

L'utilisation des contrats comme mode de participation des parties privées à la détermination des normes

Françoise Saint-Martin*

1. Introduction	63
2. La place occupée par le mode contractuel dans les différents modes de détermination des normes.	65
2.1 Le spectre des degrés de participation	66
2.2 La notion de contrat	72
3. L'utilisation actuelle, les expériences nouvelles ou les tendances plus récentes en matière contractuelle	73
3.1 La pratique actuelle	73
3.2 Les autres expériences et tendances plus récentes	88
4. Les problématiques juridiques soulevées par le mode contractuel	100
4.1 Les avantages et les inconvénients généraux	100

* Direction des affaires juridiques du ministère de l'Environnement, ministère de la Justice du Québec. Les commentaires formulés n'engagent que l'auteur.

4.2	Les grands principes et valeurs du droit administratif	105
4.3	Les autres problèmes juridiques	111
5.	Conclusion.	113

1. INTRODUCTION

Plusieurs rapports, des articles de revues et des conférences en ont traité; des groupes de travail, des comités et même un secrétariat ont été formés au sein du gouvernement pour veiller à en assurer l'application concrète: la «déréglementation» n'a certainement plus besoin de faire l'objet de grandes présentations.

Ce principe de gestion gouvernementale est souvent associé à d'autres concepts ou phénomènes qui mettent également l'emphase sur un certain délaissement du rôle de l'État au profit d'une valorisation du rôle des acteurs privés, d'un rapprochement des lieux de décision avec l'administré, ainsi que sur la recherche de modes plus efficaces, souples et rapides pour atteindre les objectifs fixés.

Même s'ils relèvent sans doute davantage de la science politique ou économique, ces autres concepts et phénomènes sont susceptibles, comme la déréglementation, d'amener de nouvelles orientations juridiques et d'entraîner des changements appréciables dans la pratique des juristes de l'État. On pense bien sûr ici à toutes ces expressions et phénomènes de mondialisation, de privatisation, de régionalisation de la gestion de l'État, mais aussi aux concepts de subsidiarité, d'impartition, de contractualisation, etc. dont il est souvent fait mention, à l'instar de la déréglementation, dans les travaux ou études effectués depuis un certain nombre d'années sur les nouvelles façons de gouverner.

Dans tous ces cas, on sent une préoccupation pour la place qui devrait être laissée ou accordée par l'État aux acteurs privés.

Une remise en question de l'approche répressive et centralisatrice de l'État pourrait en effet susciter davantage de questions et d'intérêts sur les possibilités qu'offre le mode contractuel dans l'arsenal des moyens juridiques dont l'État dispose. Ainsi, bien que les exemples ne se présentent pas encore en grand nombre, la pratique de recourir au mode contractuel pourrait prendre plus d'importance dans le quotidien des juristes de l'État.

De fait, le contrat apparaît sûrement comme un outil juridique attrayant en vue de mieux identifier les normes qui devraient être appliquées, particulièrement pour ceux qui cherchent à libérer l'État de son carcan d'autorité pour l'amener à agir davantage en partenariat ou en coopération avec les parties privées. Le contrat s'exerce en effet dans un environnement en principe assez différent de celui des lois, des règlements et même des directives. Le contrat repose sur un accord des volontés pour créer des effets juridiques; il s'élabore normalement dans un cadre de discussions plus susceptibles d'amener des concessions mutuelles plutôt que l'imposition unilatérale par l'une des parties de ses volontés.

Il paraît également difficile de nier le caractère séduisant de la rapidité, de la souplesse et de la facilité qui caractérisent *a priori* la conclusion d'un contrat, par rapport aux diverses contraintes qui sont venues considérablement alourdir avec les années les processus d'élaboration et d'adoption des normes par voie législative ou réglementaire. Certains parlent même d'«ossification» pour illustrer les difficultés d'adapter ou de réviser les normes édictées selon les moyens juridiques usuels en raison de la quantité, de la complexité et de la rigidité des règles qui encadrent depuis un certain nombre d'années leur adoption¹.

On peut donc difficilement faire abstraction ou rester indifférent dans notre pratique à toutes ces remises en question sur les façons de gouverner. Sans nécessairement se caractériser comme une nouvelle mode, l'utilisation des contrats semble trouver aussi écho au Canada et ailleurs dans le monde. L'intérêt pour l'approche contractuelle n'est d'ailleurs pas non plus nouveau au Québec. À titre d'exemple, dans une conférence prononcée en 1998 dans le cadre des Conférences des juristes de l'État, M^e Pierre Vigneault faisait justement une description des pratiques nouvelles de la Commission de la santé et de la sécurité du travail (CSST) en la matière, en exposant l'expérience des mutuelles de prévention à la Commission².

-
1. Todd D. RAKOFF, «The Choice between formal and informal modes of administrative regulation», (2000) *Admin. L. Rev.* 159-174, p. 165: «Promulgating a major rule often takes years and represents a substantial commitment of an agency's resources. Law professors in the United States now speak of the "ossification" of the rulemaking process.».
 2. Pierre VIGNEAULT, «L'approche contractuelle: l'expérience des mutuelles de prévention à la Commission de la santé et de la sécurité du travail», *Actes de la XIII^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998, p. 127-146.

Le présent texte n'a de toute évidence pas l'ambition d'examiner en détail les différents types de contrats utilisés comme mode de détermination des normes. Il vise plutôt à donner un aperçu plus général du phénomène pour mieux en saisir les contours et éventuellement permettre, en donnant un certain recul, une réflexion plus approfondie sur le sujet. L'objectif du présent texte est en effet de mettre en commun différents éléments d'information sur la pratique contractuelle de manière à donner une plus juste perspective de ses différents enjeux sur le plan juridique.

Dans un premier temps, pour éviter des malentendus pouvant découler d'une confusion dans la nature plus ou moins «contractuelle» de certains moyens juridiques utilisés, nous précisons les véhicules juridiques que nous identifions comme «contrats» parmi la panoplie des moyens qui permettent à l'État d'associer à des degrés divers les citoyens dans l'élaboration des normes applicables.

Il nous est apparu utile de présenter par la suite un certain état de la situation de la pratique contractuelle. C'est ainsi que nous nous proposons de rappeler les précédents ou l'usage actuel de cette voie contractuelle. Une revue des pratiques actuelles pourrait permettre de démystifier certains préjugés. Elle devrait aussi permettre de mieux cerner par la suite les problématiques soulevées par d'autres initiatives contractuelles plus récentes et qui paraissent peut-être davantage problématiques.

Comme le mode contractuel ne correspond pas très bien à la formule classique de détermination des normes par l'État, et qu'il remet en cause à ce titre plusieurs valeurs et principes reconnus en droit administratif, nous aborderons la question des sources d'inconforts et de réticences fréquemment observés chez les juristes face à certaines utilisations de la voie contractuelle. Les éléments d'information contenus dans le texte visent également à permettre aux juristes de mieux conseiller l'Administration quant aux mesures législatives qui pourraient ou devraient accompagner certaines initiatives contractuelles, en identifiant certains types d'écueils juridiques qu'il conviendrait d'éviter pour assurer la légalité ou le bon fonctionnement de ces initiatives contractuelles.

2. LA PLACE OCCUPÉE PAR LE MODE CONTRACTUEL DANS LES DIFFÉRENTS MODES DE FIXATION DES NORMES

La participation des citoyens à l'élaboration des normes peut différer grandement en intensité.

2.1 Le spectre des degrés de participation

Pour plus facilement illustrer les différents degrés de participation possibles des acteurs privés, nous avons choisi de les présenter en les situant sur un spectre montrant les moyens juridiques jugés les plus représentatifs ou parmi les plus représentatifs.

(I)	(II)	(III)	(IV)	(V)	(VI)
<i>Normes déterminées par l'État; aucune participation privée</i>	<i>Normes fixées par l'État après consul- tation</i>	<i>Normes établies par appro- bation ou auto- risation d'une de- mande d'un administré</i>	<i>Normes établies dans le cadre d'un contrat</i>	<i>Normes établies par le privé dans le cadre d'une délégation</i>	<i>Normes établies par le privé, aucune partici- pation étatique</i>

Si chaque extrémité du spectre présente des situations extrêmes ou opposées, on trouve ainsi à l'une d'elles (I), l'absence totale de participation directe des acteurs privés. Ce pourrait être le cas par exemple d'une loi élaborée complètement en vase clos. Les normes seraient alors suggérées unilatéralement par l'Administration, ou même seulement par les parlementaires, elles seraient adoptées sans consultation particulière des personnes les plus concernées par les nouvelles normes imposées.

À l'autre extrémité du spectre, se trouverait donc la plus grande forme d'intervention d'acteurs privés dans l'élaboration des normes, et en conséquence l'effacement total du rôle de l'État. Il s'agirait du cas où on ne constaterait la présence d'aucune norme édictée ou approuvée par l'État ou, pour retrouver cet état de déréglementation, l'abrogation pure et simple des normes existantes au profit d'un plus grand laisser-aller ou d'un libre marché (VI).

L'absence d'intervention étatique n'est pas nécessairement synonyme d'une absence de normes générales dans un secteur d'activités donné. On peut bien sûr penser que les plus forts sauront éventuellement faire prévaloir leurs règles sur les plus faibles et les moins organisés, ou que des normes se trouveront imposées par des regroupements ou des associations suffisamment influents. À titre d'exemple de ce grade (VI) dans le spectre, on peut penser à certaines associations de «quasi» professionnels dans le domaine des thérapies ou des médecines naturelles. Leur nombre étant restreint, ceux-ci

peuvent plus facilement s'auto-réglementer en édictant des normes de pratique ou un code de déontologie dont le suivi pourra être assuré avec une certaine efficacité dans le cadre du contrat d'association et des conditions d'adhésion posées pour demeurer membre de l'association en cause³.

Entre ces extrémités, le spectre pourrait comprendre les modes suivants de participation des parties privées à la détermination des normes. Les distinctions que nous avons retenues sont, à dessein, assez générales, l'objet du présent texte ne requérant pas davantage de nuances. Chacun reste donc libre d'y apporter les variantes souhaitées et de subdiviser davantage les grades proposés pour refléter un plus grand raffinement dans l'analyse des caractéristiques des moyens juridiques étudiés.

Pour notre part, tout de suite après la première extrémité, soit celle de la fixation unilatérale des normes par le gouvernement, nous placerions l'édition de normes après consultation (II). En effet, ce mode de fixation reconnaît aux parties privées un mode minimal d'interaction et de participation par la voie de commentaires ou la présentation d'observations.

Le processus de publication des projets de règlements mis en place par la *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1, qui permet de consulter la population et de recevoir ses observations, en constitue une illustration. Ce processus de consultation bonifie, il va de soi, la participation du public à la détermination des normes. Pour autant, ce processus ne fait pas du public ou des groupes particulièrement visés, à tout le moins sur un strict plan juridique, un partenaire ou un associé de l'État dans l'élaboration des normes⁴.

On pourrait placer un cran plus loin dans le spectre une forme beaucoup plus souple de participation des acteurs privés. Il s'agit de ce que l'on pourrait désigner comme les différents régimes d'approbation ou d'autorisation de projets, travaux ou d'activités (III).

3. L'auteur Margo Priest donne d'autres exemples de ce modèle d'auto-régulation par la voie de codes de conduite dans certains secteurs industriels notamment, dans son article «The privatization of Regulation: Five models of self-regulation», (1997-1998) *Revue de droit d'Ottawa* 233, 245-247.

4. En fait, devrait-on dire, rien ne garantit un degré d'implication du secteur privé. Sur un plan pratique, plusieurs auront par contre observé que les parties privées sont parfois directement à la source de la rédaction des normes ou de plusieurs d'entre elles.

Nous comprenons sous cette catégorie tous les cas de fixation de normes dans le cadre d'une approbation ou d'une autorisation donnée par l'Administration, ces pouvoirs particuliers de contrôle lui permettant de baliser davantage la liberté d'action des administrés en marge des normes réglementaires ou législatives applicables.

C'est donc le cas où, plutôt qu'être formulées sur une base générale et impersonnelle, le cadre normatif des activités est imposé par l'État de manière spécifique ou ponctuelle, à l'occasion d'une décision particulière impliquant une personne ou un nombre généralement assez limité d'interlocuteurs.

Dans ce cadre, contrairement à celui des règlements, ce sont bien souvent les parties privées qui initient ou proposent le contenu normatif de leurs activités à l'Administration.

Cette catégorie constitue à notre avis un large parapluie sous lequel peuvent en réalité se greffer une panoplie de moyens administratifs, connus sous différentes appellations, mais qui présentent tous globalement le même type de possibilité de participation et d'intervention de la part de parties privées. En effet, malgré leurs appellations variées et les régimes juridiques distincts qui les gouvernent, ces différents moyens ont en commun de permettre aux parties privées de participer beaucoup plus activement et directement à l'établissement de leur encadrement juridique, comme interlocuteur privilégié de l'Administration, laquelle conserve néanmoins un pouvoir unilatéral d'arrêter les discussions et de fixer les normes applicables.

On vise donc ici plusieurs régimes de délivrance de permis (plus particulièrement ceux assortis de conditions sujettes à négociation et en excluant ceux où l'Administration ne dispose que de pouvoirs liés), les régimes d'autorisations⁵, les régimes d'accréditations ou d'agrèments⁶, les régimes d'approbations de plan ou de devis⁷, les approbations de programmes de vérification privée⁸, les régimes

5. Voir entre autres les certificats d'autorisation exigés en vertu de l'art. 22 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q., c. Q-2.

6. Voir entre autres le régime d'accréditation des laboratoires en vertu de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, précitée, note 5, art. 118.6.

7. Voir par exemple le régime d'approbation des plans et devis d'ouvrages de retenue des eaux, *Loi sur le régime des eaux*, L.R.Q., c. R-13, art. 71 et s.

8. Voir par exemple les programmes de vérification privée prévus par le *Code de sécurité routière*, L.R.Q., c. C-24.2, art. 543.2, ou ceux relatifs aux équipements pétroliers en vertu de la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, L.R.Q., c. P-29.1, art. 57 et s.

d'attestations⁹ et les programmes correcteurs¹⁰ ainsi que les mesures particulières permettant à l'Administration d'approuver des comportements ou des normes dérogatoires à celles prévues par voie réglementaire ou législative¹¹.

D'autres exemples pourraient bien sûr aussi être donnés. Tous ces cas se prêtent en effet, à défaut d'une véritable négociation, à une participation normalement beaucoup plus importante sinon déterminante des acteurs privés dans la fixation des normes qui seront finalement décrétées par l'Administration.

On peut penser à bien des cas où des programmes, des plans ou les balises entourant la réalisation d'un projet ou d'une activité seront approuvés par l'Administration tel que conçus et soumis par la partie privée ou encore, sans modification substantielle. La liberté d'action de l'acteur privé pour élaborer les normes applicables est donc nettement supérieure à celle d'une personne simplement assujettie à un cadre réglementaire.

Toutefois, on constate aussi assez rapidement qu'il ne s'agit pas d'un modèle de participation présentant le même potentiel que les régimes contractuels.

Force est de reconnaître qu'en l'absence de cadre consensuel formel l'Administration conserve toujours par rapport à l'administré un plus grand pouvoir dans la détermination des normes applicables. Elle a toujours discrétion pour exercer son pouvoir de façon plus unilatérale en forçant la mise en place d'autres normes que celles proposées par la partie privée ou en mettant fin, par exemple, aux négociations, discussions et solutions de compromis recherchées avec l'administré pour imposer, finalement, la solution qu'elle privilégie quant à l'encadrement ou aux normes qui doivent trouver application.

9. Voir les articles 31.12 et s. de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, précitée, note 5, ces attestations constituent sous certains angles une forme de permis d'exploitation qui décrit le cadre réglementaire et les diverses conditions retenues pour l'exploitation d'une entreprise en regard de certaines problématiques environnementales.

10. Voir article 31.15.1 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, précitée, note 5.

11. Voir par exemple les articles 25.2 et 25.3 de la *Loi sur les forêts*, L.R.Q., c. F-4.1, ou les articles 64 et s. de la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, précitée, note 8.

Ces moyens alternatifs, en marge des normes fixées directement par voie législative ou par voie réglementaire, conservent malgré leurs limites juridiques inhérentes un grand intérêt comme moyen de rapprocher le lieu de décision de l'administré ou pour pouvoir échapper à la généralité ou la lourdeur sclérosante de certains règlements.

L'intérêt que peuvent présenter ces moyens est facile à concevoir. On les introduit en effet généralement dans les mesures législatives applicables lorsque cette plus grande participation des parties privées est jugée requise ou simplement opportune pour s'assurer du caractère adéquat des normes imposées. Cette souplesse paraît nécessaire s'il s'agit de secteurs d'activités où il est impossible de prédire toutes les circonstances d'application des normes. On y recourt aussi s'il semble inéquitable de généraliser des normes et souhaitable de s'assurer d'un mode particulier et ponctuel pour les déterminer. Ces moyens peuvent tout simplement aussi être préconisés si, sur un plan plus politique, il devient justement important de donner aux administrés ou aux parties privées concernées une participation beaucoup plus active dans l'élaboration et la détermination des meilleures normes applicables pour un secteur d'activité donné.

Si l'on poursuit dans le spectre, toujours dans la direction d'une autoréglementation privée, on peut en effet trouver le mode contractuel de fixation des normes (IV). Il s'agit alors, contrairement au régime précédent, d'un mode consensuel pour fixer des balises de l'action individuelle ou collective¹². L'attente légitime face à un tel mode est bien sûr que la relation entre l'Administration et les acteurs privés fasse beaucoup plus appel à la négociation et à une meilleure égalité des forces. Pour différencier ce mode des modes précédents, et y trouver ainsi des avantages distinctifs, on s'attendrait également à ce que l'Administration fasse également preuve d'une bonne ouverture d'esprit face aux solutions ou aux normes préconisées par le partenaire privé.

Enfin, juste avant l'extrémité du spectre, qui se caractérise comme nous le disions précédemment par une liberté d'action com-

12. Les contrats d'adhésion sont évidemment plus difficiles à classer dans le spectre. Comme le droit civil les maintient, malgré leurs caractéristiques, dans la catégorie des contrats, nous serions aussi portés à en faire de même pour les fins de notre classification. À défaut, il faudrait les rétrograder dans la catégorie précédente (sinon celle qui la précède et qui se rapporte à la réglementation), pour les rapprocher des cas où l'on reconnaît à l'État un poids nettement plus marqué à celui du privé dans la détermination des normes applicables.

plète ou une déréglementation totale, nous situerions le créneau des mécanismes d'autoréglementation encadrés législativement (V).

Il s'agit donc de cas où l'État reconnaît une certaine valeur sinon une valeur certaine à la fixation de normes par une partie privée en faisant toutefois preuve d'une certaine prudence. C'est ainsi que certains contrôles ou un encadrement sont fixés par la loi, soit quant à l'organisme lui-même, soit quant aux normes proprement dites que l'État invite cet interlocuteur privé à définir. Les types de contrôle ou d'encadrement du fonctionnement interne de l'organisme peuvent être de tous ordres. Ils peuvent porter, par exemple, sur les qualifications des administrateurs ou l'établissement de certains mécanismes électoraux pour procéder à leur choix. Ce peut être aussi le cas de mesures pour obliger l'organisme à poursuivre une vocation non lucrative orientant ainsi les prises de décision quant aux normes applicables.

Quant aux normes susceptibles d'être élaborées, le législateur peut encadrer ce pouvoir par exemple de manière à conserver un certain rôle pour les approuver ou les ratifier. Un des meilleurs exemples est probablement celui des corporations professionnelles. Ces dernières sont essentiellement contrôlées par des parties privées, soit les différents professionnels visés. L'État conserve néanmoins différents mécanismes de contrôle dans ce régime d'autorégulation. À titre d'exemple, l'Office des professions et le gouvernement se voient confier entre autres des pouvoirs de contrôle et de tutelle ainsi que des pouvoirs d'approuver les règlements élaborés par les corporations¹³.

D'autres exemples peuvent aussi illustrer ce créneau de participation dans le spectre des différents moyens d'obtenir la participation de parties privées. Bien qu'ils soient moins connus que celui des corporations professionnelles, deux systèmes d'autorégulation par des parties privées dans le domaine forestier peuvent également être soulignés.

Contrairement aux forêts publiques, à l'égard desquelles différents outils de contrôle sont mis en place et s'appliquent le plus souvent de façon cumulative (normes législatives, normes réglementaires, conclusion de contrats, délivrance de permis, approbations périodiques de différentes catégories de plans d'aménagement fores-

13. *Code des professions*, L.R.Q., c. C-26, art. 12 (rôle de l'Office), art. 14 (enquête), article 14.5 (administration provisoire), art. 95 (approbation des règlements).

tier), l'exploitation de la forêt privée fait l'objet d'un régime somme toute beaucoup plus léger de normes¹⁴ en vertu de la *Loi sur les forêts*.

En effet, pendant une bonne période de temps, le principal outil d'encadrement de l'État reposait sur la voie incitative d'un moyen financier. Cette loi prévoyait que les producteurs forestiers de boisés privés reconnus pouvaient bénéficier d'un remboursement de certains coûts de mise en valeur, en respectant certaines conditions. À cet incitatif financier s'est greffée en 1996 la reconnaissance d'un certain régime privé plus élargi d'autorégulation pour la mise en valeur des forêts privées. Comme pour les regroupements professionnels, le législateur a quand même imposé différentes mesures pour baliser les actions posées par ces organismes privés établis sur une base régionale, soit les Agences de mises en valeur de la forêt privée¹⁵.

Un autre modèle d'autorégulation est celui de la Société de protection des forêts contre les insectes et les maladies (SOPFIM), soit l'organisme de protection reconnu par le ministre des Ressources naturelles en vertu de la *Loi sur les forêts* pour préparer et appliquer les plans d'intervention contre les insectes et les maladies, tant à l'égard de la forêt publique que de la forêt privée. La *Loi sur les forêts* instaure également dans ce cas un mécanisme d'autorégulation par des parties privées. Encore une fois, ce mécanisme n'offre pas une liberté totale d'actions aux acteurs privés impliqués, le ministre responsable se conservant différents pouvoirs d'intervention et de contrôle, particulièrement en cas d'épidémies déclarées ou appréhendées¹⁶ qui pourraient menacer la survie de la forêt publique en particulier.

2.2 La notion de contrat

Comme on aura pu le constater de nos remarques précédentes, nous avons retenu un concept classique ou étroit de la notion de contrat. Par exemple, nous n'avons pas englobé sous cette notion les programmes de vérification privés que l'Administration peut autoriser

14. Cette affirmation fait abstraction des normes et du contrôle qui pourraient résulter d'autres lois, tels des schémas d'aménagement des MRC et des règlements des municipalités où sont situés ces boisés, de même que de l'encadrement découlant du fait que la sylviculture est comprise dans les activités agricoles et qu'elle peut être ainsi sujette à différentes mesures découlant de la *Loi sur la mise en marché des produits agricoles*, L.R.Q., c. M-35, ou certains encadrements par des Offices de producteurs.

15. Voir les articles 124.02 et s. de la *Loi sur les forêts*, précitée, note 8.

16. Voir les articles 146 et s. de la *Loi sur les forêts*, précitée, note 8.

malgré, comme on s'en doute, le caractère hautement négocié de la démarche qui peut mener à son approbation.

Certains pourraient vouloir englober par la notion de contrat d'autres situations où l'Administration cherche à trouver un consensus ou un terrain d'entente avec l'Administré pour l'encadrement de ses activités. Les professeurs Issalys et Lemieux dans leur traité intitulé *L'action gouvernementale*¹⁷ parlent en effet d'une possibilité que certains types de permis puissent être considérés comme des contrats en raison de leur durée et des engagements réciproques qu'ils amènent entre l'Administration et l'administré. Nous ne sommes pas prêts à accepter d'emblée cette nouvelle qualification, mais surtout, pour les fins du présent texte, il nous apparaissait justement important de conserver des frontières plus classiques entre les contrats et d'autres actes administratifs de manière à pouvoir plus facilement cerner les différentes problématiques applicables à l'approche contractuelle.

3. L'UTILISATION ACTUELLE DU MODE CONTRACTUEL, LES EXPÉRIENCES NOUVELLES OU LES TENDANCES PLUS RÉCENTES EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

3.1 La pratique actuelle

Contrairement à toutes les formes d'approbation ou d'autorisation (notre grade III) dans le spectre dressé précédemment) on trouve peu d'exemples dans les lois du Québec où le contrat avec une partie privée encadre le mode de détermination des normes applicables pour l'exercice de certaines activités.

Pour mieux évaluer la pertinence d'utiliser un tel moyen juridique et le situer par rapport à certaines nouvelles initiatives, nous avons choisi de rappeler l'usage qui est fait de ce mode dans quatre situations présentant des perspectives assez différentes:

- A) les ententes relatives au domaine de l'État et aux ressources naturelles;
- B) les ententes se rapportant à des conditions de rémunération;

17. Pierre ISSALYS et Denis LEMIEUX, *L'action gouvernementale - Précis de droit des Institutions administratives*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 346.

- C) les ententes de délégation permettant l'élaboration de normes;
- D) les ententes de dérogation ou régime particulier, soit les conventions pour établir des régimes en marge des lois ou des règlements applicables ou pour reconnaître des droits particuliers à certains individus.

A) Les ententes relatives au domaine de l'État et aux ressources naturelles

Le cas peut-être le plus connu, sinon le plus prévisible, de l'utilisation des contrats est probablement celui des contrats conclus en matière d'exploitation et de mise en valeur des terres et des ressources naturelles du domaine de l'État.

Dans ces cas, en sa qualité de propriétaire des terres et des ressources qui s'y trouvent, l'État est naturellement bien placé pour utiliser la voie contractuelle pour encadrer les activités permises sur le territoire ou qui impliquent les ressources naturelles dont il détient la propriété.

Malgré tout, ce ne sont pas toutes ces conventions dans le secteur des ressources naturelles qui présentent un grand intérêt pour le sujet discuté par le présent texte.

Certains régimes juridiques se rapportant aux ressources naturelles prévoient déjà beaucoup de normes au sein même de la loi ou donnent lieu à l'adoption d'un nombre substantiel de normes par voie réglementaire ou dans le cadre d'autres outils administratifs tels des permis, des plans ou des programmes approuvés, lesquels peuvent être beaucoup plus riches en terme de contenu des normes applicables que les contrats d'allocation des ressources. Lorsque les contrats se réduisent presque seulement à définir les quantités, la qualité ou la localisation des ressources dont le prélèvement ou l'exploitation est permise, on se situe alors beaucoup plus loin, à notre avis, des questions soulevées par le présent texte quant à l'utilisation d'un mode alternatif de détermination des normes¹⁸.

18. C'est pourquoi d'ailleurs nous n'avons pas non plus l'intention de citer en exemple les cas des contrats en matière minière ou ceux en rapport avec l'exploitation des ressources hydrauliques puisqu'ils nous paraissent davantage cibler l'allocation des ressources; leur potentiel comme outil créateur de différentes normes de comportement apparaît dans plusieurs cas plus limité.

Pour illustrer l'approche contractuelle dans ce domaine, nous référerons plus particulièrement à divers types de contrats et de conventions dans le domaine foncier, forestier ou faunique. Les contrats qui nous paraissent les plus dignes d'être mentionnés par rapport à l'objet du présent texte sont ceux qui visent en effet plus généralement des activités plus complexes ou la gestion d'un territoire assez grand.

D'abord, par rapport à l'aspect foncier, la *Loi sur les terres du domaine public* permet au ministre de louer les terres qui sont sous son autorité ainsi que les bâtiments, les améliorations et les meubles qui s'y trouvent aux conditions qu'il détermine¹⁹. En vertu de cet outil, le ministre des Ressources naturelles a une large discrétion pour convenir avec le locataire d'une série de mesures ou de conditions d'utilisation du territoire.

Les restrictions posées à cette latitude, pour définir de façon consensuelle les droits du locataire et les activités qui peuvent être effectuées sur le territoire, sont en effet fort limitées. Dans le cadre des locations, mis à part les conditions relatives aux frais et loyers exigibles, le règlement édicté en la matière n'impose pas beaucoup de limites au contenu du bail par rapport aux conditions d'utilisation du territoire. Les principales mentions que l'on note dans le règlement sont, d'une part, celles qui prévoient que le ministre peut louer une terre à une personne morale pour un usage communautaire sans but lucratif, ou à des fins de conservation et de protection de la forêt, de la faune ou du milieu aquatique pour un loyer qui y est précisé et, d'autre part, la disposition du règlement qui amène certaines conditions quant à la location des terres qui peuvent être requises dans le cadre d'un projet de développement économique²⁰.

Si la location peut en principe avoir un cadre limité, tel pour l'installation ou la location d'un simple chalet, c'est également un outil juridique assez souple en principe pour créer tout un environnement juridique applicable sur une superficie importante du territoire du Québec.

L'autre exemple dans le secteur foncier de la participation privée à la détermination de normes a une portée qui peut être nettement plus grande pour des tiers. En 1995, une nouvelle section sur la

19. L.R.Q., c. T-8.1, art. 47.

20. *Règlement sur la vente, la location et l'octroi de certains droits immobiliers sur les terres du domaine public*, L.R.Q., c. T-8.1, r. 6, art. 24 et 39.

«délégation de gestion» a été insérée dans la *Loi sur les terres du domaine public*. Cette section comporte les cinq mesures suivantes:

13.3. Le ministre peut, par entente, déléguer à une personne morale la gestion de terres du domaine de l'État et des bâtiments, des améliorations et des meubles qui s'y trouvent en lui confiant l'exercice des pouvoirs qui lui sont dévolus par la présente loi et ses règlements.

13.4. L'entente identifie les pouvoirs qui sont délégués à la personne morale et fixe toutes les conditions d'exécution de cette délégation, y compris le mode de rémunération, s'il y a lieu.

13.5. Le ministre peut, dans l'entente, déterminer le montant des frais de gestion qu'il accepte de payer à la personne morale et l'autoriser à les retenir à même les sommes qu'elle perçoit dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont délégués.

13.6. Pour les fins de la présente section, la personne morale est réputée un organisme public au sens de la *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels* (chapitre A-2.1) et est assujettie aux dispositions de cette loi.

13.7. La personne morale qui exerce les pouvoirs qui lui sont délégués en vertu de l'article 13.3 n'engage pas la responsabilité du gouvernement.

Bien qu'il ne s'agisse que d'une délégation visant à mettre en œuvre les pouvoirs prévus par la loi et ses règlements, comme ces derniers outils sont assez laconiques, le délégataire pourrait jouir en pratique d'une latitude importante pour influencer ou inciter certains types d'activités ou de comportement chez les administrés en introduisant différentes clauses ou diverses conditions aux locations ou aux ventes. Par l'entente de délégation (article 13.4), le ministre responsable pourrait toutefois convenir d'un encadrement suffisant du délégataire. S'il juge inopportune ou inappropriée l'imposition de certaines normes, le ministre pourrait s'assurer qu'elles ne soient pas imposées par le délégataire. Plus généralement, le ministre pourrait donc mieux baliser la discrétion du délégataire pour éviter des dérapages non souhaités dans le cadre des actes de vente ou de location du territoire.

Dans le secteur faunique, les ententes conclues pour la gestion des «zones d'exploitation contrôlée» (Z.E.C.)²¹ constituent une illus-

21. *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*, L.R.Q., c. C-61.1, art. 106.

tration un peu semblable des pouvoirs qui peuvent être confiés à des acteurs privés et qui sont susceptibles de créer un environnement plus complet quant aux normes juridiques applicables à certaines activités de citoyens. Me Yves Derome, dans son article intitulé «Le contrat de gestion privée d'un service public»²², en a fait une analyse plus approfondie en examinant entre autres plus attentivement les dispositions du protocole type élaboré à ce sujet. Nous ne reprendrons pas l'analyse qui y est faite. Différentes références faites dans ce texte montrent bien les pouvoirs globaux confiés en ce domaine aux entités privées pour gérer des portions du territoire. Ces ententes de délégation présentent un bon potentiel pour parfaire ou compléter les normes déjà présentes dans la législation et la réglementation applicables²³:

Enfin, en ce qui concerne les zones d'exploitation contrôlée, le Rapport du groupe de travail sur le développement des initiatives privées recommande d'accorder une plus grande autonomie de gestion aux associations gestionnaires. Les relations entre le ministère et l'une ou l'autre de ces associations sont régies par un protocole d'entente dont nous ferons l'étude détaillée pour montrer qu'il s'agit là d'un exemple parfait de ce que nous avons appelé un contrat de gestion privée d'un service public. [...]

Comme nous l'avons vu (voir le point «Les zones d'exploitation contrôlée» dans la section 1.2.1.1), «le Ministre peut, par protocole d'entente, confier à un Organisme la totalité ou une partie de la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée». Cette disposition prévoit déjà les trois éléments du contrat de gestion privée d'un service public: le contrat («par protocole d'entente»), la gestion privée («confier à un Organisme») et le service public («la gestion d'une zone d'exploitation contrôlée»).

Le protocole type spécifie expressément qu'il «a pour objet d'établir les modalités de la délégation par le ministre à l'Organisme, de la gestion de la zone d'exploitation contrôlée» et il contient diverses autres références à la gestion de la zone par l'Organisme. De plus, le protocole précise que l'Organisme doit «planifier, organiser, diriger et contrôler l'exploitation, la conservation et l'aménagement de la faune». Il ne fait donc aucun doute que c'est la gestion complète du service public que le ministre confie à l'Organisme. Ce caractère de gestionnaire de l'Organisme est confirmé par la référence que fait le protocole type aux règles du mandat du Code civil (art. 1701-1761 C.c.B.C.) à titre de dispositions supplétives.

22. Yves DEROME, «Le contrat de gestion privée d'un service public», (1995) 36 *C. de D.* 323-378.

23. *Ibid.*, passages cités, p. 335, 340 et 343.

Quant au caractère privé de la gestion, il découle du fait que le protocole type est passé entre le ministre et un organisme qui se doit d'être une corporation sans but lucratif légalement constituée, laquelle s'engage à ne pas modifier son statut corporatif pendant la durée du protocole.

Dans le domaine forestier, les exemples que nous avons choisis de citer sont un peu le pendant des illustrations d'approches contractuelles données pour le secteur foncier.

Pour illustrer la participation de parties privées à la détermination de normes, nous référerons aux contrats d'approvisionnement et d'aménagement forestier (C.A.A.F) et aux conventions relatives aux stations forestières.

Les CAAF, ces ententes qui ont succédé aux anciennes «concessions forestières», sont le principal mode contractuel qui donne ouverture à un droit de coupe dans les forêts du domaine de l'État.

Plutôt que de s'en remettre simplement à la mécanique de permis, d'approuver simplement un programme, ou plutôt que d'élaborer des normes encore plus détaillées que celles du *Règlement sur les normes d'intervention forestière* (R.N.I.) pour encadrer les différentes activités liées à l'exploitation de la forêt, le législateur a maintenu en 1986 l'approche contractuelle comme voie importante de détermination des normes applicables.

Ce contrat, introduit lors de la réforme de 1986, instaure en effet un régime de droits et obligations réciproques. Particulièrement, pour les entreprises forestières, les CAAF ont consacré le principe de leur responsabilité pour maintenir le couvert forestier. En vertu des contrats, les entreprises n'ont plus seulement des droits de coupe, mais aussi des obligations de s'assurer de la régénération forestière et d'effectuer les traitements sylvicoles convenus pour mieux garantir le potentiel productif du milieu forestier²⁴.

Le contenu des normes qui régiront ces activités est par ailleurs complété par les différents plans d'aménagement forestier.

Ces plans, en vertu de l'article 59 de la Loi, sont réputés faire partie des CAAF au même titre que les autres clauses qui y sont comprises. Le ministre des Ressources naturelles peut d'ailleurs également, en vertu de l'article 25.2 de la Loi, à l'occasion de l'approbation

24. Art. 60 de la *Loi sur les forêts*, précitée, note 11.

des plans, approuver des normes d'interventions forestières différentes de celles prévues par la réglementation, notamment celles du R.N.I.

On voit donc dans ce secteur d'activités toute la place qu'occupe l'approche contractuelle comme mode de détermination des normes juridiques applicables. On voit assez facilement aussi toute la place qu'occupent les acteurs privés. Les entreprises forestières sont en effet étroitement associées à la détermination des normes applicables en étant partie aux contrats d'approvisionnement et d'aménagement, mais en étant aussi celles qui initient et soumettent à l'examen du ministère les différents plans des coupes, des traitements et des travaux, dont les chemins, qui seront réalisés sur le territoire public.

Comme l'usage d'un territoire ou l'exploitation de ressources peut parfois être incompatible avec plus d'un usage ou d'une affectation du territoire, on comprend davantage comment la conclusion d'un contrat dans ces secteurs par l'État avec certains acteurs privés peut présenter des répercussions importantes sur les droits de plusieurs autres individus. En sont sans doute une bonne illustration les études des dernières années sur le concept de la forêt habitée et les discussions sur les moyens de résoudre les difficultés dans l'harmonisation des activités d'exploitation avec celles des autres utilisateurs des forêts, que ce soit pour des activités de prélèvement faunique ou de villégiature.

Les conventions sur les «stations forestières»²⁵ sont également un mode contractuel pour gérer le développement ou la mise en valeur du domaine public en encadrant les activités qui peuvent se dérouler dans certains secteurs identifiés du domaine public.

La *Loi sur les forêts* prévoit la possibilité de constituer, et de confier à une entité privée, des zones forestières du domaine de l'État à des fins soit d'enseignement et de recherche, soit d'expérimentation²⁶. Les «stations forestières» ont ceci de particulier qu'elles peuvent, en plus de cumuler ces deux vocations, permettre la réalisation d'autres activités humaines «compatibles» avec ces missions. L'article 116 de la Loi prévoit en effet que:

116. Le ministre peut, avec l'autorisation du gouvernement, constituer sur les réserves forestières, des stations forestières en vue de regrouper

25. Art. 116 et s. de la *Loi sur les forêts*, précitée, note 11.

26. Les régimes applicables aux forêts d'enseignement et de recherche (F.E.R) et aux forêts d'expérimentation sont prévus respectivement aux articles 112 et s. et 107 et s. de la *Loi sur les forêts*, précitée, note 11.

sur un même territoire l'exercice de plusieurs des fonctions visées aux sections I et II du présent chapitre et d'autres activités compatibles avec l'exercice de ces fonctions permettant le développement et la mise en valeur de la station forestière.

On voit aisément l'ampleur ou l'intérêt de cette voie contractuelle pour la mise en place de tout un régime de gestion d'activités sur un large territoire. L'article 117.0.3 de la Loi illustre d'ailleurs la variété des activités qui peuvent être ainsi encadrées. Cette mesure précise en effet que la Société d'établissements de plein air du Québec (SEPAQ), dont la vocation est essentiellement récréo-touristique, peut, en plus de ses autres objets, accepter tout mandat concernant la réalisation d'activités d'aménagement forestier sur une station forestière. Il s'agit donc d'un mécanisme somme toute assez souple pour l'État, lui permettant de convenir par le mode contractuel de l'encadrement juridique applicable à plusieurs activités susceptibles de se dérouler sur son domaine en mettant étroitement à contribution la participation de parties privées.

Néanmoins, comme nos remarques précédentes le laissent d'ailleurs transparaître, l'approche contractuelle est loin d'être le seul moyen juridique utilisé pour déterminer les normes applicables au domaine de l'État ou à l'exploitation ou la mise en valeur de ses ressources naturelles. Les moyens juridiques plus traditionnels, normes législatives ou réglementaires notamment, sont aussi largement utilisés. La cohérence et la logique derrière ces choix ne transparaissent pas toujours. On se demande parfois si ce n'est pas seulement par tradition. Dans leur *Traité de droit administratif*, Dussault et Borgeat tout en soulignant leurs caractéristiques propres, font d'ailleurs remarquer que, dans l'encadrement de l'exploitation du domaine public et de ses ressources, le législateur opte parfois pour des régimes de permis traditionnels et d'autres fois pour des baux sans que les raisons de ces orientations juridiques ne soient toujours évidentes:

Le bail tel que le connaissent les lois qui régissent le domaine public ne se différencie pas toujours clairement du permis d'utilisation et d'exploitation. Leurs effets peuvent même être identiques. Dans la plupart des cas, ils se distinguent par la durée des droits accordés, plus que par leur étendue.²⁷

Pour mieux faire ressortir le choix de procéder par cette voie plutôt que par d'autres voies plus traditionnelles, tel un encadrement

27. René DUSSAULT et Louis BERGEAT, *Traité de droit administratif*, tome II, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université Laval, 1986, p. 166.

réglementaire assorti d'un régime de sanctions pénales, on peut dresser un tableau de certains avantages et inconvénients associés à l'approche contractuelle dans ces domaines.

Le domaine des ressources naturelles peut à l'occasion mieux se prêter à l'approche contractuelle compte tenu du caractère parfois plus égalitaire de la relation de l'État avec les particuliers dans ces domaines, par rapport à d'autres secteurs d'activités contrôlés. À moins de disposition législative contraire, le droit de propriété de l'État sur son domaine emporte une large discrétion²⁸. L'État n'est normalement pas obligé de contracter, de louer son domaine ou de laisser exploiter les ressources naturelles qui sont au bénéfice de l'ensemble de la collectivité. Comme il existe aussi des terres et des ressources privées, l'administré n'est pas non plus toujours contraint d'obtenir des droits sur le domaine public.

Compte tenu de l'immensité du territoire ainsi que de la diversité des caractéristiques des sols et des ressources présentes sur le territoire, la voie contractuelle permet aussi d'offrir une certaine souplesse que ne présente pas le mode réglementaire.

Deux autres avantages liés à la voie contractuelle et, plus exactement, à la qualité de propriétaire de l'État méritent également d'être rappelés. Lorsque l'État utilise la voie législative ou la voie réglementaire pour réglementer un secteur d'activités, sa liberté d'action est évidemment limitée par le partage des compétences législatives prévu par la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans le domaine des ressources naturelles, le bénéfice d'être propriétaire et de procéder par voie contractuelle permet d'éviter des contraintes posées par ces limites constitutionnelles. Premièrement, en pouvant prélever des redevances, des royautés ou des loyers par rapport aux ressources, le gouvernement peut bénéficier d'importantes sources de revenus tout en évitant les problèmes et les contraintes venant du fait que seul le mode de taxation direct est permis aux provinces²⁹.

Deuxièmement, bien qu'elles disposent de certains pouvoirs en cette matière, principalement en regard des ressources naturelles

28. Le domaine minier constitue probablement le secteur où le droit d'explorer et d'exploiter les ressources est le plus substantiel ou généralisé. C'est le cas par exemple des claims qui peuvent être obtenus pour explorer le potentiel d'un site, sous réserve d'interdictions prévues plus explicitement, telles celles pour protéger des sites ou des espèces menacées et les interdictions découlant du mécanisme de soustraction au jalonnement.

29. *Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(2).

non renouvelables et des ressources forestières, les provinces ne jouissent pas comme le gouvernement fédéral d'un large pouvoir de réglementer toutes les importations et les exportations de biens sur leur territoire, particulièrement celles visant l'extérieur du Canada³⁰. Or il est reconnu que les provinces peuvent, à titre et comme tout propriétaire, imposer des conditions à l'octroi de droits sur leurs biens. À ce titre, elles bénéficient donc d'une certaine marge de manœuvre pour prévoir certaines restrictions se rapportant au mouvement des biens. On trouve des illustrations de l'utilisation de ces avantages découlant de la qualité de propriétaire aux articles 159 et 161 de la *Loi sur les forêts* précitée, lesquels prévoient certaines contraintes à l'exportation du bois des forêts publiques. Le premier crée l'obligation que tout bois provenant du domaine de l'État soit ouvert ou transformé au Québec, et le second assujettit les exportations de bois provenant du domaine public à l'obligation d'obtenir une autorisation préalable du gouvernement.

On trouve un exemple semblable de telles restrictions dans le cas de l'exportation de l'électricité. La *Loi sur l'exportation de l'électricité*³¹ oblige en effet la présence de telles clauses restrictives au commerce dans différents types de contrats impliquant les forces hydrauliques du domaine public. Les articles 1 et 2 de cette loi prévoient que:

1. Tout bail, vente ou concession de forces hydrauliques qui appartiennent au Québec ou dans lesquelles il a des droits de propriété ou autres doit contenir une clause prohibant l'exportation d'électricité hors du Québec.
2. Tout contrat, permis ou concession autorisant l'installation ou le passage sur le domaine de l'État de lignes de transmission doit également contenir une clause prohibant l'exportation d'électricité hors du Québec.

Finalement, d'autres avantages de l'utilisation des contrats dans ces domaines proviennent des modes d'exécution ou de la souplesse pour introduire certaines clauses pour mieux assurer le respect des obligations contractées.

La menace de faire perdre au partenaire privé les droits dont il bénéficiait à défaut de respecter les conditions qui y sont stipulées, en

30. *Loi constitutionnelle de 1867*, voir les articles 92A(2) et 91(2).

31. L.R.Q., c. E-23.

procédant à la résiliation ou au non-renouvellement d'une convention, peut constituer une arme redoutable dans les mains de l'État. Dans certaines circonstances, les conséquences financières susceptibles d'en résulter peuvent être autrement plus dissuasives que la simple possibilité de poursuites pénales ou même de poursuites en responsabilité. En contrepartie, si les conséquences des sanctions contractuelles sont trop graves (ex. pertes d'emplois ou usine obligée de cesser de faire affaires en cas de résiliation d'un contrat) ou si les «sanctions» contractuelles ne permettent pas de modulation ou de gradation, rendant ainsi disproportionnée la réaction ou la sanction contractuelle par rapports aux manquements constatés, l'efficacité du mode contractuel s'en trouve considérablement diminuée. L'État peut donc aussi se trouver affaibli par le mode contractuel. Il peut être difficile de maintenir une rigueur dans l'application de normes prévues aux contrats, si le partenaire privé sait d'avance que l'imposition de sanctions contractuelles est improbable ou peu vraisemblable.

La rapidité relative avec laquelle l'État peut mettre fin à un contrat est certainement aussi un avantage non négligeable. Les poursuites pénales et les poursuites civiles requièrent au contraire de recourir aux tribunaux, entraînant de ce fait des délais plus importants et des coûts pour l'Administration. Le contrat offre aussi la possibilité de prévoir des clauses pénales, des cautionnements ou d'autres formes de garantie de la bonne exécution des obligations, ou des possibilités de retenir des paiements au partenaire, avantages qui n'ont pas nécessairement leur contrepartie dans un cadre traditionnel réglementaire.

B) Les conditions de rémunération

Un autre secteur où le contrat est un mode privilégié pour la détermination des normes est celui de la rémunération de certaines catégories de professionnels. Le parallèle avec d'autres modèles de négociation collective a certainement pu influencer ce choix.

Dans ces cas, plutôt que de simplement prévoir l'adoption d'un règlement par le gouvernement dont l'objet serait d'édicter les barèmes de rémunération applicables, la loi prévoit que ces barèmes ou ces tarifs d'honoraires seront élaborés par la voie d'une entente négociée avec des organismes ou associations privées.

On nous semble donc avoir accepté dans ces cas d'importer la voie contractuelle pour reproduire le processus de négociation des conventions collectives de travail de salariés.

Deux cas peuvent l'illustrer. En premier lieu, on peut penser à la détermination de la rémunération des médecins et d'autres catégories de professionnels dont les services sont couverts par le régime de l'assurance maladie³² du Québec. Normalement, leurs honoraires sont en effet déterminés dans le cadre d'une entente négociée avec le ministre de la Santé et des Services sociaux. Le deuxième cas vise les tarifs applicables aux honoraires des avocats qui fournissent des services financés dans le cadre du régime de l'aide juridique³³.

Dans ces deux situations, la rémunération ou les tarifs applicables sont déterminés par voie de négociation, par contrat, plutôt que d'être édictés directement par voie réglementaire.

Dans le cas de l'aide juridique, la Loi prévoit toutefois que le gouvernement doit «ratifier» par décret l'entente à laquelle est parvenu le ministre de la Justice. Ce mécanisme de ratification ne nous paraît pas usuel pour décrire un pouvoir de nature réglementaire; on nous paraît davantage y avoir fait appel pour s'assurer d'un certain contrôle *a posteriori* des engagements pris par le ministre de la Justice.

Compte tenu des effets relatifs des contrats sur les tiers, dans les deux situations mentionnées précédemment, les lois prévoient expressément le caractère obligatoire des ententes conclues pour des personnes non parties à la négociation³⁴.

C) Les ententes de délégation de l'élaboration des normes

Nous avons déjà décrit dans la section sur les ressources naturelles deux types d'approche contractuelle permettant de déléguer à des acteurs privés des fonctions, de sorte qu'elles puissent plus activement participer à la détermination de l'encadrement juridique de certaines activités. Nous référerions en effet aux cas des ententes de gestion des ZEC, mais aussi à la possibilité du ministre des Ressources naturelles de déléguer ses pouvoirs en vertu de la *Loi sur les terres du domaine public*.

D'autres exemples peuvent également être présentés pour illustrer l'usage du mode contractuel dans le cadre de délégation de fonctions.

32. Voir l'article 19 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., c. A-29.

33. Voir l'article 81 de la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.Q., c. A-14.

34. Voir l'article 21 de la *Loi sur l'assurance maladie*, précitée, note 32, et l'article 81 de la *Loi sur l'aide juridique*, précitée, note 33.

Ainsi, la *Loi sur la protection sanitaire des animaux* a été modifiée en 2000 pour créer tout un système d'identification des animaux ainsi que pour permettre au ministre responsable, par «protocole d'entente», d'en confier la gestion à un organisme³⁵.

Dans ces trois exemples, l'État conserve néanmoins en parallèle d'importants pouvoirs pour la détermination des normes applicables, notamment par ses pouvoirs réglementaires. On peut toutefois donner aussi d'autres exemples où le législateur semble être allé encore plus loin dans le délaissement de certaines fonctions législatives au profit d'organismes privés.

D'une part, dans le secteur de la plongée subaquatique récréative, la *Loi sur la sécurité dans les sports* prévoit que le ministre des Affaires municipales peut «habiliter» un organisme à but non lucratif œuvrant dans ce domaine à exercer, par règlement, divers pouvoirs et responsabilités dont celles relatives à la détermination des qualifications des moniteurs, à la durée et à la délivrance de certificat ou d'attestation sur leurs qualifications, ou pour fixer les droits exigibles en la matière³⁶.

Bien que ce dernier exemple soit donné dans un texte visant les approches contractuelles, il n'est pas si évident que le cadre de délégation ou le mandat donné dans cette loi soit véritablement de nature contractuelle. On peut imaginer qu'un protocole d'entente puisse être signé pour encadrer cette «habilitation» ou la préciser, par exemple quant à sa durée ou, le cas échéant, pour prévoir des conditions de collaboration avec les fonctionnaires du ministère ou des conditions d'aide financière.

La relation contractuelle pourrait tout aussi bien être inexistante. Les termes employés par la loi réfèrent simplement à une «habilitation» donnée par le ministre à l'organisme pour qu'il exerce certains pouvoirs. On pourrait dès lors considérer qu'il ne s'agit que d'un acte unilatéral du ministre, et qu'il exerce alors un pouvoir administratif, à l'instar d'autres types d'arrêtés ministériels.

Il ne s'agirait alors pas d'une manifestation de la capacité contractuelle de l'État. C'est davantage sur un plan pratique que les

35. L.R.Q., c. P-42, modifiée par L.Q. 2000, c. 40, voir la nouvelle section II.1 et l'article 22.3 en particulier.

36. L.R.Q., c. S-3.1, chapitre V.2, art. 46.15 et s. On doit aussi mentionner que les règlements adoptés par l'organisme privé, pour avoir effet, doivent avoir été approuvés par le ministre.

échanges et une relation consensuelle nous semblent inévitables. On comprend implicitement que l'«habilitation» ne serait pas décrétée s'il n'y a pas acceptation de l'organisme privé d'assumer ces responsabilités et si le ministre n'a pas une certaine assurance que les conditions de fonctionnement de l'organisme lui permettront d'exercer adéquatement ces fonctions législatives.

D'autre part, la *Loi sur la sécurité du transport guidé*³⁷ prévoit un type de délégation qui présente des caractéristiques assez similaires. En vertu de cette loi, des règlements peuvent être adoptés pour entre autres prévoir des normes de sécurité. Le ministre est également habilité à accepter des dérogations à ces normes, soit de façon particulière, soit dans le cadre de l'approbation d'un code de sécurité élaboré par une entreprise pour remplacer les normes réglementaires applicables. Or l'article 79 de cette loi permet au ministre de confier à une entité privée ces différents pouvoirs normatifs:

79. Le ministre peut, par arrêté, déléguer généralement ou spécialement, à toute personne, l'exercice des pouvoirs attribués au ministre par la présente loi.

Cette délégation entre en vigueur à la date de la publication de l'arrêté à la *Gazette officielle du Québec* ou à toute autre date ultérieure qui y est indiquée.

D) Les ententes de dérogation ou régime particulier, soit les conventions pour établir des régimes en marge des lois ou des règlements applicables ou pour reconnaître des droits particuliers

Le grade III dans notre spectre des participations des parties privées, soit le grade relatif aux régimes d'approbation et d'autorisation, comprenait les cas d'approbation de normes ou de programmes dérogatoires. Nous avons alors illustré cet exemple en référant au régime introduit à ce sujet dans la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers* (art. 64 et s.).

La présente sous-section se distingue de ces cas par l'utilisation plus directe ou nette qui est faite de la voie contractuelle pour associer et discuter avec des acteurs privés de l'introduction d'un régime parallèle ou distinct de normes plus appropriées ou mieux adaptées à leur situation.

37. L.R.Q., c. S-3.3.

Deux exemples peuvent être donnés de ce type d'entente pour s'écarter des mesures trop strictes ou inadéquates de la loi ou de la réglementation. Un premier cas est celui des ententes que la CSST peut conclure en vertu de l'article 284.2 de la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*³⁸ avec certains groupes d'employeurs. De telles ententes peuvent être conclues en vue de permettre l'application d'un autre tarif de cotisations mieux adapté et si cette entente favorise les mesures de prévention et de protection de la sécurité des travailleurs. Nous avons fait rapidement état de cette approche contractuelle (les mutuelles d'assurance) dans l'introduction, en référence à l'article de M^e Vigneault. Comme ce dernier l'indiquait, il s'agit d'une forme de régime de dérogation autorisé par contrat pour pallier aux lacunes et aux problèmes occasionnés à certaines catégories d'employeurs par le régime général applicable:

284.2. La Commission peut conclure, avec un groupe d'employeurs qu'elle estime approprié, une entente déterminant notamment les conditions particulières d'assujettissement de ces employeurs à des taux personnalisés ou à l'ajustement rétrospectif de la cotisation ainsi que les modalités de calculs de ces taux ou de cet ajustement. Elle détermine, par règlement, le cadre à l'intérieur duquel peut être conclue une entente.

Une telle entente peut déroger aux conditions et modalités prévues dans les règlements utilisés pour fixer la cotisation d'un employeur et doit prévoir, à l'exclusion de tout autre recours prévu à la présente loi, l'arbitrage des différends qu'entraîne son application.

L'autre exemple est l'ouverture manifestée par la *Loi sur la conservation et la mise en valeur de la faune*³⁹ envers des groupements autochtones pour convenir d'autres normes que celles contenues à cette loi ou à ses règlements. Ces ententes visent notamment à favoriser l'exercice de leurs activités de chasse ou de pêche à des fins alimentaires, rituelles ou sociales :

24.1 Dans le but de mieux concilier les nécessités de la conservation et de la gestion de la faune avec les activités des autochtones exercées à des fins alimentaires, rituelles ou sociales, ou de faciliter davantage le développement et la gestion des ressources fauniques par les autochtones, le gouvernement est autorisé à conclure avec toute communauté autochtone représentée par son conseil de bande des ententes portant sur toute matière visée par les chapitres III, IV et VI.

38. L.R.Q., c. A-3.001.

39. L.R.Q., c. C-61.1.

Les dispositions de ces ententes prévalent sur celles de la présente loi ou de ses règlements. Toute communauté, entreprise ou personne visée par une entente n'est cependant exemptée de l'application des dispositions inconciliables de la présente loi ou de ses règlements que dans la mesure où elle respecte l'entente.

Les ententes conclues en vertu du présent article sont déposées à l'Assemblée nationale dans les 15 jours de leur signature si l'Assemblée est en session ou, sinon, dans les 15 jours de la reprise de ses travaux. Elles sont en outre publiées à la *Gazette officielle du Québec*.

Plutôt que de simplement prévoir un régime de dérogations autorisées ou approuvées par l'Administration, le législateur a donc préféré donner à ces groupements autochtones, comme aux employeurs avec la CSST, un droit à une plus grande participation à l'adoption des normes. Le législateur offre à ces interlocuteurs privés la possibilité de négocier directement avec le ministre ou l'organisme responsable les changements jugés nécessaires pour mieux tenir compte de leur réalité.

3.2 Les autres expériences et les tendances plus récentes en matière contractuelle

Dans la présente section, nous souhaitons insister davantage sur un nouvel usage qui semble prendre une certaine expansion dans les nouveaux modes contractuels utilisés pour définir des normes, entre autres dans le secteur de l'environnement. Ce mode n'est généralement pas ou est peu balisé législativement. Il s'agit des ententes la plus souvent appelées les «accords volontaires»⁴⁰.

Avant d'élaborer plus longuement sur leurs caractéristiques et les exemples de l'utilisation qui en est faite au Canada et au Québec, nous aimerions souligner brièvement d'autres formes d'approches contractuelles à l'étranger qui montrent l'éventail des possibilités d'associer des partenaires privés à la détermination des normes applicables pour parfaire ou compléter les outils plus traditionnels dont dispose l'Administration.

A) Les autres expériences répertoriées à l'étranger

Deux expériences étrangères ont particulièrement suscité notre curiosité. Les deux illustrent des modes avancés de coopération dans la détermination des normes applicables.

40. En France, on trouve aussi l'expression «les accords de branche».

(1) Les REG-NEG⁴¹: L'EPA, l'Agence fédérale pour la protection de l'Environnement aux États-Unis, expérimente depuis un certain nombre d'années un mode de négociation des règlements: les REG-NEG. En substance, ce mécanisme prévoit que les organismes et les acteurs privés concernés peuvent se concerter et convenir ensemble d'un règlement applicable. L'EPA préparerait ensuite une version officielle du règlement conformément aux normes convenues. L'avantage du processus pour l'Administration semble résider dans le fait que la participation d'une partie privée à ce processus et le fait qu'elle entérine le règlement diminue considérablement le risque que ce règlement soit contesté:

A well known experiment in negotiated rule-making can be found in the United States. This practice emerged in the 1980's as an alternative to the traditional procedure. It has now been formalized by the Negotiated Rule-Making Act. The idea is that under certain circumstances it is possible to bring together public agencies, industries and citizen groups to negotiate the text of a proposed rule, a procedure known as "regulatory negotiation" or "reg-neg"). The negotiators are required to reach consensus by a deadline imposed by statute or by the agency. They must find an acceptable compromise on the issues of greatest importance to them. On this basis, it is more likely that the resulting rule will be implemented and the likelihood of subsequent litigation is diminished.⁴²

(2) La gestion par bassins versants. Un second exemple réside dans l'approche de réglementation par bassins versants retenue en France ainsi qu'aux États-Unis. Dans le cadre de cette approche, ces deux pays appliquent un mode de participation beaucoup plus direct des intervenants concernés à l'élaboration des différentes normes relatives à la qualité de l'eau. En France par exemple, les différentes parties impliquées se trouvent associées à la détermination des normes par la voie des Agences ainsi que des comités de bassins.

Pour mieux saisir l'utilité de cette approche participative ou coopérative, il convient de rappeler brièvement les difficultés rencontrées pour définir des normes adéquates dans le contexte particulier de la gestion de l'eau.

41. Voir aussi les articles suivants pour une analyse de ce moyen: Daniel FIORINO, «Rethinking environmental regulation: perspectives on law and governance», (1999) 23 *Harv. L. Rev.* 441-469, 460-461; Todd D. RAKOFF, *loc. cit.*, note 1, p. 166. Voir aussi pour une critique du REG-NEG: Jody FREEMAN, «Private parties, public functions and the new administrative law», (2000) *Adm. L. Rev.* 813-858, 828-829.

42. Michel PRIEUR, «Environmental Agreements: Legal Aspects», (1998) *Rev. of European Community and International Environmental Law* 301-307, 302.

Comme on le sait, la qualité de l'eau est affectée par le cumul de plusieurs activités industrielles, privées ou agricoles qui se déroulent à proximité des cours d'eau principaux, mais aussi de leurs tributaires. En raison de l'écoulement naturel des eaux, les problèmes environnementaux sont parfois perceptibles beaucoup plus loin que le lieu de leur origine. Une des difficultés est donc de régir les effets cumulatifs sur l'eau, et sur les écosystèmes qui en dépendent, qu'amènent les différentes causes de pollution et différentes activités qui, sans être elles-mêmes une source de pollution, peuvent néanmoins, par les transformations physiques qu'elles entraînent, faire apparaître des problèmes environnementaux latents.

L'approche classique de réglementation veut généralement que l'on fixe pour chaque type d'activité humaine ou même, par établissement ou usine impliquée, les normes applicables pour éviter une détérioration de l'environnement. Malgré ses mérites, cette approche ne permet pas toujours de tenir compte des effets cumulatifs de plusieurs activités sur la qualité d'un même cours d'eau. Également, l'approche classique en réglementation permet plus difficilement de tenir compte des usages respectifs de différents plans d'eau et des différentes portions des cours d'eau. Pourtant, il serait aussi souhaitable de pouvoir mieux moduler les normes applicables en fonction de la réalité observée pour chacun d'eux, des écosystèmes qui en dépendent et des usages auxquels on les destine.

Pour pallier à ce problème, il ne paraît pas non plus approprié de hausser systématiquement et artificiellement les normes applicables: les effets cumulatifs que l'on aurait appréhendés pourraient ne jamais se présenter dans un secteur ou pourraient être fort différents de ceux imaginés.

Outre les problèmes environnementaux, cette difficulté des approches traditionnelles à mettre en place des normes qui collent mieux à la réalité physique du territoire peut aussi être une source de difficultés sur le plan social et économique. Les communautés locales concernées ont de toute évidence intérêt à conserver toutes les activités économiques générées, tout en atteignant pleinement les objectifs environnementaux fixés.

Si une entreprise peut facilement être en mesure de mieux performer sur un plan environnemental, ses efforts pourraient également permettre la survie d'une autre entreprise dont la performance environnementale pourrait être retardée en raison des délais nécessaires pour introduire différents changements technologiques qui

s'imposent. À défaut de pouvoir maintenir toutes les activités des entreprises en raison de leurs effets sur l'environnement, les collectivités locales et les intervenants les plus concernés auraient ainsi avantage à être parmi les premiers décideurs appelés à se prononcer sur la recherche de moyens pour résoudre les problèmes rencontrés et pour définir les priorités de développement et de conservation de la région. Le rapprochement du lieu de décision avec les administrés est également souhaitable si des choix difficiles sur les plans économiques ou sociaux deviennent incontournables pour régler des problèmes de pollution.

Tant la France que les États-Unis ont donc institué depuis plusieurs années une gestion par bassin versant de manière à mieux rapprocher les lieux de décision des personnes impliquées, mais aussi pour favoriser l'adoption de meilleures normes. C'est ainsi que leurs régimes de protection de la qualité de l'eau prévoient la contribution des tiers, tel par le mécanisme des comités de bassins. Il s'agit ainsi d'assurer une gestion plus collective, coopérative et plus globale des problématiques environnementales liées aux cours d'eau:

Correspondant aux six grands bassins hydrographiques français, les agences de bassin fonctionnent de manière autonome, sans l'encadrement des organismes publics nationaux. Outre l'administration centrale, il y a trois organismes administratifs par bassin: un comité de bassin [...], une agence financière de bassin [...] et une mission déléguée de bassin [...]. Des contrats de rivière sont rédigés en regard des bassins versants par le biais d'une concertation entre tous les acteurs, de manière à pouvoir identifier les problèmes, proposer des solutions, sur une base volontaire, et finalement arriver à une charte de rivière, c'est-à-dire un engagement de tous les acteurs à effectuer des actions dans un délai déterminé.⁴³

Il va de soi que le succès d'un tel régime repose sur la bonne foi et la volonté de travailler ensemble, ainsi que sur une participation effective des différents interlocuteurs concernés. Le fonctionnement de ce mode de gestion n'est sûrement pas toujours facile:

Les exigences relatives à l'instauration d'un type de gestion par bassin versant ont trait principalement à l'engagement que cela nécessite de

43. Monique LAJOIE, «L'approche systémique et la gestion par bassin versant», 27 mai 1999, BAPE, Consultation publique sur la gestion de l'eau au Québec, document de soutien à l'atelier de travail de la Commission du 4 juin 1999 à Québec, p. 2-22. Voir aussi, pour le régime américain, notamment Donald BRADY (U.S. Environment Protection Agency), «Water management in the United States», May 2001.

la part de tous les acteurs ainsi qu'au transfert de certains pouvoirs. Ce type de gestion demande la participation de tous les usagers ainsi que de la population en général; il requiert un appui soutenu de tous les acteurs, en particulier les municipalités, ainsi que les milieux industriel et agricole. De plus, un soutien actif et constant de la part du gouvernement est requis pour améliorer les chances de réussite de la démarche. [...]

Pour plusieurs, la gestion par bassin versant constitue un mouvement vers la décentralisation, vers la concertation, vers plus de démocratisation: rendre le pouvoir de décision aux citoyens ou à ses représentants directs. Elle est aussi perçue comme un mouvement vers plus de solidarité par la mise en place de fonds commun et la répartition des efforts en fonction des capacités de chacun, et vers plus de responsabilisation (selon le principe du pollueur-payeur et de l'utilisateur-payeur) (J. Smith, 1997).⁴⁴

Ainsi, l'approche contractuelle pourrait le cas échéant participer à l'encadrement d'une telle gestion en complément aux normes législatives et réglementaires applicables.

Si l'approche de gestion par bassin versant était introduite au Québec, elle exigerait, comme on le voit, une révision assez fondamentale de la façon dont on gère actuellement les problématiques environnementales par la *Loi sur la qualité de l'environnement*. Plutôt que de fonctionner par produit, par type de pollution ou par secteur d'activités, par des normes sensiblement uniformes pour l'ensemble du territoire de la province, on aurait en effet à mettre en place un encadrement juridique visant plutôt une approche multisectorielle, et dont l'application serait plus fortement localisée sur le plan géographique.

B) Les «Accords volontaires»

Une certaine tendance semble se dessiner un peu partout dans le monde par rapport à des secteurs plus traditionnels de réglementation, comme la protection de l'environnement ou la sécurité dans les transports. Plutôt que de simplement se situer à l'extrémité du spectre et d'accepter une totale déréglementation, différents pays tant en Europe, en Asie qu'en Amérique semblent prêts à s'engager dans le mode contractuel avec des entreprises ou leurs associations, en vue de compléter ou de faciliter la mise en œuvre de réglementations existantes ou d'éviter de devoir en adopter de nouvelles.

44. Monique LAJOIE, *op. cit.*, note 43.

On parle de contrats, mais le caractère obligatoire ou la force exécutoire de ces accords peut être assez variable.

– *L'origine et les raisons militent pour la signature de ces Accords:*

Il semble que plusieurs de ces initiatives, particulièrement au Canada, feraient suite au Protocole de Kyoto:

A number of countries have proposed that voluntary agreements between industry and government be a major element of the strategy for meeting greenhouse gas reduction obligations under the Kyoto Protocol. For some countries, such as Canada, which has already ruled out a carbon tax or the equivalent as a matter of policy, voluntary compliance approaches are particularly significant. [...]

In the mitigation of Canada's National Action Program on Climate change, the National Voluntary Challenge and Registry program, endorsed by all federal, provincial and territorial energy and environment ministers and established in 1995, is recognized as a major «broad based initiative». The Voluntary Challenge Program is a cooperative industry-government system for recognizing, crediting and monitoring industry projects to reduce emissions.⁴⁵

– *L'utilisation de tels Accords au Canada:*

Ces Accords suscitent tant de l'intérêt que des questionnements si l'on se fie aux sujets de différents colloques et articles⁴⁶. Pour mieux saisir la place qu'ils occupent un peu partout dans le monde, on peut se référer, entre autres, à l'étude de John Moffet et François Bregha «An Overview of Issues with Respect to Voluntary Environmental Agreements»⁴⁷. Pour le Canada, à l'extérieur du Québec, voici le portrait qui en est fait:

In the last few years, Canadian jurisdictions have begun to experiment with the use of memoranda of understanding (MOUs) to promote environmental improvements such as pollution prevention. The Ontario government is pursuing a wide range of MOU initiatives, including

45. Alastair R. LUCAS, «Voluntary Initiatives for Greenhouses Gas Reduction: The Legal Implications», (2000) 10 *J.E.L.P.* 89-104, 89 et 90.

46. Voir notamment, Alastair R. LUCAS, *loc. cit.*, note 45; voir aussi le rapport de l'Agence environnementale européenne rendu en 1997 sur l'effectivité de ces accords en matière environnementale (le résumé de ce rapport est accessible sur le site internet: <<http://org.eea.eu.int/documents/newsreleases/prenvag.html>>).

47. Janv.1999, CAVA Working Paper no. 98/11/3 <allserv.rug.ac.be/~mdeclerc/CMM/CAVA/papers/moffet.pdf>, extraits cités, p. 9-12.

informal arrangements with specific companies, provincial-municipal agreements, provincial-industry sector MOUs, and a number of provincial-federal MOUs with high profile sectors, including the Canadian Chemical Producers' Association (CCPA), the Motor Vehicle Manufacturer's Association (MVMA), the Automobile Parts Manufacturers' Association (APMA), and the Ontario Fabricare Association. [...]

Most of the Ontario MOUs, including all those co-signed by the federal government, follow the same pattern. They explicitly state that participation does not change any existing regulatory requirements. And while they do not formally create new obligations, presumably the fact of negotiating and signing an agreement imposes good faith obligations to cooperate to ensure the success of the endeavour. All state that regulatory compliance is a prerequisite to participation, and that they focused on extra-compliance issues, in most cases related to promoting pollution prevention. Most provide for a government industry steering committee which establishes a plan for information sharing with the affected sector.

In many cases, either the MOU or the steering committee also develops a candidate list of substances to be addressed, provides a methodology for developing and implementing pollution prevention plans within the sector, creates reporting procedures, and establishes the infrastructure for supporting the initiative. In most cases, the members of the sector can agree to participate individually. If they choose to participate, they undertake studies of their premises, processes and products, draft an inventory of substances used, and propose projects to reduce the uses or release of these substances. While all emphasize information sharing, the nature of public reports and the involvement of third parties in the process varies considerably. Unlike some comparable US initiatives, the MOUs do not commit industry to any changes, nor do they commit government any relaxation of existing regulation enforcement.

The Saskatchewan government has chosen to focus on bilateral agreements with specific industries. [...]. Unlike the Ontario regime, however, the plans negotiated pursuant to Saskatchewan agreements address regulatory obligations, and therefore take a more comprehensive approach to a participant's environmental operations. [...]

The British Columbia government has introduced MOUs on a pilot basis as part of an overall reform of its environmental policies which may also include an increased use of performance based standards in order to decrease reliance on site-specific permits. [...]

Although the rationale for entering into MOUs varies by jurisdiction and by agreement, there are some common consideration. Both gover-

ment representatives and industry participants look to the MOUs as a way to engender a less adversarial, more open relationship between themselves. All participants see information sharing as one of the main benefits of MOUs. Some government representatives believe that MOUs may represent the most effective way to induce companies to adopt pollution prevention techniques. Indeed, some believe that government can only promote the type of cultural change required to support pollution prevention through trust based process, such as that engendered by the MOUs. Some industry participants see the advantage of creating a forum in which it has the opportunity to be proactive, thereby possibly avoiding the need for, or at least helping to shape, future regulatory developments.

Pour donner des exemples plus concrets, on peut se référer, pour l'Ontario, à l'*Entente de gestion environnementale* signée avec la compagnie *DOFASCO*⁴⁸ ainsi qu'au *Memorandum of Understanding on the Green Clean Project*⁴⁹. Le gouvernement fédéral, en plus d'être cosignataire de ces deux ententes, en a également conclu un certain nombre d'autres, dont le *Protocole d'entente* du 17 novembre 1995 avec l'*Association des fabricants de véhicules à moteur* pour soutenir l'efficacité des véhicules et réduire ainsi les gaz à effet de serre, les *Initiatives volontaires sur l'efficacité du carburant des véhicules automobiles*⁵⁰ et le *Protocole d'entente sur les sacs gonflables latéraux* signé avec tous les principaux fabricants d'automobiles⁵¹. On recense quelques exemples aussi pour le Québec. En plus de l'initiative d'un registre avec le fédéral et les autres provinces qui se concrétise dans *Éco-geste*, soit le registre prévu pour l'enregistrement des mesures de réduction volontaire des gaz à effet de serre⁵², on pourrait aussi rappeler l'entente signée le 31 mars 1998 avec la compagnie *Pétromont*. Quatre autres compagnies en avaient fait autant précédemment. Cette entente fait suite à la signature en 1996 d'un *Projet pilote de coopération et de gestion environnementale* entre le ministre de l'Environnement et le *Centre patronal de l'environnement du Québec*, l'*Institut canadien des produits pétroliers*, l'*Association des industries de l'aluminium* et l'*Association canadienne des fabricants de*

48. Sur le site La voie verte du gouvernement fédéral: <file://C:\TEMP\draft-f.html>.

49. sur le site d'Environnement Canada: <http://www.on.ec.gc.ca/glimr/data/green-clean/back02.html>.

50. Référence sur le site de l'Office de l'efficacité énergétique: <http://oec.nrcan.gc.ca/francais/programs/motorvehicles.cfm>.

51. Site de Transports Canada: <wysiwyg://14/http://www.tc.gc.ca/medias/documents/b01_h036fl.htm>.

52. <http://www.menv.gouv.qc.ca/air/changement/ecogeste.htm>.

produits chimiques. Comme le relatait le communiqué de presse du 31 mars 1998⁵³:

Le ministre de l'Environnement et de la Faune, monsieur Paul Bégin, et le président de Petromont, monsieur Jacques Beauchamp, ont signé aujourd'hui une entente de coopération et de gestion environnementale qui s'inscrit dans le cadre du projet pilote mis de l'avant par le Ministère. Grâce à cette entente fondée sur une volonté commune de collaborer au développement durable, Pétromont verra à protéger l'environnement par la prévention, la gestion optimale des ressources, la réduction des rejets et le respect du milieu, à son usine d'oléfines de Varennes. [...]

Le plan d'action de Pétromont prévoit des actions spécifiques dans quatre secteurs d'intervention. Au niveau de l'eau, l'entreprise s'engage notamment à réduire les rejets à l'égout de procédé et à confirmer la performance du système de traitement biologique des eaux phénoliques. Du côté de l'aire, la réduction des émissions de COV (composés organiques volatiles), de gaz à effet de serre dont le CO₂ est au programme. Plusieurs actions touchent les sols et eaux souterraines dont le suivi de la qualité sur l'ensemble du site de l'usine, des études de caractérisation des contaminants présents ainsi que l'amélioration des programmes de prévention. Finalement l'entente prévoit l'évaluation des sites de disposition des déchets dangereux (sic).

– *Les problématiques juridiques soulevées par ces Accords*

Une étude détaillée des différents types d'accords volontaires déborde largement la portée du présent texte⁵⁴. Néanmoins, voici brièvement les questions qui nous semblent être les plus fréquemment posées en rapport avec ceux-ci:

(1) L'encadrement législatif: Ces ententes sont principalement conclues dans le cadre très général de la capacité des gouvernements, et plus particulièrement celle des ministres, de conclure des ententes. Devrait-on en prévoir plus spécifiquement la possibilité dans les lois des ministères ou les lois sectorielles en cause?

53. <<http://www.menv.gouv.qc.ca/communiqués/1998/c980331a.htm>>.

54. Pour une analyse de ceux-ci, on peut consulter, notamment: Karen BEATTIE, «Fairness, Openness and Self regulation: an Examination of Administrative law values and the use of Voluntary and Self regulatory measures for Environmental protection», (2000) 14 *C.J.A.L.P.* 1-59; John MOFFET et François BREGHA, *loc. cit.*, note 46; Alastair R. LUCAS, *loc. cit.*, note 45; Magoli A. DELMAS et Anne K. TERLAAK, «A framework for Analyzing Environmental Voluntary Agreements», (2001) *Calif. Man. Rev.* 44; Michel PRIEUR, *loc. cit.*, note 42, p. 304 à 307.

(2) *Le caractère exécutoire*: Comme les accords sont conclus parallèlement aux instruments réglementaires et législatifs, devrait-on se contenter de «gentlemen agreement» sans force exécutoire ou non justiciable, de manière à clairement démontrer le caractère accessoire, secondaire ou complémentaire de tels Accords par rapport aux normes applicables? Devrait-on plutôt chercher à en bonifier le contenu notamment quant à la précision des engagements ou des obligations contractées par les entreprises de manière également à pouvoir plus facilement obtenir leur exécution par la voie des tribunaux?

Quant au caractère exécutoire de ces ententes, les types de problèmes varient considérablement selon la perspective du partenaire en cause. Pour l'industrie, les préoccupations semblent davantage les suivantes.

Le gouvernement est-il en mesure de se lier? Si les normes diffèrent (par exemple quant à des volets administratifs, comme la durée de permis ou la fréquence de rapports) le ministre signataire dispose-t-il d'un pouvoir lui permettant d'autoriser des dérogations aux normes? La conclusion d'un tel contrat est-elle compatible avec les dispositions de la loi?

Le gouvernement pourra-t-il, malgré ses engagements et contrairement à ceux-ci, adopter de nouveaux règlements?⁵⁵ Fera-t-il d'autres types d'ententes avec d'autres compagnies, rendant les premières signataires moins concurrentielles ou moins avantagées? Y aura-t-il des problèmes résultant de la volonté de tierces parties, non signataires ou non parties à la négociation, de contester la portée de ces ententes? S'ils sont insatisfaits de la teneur de ces ententes, ces tiers pourront-ils obtenir qu'un tribunal impose le respect intégral de la réglementation plutôt que de permettre la mise en œuvre des arrangements conclus?

55. La Cour suprême du Canada nous paraît avoir clarifié la question dans l'arrêt *Pacific national Investment Ltd. c. Victoria (Ville de)*, 2000 CSC 64. La Cour y a rappelé qu'un gouvernement, une municipalité en l'espèce, ne peut se lier ou renoncer par contrat à sa discrétion de pouvoir adopter des règlements. De plus, comme cela pourrait avoir pour effet de tendre indirectement au même résultat, on comprend aussi du jugement qu'il n'est pas plus possible pour un gouvernement en vertu d'un contrat d'être sujet au versement de dommages pour le motif qu'il aurait exercé sa discrétion et choisi d'édicter une nouvelle réglementation. Le principe qu'on ne saurait invoquer un droit acquis au maintien des normes législatives ou réglementaires applicables est donc réitéré. L'encadrement juridique des Accords volontaires aux États-Unis pourrait à cet égard être assez différent. L'affaire *United States v. Winstar*, 518 U.S. 839, rendue en 1996,

Du côté gouvernemental, la perspective peut en effet être différente. En plus des problèmes de légalité qui peuvent se poser par rapport aux dispositions législatives applicables, comment faire pour s'assurer du caractère représentatif d'une association pour lier les différentes industries concernées? Toutes ne devraient-elles pas être signataires? Si seules des industries bien organisées sont susceptibles de signer, ne crée-t-on pas un problème d'équité et d'égalité devant la loi? Une entente commune avec différentes compagnies peut-elle être perçue comme une coalition qui pourrait porter indûment atteinte à la concurrence qui devrait prévaloir entre elles?

(3) *La relation avec la réglementation:* Quel type d'accord est véritablement souhaité? Les termes choisis reflètent-ils adéquatement cette volonté?

(4) *L'imprécision des normes ou des engagements:* L'objet ou la teneur des normes de substitution ou de celles qui sont complémentaires à celles prévues par voie réglementaire sont-elles suffisamment précises pour donner des résultats? Leur respect peut-il être facilement obtenu? Entre autres, les pouvoirs des inspecteurs pour contrôler le respect des normes réglementaires et législatives s'étend-il au contrôle de ces accords volontaires? Pourra-t-on aisément sanctionner les violations de ces accords?

(5) *Les moyens d'exécution ou les procédures de différends:* Quelles sont les voies choisies pour résoudre les litiges et les mésententes qui pourraient survenir dans l'application de l'accord?

(6) *Les effets de l'accord sur des poursuites pénales:* L'accord aura-t-il un effet important sur la possibilité de poursuivre et de sanctionner pénalement l'entreprise? Quels impacts sont à prévoir sur la présentation d'une défense de diligence raisonnable? Le gouvernement pourrait-il se voir objecter qu'il est en situation d'abus de procédure s'il intente une poursuite pendant la durée de l'entente? Les contacts plus étroits que suscitent ces accords sont-ils susceptibles

semble avoir créé certains remous. La position des tribunaux aux États-Unis serait donc moins claire. On trouve une intéressante étude de cette problématique dans les articles suivants: Jean O. MELIOUS et Robert T. THORNTON, «Contractual Ecosystem Management under the Endangered Species Act: can federal agencies make enforceable commitments?», (1999) 26 *Ecol. L.Q.* 489-542, 492, 504 et s.; Alan R. BURCH, «Purchasing the right to govern: Winstar and the need to reconceptualize the law of regulatory agreements», (1999-2000) 88 *Kent. L.J.* 245-419.

d'ouvrir la porte à une défense d'erreur induite par des représentants de l'Administration («officially induced error»)?

(7) *Les effets de l'accord sur des poursuites en responsabilité*: Les nouveaux barèmes et objectifs que l'entreprise accepte peuvent-ils avoir des conséquences sur sa responsabilité civile? Peuvent-ils en avoir sur celle d'autres entreprises en haussant le type de comportement jugé normal ou acceptable dans un secteur d'activités donné? L'accord permet-il à une entreprise d'échapper trop facilement à sa responsabilité en établissant qu'elle adopte en toutes circonstances une conduite prudente et diligente?

D'autres problématiques soulevées par ces Accords sont également soulignées dans la doctrine.

Comme ces accords permettent davantage aux entreprises de fixer les nouveaux objectifs de protection et de les surveiller, une perte d'expertise n'est-elle pas susceptible d'en résulter pour le gouvernement?

Sur la base de quels critères ou indicateurs peut-on évaluer ces accords par rapport aux modes plus traditionnels de fixer des normes?⁵⁶

Les recours de droit administratif seront-ils ouverts à des tiers pour contrôler les actions de l'État dans le cadre de ces contrats ou ces tiers seront-ils privés au contraire de recours en raison du principe de l'effet relatif des contrats?

Un certain nombre d'auteurs dénoncent ainsi le flou juridique entourant la conclusion de ces accords et manifestent l'intérêt pour que soit mis en place un meilleur encadrement juridique de ceux-ci par voie législative, à tous le moins pour maintenir la transparence et l'accès du public à certaines informations sur ceux-ci⁵⁷.

Ces propos nous amènent à traiter plus généralement des avantages et inconvénients découlant de l'approche contractuelle, ainsi qu'à aborder différentes problématiques juridiques soulevées par celle-ci.

56. D'autres auteurs considèrent ces accords comme utiles s'ils sont complémentaires à des régimes plus traditionnels de normes, puisque c'est davantage la menace que présentent ces normes et le fait qu'il puisse y avoir édicition de normes plus sévères qui inciteraient des entreprises à agir dans le respect de tels accords. Voir notamment, Michel PRIEUR, *loc. cit.*, note 42, et Alastair R. LUCAS, *loc. cit.*, note 45, p. 92-93.

57. Karen BEATTIE, *loc. cit.*, note 54.

4. LES PROBLÉMATIQUES JURIDIQUES SOULEVÉES PAR LE MODE CONTRACTUEL

4.1 Les avantages et les inconvénients généraux

Décrire les avantages et les inconvénients de la voie contractuelle constitue une bonne entrée en la matière des problèmes juridiques liés à celle-ci. Plusieurs enjeux juridiques transparaissent en effet déjà de la présentation de ceux-ci.

Nous avons dans des sections précédentes déjà commencé à aborder la question des avantages et des désavantages de certains types d'ententes, telle dans la section relative aux ententes en matière de ressources naturelles.

L'objet de la présente sous-section se situe davantage en amont et cherche plutôt à donner une perspective plus large du phénomène des contrats comme moyen juridique d'amener des parties privées à être plus étroitement associées à la prise de décisions sur les normes applicables, tout en réduisant le rôle joué par l'État. Toutes les délégations de fonctions au privé sont donc plus spécialement visées, de même que les initiatives contractuelles les moins balisées sur le plan législatif, tels les accords volontaires.

On trouve déjà des pistes de réflexion fort intéressantes dans divers articles de doctrine ou des traités sur les avantages et inconvénients de l'approche contractuelle pour la détermination des normes applicables⁵⁸. Les avantages et les inconvénients les plus fréquemment invoqués peuvent être regroupés de la façon qui suit:

(1) *D'abord pour la partie privée*, la voie contractuelle présente généralement les attraits suivants:

- *Normes plus réalistes et pratiques*: La voie contractuelle évite l'application de normes réglementaires ou législatives non désirées ou mal adaptées; en particulier une économie peut être recherchée quant aux dépenses occasionnées en choisissant d'autres moyens plus pratiques et moins onéreux pour atteindre le même résultat que celui escompté par le gouvernement;

58. Margo PRIEST, *loc. cit.*, note 3; Yves DEROME, *loc. cit.*, note 22; ISSALYS et LEMIEUX, *loc. cit.*, note 17, p.854; voir aussi Paule HALLEY, «La vérification environnementale: réflexions sur l'émergence des modes d'autorégulation», (1990) 40 *C. de D.* 621-643, 625-628, 637 et 641-642.

- *Meilleure adaptation des normes*: l'expertise est plus facilement mise à jour par des intervenants spécialisés dans l'industrie qu'en se fiant parfois seulement aux spécialistes des ministères;
- *Réduction des délais* pour établir le contenu des normes;
- *Résolution des conflits*: La voie contractuelle peut favoriser l'introduction de modes de résolution des conflits (on a vu que c'était le cas pour les ententes de la CSST ainsi que pour les ententes entre les bénéficiaires de CAAF dans le domaine forestier);
- *Discrétion*: Aspect plus privé de la relation et discrétion dans la réalisation de certaines activités; la voie contractuelle permettrait parfois de transiger plus privément avec l'État;
- *Image publique* de prise en charge et de responsabilité par l'industrie;
- *Défenses*: Possibilité de présenter au pénal une défense de diligence raisonnable ou, au civil, une défense liée au bon comportement de l'entreprise et à son sens des responsabilités;
- *Compétitivité*: Avantage éventuel en terme de compétitivité sur le plan international (lié aux bénéfices quant aux coûts économisés mais aussi sur le plan de la réputation).

(2) *Pour le gouvernement*, les principaux avantages répertoriés sont les suivants:

- Économie de coûts en faisant faire par le privé certaines opérations ou tâches faites par l'État (coûts directs mais aussi parfois les économies réalisées à d'autres titres, telles les économies de ne pas devoir fournir de locaux pour le personnel nécessaire aux opérations);
- Réduction de délais dans l'entrée en vigueur de normes adéquates;
- Idéalement, de meilleures normes pourraient être conçues pour l'atteinte de résultats, tout en favorisant, par l'accord volontaire ou la participation du privé, une meilleure adhésion à celles-ci et donc un meilleur respect de ces normes;
- Le contrat peut bénéficier d'un bon suivi sans nécessiter de grands investissements de temps ou de personnel pour les contrôles;
- Permet à l'État de mieux choisir ses interlocuteurs privés et ainsi de mieux adapter et cibler les normes pour l'atteinte de résultats;

- Éloigne certaines décisions de la sphère politique ou permet au gouvernement de se situer davantage au-dessus de la mêlée en confiant certaines fonctions au privé;
- Permet d'éviter certains risques financiers ou des risques de poursuites en responsabilité ou en négligence en transférant certaines fonctions au privé;
- Flexibilité plus grande venant de l'absence des contraintes liées aux processus réglementaire et législatif;
- Flexibilité plus grande dans l'attribution de sous-contrats par le privé en l'absence de contraintes liées aux processus de soumissions et d'appels d'offres ou de contraintes liées aux mécanismes d'approbation de dépenses;
- Souplesse dans la gestion du personnel et les autres règles administratives applicables;
- Conscientisation et responsabilisation des entreprises: une délégation de certaines fonctions peut à plus long terme réduire le nombre de normes et diminuer les cas d'infractions.

D'autre part, il y a aussi différents *inconvenients* à prévoir pour l'État. Dans certains cas, les avantages invoqués peuvent être trompeurs:

- Problème de concurrence: faire affaires avec certaines entreprises, souvent les plus grosses, plutôt que d'établir un ensemble de normes plus générales mais applicables à plus d'entreprises, peut avoir des effets sur la concurrence entre celles-ci. Certaines entreprises d'un même secteur d'activités pourraient ne plus être capables de suivre la cadence, si les normes trop élevées ne sont applicables que par une élite limitée d'entreprises;
- La réduction des coûts peut être trompeuse: des économies d'échelle peuvent être obtenues au niveau gouvernemental par la centralisation de certaines activités. L'application d'une multitude d'ententes peut multiplier les coûts pour arriver au même résultat;
- La baisse des coûts pour le gouvernement ne se reflète pas nécessairement pour les particuliers si ceux-ci sont appelés à absorber les coûts plus élevés que leur réclame un partenaire privé qui souhaite se financer;
- La réduction des coûts pourrait ne pas avoir été bien évaluée s'il existe des coûts cachés occasionnés à l'État, par exemple si des

problèmes sociaux ou d'autres coûts supplémentaires sont occasionnés. Certains préjudices causés par une gestion privée déficiente peuvent aussi ne jamais être indemnisés ou être, par définition, irrécupérables (exemple: disparition d'une espèce animale menacée);

- Des coûts peuvent aussi être occasionnés à l'État pour assurer la surveillance du bon fonctionnement d'un nouveau contrat avec le privé. Ces accords peuvent compliquer les types de contrôles possibles en marge de systèmes rodés de plaintes de particuliers et d'inspections;
- Répercussions économiques défavorables peuvent découler d'une prise en charge par le privé: perte de confiance et d'estime nécessaire à l'égard d'un produit ou d'un service, de sorte que le produit ou le service peut être délaissé par le public (par exemple si le partenaire privé paraît en conflit d'intérêts ou si la recherche de la rentabilité amène une baisse des normes de qualité recherchée);
- Perte d'une vision d'ensemble: Plus le rôle du privé est grand dans l'édiction des normes, plus grande peut être l'absence de vision cohérente de l'ensemble d'une problématique donnée. Lorsqu'un problème a différentes sources ou lorsqu'une problématique est plus complexe, seul le gouvernement peut généralement maîtriser les différentes facettes pour mieux le solutionner;
- Conflit dans les objectifs recherchés: Le mandat des entreprises n'est pas d'assurer la protection du public ou de veiller à protéger les plus démunis; leur raison d'être, normalement, est de faire des profits. Le privé, par rapport à certains enjeux, pourrait donc faire preuve d'une certaine inconscience ou d'une indifférence, sans parler de certains risques de conflits d'intérêts;
- Difficulté de maintenir l'équité ou danger de favoritisme;
- Aucune obligation du secteur privé de faire preuve de neutralité politique contrairement à la fonction publique;
- Certains risques de baisser les standards ou les normes applicables;
- Certains risques que les normes soient trop haussées sans bénéfice réel. Ainsi, en plus du risque d'éliminer certains concurrents, possibilité d'occasionner une hausse injustifiée du coût de certains produits ou de services pour la population;
- Diminution de l'imputabilité et de la reddition de compte;
- Absence d'information publique;

- Perte du bénéfice de certains types de contrôle par les tribunaux;
- Baisse de l'expertise du gouvernement et donc, à plus long terme, possibilité d'un retour en arrière ou d'une régression de certains bénéfices pour la population.

Le ministre d'État aux régions et ministre de l'Industrie et du Commerce, M. Gilles Baril, le 28 mai 2001, dans le cadre d'une Allocution pour le premier Forum de l'*Institut pour le partenariat public-privé (IPPP)* a également fait ressortir l'importance de bien soupeser les avantages et inconvénients pour le public avant de s'engager dans une initiative nouvelle visant à confier certaines fonctions au privé.

Parlant des enjeux que présente la place de l'entreprise privée dans la prestation de services à la population, le ministre indiquait en effet ce qui suit:

Parce que cette question, on doit se l'avouer, en est une qui est délicate. Et pour cause. [...] Pour nombre de Québécoises et de Québécois, et je fais partie de ce groupe de personnes, la construction de l'État québécois depuis 1960 constitue un acquis indéniable de notre nation. La mise sur pied des grands réseaux publics de santé et d'éducation, entre autres furent de grandes réalisations collectives dont nous avons raison d'être fiers et qui font du Québec une société moderne et progressiste.

Encore plus, l'État québécois et ses grandes valeurs en sont venus à incarner certaines grandes valeurs qui sont le fondement de notre société, comme la solidarité, l'équité, l'égalité des chances, voire la justice.

Le risque est donc grand, lorsqu'on aborde la question, lorsqu'on discute des partenariats possibles entre l'état et l'entreprise privée, que certains de nos concitoyens y voient une menace à ces grandes valeurs. Je ne partage pas ces craintes, loin de là, mais si nous voulons que la discussion se fasse dans un cadre, disons, «serein» et «constructif», nous devons tenir compte de cette réalité.

[...]

Cela étant dit, quelques principes peuvent nous servir de balises pour déterminer l'opportunité de conclure des partenariats concrets.

Premier principe, l'organisation des services et d'un partenariat public-privé doit se faire d'abord et avant tout, et sinon uniquement,

en fonction de l'intérêt des citoyens. Et quand je parle des citoyens, je dis bien de tous les citoyens, et non pas d'une minorité d'entre eux, [...].

Deuxième principe, toute forme de partenariat doit respecter le pouvoir de l'État de réguler ces activités si le besoin se fait sentir, à travers ses pouvoirs réglementaires ou autrement. Le pouvoir des institutions démocratiques et notre capacité à faire des choix collectifs doivent être préservés.⁵⁹

4.2 Les grands principes et valeurs du droit administratif

À notre avis, ces derniers propos du ministre font bien ressortir le besoin pour les juristes de mieux identifier sur le plan juridique les sources de différents malaises ou de réticences à l'égard de différentes initiatives contractuelles, particulièrement celles qui remettent plus fondamentalement en cause les fonctions législatives de l'État, telles les délégations ou les Accords volontaires.

D'une part, il y aurait en effet avantage à ce que ces réticences, plutôt qu'être vues comme un simple conservatisme⁶⁰, de l'ignorance face à de nouvelles tendances ou une incapacité à s'adapter à de nouvelles réalités, soient mieux expliquées quant à leurs fondements

59. Texte de l'allocation du 28 mai 2001 reproduit dans «*Le Partenaire*», numéro 17, juillet et août 2001, accessible sur le site internet: <<http://www.ippp.org/partenaire/Partenaire+Ministre.pdf>>.

60. Voir Jean-Pierre GAUDIN, *Gouverner par contrat – L'action publique en question*, Paris, Presses des sciences Po., 1999, p. 77-81:

«La critique de la contractualisation est aujourd'hui restreinte en France, mais elle est récurrente. Elle n'est pas portée par les seuls juristes qui voient dans le contrat une source structurelle de désordre, dans la mesure où par principe, il fonderait une règle spécifique, éclatée et potentiellement injuste (parce qu'elle n'est pas...générale). Certes la critique vient souvent des milieux juridiques et de la haute fonction publique, où certains soulignent que l'on ne s'y retrouve plus dans la hiérarchie des normes et dans les modes éprouvés de formation de la règle de droit. La stabilité des situations mais aussi la prévisibilité qui s'attache à la règle générale s'évaporent. En conséquence, c'est aussi l'universalité et l'égalité des situations qu'avait cherché à développer l'État de droit qui tendraient à être peu à peu grignotées [...]. (p. 77)

«L'incertitude imputée à la contractualisation de l'action publique n'est-elle pas surtout critiquée par les anciens bénéficiaires d'un ordre préalable ou par des décideurs qui se sentent écartés de nouveaux modes de faire, et plus généralement par tous ceux que menace une perte de leur maîtrise des règles du jeu?» (p. 80)

«L'engouement pour les démarches contractuelles et des formes négociées de l'action publique, que l'on constate depuis peu en France dans presque tous les compartiments de l'action publique, est-il signe d'innovation (souplesse, adaptabilité, implication), ou bien l'expression d'une déstabilisation de la règle générale?» (p. 81).

juridiques. D'autre part, une meilleure identification des problèmes devrait en effet permettre aux juristes de pouvoir donner à l'Administration un meilleur éclairage des enjeux de ces initiatives et de trouver avec elle des solutions novatrices pour mieux tirer profit de ces initiatives contractuelles tout en évitant le plus possible les inconvénients qui peuvent y être associés.

C'est en effet l'exercice fort intéressant que certains auteurs, dont Karen Beattie, invite les juristes à effectuer à l'égard des «Accords volontaires» de manière à bonifier et rendre plus acceptables ces initiatives par rapport aux garanties et aux grands principes du droit administratif.

Cet exercice nous paraît tout aussi attrayant et bénéfique par rapport à d'autres types d'ententes par lesquelles l'État délaisse certains pans de son rôle traditionnel pour en confier d'importantes facettes à des partenaires privés.

L'exercice peut se décomposer en deux étapes. Lors de la première, il s'agit de bien identifier les garanties ou les grands principes de droit administratif qui sont confrontés ou ébranlés par des initiatives contractuelles. Dans une seconde étape, comme ces grands principes trouvent le plus souvent leur résonance dans les différentes lois qui régissent la gestion de l'État, le juriste devrait être mieux à même de faire préciser les intentions recherchées par l'Administration en regard du maintien ou de l'abandon de ces contraintes étatiques, pour mieux suggérer les clauses contractuelles ou les mesures législatives les plus appropriées dans les circonstances.

Les réactions négatives aux impartitions, délégations, contractualisations ou aux privatisations de toutes sortes par rapport à l'utilisation des voies législatives ou réglementaires plus traditionnelles s'expliquent souvent par le fait qu'elles réveillent des vieux démons ou des obstacles plus philosophiques chez les juristes. On nous a enseigné le principe fondamental de la suprématie du Parlement et on connaît bien l'importante latitude qu'offre le mode contractuel. Pourtant, l'Administration doit aussi composer avec d'autres principes comme le respect de la *rule of law* et différentes autres garanties de droit public.

L'auteur Beatty énumère sept principes ou valeurs du droit administratif dont les Accords volontaires dans leurs formes actuelles ne tiendraient pas adéquatement compte:

- la **transparence** (openness);
- l'**équité** (fairness);
- la **participation** (participation);
- l'**impartialité** (impartiality);
- l'**imputabilité** (accountability);
- l'**honnêteté** (honesty);
- la **rationalité** (rationality).

D'autres auteurs, font une liste à peu près semblable des grands principes ou des valeurs qui animent le droit administratif:

"Values" is a word used frequently by the authors. It is said to be the responsibility of public lawyers to expose the values upon which administration is premised, as well as to articulate their own values. This self conscious identification and emphasis on public law values is a response to Thatcherism and the public choice attack on the "public-regarding" premise of administrative law. The response of many administrative lawyers, as I have noted elsewhere, has been to distil the essence of administrative law (its values) for transporting to the newly regulated and privatized areas. No list is exhaustive, but at various parts of the book the authors include openness, fairness, rationality, accountability, participation, independence, transparency, equity and equality.⁶¹

On aurait ainsi avantage à examiner les initiatives contractuelles en fonction de chacun de ces facteurs et de questionner plus systématiquement l'applicabilité des mesures législatives qui les reflètent pour vérifier la pertinence de les reproduire ou de les adapter.

Voyons donc les questions qui peuvent se soulever pour chacun d'eux.

(1) - La transparence (*openness*):

Openness has been perceived by some administrative law theorists and practitioners as a method of creating accountability and greater res-

61. Michael TAGGART, «Reinvented Government, traffic lights and the convergence of Public and private law. Review of Harlow and Rawlings: Law and Administration» (2nd ed., London, Butterworths), (1999) *Public Law* 124-138, 127-128. Voir aussi, Jody FREEMAN, *loc. cit.*, note 41, p. 818-819 et Louis BORGEAT, «Les enjeux méconnus de l'autre droit administratif», (1994) *R. du B. can.* 299, 312.

ponsiveness in the regulatory system and a way of structuring the discretion held by administrative officials, both within government departments and as administrative entities. It is a core administrative law value and an essential part of an enhanced or “enriched view of the rule of law”. [...]

A common fear is that without ensuring the administrative value of openness, self regulation and voluntary compliance initiatives may lead to industry capture of government regulators, or a case of the “fox guarding the chicken coop”.⁶²

Les lois et les règlements sont publiés. Leur processus d'adoption prévoit également une période de temps qui permet au public d'être informé des normes projetées et lui donne une opportunité d'intervenir pour faire valoir ses commentaires. Les normes sont donc connues du public et les processus qui précèdent leur adoption permettent de les bonifier. Les contrats avec l'Administration, sauf quelques exceptions, ne comportent pas la même obligation de transparence⁶³. Pourtant un mécanisme qui permettrait au public de réagir à un projet d'accord les rendrait certainement moins suspects et plus acceptables. Une certaine accessibilité assurée par un dépôt à un registre ou certaines garanties quant à l'application de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et sur l'accès à l'information*⁶⁴ pourrait aussi avoir le même effet. Cette initiative ne paraîtrait pas si innovatrice: l'inscription à un registre ou le caractère public des normes dérogatoires approuvées par l'administration est en effet parfois prévue législativement pour assurer cette transparence⁶⁵.

La transparence est également préservée dans le secteur public par des mécanismes de rapports et différentes obligations de rendre compte, et plus particulièrement par des institutions comme le Vérificateur général. L'importance de requérir des bilans ou des rapports des partenaires privés, de les assujettir à certaines obligations en terme de publicité et d'accessibilité, ainsi que de permettre certains

62. Karen BEATTIE, *loc. cit.*, p. 13 et 16.

63. On trouve des exemples où ces ententes sont rendues accessibles ou permettent un débat public plus important. Par exemple dans le secteur des forêts, les plans d'aménagement font obligatoirement l'objet d'une période d'accès pour le public. Un mécanisme de conciliation en cas de différend avec l'entreprise forestière est même prévu (voir les articles 58.1 et s. de la *Loi sur les forêts*, précitée, note 11). Les ententes avec les communautés autochtones dont nous avons précédemment parlé doivent faire l'objet d'un dépôt à l'Assemblée nationale, ce qui permet au moins un certain niveau de publicité et de débat.

64. L.R.Q., c. A-2.1.

65. À titre d'exemple voir l'article 66 de la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, précitée, note 8.

contrôles seraient donc également des moyens de nature à amoindrir certaines critiques sur l'opportunité d'employer des moyens contractuels.

(2) – L'équité (*fairness*): Les initiatives contractuelles ponctuelles de l'Administration avec le privé peuvent aussi susciter certains doutes sur le respect de l'équité et l'égalité de traitement. Lorsque des normes réglementaires ou des mesures législatives sont édictées, ce cadre normatif est, par définition, également applicable pour tous; les normes législatives étant générales et impersonnelles. Pour faire respecter les obligations de l'Administration sur le plan de l'équité, différentes voies de recours sont possibles devant les tribunaux.

En plus, des mesures particulières viennent encadrer les gestes de l'Administration à cet égard: respect des *Chartes* québécoise et canadienne des droits et nécessité pour les fonctionnaires d'observer les règles prévues par la *Loi sur la justice administrative*. La *Charte canadienne* n'est normalement pas applicable lorsqu'un interlocuteur privé intervient même s'il s'agit parfois de secteurs où l'État est généralement assez présent⁶⁶. L'application de la *Charte québécoise* paraît moins problématique, celle-ci s'appliquant tant aux actions des acteurs publics qu'à ceux du privé. L'application de la *Loi sur la justice administrative* est par contre beaucoup plus limitée, sinon totalement exclue, en raison de la définition qui y est faite des organismes gouvernementaux assujettis à ses règles⁶⁷.

On pourrait donc évaluer l'opportunité d'introduire et en fait de reproduire contractuellement certaines règles plus fondamentales dans les conditions des ententes. À défaut, un certain encadrement juridique quant aux modalités des ententes qui peuvent être conclues pourrait être prévu législativement.

Les balises pourraient porter tant sur le comportement de l'Administration dans la conclusion de ces ententes⁶⁸ que sur le com-

66. Voir les propos tenus sur le sujet dans ISSALYS et LEMIEUX, *op. cit.*, note 17, p. 865. Voir aussi Yves DEROME, *loc. cit.*, note 22 et Peter HOGG, «Constitutional Law of Canada», 4^e éd., Toronto, Carswell, 2001, p. 701 et s.

67. Article 3 de la *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3.

68. Voir par exemple l'article de M^e Vigneault précité note 2 relatif aux ententes de la CSST qui permet à celle-ci de donner par règlement un certain encadrement à ces ententes. Voir un peu dans le même sens, l'article 59 de la *Loi sur les produits et les équipements pétroliers*, précitée, note 8, qui permet au gouvernement de préciser les normes minimales des programmes de vérification privé que le ministre des Ressources naturelles peut autoriser en substitution aux vérifications périodiques exigées.

portement exigé du partenaire privé s'il traite avec le public ou rend des services à la population. Sans alourdir les processus ou perdre la souplesse recherchée par la voie contractuelle, il existerait donc peut-être des avenues à explorer.

(3) La participation (*participation*): Comme nous l'indiquions sous le thème de la transparence, les processus d'adoption des lois et des règlements offrent l'occasion aux citoyens d'intervenir dans la fixation des normes. Comme nous le mentionnons en rappelant les consultations publiques auxquelles donne lieu le dépôt des plans forestiers, *a priori* rien n'empêche d'offrir de semblables opportunités, par des clauses contractuelles ou par des mesures législatives. L'exemple précédent quant aux plans forestiers, sans être nécessairement parfait, démontre au moins la faisabilité d'offrir certaines formes de participation aux citoyens ou aux groupements les plus concernés.

(4) – L'impartialité (*impartiality*): Les administrateurs et les fonctionnaires sont assujettis à différentes obligations sur le plan de l'éthique notamment en regard des conflits d'intérêts⁶⁹. Un des principes les mieux reconnus en droit public est également celui de la neutralité politique de la fonction publique. Par ailleurs, le Code criminel prévoit aussi des infractions en matière de pots-de-vin ou de corruption au sein de l'Administration⁷⁰.

Le maintien de ces garanties peut donc être questionné si les fonctions sont confiées à une entité privée dont les employés n'ont pas le statut de fonctionnaires. Cependant, il serait certainement possible d'envisager l'ajout de certaines obligations au partenaire privé dans le cadre d'une entente, de manière à préciser les normes éthiques ou déontologiques minimales qui sont exigées de lui, surtout dans ses relations avec les administrés.

(5) – L'imputabilité (*accountability*): Les principes, valeurs et garanties associés traditionnellement à la détermination des normes législatives et réglementaires par l'État comportent un volet d'imputabilité politique. Si les normes ne sont pas adéquates ou sont mal appliquées, le citoyen sait qu'il peut s'en plaindre, que le ministre chargé de les appliquer est responsable et que les élections sont une voie ultime pour faire valoir son point de vue. De façon générale, les entreprises privées n'ont pas de compte à rendre à la population.

69. *Loi sur la fonction publique*, L.R.Q., c. F-3.1, art. 126; *Loi sur le ministère du Conseil exécutif*, L.R.Q., c. M-30, art. 3.0.1 et s.

70. *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, art. 120 et s.

Leurs obligations sur un plan strict sont envers leurs propriétaires, leurs membres ou leurs actionnaires.

Au surplus, l'Administration doit rendre compte de ses actes sur le plan administratif, en étant assujettie au contrôle du Vérificateur général, dont les rapports ont toujours d'importantes répercussions. On pourrait en dire autant du Protecteur du citoyen. S'ajoutent à ces mécanismes les règles de la responsabilité de l'État, celui-ci ayant aussi à rendre compte et assumer les conséquences de ses actes en fonction des critères reconnus par les tribunaux en la matière. Le fait pour l'État de déléguer certaines fonctions en faveur d'un acteur privé est donc susceptible d'affecter considérablement les garanties du citoyen sur tous ces aspects de la reddition de compte. Il suffit de rappeler à cet effet l'exemple de certaines dispositions introduites spécifiquement pour éviter une responsabilité pour les actes du délégué, telle celle prévue à l'article 13.7 de la *Loi sur les terres du domaine public*.

Il reste par contre à voir si, en l'absence de mesures aussi explicites, l'État pourra aussi facilement échapper à des risques de poursuites en recourant à de tels contrats. Les jugements de la Cour suprême qui ont maintenu la responsabilité du gouvernement même lorsque celui-ci avait conclu un contrat d'entreprise semblent plutôt montrer la réticence à permettre au gouvernement d'échapper à ses responsabilités en confiant ses fonctions à des tiers⁷¹. Des auteurs tendent à conclure aussi dans le même sens.

(6) – L'honnêteté (*honesty*) et (7) la rationalité (*rationality*): Nous ne croyons pas nécessaire de discuter longuement de ces deux derniers principes ou valeurs du droit administratif. C'est en effet principalement dans la reddition de comptes, les rapports et la transparence dont nous avons déjà fait état précédemment que devraient se trouver les meilleures garanties pour éviter que l'approche contractuelle ne soit vue avec méfiance.

4.3 Les autres problèmes juridiques

En plus de ces problématiques juridiques découlant plus largement des principes de droit public, on trouve aussi dans la littérature

71. Voir entre autres les arrêts *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Swinamer c. Nouvelle Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; pour une discussion plus récente sur la prévisibilité ou la proximité exigée entre les gestes d'un organisme public et le préjudice occasionné à un individu voir aussi *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, p. 11 du jugement.

l'identification d'un certain nombre d'autres difficultés qu'il est bon de connaître avant de s'engager dans la voie contractuelle.

L'étude de ces différents aspects déborde le cadre du présent texte, nous nous contenterons donc d'une nomenclature assez brève de ceux-ci.

Le fait de confier des fonctions étatiques au privé soulève toute la question du transfert des accréditations, et du suivi des conventions collectives, question encadrée par l'article 45 du *Code du travail*, L.R.Q., c. C-27⁷².

Le fait de réserver certaines fonctions au privé par voie contractuelle pourrait aussi nécessiter un examen des diverses dispositions prévues dans les *Accords sur le commerce*⁷³.

Par ailleurs, l'attribution par la voie contractuelle de fonctions étatiques qui permettent à un acteur privé d'édicter des normes et d'encadrer des comportements pose la question plus fondamentale de déterminer s'il est nécessaire de prévoir ces délégations par une disposition législative expresse. *A contrario*, la simple capacité contractuelle de l'État suffit-elle, et la réglementation sur les contrats de service est-elle applicable et adéquate pour régir ces contrats?

Nous partageons le point de vue de certains juristes selon lequel, en l'absence d'une habilitation législative en ce sens, il est douteux qu'un ministre puisse confier à des personnes externes à son ministère l'exercice de l'ensemble de ses pouvoirs et fonctions prévus par une loi afin d'accomplir une mission précise⁷⁴.

D'ailleurs, tout un débat pourrait aussi se faire sur la portée du concept de contrat de services en la matière. Alors que le *Règlement sur les contrats de concessions*⁷⁵ donne un encadrement minimal aux ententes par lesquelles l'État confie son rôle d'«exploitant commercial», il n'existe pas de pendant pour l'encadrement réglementaire des concessions d'activités étatiques «sans but lucratif».

Doit-on vraiment en comprendre que le *Règlement sur les contrats de services* devrait alors constituer la seule réglementation per-

72. Voir notamment Yves DEROME, *loc. cit.*, note 22, p. 372.

73. Voir ISSALYS et LEMIEUX, *op. cit.*, note 17, p. 866.

74. Voir notamment Yves DEROME, *loc. cit.*, note 22, p. 359.

75. Règlement édicté en vertu de la *Loi sur l'administration financière*, L.R.Q., c. A-6.

tinente en la matière? Ou ne s'agit-il pas plutôt d'un certain vide juridique quant à l'encadrement souhaité pour tous ces protocoles, ententes ou contrats avec des partenaires privés?⁷⁶

Finalement, le fait de confier certaines fonctions législatives à des entités privées peut amener différentes problématiques juridiques sur des volets plus pratiques de l'opération de transfert des responsabilités. Dans plusieurs cas, des lois ou des règlements précisent des règles que l'État doit respecter pour effectuer les transferts nécessaires. En plus des problèmes, le cas échéant, dans le transfert de personnel et pour la continuité de leurs conditions de travail et de leurs avantages sociaux (régimes de retraite et d'assurances, régime de sécurité d'emploi, etc.), on songe ici aux autres mesures législatives qui encadrent les transferts de biens ou d'actifs du gouvernement.

Rappelons, notamment, les règles relatives à la disposition des meubles et immeubles excédentaires⁷⁷, ainsi que, pour la documentation et l'information, les diverses mesures régissant les archives du gouvernement et la tenue de ses dossiers⁷⁸.

5. CONCLUSION

Une réflexion sur les nouvelles approches en législation, sur l'opportunité de choisir l'un ou l'autre des moyens juridiques, s'inscrit ainsi dans l'horizon beaucoup plus large de la réflexion sur les façons de gouverner et sur le rôle de l'État.

D'une part, de façon plus globale, la décision pour l'État d'instaurer de nouvelles normes ou de revoir celles déjà édictées devrait reposer sur une évaluation complète des différents types de moyens disponibles. Les moyens juridiques n'en sont qu'une forme. Ces moyens juridiques peuvent en effet être confrontés à d'autres types de moyens dont l'effectivité a pu aussi être démontrée. On peut pen-

76. Voir notamment Yves DEROME, *loc. cit.*, note 22, p. 357.

77. *Règlement sur les conditions de disposition des immeubles excédentaires des ministères et des organismes publics*, L.R.Q., c. A-6, r. 3.1.1, voir aussi les mesures réglementaires pour les immeubles excédentaires du ministère des Transports et celui des Ressources naturelles (M-28, r. 0.1 et T-8.1, r. 2). Pour les meubles excédentaires, voir le *Règlement sur la disposition des meubles excédentaires*, L.R.Q., c. A-6, r. 13.1.001.

78. Voir notamment la *Loi sur les archives*, L.R.Q., c. A-21.1, ainsi que la *Loi sur la protection des renseignements personnels et l'accès à l'information*, précitée.

ser à des moyens administratifs comme des mesures d'éducation ou d'information, ou à des moyens incitatifs économiques ou financiers⁷⁹.

D'autre part, si les moyens juridiques ont été estimés plus opportuns ou performants dans les circonstances, il devient alors certainement utile comme juriste de mieux maîtriser dans quelles circonstances ou à quelles conditions il est préférable de préconiser l'introduction de nouvelles normes. Par voie législative? Par voie réglementaire? Est-il plus approprié pour l'Administration de procéder par le biais de simples directives ou de guides d'application? Encore, la voie contractuelle ne serait-elle pas un moyen mieux conçu pour obtenir des résultats recherchés de manière plus efficace, plus souple et plus rapide en impliquant davantage les acteurs privés?

Le présent texte a porté plus particulièrement sur l'utilisation de ce dernier moyen: la voie contractuelle.

L'approche contractuelle ne nous semble pas en effet constituer un mode de gestion dont l'utilisation est très étendue ou d'un usage courant par l'Administration québécoise lorsqu'il s'agit de mettre en place dans un secteur d'activités donné les normes juridiques appropriées.

Le présent article visait donc essentiellement à cerner différents enjeux que présente le mode contractuel comme mode de participation des parties privées à la détermination des normes. Nous espérons que cette contribution pourra alimenter la réflexion et enrichir les débats qui devraient nécessairement se poursuivre dans ce domaine.

79. En matière environnementale, on dénote en effet une ouverture certaine face à la possibilité de faire appel à d'autres modes de contrôle. Le 20 décembre 2001 entré en effet en vigueur une nouvelle disposition législative. Le nouveau paragraphe e.1) de l'article 31 de la *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.Q. 2001, c. 59, habilite la prise de règlements misant sur les incitatifs économiques ou financiers. Le gouvernement pourra ainsi par règlement: «e.1) mettre en place des mesures prévoyant le recours à des instruments économiques, notamment des permis négociables, des droits d'émission, de déversement ou de mise en décharge et des droits d'élimination anticipés, en vue de protéger l'environnement et d'atteindre des objectifs en matière de qualité de l'environnement pour l'ensemble ou une partie du territoire du Québec, et établir toute règle nécessaire ou utile au fonctionnement de ces mesures.»