent-ils à poursuivre des activités et à prendre des décisions qui ont un impact aussi néfaste sur l'environnement? La réponse à cette question est certes complexe, mais nous croyons qu'elle est profondément enracinée dans les valeurs sociales, et par conséquent dans les institutions économiques, politiques et juridiques de la société.

Par conséquent, commençons par un exposé des valeurs, puis examinons la position des institutions, surtout des institutions juridiques.

Les causes de la pollution

Valeurs, éthique et morale

Le point de départ de toute enquête sérieuse sur les sources de la pollution doit être un examen des valeurs, de l'éthique et de la morale. Une exploration forcément brève de questions aussi fondamentales tendra à en réduire l'importance, mais certains commentaires et observations s'imposent.

Si le problème environnemental en est un d'attitude qui peut être résolu en changeant des comportements, des valeurs et des convictions à l'égard de l'environnement, nous devons d'abord comprendre ce qui incite au comportement inacceptable du point de vue de l'environnement. Pourquoi certaines personnes semblent-elles considérer l'environnement avec une telle indifférence? Quelles sont les convictions, les valeurs ou les moeurs qui donnent naissance à des normes aux conséquences irresponsables? Ces questions laissent supposer a priori que les normes sont prédéterminées et externes. Par ailleurs, on peut considérer que les normes ne sont pas prédéterminées, mais façonnées par des processus, y compris les systèmes politique, économique et juridique.

Bien qu'aucun article ne puisse rendre justice au rôle que jouent les valeurs culturelles dans l'encouragement d'actions nuisibles à l'environnement, White a saisi l'essence du problème dans son importante étude : « The Historical Roots of our Ecological Crises⁶. » Il débute par une question rhétorique : un monde démoralisé peut-il survivre à ses propres implications sans repenser ses axiomes? Les axiomes actuels, selon White, considèrent que l'homme a été créé par Dieu, à l'image de Dieu. White soutient :

L'homme a donné un nom aux animaux, établissant ainsi sa domination sur eux [. . .] Aucun élément de la création n'avait de but, sinon celui de servir l'homme [. . .] [L'homme] pouvait exploiter la nature dans un climat d'indifférence [. . .] Quoi qu'en dise Darwin, nous ne faisons pas [. . .] partie des cycles naturels. Nous sommes supérieurs à la nature, méprisants envers elle, prêts à l'utiliser pour satisfaire nos moindres caprices⁷.

Le concept du temps « non répétitif et linéaire » a contribué à cette propension de l'homme à dominer et à contrôler. Les décisions et actions de la société, bien qu'elles soient causes de calamités pour l'environnement, ne peuvent que la faire progresser. Selon cette éthique, croissance égale progrès. Par analogie avec la nature, les tenants de ce point de vue répliquent que ne pas croître, c'est stagner et se désintégrer. L'éternelle quête de progrès et la peur de stagnation de la société alimentent considérablement les moteurs du développement. Bien que

White n'offre qu'une vision limitée des valeurs qui sous-tendent la crise environnementale, elle persiste dans les croyances populaires.

D'autres perspectives engendrent des résultats semblables. On pourrait soutenir que le fait de vivre sous la menace constante d'une tragédie nucléaire, les sociétés soient devenues en général plus conscientes du désastre, donc plus immunisées. La peur du lendemain accentue le sens du présent et fait en sorte que les sociétés ne tiennent pas compte de l'avenir, en particulier de l'avenir de l'environnement. Doutant de la moralité de la science, doutant de l'infinie capacité de progresser, le pessimisme croissant de la société encourage les individus à prendre ce qu'ils peuvent au moment où ils le peuvent, sans égard aux conséquences.

Ces valeurs dysfonctionnelles ne sont pas non plus confinées à la pensée occidentale. Yi-Fu Tuan, dans un passionnant article intitulé « Our Treatment of the Environment in Ideal and Actuality », retrace un modèle d'exploitation et de dilapidation de l'environnement dans les sociétés orientales qui ressemble étroitement à la pratique occidentale⁸. L'essentiel de la thèse de Yi-Fu Tuan se résume ainsi :

Dans une société complexe, les coutumes inoffensives peuvent créer des effets insoupçonnables à la base. Les résultats indirects de tout acte ou événement majeur sont largement imprévisibles, et nous avons tendance à ne voir que l'ironie en rétrospective. Par exemple, le Bouddhisme en Chine est au moins partiellement responsable de la conservation des arbres autour des sites des temples, des îlots de verdure dans un paysage par ailleurs dénudé. D'autre part, le Bouddhisme a introduit en Chine l'idée de crémation des morts — et du 10^e au 14^e siècles, la crémation était assez courante dans les provinces côtières du sud-est pour y provoquer une pénurie de bois de construction⁹.

L'auteur conclut que les conflits entre un idéal (personne ne veut davantage de pollution) et la pratique (mais la plupart des gens veulent de meilleures maisons et de meilleures autos) « exposent notre échec intellectuel à établir le rapport, et peut-être aussi notre hypocrisie [. . .] Les contradictions d'un certain ordre peuvent être inhérentes à la condition humaine [. . .] Les idéaux et nécessités sont souvent opposés, tout comme, par exemple, au niveau le plus fondamental, il est incompatible de ménager la chèvre et le chou¹⁰ ». Ou bien, pour parler en termes économiques tout aussi grossiers, « les contribuables, les consommateurs et l'électorat ne sont pas prêts à [faire les frais du] contrôle de la pollution qui est implicite dans [leurs] objectifs de qualité environnementale¹¹ ».

Valeurs économiques et institutions

Nos valeurs et institutions économiques sont à la source d'une large part du problème environnemental, particulièrement en ce qu'il affecte les ressources collectives comme l'air et l'eau¹². Supposons, un instant, deux propositions apparemment irréconciliables, toutes deux impré-

gnées des valeurs humaines et de la moralité de notre époque : d'abord, que tout le monde décide en fonction de son intérêt personnel; ensuite, que personne n'a de droit exclusif sur les ressources collectives de l'air, de l'eau, de la tranquillité, ou inversement, que ces ressources collectives sont accessibles à tous, apparemment sans frais. Avec ces deux propositions, Hardin, dans son article « The Tragedy of the Commons » démontre que « la tragédie et la ruine » sont le point de chute vers laquelle se précipitent tous ceux qui dilapident les ressources collectives¹³. La thèse de Hardin vaut la peine d'être exposée :

La tragédie des terres communales peut s'expliquer de la façon suivante. Imaginez un pâturage ouvert à tous où chaque gardien de troupeau tente de garder autant de têtes de bétail que possible dans le même espace [. . .]

En tant qu'être rationnel, chaque gardien de troupeau tente de maximiser son gain. Plus ou moins consciemment, il demande : « À quoi bon ajouter un animal de plus à mon troupeau ? » Cette utilité a une composante négative et une composante positive. (1) La composante positive est fonction de l'ajout d'un animal. Étant donné que le gardien de troupeau touche toutes les recettes de la vente de l'animal supplémentaire, l'utilité positive est de presque +1. (2) La composante négative est fonction du surpâturage créé par l'ajout d'un animal. Toutefois, étant donné que les effets du surpâturage sont partagés par tous les gardiens de troupeaux, l'utilité négative de chaque gardien de troupeau qui prend une décision est de seulement une fraction de -1.

[. . .] le gardien de troupeau conclut que la seule démarche raisonnable qu'il puisse poursuivre est d'ajouter un autre animal à son troupeau. Et un autre; et un autre [. . .] Et c'est la conclusion partagée par chaque gardien de troupeau rationnel qui partage une terre communale. Voilà la tragédie. Chaque homme est enfermé dans un système qui le force à accroître son troupeau sans limite — dans un monde limité [. . .]

La sélection naturelle favorise les forces du déni psychologique. L'individu profite en tant qu'individu de sa capacité de nier la vérité, même si la société dans son ensemble, dont il fait partie, en souffre. L'éducation peut contrer la tendance naturelle à poser le mauvais geste, mais la progression inexorable des générations exige que le fondement de cette connaissance soit redéfini¹⁴.

La pollution est le sort réservé aux terres communales en sens inverse, les acteurs ajoutant quelque chose aux ressources communales (air, eau, son, vue) plutôt que d'en retirer quelque chose. Là encore, Hardin décrit le processus de la pensée du décideur :

L'homme rationnel trouve que sa part des coûts d'épuration des déchets qu'il déverse sur les terres communales est moindre que ce qu'il en coûte pour épurer ses déchets avant de les rejeter. Ceci étant le fait de tous, nous sommes enfermés dans un système de « salissage de notre propre nid », aussi longtemps que nous nous comportons uniquement comme des entrepreneurs rationnels, indépendants et libres¹⁵.

Ce thème a fait couler beaucoup d'encre et provoqué beaucoup de réflexions sur la pollution, que l'on peut identifier dans l'ensemble

comme la recherche de l'« assimilation des coûts ». Comment les coûts que les pollueurs affectent aux terres communales et à tous ceux qui les utilisent (les victimes) peuvent-ils être déviés (assumés) vers le pollueur? Ou, pour poser la question inverse, comment les bénéfices d'épuration peuvent-ils profiter à ceux qui réduisent la pollution? À moins que ceux qui défraient les coûts d'épuration en profitent davantage pour leur part de responsabilité, ils seront peu incités à ce genre de dépense. C'est ce qu'on appelle l'« assimilation des bénéfices ». Les deux problèmes résultent à la fois d'un comportement accessoirement rationnel, du fait que nos ressources naturelles ne sont pas propriété collective; les deux évoquant une recherche de moyens afin de « privatiser la ressource » en fixant un prix à son usage, ou des règles qui ressemblent de très près au comportement de l'exploitation privée, de sorte que ceux qui en sont responsables assument des coûts et profitent des bénéfices.

La description que fait Hardin de la terre communale est également appropriée à la dégradation de ce qu'on décrit fréquemment comme un bien collectif, c'est-à-dire un bien qui est presque gratuit pour le consommateur¹⁶, et par conséquent, de peu de valeur pour le producteur. La non-exclusivité qui distingue les biens collectifs des biens privés a souvent pour résultat qu'ils soient ignorés dans le système d'échanges du marché. L'eau propre est un exemple classique d'un bien collectif qui, sans intervention gouvernementale, sera surconsommé et sous-produit par la société. Elle est à la disposition de tous, pratiquement sans frais. Ce manque apparent de coût encourage les consommateurs d'eau à substituer l'eau relativement bon marché à d'autres ressources plus coûteuses chaque fois qu'ils le peuvent. Ainsi, si on lui donne le choix entre un système coûteux de recyclage des eaux usées, ou le processus presque sans frais qui consiste à déverser l'eau contaminée et à puiser de l'eau fraîche pour la remplacer, pour l'individu rationnel visant à maximiser ses profits, la décision est évidente. L'absence de coût d'une ressource, qui en encourage la surconsommation, décourage aussi son traitement. Considérons à présent l'industrie comme un producteur potentiel d'eau propre — c'est-à-dire une compagnie qui fournit, grâce au traitement adéquat des déchets et à la purification de l'eau, le bien collectif de l'eau propre. L'incapacité d'empêcher tous les autres consommateurs de ressources de profiter du bien collectif (après tout, il est « gratuit » pour tous) exclut la possibilité d'exiger un paiement pour couvrir les coûts de production. Il y a, par conséquent, peu d'incitations mercantiles qui incitent à fournir le bien collectif en question. De même, du point de vue du consommateur de ressources, peu de choses incitent un consommateur individuel à défrayer le traitement en amont car il suppose que d'autres consommateurs le feront et que, étant donné l'aspect nonexclusif de l'eau, le premier consommateur peut alors profiter, sans frais, d'un bien payé par d'autres¹⁷. Mais ce raisonnement peut s'appliquer à tous les consommateurs, avec le résultat que personne ne

paie rien et que le bien n'est pas fourni. Il vaudrait peut-être mieux pour les consommateurs de s'entendre entre eux pour défrayer le traitement. Là où le nombre de consommateurs est élevé, toutefois, le fait de communiquer entre eux est coûteux, et le danger d'une impasse dans les négociations est élevé. L'accord est en effet exclu.

Revenons maintenant aux propositions apparemment « irréfutables » sur lesquelles repose la thèse de Hardin : l'intérêt utilitaire individuel et la non-exclusivité des ressources communes telles que l'air et l'eau. Ce dernier concept est indiscutable. Mais la notion d'intérêt individuel utilitaire trahit une vision particulière de société et de comportement individuel qui est bien ancrée dans l'oeuvre de Charles Darwin, concernant sa découverte sur le fait que la compétition et la lutte pour la survie ont été le trait dominant des relations naturelles et sociales¹⁸. Il existe toutefois un autre point de vue que la théorie économique actuelle a choisi d'ignorer. Un point de vue selon lequel le comportement rationnel n'est pas fondé sur le désir sans scrupules de satisfaire les intérêts individuels immédiats, mais plutôt celui où la coopération et l'aide mutuelle sont les traits distinctifs de la rationalité. Darwin a défendu l'idée même dans son oeuvre, bien que beaucoup de darwinistes modernes aient choisi de l'ignorer. Par ailleurs, le penseur russe Pierre Kropotkine a démontré la thèse de la coopération dans la nature à travers sa recherche empirique sur le comportement des oiseaux¹⁹. En vérité, peu de relations au sein de la société sont caractérisées par le combat, la compétition et le désir de dominer. La famille, par exemple, admet rarement un tel comportement. Nombre d'institutions, telles que les universités, sont organisées de façon collégiale, plutôt que hiérarchique. À vrai dire, nous n'avons pas besoin d'aller plus loin que la terre communale dont parle Hardin pour saisir que sa thèse est discutable. La terre communale anglaise n'était pas sujette à la surutilisation alléguée par Hardin. En fait, elle était florissante. Et les raisons pour lesquelles elle était florissante sont dues en grande partie à la capacité des utilisateurs de la terre communale de délimiter, par des mécanismes informels et coopératifs, les droits de chaque utilisateur afin d'assurer une place à tous.

Bien que cette vision de la terre communale offre une alternative importante à la thèse et à l'analyse économique traditionnelle de Hardin, elle ne présente pas d'explication convaincante au problème de l'environnement. Pourquoi les principes médiateurs de coopération et d'entraide n'ont-ils pas prévalu sur l'intérêt individuel et la domination? Cette question ne se résout pas facilement. Elle exige un examen de la théorie politique et de la structure de l'État qui dépasserait l'envergure de cette étude. Qu'il suffise de dire qu'on a laissé la théorie économique dominante ou utilitaire, telle que décrite par Hardin, fleurir au cours des 18^e, 19^e et 20^e siècles pour des raisons politiques, et qu'elle a par la suite été renforcée par la théorie économique et juridique prédominante. La thèse de Hardin n'offre pas, en

vérité, d'importants points de vue sur les causes du problème, mais une vue limitée qui prête à controverse. Peut-être la perspective la plus utile vient-elle d'une compréhension des forces politiques qui sous-tendent cette théorie économique en particulier.

Valeurs et institutions politiques

Le processus politique ne sert pas bien les valeurs environnementales, bien que le public ait à bon droit mis les préoccupations environnementales au sommet, ou presque, de la plupart des catégories de préoccupations courantes. Les raisons n'en sont pas difficiles à trouver. Elles reposent sur les aspirations du public à ménager la chèvre et le chou. Bien des traits du processus politique sont conçus en vue de contourner de telles aspirations publiques, tandis que d'autres contribuent à un détournement des implications entières du fait de laisser l'environnement à lui-même. Ce document ne peut rendre justice à un sujet aussi complexe. Ce qui suit, par conséquent, est un résumé de quelques-uns des traits les plus « pathologiques » du processus politique — du moins en ce qui concerne la dégradation de l'environnement.

Le trait le plus éloquent du processus est sa préoccupation envers la croissance. Cette préoccupation se manifeste de deux façons. D'abord, elle ressort, comme l'affirme Ophuls, en tant que principe directeur de la politique américaine et, à un moindre degré, de la politique canadienne :

La croissance est encore au centre de la politique américaine [. . .] La croissance est la religion séculaire de la société américaine, fournissant un but social, un fondement à la solidarité politique, et une source d'incitation personnelle [. . .]

Nous avons justifié de grandes différences de revenu et de richesse en alléguant qu'elles favorisaient la croissance et que tous profiteraient à l'avenir de l'inégalité actuelle à mesure que les profits du développement se mettront à tomber goutte à goutte sur les pauvres²⁰.

Deuxièmement, elle se manifeste dans la récente tendance à un accroissement de l'efficacité par la déréglementation, ce qui démontre une foi sans bornes dans le libre-échange²¹. L'intervention politique, ou gouvernementale, visant à assurer des objectifs sociaux tels que la redistribution du revenu et la protection de l'environnement, est attaquée de toutes parts. Le credo du jour est « laissons libre cours au marché », puisque le marché, prétend-on, récompense l'efficacité et la croissance, et décourage la paresse et le gaspillage. Mais le marché auquel souscrivent les politiciens et beaucoup de groupes d'intérêt particulier n'est pas le libre-échange originellement décrit par Adam Smith dans *The Wealth of Nations* dans lequel prévalait l'égalité de choix. Le marché d'aujourd'hui a un préjugé fortement favorable au changement (croissance) pour les personnes et les groupes qui ont les ressources (l'argent) nécessaires pour exercer leur volonté. Ceux qui

n'ont pas un pouvoir d'achat suffisant pour se procurer les biens et services du marché sont en effet privés de leurs droits de représentation. Autrement dit, les récompenses vont aux gagnants. Cependant, comme le faisait remarquer l'exposé de la section précédente, une tendance à la compétition débridée sur le marché, sans aucun principe de médiation ni de contrepoids, peut en effet faciliter la croissance, mais elle le fera à un coût énorme pour l'environnement, et en définitive pour le tissu social.

Néanmoins, la pensée politique américaine et canadienne continue d'être dominée par les doctrines libertaires de John Locke. Chaque doctrine repose sur le droit des individus de poursuivre leurs propres besoins et désirs, presque sans égard à l'environnement. Ce droit est fondé sur les prémisses indispensables, et, jusqu'à récemment, presque incontestées, de l'abondance écologique²². Qui plus est, les citoyens ordinaires ne connaissent pas, et en fait ne peuvent connaître, toutes les implications de leurs propres actes ou des actes des autres sur l'environnement. Le manque de connaissance des conséquences écologiques est fonction de l'incertitude qui accompagne une société complexe, en pleine évolution²³. Plus important, elle est la conséquence d'une éthique de croissance qui engage bien plus de ressources dans le changement que dans la compréhension des effets du changement. Il en résulte un décalage de plus en plus prononcé dans la capacité du public de comprendre toutes les implications de cette croissance, et, par conséquent, une incapacité de plus en plus grande de participer, à travers les processus politiques, à des décisions qui limiteraient l'aménagement et la dégradation de l'environnement.

Sans connaître ni comprendre les conséquences de la croissance, il y a peu d'incitation à repenser les fondements philosophiques de l'éthique de la croissance. Les bienfaits de la croissance sont connus et largement compris. Les coûts ne le sont pas. Les perceptions sont maintenant remises en question, mais, bien que les photographies de la terre par satellite aient grandement contribué à modifier l'opinion publique, l'effet de décalage est énorme. Nous sommes en effet sur « le vaisseau spatial terre » avec les seules ressources existantes pour survivre.

La structure des processus politiques et gouvernementaux contribue également à la dégradation de l'environnement. Le mandat de trois ou quatre ans des politiciens et des gouvernements met l'accent sur le court terme. Pour le politicien, ce qui importe, c'est l'immédiat. Ils escomptent l'avenir de l'environnement, le reléguant à un présent contrôlable et compréhensible d'une ou deux années. La conséquence d'une telle vue à court terme est double. D'abord, elle décourage la planification à moyen et à long terme. On tient pour acquis que le lendemain se suffira à lui-même²⁴. Peu de politiciens sont prêts à agir aujourd'hui pour la postérité environnementale si les bienfaits durent plus longtemps que leur propre mandat, et presque aucun n'est prêt à agir si les bienfaits ne sont profitables qu'aux générations futures. La seconde conséquence

est que les décisions politiques sont fortement influencées par les crises. Bien que le fait de vivre sous la menace du nucléaire ait peut-être rendu la société plus résistante à la crise, les politiciens sont néanmoins tourmentés par une chaîne de crises environnementales. D'abord le DDT, puis le mercure, puis le plomb, et maintenant les précipitations acides : ce ne sont là que certaines des crises les plus à la mode. Dans chaque cas, les effets négatifs furent largement diffusés, le public fut choqué et les politiciens réagirent, souvent au détriment d'autres problèmes environnementaux plus étendus et plus sérieux.

Les pluies acides en fournissent un excellent exemple. Le problème existe depuis quelque temps en Amérique du Nord, et depuis beaucoup plus longtemps en Europe. Ses causes sont bien connues depuis au moins 25 ans. La communauté scientifique en comprend les conséquences les plus néfastes depuis presque aussi longtemps. Et pourtant, chaque mois, quelque révélation nouvelle à propos de ses conséquences envoie des ondes de choc à travers les médias et le public. Les politiciens canadiens ont sauté sur l'occasion de cette dernière crise pour consacrer une part disproportionnée de leur diatribe publique à se répandre en injures sur « les coupables » du sud. Une réaction aussi forte et un tel opportunisme politique, toutefois, contribue peu à résoudre le problème. En fait, cela ne sert peut-être qu'à détourner l'attention, vu qu'en tant que « consommateurs au moindre coût », nous sommes tous pollueurs, et qu'il y a d'autres crises environnementales, peut-être plus graves, qui nous attendent au tournant²⁵.

Pourquoi les questions, en particulier les questions environnementales, sont-elles perçues comme des crises? La réponse se trouve, en partie, dans le processus de prise de décisions, mais aussi dans la façon dont la société tire ses leçons des conséquences. Il y a du vrai dans le vieil adage : « Ce qu'on ne sait pas ne fait pas de mal. » Il y a autant d'importance aujourd'hui dans un autre adage qui dit : « Ce qu'on sait fait peur. » La société n'est pas pressée de consacrer des ressources à découvrir ce qu'elle ne veut pas savoir. Qui plus est, la compréhension, la recherche et la connaissance ne « progressent » pas lentement, mais plutôt de façon différentielle, par à-coups à mesure que l'on glane des éclaircissements et des révélations²⁶. Les meilleurs efforts de la société afin d'ignorer la vérité doivent faire place, en définitive, à la réalité de la dégradation environnementale. Chaque nouvelle révélation amène une crise, et de cette crise naît le « scandale généralisé » qui entraîne à son tour une exigence, de la part du public, d'une action rapide et sans douleur. L'apport de la communauté scientifique à la recherche favorise aussi une mentalité de crise. Désireux de générer le financement public et privé de la recherche, les scientifiques ont tendance à décrire en termes de crise les problèmes qui leur sont d'un intérêt particulier. Comme toute autre organisation, la communauté scientifique tient à la survie, et par conséquent fait la promotion de sa recherche de façon à

améliorer sa propre position au sein de la société. Il n'y a pas d'objectivité ici, mais seulement un désir organisationnel de survivre et, si possible, de croître²⁷.

Il est impossible de savoir si une démocratie consacrerait jamais suffisamment de ressources pour mieux comprendre les mécanismes environnementaux. Non seulement le coût de telles recherches est-il énorme, mais l'environnement doit faire concurrence, pour puiser à même les ressources limitées de la société, à d'autres crises immédiates telles que le chômage, la compétition internationale, le logement et le bien-être²⁸. Là où les risques de dégradation environnementale à long terme sont incertains et soulèvent des questions techniques spécialisées, il est peu probable que les générations présentes entreprendront jamais les sacrifices collectifs nécessaires pour protéger les générations futures.

Un autre problème majeur de la structure de prise de décision gouvernementale et politique est caractéristique de la plupart des organisations et de toutes les grandes bureaucraties. Dans son livre provocateur, *Essence of Decision*, Graham Allison décrivait comment la prise de décision bureaucratique et politique faisait montre de certains « traits pathologiques » qui rendent la prise de décision rationnelle virtuellement impossible. Quoiqu'un examen approfondi de la théorie organisationnelle dépasse de beaucoup la portée de ce document, un bref résumé servira à illustrer l'essence du problème²⁹.

Les organisations touchent les tâches et les problèmes — qu'ils soient d'environnement ou autres — de façons prévisibles. D'abord, les problèmes complexes comme la pollution sont divisés en sous-problèmes plus contrôlables. Ainsi, on tend à réduire la pollution à ce qui excède les normes spécifiques de qualité de l'eau ou les normes maximales permises de qualité de l'air³⁰. Tandis que le besoin de réduire la pollution de l'eau à des normes spécifiques est prévisible et compréhensible, on y perd beaucoup à la réduction. La plupart s'accordent à dire, par exemple, qu'il y a quelque chose d'hypocrite à définir les effets envahissants et insidieux de la pollution de l'eau comme toute quantité « en sus de x parties par million (p.p.m.) ». Dès que les problèmes sont définis en ces termes, la capacité organisationnelle à réagir à de nouveaux problèmes ou à développer de nouvelles approches de vieux problèmes est limitée. Le changement organisationnel, si et lorsqu'il vient, est lent et infinitésimal. Cette flexibilité limitée signifie que tous les problèmes de pollution reçoivent plus ou moins le même traitement. Le comportement futur devient prévisible. Les organisations font aujourd'hui ce qu'elles faisaient hier, et feront demain ce qu'elles font aujourd'hui.

Les raisons de tels comportements ne sont pas difficiles à trouver. Les bureaucraties ou autres administrations détestent agir avant d'être confrontées à un problème et, lorsqu'elles le sont, elles préfèrent choisir la

première solution acceptable. Cette tendance au « satisfice » (comme le dit Allison) mène à des résultats qui renforcent la relation étroite, presque symbiotique entre le législateur et celui qui subit la législation, tout en fournissant le réconfort symbolique nécessaire pour apaiser un public inquiet. Les administrations politiques et bureaucratiques éviteront autant que possible l'incertitude. Pour cette raison, elles sont réticentes à chercher de nouveaux problèmes environnementaux, préférant au lieu de cela s'occuper de problèmes de pollution simples, compréhensibles, plutôt que de s'attaquer à l'inconnu. Les pratiques institutionnelles d'embauche et de promotion renforcent les priorités et les perceptions liées à l'esprit de clocher. Les administrations développent des ordres du jour flexibles, puis y adhèrent de façon rigide. Seule la menace d'une crise et des changements radicaux au budget provoqueront des réactions fort différentes de la part des bureaucraties.

Dans de telles circonstances, la capacité des ministres responsables et des ministères concernés de s'attaquer efficacement à la pollution est limitée. Nous pouvons nous attendre à ce que les ministères cherchent de nouvelles façons d'éviter le problème, tout en augmentant leur propre rôle de réglementation et de gestion. L'enthousiasme avec lequel les ministères ont adopté les principes de gestion multiples et à usage optimal fournit une vivante illustration de ce phénomène.

Le dernier problème de prise de décision gouvernementale que nous nous proposons d'exposer a trait à la façon dont les préférences publiques affectent le processus de prise de décision publique, et vice-versa. Si l'essence du processus politique est le marchandage et le compromis entre acteurs concernés, qui à leur tour réagissent aux pressions de larges publics, un certain nombre de questions surgissent. D'abord, combien de temps pouvons-nous continuer de compromettre les valeurs environnementales, en particulier si les compromis successifs mènent à une détérioration permanente de la qualité de l'environnement? Deuxièmement, qui sont les acteurs concernés et les larges publics? Bref, qui sont les gagnants et les perdants dans la prise de décision environnementale? Quelles préférences seront déterminantes? Comme l'a écrit Stewart dans « The Reformation of American Administrative Law », « il n'est pas précisément évident que seules les préférences existantes doivent compter », et il n'est pas évident non plus que « les politiques gouvernementales doivent en principe reprendre en considération que les choix des consommateurs³¹ ». Et finalement, quelle est la relation existante entre les décisions du gouvernement et les préférences du public? Encore une fois, citons Stewart :

Les effets de modelage des préférences [. . .] peuvent avoir une incidence sur les décisions gouvernementales à cause de la grande quantité de ressources qui peuvent être affectées, leur caractère envahissant à long terme, et le fait que le processus de choix soit collectif plutôt qu'individuel. Ces caractéristiques, ajoutées aux efforts des intérêts de l'agence et du client

concernés en vue de maintenir et d'élargir des programmes une fois qu'ils sont commencés, insufflent souvent aux programmes gouvernementaux une dynamique qui s'auto-génère et s'auto-satisfait³².

La question des compromis que les défenseurs de l'environnement « doivent » faire, et des implications de ces compromis, nous offre à tous une perspective terrifiante. Frabricant offre le pronostic suivant :

Les goûts vont inévitablement se détériorer au cours des longues années à venir. Car les valeurs des générations futures seront modelées par le monde dans lequel elles sont nées, et celles-ci pourraient bien être très différentes des nôtres à cause du processus continu de croissance économique [. . .] nos descendants établiront des normes environnementales que nous trouverons intolérables.

Si on laisse la pollution augmenter au cours des siècles et des âges, nous pouvons néanmoins prétendre que la vie va s'adapter. « Les systèmes vivants sont des systèmes qui se reproduisent », oui; mais comme les biologistes les définissent, ce sont aussi des systèmes « qui transforment, et qui multiplient leurs mutations ». C'est pourquoi les choses vivantes « sont dotées d'une capacité apparemment infinie d'adaptation aux exigences de l'existence » — même dans un borbier.

Mais nous ne pouvons être certains que c'est la vie *humaine* qui s'adapterait et survivrait³³.

Il n'est pas clair non plus que la détérioration accélérée vers une « terre borbier » puisse être stoppée. Comment les générations futures pourront-elles préférer un monde qu'elles n'ont jamais connu? Le problème ne plonge-t-il pas la société dans une voie sans issue du fait de retenir tout ce qu'elle choisit? Encore là, la perspective à court terme du processus politique actuel semblerait accentuer plutôt que résoudre ces problèmes de modelage des préférences.

La question « Quel est le meilleur public? » soulève d'autres inquiétudes à savoir quels individus et groupes au sein de la société sont surtout responsables de modeler les préférences. De petits groupes au sein de la société exercent une influence énorme sur la politique. Les donateurs individuels et corporatifs qui commanditent les politiciens et les partis exigent et obtiennent des gagnants un traitement et des politiques préférentielles. Si, toutefois, le modelage des préférences ne tombait pas dans le domaine du processus politique, comment devrait-on le faire? Le marché n'est pas une alternative valable à la prise de décisions politiques. La connaissance et l'expérience individuelles sont de loin préférables, mais, sans changements structurels au sein de la société et sans une redistribution radicale de la richesse, ils sont élitistes. S'attendre à ce que le pauvre, qui manque de ressources nécessaires pour échapper au désespoir d'un ghetto urbain, acquière un goût pour les étendues sauvages et vierges du nord, ou même pour des lacs sains, c'est espérer des miracles. Cela ne se produira pas.

En définitive, le problème de la pollution n'est peut-être pas résolvable à travers le processus gouvernemental. Il est trop complexe, trop polycentrique pour être résolu d'une façon systématique, rationnelle et globale.

Le droit coutumier et les réponses législatives aux problèmes d'environnement

Comme l'économie et la politique, la loi couvre une vaste gamme de valeurs et de structures. Pour que cette partie de ce document puisse donner un aperçu général des problèmes, il est nécessaire qu'elle reçoive le même traitement général que les sections précédentes.

Le droit coutumier

LE PROCESSUS

La structure de la loi, en particulier son processus antagoniste, offre un point de départ utile. Ici, la généralisation est facile car le mode prédominant de prise de décision judiciaire ou quasi-judiciaire est le jugement, avec quelques exceptions récentes. Comme pour toutes les institutions, le jugement amène un certain a priori à la résolution de problèmes. Le jugement crée l'antagonisme. Que ce soit devant un tribunal, un conseil ou une commission, il amène au moins deux parties l'une contre l'autre, devant un décideur de tierce partie « impartiale ». Le succès est déterminé par la capacité d'une partie de persuader le décideur, et la persuasion est reliée à la capacité d'une partie d'élaborer le dossier le plus fort en amenant des preuves et des arguments selon des règles et des critères déterminés à l'avance³⁴. Le succès est aussi fonction de la capacité d'un parti à exposer les faiblesses d'un adversaire à travers le contre-interrogatoire, puis d'exploiter ces faiblesses dans le débat final. Ce processus est donc un concours. Les règles sont bien établies à l'avance, et, à l'intérieur de ces règles, on encourage les concurrents à utiliser leur meilleure stratégie pour atteindre un résultat favorable.

Comme le marché et le processus politiques, le jugement est fondé sur un certain nombre de prémisses, et amène par conséquent un certain nombre d'a priori à la résolution du litige. Premièrement, il suppose un conflit au sein de la société et le besoin de régler ce conflit, en particulier à travers une déclaration des « droits » tels qu'appliqués au contexte factuel qui a donné naissance au conflit. Deuxièmement, le processus est destiné à mettre l'accent sur les réclamations particulières des concurrents individuels. Le jugement accroît l'importance du particulier. Mais ce faisant, il rend insignifiantes les préoccupations plus larges, à l'échelle de la communauté, qui n'ont d'intérêt autre que général pour

les deux parties. Troisièmement, il est fondé sur une prémisse du « qui perd-gagne ». Il y a peu de choses, à l'intérieur du processus, qui favorise une résolution négociée des différends, sinon la perspective d'une défaite. Il n'y a rien, non plus, au sein du processus, qui facilite le compromis. En vérité, l'étendue limitée de réparations à la portée du décideur renforce la mentalité du « qui perd-gagne » des participants.

Ce qui précède peut être relié de la manière suivante à la loi et à la politique environnementales au Canada. D'abord, lorsqu'on appose aux problèmes l'empreinte du conflit, la pollution cause l'interférence entre les droits des victimes innocentes et les pollueurs, et vice-versa. Ainsi, à la fin, le problème devient un concours de droits : le droit d'utiliser sa propriété comme chacun l'entend, contre le droit d'être libre d'interférence déraisonnable. En tant qu'outil régulier, la loi est marquée de la même empreinte de conflit. Elle suppose que les activités de la société sont contre l'environnement, et par conséquent exige la réglementation et le contrôle publics.

Ces tendances générales sont accentuées par d'autres problèmes de processus spécifiques. Peut-être le problème le plus difficile auquel aient à faire face les plaignants est-il le fardeau de la preuve.

Le fardeau de la preuve

Le principe apparemment neutre selon lequel « celui qui affirme doit prouver » crée un processus partial en soi imposant un fardeau presque intolérable à ceux qui recherchent la protection de l'environnement. La présomption qui étaye ce principe est présente dans la déclaration suivante : « On peut faire ce qu'on veut, pourvu que ceux qui peuvent en être affectés de façon défavorable soient incapables de prouver qu'ils subissent aucun effet négatif. » Ainsi, on peut entreprendre une action si aucun droit individuel légalement reconnu n'est affecté de façon néfaste³⁵; et si une personne qui affirme ou craint un effet défavorable est incapable de démontrer l'assertion.

Le problème provient de l'incertitude et du décalage de l'information devenus si caractéristiques de la société moderne. La croissance économique et la technologie sophistiquée qui y est associée signifient que la brèche augmente entre ce que nous connaissons (ou pensons connaître) et ce qui peut vraiment arriver. S'il n'y a pas de réponse à la question : « Qu'arrivera-t-il, ou que peut-il arriver? », alors que ceux qui proposent des activités potentiellement nuisibles sont libres de passer aux actes³⁶ jusqu'à ce que les effets nuisibles soient prouvés, « au-delà d'un équilibre de probabilités³⁷ ». Il sera coûteux et parfois impossible à court terme d'établir le lien causal entre l'activité et la faute, surtout si le préjudice résulte d'effets synergétiques de deuxième ou de troisième ordre³⁸.

La preuve est rendue encore plus difficile par la structure antagoniste des tribunaux et les préjugés « anti-scientifiques » du système judiciaire.

Un processus qui jette un groupe contre l'autre, qui ferme les yeux sur les ressources relatives de chaque partie, et qui emploie un observateur indépendant et plus ou moins passif pour recueillir la vérité d'au-dessus de la mêlée, n'est pas une façon efficace de découvrir des faits³⁹. Les inefficacités du processus désavantagent donc la partie qui a le moins de ressources, à qui il incombe de prouver la faute environnementale, soit potentielle, soit réelle. Le processus est rendu encore plus difficile par un préjugé anti-scientifique/anti-technologique démontré par les tribunaux⁴⁰. Considérez l'affirmation suivante du juge en chef McRuer; citant approbativement *Gollomid c. Turnbridge Wells Improvement Commissioners* (1886) L.R. 1, il dit : « Parlant avec tout le respect possible à messieurs les scientifiques qui ont présenté leur preuve [. . .] je crois que dans les cas de cette nature [nuisance], il faille accorder beaucoup plus de poids aux faits qui sont prouvés qu'aux conclusions tirées d'investigations scientifiques⁴¹ [. . .] »

Bien que le juge en chef McRuer ait adopté cette approche de rejeter les découvertes scientifiques des témoins du défendeur, et d'accepter la « preuve » orale du plaignant, la prudence du tribunal pose un problème beaucoup plus grand pour la partie ayant le fardeau de la preuve, soit le plaignant. En fait, l'affaire maintenant tristement célèbre de *Nova Scotia Forest Industries* en est de loin le résultat le plus typique⁴². Dans ce cas, en déboutant la demande du plaignant d'une injonction interdisant l'arrosage d'un terrain adjacent à leur propriété au moyen d'un herbicide toxique et potentiellement nuisible, le juge Nunn manifesta une extrême réticence à accepter la preuve scientifique du plaignant. En vérité, bien qu'un dossier de preuves croissant, y compris un rapport très complet et à jour provenant des États-Unis confirmât un bon nombre des assertions du plaignant, Nunn trouve « prudemment » qu'il n'y avait pas suffisamment de preuves pour justifier l'assistance recherchée. À mesure que les polluants deviendront plus complexes et leurs effets plus difficiles à évaluer, le fardeau de la preuve limitera la réussite des actions à un petit nombre de cas dans lesquels le préjudice est soit évident, soit appuyé par les récentes découvertes de l'épidémiologie⁴³.

Recours individuel et collectif

Même si, dans une cause se rapportant à l'environnement, le plaignant peut contourner le problème du fardeau de la preuve, il subsiste deux autres obstacles à l'ordre des procédures ou du processus. Il vaut mieux traiter ensemble du problème des recours individuel⁴⁴ ou collectif⁴⁵, car les deux posent un problème presque insurmontable pour le plaignant dans une cause d'environnement. Le problème s'illustre le mieux dans le contexte de la nuisance publique. La nuisance publique décrit tout problème légalement connu, y compris les problèmes environnementaux auxquels est confrontée la société en général. Autrement dit, les problèmes de nuisance publique tels que la dégradation de l'environ-

nement ne sont pas uniques à un plaignant en particulier. Mais le manque de caractère unique soulève la question à savoir qui est en droit de poursuivre — toute personne qui se croit lésée, ou seulement le représentant juridique du public, soit le procureur général? Le cas célèbre de *Hickey c. Electric Reduction Co.* a résolu de façon non équivoque la question en faveur de la seconde possibilité⁴⁶.

Hickey, un pêcheur commercial, gagnait sa vie à Placentia Bay, à Terre-Neuve. La pêche, toutefois, fut sérieusement compromise par un effluent hautement toxique provenant de l'usine de l'Electric Reduction Company, située dans la baie. Ne pouvant plus pêcher, Hickey et d'autres pêcheurs commerciaux de la région envisagèrent un sombre avenir économique. Ils poursuivirent l'usine pour dommages, alléguant qu'on avait porté préjudice à leurs droits de pêche. Le juge Furlong leur accorda qu'il y avait eu entrave mais que le préjudice portait sur le droit public de pêcher, et non sur un droit privé des pêcheurs commerciaux. Pour maintenir son recours, Hickey aurait à prouver qu'il a subi un préjudice d'une façon particulière ou unique — à la différence des autres membres du public en espèce (peu importe ce que cela signifie) plutôt que seulement en degré⁴⁷. La perte de Hickey était son gagne-pain comme pêcheur commercial et, bien que la Cour conclût que la perte était beaucoup plus grande, en termes financiers, que celle des autres (comme les pêcheurs sportifs), elle n'était toujours pas différente en espèce. Par conséquent, Hickey ne pouvait même pas discuter du cas au mérite. Autrement dit, il n'était pas suffisamment touché pour qu'on le laisse avoir accès aux tribunaux, à plus forte raison de gagner au mérite.

Les raisons invoquées par le tribunal pour justifier la décision sont renversantes. Le juge Furlong exprima son inquiétude à savoir que le fait de donner autorité à Hickey ouvrirait les valves à un torrent de litiges de la part de tous ceux dont les droits ont été touchés, autrement dit, potentiellement, toute une population. Il soutint que la perte financière, bien qu'importante, n'était pas suffisante pour distinguer Hickey des pêcheurs sportifs. Et finalement, il nota que le procureur général, en tant que représentant du public, était le plaignant approprié dans un tel recours. Toutefois, aucune de ces raisons n'est convaincante. Le torrent en question est une création de l'imagination des juges. Il n'existe qu'en théorie, et non en pratique. De plus, la perte financière peut, et souvent doit, distinguer un plaignant potentiel du public en général. En fait, décrire « une perte de gagne-pain » comme une simple « différence en degré » de la perte d'un pêcheur sportif, porte à confusion⁴⁸. À un certain point, l'importance de la perte décrit une différence dans le type de perte, plutôt que tout simplement la quantité de la perte⁴⁹. De plus, il arrive souvent que le procureur général ne soit pas un plaignant convenable. Il n'a pas poursuivi dans le cas *Hickey*, et il n'est pas susceptible de poursuivre dans d'autres cas de recours environnemental. Les raisons d'une telle inaction ne sont pas difficiles à trouver. Un membre du

Cabinet, par exemple, peut avoir recherché et facilité les activités du défendeur. Le procureur général, en tant que membre du Cabinet, pourrait décider qu'une telle action causerait un embarras au ministère et au gouvernement. En vérité, le seul plaignant potentiel non contraint par aucun conflit d'intérêt virtuel est la personne qui a gravement souffert aux mains du défendeur, en ce cas *Hickey*. Et pourtant, c'est la seule personne à laquelle le raisonnement du tribunal refuse autorité.

Si l'on devait accepter les raisons du juge Furlong, une solution évidente au « problème » des multiples recours possibles est le recours collectif. En rassemblant toutes les personnes touchées de façon défavorable par les actions du défendeur, le recours collectif promet non seulement de produire une seule action, mais aussi de donner aux plaignants les économies d'échelle qui viennent à travers le recours collectif ou représentatif. Mais au lieu d'accepter la logique du recours collectif, les tribunaux l'ont utilisée pour poser un autre obstacle de procédure devant les plaignants. Le raisonnement de la Cour est saisi dans le passage suivant du juge Orde dans *Preston c. Hilton* :

Selon mon jugement, un recours soit pour dommages dans le cas d'une nuisance, ou pour une injonction afin de restreindre une nuisance, ne peut être apporté dans une capacité représentative. Bien qu'il puisse y avoir beaucoup d'autres gens qui subissent ou craignent des dommages provenant de la nuisance, il est clair que le préjudice ou la menace de préjudice doit être particulier à chaque personne même ou à sa propriété. Un recours collectif ou représentatif est permis, généralement parlant, seulement dans les cas où tous ceux que le plaignant prétend représenter ont le même intérêt (par lequel on n'entend pas seulement un intérêt semblable ou similaire) que le plaignant, tel que, par exemple, un recours pour mettre de côté une cession en fraude des créanciers, où tous les créanciers partagent la probabilité de la réussite du recours, ou un recours au nom de tous les actionnaires d'une compagnie, ou de tous les assurés d'une compagnie d'assurances, ou de tous les détenteurs d'obligations liés par la même entente de fiducie, ou de tous les actionnaires d'un bateau⁵⁰.

Parce que chaque plaignant dans cette cause avait une raison distincte et séparée de poursuivre, la cause ne représentait pas la « communauté d'intérêt » point obligatoire requis pour soutenir un recours collectif⁵¹.

Rendu à ce stade, le dilemme du plaignant est complet. Selon le juge Orde dans *Preston c. Hilton*, un recours privé pour nuisance ne peut devenir un recours collectif. Pour éviter le problème du recours collectif, les plaignants peuvent reléguer à l'arrière-plan l'aspect « tort particulier à chaque individu » de l'affaire et poursuivre pour nuisance publique. Mais en niant la nature privée de la nuisance, le plaignant est pris dans un problème d'autorité qui ne peut être réglé qu'en prouvant le « tort particulier » — situation qui ne convient pas à un recours collectif. Il s'ensuit que peu de litiges de protection environnementale sont l'initiative d'individus, ce qui réduit encore plus la protection de l'environnement.

LE DROIT POSITIF

Plusieurs des thèmes et des problèmes déjà rencontrés dans la section précédente émergent d'un examen du droit positif, c'est-à-dire d'une préoccupation persistante des droits de l'individu d'exploiter l'environnement. Un examen des règles de propriété du droit coutumier, par exemple, illustre la même acceptation aveugle du droit des individus à la poursuite de leurs propres intérêts, assujetti uniquement à certaines restrictions minimales lorsque ce droit entre en conflit avec un droit semblable pour les autres.

Trois présomptions sous-tendent ce thème. D'abord, le sol (la propriété foncière) est considéré comme un simple facteur de production, une marchandise qui ne mérite aucune reconnaissance ou aucun statut particuliers dans la société. Deuxièmement, le thème englobe la prééminence des droits individuels sur les droits du public ou de la communauté. En fait, la loi aujourd'hui semble considérer les droits de la communauté comme tout au plus la somme des droits des membres individuels de la communauté, et non comme quelque chose qui peut être plus important, ou d'une certaine façon transcender les droits individuels. Troisièmement, une telle doctrine axée sur l'utilisation signifie que seules des personnes légalement reconnues peuvent avoir des droits. Ou bien, pour exprimer la chose de façon quelque peu différente, l'environnement inanimé ne peut avoir aucun droit, sinon dans la mesure où le droit est détenu au nom de quelque entité juridique, comme une personne physique ou une corporation. Ainsi, la protection de l'environnement en soi n'est pas un but légitime du système judiciaire. L'environnement, tel qu'il est vu aux yeux de la loi, existe pour servir des intérêts utilitaires. Les seuls intérêts qui comptent sont les intérêts humains.

Le sol en tant que marchandise

L'actuelle perception du sol en tant que marchandise est un phénomène relativement récent qui doit davantage son origine aux exigences politiques et économiques de l'État moderne, qu'à n'importe quelle caractéristique inhérente au sol ou à la loi sur le sol. L'Angleterre féodale et préindustrielle déterminait le statut en fonction du sol. La relation d'une personne avec le sol permettait de définir la personne (de seigneur à serf) et déterminait, dans une large mesure, la place de la personne au sein de la société. Avant 1290 et le *Statute of Quia Emptores*, chaque nouvelle cession de sol créait une nouvelle relation entre cédant et cessionnaire, l'occupant présent devant certains droits et servitudes bien définis à l'occupant précédent. Personne ne « possédait » le sol au sens où nous l'entendons maintenant. Le droit de propriété demeurait aux mains de la Couronne. Tout au plus pouvait-on acquérir un droit de propriété, l'étendue de la possession étant déterminée par la relation entre le possesseur

actuel (preneur à bail) et le possesseur antérieur (seigneur). En réalité, jusqu'au 18^e siècle, les verbes « posséder » (to own) et « devoir » (to owe) étaient utilisés de façon interchangeable. Les deux décrivaient les obligations dues au sol et à la Couronne par le présent occupant. Le droit de propriété absolu était une contradiction dans les termes, à moins qu'elle ne fût appliquée à la Couronne. Le droit de propriété décrivait la relation et les obligations du propriétaire à l'égard du sol, et non un droit sans restriction de l'exploiter.

Le *Statute of Quia Emptores* mettait fin à la création de nouvelles relations féodales et représentait la première étape en direction de la libre aliénabilité et négociabilité du sol. Les cessions ultérieures ne créèrent plus de relation durable entre cédant et cessionnaire. Plutôt, le nouveau « propriétaire » prenait tout simplement la place du précédent. Le *Statute of Wills* (1540) marquait une autre étape importante vers la négociabilité du sol, en permettant à l'occupant actuel de transférer un intérêt dans le sol à la mort de l'occupant. En fait, dès la Révolution industrielle, presque toutes les restrictions sur la cession et l'usage du sol avaient disparu. Les conditions (obligations) du bail avaient été abolies. Les domaines ou les intérêts dans le sol avaient été réduits à un domaine unique, la propriété absolue. Non seulement le propriétaire actuel avait-il peu d'obligations envers le sol, mais aussi les droits du propriétaire de diviser, d'aménager et de vendre le sol étaient-ils presque illimités⁵². En fait, les tentatives de certains propriétaires visant à limiter l'utilisation et à restreindre l'aliénabilité à l'extérieur de la famille étaient vues par les tribunaux de droit coutumier comme « un affront à la propriété » et renversées. La doctrine du dommage continuait d'être pertinente, mais seulement pour protéger les futurs intérêts en place, et alors seulement pour garantir une protection minimale du sol. Le caractère unique d'une parcelle de sol en particulier était mis en doute, et tout terrain étant réductible à une valeur en dollars, le sol devient ni plus ni moins un autre « facteur de production⁵³ ». Le sol ne méritait aucune protection particulière. Par conséquent, l'exonération de l'injonction et la performance spécifique perdirent leur attrait comme remèdes à un bris de contrat ou à un préjudice déraisonnable contre le sol. Les recours pour dommages devinrent le remède préféré pour redresser les torts, ce qui mettait davantage l'accent sur le fait que le sol avait perdu son statut particulier dans la société.

Les progrès juridiques au Canada accentuèrent davantage les tendances initiées dans l'Angleterre pré-industrielle. En tant que ressource abondante, le sol ne jouissait d'aucun statut particulier au Canada. Le sol « gratuit » était la récompense de la loyauté et des longs services et le sol « gratuit » encourageait de façon importante la poussée de la colonisation et du développement⁵⁴. Au cours du 19^e siècle, la réglementation législative et administrative sur l'utilisation et l'aliénation du sol était rare. Bien que le droit coutumier fit respecter les restrictions

contractuelles (conventions restrictives), et les doctrines légales du dommage et de la nuisance, dès 1851 le chancelier Blake pouvait décrire le rôle du sol en Ontario dans les termes suivants : « [Le sol] est considéré comme une marchandise. On le traite à plusieurs fins comme un bien meuble⁵⁵ ».

Le sol était en vérité à peine plus qu'un article de commerce, et comme tel, ne recevait aucune considération ou protection particulière. Les résultats de cette façon de traiter le sol comme une marchandise ont plus d'influence sur l'environnement que la simple indifférence que suggère l'affirmation du chancelier Blake. Deux exemples spécifiques illustrent encore davantage et soulignent le préjugé anti-environnemental de la proposition. Là encore, les deux exemples requièrent une compréhension des concepts qui sous-tendent la loi sur la propriété. Le premier retrace la définition légale du droit de propriété et les conséquences qui découlent d'une telle définition; le second est centré sur l'un des incidents de « droit de propriété » du sol, en l'occurrence la doctrine du dommage et la mesure dans laquelle cette doctrine potentiellement pro-environnement a échoué à restreindre l'activité nuisible à l'environnement.

Le concept de droit de propriété Le concept de « droit de propriété », selon le droit coutumier, ressemble étroitement au concept économique de propriété. Les deux échouent à engendrer un degré très élevé de protection environnementale pour trois raisons. D'abord, le droit de propriété représente pour l'avocat un ensemble de droits, définis juridiquement, de l'usager sur une chose. Aux yeux de l'économiste, « droit de propriété » décrit un ensemble de services générateurs d'autres services qui peuvent être utilisés de façons alternatives. Ainsi, « droit de propriété », peu importe le discours, réfère à des droits d'utilisation, et non à la chose elle-même. La loi décrit qui (capacité) peut posséder quoi (propriété foncière et personnelle) et les termes et conditions du droit de propriété (aliénabilité, utilisation, etc.). La chose, si nous faisons référence à certaines parties de l'environnement, existe sans égard à la loi. Autrement dit, les « lois de protection de l'environnement » sont, au mieux, indirectes, car elles sont conçues afin de limiter ou de faciliter l'usage de la chose et ne s'attachent pas à la conservation ou à la protection de la chose elle-même.

Si le droit de propriété déterminait et limitait l'usage, les choses qui n'étaient « pas possédées » pourraient par implication être utilisées sans limite. Ainsi, comme l'a avancé Hardin, l'échec de la loi à reconnaître les droits de propriété dans la terre communale⁵⁶, a peut-être mené à la tragédie de la surutilisation⁵⁷. Dans les faits, « la propriété de tous n'est la propriété de personne ». Tout ce qui est traité par la loi comme un bien « gratuit » ou « commun⁵⁸ » est susceptible de devenir un bien sans valeur, une situation qui approche rapidement avec certaines commodités environnementales comme le sont l'air et l'eau. Mais il n'est pas

clair que le droit de propriété privée de telles ressources, en présumant que les obstacles physiques posés par la non-exclusivité de l'air et de l'eau puissent être surmontés, serait nécessairement la solution au problème.

Deuxièmement, là où la loi a reconnu et fait respecter les droits de propriété, elle a contribué à la dégradation environnementale de par la façon dont elle a défini et fait respecter ces droits de propriété. Ainsi, le droit d'exclure un tiers de sa propriété, et la capacité conséquente d'imposer des droits à quelqu'un d'autre pour l'usage de la propriété, ou le droit de tirer des revenus de location, encourageant un haut niveau d'utilisation du sol. Parce que la propriété, comme toutes les ressources, est limitée en étendue et peut-être en productivité, l'augmentation des populations mènera à un accroissement de la demande quant à son usage, et ceci, en retour, permettra au propriétaire d'en augmenter le loyer. Les augmentations de loyer, et par conséquent de la valeur de la propriété, encouragent une utilisation plus grande ou plus intensive de la ressource, ce qui crée une incitation à l'améliorer. Lorsque cette logique est appliquée au sol, par exemple, elle explique pourquoi les fermiers font de gros investissements dans les produits chimiques (pesticides, herbicides et engrais) et les technologies (remplaçant les tracteurs à deux roues motrices par d'autres à quatre roues motrices, parce qu'ils permettent de commencer plus tôt la culture des champs). De cette façon, les dimensions technologiques du problème de la pollution sont un résultat « logique » et « naturel » du concept juridique de droit de propriété, dans un État dans lequel la demande d'utilisation de ressources limitées est croissante.

Finalement, le principe selon lequel les propriétaires peuvent utiliser le sol comme ils le veulent, en n'ayant qu'à respecter le droit correspondant de tous les autres propriétaires terriens, offre un fort encouragement à utiliser, à aménager et à exploiter l'environnement. La formulation même de la règle, « l'aménagement est permis à moins qu'il n'interfère avec les droits des autres », accorde le droit d'aménagement à ceux qui veulent agir. Cela signifie que l'attribution dévolue des droits est aussi une attribution de la richesse, au sens où le droit a de la valeur et que cette attribution des droits confèrera un avantage à celui auquel on accorde le droit⁵⁹. En ajoutant à la richesse de ceux qui choisissent d'aménager, aux dépens de ceux qui ne le font pas, le système juridique, en collaboration avec le marché, fournit un préjugé évident en faveur de l'aménagement. Deuxièmement, bien que le droit soit limité par un droit correspondant chez les autres personnes, cette restriction est peu utile. Supposons que les voisins choisissent de ne pas exercer leurs droits d'aménagement ou que leur aménagement soit peu important. Leur préoccupation est alors de limiter ou de faire cesser l'aménagement du terrain adjacent en disant qu'il peut intervenir sur la jouissance de la propriété. À cause de la formulation particulière du droit, le fardeau de la

preuve que l'activité d'aménagement (l'exercice du droit en faveur de l'aménagement) affectera de façon défavorable le droit d'être libre d'interférence déraisonnable, retombe ainsi sur celui qui n'aménage pas son terrain. Si l'information au sujet des impacts environnementaux de l'aménagement proposé était disponible, déjà prête et à peu de frais, le fardeau ne serait pas onéreux. Mais dans un monde dans lequel une telle information est soit coûteuse à obtenir, ou tout simplement non disponible à court terme, le fardeau peut rarement être déchargé; par conséquent, l'aménagement inapproprié et nuisible à l'environnement se poursuit à toutes fins pratiques sans être contrôlé par aucune exigence légale voulant qu'il respecte le « droit » des autres.

La doctrine du dommage La *Loi du dommage* est destinée à protéger les intérêts futurs du sol. Comme telle, elle offre la promesse d'un mécanisme de protection environnementale afin de restreindre l'activité présente qui pourrait affecter de façon négative la future intégrité du sol. La réalité, cependant, est loin d'atteindre la promesse. D'abord, la doctrine est limitée aux quelques situations dans lesquelles les intérêts présents et futurs sont détenus par des personnes différentes. La vaste majorité des propriétaires terriens, cependant, ne sont pas affectés par la doctrine du dommage. Les droits légaux sur le sol, comme le sol même, existe à perpétuité. Ainsi, la propriété selon le « droit de propriété absolu », qui est caractéristique de la plupart des propriétés terriennes, décrit un ensemble de droits légaux à l'usage et à la jouissance d'une parcelle de terrain qui est infinie dans le temps. Le propriétaire en droit absolu est considéré selon la loi comme le propriétaire absolu, n'étant assujetti qu'à certains droits souverains détenus par la Couronne. Ce qui ne veut pas dire que d'autres n'acquerront pas un intérêt futur dans le terrain, mais seulement que tous droits que d'autres pourront acquérir subséquemment sont détenus, à présent, par le propriétaire en droit absolu. De ce point de vue, il n'y a pas de raison logique d'imposer des restrictions à l'utilisation des ressources que fait l'actuel propriétaire. Celui-ci possède les utilisations futures qui peuvent être défavorablement affectées par les utilisations présentes. Qui, mieux que l'actuel propriétaire, peut déterminer le degré approprié de protection requise, s'il y a lieu, de tels droits futurs? Parce que le « droit de propriété absolue » est détenu par l'actuel propriétaire, il n'y a pas d'intérêts futurs légalement connus qui requièrent protection.

La doctrine du dommage, par conséquent, était confinée à ces arrangements légaux dans lesquels les futurs intérêts en place étaient détenus par quelqu'un d'autre que le présent occupant⁶⁰. Selon la doctrine, il était interdit au possesseur actuel de s'engager dans une activité sur le terrain qui diminuerait la valeur marchande de l'intérêt futur. Ainsi, tout, de la coupe du bois et de l'extraction de métaux précieux à l'absence de maintien de la propriété en bon état matériel, était matière à

recours par celui qui détenait un intérêt futur. Bien que la version d'avant le XIX^e siècle de la doctrine démontrât un fort préjugé en faveur de la protection du sol, particulièrement pour le bénéfice futur de ceux qui détiennent les intérêts en place, les exigences économiques des années 1850 soulageait la propriété de la poigne rigide d'une doctrine aussi restrictive, et prononçait la mort du dommage en tant qu'outil de protection de l'environnement. À l'exception d'un dommage équitable (dommage malicieux), le dommage a virtuellement disparu en tant que source potentielle d'action dès le début du XX^e siècle. Le principe qui prévalait accordait aux présents occupants la liberté d'utiliser le sol comme ils l'entendaient. Le dommage était soit exclu par contrat comme dans le cas d'une clause d'un testament ou d'une cession entre vifs, ou étroitement interprété par les tribunaux⁶¹.

Que la doctrine du dommage ait jamais fourni ou puisse maintenant fournir le degré de protection requis pour répondre aux problèmes environnementaux d'aujourd'hui, cette question est, bien entendu, problématique. Ce qu'elle a offert, c'est une perspective différente sur les présentes utilisations du sol. La doctrine du dommage offrait une illustration classique du degré auquel les générations et les besoins futurs pouvaient imposer des obligations aux occupants actuels. Mais en tant que doctrine, elle était limitée aux circonstances dans lesquelles l'utilisation future était séparée du droit de propriété actuel. La plupart des terres étaient détenues en propriété absolue et, dans de telles circonstances, la loi réduisait les utilisations futures dans l'ensemble de droits du propriétaire actuel. Puisque l'échec de la société et du tribunal à protéger les besoins à long terme de notre environnement ne peut imposer aucune obligation légale à ses utilisateurs actuels, le droit coutumier a peu à offrir à nos petits-enfants et à leur enfants.

Droits individuels et droits communautaires

La préoccupation du droit coutumier envers les droits individuels est justifiée sous le couvert de « la maximisation du bien-être de la communauté ». Bien que cela puisse, à première vue, sembler contredire l'argument exposé précédemment au sujet de la centration de la loi sur les droits d'utilisation individuels, un examen attentif des règles du droit coutumier suggère le contraire.

Le conflit entre l'aménagement et la protection de l'environnement peut être envisagé de deux façons. Un conflit de droits peut être résolu uniquement sur la base des prétentions des parties; en revanche, le problème peut être examiné et résolu d'une façon qui sert les intérêts de la communauté en général⁶². Les règles juridiques appropriées à la résolution du premier ensemble de problèmes tendent à être non-accessoires, au sens où elles ne servent pas à des buts ni à des fins externes aux règles juridiques mêmes. Autrement dit, les règles juridiques peuvent exprimer un principe présumé de justice qui est accepté

sans référence explicite à la réalisation d'un but externe. Des exemples de telles règles pourraient inclure un droit à un niveau minimum de qualité environnementale⁶³, le droit à la réparation par injonction de toute interférence avec sa propriété (environnement) sans égard aux coûts, ou une règle de réciprocité. Les règles juridiques appropriées au second mode de résolution des conflits servent un certain but communautaire élargi, tel que l'efficacité économique, la maximisation du bien-être de la communauté ou la redistribution du revenu⁶⁴.

Les doctrines de la nuisance et des droits riverains tombent évidemment dans la seconde catégorie, au sens où elles visent toutes deux à maximiser le bien-être de la communauté et l'efficacité économique par l'application de la mesure grossière coûts/bénéfices appliquée à la vraisemblance et à l'utilité. La nuisance est une interférence déraisonnable avec l'usage et la jouissance de la propriété de quelqu'un d'autre⁶⁵. Et, tandis que la définition de droits riverains est généralement considérée comme stricte — tout changement de la quantité ou de la qualité du cours d'eau est sujette à un recours⁶⁶ — la préoccupation des tribunaux à l'égard des utilisateurs d'aval, leur test de cohérence et leur pouvoir discrétionnaire pour accorder à un plaignant victorieux des dommages au lieu d'une injonction, fournissent une large dose de vraisemblance quant à la responsabilité et au recours⁶⁷. La vraisemblance, comme le concept a été appliqué légalement à la fois aux recours pour nuisance et aux droits riverains, signifie « les activités (risques) qui ont une utilité (un avantage) sociale déterminante ».

Bien que le « principe de vraisemblance » offre la promesse apparemment irrésistible d'efficacité et de maximisation de la richesse, cette approche est fondamentalement imparfaite, et ne fournit guère plus qu'un fondement rationnel, intuitivement convaincant, à la poursuite des activités hautement risquées et dangereuses pour l'environnement. D'abord, bien qu'elle prétend estimer les coûts et bénéfices nets pour la communauté, l'évaluation est fortement biaisée en faveur du défendeur. Si le plaignant se plaint d'« un certain inconfort personnel » — la plainte environnementale typique — le tribunal pèse les « circonstances » pour déterminer si la réparation recherchée est appropriée⁶⁸. De cette façon, par exemple, l'ancienneté d'un défendeur dans un quartier industriel témoigne fortement en faveur de la vraisemblance, et par conséquent de la recevabilité d'une activité très dégradante et nocive pour l'environnement. Aux fins de déterminer une réparation appropriée, s'appliquent également des facteurs tels que la gravité du tort causé au plaignant⁶⁹, la capacité du défendeur de créer des emplois, la situation économique relative du défendeur dans la communauté, et la situation relative de l'activité de ce défendeur par rapport à d'autres défendeurs situés dans les environs⁷⁰.

Bien qu'elle ne soit pas nécessaire à l'analyse juridique des coûts-bénéfices, l'enquête des incidences de la dégradation sur la communauté

et l'environnement brille par son absence. Ainsi, les tribunaux négligent facilement le fait que toute la communauté peut souffrir des dangers pour la santé posés par le défendeur, et que des parties considérables de l'environnement, qui ne sont représentées par aucun plaignant, peuvent bien souffrir aux mains du défendeur⁷¹. Autrement dit, le calcul de la maximisation de la richesse accompli par les tribunaux est limité par le présent système de valeurs politique et social à un ensemble particulier de préoccupations qui faussent les calculs en faveur de l'intérêt du défendeur, donc de la croissance et de l'aménagement. En fait, l'endossement légal du principe du caractère raisonnable obscurcit le fait que d'autres principes, potentiellement plus appropriés, concernant l'environnement, puissent être utilisés pour établir des normes de comportement appropriés. Permettez-moi de suggérer deux de ces principes qui méritent d'être retenus.

Le premier principe postule que l'environnement⁷² a droit à un niveau minimal de qualité environnementale, dont le niveau est partiellement déterminé en référence à une norme objective de santé publique⁷³, et en partie par une mesure quelconque d'intégrité environnementale⁷⁴. Selon une telle règle, tout préjudice, qu'il soit vraisemblable ou non⁷⁵, à la santé de la personne ou à l'intégrité à long terme de l'environnement, serait passible de recours et résolu par une injonction visant à interdire l'activité offensante. En plus de répondre à un besoin manifeste d'une plus grande protection environnementale, un tel principe pourrait également être appuyé en tant que modeste tentative de redistribuer le revenu en faveur de ceux qui épaulent la protection environnementale, même si certains membres de ce groupe possèdent peut-être plus de richesses que le Canadian moyen⁷⁶.

Le second principe, exposé par Fletcher dans son article « Fairness and Utility in Tort Theory », voit la réciprocité comme la base de la résolution des conflits individuels. Fletcher explique le principe dans les termes suivants :

Que la victime ait le droit [de reprise] dépend exclusivement de la nature de l'activité de la victime lorsqu'elle fut lésée, et du risque créé par le défendeur. L'utilité et les coûts sociaux du risque sont sans pertinence, tout comme l'impact du jugement sur des formes de comportement socialement désirables [. . .]

Le principe général [. . .] est qu'une victime a le droit d'obtenir gain de cause pour des préjudices causés par un risque d'un degré plus grand et d'un ordre différent de ceux créés par la victime et imposés au défendeur — bref, pour des préjudices résultant de risques non réciproques. Les cas de responsabilité sont ceux dans lesquels le défendeur engendre un risque de tort disproportionné, excessif, relativement au risque de la victime qui crée l'activité [. . .] Inversement, les cas de non-responsabilité sont ceux de risques réciproques, en l'occurrence ceux auxquels la victime et le défendeur se soumettent réciproquement, approximativement au même degré de risque⁷⁷.

Comme le droit à un degré minimal de protection environnementale, le principe de la réciprocité exprime un préjugé marqué en faveur de la protection environnementale, car c'est généralement le défendeur qui initie les activités qui causent un dommage à l'environnement, et par conséquent crée le plus souvent le risque et la responsabilité non réciproque. À la différence du principe précédent, la réciprocité se limite aux parties en cause pour trouver les règles de responsabilité. La responsabilité est déterminée par la nature non réciproque des actions du défendeur, et non par son impact potentiel sur l'environnement.

Bien que les deux approches soient attrayantes du point de vue de la protection environnementale, elles soulèvent un certain nombre de questions difficiles. Quel est le contenu du droit? Jusqu'à quel point s'étend-il? Est-il vraiment différent du principe selon lequel les interférences « déraisonnables » donnent matière à procès? Quelle doit être la part de risque d'une activité avant qu'elle soit interdite? À la fin, ces questions semblent inviter au calcul même des coûts-bénéfices que le principe était destiné à éviter. De même, pourquoi est-il juste ou équitable d'interdire ou d'indemniser des risques non réciproques et non des risques réciproques? Les risques non réciproques ne sont-ils pas tout simplement des risques déraisonnables — des risques dans lesquels les actions du défendeur font peser une menace déraisonnable sur les intérêts du plaignant? Il ne semble pas y avoir de raisonnement ni de logique évidents derrière le principe de Fletcher, sinon la logique qui vient d'une analyse coûts-bénéfices limitée⁷⁸.

Il est particulièrement difficile de donner un contenu au droit à un certain niveau de qualité environnementale. Il y a peu de désaccords sur le fait qu'exposer des personnes à un poison mortel brime un tel droit, quelle que soit la définition de ce droit, et peu importe ce qu'il en coûte pour le faire respecter. Mais l'on s'entendra moins quand l'action en cause pose « tout simplement » un risque limité qui n'augmente qu'après une exposition longue et persistante à l'activité potentiellement nuisible. Encore là, comme un examen de risques réciproques, l'analyse du principe du droit environnemental commence à se rapprocher, si près que c'en est embarrassant, de l'analyse coûts-bénéfices, et le principe de « vraisemblance » qu'elle était censée éviter.

Seules les « personnes » légalement reconnues ont des droits

Il est banal de faire remarquer que seules les personnes ont des droits légaux, que ce soit des personnes naturelles, des corporations ou des municipalités. En vérité, la société est tellement habituée à la vision selon laquelle la loi sert et facilite la domination humaine de la nature, que les propositions visant à conférer des droits légaux à des objets inanimés sont considérées comme ridicules. Pourtant, l'article de Christopher Stone, « Towards Legal Rights for Natural Objects : Should Trees Have Standing? », a fait couler beaucoup d'encre au sujet

de l'extension des droits à l'environnement naturel, bien qu'il ait engendré peu d'actions concrètes⁷⁹. Le plaidoyer de Stone en faveur de la protection de l'environnement en soi met l'accent sur l'étendue à laquelle les lois de protection environnementale sont au mieux utilitaires et accessoirement rationnelles, et au pire des sources d'exploitation de l'environnement :

Mais le temps est déjà venu où nous devons envisager de subordonner certains des droits humains à ceux de l'environnement en soi. Considérez, par exemple, les conflits au sujet de la protection des zones sauvages contre le développement qui les rendrait accessibles à un plus grand nombre de personnes. Je trouve moi-même hypocrite de justifier la position du protecteur de l'environnement en termes de calcul utilitaire, même s'il tient compte des générations futures, et embrouille avec sa définition de « bien ». Ceux qui sont en faveur du développement ont l'argument le plus fort (celui qui du moins garde le défenseur de l'environnement au point mort) : assurer le plus grand bien du plus grand nombre de personnes. Et la même chose est vraie des arguments qui visent à préserver les espèces animales inutiles [. . .] On *peut* dire que nous ne savons jamais ce qui va s'avérer utile dans un avenir quelconque. Par conséquent, afin de nous protéger, nous devrions être conservateurs à présent dans notre traitement de la nature. Je suis d'accord. Mais lorsque les conservationnistes défendent cette voie à l'exclusion d'autres, ou se trouvent à parler en termes d'« intérêts récréatifs », de façon assez continue pour qu'ils insistent sur l'importance de, et renforcent les perspectives anthropocentriques; il y a quelque chose de triste dans ce spectacle. On sent que les arguments manquent de conviction même de ceux qui les proposent. Je m'attends à ce qu'ils disent quelque chose de moins égotiste et de plus emphatique, mais les modes d'explication prédominants et sanctionnés dans notre société ne s'y prêtent pas tout à fait⁸⁰.

En dépit d'un dissentiment intéressant du juge Douglas de la Cour suprême des États-Unis⁸¹, l'appareil judiciaire n'est pas encore prêt à se départir du « joug » d'un tel discours accessoirement rationnel⁸². Le cas le plus récent de droit des tribunaux d'intervenir au nom de l'environnement en l'absence d'intérêts humains identifiables, vient du Colorado. En réponse à un recours en dommages au nom des moustiques tués par un programme d'arrosage municipal, le juge J.E. DeVilbiss ordonna que le plaignant manquait d'autorité et que ses arguments au nom de la « flore et de la faune [. . .] et de toutes choses grandes et petites » étaient « essentiellement cosmiques⁸³ ».

Peut-être pouvons-nous nous attendre à peu de choses de plus de la part des tribunaux qu'une perspective utilitaire, anthropocentrique, axée sur les désirs. Les tribunaux ne sont pas à la veille d'intervenir au nom de l'environnement ou de valeurs de protection environnementales, à moins qu'elles ne servent un intérêt bien reconnu, et par conséquent légalement acceptables. Un jour, l'intégrité de l'environnement aura peut-être autorité légale, mais ce jour ne poindra pas avant que ne changent les attitudes et les valeurs existantes.

DÉFENSES ET RÉPARATIONS EN VERTU DU DROIT COUTUMIER

Jusqu'à maintenant, nous avons fait le point sur le droit positif et sur certains problèmes de processus qui provenaient de son recours. Deux autres points méritent une brève mention avant de conclure cette section. Le litige environnemental ne peut réussir que si, d'abord, la défense soulevée par le défendeur est sans succès; et, deuxièmement, si la réparation cherchée par le plaignant est accordée. Dans les deux cas, toutefois, les tribunaux sont de plus en plus antipathiques aux besoins du plaignant. Les défenses semblent augmenter en efficacité, sinon en nombre. Les réparations, d'autre part, sont de plus en plus restreintes à l'attribution de dommages-intérêts.

Deux défenses sont d'un intérêt particulier pour l'environnementaliste moderne : l'autorisation statutaire et la diligence raisonnable. Bien que chacune ait une histoire unique et son propre principe d'opération, elles ont beaucoup en commun. Toutes deux doivent leur existence moderne aux lois de protection de l'environnement, et toutes deux semblent être à peu de choses près des variantes modernes du test de vraisemblance, entraînant avec elles tous les préjugés anti-environnementaux précédemment décrits.

La défense fondée sur l'autorisation statutaire découle « naturellement » du principe de la suprématie parlementaire. Elle avance que ceux dont les activités sont étroitement circonscrites par statut ne devraient pas être responsables au civil des conséquences inévitables de ces activités, pourvu que l'opérateur n'ait pas été négligent⁸⁴. Ceci, bien entendu, décrit une grande partie de la pollution actuelle. Le problème est réglementé par les autorités provinciales ou fédérales appropriées conformément à la législation, cette réglementation menant normalement à une série d'actions mandatées, chacune d'entre elles étant spécifiquement établie dans une approbation, un permis ou un ordre⁸⁵. Même la conformité stricte à l'ordre de réglementation créera un certain degré de pollution⁸⁶. La pollution est par conséquent « inévitable » et selon la théorie et la défense, le pollueur n'est pas responsable des dommages causés⁸⁷.

La diligence raisonnable s'appuie sur des fondements similaires, bien que cette défense soit un peu plus complexe. La défense de la diligence raisonnable est maintenant reconnue et acceptée dans le code criminel. Elle s'applique à ce qu'on appelle les infractions au bien-être public, telles que la pollution, qui sont définies par des lois administratives ou de réglementation. Ainsi, selon la plupart des lois provinciales, et selon toutes les législations, le déversement de matières polluantes dans l'environnement constitue une infraction⁸⁸ à une réglementation ou à un ordre. Une accusation selon une telle loi ou réglementation peut être défendue avec succès par la défense de la diligence raisonnable, c'est-à-dire en prouvant que l'acte s'est produit comme conséquence d'une

erreur raisonnable ou comme un résultat inévitable d'un comportement diligent et raisonnable⁸⁹. Mais les lois font plus que tout simplement déterminer la culpabilité quasi criminelle. La Cour suprême du Canada a récemment soutenu qu'un échec à se conformer à l'ensemble des lois sur l'usage de l'eau en Ontario est en soi déraisonnable, et par conséquent, passible de poursuite — au civil⁹⁰. En appliquant la logique de la Cour suprême aux actions normales pour la nuisance civile ou aux droits riverains, il semblerait que la conformité d'un défendeur à la réglementation serait à première vue une preuve de sa diligence et de son caractère raisonnable, et par conséquent une défense dans la cause. Bien que les tribunaux aient été réticents à endosser la logique de cette approche⁹¹, ce n'est qu'une question de temps avant que la législature implante davantage le concept de vraisemblance dans les actions du droit coutumier — cette fois en créant les défenses soulignées précédemment.

La découverte judiciaire qu'un droit de droit coutumier a été lésé mènera soit à un règlement équitable (performance spécifique et/ou injonction), à des dommages-intérêts, ou à une combinaison et/ou variante quelconque(s) des deux⁹². Cependant, les juges canadiens ont plus de réticences à accorder la réparation par injonction. À quelques rares exceptions, elle est considérée comme trop radicale, trop draconienne ou tout simplement inappropriée dans une société axée sur la croissance. Les juges sont incapables d'effectuer l'« équilibre délicat » d'intérêts avec le règlement par injonction. D'autre part, les dommages-intérêts respectent le droit du défendeur d'agir au meilleur de son intérêt économique, tout en indemnisant financièrement le plaignant pour la perte subie. Ils offrent à un système judiciaire politiquement sensible le meilleur de deux mondes : il offre au plaignant de regagner le statut qu'il avait avant le préjudice, et la possibilité que le défendeur paie les coûts réels de son activité.

Mais là encore, les avantages sont plus superficiels que réels. La perte imposée au(x) plaignant(s) n'est au mieux qu'une petite fraction d'une perte environnementale totale occasionnée par l'activité. La perte pour la communauté et la perte pour l'environnement restent sans compensation ni redressement. En vérité, la préoccupation du tribunal envers les conséquences économiques pour le défendeur et ceux qui en dépendent ont aveuglé les tribunaux sur les nombreux intérêts environnementaux au nom desquels parle le plaignant — ne serait-ce qu'indirectement. Par conséquent, les droits du plaignant sont « expropriés avec indemnisation⁹³ ». Ceux qui demandent davantage sont accusés d'« insister sur leurs droits extrêmes⁹⁴ ». Pour le pollueur, le versement de dommages est tout simplement considéré comme un « coût d'entreprise » relativement petit. À la fin, l'environnement, et ceux qui le valorisent, sont perdants. Parce que les droits de l'environnement ne sont pas aisément réductibles à une mesure monétaire, ils peuvent être ignorés sans crainte⁹⁵.

Non seulement le droit coutumier manque-t-il d'un ensemble de principes d'opération qui pourraient commencer à corriger la dégradation de l'environnement, mais le processus est fondamentalement biaisé. Il est avant tout une réaction. Il est normalement invoqué après que le préjudice ait été subi, et il institutionnalise par conséquent l'inefficacité. En théorie et en pratique, il n'en coûte pas davantage pour s'assurer au préalable de la pertinence environnementale d'une activité. Cependant, avant d'intervenir, le processus judiciaire exige généralement une partie lésée avant d'intervenir, et non une partie inquiète. Qui plus est, le système judiciaire met l'accent sur la perception humaine du préjudice environnemental⁹⁶. Il n'offre aucun principe ou mécanisme pour régler une dégradation de l'environnement sans relation avec un préjudice à des droits de propriété juridiquement reconnus et détenus individuellement. Ainsi, on peut spolier des rivières nordiques; mais sans un propriétaire riverain d'aval qui déclare litige, qui ait les moyens financiers de lancer une poursuite extravagante et potentiellement coûteuse, le droit coutumier et les tribunaux ne peuvent rien faire pour intervenir. Les intérêts légalement reconnus sont étroitement circonscrits aux utilisateurs qu'en fait présentement un propriétaire/occupant particulier. Les recours collectifs sont hautement problématiques⁹⁷. Il est clair, alors, que des poursuites au nom de générations futures et/ou d'objets inanimés dépassent la dimension judiciaire⁹⁸. Le droit coutumier et le processus judiciaire témoignent ainsi de l'étendue à laquelle la loi et les tribunaux choisissent le développement au détriment de l'environnement.

La législation

Tandis que la section précédente démontre les façons dont le processus judiciaire et le droit coutumier servent mal les préoccupations environnementales, un examen des lois sur la protection de l'environnement fournit une perspective différente, mais également éclairante. De bien des façons, les inactions législatives dans le domaine sont le point de rencontre des processus économique, politique et juridique. C'est grâce aux lois sur la protection de l'environnement que l'on recourt aux processus judiciaire et administratif pour assister la formulation d'une politique et, lorsqu'elle est tout à fait développée, la mettre en application. L'envergure, la complexité et la diversité de la législation sur la protection de l'environnement excluent l'analyse détaillée. Néanmoins, il est encore une fois possible de saisir l'essence de l'approche à travers un survol plutôt général du sujet.

La législation sur la protection environnementale au Canada peut être classifiée et décrite (voir tableau 2-1). En termes généraux, cette matrice décrit aussi la séquence selon laquelle les législatures provinciales et le Parlement ont réagi aux problèmes de pollution. Les premières tentatives législatives de s'attaquer à la dégradation de l'environ-

nement étaient au départ des moyens de s'occuper de problèmes très spécifiques, comme la pollution de l'eau ou la contamination de l'air⁹⁹. À mesure que l'on comprit mieux l'interaction des résidus¹⁰⁰, les législatures commencèrent à promulguer des lois globales de protection de l'environnement¹⁰¹. Certaines de ces lois tentèrent d'établir des normes de performance appropriées aux activités polluantes. La plupart, toutefois, laissèrent les réglementations et les lignes de conduite se développer de façon progressive, industrie par industrie ou cas par cas, à mesure que les législateurs acquéraient de l'information et de l'expérience. Comme les méga-projets croissaient en nombre et qu'augmentait le potentiel d'incidences environnementales à grande échelle, on se mit à s'intéresser à une approche globale, anticipatoire, de la résolution de problèmes. Cela mena de façon ultime à évaluer l'impact environnemental par un processus législatif ou ministériel conçu pour anticiper, examiner et résoudre des problèmes environnementaux avant qu'ils ne surviennent. Un contrôle fut par la suite ajouté au processus d'évaluation pour fournir le *feedback* nécessaire à l'évaluation de la performance réelle et à l'ajustement de la réglementation.

À mesure que ces processus évoluaient, la planification gouvernementale gagnait soutien et respectabilité. Il était difficile d'évaluer des projets individuels pour en déterminer l'incidence sur l'environnement, mais les évaluer dans un vide politique sans aucun critère pour déterminer si un projet était bon ou mauvais, était presque impossible¹⁰². La planification, par conséquent, était un ajout logique et nécessaire à l'évaluation, bien que les juridictions n'aient pas toutes adopté de processus global de planification des ressources. L'évaluation de l'incidence sur l'environnement, qui pouvait ou bien demeurer tel quel ou être intégré dans d'autres processus tels que la planification de l'usage du sol, offrait la possibilité d'une pré-évaluation de tous les facteurs pouvant affecter l'environnement de façon défavorable, y compris, par exemple, le site, le processus et l'abandon de l'activité. En vérité, lorsque combinée à une évaluation détaillée des incidences et du contrôle des résidus, la planification environnementale fournit une possibilité de participation du public dans le processus de prise de décisions qui non seulement peut répondre à une très vaste gamme de préoccupations publiques, mais aussi remettre en question le fondement accepté qui appuie les décisions prises par le gouvernement et les aménageurs privés.

Il n'est pas possible de parler en détail de ces développements à travers un exposé sur la législation environnementale au Canada¹⁰³. Néanmoins, la description générale des tendances offertes ici, lorsqu'elle est combinée à l'affaire KVP, qui sera brièvement exposée, fournit un aperçu de la nature du contrôle de la pollution et de la planification environnementales au Canada.

TABLEAU 2-1 Exemples de lois fédérales et provinciales en matière de protection de l'environnement, de planification et d'évaluation

	Polluant ou problème spécifique	Provincial (Ontario) ^a	Fédéral
Législation de contrôle des résidus Réactionnelle, appliquant une réglementation sur la base de résidus individuels	Eau	<i>Ontario Water Resources Act</i> , 1980, R.S.O. c. 361; <i>Lakes and Rivers Improvement Act</i> , 1980, R.S.O. c. 229	<i>Loi sur les pêcheries</i> , 1970, S.R.C. c.F. 14 tel que modifié; <i>Ocean Dumping Control Act</i> , 1974-1975-1976 S.C. c. 55
	Air	<i>Air Pollution Control Act</i> , R.S.O. 1970, c. 16 (abrogée)	<i>Loi sur la qualité de l'air</i> , 1970-1971-1972 S.C., c. 47
	Sol	<i>Waste Management Act</i> , 1970, R.S.O. c. 491 (abrogée)	Aucune législation fédérale directement relative à cette question
	Pesticides	<i>Pesticides Act</i> , 1980, R.S.O. c. 376	<i>Loi sur les produits antiparasitaires</i> , S.R.C. 1970, c. P - 10
Législation globale de contrôle des résidus Comme ci-dessus, mais sur une base globale; la législation tente de prévoir les problèmes avant qu'ils ne se produisent		<i>Environmental Protection Act</i> , 1980, R.S.O. c. 141	<i>Loi sur les contaminants de l'environnement</i> , 1974 - 1975, S.C. c. 72. <i>Loi sur les ressources en eau du Canada</i> , 1970 (1 ^{er} suppl.) c. C - 5
Planification et évaluation Perspective de prévision et d'action, conçue pour prévoir les problèmes futurs et prendre les mesures préventives appropriées		<i>Niagara Escarpment Protection Act</i> , 1980, R.S.O. c. 297; <i>Planning Act</i> 1983, S.O. c. 1 ^a ; <i>Environmental Assessment Act</i> , 1980, R.S.O. c. 141	P.E.E.E. Processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (établi par directive du Cabinet en 1973, modifié en 1977 et en 1984); P.A.I.S.E. Processus d'analyse des incidences socio-économiques (1977)

Note : a L'Ontario sert de modèle législatif. Toutes les provinces adoptent plus ou moins la même approche.

LA LÉGISLATION SUR LE CONTRÔLE DES RÉSIDUS

La législation en matière de contrôle des résidus au Canada est bien illustrée par presque toutes les lois énumérées dans le tableau précédent. Plutôt que de décrire en détail une loi représentative, cette section soulignera et évaluera l'approche générale adoptée¹⁰⁴. D'abord, la législation reconnaît que des résidus nuisibles peuvent être produits par une activité existante ou future. Les problèmes de pollution existants, toutefois, sont moins faciles à réglementer que les problèmes potentiels, peu importe l'historique des problèmes¹⁰⁵. La pollution existante est normalement soutenue par un investissement capital majeur dans le processus pollueur, le genre d'investissement qui n'est pas aisément inscrit aux profits et pertes advenant le fait qu'une solution requière une approche radicalement différente¹⁰⁶. D'autres intérêts attendus et associés à l'activité devront être considérés par les législateurs, bien qu'aucun ne puisse être aussi fort que ceux sur lesquels reposent les investissements financiers dans le processus¹⁰⁷. La réglementation des usines projetées n'est pas contrainte par de tels intérêts de dépendance directe, et elle est par conséquent plus facile et potentiellement plus efficace¹⁰⁸. Par conséquent, la législation requiert normalement l'approbation du ministère concerné avant qu'une personne n'entreprenne une activité potentiellement polluante, que ce soit une expansion, une activité existante ou une activité entièrement nouvelle. Ce processus consiste normalement à : (a) aviser le ministère concerné de l'activité proposée; (b) soumettre des plans détaillés du projet; et (c) fournir des caractéristiques détaillées de tout équipement de contrôle et de réduction de la pollution. Après une révision ministérielle du projet, ce qui est normalement facilité par l'information fournie par le promoteur, les plans et caractéristiques sont soit approuvés tels que soumis, ou approuvés sous réserve d'une entente portant sur des modifications. Le ministère n'a habituellement pas le pouvoir de désapprouver un projet, bien qu'il puisse en retarder les travaux jusqu'à ce qu'il réponde qu'il soit susceptible de répondre aux objectifs ou aux normes ministérielles de contrôle de la pollution. La législation prévoit la conformité à une supervision ministérielle périodique des installations et de l'opération de l'équipement de réduction, avec en plus la « menace » ou la réalité d'une poursuite pour échec à répondre aux termes de la réduction.

Les problèmes existants sont réglementés grosso modo de la même façon, sous réserve de l'avertissement important qu'il y a une forte présomption en faveur du respect du statu quo. La présomption est rapidement surmontée si la pollution provenant de l'activité pose un danger immédiat à la santé ou à la propriété¹⁰⁹. Là où le problème n'est pas une menace à la vie ou à la propriété, le contrôle vient normalement de façon progressive, chaque nouveau contrôle étant précédé de négociations prolongées entre le ministère et le pollueur. Ainsi, afin de

résumer le processus de réglementation des problèmes existants, cette approche se déroule comme suit : (a) une identification du problème — soit volontairement par le pollueur, ou involontairement à travers la recherche et l'enquête du ministère concerné; (b) un plan d'action proposé pour corriger ou atténuer le problème¹¹⁰; (c) un « accord » entre le ministère et l'industrie sur le plan d'action approprié; (d) la traduction de l'action sur laquelle on s'accorde, en un ordre ou permis qu'on peut faire appliquer; et (e) l'application de l'ordre.

Bien que ceci fasse dériver la plus grande partie de la législation sur le contrôle des résidus, certains problèmes particulièrement embarrassants et potentiellement persistants exigent une supervision ministérielle encore plus soutenue. La législation sur les pesticides requiert, par exemple, une approbation détaillée avant leur importation, leur fabrication et leur utilisation, tout comme un ensemble complexe d'exigences sur la tenue de livres, l'entreposage, la vente, l'exposition et le transport¹¹¹. Autrement dit, il y a une corrélation évidente entre le danger d'un produit ou d'un résidu et le degré de réglementation et de contrôle fourni par la législation, la plupart des mesures de contrôle étant conçues de façon à éviter des problèmes potentiels plutôt qu'à rectifier des problèmes bien réels.

La législation spécifique à la pollution de l'eau ou de l'air offre l'attrait d'une vision relativement simpliste de la pollution, mais elle ignore l'interaction des résidus. Les normes sur les émissions dans l'air peuvent être respectées en saisissant les contaminants avant qu'ils ne se répandent dans l'air, mais de telles stratégies de réduction font à peine plus que soulever le problème sous une autre étiquette — élimination des déchets solides ou pollution de l'eau. Il est peu raisonnable de solutionner un problème en le transformant en un autre, à moins bien sûr que le public soit plus sensible au premier qu'au second. Il est peu raisonnable non plus de doubler les structures de réglementation et de gestion sous différentes rubriques pour le mot pollution. Bien qu'une approche globale et intégrée du contrôle de la pollution puisse engendrer une inefficacité bureaucratique, le problème est plus que neutralisé par d'autres modes efficaces et la promesse de mieux reconnaître les compromis qu'exige le contrôle de la pollution.

La législation globale sur le contrôle des déchets au Canada offre une approche régulatrice très semblable au contrôle spécifique des déchets. On fait la même distinction entre des problèmes de pouvoirs existants et potentiels. Le même « accord négocié » est utilisé soit pour éviter de nouveaux problèmes ou pour en réduire d'anciens. Et on utilise les mêmes pouvoirs de supervision et de poursuite pour s'assurer de la conformité. Le trait caractéristique ici est que les contrôles refléteront invariablement des compromis entre les problèmes et le contrôle des déchets. En tentant de réglementer la pollution venant d'une usine

existante, les contrôles peuvent toucher la pollution de l'air, la pollution de l'eau, la pollution par le bruit et le rejet des déchets solides. Tous les problèmes ne peuvent ni même ne doivent être résolus immédiatement. Par conséquent, le fait d'évaluer les dangers relatifs de chaque polluant et d'assigner une priorité aux contrôles, fait partie intégrante du processus de réglementation.

Comme le suggère ce qui précède, le potentiel de contrôle et de gestion environnementale efficace est vaste. Les législateurs ont l'option de requérir de la part des pollueurs existants et pollueurs potentiels l'adoption d'une technologie de pointe¹¹² en ce qui a trait à la réduction¹¹³, ou mettent l'accent sur le processus de génération de la pollution. Les changements de processus présagent d'un meilleur contrôle, bien que de tels changements soient très coûteux, et par conséquent difficiles à appliquer, surtout pour des firmes établies¹¹⁴. Une approche de réglementation qui se concentre sur le pollueur ignore l'étendue à laquelle la réduction peut être réalisée en changeant les préférences du consommateur¹¹⁵. Encourager des changements de mode de vie peut avoir un effet radical sur l'activité industrielle, et par conséquent sur la pollution.

Un examen des pratiques de lutte anti-pollution montre à quel point l'étendue à laquelle le possible et le réel s'éloignent l'un de l'autre. Les lacunes de l'approche législative actuelle au Canada ont été bien comblées par d'autres, et requièrent à peine plus ici qu'un bref commentaire¹¹⁶. Si le commentaire est bref, les problèmes, eux, sont nombreux. D'abord, la législation manque d'une vision claire du problème, et par conséquent de la solution. Une grande partie de la législation sur les résidus spécifiques fut adoptée en réaction à l'état d'esprit provoqué par la crise de la pollution¹¹⁷. Selon cette approche, certains aspects de la pollution furent reconnus comme un problème, et, ou bien, on y réagit en adoptant une législation de réglementation ou, plus vraisemblablement, on impose des contrôles en vertu de la législation existante¹¹⁸. On promulgue une autre législation pour contrôler la pollution et faciliter la croissance¹¹⁹. Cette législation inclut normalement des subsides généraux pour permettre aux pollueurs existants et potentiels de régler leur problème. Ces subsides furent versés soit comme subventions directes¹²⁰ à une compagnie ou à une municipalité, soit indirectement à travers un traitement fiscal préférentiel¹²¹. Bien que l'ambivalence législative puisse offrir la souplesse nécessaire afin de déterminer l'approche la mieux appropriée, elle a permis à des pollueurs d'exposer le manque d'intention claire et de jouer sur un tableau pour contourner l'autre. Ainsi, on résiste à certains contrôles jusqu'à ce que les subsides soient annoncés. Les environmentalistes s'opposent aux frais sur les effluents en les qualifiant de « permis de polluer », et l'industrie le fait, elle aussi, en disant qu'ils sont « trop coûteux ». À la fin, les ministères

comptent fortement sur la réglementation, mais une réglementation dont l'efficacité dépend largement du fait que les contribuables paient pour son respect à travers des subventions et des avantages fiscaux.

La réglementation stricte signifie développer des contacts étroits entre ceux qui créent la réglementation et ceux qui la subissent. Lorsque l'exigence législative de consultation étroite entre le ministère et l'industrie est combinée à une large discrétion ministérielle pour définir le problème et déterminer une solution appropriée, le résultat est un contrôle négocié de la pollution. Bien que les contrôles négociés ne soient pas nécessairement mauvais ou inefficaces¹²², les pratiques actuelles laissent beaucoup à désirer. Les membres de l'électorat concernés sont systématiquement exclus du processus¹²³. Sans le soutien d'un groupe voué de façon déterminée à la défense de l'environnement, le ministère détient un avantage distinct. Il n'en saura jamais autant que l'industrie sur ce problème, et par conséquent, il dépend fortement de celui qui subit la réglementation pour obtenir un résultat acceptable¹²⁴. Et finalement, lorsque les emplois et la protection environnementale s'opposent sur la place publique¹²⁵, le conflit est habituellement résolu politiquement en faveur de la préservation des emplois. Manquant du soutien à la fois public et politique, le ministère souffre d'un désavantage distinct dans le processus de négociation. Il en résulte des délais, des extensions, des subsides, ou tout simplement de l'inaction¹²⁶.

La législation sur le contrôle des déchets est, par nécessité, avant tout réactionnelle. Elle cherche à remédier à un problème plutôt qu'à le prévenir. Elle met l'accent sur la réduction au lieu de la prévention (bien que la réduction inclue souvent des changements de processus), avec pour résultat que l'initiative revient au pollueur potentiel. Ce dernier détermine le site, le processus, la technologie de réduction et l'opération. Par conséquent, le ministère reçoit quantité de données sur la réduction appropriée et la technologie de processus, mais presque aucune concernant le choix du site. Et si le proposeur peut établir que son projet rencontrera les objectifs et les normes de réglementation, le ministère est impuissant à faire quoi que ce soit, bien que l'on puisse atteindre des réductions supplémentaires importantes de la pollution par des dépenses minimales accrues. Dans les zones sur lesquelles le ministère manque d'objectifs clairs ou de normes applicables, ses pouvoirs de réglementation sont encore davantage circonscrits. Il peut négocier un niveau satisfaisant de pollution mais, comme on l'a fait remarquer plus haut, il négocie à partir d'un sérieux handicap.

Finalement, la législation sur le contrôle des déchets met l'accent sur une seule facette du problème — la pollution physique à partir des déchets. D'autres problèmes également importants restent sans réponse. La législation ne tient aucunement compte des incidences sociales et économiques des projets, bien que leur effet sur l'environnement puisse être spectaculaire et dévastateur, en particulier lorsque des

développements majeurs sont concernés. Autrement dit, la législation définit l'environnement et l'impact environnemental de façon étroite, limitant par conséquent la réglementation à un ensemble étroit de problèmes. Des préoccupations plus larges quant au mode de vie et à la qualité de la vie sont ainsi systématiquement exclus du processus de réglementation.

LA LÉGISLATION RELATIVE À LA PLANIFICATION ET À L'ÉVALUATION

Avec la prise de conscience croissante que l'ampleur et la complexité des problèmes environnementaux dépassent les « simples » incidences physiques des résidus, les gouvernements ont entrepris de s'attaquer à la dégradation de l'environnement par le truchement du processus d'examen et d'évaluation en matière d'environnement et par la planification de l'aménagement des ressources. Encore une fois, une description détaillée des actions législatives et politiques dans ces domaines¹²⁷ dépasserait la portée de ce document. Il importe, en revanche, de décrire l'approche générale et d'évaluer les efforts entrepris jusqu'à maintenant.

Que le processus d'évaluation en matière d'environnement soit afférent à des lois ou à des principes directeurs administratifs, il suit, au Canada, un modèle prévisible. Il comprend, en premier lieu, un mécanisme déterminant d'avance qui sont les activités proposées qui feront l'objet d'une évaluation. La législation peut en établir les normes¹²⁸; celles-ci peuvent être établies en termes de ligne de conduite¹²⁹ ou de réglementation¹³⁰, ou comprendre les deux, les lignes de conduite et la réglementation fournissant les détails qui font défaut aux normes statutaires générales. Outre de telles normes, ce mécanisme comprend normalement un processus d'exemption permettant aux gouvernements de dispenser de l'évaluation certains projets qui devraient normalement y être soumis¹³¹. Les projets dont l'évaluation est prévue font habituellement l'objet d'une forme de présélection visant à déterminer la pertinence d'une évaluation complète¹³². Cette présélection est parfois effectuée par le promoteur, parfois par le ministère gouvernemental responsable, mais, elle se fait généralement par combinaison des deux¹³³.

Tous les mécanismes exigent du promoteur qu'il effectue une évaluation en matière d'environnement (EE), ou évaluation des incidences sur l'environnement (EIE), cette évaluation couvrant une gamme de questions remarquablement étendue¹³⁴. L'*Environmental Assessment Act* de l'Ontario exige, par exemple, que :

5. — (3) L'évaluation environnementale soumise au ministre aux termes de l'alinéa 1, comporte
 - (a) une description des objectifs du projet;

- (b) une description et un énoncé du bien-fondé
 - (i) du projet
 - (ii) des alternatives d'exécution du projet, et
 - (iii) des solutions de rechange au projet;
- (c) une description
 - (i) de l'environnement qui en sera affecté ou qui présente des possibilités raisonnables d'en être affecté, directement ou indirectement,
 - (ii) des effets qui seront causés à l'environnement ou qui présentent des possibilités raisonnables d'être nécessaires afin de prévenir, modifier, atténuer ou remédier aux effets subis ou qui présentent des possibilités raisonnables d'être subis par l'environnement, par suite du projet, des alternatives d'exécution du projet et des solutions de rechange au projet; et
- (d) une évaluation des avantages et des inconvénients, pour l'environnement, du projet, des alternatives d'exécution du projet et des solutions de rechange au projet.

Lorsque que l'on fait une lecture des exigences de l'évaluation en matière d'environnement en regard de la définition d'environnement¹³⁵, l'on constate que cette évaluation se révèle remarquablement étendue. Elle comprend, au minimum, les incidences éventuelles sur l'environnement physique (naturel et artificiel), l'environnement économique (emplois) et l'environnement social (culture et mode de vie).

Après la soumission d'une évaluation, le gouvernement effectue un examen¹³⁶ aux fins de déterminer la recevabilité du document. Les problèmes posés par l'évaluation sont signalés au moyen de remarques formelles qui en soulignent les lacunes, ou lors d'une discussion informelle avec le promoteur. Dès que l'évaluation est complète, le gouvernement effectue une étude prévisionnelle des incidences sur l'environnement. Si la possibilité d'incidences défavorables est élevée, le projet fera habituellement l'objet d'un examen public complet. Le cas échéant, il recevra normalement l'autorisation de procéder, sous réserve de certaines conditions et mesures d'atténuation. Peu de projets¹³⁷ en arrivent à l'étape des audiences publiques, mais ceux qui y parviennent sont scrupuleusement examinés suivant les rigueurs du processus de confrontation ou de quasi-confrontation¹³⁸. Enfin, le processus se conclut lorsque les instances responsables des audiences font parvenir une recommandation (ou une décision) à un fonctionnaire responsable¹³⁹ précisant si le projet a l'autorisation de procéder et, si c'est le cas, selon quels termes et conditions. De telles recommandations sont généralement acceptées et mises en oeuvre à travers le processus normal de réglementation gouvernementale.

Bien que ce processus offre la promesse d'un examen public systématique et complet de tous les facteurs qui interviennent dans une décision susceptible d'avoir des conséquences défavorables sur l'environnement, il pose certains problèmes graves. Au niveau le plus spécifi-

que, les critiques ont été solidement documentées. On a exprimé de l'ambivalence quant à la portée de ce processus. Certains processus s'appliquent aux activités du secteur privé, d'autres pas¹⁴⁰. De façon analogue, à l'intérieur du secteur public, certaines activités ministérielles sont sujettes à l'évaluation, d'autres pas. La présélection des projets potentiels manque donc à la fois de rigueur et de cohérence. Les projets majeurs qui, à l'évidence, nécessitent une évaluation en sont souvent dispensés, en dépit du fait que ces exemptions ne semblent pas conformes aux lignes de conduite statutaires¹⁴¹.

Dès que l'on a déterminé que le processus doit s'appliquer, il souffre souvent de retard, de dédoublement et de chevauchement¹⁴². Il est rare que l'on perçoive clairement comment s'agentent l'évaluation en matière d'environnement et les autres processus de réglementation.

En l'absence de coordination, l'évaluation devient tout simplement un autre obstacle réglementaire que les promoteurs doivent contourner. Par surcroît, les audiences publiques sont souvent mal conçues. En dépit des récents efforts visant à encourager la participation du public, en particulier celle des collectivités concernées, la participation « publique » est sporadique et souvent inefficace¹⁴³. La confrontation lors des audiences et la nature conflictuelle du processus continuent de lui donner la forme d'un jeu où l'on ne peut que gagner ou perdre. Là encore, les modifications visant à réduire le conflit et à mettre l'accent sur les avantages de la coopération et de l'entente n'ont connu qu'un succès mitigé¹⁴⁴. Et enfin, une fois que des recommandations ou des décisions ont été faites, il n'existe aucun suivi ou monitoring systématiques. L'on utilise rarement les leçons tirées d'un projet pour améliorer l'évaluation de projets subséquents. Mais ces problèmes semblent bénins en regard des préoccupations plus fondamentales qui sont soulevées par ce processus.

En dépit de l'enthousiasme politique manifesté à l'égard de l'évaluation en matière d'environnement, les politiciens ne s'y sont pas vraiment engagés. Craignant qu'un processus vigoureux changera, voire même affaiblira, les mécanismes décisionnels établis des secteurs privé et public, de nombreux aspects de ce processus sont conçus pour en assurer l'inefficacité relative¹⁴⁵. Tout d'abord, ce processus impose peu d'obligations fermes à qui que ce soit. À tout coup, la discrétion fait en sorte que les politiciens (grâce aux procédures d'exemption), les bureaucrates (grâce aux mécanismes de présélection) et les promoteurs (grâce à l'autoévaluation) arrivent à circonvenir les objectifs de l'évaluation en matière d'environnement. Mais la discrétion à fortes doses n'est peut-être que le symptôme d'un problème beaucoup plus considérable : ce processus ne peut tout simplement pas fonctionner tel qu'il est conçu actuellement. Tout d'abord, il tente probablement d'en faire trop. Une évaluation des incidences sur l'environnement physique est une chose, mais le fait d'y ajouter l'étude des répercussions sociales et économi-

ques équivaut à conférer d'énormes pouvoirs à ce qui était conçu à l'origine comme un processus de réglementation¹⁴⁶. Il n'est donc pas étonnant que l'histoire de ce processus ait consisté en grande partie à faire en sorte qu'il n'atteigne jamais son plein potentiel. Si l'évaluation environnementale devait fonctionner selon les intentions de certains partisans, elle changerait de fait le fondement sur lequel s'appuie la structure décisionnelle des secteurs public et privé. En outre, ce processus est privé des instruments nécessaires pour rendre les décisions que l'on attend de lui. La plupart des grands projets auront un effet défavorable sur l'environnement. Mais comment déterminer le point où le défavorable devient inacceptable? Selon quelles normes doit-on évaluer un emplacement proposé? Quels compromis doit-on faire entre la mise en valeur des ressources pétrolières et la régularité de l'approvisionnement, d'une part et, d'autre part, l'environnement et le mode de vie des autochtones des régions nordiques? Si l'on force le processus d'évaluation en matière d'environnement à considérer et à trancher ces questions, il lui faudra prendre en charge une fonction de planification pour laquelle il est mal conçu. Le problème est que de telles évaluations sont menées soit en l'absence totale de planification, soit dans un contexte de plans incohérents. Il ne peut que patauger.

La prise de conscience du fait que l'évaluation ne peut fonctionner en l'absence de politique ou de planification, de pair avec le désir général d'essayer de prévenir les problèmes environnementaux avant qu'ils ne se produisent, ont récemment suscité diverses propositions portant sur la planification de l'utilisation des ressources. Par exemple, le gouvernement fédéral, par l'entremise du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a récemment conclu une entente avec le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest prévoyant l'établissement d'un processus de planification conjoint fédéral-territorial¹⁴⁷. Bien que les aspects centralisateurs de cette proposition aient été critiqués, l'existence même d'un tel processus témoigne de la prise de conscience que les projets de développement économique ne peuvent pas être examinés dans l'abstrait. Ils doivent être évalués dans le contexte plus général des objectifs nordiques, et ces objectifs doivent être formulés avant que les pressions qui s'exercent en faveur d'un développement accru n'éliminent les options actuelles. De la même façon, l'Ontario a récemment formulé des stratégies d'utilisation des terres (Land Use Plans) pour le nord-est et le nord-ouest de la province¹⁴⁸. Une fois approuvés, ces plans fourniront des lignes directrices à l'intérieur desquelles pourront être prises les décisions portant sur le développement. Là encore, bien que ce processus ait été critiqué pour son manque de participation publique, il tente d'envisager de façon systématique et rationnelle la relation existant entre les habitants du nord de l'Ontario et leur environnement naturel, et leurs aspirations sociales et économiques à l'égard de la région.

Les tentatives visant l'intégration de la planification et de l'évaluation ont également montré aux décideurs que la mise en place d'un processus décisionnel rationnel peut être un but illusoire. Un processus rationnel planifierait, puis évaluerait les projets proposés et, finalement, en réglerait l'aménagement selon les termes et conditions imposés par le processus d'examen ou d'évaluation. Mais la planification peut difficilement se faire dans l'abstrait. Il arrive souvent que la motivation à planifier provienne d'un projet proposé, exigeant par conséquent que les plans soient formulés dans le contexte d'une évaluation. Ou, pour reprendre cette question, mais d'un point de vue plus pratique : un processus de planification sans contexte spécifique aurait peu de chances de susciter l'attention ou la participation du public. Ainsi, les plans formulés de cette façon sont, à toutes fins utiles, vides de sens jusqu'à ce qu'ils soient révélés au public par un projet spécifique qui les conteste ou les confirme. Tout à coup, les personnes que le projet touche directement se mettent à s'inquiéter du plan (des principes directeurs), le jugent insatisfaisant, et exigent le réexamen des questions de politique « régies » par le plan. En dernière analyse, le rationnel cède au pratique. Les plans dont la formulation est prématurée sont dépourvus de l'apport du public et donc légitimés : ceux qui sont formulés plus avant dans le processus, c'est-à-dire dans le cadre de projets spécifiques, sont sévèrement critiqués pour être trop étroits et réactionnels.

Les problèmes de planification de l'aménagement des ressources et d'évaluation en matière d'environnement ne sont pas faciles à surmonter. Néanmoins, le gouvernement dispose de plusieurs options. Tout d'abord, plutôt que de tenir pour acquis qu'un « plan » discret peut être mis sur pied, ou qu'une « évaluation » peut être effectuée, le gouvernement doit commencer à envisager un processus continu. La solution aux problèmes d'aménagement des ressources ne réside pas dans l'approbation d'un plan. De tels plans sont généralement périmés à la date de leur publication. Une évaluation unique ne résoudra pas non plus les éventuels problèmes de pollution d'un projet donné. La pollution, c'est-à-dire un niveau socialement acceptable de résidus, constitue un problème permanent qui exige une action continue de la part du public et des gouvernements. Ainsi, plutôt que d'essayer de produire un résultat — une politique ou une recommandation — ou une décision, nous devrions tenter de mettre sur pied un processus permanent qui facilite la participation continue du public à la planification, à l'évaluation et au développement. En retour, cela mènera peut-être à de nouvelles façons par lesquelles le public pourra devenir partenaire à part entière dans le processus décisionnel, plutôt que d'en être le bénéficiaire ou l'adversaire.

Deux idées visant à faciliter la participation publique à toutes les facettes de ce processus méritent d'être étudiées par le gouvernement. La première consiste à élargir le rôle de la médiation en matière d'environnement comme façon de reconnaître l'intérêt du public — plutôt que

son appui ou son opposition — envers l'aménagement des ressources et la lutte contre la pollution¹⁴⁹. La médiation ne contraint pas les participants à jouer les adversaires. Elle est conçue, au contraire, pour exploiter les intérêts communs que nous partageons tous à l'égard de l'aménagement des ressources et de la lutte contre la pollution. La deuxième idée est plus radicale. Puisque les sociétés publiques et privées sont responsables de la plupart des activités affectant l'environnement, une solution à la participation continue du public au processus décisionnel consisterait donc à inviter le public à participer aux décisions prises par les conseils d'administration. Une telle approche faciliterait non seulement l'apport du public, mais elle aiderait à briser la polarisation « eux-nous » qui oppose les partisans de l'aménagement et les groupes voués à la défense de l'environnement¹⁵⁰.

Peu importe la solution, le gouvernement a un rôle particulier à jouer. Il est non seulement responsable des actions législatives et des politiques requises pour mettre en oeuvre ces expériences, mais il doit également fournir une bonne part des ressources nécessaires à la réalisation de cette idée. Il doit, par exemple, financer la participation du public ainsi que la production et l'analyse de l'information. De plus, le gouvernement doit s'engager à intégrer complètement les processus de planification, d'évaluation et de réglementation¹⁵¹. Le chevauchement, le dédoublement, la confusion et le retard ont été l'image de marque de nombre d'actions gouvernementales dans ce domaine. Néanmoins, grâce à un appui gouvernemental approprié, il sera possible de surmonter plusieurs des problèmes du processus actuel.

Le rôle de la loi dans l'affaire KVP

L'affaire KVP nous offre la meilleure illustration qui soit de la relation existant entre la pollution, le droit coutumier et les lois sur la protection de l'environnement. Il n'existe pas non plus de meilleur exemple environnemental pour démontrer l'inefficacité quasi totale de la loi, ou illustrer le besoin d'une réforme radicale. Cette histoire nous vient de l'Ontario et concerne principalement la pollution de l'eau. Elle offre toutefois bien plus qu'un aperçu de la réglementation antipollution et de la gestion des ressources dans l'industrie des pâtes et papiers du nord de l'Ontario. Elle offre une illustration saisissante de l'approche typique adoptée au cours des vingt-cinq dernières années par le gouvernement canadien à l'égard de l'industrie et de l'environnement.

Le contexte historique, la poursuite civile et la réaction législative

L'histoire commence en 1905. Cette année-là, l'Abitibi Pulp and Paper Company établissait un moulin à pâtes et papiers à Espanola, Ontario,

sur la rivière Spanish. L'année 1930 voyait la fermeture du moulin. La rivière avait été gravement polluée par le moulin, mais sa fermeture, suivie des inondations répétées qui se produisirent au cours des années 1930 et au début des années 1940 et qui éliminèrent de la rivière une bonne partie des fibres de bois en décomposition, lui permirent de se revitaliser. Les poissons revinrent et la région redevint un paradis pour les touristes, particulièrement les amateurs de pêche sportive. Les affaires des pourvoyeurs établis en aval d'Espanola étaient florissantes et prenaient de l'expansion, et l'économie locale se mit à compter sur les dollars apportés au nord par les touristes du sud.

En 1946, les choses changèrent de nouveau. Cette année-là, le moulin fut rouvert grâce à l'aide du gouvernement ontarien, sous le nom de Kalamazoo Vegetable Parchment Ltd. (ou KVP)¹⁵². En dépit du fait que la compagnie s'était engagée envers le gouvernement à ne pas déverser ou déposer dans la rivière « des déchets, de la sciure de bois, des substances chimiques ou matières de toute autre nature [. . .] qui seraient ou pourraient être préjudiciables à la faune terrestre et aquatique [. . .] outre ce qui est raisonnablement nécessaire aux activités de la compagnie », des effluents provenant de l'usine furent déversés dans la rivière Spanish¹⁵³. La qualité de l'eau de la rivière se mit bientôt à se détériorer. Les ressources halieutiques déclinèrent, les touristes disparurent, et les pourvoyeurs virent leurs revenus diminuer dramatiquement. En 1948, cinq pourvoyeurs, dont Earl McKie, intentèrent une poursuite civile contre la KVP Company. Les pourvoyeurs alléguèrent que les effluents et les émissions dans l'air qui provenaient du moulin étaient nocives et que la dégradation de l'eau portait préjudice à leurs droits de propriétaires riverains. Dans une décision ferme, le juge en chef McRuer donna raison aux plaignants et interdit au défendeur de polluer l'air et la rivière, lui accordant un délai de six mois pour lui permettre de modifier ses installations afin de se conformer à l'ordre de la Cour.

Bien que les faits de cette cause ne soient pas particulièrement remarquables, l'analyse que fit McRuer du droit coutumier et de sa contribution potentielle à la réduction de la dégradation de l'environnement met en lumière les forces et les faiblesses du droit coutumier. Pour McRuer, il ne faisait aucun doute que les droits du plaignant, en vertu du droit coutumier, avaient été lésés et qu'une injonction se révélait la réparation appropriée.

La ligne de conduite suivie [par le défendeur] démontre une indifférence envers les droits d'autrui qu'un tribunal ne devrait pas hésiter à contrôler par des mesures appropriées dans les circonstances.

Une injonction interdira au défendeur de déverser dans la rivière Spanish des substances ou des matières étrangères qui altèrent la nature ou la qualité de l'eau¹⁵⁴.

McRuer réservait également des remontrances sévères à ceux qui soutenaient que l'ordre de la Cour sèmerait le chaos économique et menacerait la viabilité financière d'une ville qui dépendait d'une seule industrie, à ceux qui doutaient de la compétence des juges à rendre des jugements difficiles concernant le compromis entre la qualité de l'environnement et le développement économique, et à ceux qui avaient pu juger discutable l'efficacité d'une telle poursuite. Quant à l'injonction, McRuer soutint :

une personne qui commet un acte préjudiciable (que ce soit une compagnie publique à des fins publiques ou un individu) n'a pas le droit de demander à la Cour de sanctionner son geste en achetant le droit de son voisin, en évaluant les dommages dans cette perspective, et en laissant son voisin aux prises avec ladite nuisance [. . .]¹⁵⁵.

Pour McRuer, les compromis environnementaux-économiques avaient peu de choses à voir avec une telle cause :

[. . .] certaines preuves ont été apportées [. . .] afin de démontrer l'importance de l'entreprise [du défendeur] pour la collectivité et le fait qu'elle a été menée de façon appropriée. Aucun de ces éléments ne doit être pris en compte dans des considérations de cette nature et les nécessités économiques du plaignant ne doivent pas non plus être considérées¹⁵⁶.

En termes d'efficacité, une injonction, bien que suspendue pour six mois, offrait aux plaignants un soulagement rapide et efficace.

Mais la décision de McRuer met en lumière certaines lacunes graves du processus judiciaire, même lorsqu'il est appliqué avec autant de vigueur en faveur de la protection de l'environnement. En premier lieu, on ne sait pas clairement quelles étaient les solutions de rechange dont disposait la compagnie. Bien que McRuer en ait suggéré une — le déversement des déchets sur un terrain sablonneux adjacent au moulin¹⁵⁷ — rien ne laissait croire qu'une telle pratique aurait accompli davantage que de déplacer le problème de la rivière au sol, et peut-être de là à la nappe phréatique¹⁵⁸. Le problème découlait du procédé d'élimination, et jusqu'à ce qu'il soit résolu, la pollution ne ferait que se déplacer d'un environnement à un autre. Il était également fort douteux que la KVP Company pût résoudre ses problèmes de procédés industriels. Tout d'abord, la technologie en place datait de 1905 et ne pouvait pas être modifiée aisément sans engager des frais considérables¹⁵⁹. Quant à savoir quelles modifications auraient dû être apportées, cela n'était pas clair non plus. En 1948, tous les moulins de pâtes et papiers d'Amérique du Nord posaient un problème de pollution. Des améliorations au procédé auraient fort probablement dépendu de la recherche et de l'innovation dans l'ensemble du secteur industriel, et non des actions d'un moulin ou d'une compagnie en particulier.

L'universalité du problème faisait ressortir une autre caractéristique troublante de cette affaire. Les tribunaux furent saisis de cette affaire par

suite de la frustration et de la colère de McKie et de ses compagnons pourvoyeurs. Ils étaient animés par le sentiment que l'on portait atteinte à l'environnement, mais encore plus par leur perte financière. Les rivières polluées sans propriétaires d'aval comme McKie, échappaient toutefois à l'examen judiciaire et à l'attention publique. Ainsi, les moulins situés en des endroits plus reculés n'étaient pas assujettis aux conséquences de leur pollution sur l'environnement. En d'autres termes, le fait que les problèmes environnementaux s'attiraient l'attention de la justice dépendait de plusieurs facteurs : la présence d'un propriétaire riverain d'aval, une perte financière suffisante pour justifier le temps et les frais engagés dans une poursuite, un lien causal évident entre la pollution et le défendeur, et peut-être même, de la part du plaignant, un droit de propriété à l'égard du poisson¹⁶⁰. Si l'un ou plusieurs de ces éléments faisaient défaut, les faits seuls ne suffisaient pas à soutenir une action réussie. Il en découlait que certains moulins se trouvaient aux prises avec des poursuites judiciaires, alors que d'autres y échappaient complètement, ce qui était une situation plutôt injuste.

Peut-être l'inconvénient le plus sérieux du processus judiciaire est-il l'accent qu'il met sur les droits et obligations des parties comparissant devant les tribunaux. Dans cet exemple particulier, il ne fait aucun doute que les intérêts du plaignant et du défendeur furent examinés de près par la Cour. Mais cela se fit à prix fort, soit celui de ne pas examiner les répercussions de cette affaire sur d'autres intérêts. Comme le soutenait la compagnie, ses employés avaient des intérêts personnels dans l'issue de la cause. Et la ville aussi. Espanola étant une ville dépendant d'une seule industrie, la fermeture de l'usine risquait d'avoir des effets très défavorables sur les affaires locales¹⁶¹. Par ailleurs, la pollution de la rivière Spanish entraînait des conséquences qui allaient bien au-delà des intérêts des plaignants. La plupart des terres riveraines situées en aval était de propriété publique, et il n'y avait donc pas de propriétaire individuel qui pût présenter des preuves de préjudice¹⁶². De la même façon, personne ne pouvait prendre la défense des poissons. Le droit de pêche est un droit public et, par la suite, seul le procureur général peut tenter des poursuites s'il y a empêchement à la jouissance de ce droit, à moins qu'un individu ne subisse quelque perte unique et particulière¹⁶³. Un plaignant individuel ne peut pas non plus parler au nom de la qualité de l'air, à moins que celui-ci n'ait été vicié au point d'être une menace directe pour la santé publique, et plus spécifiquement, la santé du plaignant.

Comme l'illustre cette cause, les tribunaux ont donc une vision extrêmement étroite de ces questions. Les règles de procédure et le droit positif restreignent la considération des tribunaux à certains intérêts spécifiques touchant directement les deux parties comparissant devant eux. D'autres intérêts, tels que la qualité de la vie dans la région, la santé de la population et les avantages et inconvénients relatifs d'une écono-

mie fondée sur le tourisme ou sur l'exploitation forestière, sont systématiquement exclus. En fait, en tant que mécanisme systématique et global de lutte contre la pollution, la poursuite judiciaire semble particulièrement inappropriée. Elle est réactionnelle, potentiellement discriminatoire, et se penche sur un ensemble de questions relativement étroit¹⁶⁴.

Les événements subséquents mirent ces problèmes en évidence et persuadèrent le gouvernement ontarien du fait que les tribunaux ne pouvaient pas régler adéquatement les problèmes de pollution. Sa première réaction fut d'adopter une loi relative à un examen plus complet des questions. Rappelons que McRuer refusa de prendre en considération les répercussions qu'une injonction aurait sur la ville, parce que la population avait intérêt et avantage à permettre la poursuite de toutes les entreprises, mais, pour citer McRuer, cela n'était pas « la réponse [. . .] à une poursuite intentée par des personnes [dont les droits sont] lésés¹⁶⁵ ». En 1949, la législature ontarienne tenta de remédier à cette situation en modifiant le *Lakes and Rivers Improvement Act*. L'article 30, nouvellement promulgué, stipulait que la Cour avait le pouvoir de :

refuser d'accorder une injonction s'il se révèle, en regard de toutes les circonstances et en prenant en considération l'importance des activités du moulin pour la localité dans laquelle il fait affaires, ainsi que les bénéfices et avantages directs et consécutifs que l'exploitation du moulin confère à la localité et aux habitants de cette localité, et pesant cela en regard du préjudice, dommage ou interférence personnels invoqué par le plaignant, il est dans l'ensemble approprié ou expédient de ne pas l'accorder [. . .]¹⁶⁶.

La Cour d'appel de l'Ontario et la Cour suprême du Canada refusèrent toutes deux d'avoir recours au nouvel article pour modifier l'injonction de McRuer. Écrivant au nom de la Cour suprême du Canada, le juge Kerwin mit l'accent sur le principe selon lequel les lois doivent être appliquées prospectivement et refusa d'appliquer rétrospectivement l'article modifié à l'affaire KVP¹⁶⁷. L'ordre de McRuer fut confirmé; l'injonction devait entrer en vigueur après une période de dix mois afin de donner à la compagnie le temps d'éliminer la source de pollution.

Confrontée à la perspective d'une perte d'emplois au moulin d'Espanola, et encouragée par une forte représentation de la part de la compagnie et d'autres intérêts économiques locaux, la législature ontarienne s'empressa alors d'agir. En mars 1950, le premier ministre Leslie Frost soumit à la législature un projet de loi qui aurait pour effet d'annuler l'injonction, réduisant la réparation du plaignant à des dommages-intérêts, et, à toutes fins utiles, permettant à la KVP Company de polluer la rivière Spanish en toute impunité¹⁶⁸. La seule obligation imposée à la compagnie en vertu de la *KVP Co. Ltd. Act* était l'indemnisation pour dommages subis, légalisant dans les faits l'« expropriation » des droits garantis par le droit coutumier¹⁶⁹. Le gouvernement justifia cette loi extraordinaire en invoquant que la pollution de l'eau ne pouvait être résolue par des injonctions qui « pourraient être

très préjudiciables à l'intérêt public », et la promesse que les recherches en matière de pollution de l'eau à l'échelle de la province seraient une priorité gouvernementale. Quant aux droits du plaignant, ils seraient respectés « à l'intérieur des limites du raisonnable¹⁷⁰ ». Cette loi reçut la sanction royale le 30 mars 1950. Les événements subséquents renforcèrent la détermination du gouvernement à étudier le problème. En 1954 et en 1955, la Cour supérieure de l'Ontario interdit aux municipalités de Richmond Hill et de Woodstock de polluer l'eau et les terres des propriétaires riverains d'aval¹⁷¹. Dans les deux cas, la pollution découlait des tentatives municipales de traitement des eaux usées dans des étangs de décantation qui se révélèrent subséquemment défectueux ou inadéquats, car ils laissaient s'échapper les effluents vers les propriétés avoisinantes. Et, comme pour *McKie c. KVP*, la poursuite entraîna une intervention législative pour « remédier » au « problème¹⁷² ».

Prenant conscience du fait que l'eau était un élément important du développement économique de l'Ontario, le gouvernement conservateur adopta, en 1954, l'*Ontario Water Resources Commission Act (OWRC Act)*¹⁷³. Bien que cette loi subit par la suite de nombreuses modifications, que nous ne relèverons pas ici, elle fournissait un cadre logique et une approche de la pollution que l'*Environmental Protection Act* (1971) continue de refléter, et des lois provinciales très complètes en matière de protection de l'environnement. La description que Milner fit en 1960 de l'*OWRC Act* est très juste :

L'*Ontario Water Resources Commission Act*, de 1956, une loi ne comportant que 20 articles, est semblable à la *Power Commission Act* qui, lorsqu'elle fut d'abord adoptée en 1907, comportait 25 articles : en un demi-siècle, cette dernière passait à 120 articles et l'approvisionnement en énergie hydro-électrique contrôlé par l'État a gagné une excellente réputation. Il est trop tôt pour dire si la *Water Resources Commission* connaîtra une expansion égale, mais le potentiel de développement est là, et la commission pourrait s'engager dans un projet d'envergure, tel que la canalisation de l'eau depuis le lac Huron à travers tout le territoire du centre sud et de l'ouest de l'Ontario. La commission peut non seulement jouer un rôle majeur dans le développement des municipalités, mais, à moins que quelque système de coordination de la planification ne soit mis sur pied, la *Water Commission* peut devenir, à l'instar de la *Power Commission* et du *Department of Highways* de l'Ontario, l'une des principales structures de planification de la province. Les industries, et ensuite la population, se rendront là où l'eau leur sera accessible, et la décision de ce faire ne peut pas toujours être prise par les municipalités. En un sens, les pouvoirs de la nouvelle commission représentent un pas important vers une planification régionale efficace. D'autre part, ces pouvoirs représentent une grave incursion dans le fief du gouvernement local¹⁷⁴.

La pollution en Ontario et, en fait, à travers le Canada n'est, semble-t-il, considérée comme un problème que si elle entrave le développement économique. De la même façon que l'Ontario Hydro fut conçue pour

faire démarrer les moteurs du développement économique, l'OWRC fut établie comme un autre service public visant à fournir l'eau et le traitement de l'eau nécessaires pour satisfaire aux besoins des secteurs industriel et municipal en pleine croissance. Le but de cette loi et de la commission n'était pas d'interdire la pollution, mais simplement de la ramener à des niveaux tolérables ou acceptables, de manière à ce qu'elle ne nuise pas au développement industriel. En tant que service public provincial, l'OWRC normaliserait¹⁷⁵ et subventionnerait¹⁷⁶ le traitement des eaux et la réglementation des eaux usées pour faciliter la croissance.

Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que les lois de lutte contre la pollution aient négligé de s'attaquer à la pollution. Ce n'était pas là leur fonction. Elles n'avaient pas été conçues à cette fin, mais plutôt pour ramener la pollution à des limites tolérables, afin de faciliter le développement. Mais le développement accru ne fit qu'accélérer la pollution, entraînant de nouveaux problèmes de quantité, de toxicité et de rémanence. En dépit de ces problèmes, le changement législatif fut lent.

La législation antipollution

En 1967, la législature ontarienne adoptait l'*Air Pollution Control Act*¹⁷⁷ et, trois ans plus tard, la *Waste Management Act*¹⁷⁸. En 1971, ces deux lois étaient refondues en une seule loi plus globale, l'*Environmental Protection Act (EPA)*¹⁷⁹. En raison de son histoire unique, l'eau continua d'être réglementée en vertu de sa propre loi, l'*Ontario Water Resources Act (OWRA)*¹⁸⁰. L'EPA et l'OWRA offraient toutes les caractéristiques d'un système de contrôle complet et pourtant hautement individualisé : un département de l'environnement subséquemment rebaptisé ministère de l'Environnement (MDE), avec des divisions s'occupant de la recherche, de l'investigation et de la réglementation; un Environmental Hearing Board, subséquemment rebaptisé Environmental Assessment Board¹⁸¹ habilité à tenir des audiences en matière d'élimination des déchets et à faire rapport au directeur de l'Environmental Approvals Branch; une commission d'appel (l'Environmental Appeals Board); et une panoplie sophistiquée de mécanismes de réglementation allant de l'émission d'ordonnances de mesures correctives et de certificats d'approbation aux ordres de cessation. En 1972, l'Ontario Water Resources Commission fut démantelée, et ses fonctions assumées par le ministère de l'Environnement. Les audiences précédemment tenues par l'OWRC étaient maintenant tenues sous l'égide de l'Environmental Assessment Board.

En Ontario, la lutte contre la pollution menée en vertu de l'*Environmental Protection Act* était typique de la lutte antipollution d'inspiration provinciale au Canada — elle avait beaucoup de potentiel, mais donnait peu de résultats concrets. Son potentiel résidait dans l'approche de réglementation adoptée, à savoir, une réglementation hautement indi-

vidualisée de tous les pollueurs existants et potentiels. Les pollueurs existants étaient tenus de déclarer le niveau et le type de pollution produite. Dès que le ministère avait pris connaissance du problème, il pouvait soit approuver un programme de réduction proposé par le pollueur (approbation de programme) soit émettre une ordonnance de mesures correctives. Dans un cas comme dans l'autre, un programme de réduction spécifique était établi, et le pollueur était tenu de s'y soumettre conformément à un échéancier détaillé. Le contrôle des pollueurs éventuels présentait le même degré de sophistication. Le promoteur d'une nouvelle activité était tenu de soumettre des plans détaillés de l'activité proposée. À la suite d'un examen mené par le MDE, une stratégie de réduction était formalisée sous forme de certificat d'approbation. En vertu d'un tel système de réglementation individualisée, le niveau de contrôle potentiel était énorme.

Mais comme l'illustrait l'affaire KVP en regard du droit coutumier, il y a une grande différence entre ce qui est possible en théorie et ce qui se produit dans les faits. Là encore, l'affaire KVP offre une illustration classique. Durant les débats législatifs sur la *KVP Act*, le procureur général Dana Porter promit que le problème KVP serait soigneusement analysé et que le gouvernement ferait tout en son pouvoir pour y trouver une solution. Le problème KVP fut étudié et chaque étude confirma ce que McKie savait déjà en grande partie, à savoir que la rivière était gravement polluée et que le moulin d'Espanola était responsable¹⁸². Mais les solutions se faisaient toujours attendre.

Les deux ordres de gouvernement semblaient impuissants à agir. Le gouvernement fédéral, pourtant armé de la *Loi sur les ressources en eau du Canada*¹⁸³, de la *Loi sur les pêcheries*¹⁸⁴ et des *Pulp and Paper Effluent Regulations*¹⁸⁵, était particulièrement inefficace. D'une part, la *Loi sur les ressources en eau du Canada* n'équivaut qu'à un manifeste de ce que le gouvernement pourrait faire. À ce jour, le gouvernement ne s'en est, à toutes fins utiles, aucunement servi. D'autre part, la *Loi sur les pêcheries* et les *Effluent Regulations* représentent les principaux mécanismes de contrôle du gouvernement. Mais ces réglementations furent rédigées à huis clos par des cadres fédéraux en consultation avec l'Association canadienne des producteurs de pâtes et papiers. Les citoyens comme McKie avaient non seulement aucun droit au chapitre, mais les organismes nationaux voués à la protection de l'environnement, telle la Canadian Environmental Law Association (CELA), furent exclus du processus de prise de décision. Le résultat était prévisible : des réglementations relativement faibles qui ne s'appliquaient qu'aux nouveaux moulins. Le moulin KVP d'Espanola, par exemple, fut dispensé de l'obligation de se conformer à la nouvelle norme de réglementation parce qu'il était déjà en opération. Les moulins existants, comme le KVP, durent se conformer aux normes selon des échéanciers sujets à négociations. Aucune de ces approches n'a réalisé un niveau particu-

lièrement élevé de contrôle de la pollution. Dans bien des cas, la norme n'est tout simplement pas assez élevée. Dans les termes mêmes d'un rapport du gouvernement fédéral :

Nous reconnaissons qu'il peut y avoir des situations à certains emplacements de moulins où les exigences de ces réglementations n'assureront pas une protection suffisante de l'environnement aquatique [. . .] Dans de tels cas, des efforts seront faits [. . .] pour négocier un programme de réduction approprié¹⁸⁶.

Quant aux échéanciers de conformité sujets à négociation, ils ont mis du temps à voir le jour et ont été particulièrement sensibles aux besoins financiers des compagnies. De manière générale, ils ont été davantage violés que respectés. En 1975, un bureau gouvernemental faisait le commentaire suivant : « Dans certains cas, nous devons reconnaître que ces échéanciers de conformité sont loin d'être respectés¹⁸⁷. » Les National Status Reports de 1974 et 1976 confirmaient qu'en dépit de progrès restreints réalisés à l'échelle de l'industrie, il persistait toujours des problèmes dans des moulins particuliers¹⁸⁸. Le moulin d'Espanola échouait non seulement à se conformer aux normes de toxicité, mais ses effluents de fabrique de pâtes et papiers se révélaient être parmi les plus toxiques de tous ceux examinés dans la province¹⁸⁹.

Les actions provinciales initiées en vertu de la *Ontario Water Resources Commission Act (OWRC Act)* étaient presque aussi inefficaces¹⁹⁰. Cette loi avait peut-être été promulguée pour favoriser le développement, mais le développement actuel et futur devait se conformer à certaines normes minimales de protection de l'environnement. Ainsi, la loi stipulait-elle à la fois une interdiction générale de polluer l'eau et un mécanisme visant à réglementer les pollueurs existants et potentiels¹⁹¹. La non-conformité à l'une ou l'autre technique rendait le contrevenant passible de poursuites judiciaires en vertu de cette loi. Une condamnation comportait une amende maximale de 5 000 \$ pour une première infraction et une amende maximale de 10 000 \$ pour toute infraction subséquente. La poursuite pouvait être intentée par le gouvernement (personnel juridique du ministère de l'Environnement ou personnel du procureur général) ou par des individus¹⁹².

En dépit du fait que le problème KVP fournit la majeure partie de l'élan initial à une législation sur la qualité de l'eau en Ontario, l'usine d'Espanola échappa en grande partie à la réglementation en vertu de cette loi. Rien de substantiel ne fut accompli à la fin des années 1950. Encore, au début des années 1960, aucune action n'avait été entreprise, en dépit du fait que le moulin était clairement en infraction des clauses générales de contrôle de la pollution stipulées par cette loi. Cela fut « rectifié » vers le milieu des années 1960, quand le Cabinet intervint de nouveau pour légaliser la pollution produite par la compagnie. Par arrêté en conseil, le moulin fut dispensé de se conformer aux objectifs de

qualité des eaux usées de 1965 pour les moulins de pâtes et papiers et reçut la permission de poursuivre ses activités sans l'indispensable équipement de réduction de la pollution¹⁹³.

En 1968, un comité de citoyens de l'endroit passa à l'action. Frustré par l'inefficacité apparente de la législation et outré par l'intervention de la législature et du Cabinet en faveur de la compagnie, Paul Falkowski du Sudbury and District Pollution Control Committee intenta deux poursuites privées contre la compagnie, en vertu de l'article 27 de l'*OWRC Act*¹⁹⁴. Les poursuites résultèrent en des condamnations mais n'apportèrent que peu d'amélioration à l'environnement local. L'année suivante, l'OWRC porta quatre autres accusations contre la compagnie, résultant encore une fois en quatre condamnations, mais sans grande amélioration à l'environnement local.

Les poursuites intentées en vertu de cette loi et les requêtes de conformité aux objectifs ontariens de qualité de l'eau se révélèrent vaines¹⁹⁵. Les poursuites privées qui eurent du succès ne générèrent guère plus qu'un revenu nominal pour le gouvernement et une publicité fâcheuse pour la compagnie; les requêtes de se conformer aux objectifs non exécutoires n'obtinrent guère plus que des excuses, chaque réponse ayant pour toile de fond la préoccupation envers les emplois et, par conséquent, la viabilité économique et sociale d'Española et autres localités semblables du nord¹⁹⁶.

Finalement, en 1977, le MDE décida qu'il était temps d'agir. À la suite d'un rapport portant sur l'article 83 (maintenant 126)¹⁹⁷, et de longs pourparlers avec la compagnie, le MDE émit, en vertu de l'article 6 de l'*Environmental Protection Act* (EPA) une ordonnance de mesures correctives¹⁹⁸ contre le successeur de KVP Co. Ltd., la Eddy Forests Products Co.¹⁹⁹. L'ordonnance établissait une approche spécifique de la pollution au moulin d'Española, incluant, par exemple, les mesures suivantes :

- 7a. Le, ou avant le, 31 décembre 1979, soumettre au Directeur une demande de certificat d'approbation, en vertu de l'article 8 de l'*Environmental Protection Act*, de 1971, de l'équipement et des installations de contrôle destinés à traiter les éléments gazeux de vos émissions gazeuses non condensables, incluant :
 - (a) les gaz d'échappement et les résidus du digesteur;
 - (b) les gaz d'évaporation à effets multiples;de telle sorte que les émissions provenant de ces sources soient conformes au règlement 15, RRP, en vertu de l'*Environmental Protection Act*, de 1971.
- 7b. Le, ou avant le, 30 juin 1981, présenter preuve au Directeur qu'un sous-traitant a été embauché pour compléter les travaux susmentionnés en 7a.
8. Le, ou avant le, 31 décembre 1982, compléter l'installation, la construction ou l'arrangement et avoir en opération les installations susmentionnées en 7a et 7b²⁰⁰.

Un examen détaillé de l'ordonnance de mesures correctives émise contre E.B. Eddy dépasserait évidemment la portée du présent document. Néanmoins, quatre de ses particularités méritent commentaire. D'abord, la date est importante. L'ordonnance fut émise en 1978 — 30 ans après que McKie et quatre autres pourvoyeurs eurent entrepris leur poursuite, 24 ans après l'entrée en vigueur de l'*OWRC Act*, et 6 ans après l'adoption de l'*Environmental Protection Act*. Dans l'intervalle, sous la supervision, d'abord de l'OWRC puis du MDE, la qualité de l'eau dans certaines régions de la province continua à se dégrader; dans d'autres régions, elle ne connut pas d'amélioration substantielle. Et pourtant, le gouvernement et les agences responsables de cette situation se contentèrent de décrire cette détérioration. Les considérables pouvoirs de réglementation du MDE engendrèrent surtout de la recherche sur la question. Les initiatives du gouvernement fédéral dans ce domaine furent également inefficaces. Ensuite, bien que l'ordonnance fût très détaillée (elle comprend 18 clauses spécifiques), le MDE s'en remit grandement à la compagnie pour en compléter les détails. Ainsi, la première exigence de l'ordonnance était que la compagnie soumette un rapport au bureau de district local du MDE,

concernant les façons, *s'il y a lieu*, par lesquelles la perte de solides en suspension peut être réduite en :

- (a) améliorant l'efficacité de votre clarificateur existant;
- (b) convertissant votre installation de traitement hydrique d'urgence en un clarificateur devant être mis en opération normale et continue;
- (c) traitant le flux dans l'égout no. 7 [le soulignement est de l'auteur]²⁰¹.

Ainsi, la solution, si solution il y avait, viendrait de la compagnie. Si la compagnie n'en fournissait aucune et si le MDE était persuadé que son échec à en inventer une était raisonnable dans les circonstances, cette ordonnance immunisait donc la compagnie contre les poursuites futures²⁰². Troisièmement, il n'y avait rien dans l'ordonnance de mesures correctives qui garantissait que la pollution de l'eau et de l'air serait ramenée à des limites acceptables. En d'autres mots, si toutes les facettes du plan de la compagnie étaient approuvées, mises en oeuvre et se révélaient subséquemment inefficaces, le gouvernement n'avait aucun recours contre la compagnie. À ce stade, il faudrait recommencer le long processus consistant à étudier le problème de pollution, à signifier un avis d'intention d'émettre une ordonnance de mesures correctives et finalement l'ordonnance elle-même. Enfin, l'ordonnance illustrait les difficiles compromis qui doivent être faits entre la pollution de l'air et de l'eau. Le MDE ne présuma jamais que la compagnie pouvait résoudre tous ses problèmes à la fois. Ainsi, il établit la pollution de l'air comme première priorité (du moins du point de vue de l'échéancier) et la pollution de l'eau comme deuxième priorité. La rivière attendit encore, cette fois jusqu'au milieu des années 1980 quand les problèmes d'effluents de la compagnie furent soulevés de nouveau.

On peut tirer d'autres conclusions sur le processus général des injonctions de dépolluer, en se fondant encore une fois sur l'injonction prononcée contre E.B. Eddy. D'abord, cet ordre exprès fut une affaire relativement discrète, le MDE et la compagnie en étant les seuls participants. Ceux qui étaient affectés par la pollution — les habitants des rives de la Spanish — ne firent pas partie du processus menant à l'émission de cette injonction. En essence, elle fut un règlement négocié, l'aboutissement de longues négociations entre la compagnie et les représentants du gouvernement. Dans ce cas, comme dans d'autres, le public n'a généralement le droit de participer qu'une fois que les termes de l'ordre ont été finalisés²⁰⁴. Si le gouvernement avait été capable de représenter les intérêts en aval et sous le vent lors de ces négociations, l'absence de participation publique n'aurait pas été grave²⁰⁵. Mais le gouvernement était incapable de le faire en raison de son appui financier antérieur à la compagnie. Il était donc difficile d'en venir à une prise de position indépendante et favorable à l'environnement. De plus, la politique gouvernementale de promotion de l'activité économique dans la région faussait la réglementation en faveur de l'aménagement. Ce cas démontre donc que l'on peut perdre une perspective nettement favorable à l'environnement par la procédure même consistant à exclure du processus de négociation ceux qui subissent les effets défavorables de la pollution.

De la même façon, les tribunaux ont été insensibles à l'intérêt public dans la participation aux négociations des injonctions de dépolluer. Ceux qui ont soutenu que les injonctions peuvent porter atteinte aux droits²⁰⁶, et que la doctrine de l'équité²⁰⁷ exige que les parties concernées puissent participer au processus se sont généralement heurtés à des interlocuteurs qui ne voulaient rien entendre²⁰⁸. Mais le préjugé défavorable à l'égard de la participation du public ne se limite pas seulement au processus de négociation. L'article 122(1) de l'EPA confère à la compagnie le droit d'interjeter appel auprès de l'Environmental Appeal Board. L'ordre exprès de dépolluer confirme également ce droit. Cependant, ce droit n'est accessible qu'à la compagnie et à l'autre partie en cause, le MDE. Là encore, les membres du public potentiellement affectés par l'injonction²⁰⁹, n'ont aucun droit d'appel comparable²¹⁰. En principe, leurs droits sont protégés par le MDE. Mais, comme le soutenait la dernière section, le MDE souffre de plusieurs inconvénients possibles provenant de faibles budgets, d'une expertise limitée et de la relation qui existe entre le ministère et l'industrie. Le fait que le public soit exclus de ce processus entraîne donc un niveau de réduction de la pollution qui est inférieur à ce qui serait autrement le cas et l'insatisfaction générale du public à l'égard des priorités et des politiques exprimées dans l'injonction²¹¹. Dans un autre cas, par exemple, l'insatisfaction à l'égard des politiques de l'injonction a mené à une poursuite privée en vertu de la *Loi sur les pêcheries*, en dépit du fait que la compagnie s'était tout à fait conformée à l'injonction de l'EPA²¹².

Un autre aspect troublant de l'ordre exprès de dépolluer imposé à E.B. Eddy est que, comme bien d'autres initiatives de réglementation, c'est le gouvernement qui en a défrayé les coûts. On prévoyait que l'application de l'injonction coûterait 22 millions de dollars. Ce montant fut toutefois compensé par une subvention gouvernementale de 25 millions de dollars aux fins de faciliter un programme d'expansion et de modernisation²¹³. E.B. Eddy appartient à George Weston Limited, une compagnie qui avait réalisé une augmentation de 84 % de ses profits au cours de l'année précédant l'attribution de la subvention.

Les injonctions de dépolluer ne sont efficaces que si elles s'attaquent directement au problème et sont respectées. Seul l'avenir dira si l'injonction imposée à E.B. Eddy réglera de façon appropriée le problème qui règne à Espanola. Par ailleurs, nous ignorons combien de temps il nous faudra attendre avant de le savoir. L'injonction initiale de 1978 envisageait un échéancier qui prévoyait la mise en place de tous les équipements de réduction dès le début des années 1980. Mais, en 1980, la compagnie proposait une modification à l'ordonnance originale qui lui permettrait de repousser l'échéance en retour de nouveaux engagements à mettre en place des équipements de réduction supplémentaires. Les modifications, les prolongations, le délais et la non-conformité sont donc caractéristiques de nombre d'injonctions. Ces problèmes peuvent, comme le soutiennent les politiciens, résulter d'injonctions « irréalistes »²¹⁴ et de la faiblesse financière de l'industrie²¹⁵. Une explication plus plausible réside dans le rapport de législateur à intimé qui existe entre le MDE et E.B. Eddy. Outre les poursuites, qui se sont révélées infructueuses, le MDE a peu d'instruments pour assurer la réduction effective de la pollution. Il lui manque les ressources humaines et financières pour bien comprendre le problème (ressources dont dispose la compagnie); il lui manque la capacité de surveillance nécessaire pour assurer une supervision continue; et, surtout, il lui manque l'appui politique et l'appui formel du public pour s'affirmer.

Finalement, l'histoire de cette injonction et une récente décision de la Cour d'appel de l'Ontario ont mis en lumière certaines des faiblesses de cette approche. Ce qui est frappant au sujet du processus de négociation décrit précédemment est la réticence du gouvernement à adopter une position ferme. Dès que le ministère eut entrepris de négocier la réduction de la pollution au moyen d'un ordre exprès, il refusa d'intenter une poursuite en vertu de l'EPA, même lorsque la compagnie semblait réticente à accepter les termes de l'injonction et l'avait subséquemment enfreint²¹⁶. Cette réticence du ministère à intenter une poursuite découle en partie d'une décision de la Cour d'appel de l'Ontario²¹⁷. Dans *Re Abitibi Paper Company*, la Cour d'appel soutint que, du moment que le ministère et la firme étaient en train de négocier une injonction de réduction et que, comme résultat de ces négociations, la firme pouvait raisonnablement s'attendre à ne pas être poursuivie si elle effectuait

certain travaux correctifs, il s'ensuivait qu'il était approprié de suspendre les accusations portées car elles représentaient un abus du processus. Ainsi, les négociations et les engagements normalement pris dans le cadre du processus de négociation peuvent sérieusement restreindre la capacité du gouvernement à utiliser ses pouvoirs de poursuite. En limitant l'un des rares outils de mise en application dont dispose le gouvernement, les tribunaux ont d'autant réduit la capacité du ministère à négocier un résultat particulièrement favorable. Ainsi, bien qu'une injonction de dépolluer ait le potentiel de mettre en oeuvre une réglementation serrée, efficace et hautement individualisée des problèmes de pollution, l'expérience tend à démontrer le contraire.

L'aménagement des ressources, la planification et la législation en matière d'évaluation environnementale

Il y a une autre facette de l'affaire KVP qui est plus difficile à relater parce qu'il lui manque l'apport dramatique d'une décision de la Cour suprême du Canada et des lois spéciales de la législature ontarienne. Cette histoire est liée au rôle que joue le gouvernement dans l'exploitation forestière, particulièrement par ses politiques d'utilisation et de gestion des forêts. Néanmoins, cette histoire vaut la peine d'être racontée car, bien qu'elle se rapporte à une ressource spécifique, en l'occurrence les forêts, elle n'est pas atypique des politiques gouvernementales et industrielles à l'égard des autres ressources naturelles. De plus, elle met l'accent sur la futilité de se concentrer exclusivement sur le contrôle de la pollution. Le problème ne se résume pas seulement à réduire les émissions et les effluents; il est lié à la question beaucoup plus complexe du rapport économique et social qu'entretiennent les Canadiens à l'égard d'un environnement si riche en ressources naturelles.

Comme toutes les politiques canadiennes en matière de ressources naturelles, les politiques forestières ont fluctué d'un extrême à un autre, soit le fait de faciliter la coupe sans égard aux coûts à long terme pour l'environnement, ou soit une gestion forestière d'esprit conservacionniste. Le moulin d'Española fut ouvert en 1905. Au cours des soixante années précédant l'ouverture du moulin, la propriété gouvernementale des forêts et sa réglementation de la coupe étaient conçues pour promouvoir une exploitation maximale des ressources forestières. Les quotas de production étaient élevés et des amendes étaient imposées aux détenteurs de permis dont les niveaux de coupe et de production étaient inférieurs aux niveaux cibles. Pour encourager la production, les droits perçus sur le bois coupé étaient maintenus à un niveau très bas. Le gouvernement subventionnait le transport en construisant des chutes à bois. En dépit d'un considérable appui gouvernemental à cette industrie, les porte-parole de l'industrie imputèrent, en partie, l'effondrement de l'industrie du bois de coupe de 1846, à un excès de réglementation et

de contrôle gouvernementaux. Un comité législatif fut mis sur pied pour examiner les causes de cet effondrement et en arriva à la conclusion qu'il fallait maintenir le principe de la propriété par la Couronne des ressources non exploitées, que les principes de réglementation publique devaient être affirmés, mais que les loyers des terres devaient être fixés à des niveaux très raisonnables et ne pas être réclamés avant que le bois soit vendu. Les recommandations du comité furent ratifiées par la *Crown Timber Act* de 1849 et demeurèrent en vigueur pendant cinquante ans²¹⁸.

Cette loi servait bien l'ordre public. On pratiquait la coupe à blanc à grande échelle. Les bûcherons et, dans une moindre mesure, le trésor public prospérèrent. Les cultivateurs en bénéficièrent, car dès que les terres étaient défrichées, elles leur devenaient accessibles, souvent gratuitement. Mais cette politique avait son prix : les forêts rasées n'étaient pas remplacées. La régénération naturelle était lente et parfois sans succès. La consolidation des fonds publics et la coupe de nouvelles ressources entraînèrent la construction de nouvelles routes plus longues et, par suite, une escalade des coûts de transport²¹⁹. Bien que les coûts environnementaux de cette politique ne fussent pas parmi les plus urgentes préoccupations du public, ils devinrent plus visibles et donc plus significatifs au fur et à mesure que la colonisation progressait vers le nord. Au tournant du siècle, un mouvement conservationniste, de modeste envergure mais bien dirigé, remettait en question la mentalité d'extraction du siècle précédent. En très peu de temps, on cessa de percevoir les forêts comme des ressources inépuisables. On limita les espèces d'arbres qui pouvaient être coupées. De plus, il y avait un prix à une politique d'extraction qui négligeait de planifier la gestion des ressources en regard des bénéfices à long terme de nombreux intérêts différents. Le moulin KVP fut rouvert en 1905 au beau milieu de cette période de changement d'attitudes. Au cours des quatre-vingts années qui suivirent, la compagnie poursuivit ses opérations dans un environnement où la politique en matière d'aménagement des ressources était ballottée par des forces concurrentes et souvent contradictoires.

Au cours de cette période, nombre de politiques gouvernementales et industrielles, qui avaient d'abord reçu un fort appui de la part de la population, se voyaient remplacer par de nouvelles politiques au fur et à mesure que l'on comprenait mieux les conséquences économiques et environnementales des anciennes politiques. Ainsi, les premières politiques laissaient aux compagnies la responsabilité du reboisement. Mais sans bail sûr et à long terme sur les terres et avec des réserves de bois à portée de la main, les compagnies n'étaient pas du tout disposées à investir dans la sylviculture et le reboisement. Elles soutenaient que les zones de coupe à blanc se reboiseraient « naturellement » et ne voyaient aucune justification à ces dépenses. Aujourd'hui, les stocks forestiers ne sont plus à portée de la main et il n'y a pourtant pas de nouvelles prises de position économiques en matière de reboisement²²⁰. Face à une

sérieuse pénurie de bois, l'industrie a fait appel à un considérable engagement de fonds publics pour l'aider à accroître ses propres dépenses dans le domaine. Les gouvernements fédéral et provinciaux ont réagi en établissant de nouvelles politiques visant à augmenter l'offre, et en mettant en oeuvre des stratégies globales de gestion étalées sur vingt ans et visant à rendre moins incertain l'avenir de l'industrie²²¹.

L'industrie forestière a atteint son objectif initial d'appuyer et de faciliter la croissance économique, particulièrement sur les terres nordiques non agricoles. À cet égard, les annales et les statistiques sont très impressionnantes²²². Mais c'est une croissance qui a coûté très cher, sans que l'on ait véritablement cherché à savoir par quel moyen ce prix aurait pu être réduit et les bénéfices maintenus ou même améliorés. Les rivières septentrionales ont été sacrifiées à l'industrie²²³. Les pouvoirs touristiques sont en train de céder face à l'accès public qu'entraîne l'industrie²²⁴. La survie économique de nombreuses communautés nordiques dépend d'une ressource unique, de sorte qu'elles sont vulnérables à ses caprices²²⁵. Certains intérêts économiques ont été bien servis par l'initiative privée et les politiques d'aide gouvernementale, mais il reste à savoir si elles ont bien servi les intérêts du public en général. Cependant, cette question doit être posée et il faut y répondre dans le contexte d'un processus de planification qui puisse voir au-delà de l'intérêt étroit d'un groupe restreint. Le premier moulin de la KVP Company à Espanola n'était pas planifié, pas plus que ses effets défavorables sur l'environnement ne furent évalués. Malheureusement, le fait de ne pas avoir soigneusement réfléchi à toutes les répercussions d'une telle décision a eu des conséquences qui ont compromis de nombreuses valeurs.

Conclusion

L'histoire du moulin KVP est en réalité celle de l'aménagement des ressources et du traitement de la pollution au Canada. La même histoire pourrait être racontée à l'égard de presque toutes les ressources, ou de n'importe quelle activité d'aménagement des ressources. C'est l'histoire d'un aménagement mal planifié, de réglementation après-coup, et de rares possibilités pour le public de participer à ce processus. Le gouvernement a généralement fait tout ce qu'il pouvait pour faciliter le développement économique; puis, à mesure que les coûts environnementaux des politiques et des projets devenaient plus évidents, il s'est tourné vers la réglementation — mais une réglementation qui semble vouée à légitimer le statu quo ou une variation mineure du statu quo. Il en résulte qu'une population appréhensive obtient le réconfort symbolique qu'elle recherche, alors que l'industrie obtient la réglementation accommodante dont elle a besoin. Il ne sera pas facile de résoudre ce dilemme.

Solutions

Introduction

Avant de procéder à l'examen de l'analyse précédente et d'entreprendre la recherche de solutions, nous aimerions apporter des commentaires sur deux questions importantes. Premièrement, certains des problèmes soulevés, telles que les technologies destructrices pour l'environnement, ne sont pas véritablement des problèmes mais, plutôt, le résultat de problèmes; deuxièmement, le fait de combiner ressources limitées (rareté) et populations et attentes croissantes doit inévitablement pousser la société vers une crise de l'environnement et exiger d'elle une action immédiate et efficace²²⁶.

De nombreux écologistes de renom ont avancé que la dégradation de l'environnement est une conséquence de la technologie. En 1971, dans *The Closing Circle*, devenu un classique, Barry Commoner saisissait l'essence de cette thèse :

Les cinquante dernières années ont été témoin d'une révolution générale de la science qui a engendré de puissants changements dans la technologie et dans ses applications à l'industrie, à l'agriculture, aux transports et aux communications [. . .]

[. . .] la production visant à répondre aux besoins essentiels — alimentation, vêtement, habitation — a plus ou moins suivi l'accroissement de 40 à 50 % de la population [. . .] [mais] le *genre* de biens produits pour répondre à ces besoins a connu un changement radical. De nouvelles technologies de production ont remplacé les anciennes. La poudre de savon a été supplantée par les détergents synthétiques; les fibres naturelles ont été supplantées par les fibres synthétiques; le bois et l'acier ont été remplacés par l'aluminium, le plastique et le béton; [. . .] les engrais ont remplacé la terre. Les anciennes méthodes de lutte contre les insectes ont été supplantées par les insecticides synthétiques [. . .]²²⁷.

Il arrive parfois que l'on connaisse les effets défavorables de ces nouvelles technologies. Habituellement, cependant, il y a un décalage entre la technologie ou la science et la connaissance de ses effets sur l'environnement. Ainsi, la course aux nouvelles technologies est-elle une course vers l'inconnu, car leurs incidences ultimes peuvent être beaucoup plus graves qu'on ne s'y attendait. À ce jour, l'expérience démontre que tel est bien le cas. Bien que les exemples de Commoner viennent étayer son inquiétude envers les nouvelles technologies, ils énoncent incorrectement la véritable nature du problème. Ce n'est pas la technologie qui constitue le problème; ce sont les valeurs et les dispositions institutionnelles qui remplacent les vieilles technologies par de nouvelles technologies, potentiellement plus dommageables; qui préfèrent les technologies nocives pour l'environnement, comme l'automobile, aux technologies, comme le transport en commun, qui lui sont favorables. En vérité, le fait de décrire le problème en termes technologiques invite à des solutions

technologiques. La véritable solution est peu susceptible d'être une nouvelle volée de progrès technologiques, avec tous les aléas et problèmes potentiels qu'ils entraînent, visant à contrecarrer les effets de la première, mais réside plutôt dans un nouvel examen des mesures incitatives qui sous-tendent de tels progrès technologiques potentiellement dangereux.

Le problème découle des valeurs qui encouragent les activités dangereuses pour l'environnement et privent de ressources les activités qui lui sont favorables. Une telle perspective nous pousse irrémédiablement vers le proverbial précipice de la catastrophe écologique. En termes plus simplistes, le coupable est une éthique de croissance (rendement soutenu) dans un monde de ressources limitées. Mais notre capacité et notre appétit de croissance ne sont guère susceptibles de changer. Nous ne croyons pas non plus qu'ils doivent changer complètement. Mettre un terme à la croissance et au changement équivaldrait à fossiliser la structure socio-économique actuelle avec toutes ses inéquités et ses échecs. Et nous croyons que la plupart des Canadiens seraient fortement opposés à une politique qui changerait radicalement la structure socio-économique existante.

Si la société n'était pas limitée par les restrictions et les contraintes de la planète, il serait peut-être possible de satisfaire tous les besoins et tous les désirs, si extravagants soient-ils. Mais la réalité est autre. Nous en sommes venus à connaître trop bien les limites de cette planète et le besoin de répartir la rareté des ressources que créent de telles limites. Récemment, les travaux du Club de Rome en arrivaient à la même conclusion. L'extrait suivant, dont l'auteur est l'un des principaux chercheurs du Club de Rome, saisit bien l'essence du problème :

La population, l'investissement en capital, la pollution et la consommation alimentaire ont connu, à travers l'histoire, une croissance exponentielle. Nous en sommes venus à considérer la croissance comme l'une des caractéristiques inhérentes au comportement humain, comme le signe indéniable du progrès, mais ces taux de croissance exponentiels ne peuvent continuer à jamais. Étant donné l'espace fini du monde, la croissance doit, avec le temps, se heurter aux limites fixées par la nature et faire place à une forme d'équilibre²²⁸.

L'auteur soutient, par ailleurs, qu'à moins de mettre un frein aux rythmes actuels de croissance, nous devons nous attendre à l'épuisement de nos ressources naturelles à l'échelle mondiale et à davantage de situations critiques en termes de pollution. L'article conclut ainsi :

Le grand défi du présent est de choisir le meilleur mode de transition possible entre les dynamiques de croissance du passé et l'équilibre futur. En faisant cette décision, nous devons reconnaître qu'il n'existe pas d'utopies dans nos systèmes sociaux, ni de modes de comportement viables qui soient exempts de pressions et de stress [. . .]

Nous devons définir de nouveaux buts humains pour remplacer la quête d'avancement économique; nous devons reformuler les buts des nations et des sociétés afin de les rendre plus compatibles avec la philosophie de l'équilibre²²⁹.

La thèse de la croissance limitée a été fortement critiquée, et plus particulièrement en ce qu'elle avance qu'il n'y a pas de contraintes inhérentes à la croissance économique et aucun mécanisme auto-correcteur opportun qui puissent empêcher l'accélération de la croissance et l'émergence de violentes crises²³⁰. Pourtant, ce message contient une grande part de vérité. À moins que nous ne prenions des mesures pour nous rapprocher d'un état d'équilibre, la dégradation de l'environnement se poursuivra — peut-être jusqu'au point d'engendrer des crises menaçant la vie de l'homme; et certainement au détriment de la qualité de la vie sur terre.

Si le véritable problème est une éthique de croissance illimitée dans un monde limité, jointe à une foi aveugle en la capacité de la technologie de régler tous les problèmes, alors une bonne part du blâme doit revenir à ces valeurs et institutions qui renforcent une telle éthique et une telle foi.

Solutions proposées

L'un des paradoxes du mouvement de protection de l'environnement est qu'il recherche des solutions auprès des institutions mêmes qui ont tant contribué à la création des problèmes. Ainsi, sommes-nous forcés de nous tourner vers les ressources économiques pour nous fournir l'incitation à développer une « solution technologique » meilleure et plus efficace. Nous nous tournons vers nos politiciens pour qu'ils nous fournissent des choix et des lois meilleurs et plus efficaces, sachant fort bien que la perspective à court terme et réactionnelle du processus politique fausse leur vision du problème et élimine, par conséquent, la possibilité de solution radicale. Et ceux qui voudront s'en remettre aux tribunaux et à l'appareil juridique devront accepter le fait que les tribunaux et les doctrines juridiques ont tous deux établi et encouragé plusieurs des stimuli favorables au développement qui ont entraîné nombre des problèmes environnementaux actuels.

Nous devons néanmoins agir à partir de ce que nous savons et comprenons. Les solutions ne viendront que de façon très marginale. Nous ne sommes pas capables d'en faire davantage et il serait donc naïf et irréaliste de s'attendre à plus. Même en procédant de façon extrêmement progressive par l'entremise des institutions existantes, nous pouvons faire beaucoup dans la recherche d'une solution au problème environnemental. Nous devons cependant être conscients des restrictions inhérentes à chaque institution et des distorsions possibles que les « solutions » provenant des processus économique et juridique pourront apporter à ces questions.

VALEURS ET POLITIQUE

Toute solution à nos problèmes environnementaux doit commencer par un réexamen de nos valeurs, et cela exige de repenser le processus politique. Il serait présomptueux de notre part de suggérer que ce document peut offrir à la société un nouvel ensemble de valeurs et à l'État une théorie plus satisfaisante. Il ne le peut pas. Même en l'absence d'un noble dessein, bien des choses peuvent être dites pour stimuler la discussion et la pensée et qui mèneront peut-être éventuellement à une nouvelle éthique environnementale, à un nouvel ensemble de principes qui formeront une clé de voûte entre le développement économique et la protection de l'environnement.

Tel que souligné dans la section traitant des causes de la pollution, les valeurs dominantes de la société canadienne peuvent être décrites dans ces termes récemment utilisés par Environnement Canada :

le matérialisme d'acquisition : vouloir triompher des sacrifices et améliorer la variété des biens [. . .] mène à une image de l'homme en tant qu'être d'abord et avant tout économique, facteur de production et consommateur de biens.

science/technologie : on croit sans l'ombre d'un doute que la science et la technologie peuvent résoudre tous les problèmes.

la rationalité de la manipulation : la nature [. . .] [doit] être contrôlée et dominée dans la poursuite des buts matériels.

les valeurs pragmatiques : [. . .] on met l'accent sur les droits et libertés de l'individu [. . .]. La société est vue comme la somme de ses parties²³¹.

Ces valeurs sont non seulement largement partagées par la plupart des Canadiens, mais elles sont constamment réaffirmées par nos institutions économiques et juridiques. La poursuite déterminée et enthousiaste de ces valeurs a produit beaucoup de bien. Nous vivons sur une terre d'abondance. Nous avons fait des progrès remarquables dans notre bien-être matériel. En tant qu'individus, les Canadiens jouissent d'un niveau de liberté et d'expression individuelle pratiquement inégalé ailleurs dans le monde. Mais, selon la mise en garde d'Environnement Canada, les valeurs mêmes qui ont tant produit, les succès mêmes des institutions de principes existantes « ont mené à une situation où le fait de continuer sur la même voie risque d'avoir des conséquences inacceptables²³² ». Plusieurs de ces conséquences étaient bien illustrées par l'affaire KVP. On en voit d'autres tous les jours dans les pages des journaux ou dans notre vie quotidienne.

Comment les Canadiens peuvent-ils à la fois sauvegarder et ajouter aux succès du passé et jeter les fondations d'une nouvelle relation avec leur environnement naturel? Bien que ces deux objectifs ne soient pas nécessairement incompatibles, certains changements importants s'imposent dans la relation que les Canadiens entretiennent envers leur environnement, envers eux-mêmes et envers les autres. En fait, un

nouvel ensemble de valeurs est nécessaire. Alors que les valeurs sociales s'élaborent normalement de l'intérieur, ce document a un rôle modeste à jouer en suggérant certains objectifs vers lesquels les Canadiens pourraient commencer à tendre. Permettez-nous de suggérer les objectifs suivants :

- La qualité de la vie serait peut-être mieux mesurée en termes de la qualité des rapports sociaux et ceux entre la société et son environnement naturel, plutôt qu'en termes de croissance et de matérialisme d'acquisition.
- Nous devrions plutôt agir en harmonie avec la nature, plutôt que de la considérer comme une adversaire que l'on doit dominer, il devrait en être ainsi entre les gens, les organismes et les gouvernements²³³.
- Nous devrions rechercher la diversité et l'expérimentation de nouveaux rapports, plutôt qu'un engagement concentré sur le progrès économique²³⁴.
- Nous devrions chercher à acquérir une plus grande conscience et une plus grande sensibilité de notre place dans l'environnement, plutôt que d'accentuer notre aliénation envers ce même environnement.
- Nous devrions tendre vers l'équilibre des préoccupations économiques et des questions sociales et environnementales.

En quoi nos politiciens et nos institutions politiques peuvent-ils contribuer à résoudre le problème? On peut être tenté de répondre avec désinvolture, en soutenant que leur contribution se résumera à ce que leur dicte leur bon vouloir, ce qui, jusqu'à présent a été bien peu de choses. Mais nous croyons que les politiciens qui entretiennent des idéaux libéraux, humanistes et écologiques veulent et peuvent faire bien davantage, et le feront si on leur montre la voie. L'accent mis sur le processus politique n'est pas déplacé, car c'est à ce niveau que sont faits les choix sociaux importants. La façon dont de tels choix sont faits, ou ne sont pas faits, est cause d'inquiétude considérable. Une solution politique présuppose donc une certaine réforme du processus politique, et il s'agit d'une question qui dépasse amplement la portée de cette étude.

Le processus politique a deux contributions à faire. La première est de promouvoir les valeurs exposées précédemment. La seconde est de concevoir et de mettre en place de nouvelles institutions, de nouveaux arrangements économiques et de nouvelles façons de renforcer et de promouvoir ces valeurs, sans déranger indûment les anciennes. Ce ne sera pas là tâche facile, car le changement n'est jamais facile. Et cela ne peut pas non plus se faire rapidement, bien que le temps soit maintenant un facteur crucial.

Comment le processus politique peut-il être transformé d'un processus où prévalent les « valeurs expansionnistes », en un processus où les nouvelles « valeurs de transformation » reçoivent respect et encourage-

gement²³⁵? En premier lieu, si les coûts réels de la croissance et de l'acquisition étaient mieux compris et, une fois compris, directement imposés à ceux qui profitent de la croissance²³⁶, cette éthique de croissance et de domination commencerait à céder la place à l'éthique du soin et de l'harmonie ou, en termes économiques, la production et la pollution seraient ramenées à des niveaux plus acceptables pour la société. Mais la connaissance et la compréhension ne viendront pas facilement et ne seront pas bon marché. Les individus n'ont ni les ressources ni l'incitation nécessaires pour se renseigner sur les véritables conséquences du développement. Le gouvernement, par conséquent, a la responsabilité d'engager plus de ressources publiques à l'étude des conséquences réelles d'un nouveau procédé ou de l'utilisation largement répandue d'un ancien procédé. Il a le devoir d'informer la population et de l'inclure dans le processus de réglementation et de prise de décisions.

L'élaboration de politiques qui encouragent la prise de conscience et la coopération avec la nature sera peut-être plus ardue. Comment le public peut-il préférer de telles politiques s'il n'a que peu, ou pas, d'expérience lui permettant d'évaluer de telles politiques radicalement différentes? Si nous sommes destinés à préférer ce que nous choisissons, nous portons la lourde responsabilité, comme le fait plus particulièrement le gouvernement, d'explorer une large gamme de valeurs et de choix²³⁷. L'initiative du changement doit venir, et c'est effectivement le cas, d'un petit groupe de personnes vouées à la sauvegarde de l'environnement. À présent, un nombre croissant de Canadiens non seulement respectent l'environnement comme milieu de vie, mais préconisent également des stratégies qui perçoivent l'homme comme partie intégrante et coopérative de l'environnement. Il reste que le gouvernement peut faire beaucoup pour faciliter ce processus. Il peut faire connaître la nature à davantage de gens²³⁸; il peut adopter des procédés qui accorderont un poids égal ou plus grand à la perspective de la « transformation »; et il peut générer l'information dont le public a besoin pour faire des choix plus éclairés au sujet de la qualité de la vie. De façon plus spécifique, le gouvernement doit entreprendre de contrecarrer l'isolement de la population par rapport à l'environnement, en subventionnant l'accès public à la nature. Cela ne veut pas nécessairement dire subventionner la réduction des tarifs aériens vers le Grand Nord. L'environnement de la plupart des gens ne consiste pas en quelque coin reculé de nature sauvage, mais bien plutôt en un après-midi ensoleillé passé dans un parc voisin, en une promenade en forêt, ou en une partie de pêche sur un lac des environs. Une fréquentation et une appréciation accrues de l'environnement sont les premières étapes à franchir vers une compréhension de notre rapport avec l'environnement. Et c'est à travers une compréhension accrue de ce rapport que le public en viendra à choisir des lignes directrices économiques et politiques qui porteront la marque

du respect. En d'autres mots, les politiques seront façonnées et déterminées par un public bien informé plutôt que de leur être imposées. Il faut modifier les processus pour permettre un changement des attitudes envers l'environnement.

La contribution la plus immédiate provenant du processus politique adoptera la forme de législations nouvelles (ou modifiées), de nouveaux arrangements institutionnels, et de nouvelles façons d'accomplir ou de faciliter les activités sociales. En d'autres termes, le processus politique doit être prêt à repenser le cadre législatif et administratif à l'intérieur duquel est menée l'oeuvre sociale. À ce chapitre, le processus politique a une contribution à la fois symbolique et pratique à faire. Au niveau symbolique, notre Parlement et nos législatures doivent sérieusement envisager d'exprimer en termes législatifs le « droit à un environnement sain » ou la nouvelle « éthique de transformation²³⁹ ». Ce qui n'entraîne pas nécessairement d'inscrire un tel droit ou une telle éthique dans la Charte canadienne des droits et libertés. En vérité, cela pourrait avoir l'effet fâcheux de conférer aux tribunaux la responsabilité première de l'interprétation de ce concept, amenant par le fait même les questions de politiques hors de l'arène politique. Au contraire, les nouveaux principes sont bien exprimés en tant que préambules à de nouvelles lois ou énoncés à des fins statutaires. Si toutes les législations fédérales considéraient la façon dont un mécanisme statutaire donné tient compte des questions environnementales et encourage une conscience accrue de l'environnement, nous serions beaucoup plus près de jeter les fondations d'une nouvelle éthique environnementale.

En termes plus pratiques, la réforme législative doit tenir compte des principes suivants :

- faciliter une coopération accrue entre les membres de la société, les organismes et les gouvernements;
- encourager la médiation et autres formes non conflictuelles de prise de décisions;
- faciliter la participation accrue du public au processus de prise de décisions;
- améliorer la responsabilité publique des instances politiques et économiques en regard des décisions touchant l'environnement;
- fournir une meilleure base d'information concernant les décisions environnementales possibles;
- encourager la diversité et l'expérimentation au sein des gouvernements et autres institutions, à l'égard des mécanismes d'exécution et de conformité; et
- adopter une politique de « frais imposés au pollueur » en vertu de laquelle toutes les victimes de la dégradation de l'environnement seront pleinement indemnisées.

L'ÉCONOMIE ET LA LOI

La perspective économique

L'économie et la loi offrent une façon par laquelle cette nouvelle éthique environnementale pourrait être implantée. Aucune discipline, aucune approche nouvelle ne résoudra tous nos problèmes environnementaux. En dépit des restrictions inhérentes à toute solution reposant sur les institutions et les modes de pensée existants, l'économie promet au moins une façon plus efficace et plus efficace d'atteindre nos buts environnementaux. Et la loi même davantage. Une nouvelle législation environnementale et des modifications aux lois existantes dans les domaines où les politiques environnementales sont établies, mises en application et contrôlées, pourront, avec le temps, changer fondamentalement la façon dont les Canadiens conçoivent et réagissent à leur environnement, car elles constituent un mécanisme premier par lequel les valeurs sont façonnées et renforcées au sein de la société.

L'économie, en tant que mécanisme de résolution des problèmes, exerce un attrait puissant. Qui pourrait contester la proposition selon laquelle la protection de l'environnement devrait se poursuivre jusqu'au point où le coût marginal de la réduction de la pollution est égal au profit marginal provenant de la mise en valeur des biens environnementaux? En deçà de ce point, la « loi » des rendements décroissants nous dit que les coûts seront moindres que les avantages, ce qui serait une situation indésirable et inefficace; aller au-delà de ce point signifie que nous dépenserons davantage pour réduire la pollution que l'utilité reçue de l'amélioration de la qualité de l'environnement. Dans la mesure où nous pourrions réduire ou surmonter les problèmes qu'entraîne l'évaluation des coûts et des avantages, et dans la mesure où nous pourrions créer l'indispensable mécanisme de marché (transactionnel) requis pour faciliter la négociation entre les utilisateurs potentiels de ressources (et résoudre les problèmes des coûts de transactions), l'intérêt individuel et le marché concurrentiel généreront automatiquement un niveau dit optimal de protection environnementale.

Aussi séduisante que paraisse cette analyse, elle ne résoudra pas tous les problèmes environnementaux. En premier lieu, elle comporte certaines limites inhérentes qui restreignent considérablement son utilité finale. En second lieu, elle risque d'avoir des incidences involontaires et indésirables sur d'autres objectifs sociétaux. Après avoir élaboré chacun de ces problèmes, nous explorerons l'apport potentiel de l'économie à la création d'un environnement meilleur.

Quelques restrictions inhérentes Les restrictions de l'analyse économique sont considérables. Le processus par lequel la jouissance (bénéfices) des ressources environnementales et les dommages (coûts) sont

évalués et quantifiés économiquement en unités (dollars), aisément transférables selon les manifestations individuelles d'intérêt personnel, offre une perspective restreinte et à court terme des questions et des problèmes. Les bénéfices et les coûts sont mesurés en dollars, selon la volonté de payer exprimée par chacun. Ainsi, la somme que la société est prête à verser pour la protection de l'environnement (la somme de tous les paiements individuels) est la mesure de cette valeur aux yeux de la société. Mais ce principe de volonté de payer n'offre qu'une assistance limitée à l'évaluation des biens environnementaux pour lesquels il n'existe pas d'analogie mercantile. Lorsqu'on demande aux répondants combien ils seraient prêts à payer pour sauvegarder un bien environnemental, ils font état de sommes relativement faibles. Lorsqu'on leur demande combien ils exigent d'un tiers pour le droit de dégrader cette ressource, ils font état de sommes beaucoup plus élevées.

De telles contradictions font peser un doute considérable sur l'utilité d'un principe de volonté de payer aux fins de déterminer la valeur de la sauvegarde de l'environnement. Elles démontrent également dans quelle mesure la répartition de la richesse influence la réponse. La formulation de la première question présuppose qu'autrui a le droit de polluer l'environnement et les répondants doivent dire combien ils seraient prêts à payer pour se procurer ce droit. La faible somme qu'ils proposent reflète, d'une part, la disparité en termes de richesse créée en faveur de celui qui détient le droit, au détriment de celui qui cherche à se l'approprier. La formulation de la seconde question présuppose que le répondant a droit à un environnement exempt de pollution. La nouvelle attribution de ce droit a accru la richesse du répondant de la valeur de ce droit; grâce à sa richesse accrue, le répondant a maintenant les moyens d'attacher une valeur accrue à ce droit. Le principe de volonté de payer est non seulement fortement influencé par la richesse relative de ceux à qui l'on demande de payer et, par suite, de l'attribution initiale de ce droit, mais présume également que toutes les valeurs peuvent être exprimées en termes de dollars. Et l'économie n'a rien à voir non plus dans l'attribution appropriée de ce droit.

En outre, le répondant manquera également de l'information nécessaire pour répondre adéquatement à la question portant sur sa volonté de payer. L'information existante est toujours imparfaite, et il y existe un problème particulier à l'égard des solutions de rechange. Si les répondants devaient dire combien ils seraient prêts à payer pour sauvegarder une zone naturelle vierge, ou combien ils exigeraient d'autrui pour dégrader cette zone, leur réponse devrait tenir compte des solutions de rechange et du fait qu'elles leur sont accessibles²⁴⁰. Mais l'accessibilité des solutions de rechange sera partiellement déterminée par l'utilisation que l'on fait d'une ressource donnée. Si elle est dégradée, la pression visant à l'utilisation d'autres zones à des fins d'agrément (récréation, etc.) sera plus forte, et pourtant la valeur relative de cette zone décroîtra

aux yeux du répondant. Inversement, si la zone naturelle vierge n'est pas aménagée, la pression visant l'utilisation d'autres zones décroîtra, mais la valeur de ces autres zones peut augmenter. La corrélation entre la réponse et les facteurs influençant cette réponse rend donc hautement problématique toute réponse relative à la volonté de payer.

Certaines aménités environnementales ne se prêtent même pas à une évaluation approximative, quelle que soit la formulation de la question sur la volonté de payer. Quel prix serait-on prêt à payer pour le sentiment de bien-être qu'entraîne le fait de savoir que l'on vit dans un environnement sain et sécuritaire, ou que l'on y a accès? Les sentiments et les réactions émotives ne peuvent pas être quantifiés en termes de dollars comme peuvent l'être les automobiles et les appareils ménagers. Comme il n'existe pas de marché pour les sentiments et les émotions, le marché est donc incapable d'évaluer cet aspect du bénéfice. Le processus de quantification est arbitraire et tend à « minimiser les variables non durables (ou périssables) », tels que les sentiments et les valeurs esthétiques. Ainsi, ce processus fait-il état d'un préjugé favorable envers ceux qui attachent de la valeur aux choses qui sont aisément quantifiables, et défavorable à ceux qui ne le font pas. Cela est dans l'ordre des choses. Les économistes préféreraient ignorer (c'est-à-dire accorder une valeur nulle) les choses dont ils ne peuvent pas déterminer objectivement la valeur. Il en résulte une sous-estimation des coûts environnementaux de la pollution et une surestimation des avantages de la production. Ce raisonnement semble souligner la nécessité d'une analyse économique plus sophistiquée, qui tienne adéquatement compte des variables. Pourquoi, alors, ne peut-on pas évaluer le prix des sentiments envers la propreté de l'environnement? Il est probable que ce soit possible, mais seulement au prix d'éroder le pouvoir analytique et la capacité de prévision de l'économie. Si l'analyse économique est incapable d'évaluer précisément le sentiment de bien-être personnel découlant d'un niveau plus élevé de qualité environnementale, c'est qu'elle n'a qu'un modeste apport à faire au processus par lequel la société prend des décisions concernant l'aménagement des ressources et la protection de l'environnement.

Mais le problème d'apposer un prix à la jouissance des ressources environnementales est plus complexe que la discussion précédente ne le suggère. La valeur d'un bien environnemental est mesurée, en termes économiques, par la volonté de chacun de payer pour ce bien. Cette volonté est, en partie, un reflet de la richesse, ainsi que de la fréquentation et de la préférence pour la ressource en question. Les gens riches disposent de plus de revenus pour se procurer de tels biens et sont également plus susceptibles d'avoir été éduqués à leur accorder une grande valeur. Ainsi, dans une société égalitariste, l'on pourrait s'attendre à une forte préférence générale pour un niveau élémentaire de protection environnementale, alors que dans une société qui tolère des

clivages prononcés entre les niveaux d'affluence, les riches auraient tendance à préférer une plus grande quantité de zones de nature sauvage, alors que les pauvres rechercheraient une amélioration de la qualité de l'air dans les zones urbaines.

Le problème devient aigu lorsque l'on poursuit ce raisonnement jusqu'à sa conclusion logique. Les défenseurs de l'environnement les plus fortunés sont susceptibles d'accorder plus d'importance aux programmes de protection de l'environnement qui s'attaquent aux torts environnementaux potentiellement irréversibles à long terme, telle que la sauvegarde de la nature sauvage ou une diminution de l'usage de pesticides. Mais aucune de ces politiques de protection environnementale n'offrirait de bénéfices susceptibles d'être reconnus par les plus démunis. En revanche, de telles politiques sont susceptibles de leur imposer de lourdes charges, sous forme de développement économique prévu à l'avance et de prix plus élevés pour les denrées alimentaires. Par contre, les actions qui offrent aux pauvres des bénéfices plus considérables, tel que le contrôle de la pollution atmosphérique dans les villes, tentent de régler des dommages largement réversibles (rectifiables) qui ne sont pas particulièrement prioritaires, en termes écologiques, pour les plus aisés. L'appui aux politiques environnementales est donc fonction de la préférence de chacun pour la capacité de bénéficier de cette politique, et chaque politique dépend en partie de la richesse relative de chacun vis-à-vis des autres membres de la société. De plus, en reliant la teneur du « bénéfice » à la capacité de payer, l'efficacité économique accorde une valeur supérieure aux mesures de protection de l'environnement qui plaisent et profitent aux plus riches, accentuant ainsi l'inégalité dans la répartition verticale de la richesse dans la société. Le fait que le mouvement voué à la protection de l'environnement ait émergé d'une préoccupation pour l'environnement naturel (dont jouissent les riches) et n'ait que récemment commencé à s'intéresser à l'environnement du milieu de travail industriel (celui que subissent les moins nantis) est loin d'être fortuit.

Tout ce qui précède est rendu encore plus complexe par l'incertitude générale qui caractérise la dégradation de l'environnement. Nous ne connaissons pas les effets à court terme de ces activités, et encore moins leurs effets à long terme. De plus, nous ne comprenons pas bien l'effet cumulatif de différentes activités. Nous ne pouvons pas non plus déterminer avec certitude quelles sont les probabilités de trouver une « solution » technologique à un problème environnemental donné. Nous aurions beau nous appliquer consciencieusement à apposer une valeur ou un prix aux ressources environnementales ou tenter de prédire le prix qu'il faudra payer pour les activités entreprises sur ces ressources, cela est du domaine de l'impossible — même si nous avions des ressources infinies à consacrer à la recherche de réponses, ce qui, bien entendu, n'est pas le cas²⁴¹.

Les conséquences indésirables de l'efficience Éloignons-nous de la magie économique de la formule coût-marginal-bénéfice-marginal, et examinons les façons par lesquelles cette formule et l'analyse qui la sous-tend peuvent introduire de nouvelles distorsions dans le processus de prise de décisions. En premier lieu, l'économie a pour objectif l'affectation (la répartition) efficiente des ressources environnementales, la définition de ressources comprenant l'utilisation de l'environnement à la fois aux fins de déversement des déchets et aux fins de jouissance (d'agrément) de ces ressources. La poursuite d'un tel objectif peut être contraire à d'autres politiques sociales d'égale importance, telle que la redistribution des revenus en faveur des pauvres. En outre, la méthode préférée (c'est-à-dire celle qui est la plus efficiente en termes économiques) pour mettre en oeuvre de telles politiques risque d'accroître davantage les problèmes des pauvres.

Pour simplifier cette analyse, supposons que l'instance de réglementation ne dispose que de deux méthodes de réduction de la pollution : faire payer les pollueurs pour la pollution qu'ils ont créée, une technique souvent décrite comme la tarification du coût du préjudice; ou financer la réduction de la pollution à même les fonds publics, par le biais de subventions publiques sous une forme ou une autre²⁴². La sagesse économique conventionnelle favoriserait la première méthode. Elle réagit aux facteurs du marché; elle élimine la possibilité de profits supplémentaires pour les firmes qui peuvent réduire la pollution à un coût unitaire inférieur à la subvention; et elle fournit une incitation à choisir les méthodes de production qui réduisent la quantité de déchets générés. (La subvention pourrait avoir l'effet contraire.) De plus, l'amende imposée offre l'avantage symbolique (mais non réel) de pénaliser plutôt que de récompenser ceux qui sont « coupables » de comportement inapproprié²⁴³. Pour toutes ces raisons, l'efficience économique favorise l'assimilation des coûts extérieurs, en apposant un prix à la pollution et en imposant des frais pour chaque unité de pollution générée, ces frais étant fixés de manière à refléter un niveau de pollution socialement plus acceptable que le niveau actuel. Mais cela pourrait être directement contraire aux politiques largement acceptées et visant la répartition des revenus des membres les mieux nantis de la société à ceux qui sont les plus dépourvus. Cette conséquence potentiellement indésirable d'un mécanisme efficace de contrôle de la pollution découle de l'enchaînement de plusieurs facteurs. Les subventions et les réglementations gouvernementales directes sont largement financées par les fonds générés par l'impôt sur le revenu. Les amendes aux pollueurs ou frais d'effluents, d'autre part, sont des frais à l'utilisateur, exigés du producteur mais principalement défrayés par les consommateurs du produit pour lequel cette amende est imposée. Les impôts sur le revenu utilisés pour financer les subventions et les réglementations gouvernementales directes sont généralement, sans toutefois être universellement, consi-

dérés comme progressistes. Les frais aux usagers, tels que les amendes aux pollueurs, sont, cependant, considérés comme régressifs parce qu'ils tendent à revenir au consommateur, touchant plus durement ceux qui consacrent une partie proportionnellement importante de leurs revenus à l'achat de biens de consommation. Ainsi, le fait de recourir largement aux frais des usagers équivaldrait à imposer aux pauvres une partie proportionnellement élevée du coût de la lutte antipollution.

Cela ne veut pas dire que les « solutions » économiquement efficaces devraient être abandonnées. Bien au contraire, elles offrent une perspective importante à l'égard du problème et sur les meilleures façons de l'aborder. Néanmoins, les restrictions inhérentes à cette analyse et les conséquences répartitives des solutions efficaces veulent effectivement dire que nous devrions être conscients de telles restrictions et prendre les mesures appropriées pour en minimiser les effets indésirables²⁴⁴.

Du rôle modeste de l'économie dans l'amélioration de la qualité de l'environnement

Bien que l'analyse économique n'offre qu'une contribution modeste aux questions de qualité de la vie soulevées par la dégradation de l'environnement et qu'en fait, son application comporte de nombreux problèmes, l'économie peut apporter beaucoup à l'élaboration d'une solution efficace et offre certainement une perspective importante. Supposons que des décisions aient été prises concernant l'affectation des ressources et le développement, les niveaux de pollution acceptables ou optimaux, et ainsi de suite. Supposons aussi que ces décisions exigent certains changements au niveau du comportement, soit encourager les utilisateurs actuels des ressources à avoir un plus grand respect pour l'environnement. Quelle serait alors la contribution de l'économie à ces décisions? Nous croyons que sa contribution serait substantielle car, bien qu'une solution économique préférée puisse avoir des implications inacceptables à l'égard de la répartition du revenu, elle sera efficace. C'est là un but honorable. Si l'approche est efficace, les problèmes de répartition du revenu et de la richesse créés par cette efficacité pourront alors être pleinement réglés d'une autre façon, au moyen, par exemple, d'un impôt négatif sur le revenu.

Le gouvernement dispose de diverses façons pour mettre en application ou faire respecter ses décisions concernant la qualité de l'environnement. Il peut réglementer, c'est-à-dire prescrire dans un permis, une licence ou norme, un niveau de pollution acceptable, soit sur la base individuelle de pollueurs ou sur une base générale, et peut exiger la conformité à cette norme en imposant des sanctions juridiques criminelles ou quasi criminelles. Inversement, il peut chercher à réduire la pollution au moyen de subventions, que ce soit directement sous forme d'octrois récompensant le comportement approprié, ou indirectement, sous forme de dégrèvement d'impôts sur le revenu pour ceux qui s'y conforment. Là encore, les subventions pourraient être déterminées et

distribuées sur une base individuelle ou universelle, selon des critères généraux. Enfin, la pollution pourrait être réduite en exigeant des pollueurs des frais pour polluer. En apposant un prix à la pollution, les pollueurs qui se consacrent à maximiser leurs propres intérêts tendront à réduire leur production de déchets au point où le coût d'une unité supplémentaire déclarée égale les économies réalisées en évitant de payer une unité supplémentaire d'amende. Comme les deux systèmes précédents, le système des amendes peut être conçu pour fonctionner individuellement ou universellement.

Pour ce qui est des moyens à mettre en oeuvre afin de réduire la pollution, la question est connexe à ces trois systèmes. Dans la mesure où la pollution — au moment où les contrôles doivent être mis en vigueur — est un problème technologique, la technologie et la science contribueront alors pour beaucoup à l'élaboration d'une solution. Mais là encore, les options sont limitées. Le pollueur peut utiliser une technologie de réduction existante et déjà en application; ou adopter et adapter une technologie empruntée à un domaine connexe, ou élaborer une nouvelle technologie. En revanche, un pollueur pourrait, aux fins de réduire la pollution, changer le ou les procédés employés et adopter, par exemple, l'utilisation d'un carburant plus propre.

Comment alors devrions-nous procéder pour atteindre cet avenir préférable? La plupart des juridictions canadiennes ont adopté des approches antipollution que l'intuition et l'économie rejetteraient d'emblée, notamment la réglementation individuelle²⁴⁵. Cette réglementation comporte d'énormes coûts administratifs et de grossières inefficacités. Selon toute vraisemblance, une telle réglementation ne peut pas répartir le coût de la réduction de la pollution entre les pollueurs d'une manière économiquement efficiente car, pour ce faire, il faudrait tenir pour acquis que « l'autorité administrative est capable de résoudre et d'établir des milliers d'équations simultanées, quand l'information requise pour écrire ces équations est non seulement inexistante mais souvent impossible à obtenir²⁴⁶ ».

La réglementation universelle n'est pas non plus une alternative efficiente, bien qu'elle soit largement utilisée à travers le Canada²⁴⁷. La décision politique de réduire la pollution de 10 % aurait bien des chances de signifier une réduction de 10 % de tous les déversements, en conformité à un système de réglementation universelle. Mais cela risque d'être le comble de l'inefficacité. Il n'y a pas deux firmes qui soient identiques en tous points. Certaines seront capables de réduire leur pollution aisément et à peu de frais, alors que d'autres en seront incapables. Une solution efficiente exigerait que les firmes réduisent leur pollution au point où elles réalisent l'adéquation du coût marginal et du bénéfice marginal, et non à quelque niveau arbitraire sans rapport aucun avec les caractéristiques particulières de cette firme.

Si la réglementation peut être rejetée, il ne nous reste plus que deux alternatives et, entre les deux, celle de l'amende au pollueur demeure clairement

préférable en termes d'efficience. Dales souligne les avantages de chacune de ces alternatives dans le premier extrait, puis, dans le deuxième extrait, fait le point sur les désavantages des subventions²⁴⁸.

Toutes deux résulteraient en une répartition optimale des coûts parmi les pollueurs; tous les pollueurs réduiraient leurs déchets jusqu'au point où les coûts marginaux engagés pour ce faire seraient équilibrés par la subvention versée, ou l'amende imposée [. . .]

[. . .] Premièrement, si une subvention de tant d'argent par tonne de réduction de déchets est établie, des profits supplémentaires échoiront à ces firmes qui peuvent réduire leurs déchets à un coût par tonne inférieur à la subvention versée et il ne sera pas nécessaire de changer les prix relatifs des biens [. . .] Deuxièmement, le système de subvention n'offre aucune mesure d'incitation à choisir les méthodes de production qui réduisent la quantité de déchets générés (et risquent même d'avoir l'effet contraire) [. . .]²⁴⁹.

Outre les commentaires de Dales, il y a deux autres raisons de préférer le système d'amende au pollueur. La première est économique, la seconde est politique. Les frais pour émissions d'effluents sont identiques aux « droits de pollution » — une permission de polluer ou de déverser une certaine quantité de déchets au cours d'une certaine période de temps selon les termes de ce droit. Parce qu'il y aurait moins de droits accordés par le gouvernement qu'il n'en existe présentement²⁵⁰, ils exigeraient immédiatement un prix positif. Avec le temps, ce prix varierait selon l'offre et la demande. L'avantage de ce système est qu'aucune personne ou agence n'a à fixer de prix. Plutôt, dès que les décisions sont prises concernant le nombre de droits accordés et les termes et conditions qui leur sont attachés, le marché déterminerait un prix, ou plutôt une amende, approprié.

La seconde raison de préférer cette approche est politique. Les subventions et les amendes font des assertions différentes concernant l'acceptabilité du comportement du pollueur. On peut lire dans l'attribution d'une subvention : « Oui, vous avez le droit de polluer, mais nous sommes prêts à vous racheter ce droit afin que vous atteigniez un niveau socialement plus acceptable de protection de l'environnement. » L'amende, d'autre part, véhicule un message différent. Elle affirme : « Non, vous n'avez pas le droit de polluer. Nous reconnaissons, cependant, qu'il vous est peut-être nécessaire de le faire et nous vous permettons donc de polluer, à condition que vous versiez au gouvernement, le propriétaire public de l'environnement, l'amende appropriée. » Alors que nombre de gens s'objecteraient à tout énoncé qui admettrait que la pollution est un élément nécessaire de la société, ceux qui auraient à choisir trouveraient la seconde alternative beaucoup plus acceptable. Évidemment, la raison de ce choix aurait beaucoup à voir avec une éthique de soutien à l'environnement, éthique nouvelle et de plus en plus populaire. Elle aurait également quelque chose à voir avec la répartition

de la richesse. Les subventions mettent la richesse entre les mains des pollueurs sans avoir l'assurance qu'elle sera transmise aux consommateurs; les amendes mettent la richesse entre les mains du public, représenté par le gouvernement²⁵¹.

Bien que l'argument précédent penche fortement en faveur de la mise en vigueur d'une politique de protection environnementale au moyen d'amendes, les frais pour émissions d'effluents au Canada continuent de briller par leur absence²⁵². Nous pouvons spéculer sur les raisons qui sous-tendent cette situation, mais ce seul fait souligne la contribution limitée de l'économie à l'élaboration d'une solution. Cette analyse offre une importante perspective sur le problème et peut offrir un plan sensé pour mettre en vigueur de façon efficiente une politique de contrôle de la pollution, mais il ne s'agit somme toute que d'une perspective. Comme le soutiennent les économistes, les décisions finales seront peut-être motivées par l'intérêt individuel. Si cela est vrai, nombre d'autres intérêts individuels doivent être reconnus et pris en compte en cours de route. Ces intérêts sont mieux servis dans l'arène politique.

La perspective juridique

Comme l'économie, le droit coutumier a une contribution limitée à apporter à la résolution des problèmes de dégradation de l'environnement et de développement inapproprié des ressources. Plus particulièrement, comme nous l'avons souligné précédemment, les restrictions des lois en matière d'environnement rendent, au mieux, modeste la contribution de la loi à une solution. Il est futile d'attendre du droit coutumier une solution aux problèmes environnementaux, quand sa doctrine et ses principes sont si fermement enracinés dans la logique de l'analyse coûts-bénéfices, surtout s'il s'agit d'une analyse qui ne mesure les coûts environnementaux d'une activité proposée qu'en termes de perte économique directe pour les parties comparissant devant les tribunaux, et qui tient pour acquis que les bénéfices reviennent à la presque totalité des membres de la société. Non seulement ces principes sont-ils faux, mais le processus est fondamentalement faussé. Il limite l'accès à ceux qui ont des intérêts économiques évidents dans l'issue de la cause; il impose le fardeau de la preuve à ceux qui ne demandent rien de plus qu'un droit de regard objectif; il impose une norme de preuve qui oblige le plaignant à démontrer une détérioration mesurable et aisément quantifiable de sa santé physique; il est fondamentalement réactionnel à l'égard des problèmes; et il offre rarement plus qu'une réparation financière au plaignant qui obtient gain de cause — le dédommagement n'étant calculé que selon la somme requise pour indemniser le plaignant d'une perte économique directe et mesurable.

Les tribunaux et les juges ne se sont pas distingués dans le domaine du droit public. Ils n'ont rien fait pour faciliter l'accès public aux processus par lesquels les décisions environnementales sont prises et mises en

oeuvre²⁵³, ils ont laissé passer les occasions de rehausser la responsabilité politique envers l'électorat pour les actions environnementales²⁵⁴; et ils ont élargi la gamme des plaidoyers de défense possibles pour ceux qui sont accusés d'avoir commis des délits environnementaux²⁵⁵. La loi est sous la ferme emprise des intérêts pro-développement au sein de la société. L'accent qu'elle met sur les intérêts individuels signifie qu'elle exclut systématiquement les intérêts de la plus vaste communauté, telles que les valeurs environnementales. Il est inconcevable pour la loi de protéger des intérêts et des valeurs qui n'ont pas de « propriétaire ».

Si ces critiques des lois en matière de protection de l'environnement laissent entendre qu'il ne peut y avoir aucune solution juridique aux problèmes de pollution et de développement inapproprié des ressources, c'est de toute évidence, qu'elles sont allées trop loin. Un fait est évident : nous devons, du moins pour le moment, travailler à l'intérieur de la structure existante. La réforme doit commencer par des changements marginaux aux lois actuelles. De plus, nous sommes grandement redevables au processus juridique. Comme le professeur Sax le soutenait si habilement dans son remarquable ouvrage, *Defending the Environment*, les tribunaux offrent une tribune où les préoccupations individuelles peuvent être exprimées et soumises à la considération publique, un mécanisme par lequel le décideur est forcé de mettre l'accent sur les droits et responsabilités des plaideurs individuels, et sur une objectivité et une indépendance qui découlent du regard neutre d'un généraliste impartial envers le litige²⁵⁶. Étant donné leur vive conscience du particulier et leur position d'indépendance théorique, les juges ont la possibilité de commencer à façonner une nouvelle doctrine d'« intendance environnementale ». Ce qu'il faut maintenant, c'est que le public manifeste clairement qu'une telle doctrine jouit de l'appui général.

La meilleure — et en fait la seule — façon de communiquer un tel message est à travers une législation qui établisse clairement les attentes de la société envers la loi, offrant aux juges, et finalement au public, les outils nécessaires pour répondre à ces attentes. Deux propositions récentes méritent d'être sérieusement considérées par la Commission. La première tente de surmonter les plus graves lacunes du droit coutumier et des lois en matière de protection de l'environnement par le truchement d'une déclaration des droits environnementaux; la seconde examine d'autres façons de formuler et de mettre en oeuvre des politiques et de résoudre les conflits entre les intérêts en faveur du développement et les intérêts voués à la protection de l'environnement, comme par exemple la médiation en matière d'environnement.

La Déclaration des droits environnementaux

Ceux qui préconisent une déclaration des droits environnementaux tiennent pour acquis qu'une réforme au niveau du contenu et de la

procédure ne viendra pas des juges. La réforme doit venir de la législature, et cette réforme pourrait adopter le format commode d'une déclaration des droits environnementaux, bien que ce terme semble susciter une forte réaction anti-réforme au sein du gouvernement. Deux lois sont nécessaires : l'une relative au droit coutumier; l'autre intéressant les fonctions d'élaboration, de mise en oeuvre et de contrôle des politiques du processus administratif ou de réglementation. Une telle législation viserait à corriger les lacunes de procédure du droit coutumier et du droit administratif.

Ce concept a été proposé, sous forme de projet de loi, par plusieurs législatures provinciales²⁵⁷ et a récemment reçu un appui fédéral qualifié de la part d'un ancien ministre de l'Environnement²⁵⁸. Réunissant les meilleurs aspects des propositions législatives, cette Déclaration des droits environnementaux comprendrait les droits suivants :

1. Le droit positif (formel) à un environnement propre et sain.

Un tel droit pourrait varier du droit général :

Toute personne (résidant) est par la présente réputée avoir droit à la protection de l'environnement contre la pollution et la dégradation, sans égard à son droit de propriétaire ou à son intérêt pécuniaire envers l'environnement²⁵⁹;

au droit plus nuancé :

Toute personne a droit à un environnement sain et à la protection de cet environnement, et à la protection des espèces vivantes qui l'habitent, dans la mesure prévue par cette loi et les réglementations, ordres, approbations et autorisations stipulés en vertu de tout article de cette loi²⁶⁰.

2. Le droit positif (formel) de jouir de l'utilisation des ressources publiques.

Les terres, les eaux et les ressources naturelles publiques [du Canada] sont la propriété commune de tous les citoyens, y compris des générations futures, et, en tant que curateur de ces terres, eaux et ressources, le gouvernement du Canada les préservera et les sauvegardera dans l'intérêt des générations actuelles et futures²⁶¹.

Accès et autorité L'accès, ou le droit d'accès, réfère simplement au droit d'une personne, sans distinction de nationalité ou de lieu de résidence, à participer aux procédures juridiques ou administratives qui peuvent la toucher. Le bien-fondé de cette règle est simple : si les résidents d'une juridiction ont été affectés ou sont susceptibles d'être affectés par les activités de pollution d'une autre juridiction, ils devraient avoir droit à réparation. Sur la question de l'indemnisation, la notion d'accès soutient le principe selon lequel « le pollueur doit payer ». À l'égard des politiques environnementales, la notion d'accès soutient le bien-fondé de permettre à ceux qui sont touchés par ces politiques de participer à l'exercice d'établissement des politiques.

Certains progrès ont été réalisés, aux États-Unis et au Canada, à l'égard des lois d'accès. Les États du Montana et du New Jersey, par exemple, ont adopté les *Uniform Reciprocal Access Acts* (lois d'accès uniforme et réciproque), et l'Ontario a récemment déposé un projet de loi intitulé *Transboundary Pollution Reciprocal Access Act*, qui est également modelé sur la loi d'accès uniformisé.

La doctrine de l'autorité, cependant, refuse à de nombreuses personnes le droit de défendre le bien-fondé de leur cause. Il s'agit d'une règle fondée sur le statut des participants, et non sur le bien-fondé ou l'absence de bien-fondé de leurs causes. Elle a été utilisée pour empêcher la tenue d'une audience judiciaire dans le cas de nombreux problèmes environnementaux de taille. Le fait d'y recourir évoque un fort préjugé pro-développement, car le refus d'autorité avalise la conduite du défendeur potentiel dans cette catégorie de causes.

Une disposition législative qui corrigerait le problème de l'autorité se lirait comme suit :

[. . .] quiconque peut intenter une poursuite sans avoir à faire la preuve d'un droit, d'un tort ou d'un intérêt plus grand ou différent de celui de tout autre membre du public, ou faire la preuve d'un droit pécuniaire ou de propriétaire ou d'un intérêt envers l'objet des procédures²⁶².

L'accès à l'information Si la pollution et les problèmes environnementaux sont caractérisés par un considérable degré d'incertitude, comme nous l'avons avancé précédemment, nous avons donc tous certainement la responsabilité de partager et de faire circuler l'information entre nous. Pour reprendre les mots de Jean Rostand, « l'obligation de durer nous donne le droit de savoir²⁶³ ». Pour que le public participe de façon effective et constructive au processus de prise de décisions et de protection de l'environnement, il doit avoir accès à l'information existante. Sous réserve de certaines dispositions visant à protéger certains intérêts bien définis (par exemple, les obligations contractuelles ou la situation concurrentielle d'une personne), le public devrait avoir accès à l'information provenant du gouvernement et de l'industrie. Une disposition législative appropriée inclurait le droit du public à :

[. . .] l'information existante concernant la quantité, la qualité ou la concentration des contaminants émis, rejetés, déversés, ou déposés par toute source de contamination ou de dégradation [. . .]

[. . .] toute approbation de licence ou de permis [. . .] et toute information à l'appui d'un tel document — tout rapport portant sur tout test, observation, inspection ou analyse effectués par ou sous l'autorité du ministre [. . .]²⁶⁴.

Évidemment, l'accès à l'information est un droit vide de sens à moins que l'information requise soit de fait existante. Ainsi, le gouvernement doit-il s'engager à effectuer la recherche et l'analyse dont le public a

besoin pour apporter une contribution éclairée à l'égard des questions relatives à l'environnement et à la qualité de la vie.

Le recours collectif Il est important, pour deux raisons, d'élargir les possibilités de recours collectif. En premier lieu, les revendications du porte-parole de la collectivité et de ceux qu'il ou elle représente sont entièrement débattues et réglées en une seule fois et dans le cadre d'une seule procédure judiciaire.

En second lieu, parce que ce recours permet à un groupe de réunir ses ressources, il offre aux individus ayant des revendications limitées l'accès en justice pour des causes où des poursuites individuelles seraient peu économiques. Le recours collectif présuppose, comme le soutient Simon Chester, des réformes dans d'autres domaines :

Des réformes visant à faciliter le financement de litiges d'intérêt public, tels que les fonds de secours, l'élargissement du financement de l'aide juridique, des règles spéciales concernant les frais applicables aux causes d'intérêt public ou concernant le recours collectif [. . .] sont des conditions préalables nécessaires à des procédures efficaces en recours collectif. Sans financement, la réforme du recours collectif serait inutile²⁶⁵.

Là encore, l'Ontario nous fournit un modèle qu'il serait utile de considérer :

Lors d'une action en justice en vertu de cette loi, la Cour peut, par arrêté, permettre à des personnes d'agir comme représentants d'un groupe de personnes quand, aux yeux de la Cour,

- a) les revendications de la partie représentative sont typiques de celles de la collectivité;
- b) les questions de droit ou de fait communes aux membres de la collectivité ont préséance sur toute question ne touchant que les membres individuels;
- c) un recours collectif s'avère supérieur à toute autre méthode de règlement juste et efficient du litige; et
- d) la partie représentative agit de bonne foi et qu'il est à première vue dans l'intérêt de cette collectivité que cette action en justice soit soutenue en tant que recours collectif.

Dans le jugement d'un recours collectif, la Cour peut prendre des dispositions visant la détermination subséquente de la somme et de la répartition des dommages-intérêts imposés au défendeur²⁶⁶.

Le fardeau de la preuve En raison de l'incertitude qui entoure la plupart des problèmes environnementaux, il est presque impossible pour les plaignants de satisfaire au fardeau de la preuve, même au civil, c'est-à-dire « dans l'équilibre des probabilités ». Le caractère aléatoire des effets environnementaux condamne à l'échec ceux à qui incombe le fardeau de la preuve. Bien des gens considèrent de tels résultats inacceptables.

Une règle plus appropriée concernant le fardeau de la preuve établirait la distinction entre les activités proposées et les problèmes existants de la façon suivante :

Le gouvernement n'autoriserait aucune activité nouvelle avant que le promoteur ne fasse la preuve qu'il n'y aura « pas de dommage » ou un « risque de dommage minime ».

Quant aux problèmes environnementaux existants, le plaignant serait tenu de démontrer que ses revendications sont fondées et, une fois que cela serait établi, il incomberait au défendeur de réfuter les preuves du plaignant.

Les plaidoyers de défense qui sont parfois invoqués lors de litiges environnementaux devraient également être modifiés ou abolis. Ainsi, ce ne devrait pas être une défense selon laquelle :

Le défendeur n'est pas la cause unique de la contamination ou la dégradation alléguée ou possible.

Il ne peut pas être établi que le contaminant que le plaignant a rejeté ou déposé [. . .] était la cause [. . .] de la contamination [. . .] où les effets sur l'environnement sont d'une nature cohérente avec ce contaminant ou source de la cause²⁶⁷.

Les réparations Bien que les tribunaux aient fait preuve d'une ingéniosité considérable dans la façon dont ils se sont penchés sur la question des réparations²⁶⁸, il est nécessaire que la législature se prononce clairement quant à la gamme appropriée de réparations. À ce sujet, la législation doit explicitement autoriser : les injonctions provisoires, les injonctions permanentes, les ordres de redressement, les dommages-intérêts, les ordonnances imposant des conditions au défendeur, et tout autre ordre que les tribunaux jugeront nécessaires à la protection de l'environnement.

Une mesure de redressement spécifique consisterait en l'adoption d'une Déclaration des droits environnementaux conçue pour garantir la participation du public au processus de planification, d'évaluation et de réglementation en matière d'environnement. Une telle déclaration énoncerait :

1. Le droit positif (formel) à un environnement propre et sain;
2. Le droit positif (formel) de bénéficier de l'utilisation des ressources publiques;
3. L'accès et l'autorité.

Ces trois clauses reproduiraient celles déjà inscrites dans la précédente Déclaration des droits environnementaux. Ces concepts ne sont pas différents. La seule question difficile est de savoir si le droit positif (formel) à un environnement propre sera mieux garanti par le processus judiciaire ou par le processus administratif. À ce sujet, nous croyons

qu'il est préférable de confier de telles questions de politiques aux institutions qui doivent rendre compte de leur responsabilité devant l'électorat plutôt que de les confier aux tribunaux. Néanmoins, si les droits environnementaux sont mieux garantis de façon marginale à travers une variété de façons et de moyens, il n'y a pas de raison majeure d'exclure la participation des tribunaux au processus d'élaboration des politiques, pourvu qu'une telle participation soit bien intégrée à celle du processus administratif.

4. Élaboration des réglementations et établissement des normes.

Les réglementations et les normes sont l'expression de la façon dont le public entrevoit un niveau désirable ou approprié de qualité environnementale. Il s'agit peut-être là de l'aspect le plus important du processus de réglementation. Si les normes sont trop basses, un niveau de pollution inacceptable se trouve autorisé et sanctionné; si elles sont trop élevées, le développement utile est perdu. Il est essentiel que les normes reflètent la conception qu'a la collectivité du compromis approprié à faire entre la protection de l'environnement et le développement économique, et qu'elles créent la meilleure qualité de vie possible. Ainsi, les réformes suivantes sont-elles nécessaires :

Le public doit avoir plein accès à ce processus.

Le processus doit être repensé et reformulé pour faciliter la participation publique. Les clauses d'avis et de commentaires de la *Loi fédérale sur la qualité de l'air* sont un pas dans cette direction. Dans certains cas, la participation publique sera mieux encouragée et intégrée par des mécanismes plus novateurs, tels que des interviews, des référendums, des assemblées publiques et des audiences publiques officielles.

Il faut donner au public les ressources dont il a besoin pour participer efficacement, ce qui comprend l'information et l'analyse indispensables, l'assistance organisationnelle et le financement garanti.

Enfin, le public doit avoir le pouvoir d'initier le processus, que ce soit dans le contexte d'une nouvelle norme ou de l'examen d'une norme existante.

5. Planification du développement des ressources.

Il arrive trop souvent que le développement s'effectue sans réflexion suffisante concernant ses conséquences défavorables et à long terme. Nous ne pouvons pas nous permettre d'attendre que les problèmes surgissent et ensuite nous attendre à les résoudre. Quand ils surgiront, ils ne seront peut-être pas réparables (en raison du caractère irréversible de nombreuses décisions portant sur le développement des ressources) ou seront trop coûteux à résoudre (les coûts engagés pour remédier au problème des effets rémanents, à long terme et synergétiques de certains polluants sont astronomiques). Ainsi, la planification de l'aménagement des ressources, ainsi que des dispositions appropriées pour garantir la pleine participation du public au processus, doivent-elles devenir des aspects routiniers de tous les projets majeurs d'aménagement des ressources et des projets comportant un danger pour l'environnement.

6. L'évaluation environnementale.

Si la planification dresse la carte des paramètres généraux du développement des ressources, l'évaluation environnementale s'avère nécessaire à un examen sérieux et approfondi de chaque projet d'importance. Les lacunes du processus d'évaluation actuel ont déjà été soulignées dans la section portant sur les réactions législatives aux problèmes environnementaux. Une réforme législative s'impose donc afin de :

garantir que tous les projets potentiellement importants soient évalués selon des dispositions formelles de pré-sélection;

permettre au public de participer au processus;

encourager l'utilisation de procédures visant à cerner le champ d'application et autres mécanismes conçus pour réduire les conflits et accélérer le processus;

fournir des incitations à réduire le chevauchement et le dédoublement; et instituer le monitoring subséquent des incidences réelles, aux fins de rajuster la réglementation et d'acquérir l'expérience nécessaire en vue d'évaluations futures.

7. Responsabilité et révision judiciaire.

À notre avis, la révision judiciaire des décisions de politiques, telles que celles soulevées par les questions de qualité de la vie, serait limitée. Nous doutons fort qu'il soit utile que les tribunaux se prononcent à leur tour sur des décisions prises par les instances responsables de l'établissement des normes, de la planification et de l'évaluation. Le rôle des tribunaux, toutefois, est d'importance. Ils doivent voir à ce que les procédures soient exécutées équitablement et à ce que la décision ne soit pas arbitraire ou capricieuse et n'ignore pas complètement les faits.

On doit, en dernière analyse, être responsable vers le public pour de telles décisions. Normalement, c'est la législature ou le Cabinet qui a droit de regard sur ce processus. Tout en reconnaissant la responsabilité ultime de nos politiciens élus, nous croyons que le fardeau de la responsabilité doit reposer sur ceux qui ont entendu l'opinion du public, lu les soumissions et vu la proposition. Il est vrai que ces personnes apportent au processus leurs propres préjugés favorables ou défavorables, mais des règles de procédures justes, ainsi que la responsabilité de considérer tous les points de vue, contribueront pour beaucoup à minimiser l'effet des préjugés personnels.

LA PRISE DE DÉCISION COOPÉRATIVE ET LA RÉOLUTION DES CONFLITS

La discussion précédente a pour prémisse un processus décisionnel largement fondé sur une vision conflictuelle de la société. Elle utilise les tribunaux, les instances et les commissions adjudicatrices pour établir les politiques et résoudre les conflits. Plutôt que de simplement remédier

aux lacunes évidentes des lois actuelles, la protection environnementale serait peut-être mieux réalisée par l'exploration de façons par lesquelles les gouvernements pourraient institutionnaliser la coopération dans le processus décisionnel. L'actuelle structure antagoniste et hiérarchique du processus d'adjudication et de prise de décisions semble marquer les questions environnementales du sceau de la concurrence. Les plaideurs ne comparaissent pas devant les tribunaux pour trouver des solutions coopératives aux problèmes environnementaux; ils viennent en recherchant la victoire sur leur adversaire. Le gouvernement et l'industrie collaborent parfois dans l'établissement et le respect des normes, mais cela se fait souvent au grand détriment de nombreuses personnes qui désirent participer au processus mais se voient dans l'impossibilité de le faire.

La médiation environnementale

La médiation environnementale est une approche qui a récemment attiré l'attention. Et, selon la mise en garde faite par ses défenseurs, elle « ne résultera pas en des panacées, mais devrait plutôt être ajoutée aux moyens actuels et efficaces de résolution des conflits [. . .] et devrait être mise à l'essai parce que certains des autres mécanismes ne fonctionnent pas²⁶⁹ ». Si les circonstances s'y prêtent, la médiation promet effectivement de faciliter l'entente par la négociation et le compromis, plutôt que par la confrontation. Les facteurs qui aident à déterminer l'utilité potentielle de la médiation sont les suivants :

les parties concernées considèrent le règlement mutuellement satisfaisant comme étant dans leur meilleur intérêt;

les parties concernées considèrent qu'un règlement est une priorité urgente;

les parties sont prêtes à faire des sacrifices raisonnables pour en arriver à un règlement; et

les droits juridiques des parties ne sont pas lésés par la participation au processus de médiation²⁷⁰.

Parce que la médiation environnementale est nouvelle et diffère de la médiation dans d'autres domaines, telles que les relations de travail, le gouvernement devrait fournir un appui généreux aux diverses approches visant la médiation et la coopération. Avec le temps, les approches qui connaîtront le plus de succès devraient recevoir un appui législatif. Plus spécifiquement, les lois sur la médiation environnementale devront tenir compte de ce qui suit :

déterminer qui sont les participants au processus;

trouver des façons et des moyens de résoudre les problèmes créés par le parasite et/ou l'indécis;

financer la participation du public au processus;

définir le rapport entre la médiation et d'autres formes plus conventionnelles de prise de décisions et de résolution des conflits;

mettre en application et faire respecter les ententes conclues par la médiation; et

trouver des façons et des moyens d'accélérer le processus à travers, par exemple, le recours à des médiateurs professionnels, un contexte défini par la loi à l'intérieur duquel la médiation serait menée.

Du recours élargi aux sanctions civiles et aux mesures incitatives dans les lois relatives à la protection de l'environnement

En vertu des lois actuelles, la conformité aux réglementations est assurée par la poursuite judiciaire ou la menace de poursuite. Bien que nous ayons traditionnellement eu recours aux lois criminelles ou quasi criminelles pour faire changer les comportements socialement inacceptables, une dépendance induite à l'égard des lois criminelles dans ce domaine accentue la confrontation et rend la coopération hautement improbable. Plutôt que de tenter de qualifier de criminels la plupart des pollueurs, nous accomplirions bien davantage en réservant le droit criminel au comportement véritablement criminel, et en nous concentrant sur une vaste gamme de mesures incitatives et de sanctions administratives afin de modifier le comportement.

Cette façon de voir les choses accepte la pollution comme une réalité et, de fait, c'est ce qu'elle est. Nous aurions beau chercher et faire tous les efforts possibles, il n'existe pas d'environnement qui soit resté intact. Non seulement la pollution est-elle une réalité, mais nous sommes tous à la fois pollueurs et victimes. Lorsque l'on se rend compte des interdépendances existant entre tous les aspects de la vie et de l'activité économique, il est clair que l'on n'accomplira pas grand-chose en qualifiant de criminels les acteurs économiques, à moins, bien sûr, que leur comportement ne soit criminel au sens habituel ou propre du terme.

Si tel est le cas, les poursuites judiciaires, sauf dans les cas exceptionnels, sont largement inefficaces. L'action judiciaire offre un processus par lequel les pertes subies par la victime deviennent la responsabilité du pollueur, mais les aléas et les lacunes du droit coutumier rendent cette répartition fondée sur une méthode de perte à la fois coûteuse et problématique. Une meilleure approche, à notre avis, reconnaîtrait que l'activité économique est essentielle, qu'elle impose toute une gamme de coûts — certains aux individus, certains à l'ensemble de la société, d'autres à l'environnement. Plutôt qu'il en incombe à la victime de pollution d'intenter une poursuite (ce qui ne mènerait qu'à la confrontation dans un cadre antagoniste), il serait beaucoup plus sensé que le gouvernement établisse un fonds d'indemnisation approprié pour les victimes de pollution, payé à même les amendes imposées à ceux qui sont responsables de la pollution, les producteurs et, par suite, les consommateurs²⁷¹. Les administrateurs de ce fonds pourraient alors indemniser les individus et les groupes et restaurer les biens environnementaux endommagés. Le concept d'un fonds d'indemnisation

aux victimes de la pollution soulève de nombreuses questions qui exigent des réponses. En dépit de ces problèmes, il s'agit d'une idée qui a beaucoup de mérite. Elle traite la pollution comme le problème qu'elle est — une conséquence inévitable de notre niveau actuel d'activité économique. Elle indemnise les victimes et corrige la dégradation environnementale de manière efficace et non conflictuelle et elle offre quelques incitations considérables à la société pour réduire la consommation dommageable à l'environnement et respecter les biens environnementaux.

Conclusion

Si les propositions avancées dans les sections précédentes suggèrent une approche plus efficace pour réconcilier notre besoin d'un niveau satisfaisant d'activité économique et d'une meilleure relation avec notre environnement naturel, comment alors la mettre en oeuvre? Ce serait un lieu commun mais une vérité que de dire que nous avons besoin de politiciens qui aient une conscience écologique et qui sachent voir au-delà de la perspective à court terme de l'engagement de ressources considérables pour répondre à un besoin immédiat et à court terme; de juges qui soient sensibles aux revendications et besoins de la société et de l'environnement; et d'économistes qui sachent tempérer leur enthousiasme pour l'efficacité par la conscience qu'une meilleure qualité de vie est plus complexe que la poursuite acharnée de principes de volonté de payer et de rapports coûts-bénéfices.

Il est également vrai que la résolution de nos problèmes écologiques exigera à la fois un plus grand leadership de la part du gouvernement fédéral et une plus grande mesure de coopération fédérale-provinciale. Le leadership fédéral est nécessaire, car la qualité de l'environnement et l'aménagement des ressources touchent tous les Canadiens. Nulle province ou nul groupe ne peut être efficace s'il agit isolément. Le leadership fédéral est également nécessaire parce que la pollution n'est pas limitée au Canada. Si notre connaissance des pluies acides nous a enseigné quelque chose, c'est que nul pays ne peut échapper aux effets environnementaux de l'aménagement et des politiques d'élimination des déchets d'un autre pays. Nous formons une communauté de pays qui partageons des ressources communes. Dans ces circonstances, le leadership fédéral est nécessaire. Une approche fédérale-provinciale coopérative du problème est également requise. La Constitution et l'interprétation qu'en font les tribunaux nécessitent la coopération de l'État et des provinces²⁷²; les corrélations existant entre la pollution, l'aménagement des ressources et la qualité de la vie à travers le Canada rendent essentielle l'action coopérative; et notre compréhension des limites de la confrontation — en fait, de sa futilité — rend l'action coopérative la seule solution rationnelle.

Bien des choses ont déjà été accomplies dans ces deux domaines. Le gouvernement fédéral joue de plus en plus un rôle de premier plan en matière d'environnement. Son action déterminée et concertée à l'égard des pluies acides et de la qualité de l'eau dans les Grands Lacs est impressionnante. Mais le leadership est également nécessaire dans les questions moins spectaculaires. Plutôt que d'attendre qu'une situation devienne critique et exige une réaction immédiate et souvent coûteuse de la part du gouvernement, davantage d'efforts devraient être consacrés au dépistage, à la compréhension et, par conséquent, à la prévention de crises potentielles.

Bien que le leadership fédéral soit important, il ne doit pas porter préjudice à d'autres initiatives également valables, de la part des provinces et du secteur privé. Ainsi, le leadership doit signifier la responsabilité d'agir pour résoudre nos problèmes ainsi que l'obligation d'encourager l'expérimentation et la diversité au niveau local. À l'heure actuelle, la coopération s'exprime de diverses façons. Par exemple, la *Loi sur les ressources en eau du Canada* entrevoit l'action coopérative entre le fédéral et les provinces, bien que peu de progrès aient été réalisés dans la mise en oeuvre de l'approche coopérative établie dans la loi. Les conseils et autres instances formelles de ministres fédéraux et provinciaux et d'agents officiels ont accompli beaucoup, particulièrement dans le domaine de la recherche et des expériences conjointes. De même, d'importants efforts coopératifs ont été entrepris aux niveaux technique et scientifique. La coopération, cependant, n'a pas besoin d'être instituée dans une autre structure gouvernementale formelle. D'autres approches coopératives comprennent le soutien financier public aux groupes d'intérêt public, aux chercheurs, aux cadres d'entreprise et autres qui prennent l'initiative de la recherche et de l'étude coopérative en matière d'environnement et d'aménagement des ressources; et les incitations financières pour ceux qui font l'essai de nouvelles approches coopératives de résolution des problèmes.

Pour ce qui est des politiques et des lois en matière d'environnement, contentons-nous de dire qu'il reste encore beaucoup à faire. Nous ne devons pas nous satisfaire de ce que nous avons. Bien que le changement soit nécessaire, il est impossible de prescrire un plan d'action spécifique qui garantira le résultat souhaité. Nous ne pouvons pas connaître aujourd'hui les détails spécifiques de cet avenir meilleur auquel nous devrions aspirer. Bien que ce document ait plaidé en faveur de nouvelles façons de penser et de comprendre les questions environnementales et de nouvelles approches coopératives de résolution des problèmes, il est difficile de prévoir où tout cela nous mènera — probablement pas au nirvâna. Mais de telles approches élargiront notre compréhension de nos rapports avec l'environnement et nous offriront de nouvelles possibilités et de nouvelles façons de vivre notre relation avec l'environnement. L'avenir auquel nous devons aspirer n'est guère plus qu'une lueur à

l'horizon. Ses détails spécifiques ne deviendront apparents que lorsque nous prendrons les premières mesures pour implanter une éthique de transformation. Mais jusqu'à ce que nous remplacions la domination, l'exploitation et la compétition par l'équilibre, l'harmonie et la coopération, nous sommes condamnés à l'isolement et à l'aliénation dans nos propres maisons.

Aucune des solutions proposées ici ne peut être mise en vigueur unilatéralement par le gouvernement fédéral. L'environnement reste une question de propriété; la qualité de la vie, cependant, est vraiment une question civile. Ainsi, une solution requiert non seulement la coopération avec l'environnement, mais la coopération entre les gouvernements. Certains pas ont été faits dans cette voie. Nous devons maintenant nous concentrer davantage sur la recherche de solutions coopératives à nos problèmes environnementaux.

Notes

Cette étude a été achevée en décembre 1984.

1. De même, la recherche d'une solution par des ingénieurs susciterait un échange de points de vue sur les technologies alternatives pour résoudre le problème.
2. Et au sens le plus fondamental, du rapport qu'entretiennent les Canadiens avec leur environnement naturel.
3. Ces expressions sont tirées de Tribe, « Ways Not to Think About Plastic Trees: New Foundations for Environmental Law », (1974) 84 *Yale Law Journal* 1315.
4. Le recyclage augmente la réserve de ressources de la société de sorte que toutes les ressources sont, en un sens, renouvelables, ou du moins réutilisables.
5. Meadows *et al.*, *The Limits to Growth*, 1972, (un ouvrage commandité par le Club de Rome). Voir aussi Mesarovic et Pestel, *Mankind at the Turning Point*, 1974.
6. White, « The Historical Roots of Our Ecological Crises », (1967) 155 *Science* 1203.
7. *Idem*, p. 1206.
8. Tuan, « Our Treatment of the Environment in Ideal and Actuality », (1970) 58 *American Scientist* 244.
9. *Idem*, p. 248 et 249.
10. *Ibid.*
11. Dewees, « Point Source Pollution: New Economic Mechanisms » dans *International Joint Commission Workshop*, 1973. Cet ouvrage a été élargi et mis à jour. Voir, par exemple, Dewees, *Evaluation of Policies for Regulation of Environmental Pollution*, 1981.
12. Il y a un aspect « ressource commune » dans toutes les ressources, au sens où même les ressources privées telles que la propriété privée ont un aspect public.
13. Hardin, « The Tragedy of the Commons », (1968) 162 *Science* 1244.
14. *Idem*, p. 1244 et 1245.
15. *Ibid.*
16. Pas tout à fait gratuit parce que tous les individus doivent partager une petite fraction du coût d'utilisation du bien, un coût partagé entre tous les autres membres de la société.
17. Le problème de ce qu'on appellerait le « parasite » (*free rider*).

18. Darwin, *On the Origin of Species*, 1859.
19. Kropotkin, *Mutual Aid, a Factor of Evolution*, 1902.
20. Ophuls, *Ecology and the Politics of Scarcity*, 1974 dans Stewart et Brier, *Environmental Law and Policy*, 1978, p. 78–82.
21. Toutefois, la plupart ont reconnu un besoin continu d'intervention gouvernementale pour ce qui est des questions sociales et d'environnement. Voir, par exemple, Conseil économique du Canada, *Reforming Regulation*, 1981.
22. Une prémisses qui persiste dans les régions du pays où les gens n'ont pas encore pris conscience des implications d'un monde de ressources finies. Il y a moins de 15 ans, le commentateur canadien Norman Depoe prétendait que les forêts du Canada étaient inépuisables.
23. Toffler, *Future Shock*, 1969.
24. Un tel point de vue reçoit également un appui de la Bible : Jésus : « Mais ne vous inquiétez donc pas pour le lendemain; le lendemain s'inquiétera de lui-même. À chaque jour suffit sa peine. » Matthieu 6:34.
25. L'une de ces crises serait les effets de produits chimiques toxiques hautement rémanents.
26. Ceci est partiellement fonction des ressources que nous consacrons à nous renseigner sur les problèmes éventuels. Lorsque nous décidons de trouver (c'est-à-dire de dépenser) l'argent nécessaire pour explorer un problème, nous réussissons généralement. L'argent dépensé pour un problème provient habituellement d'une augmentation spectaculaire de la pression ou de la préoccupation du public, et non d'une planification à long terme de la part du gouvernement.
27. Par contre, on peut répliquer que trop peu de crises émergent de la recherche scientifique. En posant les mauvaises questions, en travaillant à l'intérieur d'une structure mentale traditionnelle et en ne « faisant pas de bruit », les scientifiques ont tendance à sous-évaluer la gravité d'un problème. De plus, l'évaluation institutionnalisée par le groupe des pairs ostracise et isole les « alarmistes » avoués.
28. Et en vérité, une réaction à ces crises peut accentuer les futurs problèmes d'environnement. La décision du gouvernement de l'Ontario de mettre de l'avant le Complexe énergétique nucléaire de Darlington peut soulager le chômage dans l'industrie nucléaire, seulement pour aggraver le problème du stockage à long terme des déchets.
29. Allison, *Essence of Decision*, 1971.
30. Ce processus est bien expliqué par Castrelli et Lax, « Environmental Regulation-Making in Canada: Towards a More Open Process » dans Swaigen (édit.), *Environmental Rights in Canada*, 1981.
31. Stewart, « The Reformation of American Administrative Law », (1974–1975) 88 *Harvard Law Review* 1667.
32. *Idem*, p. 1704 et 1705.
33. Fabricant, « Economic Growth and the Problem of Environmental Pollution » dans Boulding *et al.* (édit.), *Economics of Pollution*, 1971, p. 148.
34. Parfois, cependant, les règles sont faites durant ou après l'audience. Ce phénomène se produit surtout lorsque les questions soulevées devant l'instance sont nouvelles.
35. Des actions visant à protéger les droits du public sont à la discrétion du procureur général (et non d'un plaignant privé), à moins que le plaignant ne puisse prouver un préjudice particulier ou unique. Établir la preuve d'un tel préjudice a été extrêmement difficile pour les plaignants, à moins qu'ils n'aient quelque intérêt qui ait souffert.
36. Cet énoncé, bien entendu, ignore l'effet d'une réglementation publique — une question qui sera examinée dans la section suivante.
37. La norme au civil est légèrement inférieure à celle imposée à la poursuite criminelle; « au-delà d'un doute raisonnable ».
38. Le fait d'associer une perte à un défendeur en particulier est davantage compliqué par les propres activités du plaignant. Ainsi, un fumeur asthmatique et âgé serait beaucoup plus vulnérable à la pollution qu'un adulte en santé.

39. La formation juridique et l'expérience de travail ont tendance à influencer les juges en faveur des droits individuels, plutôt qu'en faveur des droits publics. Certains préjugés, toutefois, peuvent être particulièrement difficiles pour les plaignants en matière d'environnement. Par exemple, les antécédents du juge Nunn en tant qu'avocat du travail (du côté du patronat) ont semblé mener à un fort préjugé en faveur de la compagnie et contre l'environnement, dans la cause *N.S.F.I. : Palmer et al. c. Nova Scotia Forest Industries*, (1983) 2 D.L.R. (4th) 397.
40. Ce ne sont pas que les juges qui sont sceptiques face à la science; le public également est quelque peu méfiant vis-à-vis de la communauté scientifique. Les scientifiques sont parfois considérés comme des « mercenaires », engagés pour représenter un intérêt économique particulier. Qui plus est, les scientifiques n'ont pas toutes les réponses, en particulier lorsque la question est aussi complexe et multiple que la dégradation de l'environnement. Et finalement, les gens doutent du bien-fondé de résoudre des problèmes avec la technologie ou la science mêmes qui ont « créé » le problème.
41. *McKie c. K.V.P. Co. Ltd.*, (1984) 3 D.L.R. 201.
42. (1983) 2 D.L.R. (4th) 397.
43. On a parfois appelé cela le syndrome de « tomber comme des mouches » (*dying in the streets*). Il décrit une situation où le fardeau de la preuve est si difficile à établir que le succès n'est assuré que si la santé des personnes subit des atteintes sérieuses de la part du pollueur.
44. Pour un excellent débat sur la question d'autorité, voir Roman, « Locus Standi: A Cure in Search of a Disease » dans Swaigen (édit.), *Environmental Rights in Canada*, 1981, p. 11. Bien que la documentation sur le recours collectif ne soit pas étendue, plusieurs études et articles récents en expliquent les principes et les problèmes. Voir British Columbia Law Reform Commission, *Report on Civil Litigation in the Public Interest*, 1980; Australian Law Reform Commission, *Access to the Courts — Standing: Public Interest Suits*, documents nos 7 et 4, 1977 et 1978 respectivement; Mullan, « Standing After McNeil », (1976) 8 *Ottawa Law Review* 32.
45. Pour une revue globale de la loi sur les poursuites collectives, voir Chester, « Class Actions to Defend the Environment: A Real Weapon or Another Lawyer's Word Game? » dans Swaigen (édit.), *Environmental Rights in Canada*, 1981, p. 60. Il y a eu une pléthore d'articles à ce sujet, mais ceux écrits dans une perspective juridique et économique sont peut-être les plus intéressants. Voir Prichard et Trebilcock, « Class Actions and Private Law Enforcement », (1978) 27 *University of New Brunswick Law Journal* 5; Dewees, Prichard et Trebilcock, *Class Actions as a Regulatory Instrument*, Conseil économique de l'Ontario, 1980.
46. *Hickey et al. c. Electric Reduction Co. of Canada Ltd.*, (1970) 21 D.L.R. (3d) 368.
47. La différence en « espèce » semble référer à une entrave à un droit privé du plaignant, tel que sa personne ou sa propriété.
48. Estey, « Standing to Sue in Public Nuisance Actions », (1972) 10 *Osgoode Hall Law Journal* 563.
49. Autrement dit, un agréable après-midi de pêche est fondamentalement différent du fait de gagner sa vie en pêchant.
50. *Preston c. Hilton*, (1920) 48 O.L.R. 172.
51. Il faut noter que le problème *Nova Scotia Forest Industries* a tourné le problème *Preston c. Hilton* en soutenant que Preston était une nuisance publique et que les plaignants étaient incapables d'établir le « dommage particulier » nécessaire pour maintenir leur poursuite. Aucun problème semblable n'est survenu dans *Nova Scotia Forest* parce que :

l'intérêt envers le résultat est de toute évidence un intérêt collectif [. . .] La probabilité du tort peut varier de l'un à l'autre du groupe, mais c'est néanmoins la probabilité du tort qui est commune à tous. Le degré de chacun est sans importance, et surtout lorsque le remède recherché est un soulagement par injonction [. . .] Dans mon esprit, une allégation de risque sérieux pour la santé est toujours une question de dommage particulier et, dans ce cas-ci, un dommage particulier à tous et chacun des plaignants [selon le juge Nunn, p. 485].

52. Les seules restrictions significatives du pouvoir d'aliénation furent des produits de la loi générale du contrat. Voir Risk, « The Last Golden Age: Property and the Allocation of Losses in Ontario in the 19th Century », (1977) 27 *University of Toronto Law Journal* 201.
53. Les deux autres facteurs étant le capital et le travail.
54. Des frais d'arpentage ont rendu le sol légèrement moins gratuit.
55. *Hook c. McQueen*, (1851) 2 Ch. 490 à 499.
56. Bien que la terre communale soit « propriété » du public par représentation gouvernementale, des obstacles politiques, bureaucratiques et organisationnels rendent difficile toute action visant à protéger pleinement l'intérêt du public.
57. La thèse de la tragédie de la surutilisation est discutable, ne serait-ce que pour la seule raison que la terre communale anglaise a prospéré depuis plusieurs années sous un régime de propriété « publique ». Ainsi, la présente tragédie a peut-être peu à voir avec le manque de propriétaire privé, et beaucoup avec l'échec de l'État à exercer sa responsabilité en tant que représentant du public pour la terre communale.
58. Il est gratuit parce que la loi n'offre aucun mécanisme par lequel ceux qui valorisent la ressource peuvent en exclure d'autres usagers, et par conséquent fournit une incitation à mettre la ressource en valeur.
59. La « dévolution du droit » est une dévolution de la richesse parce qu'un droit d'utiliser ou d'exploiter une ressource est peu différent d'un paiement comptant au propriétaire du droit. Supposons, par exemple, qu'un voisin ne veut pas que l'aménagement proposé se réalise. À part le lobbying pour obtenir l'intervention gouvernementale, la seule façon dont le voisin puisse arrêter l'aménagement est de payer l'aménageur pour l'empêcher d'aménager. En ce sens, les droits d'aménagement sont l'équivalent d'argent comptant et certainement un reflet de la richesse de la personne.
60. Le droit de commettre un dommage était une incidence de la propriété. Voir, par exemple, *A.-G. c. Malborough (Duke)*, (1818) 56 E.R. 588.
61. Voir, par exemple, *Re Hanbury's Settled Estate*, (1913) 2 Ch. 357.
62. Bien entendu, les deux ne s'excluent pas mutuellement. Normalement, la résolution de conflit aura normalement au moins un certain impact sur les normes et les valeurs de la communauté en général.
63. La teneur d'un tel droit est explorée en détail par Swaigen et Woods in « A Substantive Right to Environmental Quality » dans Swaigen (édit.), *Environmental Rights in Canada*, 1981, p. 195.
64. La distinction faite ici n'est pas tout à fait satisfaisante. Il est difficile de voir, par exemple, comment la résolution d'un conflit ne peut affecter (parfois profondément) les intérêts de la communauté en général, et vice versa. Néanmoins, la dichotomie établie ici est utile pour les besoins d'identification des tendances et des différences générales.
65. Fleming, *The Law of Torts*, 4^e éd., 1971, p. 591.
66. 39 *Halsbury*, 3^e éd., 1962, p. 516-521.
67. Voir, par exemple, *Lockwood c. Brentwood Park Investment Ltd.*, (1970) 10 D.L.R. (3rd) 43.
68. Voir, par exemple, *Walker c. McKinnon Industries*, (1949) 4 D.L.R. 739.
69. Des interférences « triviales » peuvent être une invasion de « droits » mais elles n'attirent pas une réparation.
70. Aucun de ces facteurs en soi ne déterminera la question.
71. Il est difficile de déterminer qui doit représenter « l'environnement ». Les tribunaux exigent souvent que les plaignants aient un intérêt substantiel et souvent particulier dans l'issue d'une affaire avant d'accorder autorité (voir *Hickey et al. c. Electric Reduction Co. of Canada Ltd.*, (1970) 21 D.L.R. (3rd) 368; *Green c. A.-G. Ontario*, (1973) 2 O.R. 396, 34 D.L.R., (3rd) 20. Le raisonnement soutenant cette exigence est que le procureur général est le plaignant tout indiqué pour représenter l'intérêt général du public dans la protection de l'environnement. Mais en tant que partie du gouvernement qui peut être directement ou indirectement impliquée dans le pro-

blème de la pollution, ou prise dans le tissu bureaucratique d'un ministère polyvalent de protection environnementale, le procureur général n'est pas très qualifié pour intenter une poursuite. Cela, en retour, a mené à des appels pour une augmentation de l'accès individuel et collectif aux tribunaux en relâchant les règles actuelles sur l'autorité (voir Roman, *supra*, n. 44), ou à travers l'approche plus radicale consistant à donner à l'environnement de l'autorité et à désigner à l'environnement des amis pour le représenter dans des poursuites contre ceux qui le spoliaient (voir C. Stone, « Toward Legal Rights for Natural Objects: Should Trees Have Standing? », (1972) 45 *Southern California Law Review* 450).

72. C'est l'environnement plutôt que la communauté ou la personne, parce que l'environnement inclut des droits non accessoires. Aussi, si une personne ou un groupe de personnes détiennent le droit, alors le titre doit être à la jouissance des avantages et usages de l'environnement, et non à un niveau particulier de qualité environnementale.
73. Tandis que l'objectivité n'est jamais facile à atteindre, on peut répliquer que la pollution qui met en danger ou constitue une menace particulière pour la santé publique est inacceptable, sans égard aux avantages allégés d'une telle pollution.
74. L'objectivité pour cette norme est encore plus difficile à atteindre. Personne ne prétend sérieusement que l'intégrité environnementale signifie un environnement vierge et pur. Tous les principes acceptent un certain niveau de dégradation environnementale. La question devient alors : quelle quantité, maximale ou minimale, est appropriée? La société aura beau essayer, la réponse à cette question doit être déterminée selon les perceptions individuelles et communautaires de ce que signifie vraiment cette intégrité environnementale; ou ce que signifie une quantité optimale de dégradation environnementale.
75. L'interaction entre ce test et le test de vraisemblance devient claire lorsqu'on réalise que « vraisemblable » peut être défini comme n'importe quelle pollution qui n'altère pas l'intégrité à long terme de l'environnement.
76. Comme on l'a noté plus tôt, les droits peuvent être assimilés à la richesse. Ainsi, en créant un « droit » à un niveau particulier de qualité environnementale, ceux qui soutiennent une telle proposition et qui, par conséquent, en bénéficieraient, le font en acquérant un nouveau droit ou une nouvelle unité de richesse. Les aménagements qui créent des dommages environnementaux peuvent alors se poursuivre à la seule condition que le droit soit transférables et que les intérêts en faveur du développement soient prêts à acheter le droit, et ainsi échangent une autre unité de richesse pour l'intérêt en faveur de l'environnement.
77. Fletcher, « Fairness and Utility in Tort Theory », (1972) 85 *Harvard Law Review* 537.
78. La frustration qui vient du fait d'essayer de chercher un *droit applicable* et érigé en principe à un environnement propre est exprimé par Swaigen et Woods, *supra*, n. 63.
79. Stone, *supra*, n. 71. Emond, « Co-Operation in Nature: A New Foundation for Environmental Law », (1984) 22 *Osgoode Hall Law Journal* 523, et Elder, « Legal Rights for Nature — The Wrong Answer to the Right(s) Question » et Livingston, « Rightness of Rights » dans le même numéro du *Journal*.
80. Stone, *supra*, n. 71.
81. Voir le dissentiment du juge Douglas dans *Sierra Club c. Morton* 405 U.S. 727 (1972) : « L'autorité serait simplifiée [. . .] si nous [. . .] permettions que les questions d'environnement soient matière à litige [. . .] au nom de l'objet inanimé sur le point d'être détruit [. . .] ».
82. Voir Triba, *supra*, n. 3. Pour un point de vue contraire, voir Sagoff, « On Preserving the Natural Environment », (1974) 84 *Yale Law Journal* 205.
83. Tel que rapporté dans le *Toronto Star*, 30 août 1984.
84. La défense est établie dans Emond, « Defences and Remedies to Common Law Causes of Actions in the Environmental Field » dans *Environmental Law: Bringing and Defending Actions*, 1984.
85. Des échantillons de lois sont établies dans la prochaine section.
86. En vérité, le but de la loi n'est pas d'interdire la pollution, mais de la réglementer.

87. Tandis que la « logique » de la défense est apparente, les tribunaux ont été réticents à l'accepter. Ainsi, la Cour Suprême du Canada s'est efforcée de la débouter dans *City of Portage La Prairie c. B.C. Pea Growers Ltd.*, 1966 S.C.R. 150. En Angleterre, le procureur de la Couronne a limité son efficacité en l'assujettissant à une règle d'interprétation légale qui restreint la défense aux circonstances dans lesquelles le tribunal affirme clairement et sans ambiguïté que les dommages subis par le fonctionnement de l'activité autorisée restent sans compensation. Voir *Allen c. Gulf Oil Refining Ltd.*, (1979) 3 All E.R. 1008.
88. Voir, par exemple, l'*Environmental Protection Act* de l'Ontario, 1980 R.S.O. c. 141, art. 13.
89. La défense est établie dans la mémorable cause portée devant la Cour suprême du Canada : *R. c. City of Sault Ste. Marie*, (1978) 85 D.L.R. (3rd) 161.
90. *Re National Capital Commission and Publiese*, (1979) 97 D.L.R. (3rd) 631.
91. *Saskatchewan Wheat Pool c. Government of Canada*, (1983) 45 N.R. 425.
92. L'attribution des dommages-intérêts peut varier de dommages permanents à dommages continus, tandis que le règlement par injonction peut varier selon le temps, la durée, l'envergure et autres termes et conditions de l'ordre.
93. L'expropriation, toutefois, n'est pas autorisée par la loi, et peut par conséquent être assimilée à une expropriation sans autorisation.
94. Cette expression provient de *St. Helen's Smelting Co. c. Tipping*, (1865) 11 H.L.C. 642, p. 645. Voici le passage intégral :
- Toutes les circonstances, y compris celles de temps et d'emplacement, doivent être prises en considérations [dans une poursuite pour nuisance]; et pour ce qui est de ces dernières [le confort et la jouissance de la propriété] il était clair que dans les pays où les ouvrages majeurs avaient été érigés et menés, des personnes ne pouvaient pas reposer sur leurs droits extrêmes et mener des poursuites quant à chaque sujet ou dérangement, car dans ce cas, les affaires de tout le pays seraient entravées.
95. Ou, plus précisément, laissée à tomber là où elles atterrissent — sur l'environnement et sur ceux qui le valorisent.
96. Il y a, bien entendu, des circonstances où le tribunal interviendra pour éviter un tort, mais celles-ci sont limitées. Ainsi, dans *Stein c. The City of Winnipeg*, (1974) 48 D.L.R. (3rd) 223, le tribunal a refusé d'interdire un programme d'arrosage municipal potentiellement toxique parce que, en regard de la commodité, la commodité favorisait la ville. De façon plus spécifique, l'échec de la ville à se plier à sa propre procédure d'évaluation préalable n'était qu'un facteur tendant à favoriser la demande de Stein. Les autres facteurs allégués par Stein tendaient à favoriser la ville. Stein avait failli à démontrer l'efficacité d'une alternative au méthochlore », et failli à établir que le préjudice irréparable résulterait vraisemblablement de l'arrosage. La ville avait démontré que l'annulation du programme lui serait d'un grand inconvénient. L'« équilibre », autrement dit, favorisait la ville.
97. Voir *Market c. Knight Steamship Co. Ltd.*, (1910) 1 K.B. 1039, et les causes qui ont suivi et appliqué les dicta dans *Markt*, en particulier *Preston c. Hilton*, (1920) 48 O.L.R. 172, bien que récemment distingué par *Nova Scotia Forest Industries*.
98. *Supra*, n. 81.
99. Pour utiliser l'Ontario comme exemple, la législation sur le contrôle de la pollution fut d'abord adoptée en 1956 en tant que *Ontario Water Resources Commission Act*. La législation sur le contrôle de la pollution fut adoptée 11 ans plus tard sous le titre *Air Pollution Control Act*.
100. Sur l'interaction des résidus, voir Kneese, « Pollution and a Better Environment », (1968) 10 *Arizona Law Review* 10. À la page 14, Kneese écrit :
- Par l'application de l'équipement et de l'énergie appropriés, toutes les substances indésirables peuvent en principe être retirées de la circulation de l'eau et de l'air — mais ce qui reste doit évidemment être solide. Le fait de considérer la chose de cette façon révèle clairement une interdépendance primaire des divers flux de déchets qui [. . .] jettent le doute sur la classification traditionnelle de la pollution de l'air, de l'eau et du sol en tant que catégories individuelles pour la planification et la politique de contrôle.

101. Encore là, pour utiliser l'Ontario comme exemple, l'*Environmental Protection Act*, d'abord adopté en 1971, refondait les clauses de l'*Air Pollution Control Act, 1967*, et le *Waste Management Act, 1970*. D'abord pour des raisons historiques, l'eau fut réglementée sous une législation séparée, bien que la législation fût administrée par le même ministère (ministère de l'Environnement), qui avait des responsabilités de réglementation et de supervision en vertu de la *Loi de Protection de l'environnement*.
102. Ce point fut souligné de manière particulièrement forte par le Conseil d'évaluation environnementale mis sur pied par le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (BFEEE) sous le Processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement (PEEE) du gouvernement fédéral pour examiner l'impact potentiel sur l'environnement de forages exploratoires dans le Déroit de Lancaster. Voir *Report of the Lancaster Sound Assessment Panel: Lancaster Sound Drilling*, 12 février 1979.
103. Les rouages de la législation sont bien décrits par Estrin et Swaigen dans *Environment on Trial*, éd. rev., 1978.
104. Une description détaillée d'un certain nombre de lois ontariennes est fournie dans la section sur l'affaire K.V.P.
105. Peu importe, par exemple, que le problème ait surgi comme résultat d'une prise de conscience accrue du public, de la recherche, ou de nouvelles normes de niveaux de pollution appropriés, le problème reste le même : comment modifier un processus ou une approche en regard d'un engagement financier substantiel envers un processus générateur de pollution.
106. À cause du coût élevé des modifications aux processus existants, l'approche législative actuelle au Canada offre normalement des incitations financières (subsidés) élevées pour aider à assumer en tout ou en partie le coût d'application des règlements. Là encore, cet aspect est développé en détail dans le contexte de l'affaire K.V.P.
107. D'autres intérêts peuvent inclure ceux des consommateurs du produit en question ou ceux des fournisseurs de matériaux ou de main-d'oeuvre nécessaires à la production du produit.
108. Disons potentiellement car il y a certaines contraintes — la nouvelle industrie doit entrer en concurrence avec la vieille industrie, et si cette dernière n'est pas aussi étroitement réglementée, elle profite peut-être d'un avantage concurrentiel. De même, elle doit souvent être en compétition avec de nouvelles industries non assujetties à des réglementations dans d'autres parties du monde, mettant encore là dans une position désavantageuse l'industrie canadienne étroitement réglementée dans une position concurrentielle désavantageuse.
109. Un test particulièrement difficile à satisfaire, et qui a inhibé l'action gouvernementale, sauf dans les cas les plus extraordinaires.
110. La proposition peut venir à l'initiative du pollueur ou du ministère concerné. L'initiative publique n'est pas encouragée. Lorsqu'elle se produit, elle est généralement canalisée à travers (ou filtrée par) le ministère concerné.
111. *Pesticides Act*, 1980 R.S.O., c. 376.
112. Parfois décrite comme la « meilleure technologie disponible ». Une telle technologie n'est pas nécessairement en usage dans l'industrie contrôlée, mais elle est en existence quelque part.
113. Celle-ci est habituellement décrite comme la « meilleure technologie applicable » et désigne la technologie utilisée couramment par les leaders industriels.
114. D'autres changements, comme l'utilisation d'un carburant ayant un contenu inférieur en soufre, peuvent ne pas être particulièrement coûteux et offrir ainsi une solution attrayante à certains types de pollution.
115. Les stratégies de réduction et les préférences du consommateur sont interreliées dans la mesure où la réduction fait monter le prix d'un produit et ainsi décourage son achat par le consommateur.
116. La critique la plus récente de la présente approche est celle de Schecter, *Political Economy of Environmental Hazards*, 1984. Voir aussi Rankin et Finkle, « The Enforcement of Environmental Law: Taking the Environment Seriously » dans Finkle et Lucas, *Environmental Law in the 80's: A new Beginning*, 1982; Thompson, *Environmental Regulation in Canada*, 1981.

117. Parmi les crises qui ont commandé une réaction législative ou une réglementation, on compte la contamination de l'eau par les moulins de pâtes et papiers, les détergents, le plomb, le mercure, et les précipitations acides ou toxiques.
118. Les contrôles vont de lignes directrices et d'objectifs environnementaux à des normes légalement applicables. Ces deux approches se reflètent dans la réglementation ontarienne sur les émissions dans l'air et l'eau. Dans le premier cas, on procède par normes légalement applicables; dans le second, par lignes directrices et objectifs de qualité de l'eau. Sur la distinction, voir Castrilli et Lax, *supra*, n. 50, p. 334.
119. Comme le démontre l'affaire K.V.P., la « législation sur la protection environnementale » provient en grande partie du besoin de contrôler la pollution pour faciliter l'aménagement.
120. L'*Ontario Water Resources Act*, par exemple, fournit de généreuses subventions provinciales aux municipalités qui installent des usines de traitement des eaux usées.
121. Peu de lois sur le contrôle de la pollution tentent de le faire en exigeant un droit, et celles qui ont tenté de le faire n'ont jamais imposé de droit sur les effluents. Voir Allin, « The Tax Subsidy for Pollution Abatement Equipment », (1979) 2 *Canadian Tax Policy* 47. La loi fédérale : *Loi sur les ressources en eau du Canada*, 1970 S.R.C. (1^{er} suppl.), c. 5 et la *Environmental Protection Act* de Nouvelle-Écosse, 1973 S.N.S., c. 6, permettent d'avoir recours à la perception de droits sur les effluents; cependant, aucun des deux gouvernements n'a institué de tels droits.
122. Sur ce point, voir Barton, Franson et Thompson, *A Contract Model for Pollution Control*, 1984.
123. Le manque de participation du public au processus de délivrance des lois est bien documenté par Castrilli et Lax, *supra*, n. 30. L'exclusion du public du processus de délivrance des permis ou licences est un trait commun à toutes les lois de la protection de l'environnement au Canada. En Ontario, par exemple, le public n'a pas même le droit de savoir que le processus de délivrance des permis est en cours jusqu'à ce que le permis (l'injonction) ait été délivré. Des tentatives d'élargissement, à travers le système judiciaire, du droit de participation au processus des membres du public qui ont été affectés, ont été sans succès. Voir Estrin, « Annual Survey of Environmental Law », 1975 7 *Ottawa Law Review* 385, et les causes incluses.
124. Les « problèmes » d'information ministérielle ont été accentués au cours des récentes années par un manque du personnel et des coupures de budget continues.
125. Que cette caractérisation (polarisation) du problème soit ou non précise est sans pertinence. Tant qu'elle sera perçue en ces termes par les politiciens et les membres importants du public, la confrontation sera habituellement résolue en faveur de la détermination du pollueur à préserver le statu quo.
126. Là encore, cette question est bien documentée dans la section portant sur l'affaire K.V.P.
127. On peut en trouver de récentes descriptions dans Emond et Cotton, « Environmental Impact Assessment » dans Swaigen (édit.), *Environmental Rights in Canada*, 1981; Emond, « Environmental Assessment Legislation in Canada » dans Whitney et MacEachern (édit.), *Environmental Impact Assessment: The Canadian Experience*, 1984, p. 53.
128. Voir, par exemple, l'*Environmental Assessment Act* de l'Ontario, 1980 R.S.O., c. 141, par. 5(3).
129. Le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (BFEEE) et le ministère de l'Environnement de la Saskatchewan publient des lignes directrices sur l'évaluation en matière d'environnement (EE).
130. Voir, par exemple, la *Loi sur la qualité de l'environnement* du Québec, 1980 L.R.Q., c. Q-2.
131. Un mécanisme souvent utilisé conformément à la législation ontarienne, art. 29. Voir Samuels, « Environmental Assessment in Ontario: Myth or Reality », (1978) 56 *Revue du Barreau canadien* 523.
132. Le processus de présélection varie de façon informelle, depuis celui en vigueur suivant le processus fédéral (une évaluation préliminaire, appelée évaluation initiale de l'environnement — EIE), à la procédure plutôt provisoire en vertu de l'*Environmental Protection Act* de la Nouvelle-Écosse.

133. Les problèmes des services d'information gouvernementaux n'ont cessé de croître au cours des dernières années à cause des réductions de personnel et des nombreuses coupures.
134. Si cette caractérisation (polarisation) du problème est fidèle, elle n'est toutefois pas à propos. Aussi longtemps que cela sera perçu dans ces termes, par les politiciens et les décideurs, les frictions ou les différends seront résolus au bénéfice des pollueurs qui désirent préserver le statu quo.
135. Encore une fois, ce point est largement couvert dans l'histoire de la K.V.P., section *infra*, partie V.
136. Bien que des réductions sont souvent incluses dans le processus de changement.
137. Les plus récentes descriptions sont contenues dans *Environmental Impact Assessment* de Emond et Cotton; de Swaigen, dans *Environmental Rights in Canada* (1981); et de Witney et MacEachen dans *Assessment Legislation in Canada*, 1984.
138. Voir exemple dans the *Ontario Environmental Assessment Act*, R.S.O., 1980, c. 141, s. 5 (3).
139. Le *Federal Environmental Assessment Review Office* (FEARO) et le Saskatchewan Department of Environment ont publié des guides sur l'évaluation de l'environnement.
140. Voir exemple dans la *Loi sur la protection de l'environnement du Québec*, 1980, c. Q 2.
141. Un mécanisme est prévu et utilisé fréquemment en vertu de la législation ontarienne, s. 29 : consulter « Environment Assessment in Ontario: Myth or Reality », de Samuels, *supra*, n. 131.
142. La procédure de présentation varie, officiellement, de celle du gouvernement fédéral (une évaluation environnementale initiale (EEI) préliminaire) à la procédure plutôt spéciale utilisée en vertu de l'*Environmental Protection Act* de la Nouvelle-Écosse.
143. Les initiatives ont adopté diverses formes, depuis la ségrégation des audiences générales et celles réservées à une collectivité (BFEEE) au financement (Conseil conjoint BFEEE-Ontario).
144. Les modifications comprennent généralement des mécanismes pré-audience, tels que les conférences, les interrogatoires et les preuves « toutes faites » ou préparées, visant à réduire ou à éliminer les conflits. Dans la mesure où ces mécanismes réussissent à réduire le conflit, on les décrit comme « cernant le champ d'application » (*scoping*). S'ils réussissent à éliminer le conflit, on les dit parfois de médiation.
145. Les efforts déployés pour confiner l'évaluation en matière d'environnement à un « simple exercice de collecte d'information » ont généralement été sans succès. Une fois mis en branle, ce processus acquiert une dynamique ou un élan qui lui sont propres, faisant parfois en sorte qu'il produise une décision plutôt que seulement de l'information. À ce sujet, voir Emond, « Fairness, Efficiency and FEARO » dans Finkle et Lucas (édit.), *Fairness and Environmental Assessment*, 1983.
146. Si ce processus a acquis du pouvoir, cela s'est fait au détriment d'autres ministères gouvernementaux et du secteur privé.
147. La Convention signée en 1984 est le point culminant des négociations intergouvernementales qui furent entreprises à la suite de la publication, par le gouvernement fédéral, de son Northern Land Use Planning Program, 1982.
148. Voir par exemple, *Northeastern Ontario Strategic Land Use Plan*, Ministry of Natural Resources, 1981.
149. La médiation en matière d'environnement acquiert de la popularité au Canada en tant que solution de rechange aux audiences ou aux assemblées potentiellement conflictuelles. Elle reçoit non seulement l'appui des organisations vouées à sa mise sur pied, mais l'Environmental Assessment Board de l'Ontario y a eu recours récemment en réponse aux inquiétudes concernant un emplacement proposé pour le dépôt des déchets.
150. Il est hautement improbable que les corporations puissent dévier de l'importance qu'elles accordent au profit; sur cette question, voir Beck, *Corporate Power and Public Policy*, 1984.

151. Un progrès intéressant dans ce domaine est la *Consolidated Hearings Act* de l'Ontario, 1981 S.O., c. 20. Aux termes de cette loi, les audiences précédemment tenues en vertu de l'*Environmental Protection Act*, l'*Environmental Assessment Act*, les *Planning Act* et *Expropriation Act*, sont souvent fusionnées en une seule audience présidée par un conseil conjoint composé de membres de l'Ontario Municipal Board et de l'Environmental Assessment Board.
152. D'après les discussions reproduites dans les *Debates*, il semble que le gouvernement ontarien aurait investi 20 000 \$ pour financer la réouverture du moulin en 1946.
153. *McKie c. K.V.P. Co. Ltd.*, (1948) 3 D.L.R. 201 à 218, où le jugement reprend les parties pertinentes de l'accord.
154. *Idem*, p. 219.
155. *Ibid.*, McRuer, p. 219, citant approuvativement Lord Kingsdown dans *Imperial Gas Light and Coke Co. c. Broadbent*, (1859) 7 H.L.C. 600, II E.R. et cité approuvativement dans *Shelfer c. London Electric Lighting Company*, (1885) 1. C.H. 287, p. 314 et 315.
156. *Idem*, p. 213.
157. *Idem*, p. 219.
158. Bien que l'objection de la compagnie, à savoir qu'il s'agissait d'une question « économique », ait sans doute servi à convaincre McRuer du bien-fondé de cette proposition.
159. Il serait difficile pour un tribunal de déterminer avec certitude si un tel engagement peut être pris sans mettre en péril la viabilité financière de cette entreprise.
160. Un droit qui ne pourrait se présenter qu'en conséquence de la propriété d'un terrain aquatique. La propriété du lit de la rivière entraîne la propriété des poissons qui se trouvent au-dessus. L'un des plaignants dans cette affaire, James B. Vance, était effectivement propriétaire d'un terrain aquatique et avait, par conséquent, un droit de propriété à l'égard des poissons nageant dans l'eau située sur ce terrain.
161. Mais l'usine de la compagnie était fermée depuis 1930 et ne fut rouverte qu'en 1945.
162. Mais il était fort peu probable que le gardien de cette terre, le gouvernement de l'Ontario, intente une poursuite, particulièrement du fait de son appui financier à l'ouverture du moulin.
163. *McKie c. K.V.P. Co. Ltd.*, (1948) 3 D.L.R. 201 à 214, 215. Dans cette cause, tel que souligné à la n. 160, l'un des plaignants, Vance, était propriétaire du lit de la rivière adjacent à sa propriété riveraine et, par conséquent, avait un droit de propriété à l'égard du poisson qui suffisait à soutenir une action pour préjudice aux réserves de poissons. Les terres qui ont été achetées après 1911 ne comprennent pas la propriété du lit des voies navigables, à moins que ce ne soit spécifiquement compris dans l'acte de vente. Voir *Beds of Navigable Waters Act*, 1980 R.S.O., c. 40 art. 1.
164. Les limites du processus judiciaire sont bien exprimées par le juge Bergan dans *Boomer c. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y. 2^d 219, 257 N.F. 2^d 870, 309 N.Y.S. 2^d 312 [1970] :

L'amélioration de la pollution de l'air dépendra d'une recherche technique très poussée; d'une considération attentive et équilibrée des effets économiques d'une réglementation étroite; et des effets réels sur la santé publique. Il est fort probable que cela nécessitera une somme considérable de fonds publics [. . .]
 Un tribunal ne devrait pas tenter d'y parvenir par le truchement d'un litige privé et il semble manifeste que le système judiciaire ne soit ni équipé, de par la nature étroite de quelque jugement qu'il puisse rendre, ni prêt à établir et à mettre en application une politique efficace en vue d'éliminer la pollution de l'air.
165. *McKie c. K.V.P. Co. Ltd.*, (1948) 3 D.L.R. 210 à 214, citant approuvativement *Stockport Waterworks Co. c. Potter*, (1861) 7 H. & N. 160, 158 E.R. 433.
166. 1949 S.O., c. 48, art. 6(2).
167. *K.V.P. c. McKie*, 1949 R.C.S. 698. Bien que l'article 30 modifié fût incapable de « remédier » au problème K.V.P., il a été efficace. À la connaissance de l'auteur, aucun moulin à pâtes et papiers en Ontario ne se vit interdire, dans la foulée de l'affaire K.V.P., de polluer l'environnement.

168. Promulgué par 1950 S.O., c. 33.
169. Cette loi donna également au Conseil de recherche de l'Ontario le mandat de rechercher une solution au problème et d'imposer à la compagnie les frais de recherche. L'auteur n'a pas réussi à trouver de preuves que le conseil ait fait des recherches spécifiques sur le problème K.V.P., et, à plus forte raison, que les frais de cette recherche aient été imposés à la compagnie.
170. Ontario Legislative Assembly, *Debates*, Leslie Frost, 29 mars 1950.
171. *Stephens c. Richmond Hill*, (1954) 40 L.R. 572 (H.C.); 1956 D.R. (C.A.). *Burgess c. Woodstock*, (1955) 4 D.L.R. 615.
172. En 1956, la *Public Health Act* fut modifiée pour autoriser de façon exécutoire toutes les installations de traitement des eaux usées municipales « approuvées ». (Voir 1956 S.O., c. 71, art. 6(1).) Cette clause eut pour effet de permettre la défense d'autorisation exécutoire à certaines actions futures.
173. 1956 S.O., c. 62; remplacé par 1957 S.O., c. 88.
174. Milner, « The Ontario Resources Commission Act, 1956 », (1961) *University of Toronto Law Journal* 100, p. 101 et 102.
175. Autrefois, la « lutte antipollution » était menée au niveau municipal, en vertu de la *Public Health Act*. Sous l'OWRCA, elle relèverait de la compétence provinciale.
176. L'*Ontario Water Resources Commission Act* prévoyait le partage municipal-provincial des coûts de construction et de fonctionnement des installations de traitement des eaux usées et de l'eau.
177. 1970 R.S.O., c. 16.
178. 1970 R.S.O., c. 491.
179. 1971 S.O., c. 86, la gestion des déchets devint la V^e partie de la nouvelle loi.
180. 1970 R.S.O., c. 332.
181. Sous sa nouvelle appellation, l'Environmental Assessment Board fut reconstitué en vertu de la loi nouvellement promulguée : L'*Environmental Assessment Act*, 1980 R.S.O., c. 140.
182. Voir, généralement, *Environment Canada, Status Report on Abatement of Water Pollution from the Canadian Pulp and Paper Industry*, 1978 et, de l'Ontario Ministry of Environment, *Report on the Ontario Pulp and Paper Industry*, non daté, documentation personnelle de l'auteur.
183. 1970 S.R.C. (1^{er} Suppl.), c. 5.
184. 1970 S.R.C., c. F-14, tel que modifié.
185. S.O.R./71-578, art. 6.
186. *Environment Canada Regulations, Codes and Protocols Report* EPS 1-WP-72-2, p. 14.
187. Chambre des communes, *Minutes of Proceeding and Evidence of the Standing Committee on Fisheries and Forestry*, concernant le projet de loi C-25, 10 juin 1975, et cité dans Castilli et Lax, *supra*, n. 30.
188. Environnement Canada, *Status Report on Abatement of Water Pollution from the Canadian Pulp and Paper Industry*, 1974, rapport n° EPS 3-WP-75-6, 1975, et *Status Report on Abatement of Water Pollution from the Canadian Pulp and Paper Industry*, rapport n° EPS 3-WP-77-9, 1977. Les progrès étaient, en vérité, limités. De 1967 à 1977, les producteurs de pâtes et papiers des États-Unis avaient réalisé une réduction de l'ordre de 84 pour cent de la demande en oxygène biologique (DOB), alors que l'industrie canadienne n'avait réalisé qu'une réduction de l'ordre de 36 pour cent. En 1976, seulement 5 des 29 moulins de l'Ontario répondaient aux objectifs de toxicité provinciaux, et seulement 11 sur 29 satisfaisaient aux exigences fédérales. Voir Donnan et Victor, *Alternative Policies for Pollution Abatement: The Ontario Pulp and Paper Industry*, volume III, Environmental Approvals Branch, Ontario Ministry of Environment, 1976.
189. Rapport du MOE, *supra*, n. 182, p. 12 et 13.
190. Maintenant l'*Ontario Water Resources Act* (OWRA), 1980 R.S.O., c. 361.
191. *Idem*, art. 16(1) (auparavant art. 32(1)); art. 17(1) (auparavant art. 33(1)); art. 24(1) (auparavant art. 42(1)).

192. Berner, *Private Prosecutions and Environmental Control Legislation in Canada*, 1972.
193. Interview de W. Salbach, par Pollution Probe. Pollution Control Branch, MOE, 25 octobre 1977. (Les notes portant sur cette interview font partie de la documentation personnelle de l'auteur.)
194. *Ibid.*
195. En 1965, l'Ontario Water Resources Commission a proposé des objectifs de qualité des eaux usées à tous les moulins de pâtes et papiers de l'Ontario. L'Ontario effectue la réglementation de la qualité de l'eau par le biais d'objectifs ou de lignes de conduite, plutôt que par des normes législatives imposées à travers toute la province. Les objectifs ne sont généralement pas exécutoires par poursuite judiciaire.
196. La première poursuite intentée par l'OWRC en 1969 contre Brown Forest Industries (le successeur de K.V.P.) résulta en une amende de 100 \$. Lettre de George A. Kerr au député Marion Brigden, en date du 31 octobre 1977. (Documentation personnelle de l'auteur.) En général, les excuses vont du manque de ressources technologiques et (ou) financières aux pressions d'un marché concurrentiel provenant d'autres juridictions. Voir, par exemple, les commentaires du Dr. R. Duncan dans *Canadian Pulp and Paper Industry*, 5 septembre 1977, p. 12 et s.
197. En vertu de l'EPA, ce rapport doit être produit avant qu'une injonction puisse être prononcée. Voir *Environmental Protection Act*, 1980 R.S.O., c. 141 art. 126(1).
198. Les efforts précédents pour agir en vertu d'une loi avaient été largement sans succès. En 1970, l'OWRC prononça un Requirement and Direction (R. & D.) contre la compagnie. En 1972, l'Air Management Branch (la Direction de la gestion de l'air) avait émis un avis d'intention de prononcer une injonction pour contrôler les émissions de SO₂. La même année, la direction fut assimilée au Ministry of the Environment et l'injonction, pour une raison quelconque, ne fut pas prononcée. Dans les années qui suivirent, le MOE et la compagnie travaillèrent de concert à la résolution des problèmes de pollution de l'air.
199. Au fil des ans, la K.V.P. a connu plusieurs changements de raison sociale. En 1966, K.V.P. Co. devint Brown Forest Industries Ltd. En 1969, elle changea encore pour devenir Eddy Forest Products. En 1975, Eddy Forest et E.B. Eddy fusionnèrent et depuis, la compagnie est connue sous le nom de E.B. Eddy Forest Products Ltd. E.B. Eddy appartient à Eddy Paper Co., qui elle-même appartient à George Weston Ltd., une multinationale de propriété canadienne.
200. L'injonction est en date du 28 février 1978 et est signée par C.E. McIntyre, Directeur, Environmental Approvals Branch. (Documentation personnelle de l'auteur.)
201. *Ibid.*
202. Conformément à l'art. 146(2) de l'EPA.
203. On a partiellement remédié à ce problème en insérant, comme clause à cet ordre exprès, la condition selon laquelle la compagnie, en attendant la mise en application de l'injonction, « doit prendre toutes les mesures nécessaires pour minimiser l'émission, dans l'environnement naturel, de contaminants provenant de la source faisant l'objet de cette injonction ». Voir R. c. *Johns-Manville Canada Inc.*, (1980) 9 C.E.L.R. 137.
204. À moins qu'une audience ne soit tenue conformément à l'EPA ou à l'OWRA, le seul droit statutaire du public à participer au processus consiste à déterminer si une injonction a été prononcée et d'inspecter cet ordre exprès (EPA, art. 18(4)). L'OWRA ne comporte aucune exigence analogue.
205. Bien qu'il existe nombre de bonnes raisons d'encourager et de permettre la participation du public qui ne sont pas associées à la qualité de la décision finale. Voir Emond, « Participation and the Environment: Democratizing Canada's Environmental Protection Act », (1975) 13 *Osgoode Hall Law Journal* 453.
206. L'argument des « droits » est construit comme suit : parce qu'une injonction risque de porter préjudice à de futurs litiges civils initiés par ceux dont les droits sont lésés par la pollution « approuvée », il incombe aux tribunaux de permettre la participation de ceux qui peuvent être affectés. Ainsi, c'est sur la crainte qu'une injonction puisse soit autoriser de façon statutaire la pollution, soit fournir des preuves concluantes de

- comportement raisonnable, que repose le préjudice potentiel. Bien que cet argument n'ait pas été pleinement élaboré devant un tribunal, certains faits provenant de l'Ontario nous portent à croire qu'il n'aurait pas de succès. Voir *R. (ex rel. McCarthy) c. Adventure Charcoal*, (1972) 9 C.C.C. (2d) 81.
207. *Nicholson c. Haldimand-Norfolk Regional Board of Commissioners of Police*, (1979) 1 R.C.S. 311.
 208. Le problème est bien analysé dans Estrin, *supra*, n. 123, p. 436 et 437. En Colombie-Britannique, les tribunaux ont adopté une tout autre approche envers la participation du public en vertu de la *Pollution Control Act* de la Colombie-Britannique, 1956 S.B.C., c. 36. Voir *Western Mines Ltd. c. Greater Campbell River Water District*, (1967) 58 W.W.R. 305; *Re Hogan and Director of Pollution Control*, (1972) 24 D.L.R. (3d) 368. La *Pollution Control Act* fut abrogée en 1981.
 209. Affectés en ce sens que l'injonction peut éliminer les chances de succès d'une poursuite civile en autorisant la pollution de façon statutaire. Voir la discussion précédente, n. 196.
 210. En vertu de l'EPA, seuls la personne à qui s'adresse l'injonction et le directeur peuvent interjeter appel auprès de l'Environmental Appeal Board.
 211. L'insatisfaction concernant la réduction de la pollution et la qualité de l'eau de la rivière Spanish semble bouillonner très près de la surface. Voir, par exemple, Lachance, Letter to the Editor, *Mid-North Monitor*, novembre 1984.
 212. *R. c. Cyanamid Canada Inc.*, (1981) 11 C.E.L.R. 31.
 213. *Toronto Star*, 21 avril 1980, p. 2. La subvention se compose de 16,7 millions de dollars de l'Ontario, dans le cadre du Ontario Pulp and Paper Facilities Improvement Program, et de 8,33 millions de dollars du gouvernement fédéral.
 214. Voir les commentaires de Harry Parrot, tels que rapportés dans le *Toronto Star*, 9 décembre 1978.
 215. Nonobstant de considérables subventions gouvernementales, l'industrie prétend toujours ne pas avoir les moyens de nettoyer. Voir les commentaires de Duncan, *supra*, n. 196.
 216. En août 1983, un déversement massif en provenance du moulin détruisait environ 100 000 poissons dans la rivière. On ne sait pas clairement, toutefois, si ce déversement résultait d'une infraction à l'injonction de dépolluer.
 217. *Re Abitibi Paper Co. Ltd.*, (1979) 24 O.R. (2d) 742.
 218. *Crown Timber Act*, 1849. Le rôle de cette loi est décrit par Nelles, *The Politics of Development*, 1974, p. 13.
 219. Ces coûts de transport eurent au moins un avantage : les nouvelles routes facilitaient l'établissement de la population dans la région.
 220. Les dernières grandes réserves de bois vierge de la province sont situées dans le nord-est de l'Ontario et les coûts de transport élevés en rendent l'exploitation non économique.
 221. Voir Environnement Canada, *Policy Statement: A Framework for Forest Renewal*, 1982; Ontario Ministry of Natural Resources, *Forest Management Agreements*, 1979.
 222. Voir, par exemple, *Ontario Pulp and Paper Industry: Status and Outlook*, 1978, documentation personnelle de l'auteur.
 223. En ce sens que les niveaux de DOB et de toxicité de certaines rivières sont incompatibles avec les pourvoies et la pêche sportive.
 224. Voir, par exemple, *Submission of the Cochrane Outfitters Association to the Royal Commission on the Northern Environment*, 1982.
 225. C'était précisément à ce problème qu'Española était confrontée lors de la fermeture du moulin en 1930. Les fermetures de moulins dans les communautés nordiques sont devenues des événements annuels ou semi-annuels.
 226. La question de décrire la pollution environnementale en termes de crise est matière à discussion. Nous croyons néanmoins que cela donne une juste description du problème.
 227. Commoner, *The Closing Circle*, 1971, p. 127 et 144.

228. Forrester, « World Dynamics », (1972) 25 *Bulletin of the American Academy of Arts and Sciences*, reproduit dans Stewart et Krier, *Environmental Law and Policy*, 1978, p. 49.
229. *Idem*, p. 56.
230. Kayson, « The Computer that Printed Out WOLF », (1972) 50 *Foreign Affairs* 660, p. 666.
231. Environnement Canada, « Sustainable Development », une soumission à la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, 1984, p. 13.
232. *Ibid.*
233. Voir Emond, *supra*, n. 79.
234. Cette valeur est particulièrement appropriée pour un État fédéral tel que le Canada.
235. Ce sont les termes mêmes utilisés par Environnement Canada. Voir, *supra*, n. 231.
236. Une telle éthique accepte le « principe des frais aux pollueurs », un principe qui a reçu un fort appui de l'Organisation de coopération et le développement économiques (OCDE) et du Programme des Nations Unies pour l'environnement (UNEP).
237. Les répercussions des dépenses et des programmes gouvernementaux étant si considérables, le gouvernement porte une responsabilité supplémentaire du fait de sa capacité à influencer les préférences. Pour une discussion approfondie de cette question, voir Steward, *supra*, n. 31, p. 1704 et 1705.
238. Par nature, nous n'entendons pas les régions éloignées du nord, mais plutôt la nature que nous partageons de façon quotidienne—les parcs locaux, les bois, les champs et les rivières.
239. Swaigen et Woods, « A Right to a Clean Environment » dans *Environmental Rights in Canada*, 1981.
240. Bien que cet exemple provienne du domaine de l'utilisation des ressources, la même analyse s'applique à la lutte contre la pollution.
241. La restriction est, bien sûr, financière, mais elle est également politique en ce sens que le processus politique n'est pas bien conçu pour connaître et apprécier les effets cumulatifs et à long terme de l'industrie sur l'environnement. Sans connaissance ou appréciation du problème, il y aura peu d'incitations à tenter de la résoudre.
242. Certains types de subventions sont décrits par Allin, *supra*, n. 121.
243. L'avantage est symbolique mais non réel, car la polarisation pollueur/pollution de la question est erronée. Nous sommes à la fois les producteurs et les victimes de la pollution — ce qui s'apparente grandement à « la guerre de tous contre tous ». Tenter de décrire la source de pollution comme la cause du problème fait abstraction d'au moins deux caractéristiques importantes de la question. D'abord, elle tient pour acquis que les victimes de la pollution ne tirent aucun avantage de la pollution, c'est-à-dire de prix inférieurs pour des biens produits par les consommateurs, et que ceux qui sont responsables de la pollution ne subissent aucun des inconvénients de la pollution, c'est-à-dire que « leur » environnement est tout autant dégradé.
244. Ainsi, la société pourrait réagir aux effets de répartition du revenu créés par l'efficacité en finançant une portion des coûts de réduction par des impôts progressifs, ou en optant pour des mécanismes de répartition du revenu plus radicaux, comme l'impôt négatif sur le revenu.
245. Les mécanismes provinciaux sont bien décrits dans l'affaire K.V.P.
246. Dales, « Land, Water and Ownership » dans Irving et Priddle (édit.), *Crisis*, 1971, reproduit dans Emond, *Cases and Materials on Resources Development Law*, 1984, p. 574.
247. Cela décrit non seulement l'*Environmental Protection Act* de l'Ontario, mais pratiquement toutes les autres législations provinciales de réglementation de la protection de l'environnement.
248. Ces deux mécanismes présentent l'inconvénient d'exiger une certaine quantité de tâtonnements avant que la subvention ou l'amende soient fixées à un niveau qui reflète le choix de politique qui a été fait en regard de la pollution et de la qualité de l'environnement.

249. Dales, *supra*, n. 246, p. 574.
250. Cela suppose, bien entendu, que les niveaux de pollution existants sont trop élevés.
251. Voir la discussion *supra*, à partir de la n. 243.
252. Plusieurs juridictions canadiennes, dont Winnipeg, London, Kitchener et Toronto, exigent des frais de déversement des eaux usées. Les études des effets des systèmes de frais supplémentaires pour les eaux usées ont presque toutes confirmées les prédictions des économistes; lorsque des frais supplémentaires sont imposés, la quantité est réduite et la qualité de la concentration des déchets s'améliore. Voir Dewees, « Economic Policies for Pollution Control », 1980. *La Loi sur les ressources en eau du Canada*, 1970 S.R.C. (1er suppl.), c. 5, art. 8, 11(1) et art. 13(1) autorise, dans des situations particulières, l'imposition de frais d'effluents bien qu'aucuns frais n'aient été imposés.
253. Voir le sondage de Estrin sur la prestation des tribunaux en vertu de l'EPA de l'Ontario, dans Estrin, *supra*, n. 123, p. 436.
254. Janisch, « Policy Making in Regulation: Toward a New Definition of the Status of Independent Regulatory Agencies in Canada », (1979) 17 *Osgoode Hall Law Journal* 98; Emond, « Accountability and the Environmental Decision Making Process » dans Swaigen (édit.), *Environmental Rights in Canada*, 1981, p. 406.
255. Dans *R. c. City of Sault Ste. Marie*, (1978) 85 D.L.R. (3d) 161, la Cour suprême du Canada établissait la « nouvelle » défense de diligence raisonnable.
256. Sax, *Defending the Environment*, 1971.
257. Sur cette question, voir le projet de loi privé 23, *An Act to Establish an Environmental Magna Carta for Saskatchewan*, 1982 le projet de loi privé 96, *An Act Respecting Environmental Rights in Ontario*, 1982; le projet de loi privé 91, *An Act to Establish an Environmental Magna Carta for Ontario*, 1980; le projet de loi privé 185, *An Act Respecting Environmental Rights in Ontario*, 1979; le projet de loi privé 222, *The Environmental Bill of Rights (Alberta)*, 1979.
258. Voir, par exemple, The Private Members' Motion and Comments de M. Charles Caccia, *Debates*, (Journal des débats), 9 juillet 1984.
259. Projet de loi 23, *An Act to Establish and Environmental Magna Carta for Saskatchewan*, *supra*, n. 257.
260. *La Loi sur la protection de l'environnement* (Québec), 1980 S.R.Q., c. Q-2, art. 19.1
261. Projet de loi 185, *An Act Respecting Environmental Rights in Ontario*, *supra*, n. 257.
262. *Ibid.*
263. Tel que cité par Rankin dans « Access to Information » dans Swaigen (édit.), *Environmental Rights in Canada*, 1981, p. 245.
264. Projet de loi 185, *An Act Respecting Environmental Rights in Ontario*, *supra*, n. 257.
265. Chester, *supra*, n. 45.
266. Projet de loi 96, *An Act Respecting Environmental Rights in Ontario*, *supra*, n. 257.
267. Projet de loi 185, *An Act Respecting Environmental Rights in Ontario*, *supra*, n. 257.
268. Voir, par exemple, *Spur Industries, Inc. c. Del E. Webb Development Co.*, 494 P.2d 700, où la cour a accordé au plaignant l'injonction qu'il demandait, mais a ordonné au plaignant de défrayer les coûts de relogement du défendeur.
269. Stein, « The Use of Mediation to Settle Canada-United States Disputes » dans *American Bar Association Environmental Newsletter*, 1982, reproduit dans Emond, *Cases and Materials on Resources Development Law*, 1983, p. 808.
270. *Ibid.*
271. Voir l'excellente analyse que Swaigen fait de ce concept dans Swaigen, *Compensation of Pollution Victims in Canada*, 1981.
272. Voir les décisions rendues par la Cour suprême du Canada dans *Interprovincial Co-operatives Ltd. et al. c. The Queen in Right of Manitoba*, (1975) 53 D.L.R. (3d) 321; *Dan Fowler c. The Queen*, (1980) 2 R.C.S. 213.



Le pouvoir des sociétés et la politique d'État

STANLEY M. BECK

Introduction

La présente étude porte sur la puissance des entreprises et l'influence de ces dernières sur les politiques de l'État au Canada. Vu l'ampleur du sujet, il aurait été préférable d'en faire l'objet d'un livre, reposant idéalement sur un certain nombre d'études de recherche et sur un examen approfondi des documents pertinents. Malheureusement, ni le délai prévu ni la longueur demandée ne permettaient de réaliser un tel projet. En outre, il n'existe presque aucune étude sur la structure et la direction d'industries canadiennes particulières ainsi que sur leur incidence sur les politiques de l'État¹. En ce qui concerne les documents plus généraux relatifs à la puissance et à la structure des entreprises au Canada, la situation s'améliore quelque peu et le présent travail s'appuie sur quelques ouvrages importants (Porter, Clement, Niosi, Naylor, Litvak et Maule)². Il a donc été nécessaire de généraliser en tentant de réunir un certain nombre de fils disparates, car écrire sur la puissance des entreprises et les politiques de l'État dans une économie essentiellement basée sur la libre entreprise c'est écrire sur la trame socio-politique de la société elle-même.

Même si le présent document s'attache au caractère central de la puissance des entreprises au Canada, le thème secondaire pourrait être l'incapacité de l'État à reconnaître pleinement la nature de cette puissance et de s'y adapter comme le ferait une société ouverte et pluraliste. Cette attitude a trop souvent provoqué l'anéantissement ou l'échec des politiques publiques. Même si la majeure partie de cette étude décrit la réalité de la puissance des entreprises, la conclusion propose quelques changements d'ordre structurel que l'on pourrait apporter au mode de gestion des entreprises et pose un certain nombre de questions en vue de

recherches plus poussées. Elle suggère également des moyens d'améliorer la compréhension et la collaboration entre l'État et les entreprises dans le domaine de la politique économique.

Le danger des propositions de ce genre est le corporatisme, c'est-à-dire, l'établissement en coopération de politiques qui épousent et les intérêts de l'entreprise à l'égard des profits et de la croissance et les intérêts de l'État à l'égard d'une économie vigoureuse, tout en accordant une attention moindre aux intérêts de l'ensemble des autres groupes. Bien que le corporatisme présente un réel danger, cela ne s'ensuit pas nécessairement si l'État est pleinement conscient de la nature de la puissance des entreprises et de la nécessité de communiquer ses plans et les politiques qu'il préfère à l'ensemble des citoyens. L'État doit aussi veiller à ce que les principaux groupes d'intérêts se fassent entendre lors de la formulation de ces plans. De la même façon, les dirigeants d'entreprise éclairés doivent être conscients des dimensions sociales de la direction des sociétés, de la légitimité des revendications d'autres groupes d'intérêts et des demandes auxquelles le gouvernement doit répondre, et y réagir. Ces dirigeants doivent aussi reconnaître que l'État n'est pas un organe de réglementation antagonique ou importun, mais un partenaire nécessaire pour la réactivation de l'économie. La question n'est pas de choisir entre la participation de l'État et un marché libre, mais entre un antagonisme improductif et des mécanismes de coopération qui favorisent les intérêts de tous.

La puissance des entreprises au Canada

La puissance et l'influence des sociétés dites ouvertes soulèvent des controverses depuis la Confédération. Il est bien connu que les grandes sociétés, comme Bell Canada, MacMillan Bloedel, le Canadien pacifique, Power Corporation et Imperial Oil, pour n'en nommer que quelques-unes, exercent des pouvoirs qui s'étendent bien au-delà de leur fonction évidente d'efficaces producteurs de biens et fournisseurs de services. Malgré l'adoption de multiples règlements et le prétendu jeu de forces compensatrices et pluralistes, les grandes entreprises commandent, dirigent et influencent par leurs pouvoirs de vastes segments de la société. En effet, la division internationale du travail, les révolutions dans le monde de la technique et des communications et l'internationalisation du capital, que facilitent les virements électroniques de fonds, ont procuré aux sociétés une liberté et un pouvoir d'action qui, aujourd'hui, sont plus grands que jamais.

Lindblom a décrit de façon convaincante cette situation³. Dans un système d'entreprise privée, ce sont les hommes d'affaires qui décident en grande partie de questions critiques comme la distribution des revenus, les biens produits, la répartition des ressources dans des secteurs de production, l'affectation des travailleurs à différents emplois et

lieux de travail, l'emplacement des usines, les niveaux d'investissement, les techniques de production, la qualité des biens et des services et la création de nouveaux produits. Cependant, toutes ces questions ont aussi une grande importance sur le plan économique et social. Il s'agit réellement de décisions qui tiennent du domaine des politiques publiques et, dans la mesure où ce sont les dirigeants du milieu des affaires qui les prennent ou les façonnent, ces derniers remplissent une fonction liée à ce domaine. En outre, ces décisions comportent un degré élevé de discrétion, et même si le marché peut exercer une emprise considérable, il n'en dicte d'aucune façon le résultat.

Nombre de dirigeants d'entreprise rejetteraient probablement cette description, la considérant comme simpliste et irréaliste. Ils souligneraient la croissance énorme des règlements qui refrèment et entravent de toutes parts le milieu des affaires. Ils indiqueraient plus particulièrement que les politiques fiscales, les politiques économiques régionales et les dépenses directes de l'État sont des déterminants essentiels de la planification des affaires. Ils parleraient aussi de l'importance critique de la politique monétaire, de la politique tarifaire et commerciale et de la politique du travail pour ce qui est d'influencer leurs décisions. Enfin, ils feraient état de la nouvelle vague de conscience et d'activisme des citoyens qui entraîne l'adoption d'autres règlements contraignants relatifs à l'environnement, au lieu de travail, à la sûreté des produits, à la protection des consommateurs et à la planification urbaine. Bref, ils affirmeraient que jamais auparavant le milieu des affaires n'a fonctionné dans un milieu aussi ouvert, où les préoccupations et les demandes du public se traduisent par des lois et des règlements qui influencent et limitent les décisions des entreprises.

Il ne fait aucun doute que la réglementation gouvernementale connaît une croissance marquée depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. Il ne fait aucun doute également que ce mouvement a pris de l'ampleur ces dernières années, quand le public est devenu conscient des « aspects extrinsèques » de la production des sociétés. Un autre facteur important est l'émergence des gouvernements — fédéral, provinciaux et municipaux — en tant que participants à la vie économique. Les gouvernements emploient directement des travailleurs, possèdent des sociétés de la Couronne et achètent directement des biens et des services. Bref, l'État lui-même est une force directe au sein de l'économie. Cependant, on ne se rend généralement pas compte des motifs pour lesquels l'État joue un rôle direct. Lorsque ce dernier se lance dans les affaires, c'est habituellement dans un secteur où l'entreprise privée ne s'aventurera pas, ou qu'elle a abandonné, à cause des risques élevés ou de l'incertitude économique. Le secteur des pêches et l'industrie du charbon et de l'acier sur la côte est, l'industrie aérospatiale et les mégaprojets liés à l'énergie en sont de récents exemples canadiens. Par ailleurs, l'entreprise subventionnée, protégée et dont les risques sont partagés constitue

une solution de rechange fréquemment utilisée à l'entreprise publique, mais cette forme d'investissement gouvernemental ne suscite pas autant de plaintes de la part des entreprises. Le programme de subvention indirect et presque total, par l'entremise de la politique fiscale, des travaux très risqués et coûteux d'exploration pétrolière dans les terres frontalières et au large des côtes est un exemple canadien classique. La récente politique fiscale concernant les investissements dans les industries des techniques de pointe en est un autre. Dans une récente étude sur l'intervention de l'État dans l'économie canadienne, Bird et Green⁴ montrent que les dépenses fiscales, c'est-à-dire les recettes auxquelles on renonce à cause de dispositions spéciales, principalement destinées aux sociétés, ont été l'un des secteurs d'intervention où la croissance a été la plus rapide. En proportion des impôts prélevés sur les sociétés, les dépenses fiscales accordées à ces dernières sont passées de 37 p. 100 en 1964 à un pourcentage estimatif de 85 p. 100 en 1980, et ce, sans compter le coût extrêmement élevé (évalué à un montant bien supérieur à 1 milliard de dollars) du crédit d'impôt au titre de la recherche scientifique qui a connu un succès marqué en 1984. De la même façon, il est possible d'appliquer des règlements directs pour obtenir un résultat économique souhaité en recourant à d'autres moyens que l'entreprise publique.

Même si la quantité de règlements et la participation directe et indirecte de l'État à l'économie se sont accrues, et le milieu des affaires a maintenant réellement l'impression qu'il est exagérément réglementé et qu'il a perdu une part de sa liberté d'action, ceux qui concluent que l'État exerce une emprise véritable sur le secteur des entreprises comprennent mal la nature de notre économie axée sur l'entreprise privée. Si on laisse essentiellement à cette dernière le soin de prendre les décisions essentielles intéressant les politiques publiques dont il a été question au début de cette présente étude, il faut donc que la politique gouvernementale veille au succès de l'entreprise privée⁵. Si cette politique s'avère infructueuse, cela risque d'avoir des effets préjudiciables sur l'économie et, par conséquent, sur l'ensemble des citoyens dont le gouvernement a pour fonction première de favoriser le bien-être. Si les décisions des entreprises influent sur les emplois, les investissements, les prix, les salaires, la stabilité de la communauté (par exemple, à Sydney, Schefferville, Sudbury, St. Catharines, Thompson, Calgary, Port Alberni et Powell River), les taux d'intérêt et les balances commerciales, il s'agit en fait de décisions gouvernementales. Le gouvernement doit donc, dans une grande mesure, accepter les besoins et les demandes des entreprises, car cela ne constitue rien de plus qu'agir en bon gouvernement. Bien sûr, dans la mesure où les grandes décisions liées aux politiques publiques sont prises par des intervenants non représentants et, par conséquent, non responsables, elles ne sont pas visées par le processus de contrôle démocratique.

Reconnaître la place centrale des décisions des entreprises dans l'économie c'est reconnaître la place prépondérante qu'occupent les dirigeants d'entreprise au sein du gouvernement, place que sont loin de tenir les autres groupes d'intérêts. C'est plus que le simple pouvoir qui fait que les sous-ministres et des ministres du Cabinet reçoivent les dirigeants des entreprises, qui fait que l'on porte attention aux déclarations du Conseil d'entreprises pour les questions d'intérêt national, du Conference Board du Canada et de l'Association des manufacturiers canadiens. C'est parce que les membres du gouvernement sont conscients qu'ils doivent répondre aux besoins du milieu des affaires s'ils veulent que le gouvernement mène à bien sa tâche. Il suffit simplement d'examiner la liste des principaux enjeux de l'élection fédérale du 4 septembre 1984 pour comprendre l'influence du milieu des affaires sur le programme électoral. Ces enjeux comprenaient le chômage, l'accroissement des exportations, la politique énergétique nationale et les investissements dans le domaine des techniques de pointe. Un thème souvent répété et exprimé de façon explicite était le besoin qu'avait le gouvernement de gagner la confiance du milieu des affaires, de contenter ce dernier pour pouvoir régler avec succès les difficultés. L'aliénation du milieu des affaires aurait créé un risque de malaise et de stagnation économiques à l'échelle nationale. Comme l'a signalé Lindblom, « dans les systèmes axés sur les marchés, les affaires publiques sont entre les mains de deux groupes de dirigeants, le gouvernement et le milieu des affaires, qui doivent collaborer [. . .] Dans ces systèmes, la collaboration et le respect entre ces deux groupes sont les éléments essentiels de la politiques⁶ ». Un ancien administrateur de la société Dupont a décrit ce rapport en termes quelque peu différents : « La force de la position du milieu des affaires et la faiblesse de la position du gouvernement font que ce dernier a autant besoin que le milieu des affaires d'une économie vigoureuse, et la population en a besoin et l'exige encore plus⁷. »

Les préoccupations du public à l'égard d'une économie forte et relativement stable constituent un appui important pour le milieu des affaires dans ses rapports avec le gouvernement. En fait, il est demandé que la politique gouvernementale contribue aux exigences du milieu des affaires ainsi qu'à ses préférences sur le plan des politiques. Le mécontentement de ce dernier à l'égard de la politique gouvernementale est communiqué au public au moyen de rapports et de rumeurs de décisions de non-investissement ou de menaces et d'avertissements au sujet des répercussions de ces décisions, ce qui provoque en retour des pressions sur le gouvernement pour que celui-ci crée des politiques ou modifie les politiques existantes en vue d'affermir l'économie, c'est-à-dire, de répondre aux besoins du milieu des affaires. Les médias d'information canadiens, qui font partie intégrante de la culture dominante des entreprises, sont à ce point contrés que le gouvernement a de la difficulté à

faire connaître son point de vue. Par contre, les préoccupations du milieu des affaires alimentent tous les jours les nouvelles, et trouvent souvent un appui dans les éditoriaux.

Au Canada, quelques exemples récents illustrent ce fait. Le milieu des affaires s'est opposé au Programme énergétique national (PEN), à *Loi sur l'examen de l'investissement étranger* (FIRA), à la création de la société Pétro-Canada et à l'achat par cette dernière de Pétro-Fina et de BP Canada, ainsi qu'à l'acquisition par le gouvernement ontarien d'intérêts dans la Sun Oil Co. of Canada (Suncor). Les médias d'information ont critiqué ces quatre mesures, reflétant l'hostilité persistante du milieu des affaires. Le PEN, la FIRA et Pétro-Canada étaient, à des degrés divers, des enjeux lors des élections fédérales de 1984, et tant le Parti libéral que le Parti conservateur avaient promis des rajustements, qui ont aujourd'hui été apportés. Il est fort possible que des changements soient justifiés pour rendre plus efficace la mise en oeuvre des politiques, et certaines des critiques formulées par les entreprises sont peut-être analytiquement fondées. Mais il ne fait aucun doute qu'un grand nombre des changements qui ont été et qui seront apportés résultent de l'opposition inflexible du milieu des affaires, telle que reflétée par les médias d'information. Le milieu des affaires peut citer ces quatre exemples comme preuve de son impuissance face à un gouvernement déterminé à suivre une voie et une politique particulières. Une telle affirmation est à la fois naïve et intéressée, en ce qu'elle néglige de reconnaître la dynamique de l'interaction entre l'État et le milieu des affaires quand on perçoit que les intérêts de ce dernier sont en cause. Ce n'est pas que l'État ne peut gouverner et définir la politique économique nationale. Il le peut, et il existe manifestement au sein du processus d'élaboration des politiques une place critique de chef de file pour le gouvernement. Mais si l'on veut appliquer de façon efficace la politique économique, il est essentiel de pouvoir compter sur la collaboration et l'appui du milieu des affaires. En ce sens, le milieu des affaires est dans notre société un groupement d'intérêts unique en son genre; le gouvernement se doit de l'entendre et d'être attentif à ses préoccupations, sinon il court le risque de voir ses politiques contrecarrées et vouées à l'échec.

Rares sont les Canadiens qui ont une vague notion des complexités du PEN ou de la FIRA, ou de leurs effets sur l'économie. Cependant, la population perçoit de façon générale, et cela se reflète dans les résultats de sondages diffusés dans la presse depuis plusieurs années, que les deux ont découragé les investissements et contribué au chômage. Le taux d'approbation extrêmement élevé de la FIRA, le niveau élevé et permanent d'investissements étrangers, et l'opinion d'une personnalité du monde des affaires aussi éminente que William Mulholland, président de la Banque de Montréal, qui a déclaré : « Aucun pays industriel qui se respecte n'aurait pas de politique analogue à la FIRA » sont ignorés ou incompris. Le PEN, juge-t-on, a ralenti radicalement les activités de

forage et a contribué à l'annulation de mégaprojets énergétiques qui auraient stimulé l'économie. Après l'introduction du PEN, la presse a régulièrement rendu compte du déplacement vers les États-Unis des installations de forage de l'Ouest du Canada, prédisant de funestes conséquences pour l'économie de l'Ouest. En fait, si l'on avait lu des journaux étrangers comme le *New York Times*, le *Wall Street Journal* et *The Economist* à la même époque environ, on se serait rendu compte que la chute des prix mondiaux de pétrole et les surplus d'or noir annonçaient aussi la fin de tous les mégaprojets énergétiques prévus aux États-Unis, en Europe de l'Ouest et au Proche-Orient. De la même façon, la diminution des activités de forage dans l'Ouest canadien s'accompagnait presque exactement d'une diminution analogue aux États-Unis, et ce, pour les mêmes motifs. Cependant, on persiste à croire dans l'Ouest du Canada, et cette idée est soutenue par la presse, que c'est la politique énergétique du gouvernement fédéral qui est principalement responsable du déclin de l'industrie pétrolière et de la récession dans cette région du pays. Nous ne nions pas que le PEN et la FIRA ont pu décourager dans une certaine mesure les investissements; cela est fort possible. Mais les réactions de l'industrie et des médias d'information ont empêché de tenir un débat informé sur la réalité économique et les compromis possibles entre la perte d'investissements, les préférences sur le plan de la politique nationale et les gains perçus.

En ce qui concerne les investissements étrangers, la réalité économique apparaît dans les chiffres de Statistique Canada sur les investissements directs nets des États-Unis au Canada. Le premier ministre Mulroney a cité ces chiffres au cours de la campagne électorale de 1984 pour montrer la fuite des capitaux américains du Canada en 1976, l'année qui a suivi l'établissement de la FIRA, et en 1981-1983, après l'imposition du PEN. Les chiffres semblent bien indiquer ce fait, mais, après examen, on découvre que les chiffres nets sont trompeurs, car ils se composent de deux éléments bien distincts : les investissements directs des États-Unis (entrées brutes) et le rachat par le Canada de filiales et de succursales américaines (sorties brutes). Lorsque l'on sépare les éléments, ceux-ci révèlent non pas un arrêt des investissements américains, mais une expansion continue des investissements directs jusqu'à la fin de 1981. Les entrées brutes ont oscillé entre 1 milliard de dollars et 1,4 milliard de dollars au cours des années 1970 pour ensuite exploser en 1980 et 1981 et atteindre un sommet de 3,2 milliards de dollars en 1981, soit la première année complète du PEN. Ce n'est que l'année suivante, en même temps que la récession frappait le monde entier et que le prix mondial du pétrole et d'autres produits accusaient une baisse marquée, que les investissements américains ont commencé à fléchir. Le mouvement s'est arrêté à 2 milliards de dollars en 1983 et s'est stabilisé à ce niveau en 1984, toujours bien au-dessus de la moyenne des années 1970⁸.

On trouve au Canada très peu d'études sur les rapports qui existent entre un projet de politique gouvernementale, la réaction du milieu des affaires, la façon dont les médias d'information traitent le projet et les effets qui en découlent pour cette politique. Deux études de ce genre décrivent la tentative qui a été faite dans les années 1970 pour introduire une nouvelle politique de concurrence⁹. Deux autres, moins approfondies que les études sur la concurrence, sont liées aux conséquences du rapport de la Commission royale sur la fiscalité (Commission Carter)¹⁰. Avant de passer à l'examen de ces études, il est nécessaire de comprendre quelque peu l'industrie des journaux au Canada. Après un bref exposé sur les médias d'information, nous examinerons la politique de concurrence et la réforme fiscale dans le cadre de la thèse énoncée précédemment.

L'industrie des journaux au Canada

La présente étude ne traite pas de l'industrie des journaux en tant que telle, mais seulement des aspects de ce secteur qui nous renseignent sur la puissance des entreprises et les politiques de l'État. Heureusement, cette industrie a récemment fait l'objet d'une enquête d'une commission royale, qui fournit les données essentielles¹¹. Tout d'abord, il est important de noter que le marché des journaux est soit monopolistique soit oligopolistique. C'est-à-dire que dans la plupart des communautés canadiennes il n'existe qu'un seul journal, et que dans quelques grandes métropoles on en trouve deux ou même trois. Sur les 117 quotidiens, 88 (75 p. 100) appartiennent à des chaînes, 28 sont la propriété d'indépendants et un (le *Toronto Star*) est indépendant, mais fait partie d'un conglomérat. Le tirage est une autre façon d'examiner la propriété des chaînes. Le tirage hebdomadaire moyen est de 32 445 000 journaux. Les chaînes publient quelque 28 555 000 exemplaires, ou 88 p. 100 de la production. Deux d'entre elles, Thompson et Southam, contrôlent 54 quotidiens et plus de la moitié (58,8 p. 100) de l'ensemble du tirage de langue anglaise¹². L'une d'entre elles, Power Corporation, possède 25 p. 100 des journaux de langue française au Québec. Irving détient 90,6 p. 100 des quotidiens au Nouveau-Brunswick.

Quelles sont ces chaînes? Il s'agit de Thomson Newspapers Limited, Southam Inc., Sterling Newspapers, Gesca Ltée, Irving, Toronto Sun Corp., Quebecor Inc. et Armadale Co. Ltd. La société Thomson fait partie d'un conglomérat multinational bien plus vaste qui exploite un grand nombre d'entreprises. La société Sterling fait partie du groupe Argus Corporation que dirige Conrad Black. La société Southam est un conglomérat qui s'occupe exclusivement de communications. La Gesca Ltée fait partie du groupe de Power Corporation que dirige Paul Desmarais. La famille Irving possède des intérêts importants dans le domaine des pâtes et papier, du transport, des mines et du pétrole, outre les journaux qui ne constituent qu'une petite partie du conglomérat. Le

groupe Toronto Sun fait maintenant partie du groupe McLean-Hunter qui s'occupe de communications et d'information. Armadale appartient à la famille Sifton et fait partie de ses intérêts importants dans divers domaines : immobilier, postes de radio et opérations aéroportuaires. Le *Toronto Star* ne fait pas partie d'une chaîne mais est dirigé par la Torstar, conglomérat axé sur les médias dont les revenus tirés du *Star* représentent bien moins que la moitié (37 p. 100) de ses revenus bruts.

La description qui précède révèle que l'industrie des journaux est hautement concentrée et appartient en grande partie à des groupes d'entreprises dont les autres intérêts sont nettement supérieurs à ceux qu'ils détiennent dans cette industrie. Bref, l'industrie des journaux fait partie du milieu des affaires canadien, et est régie par celui-ci. De ce fait, il est inévitable qu'elle reflète les intérêts et les valeurs de ce milieu. On s'attendrait donc que la perspective présentée au public au sujet des questions concernant le gouvernement et le milieu des affaires, par exemple, le PEN et la FIRA, représente essentiellement celle du milieu des affaires¹³. La place des hommes d'affaire en tant que décideurs ou façonneurs de politiques publiques, ainsi qu'il a été décrit précédemment, est donc incommensurablement affermie, ce qui affaiblit d'autant plus le débat pleinement informé qui, considère-t-on, est essentiel au fonctionnement efficace d'une démocratie libérale. La réaction au rapport de la Commission royale sur les quotidiens, ainsi que le sort réservé à ses recommandations, illustrent en soi cette situation. L'industrie des journaux n'était pas encline à appuyer des recommandations qui auraient démembré les grandes chaînes.

Il faut souligner que l'argument que nous faisons ressortir ici concerne les effets de la propriété et de la concentration. Cette propriété suffit pour garantir une perspective globale, qui favorise les intérêts du groupe d'entreprises dont les journaux font partie intégrante. Il ne s'agit pas d'un cas de censure manifeste exercée par les propriétaires de journaux, ou de journalistes auxquels on dit quels faits rapporter ou non, ou comment les rapporter. Il est vraisemblable que cela se produit rarement, sinon jamais, même si les vues du propriétaire prédominent lorsqu'il est question de définir les opinions à exprimer dans les éditoriaux¹⁴. Il s'agit davantage d'une question de structure et de tout ce que cela signifie en termes d'accès, d'attitude et de paramètres acceptés¹⁵.

La politique canadienne de concurrence

Stanbury et Brecher ont étudié les efforts déployés de façon permanente mais sans succès par le gouvernement fédéral pour réviser la politique de concurrence dépassée et inefficace du Canada¹⁶. Stanbury, qui a analysé les sérieux efforts de révision entrepris au cours de la période de 1971 à 1975, a noté que le milieu des affaires a pu obtenir non seulement une vaste « couverture » de ses opinions dans les médias d'information mais

aussi l'appui de nombreux éditorialistes et chroniqueurs. Il a également fait remarquer qu'étant donné la concentration des organes d'information au Canada, il était fort peu vraisemblable que ceux-ci jettent la première pierre. L'appui presque unanime des médias a soutenu le milieu des affaires dans ses demandes auprès du gouvernement et dans ses réunions avec des ministres du Cabinet et des hauts fonctionnaires. Selon Stanbury :

Il faut qu'un fonctionnaire ou qu'un ministre soit fort [. . .] pour résister longtemps aux assauts combinés de mémoires intelligemment rédigés, de véhémentes discussions en tête-à-tête et d'éditoriaux et de commentaires hostiles dans les journaux. Les conseillers en politiques et les membres du Cabinet qui appuyaient une politique de concurrence énergique ne disposaient pas d'une vaste « clientèle » exprimant haut ses idées, qui aurait constitué une source indépendante d'informations et d'appui idéologique.

En tant que groupement d'intérêts, le milieu des affaires a semblé obtenir avec beaucoup de succès que la principale source d'information des créateurs de politiques sur la réalité extérieure (les journaux) reflète étroitement sa position [. . .]¹⁷.

Il vaut la peine de noter qu'au début, les éditorialistes n'étaient pas hostiles au projet de loi C-256, qui avait été introduit le 29 juin 1971. Cette loi reçut l'appui du *Financial Times* et obtint une réaction positive du *Victoria Times*, du *Montreal Star*, du *Peterborough Examiner* et du *Droit*. Par contraste, la réaction du milieu des affaires fut presque d'emblée négative. Très vite, les journaux changèrent presque à l'unanimité leurs fusils d'épaule pour refléter des vues analogues à celles qu'exprimait le milieu des affaires. Environ deux mois après avoir louangé le projet de loi, voici ce qu'on put lire dans le *Financial Times* : « Un projet de loi gâché [. . .] un projet de loi dangereux¹⁸. » Dans les six mois qui suivirent, un nouveau ministre de la Consommation et des Corporations fut nommé et celui-ci annonça que le projet de loi C-256 serait abandonné et un nouveau projet introduit.

Brecher, pour sa part, s'est penché sur la politique canadienne de concurrence pendant la période de 1950 à 1980 et, à de nombreux égards, a critiqué autant le gouvernement et la bureaucratie supérieure que le milieu des affaires. En ce qui concerne le lien entre les résultats législatifs et les objectifs déclarés et les avantages possibles, il a indiqué que la tentative faite pour réviser la politique de concurrence est « l'une des expériences les plus tristes et les plus décevantes de la politique publique au Canada¹⁹ ». En cherchant pourquoi le processus d'élaboration des politiques avait essuyé un échec dans un secteur où « les avantages d'une concurrence réalisable sur le plan de la consommation et de la production présentent un intérêt public valable », Brecher a indiqué :

J'ai découvert, comme d'autres avant moi, que la haute finance canadienne s'opposait farouchement à ce que l'on révise le système de concurrence

parce qu'elle percevait qu'il y avait une incompatibilité profonde entre un changement au statu quo et l'intérêt qu'elle avait à ce que le gouvernement n'impose pas de restrictions sur les décisions prises au sein des marchés. J'ai aussi découvert, comme les autres, que les hommes d'affaires canadiens et leurs associés-avocats avaient recours à leurs propres théories économiques et légales pour s'attaquer avec ténacité et habileté aux efforts de révision. *Ces pressions expliquent dans une grande mesure le résultat négatif qui a été enregistré au bout du compte* (soulignement rajouté)²⁰.

En ce qui concerne le projet de loi C-256, Brecher a qualifié la réaction du milieu des affaires de « rapide, massive et extrêmement négative²¹ ». Il a reconnu que ce dernier s'inquiétait à bon droit de certains aspects du projet de loi et que son libellé comportait de sérieuses lacunes, mais que ces préoccupations « étaient loin de justifier l'abandon du projet ». Ainsi qu'il l'a noté, il aurait été possible d'en restreindre le champ d'application, de corriger les erreurs de rédaction et d'étendre les procédures d'appel²². Bref, comme cela se fait pour toute loi importante et complexe, le projet aurait pu être soumis à un comité pour examen détaillé et l'on aurait pu y apporter des amendements. « Les hommes d'affaires canadiens hostiles à ce projet, ainsi que leurs conseillers juridiques, étaient parfaitement capables de reconnaître ces vérités [. . .] cependant, ils étaient liés par une série de perceptions qui amenaient le rejet total de cette forme de révision légale²³. »

Brecher a ensuite examiné quelles forces contrebalançaient ces pressions et a noté qu'un certain nombre d'universitaires appuyaient le projet de loi et tentèrent de combler le « manque de connaissances » au sujet de la politique de concurrence. En termes de débat public, les universitaires « soutinrent, encore que faiblement, ceux qui prônaient une réforme législative ». Il a alors traité de la nature presque entièrement unilatérale du débat, après que les médias se furent rangés du côté du milieu des affaires :

En fait, à part quelques exceptions visiblement rares, comme l'Association des consommateurs du Canada, cette voix du secteur privé (celle des universitaires) ne trouvait aucun écho. Et le bruit qui la rendait à peine audible émanait non pas seulement des hommes d'affaires et de leurs avocats, mais aussi de presque tous les journaux et toute la presse spécialisée d'affaires. Cette dernière exprima son hostilité de deux grandes façons : en critiquant de façon cinglante les éditoriaux qui faisaient état des attaques menées par le milieu des affaires contre le projet de la loi C-256 ainsi que ses promoteurs; *et en présentant une combinaison de comptes rendus détaillés des critiques exprimées et de comptes rendus superficiels des arguments ou des faits favorables à la révision de la politique de concurrence* (soulignement rajouté)²⁴.

Brecher a conclu son étude en émettant l'avis que si le Canada désirait bénéficier d'un secteur privé important et efficace, « une politique de

concurrence a un rôle *majeur* à jouer » et « il est indispensable d'imposer une concurrence réalisable pour créer le marché commun que le Canada ne possède pas actuellement ». En ce qui concerne les répercussions plus étendues de son étude sur le plan de la politique publique, Brecher a indiqué que « toute cette histoire au sujet de la concurrence est un cas limpide de pressions extrêmes (de la part de groupements d'intérêts), de réactions inadéquates et de torts ainsi causés à l'intérêt public de l'efficacité économique²⁵ ». Ce qui est le plus important c'est qu'il a noté qu'il ne s'agit pas d'un cas unique : « Dans une variété de secteurs au Canada — réglementation bancaire, développement régional, commerce international — on pourrait sans aucun doute raconter des histoires semblables au sujet des fortes pressions exercées par le secteur privé, et des faibles résultats qui en découlent sur le plan des politiques [. . .].²⁶ »

La Commission royale d'enquête sur la fiscalité

En ce qui concerne la puissance des entreprises et l'appui des médias d'information, la réaction suscitée par le rapport de 1967 de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité (la Commission Carter), et les efforts déployés ultérieurement par le gouvernement pour réviser la politique fiscale du Canada, révèlent dans une grande mesure la même situation, que dans le cas de la politique de concurrence. Les propositions de la Commission Carter, si elles avaient été appliquées, auraient entraîné une restructuration totale du système fiscal, et de ce fait, à l'instar du projet de loi C-256, se sont inévitablement heurtées à une vive réaction de la part du milieu des affaires. La déclaration de Brecher au sujet de la politique de concurrence est pertinente : « La haute finance canadienne s'y opposait vigoureusement [. . .] parce qu'elle estimait qu'un changement au statu quo serait incompatible avec ses propres intérêts privés²⁷. » Ainsi que Gardner l'a indiqué dans son étude, « le secteur des entreprises lança une réforme fiscale radicale²⁷ ». L'objectif d'équité que visait le Rapport, et, par conséquent, sa recommandation en faveur d'une assiette fiscale générale, auraient fait augmenter d'environ 25 p. 100 le taux d'imposition des entreprises. Cette hausse aurait été principalement le résultat du retrait d'un certain nombre de concessions spéciales et de la suppression d'un taux inférieur pour la première tranche de 35 000 \$ de revenus tirés d'une entreprise.

Gardner a décrit ce qu'il appelle « la campagne la plus massive de pressions exercées sur l'État par les entreprises dans l'histoire politique moderne du Canada²⁸ ». Ces pressions furent faites au moyen de discours, de mémoires et de conférences, que parrainèrent des associations professionnelles et industrielles, ainsi que par l'entremise de la presse. Le thème dominant était que la mise en oeuvre des recommandations aurait pour effet de retarder et de perturber le développement économi-

que. Le rapport soutenait que la rationalisation du système fiscal faciliterait le développement à long terme. D'importantes sociétés, comme Massey-Ferguson, Shell Canada, Imperial Oil et la Steel Company of Canada, déclarèrent qu'elles déménageraient à l'étranger leurs principales opérations ou qu'elles n'entreprendraient pas de projets d'envergure au Canada si les propositions du Rapport étaient adoptées sous forme de loi²⁹. C'est le milieu des affaires qui domina presque entièrement le débat, tant dans les tribunes publiques qu'au sein de la presse et dans les mémoires présentés au gouvernement.

Devant une telle opposition, le gouvernement commença à faire marche arrière dans son budget du mois de novembre 1967. Ainsi que Gardner l'a noté, le ministre des Finances réitéra les principaux thèmes du milieu des affaires — l'effet incertain de changements aussi importants, l'incidence de ces changements sur les régions et le besoin du pays d'attirer de grandes quantités de capitaux étrangers au cours des années à venir³⁰. Dans le budget d'octobre 1968, le principe de l'assiette fiscale générale fut abandonné et, du même coup, la condition préalable de ce que le rapport considérait comme un système fiscal plus équitable. En 1969, le gouvernement publia un livre blanc dans lequel il s'éloignait encore davantage de la philosophie du rapport, mais où il indiquait aussi son intention d'imposer pleinement les gains en capital, d'éliminer le double taux de l'impôt sur les sociétés et de réduire le niveau des encouragements offerts aux industries exploitant les ressources naturelles. Ainsi, même si le gouvernement n'avait pas adopté la réforme radicale au moyen du principe de l'assiette fiscale générale recommandée dans le Rapport, il optait cependant pour une réforme progressive dans le contexte du système existant. Le milieu des affaires s'opposa à la plupart de ces projets de réforme et lança un assaut vigoureux contre les propositions du livre blanc.

Le milieu des affaires s'attachait une fois de plus à démontrer que ces réformes toucheraient la formation du capital, et que cela aurait des conséquences néfastes pour l'économie. Les grandes entreprises reçurent l'appui des petites entreprises, alarmées par l'élimination proposée du double taux d'imposition. Les entreprises exploitant les ressources naturelles exercèrent la plupart de leurs pressions par l'intermédiaire des gouvernements des provinces de l'Ouest, dont les fortes objections furent sensiblement conformes à celles de leurs clients du secteur de l'exploitation des ressources naturelles. Des audiences sur le livre blanc furent tenues devant le Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques de la Chambre des Communes. Les deux tiers des mémoires émanaient du milieu des affaires et d'associations commerciales, et le ton dominant était négatif. Duff Roblin, ancien premier ministre du Manitoba, présenta les vues du Canadien pacifique, et Ernest Manning, ancien premier ministre de l'Alberta, exposa celles de l'Association canadienne des courtiers en

valeurs immobilières. En août 1970, le ministre des Finances annonça des modifications au livre blanc, particulièrement dans le domaine de l'imposition des industries exploitant les ressources naturelles qui supprimaient les deux tiers de l'augmentation d'impôt que les propositions auraient imposée. Dans son rapport, le Comité de la Chambre des Communes demanda que l'on mette davantage l'accent sur la croissance économique et refléta de façon générale les vues qu'exprimait le milieu des affaires dans les mémoires.

Le gouvernement introduisit dans le budget de décembre 1971 un projet de loi de réforme fiscale. La croissance économique était le point principal. Il était prévu de réduire les taux d'impôt sur les sociétés et de n'imposer que la moitié des gains en capital, de conserver le double taux d'imposition pour les entreprises, de supprimer les limitations sévères concernant la déductibilité des dépenses d'exploitation et d'éliminer les impôts distincts sur les dons et les biens transmis par décès. Sur le plan de l'effet général, ce projet de loi « réformateur » comportait peu de dispositions auxquelles le milieu des affaires s'objectait. Ce dernier avait indiqué clairement qu'il était nécessaire d'adopter des politiques fiscales favorables pour garantir un niveau de bénéfices stable et intéressant, et que sans ces mesures il serait peu disposé à investir et à fournir les ressources nécessaires à la croissance économique. Tel était le message qui fut livré en privé et en public, et le gouvernement l'entendit et en tint compte, ainsi qu'il était censé le faire dans une certaine mesure.

Bucovetsky a réalisé une étude sur les propositions de réforme des impôts sur les sociétés exploitant les ressources naturelles, ainsi que sur la réaction de l'industrie minière³¹. Celui-ci a fait ressortir un grand nombre des mêmes arguments que Gardner, mais a analysé de façon plus détaillée l'appui manifesté par les médias d'information à l'égard de la position de l'industrie. Il a fait remarquer qu'il s'agit du seul domaine où les commentaires publics ont été aussi unilatéralement hostiles ou aussi bien organisés. Le *Globe and Mail*, le seul journal national au Canada, et manifestement le plus influent, « publia une série de nouveaux articles, comptes rendus de discours et commentaires signés » dont le message était que l'on perdait des centaines de millions de dollars en investissements si les recommandations étaient adoptées sous forme de loi. Dans une manchette de trois pouces publiée en première page au mois d'avril 1967, le journal annonça que la société Noranda avait mis au rancart un projet de 90 millions de dollars et en imputa la responsabilité au rapport. Le message que livrait les médias d'information était celui d'une grève croissante du capital³². À la mi-mai, le ministre des Finances rassura publiquement l'industrie, notamment au sujet de la date possible d'entrée en vigueur des changements proposés. Le jour suivant, la société Noranda annonça qu'elle donnerait suite à son projet. Lorsque le Comité de la Chambre des Communes entendit les témoignages sur les propositions du livre blanc, qui comportait une révision en profondeur de l'impôt minier existant, 20 p. 100 des groupements qui se présen-

tèrent devant lui recommandèrent l'abandon de la réforme de l'impôt minier. Le rapport du Comité était, dans l'ensemble, favorable à l'industrie, et la législation fiscale adoptée en 1971 et en 1972 était généralement accommodante. Les représentants du secteur minier avaient obtenu un succès considérable « en affaiblissant et, en fait, en renversant l'orientation de la réforme fiscale au Canada³³ ».

L'histoire de la réforme fiscale, malgré une étude de base massive et des débats publics bien plus étendus, est essentiellement la même que celle de la réforme de la politique de concurrence. Ce débat fut dominé par des sociétés ouvertes qui voyaient leurs intérêts essentiels menacés. Les médias d'information, faisant partie du groupe dominant de sociétés, se prononcèrent en faveur de la cause des sociétés et contre les changements législatifs. Ce qui est le plus important c'est qu'en faisant écho aux préoccupations et aux menaces des sociétés, ils éveillèrent l'inquiétude du public à l'égard des pertes d'investissements et des pertes d'emplois que cela entraînerait. Devant tant d'opposition, et dans un contexte où l'on n'entendait et ne rapportait que faiblement, sinon pas du tout, les vues des groupes d'intérêts concurrents, le gouvernement fit marche arrière. Nous ne prétendons pas ici que les changements de la Commission Carter ou le projet de loi C-256 auraient dû être adoptés. Les projets de réforme fiscale de la Commission étaient, globalement, trop radicaux pour être mis en oeuvre par quelque pays industrialisé que ce soit, et leur adoption aurait pu présenter un risque économique que le milieu des affaires avait raison de mettre en doute. Cependant, il est remarquable qu'il y ait eu si peu de réformes fiscales significatives ou même de débats permanents sur la politique fiscale au cours des dix-sept années qui se sont écoulées depuis la parution du rapport de la Commission Carter. La tentative inepte de réforme fiscale faite en novembre 1981, y compris la décision du ministère des Finances d'annoncer son programme sans discussions préalables, de crainte que les intérêts opposés y fassent obstruction, est une autre preuve de la difficulté d'élaborer des politiques économiques dans une économie de libre entreprise si l'on n'accorde pas aux principaux intervenants un rôle significatif dans ce processus. Dans le contexte canadien, s'ajoutent à ces difficultés la force des régions et la concentration de certaines industries, comme celles des produits forestiers, des mines, du pétrole et du gaz, de l'automobile et du textile, au sein de régions particulières. Dans le débat qui a entouré le rapport de la Commission Carter, cette concentration régionale a mené à l'opposition des provinces de l'Ouest, dont les premiers ministres ont exprimé de façon énergique les préoccupations des industries extractives.

La concentration et la propriété

La concentration

Lorsque les entreprises sont concentrées, leur puissance s'accroît tant au sein du marché que par rapport à l'État. Dans le contexte canadien,

les entreprises sont fortement concentrées dans des secteurs de produits particuliers et dans l'ensemble. Ainsi qu'il a été noté précédemment, la nature régionale de la concentration au Canada tend aussi à accroître la puissance des entreprises. La présente étude n'est pas une analyse du degré de concentration ou de l'incidence de cette concentration sur l'économie canadienne, mais il est important d'être conscient de l'ampleur de la situation. La concentration soulève des préoccupations d'ordre politique et social ainsi que des préoccupations économiques. L'étendue du phénomène des entreprises canadiennes contrôlées par des sociétés familiales et étrangères suscite des préoccupations analogues (en plus de mettre en question la théorie du « technocratisme », qui, soutient-on, fait progresser la responsabilité sociale des sociétés).

Le rapport qu'a publié en 1978 la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés fournit les données pertinentes sur ces questions. Les auteurs de ce rapport ont trouvé « des niveaux élevés de concentration industrielle » au sein de l'économie canadienne³⁴. La concentration globale est plus élevée qu'aux États-Unis, et la concentration industrielle est « sensiblement plus marquée que dans les industries comparables aux États-Unis ». En fait, la concentration n'est pas simplement plus importante qu'aux États-Unis : « La concentration globale au Canada est approximativement deux fois plus élevée qu'aux États-Unis³⁵. » Les entreprises canadiennes ont une grande envergure, comparativement à l'importance de l'économie et à la dimension des industries particulières.

En termes de concentration spécifique, trois études canadiennes distinctes portant sur les industries manufacturières en 1954, 1965 et 1972 ont relevé des niveaux de concentration sensiblement plus élevés que dans des industries américaines comparables. L'étude réalisée par le Conference Board en 1972 a indiqué que « à peu près deux fois plus d'industries au Canada avaient des coefficients de concentration de quatre entreprises de plus de 60 p. 100³⁶ ». Un échantillon de neuf industries canadiennes a été comparé aux industries de pays industrialisés étrangers. Au Canada, le niveau de concentration était supérieur à celui des autres pays, dont les États-Unis, l'Allemagne de l'Ouest, la France, le Japon et la Suède, et supérieur à celui des États-Unis pour l'ensemble des neuf industries³⁷. Cette étude comparative a aussi montré que la concentration est plus forte au Canada que dans les pays dont l'économie a environ la même envergure.

En se basant sur la période de 1923 à 1975, les auteurs du rapport ont déclaré que « la tendance manifeste semble être à une concentration globale inférieure dans les entreprises non financières au Canada³⁸ ». Une étude réalisée en 1984 indique que cela n'est pas le cas, même si la concentration semble effectivement s'être stabilisée dans le secteur manufacturier³⁹. La même étude note qu'au Canada les secteurs concurrentiels de l'économie ne génèrent qu'environ 40 à 50 p. 100 du PNB,

comparativement à 80 p. 100 environ aux États-Unis. La concentration globale dans le secteur non financier, en pourcentage de l'actif total détenu par les 25 entreprises les plus importantes, s'élevait à 23,8 p. 100 en 1965, à 29,6 p. 100 en 1976, à 30,7 p. 100 en 1979 et à 30,2 p. 100 en 1980. En termes de concentration industrielle dans le secteur manufacturier, le coefficient moyen de concentration de quatre entreprises, mesuré par les livraisons, était de 49,2 p. 100 en 1965, de 50,7 p. 100 en 1972 et de 49,8 p. 100 en 1980. La concentration globale dans le secteur manufacturier, mesurée par les livraisons des 50 entreprises les plus importantes, se chiffrait à 33,3 p. 100 en 1968, à 38,5 p. 100 en 1978 et à 35,1 p. 100 en 1980. Il y a un chiffre qui a son importance pour ce qui est de révéler le niveau de concentration : d'après une étude sur 167 industries et 4 080 produits, 82 p. 100 de l'ensemble des produits manufacturés, en considérant chaque produit séparément, sont fabriqués par quatre entreprises ou moins⁴⁰. Même si la concentration s'est stabilisée, ou a même fléchi légèrement dans le secteur manufacturier, la situation générale montre que, dans l'ensemble et au sein de marchés particuliers, l'économie est fortement concentrée.

La concentration et la réforme fiscale

L'incidence de la réforme fiscale sur la concentration des entreprises met en lumière la puissance des entreprises et les effets de l'élaboration de politiques nationales confuses, sinon inadéquates. Bale, dans une étude excellente, a exposé la situation⁴¹. Avant 1972, une société ne pouvait déduire les intérêts sur les fonds qu'elle empruntait pour acquérir des actions dans d'autres sociétés. La Commission Carter recommanda que ces intérêts deviennent déductibles dans le cadre de son objectif d'intégration totale de l'impôt sur le revenu des particuliers et de l'impôt sur les sociétés. Cette intégration s'avérait nécessaire pour garantir que les considérations fiscales ne dicteraient pas la manière dont les affaires étaient menées. Par ailleurs, la Commission insista sur la neutralité de l'impôt entre les transactions qui avaient le même effet économique. Il est possible de prendre le contrôle d'une entreprise en achetant des actifs ou des actions, mais en vertu du système fiscal en vigueur, seuls pouvaient être déduits les intérêts payés sur les sommes empruntées pour l'achat d'actifs.

Ainsi qu'il a été noté précédemment, la plupart des recommandations de la Commission Carter, et certainement ses prémisses fondamentales, furent rejetées et l'on abandonna en grande partie l'idée de l'intégration. Cependant, les changements fiscaux de 1971 comprirent la possibilité de déduire les intérêts sur les fonds empruntés pour acheter des actions. Quant au besoin de neutralité, le marché ne sembla pas le ressentir, car, dans les années 1960, 90 p. 100 des prises de contrôle furent réalisées au moyen d'achats d'actions plutôt que d'achats d'actifs⁴². Pourquoi donc inclure la déductibilité des intérêts dans les changements de 1971? Le

ministre des Finances déclara que sans cette mesure, les entreprises canadiennes étaient défavorisées par rapport aux entreprises étrangères qui pouvaient déduire ces intérêts. La préoccupation était légitime, et ce fut un changement judicieux que de supprimer ce désavantage et de neutraliser les achats d'actifs et les achats d'actions. Toutefois, on semble n'avoir pas tenu compte du contexte économique national en appliquant ce changement. En coordonnant la politique fiscale avec la politique économique, on aurait limité la déduction aux sociétés dominées par des intérêts canadiens. Comme Bale l'a fait remarquer, dans une économie déjà caractérisée par un très haut degré de participation étrangère, « il semble absurde pour les contribuables canadiens d'accorder une subvention de près de 50 p. 100 à une société canadienne contrôlée par des intérêts étrangers pour qu'elle achète des actions dans d'autres sociétés canadiennes⁴³ ».

La possibilité de déduire les intérêts eut pour effet manifeste d'encourager les prises de contrôle. Pourquoi, dans une économie déjà fortement concentrée, le gouvernement encouragerait-il par sa politique fiscale l'accroissement de la concentration? Le gouvernement n'ignorait pas les effets de cette mesure, car Eric Kierans souleva carrément la question lors du débat entourant le projet de loi sur la réforme fiscale : « Ces articles du projet de loi peuvent mener à une plus grande concentration au sein de l'économie canadienne, ce que personne ne désire (et) [. . .] un accroissement de la participation étrangère dans l'industrie canadienne, ce que personne ne désire⁴⁴. » En résumé, les sociétés furent capables d'empêcher le gouvernement d'adopter une réforme fiscale importante et de le persuader de conserver la recommandation concernant la déductibilité des intérêts, tout en abandonnant les prémisses d'équité et de neutralité sur lesquelles reposait à l'origine cette recommandation. Cela eut pour résultat d'octroyer aux entreprises une subvention qui favorisait l'accroissement de la concentration et de la participation étrangère. Presque en même temps, le gouvernement introduisit sa nouvelle politique radicale de concurrence, qui allait connaître un sort funeste, ainsi que la Loi sur l'examen de l'investissement étranger.

La propriété

C'est en 1932 que Berle et Means ont publié leur étude classique, intitulée *The Modern Corporation and Private Property*⁴⁵. Dans cet ouvrage, ils ont décrit un changement qui s'opérait dans les relations de propriété et qu'ils ont qualifié d'aussi fondamental que celui du féodalisme au capitalisme. Il s'agissait du passage du contrôle exercé par les propriétaires au contrôle exercé par des gestionnaires dans les grandes sociétés ouvertes des États-Unis. Comme le dit leur phrase célèbre, ce contrôle constituait un « pouvoir sans propriété », car les décisions touchant la planification et les investissements étaient dis-

sociétés des préoccupations relatives aux bénéfices ou à la propriété. En fait, cette évolution avait commencé au début du siècle, sous l'impulsion de la croissance de vastes groupes d'actionnaires comptant plusieurs millions de membres, de la dispersion et du dépouillement des familles, de fusions, de la diversification des investissements et de la création de fondations philanthropiques (Carnegie et Rockefeller)⁴⁶. Les chiffres sont frappants. En 1929, sur les 200 sociétés non financières les plus importantes que Berle et Means avaient recensées, il y avait 10 sociétés de droit privé, 9 sociétés à participation majoritaire et 65 sociétés à participation minoritaire, c'est-à-dire, composées d'actionnaires détenant 5 p. 100 ou plus des actions donnant droit de vote. En 1975, on comptait une société de droit privé, 3 à participation majoritaire et 29 à participation minoritaire⁴⁷.

Selon une étude menée en 1984 par la Bourse de Toronto (Toronto Stock Exchange-TSE), au Canada la situation est nettement différente⁴⁸. L'indice composite « TSE 300 » se compose de quelque 283 sociétés ouvertes. Cent trente-sept sociétés (40 p. 100) étaient sous contrôle légal (50 p. 100 ou plus); 84 sociétés (30 p. 100) étaient sous contrôle minoritaire (de 20 à 49,9 p. 100) et 61 sociétés (21 p. 100) étaient contrôlées par un grand nombre d'actionnaires. Si l'on examine la situation sous un autre angle, près de 80 p. 100 des entreprises de cette liste sont dirigées par une famille ou un groupe unique. Inversement, l'indice « Standard 500 » (Standard and Poor's) aux États-Unis montre que 426 (85,2 p. 100) des entreprises appartiennent à un grand nombre d'actionnaires⁴⁹. La liste des 500 sociétés les plus importantes du Canada, dressée par le *Financial Post* en fonction des ventes, montre que 17 seulement d'entre elles (3,4 p. 100) sont la propriété d'un grand nombre d'actionnaires, c'est-à-dire qu'aucun ne possède plus de 10 p. 100 des actions. Vingt et une autres appartiennent à des membres de coopérative ou à des employés. Quelque 75 sociétés des 200 les plus importantes (37,5 p. 100) appartiennent majoritairement ou exclusivement à des sociétés étrangères. Bref, au Canada l'économie est dominée de façon très nette par un petit nombre de familles et de sociétés étrangères. Cette domination familiale s'intensifie par l'expansion continue des intérêts que détiennent des personnes comme Paul Desmarais, Ken Thomson et les Bronfman en l'absence d'une loi efficace sur la concurrence. Par ailleurs, l'inscription d'actions sans droit de vote à la Bourse de Toronto et les mesures prises par un grand nombre de sociétés pour partager leur capital en actions avec droit de vote et sans droit de vote affermiront la position des groupes dominants, même si les demandes en capitaux imposées par la croissance peuvent exiger de nouveaux financements par actions.

Il ne faudrait pas sauter à la conclusion que cette domination familiale des sociétés canadiennes a pour résultat qu'un groupe très restreint de particuliers exercent un pouvoir économique et politique énorme. Il n'y

a pas d'analogie entre ces personnes et des personnalités aussi mythiques que Morgan, Rockefeller et Carnegie, qui contrôlaient et dirigeaient véritablement leur empire financier et exerçaient ouvertement leur pouvoir sur la scène politique et sociale. La vérité la plus plausible est que le mode de gestion et la puissance des entreprises sont du même ordre au Canada et aux États-Unis. C'est-à-dire que dans l'ensemble la gestion des entreprises canadiennes est une gestion professionnelle qui se préoccupe de l'efficacité des opérations — avec une combinaison viable de profits et de croissance. Cela ne veut pas dire que l'extrême concentration de l'économie canadienne entre les mains d'un petit nombre de personnes — neuf familles contrôlent plus de la moitié de la valeur des entreprises formant l'indice composite « TSE 300⁵⁰ » — ne constitue pas un centre d'influence. C'est clairement le cas; les opinions et les préférences de ces personnes doivent nécessairement avoir beaucoup de poids dans les conseils gouvernementaux, et il y a sûrement lieu de s'inquiéter de l'accroissement non limité de leurs avoirs. Cependant, vu la nature du pouvoir des entreprises dans notre société, l'existence de cette concentration apporte vraisemblablement peu de changements en termes de rapports structurels et d'influence.

Les opérations, la gestion et le pouvoir des sociétés Thomson, des sociétés Weston ou des sociétés Bronfman/Branscan, pour présenter trois exemples frappants, ne seraient probablement pas différents si, dans chaque cas, ces sociétés comportaient un grand nombre d'actionnaires. La structure et la complexité des entreprises modernes, la discipline exercée par les marchés financiers et la réalité de la réglementation militent tous contre le type de contrôle et de pouvoir que pouvaient exercer autrefois les propriétaires d'entreprise. S'il s'exerce aujourd'hui un tel contrôle et un tel pouvoir, il est plus vraisemblable que ce soit par une société mère étrangère sur ses filiales canadiennes. Cette situation ressemble davantage au cas d'un propriétaire unique assurant les fonctions de direction et prenant des décisions pour le plus grand avantage de la société dominante ou de son groupe économique. En fait, les études réalisées aux États-Unis sur la domination des entreprises excluent les cas où une société possède plus de la moitié d'une autre, « car l'entreprise dépendante n'est plus considérée comme une entité distincte ». Dans la mesure où ces filiales sont d'importants facteurs de l'économie, et c'est véritablement le cas au Canada, la société dominante est en mesure d'exercer un pouvoir, en ce sens qu'elle peut insister pour que l'on tienne compte de ses besoins et de ses préférences et qu'elle a la capacité de déplacer son capital ou de chercher ailleurs des possibilités de développement. Les sociétés canadiennes ont elles aussi cette capacité, mais pas autant qu'un vaste groupe international.

La question de la domination familiale suscite probablement de plus graves préoccupations lorsqu'elle se traduit par une concentration économique, ce qui semble être le cas. Le degré élevé de concentration du

marché et le degré élevé de concentration de la propriété sont les caractéristiques marquantes de l'économie canadienne. Ces deux types de concentration constituent ensemble un centre de pouvoir qui n'a d'égal que le gouvernement lui-même.

La supracentralisation des entreprises

La supracentralisation des entreprises (supracorporate centralization) est l'expression qu'emploie Herman pour désigner le pouvoir qu'acquiert les entreprises en agissant collectivement, plutôt qu'en contrôlant les ressources ou les marchés⁵¹. Les formes possibles d'action collective vont de la collaboration et de la coordination non officielles jusqu'aux liens officiels, au moyen du chevauchement des conseils d'administration, d'entreprises conjointes, de l'adhésion à des associations professionnelles et industrielles, à des groupements d'affaires publiques et à des organismes consultatifs du gouvernement, ainsi que des rapports personnels qu'offrent les clubs et d'autres activités sociales. Le présent document ne s'intéresse à ces liens que dans la mesure où ils accroissent le pouvoir et l'influence des entreprises sur l'élaboration des politiques publiques plutôt que sur le comportement du marché. L'accent sera donc mis sur le chevauchement des conseils d'administration, les associations industrielles et les groupements d'affaires publiques.

Le chevauchement des conseils d'administration

Il existe un lien direct entre deux sociétés lorsqu'une même personne siège à leurs deux conseils d'administration. Un réseau étendu de personnes cumulant de telles fonctions contribue à amplifier la concentration et le pouvoir. L'étude de Clement montre que dans le groupe des sociétés canadiennes il existe de très nombreux chevauchements⁵². L'auteur a étudié les 113 entreprises dominantes dans le secteur manufacturier, des finances, du commerce, de l'exploitation des ressources et des transports et des services publics. Il y a découvert en tout 1 848 postes de ce genre, et a indiqué que leurs titulaires forment « un ensemble interactif de personnes puissantes [. . .] qui dirigent l'avenir de ces sociétés dominantes et, par conséquent, l'économie canadienne⁵³ ». Fait intéressant, c'est dans les sociétés contrôlées par des intérêts canadiens que l'on en trouve le plus grand nombre. Clement a émis l'hypothèse que cette situation découle du fait que les filiales américaines et les entreprises familiales dominées par des intérêts canadiens, où le nombre de chevauchements est généralement faible, sont étroitement contrôlées et ne comptent que peu de détenteurs d'actions publiques. Il existe un nombre très élevé de chevauchements entre les cinq grandes banques canadiennes et les autres entreprises dominantes.

Clement a découvert que les 231 administrateurs de banque détenaient 306 autres postes d'administrateur dans des entreprises dominantes, soit quelque 25,1 p. 100 de l'ensemble de ces postes. Les chiffres indiquent qu'un nombre relativement peu élevé de personnes, 300 environ, qui jouent un rôle prépondérant dans l'économie canadienne, se réunissent aux conseils des établissements qui permettent d'accéder au capital de financement — les cinq banques et onze compagnies d'assurances dominantes⁵⁴.

Les associations professionnelles et industrielles

Environ 300 associations professionnelles sont représentées à Ottawa. Chacune d'elles a pour fonction de favoriser les intérêts de ses membres grâce à ses contacts et à son influence auprès de députés, de fonctionnaires et de ministres du Cabinet. Le phénomène américain où des hauts fonctionnaires, des commissaires d'organisme et même des ministres du Cabinet se joignent aux associations de ce genre lorsqu'ils quittent la vie publique se répand de plus en plus au Canada. Le mouvement de compétences se fait aussi dans d'autres directions au Canada, soit depuis une association vers la Fonction publique et le gouvernement. Il existe aussi des échanges de plus en plus nombreux entre les grands cabinets d'experts-comptables et d'avocats et les échelons supérieurs du gouvernement. Bref, le milieu des affaires et ses représentants font partie d'un réseau interactif et de haut niveau réunissant le milieu des affaires, le gouvernement et la Fonction publique qui n'a d'équivalent chez aucun autre groupe d'intérêts de la société. Il est certain que d'autres groupes d'intérêts, comme les unions agricoles et les syndicats, ont accès aux hommes politiques et aux fonctionnaires, et les 300 associations ne représentent pas toutes le milieu des affaires. Mais la communauté des entreprises bénéficie d'une facilité d'accès, d'une qualité de représentation, d'une base de ressources, d'un réseau spécialisé d'information et d'analyse et d'une fonction d'élaboration de politiques bien supérieurs à ceux des autres groupes, quels qu'ils soient. En outre, l'interaction sociale et les échanges qui ont cours dans les hautes sphères du gouvernement et du milieu des affaires ne sont caractéristiques d'aucun autre groupe d'intérêts.

Le rapport de 1978 de la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés est à la fois embrouillé et naïf sur cette question. Le rapport note les possibilités plus grandes qu'ont les représentants des grandes entreprises, comparativement aux « autres personnes », de rencontrer les politiciens et les hauts fonctionnaires. Selon le rapport, c'est au moyen de conversations privées avec ceux qui s'occupent du processus législatif et de l'élaboration de politiques que les représentants des entreprises font le plus efficacement leurs démarches⁵⁵. Cependant, « les groupes syndicaux et agricoles, ainsi que de nombreux autres ayant

des intérêts spéciaux bénéficient aussi de ce genre d'accès⁵⁶ ». Il est vrai que d'autres groupes d'intérêts bénéficient de cet accès, mais la Commission n'a pas tenu compte d'aspects aussi critiques que la facilité, la régularité, le niveau, l'intensité, le respect et l'efficacité.

Le rapport note ensuite que les contacts « entre les responsables du gouvernement et du milieu des affaires peuvent être très étroits et personnels ». Cela n'est pas « surprenant [. . .] car les deux parties se préoccupent d'une grande variété de problèmes économiques et sociaux et de mesures législatives et réglementaires ». Ensuite, dans un passage étonnamment naïf, la Commission explique ces contacts, qui se font dans « l'intérêt du public » parce que « le succès des mesures gouvernementales exige de savoir quel effet celles-ci pourraient avoir sur des industries ou des sociétés particulières, alors que le succès des projets entrepris par le milieu des affaires exige que celui-ci connaisse les lois et les politiques publiques qui le concerneront⁵⁷ ». En résumé, le milieu des affaires désire simplement comprendre parfaitement les lois et les politiques pour qu'il puisse mieux s'y conformer. Une évaluation plus approfondie de ces « contacts très étroits et personnels » aurait pu soulever des questions au sujet des accommodements mutuels que requiert une économie de libre entreprise et, vu la place nécessairement privilégiée du milieu des affaires que ceux-ci impliquent, les difficultés que cela suscite sur le plan de la théorie de la démocratie libérale.

Les auteurs du rapport se sont cependant demandé si cet accès permettrait d'exercer une « influence efficace », et ont déterminé qu'il s'agissait d'une « question difficile⁵⁸ ». Ils ont conclu qu'étant donné que les décisions importantes sont habituellement prises en secret par les ministres du Cabinet, par les comités du Cabinet, ou dans leurs bureaux avec des hauts fonctionnaires, « on manque généralement de preuves sur ceux qui influencent réellement les décisions ». Les auteurs font également ressortir que la politique jugée préférable est peut-être celle qui coïncide avec les vues du milieu des affaires et que celle-ci n'est peut-être pas due à l'influence du milieu des affaires. Il s'agit là d'un point important et valable. Il ne fait aucun doute qu'un grand nombre de facteurs et d'intérêts façonnent et influencent les décisions importantes que prend le gouvernement. Ces décisions ne sont peut-être pas celles que préfère le milieu des affaires; certaines vont peut-être même à l'encontre de ses préférences. Mais il ne fait aucun doute que la voix du milieu des affaires est celle qui prédomine et qui exerce le plus d'influence quand vient le temps de prendre des décisions économiques et souvent sociales. Les responsables du gouvernement, et ceci réitère ce qui a été indiqué ci-dessus, « accordent (aux dirigeants d'entreprise) une position privilégiée [. . .] car les emplois, les prix, la production, la croissance, le niveau de vie et la sécurité économique de chacun reposent tous entre leurs mains⁵⁹ ».

Le Conseil d'entreprises pour les questions d'intérêt national

Dans le cas des associations industrielles, comme ailleurs, certaines sont plus égales que d'autres. Une association relativement récente, le Conseil d'entreprises pour les questions d'intérêt national (CEQIN), est le groupe de représentation d'entreprises le plus puissant, le plus prestigieux et le plus discret à Ottawa. Créé en 1976, le CEQIN réunit quelque 150 administrateurs généraux de grandes entreprises canadiennes, dont les cinq banques dominantes. Les sociétés qu'ils dirigent emploient plus de 2 millions de Canadiens et totalisent un actif de 450 milliards de dollars. Le président, qui exerce à temps plein, est Thomas D'Aquino; avant d'occuper ce poste, ce dernier travaillait comme adjoint spécial au cabinet du premier ministre. D'Aquino considère que le CEQIN est autre chose qu'un groupe de pression. En raison de la nature de sa composition, il qualifie cet organisme de « conseil d'administration de dernier recours, exerçant notre responsabilité pour aider à définir l'intérêt public⁶⁰ ».

Le CEQIN est manifestement modelé sur le *Business Roundtable*, groupe semblable fondé en 1973 et composé des administrateurs généraux des 192 compagnies les plus importantes aux États-Unis. À cause du pouvoir de ses membres, ce groupe est devenu « l'organisme de pression prédominant à Washington ». Sa position globale a déjà été décrite de la manière suivante : « Contre la réglementation, les dépenses fédérales et les mesures anti-trust, et pour les réductions d'impôts⁶¹. » Le *Business Roundtable* exerce ses activités au moyen de recherches et de mémoires de grande qualité et, ce qui est le plus important, au moyen de rencontres entre des groupes d'administrateurs généraux et le président, des ministres du cabinet et des législateurs principaux. Le CEQIN fonctionne précisément de la même manière, en tenant des réunions discrètes avec le premier ministre et les ministres du cabinet. Comme l'indique Thomas D'Aquino, « les administrateurs généraux aiment converser avec leurs homologues — ceux qui prennent les décisions [. . .] et nous entretenons d'excellents rapports avec les principaux ministres chargés de l'économie⁶² ». Les réunions s'appuient sur des rapports que rédigent des groupes de travail au sujet de questions comme les finances nationales, la politique énergétique, les relations de travail, la main-d'œuvre et la politique de concurrence. Lorsque cet organisme a étudié la politique de concurrence, il a joint à cette recherche une ébauche de projet de loi et a contribué au projet de loi introduit au cours de la session parlementaire de 1984.

Un article de cinq lignes paru le 6 juin 1984 dans l'une des pages intérieures du *Toronto Star* illustre le pouvoir du CEQIN. Cet entrefilet annonçait que les premiers ministres de l'Ontario et de l'Alberta avaient participé à une réunion organisée par le CEQIN pour discuter de la politique énergétique. Le fait est anodin peut-être, mais il est difficile

d'imaginer un autre groupe d'intérêts au Canada réussissant à obtenir que deux premiers ministres provinciaux puissants participent à une réunion discrète pour discuter d'une politique nationale. Ce qui est plus important c'est qu'une réunion de ce genre n'est pas unique; elle est caractéristique de la manière dont fonctionne le CEQIN. Cela ne veut pas dire que ces réunions, ainsi que le travail du CEQIN, sont d'une manière ou d'une autre de mauvais augure. Il est bien possible que ces rencontres non officielles et régulières entre d'éminents décisionnaires économiques et hauts fonctionnaires comportent de nombreux avantages. L'essentiel est simplement que le CEQIN — ce qu'il représente — est un groupe qui détient un pouvoir inégalé dans notre société et que le gouvernement le reconnaît ainsi.

Des faits récents révèlent de nombreux aspects de la nature du CEQIN, de son programme et du pouvoir qu'il exerce.

Au mois de septembre, le Conseil a demandé au nouveau gouvernement de couper les dépenses fédérales de 20 à 40 milliards de dollars au cours des quatre années à venir. Les objectifs visés étaient les subventions versées pour le transport ferroviaire, les programmes d'isolation domiciliaire, la santé et l'éducation, l'aide à l'étranger, les logements subventionnés et la Société Radio-Canada. En octobre, le Conseil a demandé d'augmenter de 14 milliards de dollars les dépenses liées à la défense au cours des dix années à venir. M. D'Aquino a déclaré que cette demande n'était pas incompatible avec celle de la réduction du déficit. « Nous préconisons simplement un remaniement des priorités », a-t-il ajouté.

Au mois de novembre, le ministre des Finances Michael Wilson prononçait son exposé économique national devant la Chambre des Communes. Selon Thomas Walkom, qui, dans le *Globe and Mail*, a analysé cet exposé, ses grandes lignes reflètent presque exactement celles que le Conseil a énoncées dans le document de principe présenté au mois de septembre au nouveau gouvernement⁶³.

Le rôle politique prépondérant que jouent un nombre relativement restreint d'importants dirigeants d'entreprise constitue la thèse d'un livre que Useem a écrit récemment⁶⁴. Son étude de la nature de l'activité politique de grandes entreprises commerciales au Royaume-Uni et aux États-Unis l'a amené à conclure qu'un groupe politiquement actif d'administrateurs, « les rares détenant un poste qui les rend sensibles au bien-être d'une vaste gamme d'entreprises », en sont venus à s'exprimer au nom de l'ensemble du milieu des affaires. Il qualifie ce groupe, « qui donne une cohérence et une orientation à la politique des affaires », de « cercle fermé ». Ce groupe d'élite a joué un rôle crucial dans l'expansion de l'activité politique des entreprises au cours des dix dernières années. Leurs vues transcendent les préoccupations étroites d'entreprises individuelles, en orientant leurs activités vers des objectifs politiques plus étendus qui avantageront toutes les grandes entreprises.

Useem fait remarquer que cette voix unique et puissante a donné une cohérence et une efficacité nouvelles à la position politique du milieu des affaires. Par ailleurs, « l'accès au pouvoir de gouvernements attentifs à la voix du milieu des affaires, sinon toujours sensibles à ses propositions particulières, découle en partie de la mobilisation des intérêts politiques des entreprises au cours de la dernière décennie⁶⁵ ». Au Canada, on peut voir dans les faits politiques récents, ainsi que dans l'influence grandissante du CEQIN, un parallèle parfait du phénomène de la position stratégique et influente d'un réseau d'administrateurs supérieurs englobant de nombreuses entreprises.

Le travail d'Useem, ainsi que celui de Lindblom, sont également importants, en ce sens qu'ils soulignent la voix prépondérante de la grande entreprise pour ce qui est d'exposer les préoccupations du milieu des affaires. Les intérêts des divers secteurs du milieu des affaires ne sont nullement identiques. Certains éléments de ce milieu pourraient fort bien tirer avantage d'une réforme fiscale et d'une politique de concurrence plus énergique, pour ne mentionner que deux domaines où il y aurait des intérêts opposés. Mais ce sont les administrateurs des plus grandes entreprises, des 192 que réunit le CEQIN, qui forment le puissant réseau qui s'adresse au gouvernement au nom des principaux intervenants de l'économie et qui, par conséquent, fixe le programme des politiques. C'est à cette voix que répond le gouvernement lorsqu'il définit la politique économique nationale.

Les groupes d'affaires publiques

Les groupes de recherches, souvent appelés groupes de réflexion, jouent depuis les dix dernières années un rôle de plus en plus prépondérant dans le domaine des affaires publiques. Le Conference Board du Canada, l'Institut C.D. Howe, l'Institut Niagara et l'Institut Fraser comptent parmi les exemples canadiens les plus connus. Les gouvernements se servent de leurs prévisions, de leurs opinions et des résultats de leurs recherches, et les médias d'information leur accordent une attention considérable. Comme l'on considère que ces organismes sont à la fois indépendants et spécialisés, leurs déclarations font souvent autorité et sont traitées avec beaucoup de respect. En fait, ces groupements d'affaires publiques varient considérablement en termes d'indépendance. Dans la plupart des cas, ils sont financés par des intérêts commerciaux et reflètent une opinion toujours conservatrice. L'Institut Fraser appartient à la tendance néo-conservatrice et défend ardemment le principe de la libre entreprise absolue. Il est reconnu que les travaux de cet organisme ont fortement influencé le programme économique et social de 1983 du gouvernement de la Colombie-Britannique. Même les instituts les plus respectés pour la qualité de leur travail, comme l'Institut C.D. Howe, sont de tendance conservatrice, en ce sens que l'effica-

cité, dans le sens économique du terme, est habituellement l'unique critère par rapport auquel les politiques sont jugées. Nul ne peut s'objecter à cela, compte tenu des recherches qu'entreprend l'Institut C.D. Howe. Mais les débats publics subissent de plus en plus l'influence des travaux de ces instituts, et l'efficacité n'est qu'un critère parmi de nombreux autres qui devraient déterminer les résultats des politiques publiques. Gillies a déclaré que « les anciens ministres des Finances ont tous indiqué que les études du Conference Board et de l'Institut C.D. Howe ont influencé leurs idées [. . .] En fait, dans les ministères qui s'occupent d'élaborer les politiques il ne fait aucun doute que ces rapports et ces études revêtent une grande importance⁶⁶ ». Le conseil d'administration du Conference Board est analogue à celui du CEQIN. Il existe des organismes indépendants et de grande qualité, comme l'Institut de recherches politiques, qui parrainent une vaste série d'études couvrant toute la gamme des tendances politiques, bien qu'une part croissante du budget de cet organisme soit supportée à l'aide de contributions d'entreprises. L'Institut canadien de politiques économiques (aujourd'hui disparu) s'avouait franchement nationaliste et interventionniste et professait des idées politiques de gauche. Mais dans la majorité des cas, les instituts d'affaires publiques sont le produit du parrainage d'entreprises et reflètent une tendance conservatrice.

L'entreprise

Quel est le rôle de l'entreprise ouverte au sein de la société? S'agit-il uniquement, comme le soutenait Milton Friedman, « d'exploiter ses ressources et de se lancer dans des activités visant à accroître ses profits⁶⁷ »? Ou y a-t-il une fonction sociale plus étendue que doit remplir l'entreprise, vu sa position centrale dans l' conomie? Existe-t-il une chose telle que « la responsabilité sociale de l'entreprise » et, si c'est le cas, comment cette notion est-elle définie et par qui? Comment est-elle exécutée? Comment le rendement est-il surveillé? Et quels sont les mécanismes d'exécution?

La controverse qui entoure le rôle social de l'entreprise remonte aux années 1920 et   un débat célèbre entre Adolph Berle et E. Merrick Dodd⁶⁸. Berle exprima l'avis que les pouvoirs que détiennent les entreprises sont confiés à leur garde pour leurs actionnaires. Dodd affirma que ces pouvoirs revêtent un intérêt public et que, dans ce sens, ils sont confiés aux entreprises pour l'ensemble de la communauté. Berle soutint que l'on ne pouvait abandonner la doctrine de la responsabilité première envers les actionnaires tant qu'il n'existait pas « un système clair et raisonnablement exécutable de responsabilités envers quelqu'un d'autre ». Quelle que soit la réalité, depuis les années 1960 le débat tourne autour de la responsabilité sociale des entreprises. Berle lui-même a changé d'avis en 1971 à cause des principes et des pratiques

« plus sérieux, plus perceptifs et [. . .] plus honnêtes » des grandes entreprises.

Ce débat est né de la nouvelle prise de conscience du public au cours des années 1960. À cette époque, l'autorité sous toutes ses formes était mise en doute et contestée, et les entreprises n'y ont pas échappé. Il était inévitable que l'activisme du public se concentre sur les entreprises, étant donné leur rôle central dans l'économie. À mesure que les gens s'éveillèrent aux questions liées à la qualité de l'air et de l'eau, à la sûreté et à l'utilité des produits, à la santé et à la sécurité au travail, à la discrimination raciale et sexuelle, au surpeuplement des villes, à la corruption politique et à la dislocation humaine qui étaient inhérents à l'évolution de la technique, ils insistèrent pour que les entreprises apportent des changements et que le gouvernement adopte des règlements. Dans une certaine mesure, ils obtinrent les deux. Le nombre de règlements concernant l'environnement, le milieu de travail, la protection des consommateurs, le développement urbain et la population active s'est accru considérablement. Les dirigeants d'entreprise ont proclamé qu'ils se préoccupent de l'intérêt du public et promis d'agir de façon responsable sur le plan social. On considère aujourd'hui que l'élément constituant d'une entreprise n'est pas seulement ses actionnaires mais aussi ses travailleurs, ses clients, ses fournisseurs et la population en général. Compte tenu du débat que suscite la question de la responsabilité sociale, il est nécessaire de déterminer exactement ce que l'on entend par ce terme.

La responsabilité sociale de l'entreprise

Au cours des vingt dernières années, des dirigeants d'entreprise, des avocats, des économistes et des politicologues se sont lancés dans le débat sur la responsabilité sociale des entreprises. Les déclarations publiques d'un grand nombre de dirigeants d'entreprise sérieux ont trait à cette notion et montrent habituellement qu'ils sont véritablement conscients de leurs responsabilités à l'égard d'éléments constituants autres que les actionnaires. Cependant, c'est la nature insaisissable de cette notion qui pose le plus de difficultés. Lorsque l'on parle de détails et de mécanismes, par opposition aux généralisations relatives à « ce que l'on peut faire de bien », le terrain d'entente est extrêmement restreint. L'incapacité d'établir une distinction entre « faire le bien » et « ne pas faire de tort » n'est pas le moindre des problèmes. C'est cette dernière idée que la plupart des porte-parole des entreprises ont à l'esprit quand ils parlent de responsabilité sociale. Il s'agit de l'idée d'une organisation qui se préoccupe de la sûreté et de la qualité de ses produits, des effets de ses déchets, de la santé et de la sécurité des travailleurs, de l'honnêteté de sa publicité, des répercussions de ses politiques d'investissement et de l'intégrité de ses activités. Il s'agit à l'extrême du concept d'une

organisation qui a pris un engagement vis-à-vis de ces idées; en ce sens qu'elles représentent les préoccupations déclarées par sa direction générale.

L'idée plus générale de la responsabilité sociale, qui obtient bien moins d'appui chez les administrateurs, est celle d'un rôle activiste que doit jouer l'entreprise pour atténuer les problèmes sociaux. Cela signifie que l'entreprise devrait intervenir dans des domaines comme le recyclage des travailleurs, l'embauchage des travailleurs émanant de groupes minoritaires, le renouvellement urbain, la protection de l'environnement et même la réforme politique, et ce, au-delà de ce qu'exigent son mandat économique et les considérations de profit, même à long terme. Ce concept plus étendu perçoit l'entreprise comme la principale force non gouvernementale dans la société. L'entreprise possède les ressources, la capacité, le personnel et les compétences spécialisées nécessaires pour jouer, si elle le désire, un rôle réformateur et rénovateur. Certaines entreprises ont tenté des expériences dans le domaine de l'activisme social, plus particulièrement aux États-Unis, mais sur une très petite échelle. Dans la plupart des cas, les entreprises ne se sentent pas à l'aise dans ce rôle; celui-ci n'est pas de leur domaine et certains se préoccupent de l'incidence de ce rôle sur leur fonction économique première. Ce rôle, qui suscite des questions de mandat et de légitimité, déconcerte aussi les politicologues.

La responsabilité sociale des entreprises consiste donc essentiellement à ne pas faire de tort. En termes positifs, cela signifie tenir compte de l'incidence de l'action de l'entreprise, ou de son inaction, sur les éléments constituant les plus directement touchés. Ceux-ci comprennent presque invariablement les consommateurs et les travailleurs, et peuvent s'étendre aux personnes vivant près d'une usine, aux personnes vivant le long d'une rivière, et à celles qui l'utilisent, où une usine déverse des déchets toxiques, aux habitants d'une ville où l'entreprise est le principal intervenant économique, et aux personnes en général qui pourraient subir l'effet d'un produit dangereux ou défectueux ou de résidus de production. Même quand il est question de ne pas faire de tort, les paramètres de l'idée de la responsabilité sociale sont extrêmement étendus et il n'existe pas d'entente générale. Une entreprise a-t-elle le devoir de ne pas déverser de déchets toxiques lorsque les règlements environnementaux en vigueur ne le concernent pas? Est-on obligé dans une usine de prendre des précautions plus grandes que celles que prévoient les dispositions législatives en vigueur lorsqu'il existe manifestement un problème de santé ou de sécurité? Une entreprise devrait-elle recourir à ses ressources politiques, sociales et juridiques pour s'opposer aux règlements concernant la santé, la sécurité ou l'environnement qu'elle considère comme trop coûteux ou trop lourds à supporter? Quelle est l'attitude que doit prendre l'entreprise vis-à-vis des changements techniques et de leurs effets sur les travailleurs? Une

entreprise doit-elle vendre à l'étranger ce que les lois sur les aliments et drogues lui interdisent de vendre au pays? Une entreprise doit-elle investir dans un pays où l'apartheid est une politique nationale? Une entreprise doit-elle contribuer à un seul parti politique ou à tous d'une manière égale? Faut-il divulguer au public toutes les contributions de ce genre?

Les questions qui précèdent éclairent non seulement les vagues contours mais aussi le milieu de la controverse entourant la responsabilité sociale. Il est évident que les entreprises varient considérablement dans leurs attitudes et leurs politiques à l'égard des travailleurs, de l'environnement, des changements techniques, du bien-être des consommateurs, de la santé et de la sécurité au travail, et du bien-être social. Par ailleurs, une entreprise qui applique des politiques progressistes dans un domaine peut être attardée dans un autre, et ce, pour des motifs qu'elle considère comme valables. L'évolution des conditions et des perspectives économiques a une façon de transformer rapidement la plus progressiste des entreprises en une société conservatrice. La responsabilité sociale d'une entreprise se réduit-elle donc à un débat sans fin et sans solution, les entreprises agissant dans une grande mesure à l'avenir comme par le passé? Cela ne devrait pas être le cas, si ce n'est que parce qu'une série de preuves indiquent que nombre d'entreprises, et parmi elles les plus importantes et les plus puissantes, ont agi de façon irresponsable sur le plan social, causant des torts graves et coûteux à la société. La réglementation n'est pas la seule ou même la meilleure réponse, pour la simple raison qu'elle ne fonctionne pas toujours, qu'elle coûte énormément cher et qu'elle peut être une source d'inefficacité. La meilleure solution, en plus d'une réglementation éclairée, réside dans un changement structurel qui comporte une part de responsabilité sociale tout en laissant à l'entreprise la liberté d'intervenir de façon efficace dans l'économie. Avant d'aborder la question des changements structurels, il est nécessaire d'examiner brièvement la situation à la fois économique et légale ainsi que la réalité de l'organisation des entreprises.

Le contexte économique

On perçoit souvent à tort que la déclaration abondamment citée de Milton Friedman, selon lequel l'unique responsabilité sociale d'une entreprise consiste à réaliser des profits, manifeste une attitude « je-m'en-foutiste » à l'égard du public. En fait, il ne faisait qu'exprimer l'idée que l'entreprise sert de la meilleure façon possible la société si, dans un marché concurrentiel, elle s'efforce de maximiser ses revenus. Cet objectif mènera à une gamme de prix et à une distribution des ressources qui contribueront de la meilleure façon possible au bien-être économique de la société dans son ensemble. Demander aux chefs d'entreprise de s'éloigner de cet objectif fondamental de maximisation

des profits c'est mettre en danger la capacité des entreprises d'intervenir de façon efficace dans le secteur économique. En outre, cette maximisation des profits est un critère facile à comprendre et à vérifier qui permet de surveiller la direction. Il s'agit d'un concept auquel la direction peut pleinement réagir et auquel le marché peut recourir pour vérifier le rendement et corriger l'inefficacité. Nul autre critère n'atteint si bien ce double objectif important⁶⁹. Il vaut mieux laisser au système public d'élaboration des lois et des règlements, au système d'exécution privé et au processus judiciaire la responsabilité des politiques publiques et du bien-être de ceux qui sont touchés par l'entreprise.

Il y a beaucoup à dire en faveur de la position de Friedman, mais on ne peut souscrire entièrement à sa prescription; celle-ci est trop simple et, par conséquent, dissimule de nombreuses questions difficiles. Friedman lui-même a déclaré que la responsabilité de l'entreprise est de faire le plus d'argent possible « tout en se conformant aux règles fondamentales de la société, à la fois celles qui sont incorporées dans la loi et celles qui sont incorporées dans les usages éthiques⁷⁰ ». Il s'agit là d'une formulation qui soulève certainement des questions de responsabilité sociale. Qu'en est-il de la pollution, de la sûreté des produits et de la santé et de la sécurité au travail? N'exige-t-on aucune preuve et aucune surveillance de la part, par exemple, d'une société de fabrication de produits chimiques ou pharmaceutiques au-delà de ce qu'exige la loi? Les considérations économiques sont-elles les seules applicables qui entrent dans la décision que prendrait par exemple la société Inco de fermer sa fonderie à Sudbury? Même si l'on ne parle que de normes légales, la doctrine de Friedman ne tient pas compte des rapports entre les entreprises et l'État qui sont décrits dans le présent document. Le gouvernement ne fixe pas les règles indépendamment de l'entreprise, et les règlements ne sont pas exempts de l'influence de ces dernières. D'une manière très réelle, les entreprises contribuent à définir les règles qui s'appliqueront à elles et, ensuite, à influencer la nature, la forme et l'efficacité de leur application. Il y a certainement lieu d'examiner les questions de responsabilité sociale dans l'ensemble de ce processus. Enfin, la thèse de Friedman dépend du fonctionnement de marchés concurrentiels, et cette condition ne s'applique qu'à des degrés divers dans un grand nombre d'industries canadiennes. La détermination de prix indicatifs est une pratique bien documentée dans les grandes industries, qui partagent pour la plupart une structure oligopolistique. L'argument en faveur de structures d'entreprise reconnaissant leur responsabilité sociale n'est pas incompatible avec celui de la maximisation des profits en tant qu'objectif fondamental des entreprises.

Le contexte légal

Ce sont les tribunaux plutôt que les lois sur les sociétés qui considèrent que la maximisation des profits est le but unique et légitime des sociétés. Les lois canadiennes ne font pas mention de cet objectif, mais donnent

plutôt mission aux administrateurs d'« agir honnêtement et de bonne foi pour le plus grand avantage de l'entreprise⁷¹ ». Il s'agit là d'une formule qui peut être interprétée largement lorsqu'il est question pour les administrateurs de juger de bonne foi ce qu'est de « plus grand avantage ». Les tribunaux, cependant, ont toujours soutenu que « l'entreprise », dans le contexte où nous l'entendons ici, désigne les actionnaires en tant que groupe. Cela signifie donc qu'il faut définir les politiques et exploiter les éléments d'actif d'une manière qui favorise les intérêts des actionnaires plutôt que ceux de tout autre groupe, quelle que soit l'étroitesse des rapports de ce dernier avec l'entreprise. Le jugement faisant jurisprudence, qui est aujourd'hui annulé par voie de droit au Royaume-Uni, est celui qui a été rendu dans l'affaire *Parke c. Daily New Ltd*⁷². Deux journaux devaient être vendus à une autre société, et il fallait mettre à pied de nombreux employés. Les administrateurs de la société vendeuse proposèrent de distribuer entre les employés le produit de la vente. À l'instigation d'un seul actionnaire, le tribunal interdit cette distribution en invoquant l'argument que les actionnaires étaient le seul groupe dont les intérêts étaient en cause. Même si l'affaire *Parke* est peut-être inusitée, parce que l'entreprise mettait fin à ses activités principales et distribuait ses éléments d'actif, il ne fait aucun doute que c'est l'interprétation plus étendue concernant la primauté de l'intérêt des actionnaires qui fait loi au Canada.

La décision rendue dans cette affaire n'empêche pas les dons de charité ou les contributions politiques, vraisemblablement parce que les administrateurs considèrent honnêtement que cela favorise l'entreprise sur le plan de sa réputation au sein de la communauté et de ses relations avec le gouvernement, et que, par conséquent, cela profite en fin de compte aux actionnaires. De telles activités sont rarement contestées, et lorsque cela se produit, les tribunaux ont tendance à accorder beaucoup de latitude aux administrateurs pour ce qui est de déterminer ce qui avantage le mieux l'entreprise, mais il faut en définitive que ces intérêts soient liés à la réalisation de profits, que le lien soit étroit ou l'objectif à long terme ou non. Les statuts des entreprises, selon l'interprétation qu'en font les tribunaux, ne couvrent évidemment pas tout l'environnement légal dans lequel elles fonctionnent. Cet environnement leur impose des restrictions [et des responsabilités qui concernent toutes les personnes] ou tous les groupes qu'elle touche — les travailleurs, les consommateurs, les créanciers, les débiteurs, la population en général et l'État. Cependant, pour ce qui est de la fonction de base des entreprises, la loi exige qu'elles agissent de manière à favoriser les intérêts des actionnaires et à accroître leur richesse.

Le contexte structurel

Berle et Means ont décrit le changement qui s'est opéré entre le contrôle exercé par les propriétaires et le contrôle exercé par les administrateurs,

mais ils ont eu peu à dire sur les effets d'un tel changement fondamental. Ils ont cependant émis l'hypothèse que l'élite administrative, n'étant pas soumise aux contraintes de la propriété, ne serait pas mue exclusivement par la notion de profit et considérerait le rôle de l'entreprise sous une optique plus étendue, qui ressemblerait davantage à celle d'hommes d'État. Après un examen des nombreuses études menées sur ces deux types d'entreprises depuis les années 1930, on en est venu à la conclusion que « les groupes qui contrôlent ces organisations (les administrateurs) semblent s'intéresser autant à la croissance profitable de leur entreprise que les dirigeants d'entreprises et de sociétés contrôlées par leur propriétaire, et ce, dans le passé comme aujourd'hui⁷³ ». Les pressions de la concurrence, l'adhésion des gestionnaires au critère des profits, la discipline des marchés financiers et les exigences de la propriété institutionnelle ont toutes contribué à la primauté des notions de profit et de croissance profitable dans les activités des entreprises. Il existe peu de preuves de l'existence d'une éthique de responsabilité sociale chez les administrateurs, même si on le proclame souvent en public. En fait nombre de preuves indiquent que les entreprises les plus importantes, les plus avancées sur le plan technique et comptant le plus grand nombre d'actionnaires font montre d'irresponsabilité sur le plan social. Voici quelques-uns des cas les plus connus et les mieux documentés :

- Cela faisait des dizaines d'années que l'on se préoccupait de l'effet de l'amiante bleue et des taux élevés de cancer chez les travailleurs qui y étaient exposés. La société Johns-Manville, tant au Canada qu'aux États-Unis, nia régulièrement ces effets, ne prit que peu de mesures pour changer la nature de sa production et dut finalement faire faillite aux États-Unis pour se protéger des demandes d'indemnité de plusieurs millions de dollars faites lors de poursuites collectives intentées par des travailleurs et la succession de travailleurs décédés. Les notes de service, dossiers et déclarations sous serment déposés au moment de ces poursuites collectives, y compris un rapport qu'avait rédigé en 1949 un agent médical de l'entreprise à Asbestos, au Québec, montrent que celle-ci avait pour politique de ne pas déclarer aux travailleurs qu'ils souffraient d'amiantose avant qu'ils ne deviennent physiquement invalides.
- La *Canada Metal Company* a nié les effets intoxicants de contaminants à base de plomb qui provenaient de son usine de Toronto, malgré les preuves d'affections contractées par des personnes résidant à proximité, et a entrepris une action retardatrice prolongée devant les tribunaux pour éviter que les taux d'émission soient réduits.
- La *Reed Paper Co. Ltd.* et la société qui lui a succédé, la *Great Lake Forest Products Ltd.*, a gravement empoisonné au mercure le réseau de la rivière English Wabigoon dans le nord de l'Ontario. Dans un rapport rédigé conjointement par le gouvernement fédéral et l'Ontario en 1980, on a estimé que les opérations de nettoyage pourraient coûter

plus de 800 millions de dollars et s'étendre sur plus de trente-cinq ans. La situation a entraîné la désintégration sociale de la bande indienne Grassy Narrows.

- En juin 1978, la *Ford Motor Company* a rappelé les automobiles de marque Pinto fabriquées entre les années 1971 et 1976. Le réservoir à essence, monté à l'arrière de la voiture, pouvait facilement éclater en cas de collision, et cela avait causé environ 180 décès par année. Des documents internes, connus sous le nom de Documents Pinto (Pinto Papers), indiquaient prétendument que la compagnie Ford avait soumis cette voiture à des accidents une quarantaine de fois et qu'à chaque essai effectué à plus de 25 milles à l'heure, sans modification spéciale de la structure, le réservoir éclatait. Aucune modification de structure n'a été apportée aux Pintos fabriquées sur la chaîne de montage.
- La société *Allied Chemical* s'est vue imposer une amende de 13,2 millions de dollars pour avoir enfreint la *Water Pollution Control Act* en déversant dans les rivières de la Virginie du kepone, produit soupçonné d'être un agent cancérigène. Les travailleurs de l'usine se sont plaints de graves tremblements et d'autres symptômes d'empoisonnement au kepone.
- La société *Lockheed Aircraft* a versé entre 30 et 38 millions de dollars en « paiements douteux » entre les années 1970 et 1975 pour obtenir des ventes d'appareils à l'étranger. On prétend qu'Énergie atomique du Canada, Polysar et d'autres grandes entreprises américaines et canadiennes ont usé de pratiques semblables.
- Le 13 février 1983, le *New York Times* a déclaré dans un article que la compagnie Ford devait verser 20 millions de dollars à la suite de procès pour décès et blessures imputables à des transmissions et à des freins défectueux. Les documents obtenus de la compagnie montraient que celle-ci était déjà consciente du problème au début des années 1970. Une note de service faisait état d'un changement de conception proposé que la division des véhicules avait rejeté à cause de son coût.
- La compagnie *General Motors* fait actuellement l'objet de poursuites au sujet d'allégations selon lesquelles les freins de plus d'un million de voitures -X étaient imparfaits et que la compagnie était au courant de ce problème lorsqu'elle a vendu ces véhicules. Des incidents imputables aux freins arrières des voitures -X ont occasionné 1 500 accidents, 322 blessures et 17 décès. C'est le gouvernement des États-Unis qui prétend que les administrateurs supérieurs de la compagnie GM étaient au courant de la défectuosité et qu'ils n'y ont pas remédié.
- La *Firestone Rubber Company* a reçu l'ordre de rappeler ses pneus de la série « Radial 500 », parce qu'ils étaient considérés comme dangereux. La compagnie s'est lancée dans un long procès pour contester la décision, afin de « réduire de façon marquée l'incidence financière »

du rappel, étant donné que l'ordre ne s'appliquait qu'aux pneus vendus au cours des trois années précédant la date de son entrée en vigueur.

- La *Reserve Mining Company* a déclaré en 1980 qu'elle avait cessé de déverser des déchets de taconite dans le Lac Supérieur, et ce, vingt ans après que l'on eut entamé des poursuites pour s'opposer à cette pratique.

Ces quelques cas d'irresponsabilité, et parfois de crime, que nous avons choisis au hasard, n'ont pas pour but d'indiquer que les entreprises transgressent ou éludent constamment la loi et causent des ravages dans la société. Mais cette liste, qui n'est que la pointe d'un iceberg, soulève des questions troublantes au sujet de la nature de l'organisation des entreprises et des actions d'individus dans un contexte organisationnel. Le besoin de réussite qui pousse aussi bien cette entité à but lucratif qu'est une entreprise que ceux qui y travaillent, crée « une tendance structurelle à l'irresponsabilité⁷⁴ ». Au chapitre de la pollution, de l'hygiène au travail et de la sécurité des consommateurs, les grandes entreprises ont la triste réputation de ne pas se conformer aux lois et règlements, de faire preuve d'indocilité, d'entraver les mesures correctives et de dissimuler des faits. Il est à noter que ce sont tous des domaines relativement nouveaux de la réglementation sociale, par opposition aux domaines plus traditionnels de la réglementation économique, où l'on considère que la conformité aux lois et règlements entrave les méthodes de production internes et occasionne des coûts élevés. Ces lois et ces règlements, estime-t-on, contrecarrent les prérogatives traditionnelles de la direction, ont un effet douteux et faussent gravement le rapport coût-avantages. La conformité aux lois et règlements peut entraîner immédiatement une hausse marquée des coûts et donc une diminution des profits. En conséquence, les entreprises résistent, et le public en subit les effets et paie le prix des « aspects extrinsèques » de la production.

En ce qui concerne les actions des membres de l'entreprise, celles-ci s'expliquent par le fait qu'ils doivent adhérer aux normes de l'organisation et s'adapter s'ils veulent accéder à un poste supérieur. Le profit est l'unique objectif, et ceux qui réussissent sont ceux qui y contribuent le mieux, quelles que soient leur place et leur fonction au sein de l'organisation. Le rendement se mesure au moyen de résultats financiers quantifiables — les ventes, les gains et le rendement des investissements. Dans une telle atmosphère, il n'est pas raisonnable de s'attendre que les gestionnaires réagissent aux préoccupations d'ordre social. Cela occasionne des coûts, dont l'importance est souvent incertaine, qui diminuent les résultats financiers. C'est pourquoi les entreprises font obstacles aux revendications à caractère social, ou, si on les contraint à y répondre, s'y conforment le moins possible, les contestent ou les éludent.

Weiss et Stone se sont intéressés à l'effet de la structure des entreprises sur leurs responsabilités⁷⁵. Les grandes entreprises sont structurées en divisions avec, à leur tête, de petites directions centrales chargées des finances, de la planification à long terme et de l'évaluation du rendement. Les gestionnaires des divisions s'occupent des opérations et des résultats d'exploitation. La direction des grandes entreprises incombe donc à un petit groupe de gestionnaires supérieurs. Pour les gestionnaires qui travaillent dans les divisions, et ceux qui en gravissent les divers échelons, le critère est le rendement, tel que mesuré par les résultats financiers. S'il surgit des difficultés qui pourraient influencer sur le rendement, par exemple, un produit défectueux, un fait qui retarde la réalisation d'essais plus poussés, une modification des méthodes de production, une conception inadéquate ou une élimination insatisfaisante des déchets, la tendance est d'en minimiser l'importance et d'éviter une solution coûteuse, si cela est le moins possible. On a aussi tendance à veiller à ce que les nouvelles des difficultés n'atteignent pas les niveaux supérieurs de la hiérarchie et surtout pas la direction centrale. Toute bureaucratie complexe est sensible au problème de la circulation des informations, et il est fort possible que la direction ne soit pas consciente d'un grave problème, comme un défaut de conception révélé par des essais effectués à l'usine.

Il n'est pas réaliste de s'attendre que ceux qui parviennent à gravir les échelons menant à la direction centrale acquièrent soudainement le sens des responsabilités sociales. Souvent, ils ont axé toute leur carrière sur la production de résultats profitables, et c'est le succès financier de l'organisation qui détermine leur succès en tant qu'administrateurs principaux. Ceux qui parviennent à décrocher un emploi clé sont peut-être bien des personnes d'envergure et de grande compétence, mais ils ont été façonnés par les caractéristiques particulières des organisations dont ils font partie, et ils doivent se préoccuper avant tout des considérations liées au profit et à la croissance profitable.

Quelques solutions provisoires

Existe-t-il un mécanisme quelconque qui viendrait à bout de la tendance structurelle à l'irresponsabilité au sein des entreprises modernes? Weiss a rendu compte d'étude menées à la *Business School* de l'Université Harvard qui ont déterminé un processus permettant aux entreprises de promouvoir un comportement responsable sur le plan social⁷⁶. Le processus de réaction était évolutif et comportait trois étapes distinctes : une étape d'élaboration de politiques qui mettait en cause la décision de l'administrateur principal de s'occuper de cette question; une étape d'apprentissage, qui nécessitait souvent l'adjonction de spécialistes pour des fins de sensibilisation et de création d'informations; une étape critique d'engagement qui exigeait que l'administrateur prin-

principal modifie les systèmes de gestion pour inciter les gestionnaires des services d'exploitation à assumer la responsabilité de produire des résultats répondant à des objectifs à la fois économiques et sociaux. La question critique est celle de savoir si l'administrateur principal prendra un engagement vis-à-vis de politiques responsables sur le plan social. Il y a peu de raisons de conclure que, sauf dans de rares cas, on prendra un tel engagement. Ainsi qu'il a été noté précédemment, la dynamique de l'organisation, les critères relatifs au succès personnel et l'adhésion aux règles de conduite de l'entreprise qui mènent au poste d'administrateur principal, militent tous contre cet engagement. Les autorités indiqueront bien sûr publiquement qu'elles appuient cette idée et qu'elles demeurent sensibles aux dimensions sociales de l'activité de l'entreprise, mais il est fort peu vraisemblable qu'elles s'engageront réellement à modifier le processus décisionnel et les structures de l'entreprise dans le but d'atteindre des objectifs sociaux. Seuls des changements structurels imposés de l'extérieur produiront ce résultat.

La restructuration des conseils d'administration, dans le but de représenter les intérêts de la société qui sont le plus touchés par la conduite des entreprises, est une solution que devraient sérieusement envisager ceux qui élaborent les politiques et ceux qui dirigent les entreprises. Ces groupes comprendraient les travailleurs, les consommateurs et les représentants d'autres groupes, suivant la nature de l'entreprise et son incidence dans des secteurs particuliers. Dans certains cas, cela pourrait même comprendre un représentant du gouvernement, par exemple, le représentant d'un organisme de protection de l'environnement qui siègerait au conseil d'une usine de fabrication de produits chimiques ou de pâtes et papier, un responsable de l'hygiène publique qui siègerait au conseil d'une usine de fabrication de produits chimiques ou pharmaceutiques, un spécialiste de la sécurité qui siègerait au conseil d'un fabricant d'automobiles. Dans une communauté mono-industrielle, des représentants du gouvernement municipal pourraient aussi siéger au conseil. Ces membres représenteraient des intérêts spéciaux et auraient pour responsabilité première de veiller à ce que leurs préoccupations soient prises en considération d'une manière décrite dans l'étude de Harvard. Le conseil aurait toujours pour responsabilité globale d'avantager le plus possible l'entreprise et d'assurer l'efficacité de son exploitation en tant qu'entité lucrative, mais non de maximiser les profits à tout prix. La majorité des membres du conseil demeurerait vraisemblablement des personnes jouissant d'une vaste expérience des affaires.

Il serait naïf de laisser entendre que le fait d'asseoir un représentant d'intérêts spéciaux au conseil d'une grande multinationale modifiera soudainement la nature des activités de cette dernière, ses activités extra-industrielles ou les préoccupations financières primordiales que la direction considère comme prioritaires. Il ne faut pas non plus négliger les faits sociaux de la cooptation et de la collégialité. Cependant, le fait

d'apporter par voie législative une modification structurelle au conseil d'administration, avec le pouvoir latent que cela comporte d'exiger une réponse des administrateurs supérieurs et, par leur entremise, de diriger la bureaucratie de l'entreprise est une condition capitale pour que les entreprises amorcent une réforme axée sur les responsabilités sociales. Une telle mesure législative devrait porter sur des questions telles que les groupes visés, le nombre, le mandat, la proportion, les pouvoirs, la publicité, l'appui et les sanctions. Toutes ces questions soulèvent des difficultés, mais pour lesquelles il n'est pas impossible de trouver une solution avisée. Seule une réforme touchant la structure de direction et de réaction de l'entreprise pourrait mener à la création d'une communauté d'entreprises souple et responsable sur le plan social.

Des critiques américains, comme Brudney, Winter, Herman et Clark, se sont sévèrement opposés à cette proposition, ainsi qu'à ses diverses variations, comme le conseil composé de neuf personnes représentant neuf intérêts distincts qu'a suggéré Ralph Nader⁷⁷. Ces critiques soutiennent que de tels conseils d'administration ne remplacent pas la réglementation gouvernementale (Brudney), qu'ils entraîneraient un accroissement plutôt qu'une diminution de la discrétion des administrateurs (Winter), qu'ils deviendraient des « tours de Babel » fonctionnant par concessions (Herman), et qu'ils pourraient nuire à l'efficacité globale de l'affectation des ressources et constituer une forme illégitime de gouvernement (Clark). Ces quatre auteurs soulignent tous le problème des conflits de devoirs, et mettent en doute la nature des lignes de conduite relatives aux décisions à prendre. Ils soulèvent également le problème de savoir qui nommera et désignera les représentants des groupes d'intérêts spéciaux, envers qui ces personnes seront responsables et par rapport à quelles normes elles seront jugées. Ce qui est peut-être plus révélateur c'est qu'ils font référence à des études sur le fonctionnement des conseils d'administration, qui montrent que ceux-ci sont essentiellement impuissants⁷⁸. Les conseils sont soumis à l'autorité de l'administrateur principal, qui choisit les membres, détermine quelles informations ils recevront, fixe le programme et choisit même celui qui lui succédera. Ce sont des problèmes réels, mais non insurmontables, et il s'agit souvent d'arguments techniques soulevés par les avocats pour masquer le fait que l'entreprise préfère conserver sa structure actuelle et voit d'un oeil hostile que l'on intervienne dans l'entreprise privée.

Les préoccupations soulevées par Brudney et Clark, plus particulièrement, nécessitent un bref commentaire. Comme l'indique Brudney, la plupart des critiques américains qui favorisent l'idée de l'administrateur indépendant, y compris le *Business Roundtable*, le font dans l'espoir que cette solution remplacera une réglementation plus sévère. Par ailleurs, l'administrateur indépendant qu'ils envisagent est habituellement une personne qui ne fait tout simplement pas partie de la direction. Brudney critique à juste titre ces propositions, en s'appuyant sur les questions

pratiques complexes qui restent sans réponse et sur le rendement à ce jour des conseils dotés d'administrateurs indépendants. Dans ce contexte, il soutient que l'administrateur indépendant ne peut remplacer d'aucune manière une réglementation importante. Cela est assurément exact et il est important de noter que la proposition de restructuration décrite précédemment n'est pas du même ordre que les propositions relatives aux administrateurs indépendants auxquelles s'oppose Brudney. La proposition qui est faite ici concerne une réforme plus fondamentale qui traitera des questions difficiles, comme les groupes visés, les pouvoirs, les systèmes d'appui, la publicité, etc., qui ouvrirait la direction de ces grands centres de pouvoir à des intérêts plus étendus et améliorerait la conformité aux régimes législatifs et réglementaires. Avec le temps, ces conseils restructurés pourraient fort bien inciter les entreprises à se comporter de façon plus avisée, ce qui permettrait d'atténuer la réglementation. Cela ne veut pas dire qu'il n'est pas nécessaire d'établir une réglementation importante et d'améliorer le processus de réglementation ou que les conseils restructurés élimineront ce besoin. L'argument relatif à la conformité plus grande aux exigences légales existantes revêt une importance particulière. Comme Stone le fait remarquer, l'irresponsabilité des entreprises découle en grande partie du fait qu'elles ne se conforment tout simplement pas aux lois et règlements existants⁷⁹. Un conseil restructuré pourrait jouer un rôle de surveillance efficace et tempérer aussi les efforts que déploient les entreprises pour contrecarrer et modifier les règlements proposés et existants.

Clark ne s'oppose pas à l'idée de l'extension du processus décisionnel des entreprises, mais il soulève un certain nombre de préoccupations valables. Même s'il a raison, dans une certaine mesure, lorsqu'il indique que l'un des motifs de cette restructuration est l'échec du gouvernement, il ne s'agit guère de « la raison principale ». Soutenir cela c'est méconnaître le rapport crucial entre cet échec et le pouvoir des entreprises. La proposition de restructuration des conseils n'est pas non plus un moyen de contribuer à la « dispersion des pouvoirs du gouvernement [...] ce qui réduit ainsi les risques d'abus systématique de ces pouvoirs et favorise la démocratie fondée sur la participation⁸⁰ ». Là encore, le problème est le pouvoir des entreprises, et son rapport avec le pouvoir de l'État, et non pas le pouvoir de l'État *en soi*. Quelles que soient les préoccupations relatives aux abus de l'État et à la bureaucratie envahissante, il y a toujours des électeurs qui peuvent instituer des changements au niveau local, provincial et national, et qui le feront. Ce qui est nécessaire c'est de réduire les abus de pouvoir des entreprises et de promouvoir la démocratie au sein du monde des entreprises.

Clark soulève la question d'un fléchissement du rendement économique, car la direction n'aurait plus l'objectif unique et précis de la maximisation des profits qui permet de mesurer son rendement. Il est

difficile de savoir pourquoi cela devrait être le cas. La conformité aux lois et aux règlements existants, ainsi qu'un certain sens du pouvoir et de l'incidence des activités d'une entreprise, ne sont pas incompatibles avec la notion d'une entreprise efficace, qui vise à maximiser ses profits. Il n'est pas nécessaire de substituer de vagues objectifs sociaux à la maximisation des profits. La question en jeu est la maximisation responsable des profits, plutôt que la maximisation à tout prix. Presque tous les incidents d'irresponsabilité, d'illégalité, d'inconduite et d'insensibilité de la part des entreprises qu'ont documentés d'innombrables observateurs pourraient être corrigés dans le cadre d'un régime de maximisation responsable des profits. Soutenir que cela est impossible c'est soutenir qu'une entreprise fructueuse doit nécessairement faire preuve d'irresponsabilité sur le plan social, ce qui équivaut sûrement à se prononcer en faveur d'une réglementation envahissante ou de l'entreprise publique. Enfin, Clark se préoccupe du fait que les entreprises dotées d'un vaste groupe de représentants « constitueraient une forme illégitime de gouvernement⁸¹ ». Mais, ainsi qu'il le reconnaît, cela ne serait pas nécessairement le cas si l'on déploie des efforts particuliers à l'étape de la conception institutionnelle pour s'assurer que ceux qui devraient être représentés le sont effectivement. Ce que nous proposons ici n'est pas simplement le cas d'actionnaires et de travailleurs, par exemple, qui dirigent l'entreprise au mieux de leurs intérêts. La représentation proposée serait assez vaste pour englober tous les grands groupes d'intérêts qui, dans le contexte particulier, devraient être représentés.

La gestion efficace des entreprises nord-américaines par des administrateurs compétents comporte de nombreux aspects qu'il faudrait préserver. Le système a produit des bienfaits qui ont favorisé de grands éléments de la société. Mais il existe des problèmes réels de direction et de légitimité, des problèmes liés à l'échec des règlements, à l'échec du marché, aux abus de pouvoir, au coût de facteurs extrinsèques (des vies humaines souvent) et à la restructuration de notre économie que l'évolution des techniques et l'internationalisation nous forcent à accomplir. Il n'est pas au-dessus des capacités des avocats, des hauts fonctionnaires et des dirigeants d'entreprise de concevoir des structures et des lois qui aideraient à résoudre ces problèmes. Une telle restructuration se heurterait sûrement à une formidable opposition de la part des chefs d'entreprise. Mais si l'on percevait cette restructuration comme une solution à une réglementation plus envahissante, ou à l'entreprise publique, il serait possible de trouver des chefs d'entreprise qui se joindraient à ceux qui reformuleraient la nature de la direction des entreprises. L'idée d'un mandat détaillé de responsabilité sociale pour toutes les sociétés ouvertes pourrait aussi s'avérer très intéressante, puisqu'aucune entreprise n'aurait à se préoccuper d'affaiblir sa position concurrentielle en réagissant aux préoccupations d'ordre social. Par ailleurs, il ne s'agirait

plus d'une idée informelle et changeante qui, en fait, pourrait accroître les prérogatives des administrateurs, mais d'ensembles de lignes de conduite et de critères dont le coût pourrait être calculé. Ce n'est qu'à ce stade que l'on peut s'attendre que les administrateurs réagissent et rajustent leurs pratiques et leurs prix en conséquence.

Conclusion

La réforme structurelle présentée précédemment ne traite pas du problème central du pouvoir des entreprises que soulève le présent document. Une ouverture des conseils à des groupes représentatifs et la divulgation grandement accrue d'information seraient un pas dans la direction de la légitimisation du pouvoir public et pourraient mener à une diminution des pires abus de ce pouvoir. Toutefois, les grandes entreprises ouvertes demeureront un important centre de pouvoir dans notre société, n'ayant comme seul égal que l'État lui-même. Ce pouvoir est d'une envergure telle qu'il soulève des questions fondamentales au sujet de la théorie de la démocratie : quelle est l'origine du mandat confié par les gouvernés? Nous connaissons la réponse à cette question, mais ce n'en est pas une que nous désirons reconnaître. Par ailleurs, ainsi qu'il a été proposé, l'État doit s'adapter à ce pouvoir, ainsi que le réglementer, s'il désire gouverner d'une manière efficace.

Il y a certaines mesures que l'État pourrait prendre pour créer une société plus ouverte et gouvernée de façon plus efficace, s'il en a la volonté. Il faudrait discuter ouvertement des questions de concentration, des entreprises à peu d'actionnaires et des entreprises détenues par des intérêts étrangers, et l'on devrait tenir un débat informé sur les meilleures solutions qui s'offrent au pays dans un monde de concurrence et de marchés financiers internationaux. Il faut aussi se pencher sur la concentration extrême des médias d'information, c'est-à-dire la télévision, la radio et les journaux, et trouver des solutions. Faut-il que la révolution dans le domaine des techniques d'information soit dominée par les mêmes groupes, avec ce que cela signifie comme emprise sur la société? Quels mécanismes peut-on établir qui offriront des voies de représentation plus vastes à d'autres groupements d'intérêts? Si, ainsi que Presthus le prétend, l'accommodement des élites est le mécanisme de coordination qui assure « un équilibre approximatif entre les groupes d'intérêts concurrents dans les sociétés démocratiques », comment garantir un rôle plus égal aux intérêts autres que les entreprises quand vient le temps de prendre des décisions concernant les politiques? Ou cela est-il impossible dans une économie mixte de libre entreprise, vu le rôle que doit nécessairement jouer le milieu des affaires? Existe-t-il des façons de financer la politique, la culture, la recherche et, de plus en plus, l'enseignement supérieur autrement que par l'intermédiaire des entreprises, avec l'influence, sinon l'emprise, que cela implique? Il

n'existe pas de réponse facile à ces questions, mais il s'agit de questions réelles sur lesquelles il faudrait axer les débats publics.

L'État possède soit le pouvoir de nommer des membres soit une grande influence sur la nomination des membres d'un grand nombre de conseils publics — sociétés d'État, organismes de réglementation, conseils de recherche, organismes subventionnés, universités, hôpitaux et organismes culturels et de charité. Comment se fait-il qu'en général ces conseils se composent d'administrateurs d'entreprise? Il est certain que leurs connaissances spécialisées en gestion et en finance, ainsi que leur capacité de réunir des fonds sont des avantages importants. La place dominante qu'occupe l'entreprise dans notre culture est un autre élément de la réponse, et l'étendue des activités extérieures de l'entreprise a une influence indirecte importante sur la création du climat politique. L'ouverture de ces conseils à une représentation bien plus vaste de la société, plutôt qu'à la représentation symbolique de divers groupes, comme c'est souvent le cas aujourd'hui, serait un pas important et facile à franchir vers un État plus démocratique. Dans notre société bien nantie et bien instruite, il existe un réservoir important de personnes compétentes qui pourraient contribuer de façon importante à sa direction si on leur en donnait la possibilité.

Le rôle des idées dans le processus d'élaboration des politiques est un autre aspect essentiel sur lequel le gouvernement devrait davantage se pencher. Nous avons noté le rôle de plus en plus important que jouent les groupes de réflexion indépendants et parrainés par des entreprises, ainsi que les vues étroites des médias d'information. Le public est de plus en plus soumis à une gamme restreinte d'idées, auxquelles réagit le gouvernement. En cette période où le taux de chômage se maintient à 11,5 p. 100, les préoccupations actuelles au sujet du déficit national tournent presque exclusivement autour de la nécessité de réduire ce déficit. Les dirigeants d'entreprise, ainsi que les instituts aux tendances conservatrices, insistent sur le caractère primordial de la réduction, et la presse répète comme un perroquet leurs positions. Les stratégies économiques de rechange et leurs résultats ne font l'objet de presque aucun débat public. Pour formuler des politiques, il est essentiel de pouvoir compter sur une gamme plus vaste d'idées qui constitueraient la base d'un débat public mieux informé. Il est certain que l'État lui-même génère des idées et des positions de principe au sein de la bureaucratie, et les universités sont une importante source d'idées. Mais l'État s'y prend mal pour rendre publiques ses idées (par exemple, la fermeture des librairies du gouvernement fédéral a certainement été une mesure rétrograde), et les écrits des universitaires circulent principalement entre les universitaires. La création de l'IRP (Institut de recherches publiques) est un pas dans la bonne direction, et depuis quelques années ses publications sont de grande qualité. Il est nécessaire que l'État finance davantage de centres de recherche indépendants de ce genre,

auxquels il devrait confier des missions particulières et générales tant au sein qu'à l'extérieur des universités. Et en cette ère de techniques d'information, il faudrait songer d'une manière plus approfondie à diffuser plus largement les résultats de ces recherches. La circulation des idées sera peut-être toujours relativement restreinte dans notre société, mais il est possible de trouver des moyens de sensibiliser davantage la population et d'intensifier les débats publics.

Un autre aspect du pouvoir des entreprises qui revêt une forme plutôt singulière au Canada est le fait que l'État semble l'avoir insuffisamment reconnu depuis les quinze dernières années. Trop souvent, ce dernier donne l'impression d'avoir annoncé des politiques sans consulter suffisamment, sinon pas du tout, le milieu des affaires, ce qui est une source de confrontation, d'acrimonie et d'échec des politiques publiques. L'économie ne peut guère se permettre que cette suite de faits se répète. Cela ne veut pas dire qu'il faut se lancer dans un type de corporatisme où l'État et l'entreprise décident discrètement de ce qui convient le mieux au pays. L'État doit encore gouverner et définir la politique économique, mais l'entreprise doit être consultée de façon plus étendue et plus efficace et sentir que ses préoccupations sont entendues et prises en considération — même si elle n'approuve pas la politique qui en résulte. Le milieu des affaires comprendra au moins sur quoi repose cette politique et que celle-ci est le fruit d'un débat informé et de mûres réflexions. Un tel débat incitera l'État à s'occuper bien davantage de sensibiliser la population et le milieu des affaires, ce qu'il fait très mal à l'heure actuelle.

Dans son étude sur la réforme avortée de la politique de concurrence, Brecher indique que l'État lui-même était en partie responsable de cet échec, parce qu'il était incapable de prendre conscience de la portée et de l'incidence des changements proposés et qu'il manquait d'initiative pour prendre des mesures visant à informer et à sensibiliser les groupes les plus directement touchés, les médias d'information ou la population en général⁸². Comme le dit Brecher : « Ottawa a choisi de restreindre ses options bien au-delà des limites imposées par les forces extérieures⁸³. » La leçon que l'on en tire est le fait que l'État doit reconnaître le besoin essentiel de consulter, d'informer et de sensibiliser s'il désire susciter l'appui que requièrent ses politiques. L'État a à sa disposition de puissants instruments de communication pour créer un consensus et un sentiment de confiance, et il se doit de les employer de façon avisée pour obtenir que l'on appuie ses politiques.

L'État devrait avoir pour rôle de définir le cadre dans lequel fonctionne l'économie. Il ne devrait intervenir que dans les secteurs critiques qui ont besoin d'aide. Trop souvent, ces interventions ont été précipitées, irréfléchies, coûteuses et inefficaces, comme dans le cas, par exemple, du développement régional, de l'appui accordé à l'industrie cinématographique, des pertes subies dans le domaine de la recherche et

de la technologie, des subventions au titre du PESP, des immeubles résidentiels à logements multiples, etc. Au moment d'élaborer des politiques cadres et de proposer une intervention particulière, il faudrait diffuser largement les documents de principe et en débattre, et entendre véritablement les groupes d'intérêts qui sont directement et indirectement touchés. Il faut aussi établir des mécanismes plus efficaces, tant au sein qu'à l'extérieur du Parlement, pour surveiller l'application des politiques et en rendre compte si l'on veut que la population ait confiance en l'État. Le corporatisme présente un réel danger compte tenu de la réalité du pouvoir des entreprises, de l'émergence d'un réseau de dirigeants éminents représentant diverses entreprises (le CEQIN) et des mécanismes de consultation proposés. Mais ce n'est pas nécessairement cela qui se produira si les politiques préconisées et les résultats font l'objet d'un débat plus étendu et plus précis, si la consultation est véritablement élargie. Dans ce contexte, l'État serait à la fois mieux compris du milieu des affaires et davantage en mesure de résister aux pressions exercées par ce dernier.

Dans leur étude sur les dépenses de l'État, Bird et Green font ressortir un point important, à savoir que la politique industrielle de l'État devrait remplir la fonction importante de permettre au marché de fonctionner de façon efficace. Un élément essentiel d'une politique industrielle efficace est un secteur public qui fonctionne de façon appropriée, et cela peut nécessiter plus, et non pas moins, de dépenses gouvernementales. Ce qu'il faut faire c'est réexaminer la nature de ces dépenses. La force qui incite l'État à intervenir dans tant d'aspects de la vie canadienne est souvent bonne; c'est la manière dont il s'y prend qui est trop souvent lamentable. Comme Bird et Green le notent, il ne faut pas proclamer, et nombreux sont ceux qui le font, le caractère inévitable de « l'échec du gouvernement » mais « plutôt examiner de façon plus réaliste, cas par cas, exactement ce que les gouvernements font, comment ils le font, et quelles améliorations semblent possibles et souhaitables⁸⁴ ».

L'État se doit aussi d'étudier et d'évaluer plus activement les secteurs stratégiques de l'économie, étant donné sa nature concentrée et les structures régionales. Un récent rapport du gouvernement fédéral, toujours confidentiel au moment où le présent document a été écrit, évalue l'industrie des produits forestiers de la Colombie-Britannique⁸⁵. Ce rapport critique cette industrie et les décisions qu'elle a prises en matière d'investissements, et indique qu'elle se trouve maintenant bloquée par des techniques de transformation dépassées. Le rapport compare de façon défavorable les pratiques et stratégies canadiennes avec l'industrie suédoise et américaine. Un responsable du gouvernement fédéral a indiqué que le rapport « avait pour but de servir de base à une analyse stratégique à long terme de l'industrie la plus importante de la Colombie-Britannique⁸⁶ ». En résumé, l'industrie privée n'est peut-être pas toujours en train de faire le travail le plus efficace et de prendre les

décisions appropriées. L'Etat peut jouer un rôle efficace dans le domaine de la politique économique en exécutant ou en commandant de telles études sur l'industrie, auxquelles participeraient des représentants de l'industrie mais sans jouer un rôle dominant, comme moyen d'améliorer l'efficacité de l'entreprise privée et les politiques qu'elle détermine elle-même. Ce qui manque c'est davantage d'analyses conjointes et de haut niveau sur le secteur économique et industriel et de débats publics sur les stratégies, et ce, sur une base permanente.

La question du pouvoir des entreprises et des politiques publiques est un problème polycentrique. Il n'existe pas de solutions dans notre système économique, seulement une gamme de possibilités. Celle qui s'avérerait vraisemblablement la plus gratifiante pour la société dans son ensemble est une meilleure compréhension du pouvoir des entreprises et de ce que celui-ci implique, ainsi qu'une plus grande reconnaissance de la part de l'État de la nécessité d'en arriver à s'entendre avec ceux qui détiennent ce pouvoir. Les politicologues et ceux qui croient au pluralisme politique y verront peut-être des dangers, mais il s'agit probablement du seul moyen de trouver des solutions efficaces aux changements du milieu économique et social en évolution auxquels nous faisons face. Un gouvernement sensible aux dangers peut créer des mécanismes qui permettront au pluralisme de jouer son rôle entier et essentiel.

Notes

La rédaction de cette étude a été achevée en décembre 1984.

1. Une exception notable est l'étude réalisée par Richard Schwindt pour la Commission royale sur les groupements de sociétés, *The Existence and Exercise of Corporate Power: A Case Study of MacMillan Bloedel Ltd.*, document n° 15, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada.
2. Porter, *The Vertical Mosaic*, 1965; Clement, *The Canadian Corporate Elite*, 1975; Niosi, *Canadian Capitalism: A Study of Power in the Canadian Business Establishment*, 1981; Naylor, *A History of Canadian Business*, 1976; Litvak et Maule, *The Canadian Multinationals*, 1981.
3. Lindblom, *Politics and Markets*, 1977, p. 1780-1788.
4. Bird et Green, *Government Intervention for the Canadian Economy: A Review of the Evidence*, Toronto, Institute for Policy Analysis, Université de Toronto, 1985, p. 17 et 18.
5. *Ibid.*
6. *Idem*, p. 175.
7. *Ibid.*
8. Walkom, « Softer FIRA and NEP Have Little Impact », *The Globe and Mail*, 20 décembre 1984, p. P1.
9. Stanbury, *Business Interests and the Reform of Canadian Competition Policy, 1971-1975*, 1977; et Brecher, *Canada's Competition Policy Revisited*, 1982.
10. Gardner, « Tax Reform and Class Interests », (1981) 3 *Canadian Taxation*; et Bucovetsky, « The Mining Industry and the Great Tax Reform Debate » dans A.P. Press (édit.), *Pressure Group Behavior in Canadian Politics*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson, 1975.
11. *Rapport de la Commission royale sur les quotidiens*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1981.

12. *Idem*, p. 11. Les renseignements indiqués sont tirés du c. 1 : « The Scope of Concentration. »
13. Lindblom, *supra*, n. 3, p. 206–213. Les recherches réalisées pour la Commission royale sur les quotidiens indiquent que (traduction libre) « les grands quotidiens demeurent la source première d'information sur les affaires publiques, et ce, non seulement pour les principaux décideurs mais aussi pour les éléments de la population, à tous les niveaux, qui s'intéressent le plus à la politique » (p. 48).
14. Fletcher (avec la collab. de Bell et Gilsdorf), *Les quotidiens et les affaires publiques*, document n° 7, Commission royale sur les quotidiens, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1982, p. 13.
15. Clement, *supra*, n. 2, p. 278–287.
16. *Supra*, n. 9.
17. Stanbury, *supra*, n. 9, p. 36.
18. *Idem*, p. 36–41.
19. Brecher, *supra*, n. 9, p. 52.
20. *Idem*, p. 53.
21. *Idem*, p. 17.
22. *Idem*, p. 19.
23. *Idem*, p. 21.
24. *Idem*, p. 55.
25. *Ibid.*
26. *Idem*, c. X, « Summary ».
27. Gardner, *supra*, n. 10, p. 245 et 246.
28. *Idem*, p. 247.
29. *Idem*, p. 248.
30. *Idem*, p. 250.
31. Bucovetsky, *supra*, n. 10, p. 87–114.
32. *Idem*, p. 94 et 95.
33. *Idem*, p. 104.
34. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1978, p. 12.
35. *Idem*, p. 28.
36. *Idem*, p. 39.
37. *Idem*, p. 40.
38. *Idem*, p. 19.
39. Tel que rapporté à l'auteur par R.S. Khemani, d'après son étude intitulée *The Extent and Evolution of Competition in the Canadian Economy*, document qui sera publié sous forme de publication de recherche par la Commission royale sur l'union économique, etc.
40. Tous les chiffres cités proviennent de R.S. Khemani.
41. Bale, « The Interest Deduction to Acquire Shares in Other Corporations: An Unfortunate Corporate Welfare Tax Subsidy », (1981) 3 *Canadian Taxation*, p. 189.
42. *Idem*, p. 194.
43. *Idem*, p. 195.
44. *Ibid.*, citation tirée des débats de la Chambre des communes du Canada, 16 décembre 1971, p. 10552 et 10554.
45. Berle et Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Toronto, MacMillan, 1932.
46. Herman, *Corporate Control, Corporate Power*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, p. 79–85. La présente étude est fortement influencée par les travaux de Lindblom, *supra*, n. 3, et Herman, et les citations présentées de temps à autre ne reconnaissent pas pleinement cette influence. L'ouvrage de Herman est une étude

extrêmement importante et bien documentée sur le pouvoir des entreprises dans l'Amérique contemporaine, et est de loin supérieure à la célèbre étude de Berle et Means.

47. *Ibid.*
48. « The Regulation of Take-Over Bids in Canada: Premium Private Agreement Transactions » dans *Report of the Securities Industry Committee on Take-Over Bids*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada, 1983, p. 69, n° 9. La référence dans le texte est la suivante : « La majorité des grandes entreprises ouvertes canadiennes sont sous le contrôle légal ou minoritaire d'un actionnaire ou groupe d'actionnaires identifiable » (p. 1).
49. *Idem*, p. 75, n° 89.
50. *The Globe and Mail*, 25 août 1984, p. B1.
51. Herman, *supra*, n. 46, p. 194-241.
52. Clement, *supra*, n. 2, p. 155-169.
53. *Idem*, p. 159.
54. *Idem*, p. 156-159.
55. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur les groupements de sociétés*, *supra*, n. 34, p. 338.
56. *Ibid.*
57. *Idem*, p. 338 et 339.
58. *Idem*, p. 339.
59. Lindblom, *supra*, n. 3, p. 172.
60. Gray, « Friendly Persuasion », *Saturday Night*, mars 1983, p. 11.
61. Green et Buchsbaum, « The Corporate Lobbies » dans *The Big Business Reader*, Pilgrim Press, New York, 1983, p. 204-207.
62. Gray, *supra*, n. 60, p. 14.
63. *The Globe and Mail*, 18 novembre 1984, p. 6.
64. Useem, *The Inner Circle*, Oxford University Press, 1984.
65. *Idem*, p. 4.
66. Gillies, *Where Business Fails*, Montréal, Institut de recherches politiques, 1981, p. 72.
67. Milton Friedman, *Capitalism and Freedom*, Chicago, University of Chicago Press, 1962, p. 133.
68. Adolphe Berle, « Corporate Powers as Powers in Trust », (1931) 44 *Harvard Law Review*, p. 1049; E. Merrick Dodd, « For Whom Are Corporate Managers Trustees? », (1932) 45 *Harvard Law Review*, p. 1145.
69. Cet argument est bien présenté dans un essai intéressant de Charles Clark intitulé « What is the Proper Role of the Corporation? » dans Brooks, Liebman et Schelling (édit.), *Public-Private Partnership: New Opportunities for Meeting Social Needs*, Cambridge (Mass.), Ballinger, 1984, p. 195-198.
70. Friedman, *supra*, n. 67, p. 133.
71. *Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, 1974-1975 S. C., version modifiée, 117(1)a.
72. *Parke c. Daily News Ltd.*, (1962) 1 927 Ch.
73. Herman, *supra*, n. 46, p. 112 et 113.
74. *Idem*, p. 261.
75. Weiss, « Social Regulation of Business Activities: Reforming the Corporate Governance System to Resolve an Institutional Impasse », 1980-1981 *UCLA Law Review*, p. 343; Stone, *Where the Law Ends*, New York, Harper & Row, 1975. Nous nous sommes basés sur l'article de Weiss pour décrire la structure organisationnelle de l'entreprise et son effet sur la responsabilité de cette dernière.
76. Weiss, *supra*, n. 75, p. 423 et 424.
77. Victor Brudney, « The Independent Director — Heavenly City or Potemkin Village », (1982) 95 *Harvard Law Review*, p. 597. Winter, *Government and the Corporation*,

- Washington (D.C.), American Enterprise Institute, 1978; Herman, *supra*, n. 46, et Clark, *supra*, n. 69.
78. Mace, *Directors; Myths and Realities*, Boston, Harvard University Press, 1971; Eisenberg, *The Structure of the Corporation*, New York, Little, Brown, 1976.
79. Stone, *supra*, n. 75, p. 229.
80. Brudney, *supra*, n. 77, p. 208.
81. Clark, *supra*, n. 69, p. 209.
82. Brecher, *supra*, n. 9, p. 54.
83. *Ibid.*
84. Bird et Green, *supra*, n. 4, p. 10.
85. *Financial Post*, 23 juin 1984, p. 1; voir aussi « Report on Business », *The Globe and Mail*, 11 juillet 1984, p. B2.
86. *Ibid.*



Stanley M. Beck est président de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.

Edward P. Belobaba est professeur agrégé à l'école de droit Osgoode Hall, Université York, Toronto.

D. Paul Emond est professeur agrégé à l'école de droit Osgoode Hall, Université York, Toronto.

LES ÉTUDES

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 réglementation 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.

1950
1951
1952
1953
1954
1955
1956
1957
1958
1959
1960



LE DROIT ET LA CONSTITUTION
Le droit, la société et l'économie

La protection des consommateurs, le droit de l'environnement et le pouvoir des sociétés

IVAN BERNIER et ANDRÉE LAJOIE, coordonnateurs de la recherche

Voici le cinquième volume d'une série de six portant sur **Le droit, la société et l'économie** et qui s'ajoute au nombre des études préparées pour la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada.

Les divers sujets traités dans ce volume sont tous abordés sous l'angle des valeurs juridiques, du rôle des groupements d'intérêt et des considérations politiques. La première étude donne un aperçu des mesures législatives qui, aux paliers fédéral et provincial, touchent la protection des consommateurs et précise les facteurs qui ont accéléré l'adoption de ces mesures. La deuxième étude consiste en un énoncé sur la dégradation de l'environnement ainsi que sur le droit et l'intérêt public, et propose des solutions pratiques aux problèmes écologiques. La troisième étude porte sur le caractère central du pouvoir des sociétés et souligne que l'État n'a pas vraiment su reconnaître ce pouvoir.

AUTEURS ET ÉTUDES

L'évolution des lois sur la protection des consommateurs au Canada de 1945 à 1984

Edward P. Belobaba

La politique et le droit de l'environnement : un examen de l'expérience canadienne D. Paul Emond

Le pouvoir des sociétés et la politique d'État Stanley M. Beck

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**

ISBN 0-660-91543-X