

La réglementation intelligente et la gouvernance publique contemporaine

France Houle*

Introduction	175
Section 1. Principes fondamentaux	178
A. Harmonisation des systèmes réglementaires	180
B. Combinaison des instruments de régulation	183
C. Participation citoyenne au processus réglementaire	186
Section 2. Mise en œuvre supranationale	189
A. Coopération sectorielle et multi-niveaux	189
B. Fédéralisme en réseau	192
Section 3. Étude de cas : Protection des renseignements personnels	194
A. Élaboration de principes harmonisateurs	196

* Professeure titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. L'auteure remercie le CRSH et le FQRSC pour leur soutien financier.

B. Exécution des normes de protection 198

Conclusion 201

INTRODUCTION

Dans un modèle pluraliste de gouvernance, le règlement peut remplir différentes fonctions : déterminer les moyens, fixer les objectifs ou encore servir de support technique pour faire entrer des normes extra-étatiques dans le droit positif. Il peut aussi être conçu comme un étalon de mesure servant à examiner si une solution de rechange au règlement pourrait être choisie par le gouvernement. Dans cette optique, le règlement devient un instrument d'intervention parmi d'autres (directives, codes d'entreprises, standards, etc.) et faisant partie d'un ensemble de normes à juridicité variable. Toutes ces normes peuvent prendre leur origine dans les systèmes juridiques étatiques ou non étatiques¹ : parlements, gouvernements et administrations canadiens et d'autres États, institutions publiques internationales et régionales et associations privées (entreprises, syndicats, associations et autres groupes de pression).

L'interaction de cette diversité de normes fait lentement son entrée dans le droit positif. À cet égard, l'élaboration des politiques réglementaires n'est plus conçue comme une activité qui peut se dérouler en vase clos, soit entre un petit nombre sélect de joueurs étatiques (les fonctionnaires, le sous-ministre et le ministre d'un ministère ainsi que le Cabinet). La coopération intra-étatique et interétatique, l'évaluation des coûts, des avantages et des risques, la consultation avec les parties prenantes sont maintenant des impératifs incontournables lors du processus d'élaboration des politiques réglementaires².

1. Par exemple, l'interaction entre les normes contenues dans les conventions et coutumes de droit international et le droit public canadien illustre bien toute la complexité contemporaine des rapports de relevance juridique entre les ordres juridiques. De nombreux articles ont été écrits sur cette question depuis l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 69-71 ; voir notamment France HOULE et Noura KARAZIVAN, « Les rapports de relevance juridique entre les ordres législatifs canadien et international », (2008) 1 *Revue québécoise de droit constitutionnel*, 21 p., disponible en ligne : <http://www.aqdc.org/volumes/pdf/houle-les_rapports_de_relevance_juridique.pdf> (dernière visite : 22 novembre 2010).
2. CANADA, GOUVERNEMENT DU CANADA, *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation*, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2007,

Ce changement de perspective relatif à la fonction du règlement – opérant le passage d'une fonction matérielle à une fonction instrumentale – a eu un impact profond sur les réflexions entourant les réformes réglementaires. Ces réformes constituent un vaste programme de remise en cause des interventions gouvernementales dans les champs économiques et sociaux et des moyens utilisés par les gouvernements pour atteindre leurs objectifs. Ces réformes comportent plusieurs ramifications. Elles peuvent signifier tant la révision d'une seule réglementation, tels un règlement ou un programme, que l'abrogation ou la reconstruction entière d'un système réglementaire, l'amélioration des processus d'élaboration des réglementations et toute question liée à la gestion administrative de la réforme réglementaire. Elles font aussi référence au concept français de régulation : maintenir en équilibre, assurer le fonctionnement correct d'un système³. Elle renvoie également directement à l'acte de régler, mais sans désigner exclusivement l'outil « règlement », car elle s'étend, d'une part, à tous les outils de réglementation dont disposent les gouvernements pour ordonnancer le fonctionnement des systèmes sociaux et économiques, tels que des lois, des règlements et des décrets ministériels ainsi que des instruments à caractère moins officiel, comme des plans, des lignes directrices, des codes, des manuels, des guides, des formulaires, des listes, etc. D'autre part, elle vise les autres systèmes de gouvernance avalisés par l'État, qu'ils soient publics (la taxation, les régimes d'assurances, les systèmes de cueillette d'information), semi-publics (la réglementation des ordres professionnels) ou privés (les normes incorporées par renvoi)⁴.

Ce vaste projet de réformes réglementaires n'a pas émergé d'un vacuum. Les bouleversements économiques et sociaux qui se sont produits après les Trente glorieuses en ont été les catalyseurs. Depuis lors, trois grands modèles de réforme ont été mis en œuvre au Canada et dans les pays membres de l'OCDE et de l'APEC. Dans un

16 p. La Directive est disponible en format électronique sur le site du gouvernement du Canada : <<http://www.regulation.gc.ca/Directive/Directive00-fra.asp>> (dernière visite le 23 novembre 2010). Cette directive est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2007.

3. *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2007, p. 2170.

4. W.A. BOGART, « The Tools of the Administrative State and the Regulatory Mix », dans Colleen M. FLOOD et Lorne SOSSIN, *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2008, p. 25-43, à la p. 27 ; voir aussi Lester M. SALAMON (éd.), *The Tools of Government: A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 669 p. Pour une critique de l'ouvrage de Salamon, voir Roderick MACDONALD, « Book Review of *The Tools of Government: A Guide to the New Governance* by L. Salamon, ed. », (2003) 6 *Horizons* 33 ; Pearl F. ELIADIS, Margaret M. HILL et Michael P. HOWLETT, *Designing Government: From Instruments to Governance*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2005, 454 p.

premier temps, durant la décennie 1975-1985, des efforts importants ont été déployés afin de mettre en œuvre les projets de déréglementation. Par ceux-ci, l'État voulait contrer la multitude de règlements ayant vu le jour au Canada après la Deuxième Guerre mondiale et prétendant offrir un véritable remède contre les défaillances du marché. Dorénavant vus comme des agents pathogènes, c'est l'efficacité et l'efficience même des systèmes réglementaires qui ont été remises en cause durant cette période. Les projets de déréglementation ont généré des transformations profondes dans plusieurs secteurs vitaux de l'économie canadienne.

Ce nouveau paradigme réglementaire sera rapidement critiqué parce que jugé réducteur. Dans le cours des années 1980, les opposants à la déréglementation construisent leur argumentaire. Ils font entre autres valoir que les détracteurs des programmes réglementaires pointent seulement du doigt les aspects négatifs de ces programmes. Ils se gardent bien de faire état de leurs réussites. De cette réflexion naîtra entre les années 1985-1995, le paradigme de l'allègement du fardeau réglementaire. L'idée centrale n'était plus de démanteler les systèmes réglementaires, mais de les améliorer en vue de réduire, d'abord et avant tout, les coûts assumés par les entreprises et liés au respect des formalités réglementaires. Les limites imposées par ce type de réflexion n'allaient pas tarder à se faire sentir : est-il rationnel d'éliminer des formalités réglementaires sans réfléchir aux questions de fond qui les sous-tendent ?

À peine dix ans plus tard, les acteurs politiques, économiques et sociaux sont invités à examiner de plus près comment les programmes réglementaires rendent l'accès aux marchés possible et habilite les personnes physiques et morales à y pénétrer, à y rester et à y prospérer⁵. Dans son bulletin du mois de juin 2010 sur l'allègement réglementaire et administratif, le ministère du Conseil exécutif du Québec prend ce virage : « les réformes réglementaires [...] devront aller au-delà de l'allègement réglementaire pour inclure les nouvelles méthodes de gestion du risque et au nouveau modèle fondé sur la solution de problèmes »⁶.

5. Un exemple est celui de la réglementation des valeurs mobilières. Pour un aperçu de ce domaine, vu sous l'angle de l'analyse économique du droit, lire le chapitre 8 de l'ouvrage rédigé par Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz/Montréal, Thémis, 2008, p. 545 et s.

6. QUÉBEC, MINISTÈRE DU CONSEIL EXÉCUTIF, *Bulletin de l'allègement réglementaire et administratif*, 6 : 2 (2010), accessible en ligne : <http://www.mce.gouv.qc.ca/bulletin_allègement/moins-mieux-0610.pdf> (dernière visite : 1^{er} décembre 2010).

À partir des années 1995, les pays développés se sont plutôt préoccupés de mise en œuvre du modèle de la réglementation intelligente. Au Canada, le gouvernement fédéral a formellement adopté ce concept en 2007 dans sa Directive sur la rationalisation de la réglementation⁷. Comme le montre le bulletin de juin 2010 sur l'allègement réglementaire, le Québec s'est aussi engagé dans cette voie.

Durant ces trois périodes, les modèles de réformes réglementaires ont connu des temps forts et des temps faibles, mais le cœur des débats entourant l'un ou l'autre modèle a été alimenté de façon constante par une remise en cause de l'usage du règlement par les gouvernements. Fortement influencée par les nouvelles théories économiques qui circulent depuis le début des années 1980 intégrant les nouveaux paramètres imposés par l'économie du savoir qui s'installe progressivement, cette remise en cause a stimulé la réflexion sur les solutions de rechange au règlement. Cette réflexion a constitué la base sur laquelle les autorités étatiques se sont appuyées pour mettre en œuvre le modèle de la réglementation intelligente.

La première section de ce texte est consacrée à l'examen des principes fondamentaux du paradigme de la réglementation intelligente. Ceux-ci s'inscrivent dans une réflexion plus large et articulée autour des impératifs de la globalisation économique qui exigent une réflexion sur la capacité des systèmes réglementaires de produire également des effets au niveau supranational. La deuxième section sera consacrée à cette question. Enfin, une troisième section portera sur l'étude d'un cas, soit celui de la protection des renseignements personnels et des documents électroniques, pour illustrer l'essor de systèmes réglementaires dits « intelligents ».

SECTION 1. PRINCIPES FONDAMENTAUX

L'expression « réglementation intelligente » est une traduction du concept américain « *smart regulation* ». Les lettres du mot « *smart* » réfèrent aux concepts centraux de cette nouvelle approche : *sound, modern, accountable, results-based, transparent*. Le projet de la réglementation intelligente est un projet de modernisation de la réglementation ayant pour but de soutenir « la mise en place d'une économie novatrice et de trouver des moyens plus efficaces d'atteindre des normes élevées de protection sociale et environnementale »⁸.

7. *Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation*, préc., note 2.

8. Communiqué, 23 septembre 2004, accessible en ligne : <www.pm.gc.ca/fra/news.asp?id=269> (dernière visite : le 10 décembre 2010).

Le postulat sous-jacent à ce projet est qu'une réglementation de qualité améliorera la performance économique du Canada en créant un environnement économique qui facilite l'activité économique tout en protégeant l'intérêt public.

L'objet de cette réforme est la réglementation sociale telle que définie par l'OCDE⁹. C'est elle qui est dans la mire des pays développés puisqu'ils dépendent de plus en plus du capital humain et immatériel (qui représente, selon les experts, au moins entre 60 et 70 pour cent de la valeur des entreprises). Dans le développement de l'économie du savoir, les coûts engendrés par la réglementation affectant ces types de capitaux – dont celle portant sur le travail et l'investissement – font l'objet d'un examen vigilant.

Le concept de la réglementation intelligente est en étroite relation avec les avancées théoriques des années 1980-1990 sur les facteurs explicatifs endogènes de la croissance économique. À cet égard, les travaux de Romer sont considérés comme particulièrement influents¹⁰. La théorie de Romer met de l'avant le rôle crucial que joue le progrès technique, aussi appelé innovation¹¹, dans la croissance

9. Voir l'avant-propos du rapport du CCERI, p. 5. Voir CANADA, Comité consultatif externe sur la réglementation intelligente, *La réglementation intelligente. Une stratégie réglementaire pour le Canada*, Ottawa, CCERI, 2004, 162 p. Ce document est accessible en ligne : <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/206/301/pco-bcp/committees/smart_regulation-ef/2006-10-11/www.pco-bcp.gc.ca/smartreg-regint/fr/08/rpt_fnl.pdf> (dernière visite : 10 décembre 2010). La réglementation sociale comprend l'ensemble des règlements mis en place dans les domaines de la santé, de la sécurité et de l'environnement, ainsi que d'autres règlements de protection. Le CCERI écrit dans ce même avant-propos que ce « sont justement là les règlements dont la croissance est la plus forte, qui ont suscité le plus de critiques et desquels les citoyens semblent attendre le plus. En outre, étant donné le rythme rapide de l'évolution dans les domaines des sciences et de la technologie, c'est là que se poseront nombre de défis en matière de réglementation sociale dans les années à venir. Étant donné les possibilités économiques et les avantages sociaux potentiellement réalisables dans ces domaines, le Comité a donc jugé opportun de se concentrer sur la réglementation sociale ».
10. Lire en particulier de Paul ROMER, « Endogenous Technological Change », (1990) 98:5 *Journal of Political Economy* 71-102 ; « The Origins of Endogenous Growth », (1994) 8:1 *The Journal of Economic Perspectives* 3-22.
11. L'innovation est maintenant au cœur des analyses économiques visant à expliquer les mécanismes de croissance de l'économie en général ou des industries. Au sens large, l'innovation couvre cinq grandes catégories : « la fabrication d'un bien nouveau, l'introduction d'une méthode de production nouvelle, la réalisation d'une nouvelle organisation, l'ouverture d'un débouché nouveau, la conquête d'une nouvelle source de matière première. » Toutefois, les économistes contemporains jugent ces catégories trop vastes et ils en ont restreint l'application aux seules innovations technologiques qui recouvrent les deux premières catégories : Claude JESSUA, Christian LABROUSSE et Daniel VITRY (dir.), *Dictionnaire des sciences économiques*, Paris, P.U.F., 2001, p. 474-476 et p. 529.

économique. Dès que l'objectif est de mettre en œuvre le modèle économique de la croissance endogène, il est alors reconnu que les actions intentionnelles des acteurs économiques, portant par exemple sur la recherche et le développement, constituent le fondement même du progrès scientifique et, en conséquence, de la croissance économique. Sur le plan des politiques publiques, la théorie endogène implique des États qu'ils investissent aujourd'hui pour assurer la croissance économique future. Le progrès technique constitue le fondement des politiques publiques visant à augmenter le capital technologique et la recherche-développement, ainsi que les infrastructures publiques (en santé et en éducation par exemple) et le stock de connaissances (en capital humain, par l'immigration notamment)¹².

Pour les gouvernements fédéral et provinciaux (y compris le gouvernement du Québec), il s'agit d'exploiter leur système réglementaire pour « générer des avantages environnementaux et sociaux supplémentaires, tout en mettant l'accent sur des conditions propices à l'établissement d'une économie concurrentielle et novatrice » afin que les gouvernements jouissent d'un « avantage comparatif pour ce qui est d'attirer l'investissement et des travailleurs qualifiés »¹³. Pour y parvenir, trois grands principes doivent être mis en œuvre : 1. L'harmonisation des systèmes réglementaires ; 2. La combinaison des instruments de régulation ; 3. La participation publique au processus réglementaire.

A. Harmonisation des systèmes réglementaires

Contrairement à l'uniformisation des lois, l'harmonisation est un mécanisme par lequel des législateurs s'appuient sur un ensemble commun de principes applicables à tous les partenaires ayant accepté de participer à l'élaboration et à la mise en œuvre du système qu'ils cherchent à harmoniser¹⁴. Au sein de la fédération canadienne, l'objectif d'harmoniser les systèmes juridiques entre les gouverne-

12. Pierre-Yves HÉNIN et Pierre RALLE, « Les nouvelles théories de la croissance. Quelques apports pour la politique économique », *Revue économique – Hors série* 82-86 ; sur l'importance de l'éducation et du rôle des politiques publiques à cet égard : Fred WIEN, *The Role of Social Policy in Economic Restructuring*, Halifax, Institute for Research on Public Policy, 1991, p. 63-77.

13. *La réglementation intelligente. Une stratégie réglementaire pour le Canada*, *supra*, note 9, p. 14.

14. *Réglementation des valeurs mobilières au Canada : un Régime de réglementation interprovincial*, en ligne : <http://www.valeursmobilières.org/securities_discussion_paper_francais.pdf> (dernière visite : 12 décembre 2010).

ments fédéral et provinciaux-territoriaux n'est pas nouveau. Ce qui change, dans le contexte de la construction des infrastructures nécessaires au fonctionnement de l'économie du savoir, ce sont les méthodes préconisées pour atteindre des objectifs donnés. La confrontation et l'usage de la contrainte financière auraient cédé leur place, du moins en partie, à une dynamique de coopération¹⁵ et reposant sur la nécessité de moderniser les infrastructures juridiques afin de les adapter à la globalisation de l'économie et aux révolutions technologiques successives découlant de l'avènement d'Internet, puis du Web 2.0. Des problèmes profondément nouveaux se posent et qui sont mus par l'interaction d'au moins deux nouvelles variables contingentes : l'interdépendance et la diversité du monde dans lequel nous vivons.

En conséquence, certains auteurs sont d'avis que l'idée du partage exclusif des compétences entre deux paliers gouvernementaux est, dans une certaine mesure, obsolète. Dans le monde actuel, font-ils valoir, les gouvernements doivent articuler leurs compétences afin d'instituer un fédéralisme fondé sur la coopération entre les partenaires de la fédération¹⁶. Le fédéralisme coopératif dont ils parlent ne s'appuierait plus strictement sur les exigences du formalisme juridique, mais sur la recherche de sens et sur l'atteinte de résultats concrets¹⁷. Il s'agirait d'un fédéralisme pragmatique dont le but serait d'assurer une plus grande cohérence des actions publiques.

Les régimes réglementaires affectant l'organisation des rapports économiques dans le marché intérieur canadien (mais ayant aussi des effets à l'extérieur des frontières) ont été un terreau fertile à l'expérimentation constitutionnelle. Plusieurs initiatives juridiques émanant du gouvernement fédéral mettent en œuvre le fédéralisme coopératif, c'est-à-dire un fédéralisme prônant à la fois l'unité et la diversité. L'unité s'opère par l'adoption d'une législation fédérale fixant des objectifs à atteindre et assortie de principes ou de standards généraux que les partenaires de la fédération s'engagent à respecter. Le respect de la diversité est mis en œuvre soit par des mécanismes de participation avec droit de retrait (*opting-out*) ou droit d'entrée (*opting-in*). Permettre la diversité d'actions libère un

15. Des études empiriques plus ciblées doivent être réalisées pour vérifier cette hypothèse.

16. Pierre CALAME, « Le principe de la subsidiarité active », note de réflexion, Fondation Charles Léopold Mayer pour le Progrès de l'Homme, 1996. Le texte peut être téléchargé à partir du site web : <<http://www.fph.ch>> (dernière visite le 10 décembre 2010), p. 2.

17. *Ibid.*, p. 3.

espace pour l'expérimentation (la prise de risques) et pour l'innovation, visant l'essor de nouvelles pratiques qui veulent, à la fois, habiliter les entreprises et protéger les citoyens. Ces deux derniers objectifs sont généralement perçus et compris par les acteurs économiques comme étant primordiaux pour assurer la croissance économique et le développement de l'économie du savoir.

Ces mécanismes de participation sont aussi utilisés pour harmoniser des systèmes de réglementations sociales ayant pour objectif de réguler les rapports des entreprises entre elles, d'un côté, et, de l'autre, entre les entreprises et leurs employés ou les consommateurs (de leurs biens et services) ou encore les citoyens en général (dans l'optique du développement durable, par exemple). Ces programmes visent à établir, dans le cadre d'un marché libre et concurrentiel, des rapports équitables et transparents entre les joueurs dans un marché. Dans ce contexte, le gouvernement fédéral peut opter pour un programme de participation avec droit de retrait au bénéfice des partenaires provinciaux et territoriaux, mais ce droit ne peut être exercé que si un partenaire s'engage à mettre en œuvre un programme similaire à celui qui a été créé par le gouvernement fédéral. Ce principe de non-discrimination est non seulement fondamental en économie (les règles de la concurrence ne peuvent pas fonctionner normalement si des entreprises profitent d'un avantage concurrentiel au détriment des autres), mais aussi en matière de politique fédérale. Dans une fédération ayant pour objectif d'établir un marché commun interne, les partenaires doivent pouvoir compter sur le *fair-play* des uns et des autres. Si une province ne participe pas au programme fédéral et crée un régime réglementaire moins contraignant et moins coûteux pour les entreprises œuvrant sur son territoire (ou s'abstient de réglementer), ces dernières pourront vouloir s'installer sur ce territoire afin d'en retirer un avantage concurrentiel.

Un exemple de régime réglementaire avec droit de retrait est celui institué dans la Partie I de la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*¹⁸ (LPRPDÉ). Par cette loi, le Parlement autorise le gouvernement fédéral à contraindre les provinces à adopter des normes minimales de protection des renseignements personnels. La LPRPDÉ s'applique à tous les organismes privés, qu'ils fassent l'échange et le commerce de renseignements personnels aux niveaux intra ou extraprovincial ou international. Bien qu'il s'agisse d'une loi qui entre dans un champ de

18. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, art. 29(1).

compétence partagé entre les deux ordres de gouvernement (art. 91.2 et 92.13), il faut également reconnaître que le gouvernement fédéral déborde sur un champ de compétence exclusif provincial afin de garantir les mêmes protections aux Canadiens quel que soit leur lieu de résidence. Pour « récupérer sa compétence » sur les échanges et le commerce intraprovinciaux, une province doit adopter une loi essentiellement similaire à la loi fédérale. L'évaluation du caractère essentiellement similaire de la loi provinciale est effectuée par le Commissaire à la protection de la vie privée¹⁹, qui examine le contenu des protections ainsi que les procédures²⁰. Ensuite, le gouverneur en conseil doit officiellement reconnaître le caractère similaire de la loi provinciale par décret²¹. Ce n'est qu'une fois cette procédure complétée que la LPRPDÉ cesse d'avoir des effets sur les échanges et le commerce des renseignements personnels intraprovinciaux et que la loi provinciale prend le relais²². La loi québécoise a ainsi reçu l'aval du gouvernement fédéral²³.

L'exemple de la protection des renseignements personnels illustre aussi, comme nous le verrons plus en détail dans la troisième section de ce texte, la construction d'un système de normes nationales et supranationales qui symbolise en quelque sorte l'aboutissement d'une réflexion portant sur la combinaison des instruments de régulation.

B. Combinaison des instruments de régulation

Depuis plusieurs décennies, les économistes néoclassiques défendent l'idée selon laquelle le marché peut s'autoréglementer plus efficacement et équitablement que les gouvernements ne sont en mesure de le faire. Ils admettent néanmoins que le marché puisse

19. *Ibid.*, art. 23(1).

20. CANADA, COMMISSAIRE À LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DU CANADA, *Rapport au Parlement relativement aux lois provinciales essentiellement similaires*, Ottawa, Ministère des Travaux publics et Services gouvernementaux, 2002, p. 2. Cette publication est accessible sur le site web du Commissariat : <www.privcom.gc.ca> (dernière visite : 24 novembre 2010).

21. *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, *supra*, note 18, art. 26(2).

22. *Ibid.*

23. *Loi sur l'accès aux documents des organismes publics et sur la protection des renseignements personnels*, L.R.Q., c. A-2.1. Voir « lois provinciales essentiellement similaires à la loi fédérale » sur le site web du Commissariat à la vie privée : <http://www.priv.gc.ca/legislation/ss_index_f.cfm> (dernière visite : 25 novembre 2010).

faillir à cette tâche, mais lorsqu'une telle défaillance survient, l'option réglementaire n'est pas nécessairement la mieux adaptée pour résoudre le problème identifié. Selon cette optique, le règlement n'est qu'une méthode de régulation des marchés parmi d'autres et générant ses propres effets pervers comme pour tout autre instrument d'intervention.

Cette position théorique, notamment défendue par Breyer²⁴, présuppose l'efficacité technique de chaque instrument d'intervention. Cette perspective a été critiquée par Trebilcock²⁵, car selon cet auteur elle véhicule des présupposés normatifs qui sont, au mieux, spéculatifs puisqu'ils n'ont pas été vérifiés empiriquement. Comme Trebilcock le note, les économistes post-néoclassiques se sont « progressivement rendu compte que, dans une démocratie parlementaire moderne, l'État agit surtout à titre de médiateur dans les conflits qui opposent les corps intermédiaires qui réclament des politiques distributives. Cette constatation a entraîné une certaine dose de modestie à l'égard de ce que l'économie, en tant que discipline intellectuelle, peut faire pour déterminer des objectifs appropriés aux politiques de l'État »²⁶. Dans ce contexte, la réflexion sur les critères relatifs au choix des instruments de rechange à la réglementation occupe encore une place importante, mais elle doit être modulée en tenant compte de cette fonction d'arbitre dorénavant assumée par l'État²⁷. Forcément, il découle de ce nouveau rôle la prise en compte de facteurs politiques sur l'échiquier des solutions possibles au problème préalablement identifié puisqu'il s'agit d'expliquer comment, à la suite d'un arbitrage des intérêts en jeu, l'État choisit un instrument d'intervention plutôt qu'un autre. C'est pour cette raison que Trebilcock défend plutôt la thèse de l'efficacité technique *relative* des instruments d'intervention : les autorités étatiques prennent des décisions dans un monde où l'information est imparfaite ; par conséquent,

24. Stephen BREYER, *Regulation and its Reform*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1982, 472 p. Ce juriste américain, défenseur d'une approche néoclassique de l'analyse économique du droit, postulait que, dans un monde où l'information est parfaite, les personnes agissent de façon rationnelle et choisissent, par conséquent, des solutions optimales.

25. Michael J. TREBILCOCK *et al.*, *Le Choix des instruments d'intervention*, Ottawa : Approvisionnement et Services Canada, 1982, 133 p. Trebilcock est un juriste canadien qui a également adopté l'analyse économique du droit comme cadre théorique, mais à la différence de Breyer, Trebilcock s'inscrit plutôt dans une optique d'économie politique plus proche des théoriciens du *Public Choice*.

26. *Ibid.*, p. 26.

27. *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 (p. 46 de la version pdf accessible en ligne : <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/1992/1992rcs2-606/1992rcs2-606.pdf>>, dernière visite : 24 novembre 2010).

le choix de l'instrument d'intervention ne peut pas toujours être rationnel et optimal²⁸.

Cette réflexion sur le rôle de l'État, amorcée par Trebilcock, s'est poursuivie avec l'avènement de l'intégration économique globale. Avec celle-ci, l'État s'est attribué un nouveau rôle, soit celui de partenaire agissant de concert avec les parties prenantes (les acteurs économiques et sociaux intéressés par un système réglementaire donné). Dans ce nouvel environnement où de multiples parties intéressées se partagent l'espace public et réglementaire, il est possible d'entrevoir un système dans lequel les instruments d'intervention interagissent les uns avec les autres. C'est cette approche qui est proposée par Gunningham et Grabosky dans le contexte d'une réflexion portant sur la protection de l'environnement. Ils invitent les acteurs privés et publics à transcender la dichotomie « Marché/État » et à adopter non seulement des formes plus flexibles, ingénieuses et novatrices de contrôle social²⁹, mais aussi à concevoir l'adoption de multiples instruments de politique pour régler, dans la mesure du possible, les problèmes économiques et sociaux par la corégulation, par exemple.

Dans le cadre du projet sur la réglementation intelligente, il ne s'agit plus tellement de choisir une solution de rechange à la réglementation, mais de combiner les instruments d'intervention pertinents dans un secteur donné afin de créer un cocktail réglementaire complémentaire et synergétique aux composantes publiques et privées³⁰. Il s'agit de mettre sur pied des systèmes normatifs raisonnés visant l'atteinte de résultats qui satisfont, lorsque cela est possible, les intérêts des parties prenantes et du public (notamment ceux des consommateurs). C'est la prise en compte de ces intérêts qui engendre une nouvelle dynamique lors du processus réglementaire. C'est en prenant acte de l'existence du gouvernement des tierces parties

28. Les critiques de Trebilcock s'inscrivent dans une réflexion plus large sur les mutations du rôle de l'État dans l'économie et la société. En effet, durant la période où l'État-providence cède du terrain au profit d'une déréglementation des systèmes étatiques, et dans laquelle Breyer situe plus clairement son propos, les économistes néoclassiques concevaient l'État comme un réparateur : « comme un *deus ex machina* dont le rôle d'éliminer l'une ou l'autre des conséquences malencontreuses d'un échec du marché dans l'affectation des ressources », TREBILCOCK, *supra*, note 25, p. 25. Trebilcock parle de l'efficacité technique relative des instruments d'intervention en faisant référence au concept de l'élasticité croisée de l'offre de l'instrument.

29. Neil GUNNINGHAM et Peter GRABOSKY, *Smart Regulation: Designing Environmental Policy*, Oxford University Press, 1998, p. 4.

30. *Ibid.*, p. 15.

(« *third-party government* ») que Salamon estime que le défi actuel est de mieux comprendre comment les gouvernements et les parties prenantes interagissent dans le cours du processus de modélisation des systèmes réglementaires³¹. Dans cette optique, nous comparons brièvement, dans la section qui suit, les possibilités offertes aux parties prenantes et au public de participer aux processus réglementaires québécois et fédéral.

C. Participation citoyenne au processus réglementaire

La participation citoyenne à l'élaboration et à la modélisation des systèmes réglementaires n'est pas nouvelle. Au Québec, la *Loi sur les règlements* prévoit explicitement la consultation des administrés avant que le gouvernement n'approuve de nouveaux règlements³². Toutefois, cette consultation souffre de deux handicaps. Le premier handicap est que le citoyen a seulement accès au texte du projet de règlement. Aucun document, tel un résumé d'étude d'impact justifiant les choix gouvernementaux, n'accompagne le projet de règlement³³. Or, puisque les règlements sont souvent libellés en termes très techniques, l'absence de document vulgarisateur constitue souvent un frein à la compréhension pour les profanes. Elle ne leur permet pas non plus de faire une critique éclairée lorsque le gouvernement s'apprête à combiner des instruments de régulation pour modéliser un système réglementaire puisque seul l'instrument « règlement » sera offert à la consultation publique. Le deuxième handicap est que la consultation n'arrive qu'à la toute fin du processus, une fois seulement que le texte du nouveau règlement a pris forme juridique. Or, on sait que cette consultation est tardive. Les décisions

31. Lester M. SALAMON, *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 8. Il s'agirait en outre de mettre l'accent sur les défis que cette nouvelle forme de gouvernance pose de manière explicite et cohérente.

32. *Loi sur les règlements*, L.R.Q., c. R-18.1, art. 10.

33. Voir les *Règles sur l'allègement des normes de nature législative ou réglementaire*, Décret 111-2005, annexe C. L'article 10 de ces règles prévoit que l'avis de publication d'un projet de règlement « doit, en outre de ce qui est prévu à cet article, indiquer : a) son objet ou le problème à résoudre ; b) ses répercussions sur les citoyens et les entreprises, en particulier sur les PME ; c) le nom d'une personne qui peut être contactée pour obtenir plus d'information au sujet du projet et, s'il s'agit d'un projet comportant des effets importants sur des entreprises, le fait que ce projet a fait l'objet d'une analyse d'impact réglementaire ou d'une déclaration d'impact réglementaire. » Si l'administré veut obtenir l'étude d'impact, il peut cependant l'obtenir en en faisant la demande auprès de la personne-ressource (art. 10c)). Par application de l'article 9 des Règles « une analyse d'impact réglementaire ou une déclaration d'impact réglementaire jointe à un mémoire ou à une note explicative est rendue accessible au public ».

sont déjà prises. Il est difficile à ce stade, voire impossible, de remettre en cause les politiques publiques sous-jacentes au projet de règlement. Bien sûr, il est possible et probable que les autorités réglementaires québécoises consultent, de fait, les parties prenantes au stade de l'élaboration de leurs politiques réglementaires. Toutefois, à l'heure actuelle, rien, à notre connaissance, ne les y oblige, ni administrativement, ni juridiquement. En revanche, le mécanisme de consultation qu'a instauré le gouvernement fédéral est administrativement obligatoire et il comporte deux étapes³⁴.

En premier lieu, l'autorité réglementaire consulte les parties prenantes au moment où elle élabore sa politique de réglementation. C'est à ce stade que l'autorité réglementaire fédérale inclut dans la discussion ses homologues œuvrant dans les autres ministères et organismes fédéraux et provinciaux et dont les programmes pourraient être affectés par la future politique réglementaire. Les entreprises et groupes de pression font également partie de cette première ronde de consultation³⁵. Après que le gouvernement a décidé d'aller de l'avant avec son projet de règlement, une deuxième série de consultations est tenue. C'est à ce moment qu'un Résumé de l'étude d'impact de la réglementation (RÉIR) est prépublié avec le projet de règlement dans la partie I de la *Gazette du Canada*. Au cours de cette consultation officielle, le grand public (incluant les partenaires intéressés déjà consultés) est invité à présenter ses points de vue. À la fin de la période de consultation (dont la durée varie mais qui ne serait pas inférieure à 30 jours), l'autorité réglementaire analyse les commentaires qui ont été formulés par les citoyens et modifie le projet de règlement si elle l'estime indiqué. Enfin, une fois cette procédure terminée, le projet de règlement peut être approuvé par le gouverneur en conseil (le Cabinet). Le nouveau règlement est alors publié dans la partie II de la *Gazette du Canada* en compagnie d'une version finale du RÉIR qui comprend un résumé de la teneur de la deuxième série de consultations.

La consultation des parties intéressées et du grand public sert deux objectifs : le premier étant d'assurer que l'autorité réglementaire n'a pas mal interprété le problème à résoudre et qu'en conséquence les solutions qu'elle préconise sont utiles ; le second étant d'assurer une plus large observation volontaire de l'exigence régle-

34. *Directive sur la rationalisation de la réglementation, supra*, note 2.

35. Le Résumé d'étude d'impact de la réglementation, publié avec le projet de règlement dans la *Gazette du Canada*, comprend une section intitulée « consultations » et dans laquelle l'autorité réglementaire fait état des commentaires formulés par les parties prenantes lors de cette première ronde de consultation.

mentaire proposée. Salamon nomme cette approche « Nouvelle gouvernance ». Il utilise le terme « gouvernance » plutôt que « gouvernement » pour mettre l'accent sur ce qui est « perhaps the central reality of public problem solving for the foreseeable future – namely, its collaborative nature, its reliance on a wide array of third parties in addition to government to address public problems and pursue public purposes »³⁶. Il argue que la collaboration est nécessaire parce que les problèmes sont devenus trop complexes pour être résolus par le seul appareil gouvernemental³⁷. Il utilise le terme « nouvelle » afin de reconnaître que ces approches collaboratives, « while hardly novel, must now be approached in a new, more coherent way, one that more explicitly acknowledges the significant challenges they pose as well as the important opportunities they create »³⁸.

En soumettant ses projets de *politique* réglementaire à l'examen des acteurs économiques et sociaux, l'autorité réglementaire enrichit le processus. Puisqu'elle est censée connaître la cause du problème et la meilleure solution pour le régler, pourquoi ne soumettrait-elle pas ses idées à ceux qui seront touchés par son projet réglementaire ? Si les parties concernées sont en désaccord avec le gouvernement, leurs commentaires l'inciteront peut-être à reconsidérer son approche en tout ou en partie. Par ailleurs, même si l'autorité réglementaire n'accepte pas les critiques des citoyens, surtout des parties prenantes, elle saura au moins qu'elle devra consacrer plus de temps pour tenter de les convaincre du bien-fondé de son projet. Selon le gouvernement, le succès de cette entreprise de persuasion est capital pour assurer une plus grande conformité volontaire par les administrés. Ce présupposé s'appuie sur le principe selon lequel la force obligatoire du droit naît de son acceptation par ceux qui lui sont soumis³⁹.

En somme, les programmes réglementaires devraient être élaborés et approuvés dans un esprit de transparence afin d'insuffler de la confiance au public. Cet objectif de transparence aura de meilleures chances de se réaliser si les autorités publiques maximisent non seulement l'accessibilité du système réglementaire aux citoyens, l'apprentissage et le partage d'information, mais aussi la participation signifiante de ceux-ci au processus réglementaire afin notam-

36. N. GUNNINGHAM et P. GRABOSKY, *supra*, note 29, p. 8.

37. *Ibid.*

38. *Ibid.*

39. *La réglementation intelligente. Une stratégie réglementaire pour le Canada*, *supra*, note 9, p. 145, où le Comité propose un nouveau cadre analytique dans l'annexe II : *Cadre d'imputabilité relatif à l'intérêt public*.

ment d'assurer l'intégrité des procédures et, lorsque cela est possible, l'atteinte de résultats plus proches des attentes exprimées par les citoyens.

SECTION 2. MISE EN ŒUVRE SUPRANATIONALE

Plusieurs secteurs de l'activité économique ne peuvent plus être réglementés de manière efficace et efficiente isolément les uns par rapport aux autres. La mondialisation a engendré un très haut degré d'interdépendance normative entre les États et les unités des États fédérés qui a eu pour résultat une augmentation de la portée et des formes de la réglementation et de l'administration transgouvernementale. De plus en plus fréquemment, ces mutations du droit public naissent et évoluent dans un espace administratif global dont il est important de mieux comprendre les principaux mécanismes et modes de fonctionnement.

À l'échelle supranationale, l'harmonisation des systèmes normatifs nationaux peut se réaliser par l'adoption de principes généraux élaborés par des partenaires publics et privés qui ont un intérêt à participer dans la conceptualisation et la mise en œuvre de systèmes réglementaires les touchant directement. Ces partenaires interagissent par l'entremise de mécanismes de coopération sectoriels, c'est-à-dire des pratiques supranationales visant l'élaboration et l'application des systèmes réglementaires, et multi-niveaux. Sur les plans constitutionnel et administratif, il s'agit de comprendre comment les acteurs de la fédération font le passage d'un système hiérarchique à un système en réseau.

A. Coopération sectorielle et multi-niveaux

Les travaux théoriques sur la gouvernance sectorielle et multi-niveaux sont encore peu développés, mais un des thèmes récurrents est celui de la consolidation des pratiques de partenariat entre les divers acteurs (publics et privés) agissant dans notre monde globalisé. Selon Christiansen, la gouvernance multi-niveaux est un « système non hiérarchique de négociation, de régulation et d'administrations publiques allant au-delà de l'occupation traditionnelle de l'État hiérarchique et souverain comme arène ultime de prise de décision et de résolution des conflits »⁴⁰.

40. Daniel PERRAUD, « Europe, États, Régions : la gouvernance multi-niveaux et le rôle des régions dans les politiques agricoles et rurales ».

Le concept de gouvernance multi-niveaux est apparu dans les études du politologue Gary Marks⁴¹ au début des années 1990. À l'origine, le concept de gouvernance multi-niveaux cherchait spécifiquement à expliquer la nouvelle dynamique qui s'était établie à la suite de la réforme des fonds structurels en Europe⁴². Marks a constaté, d'une part, qu'un lien direct s'était établi entre le niveau local et régional et le niveau supranational, sans passer par le niveau national et, d'autre part, qu'il existait une pluralité d'acteurs appartenant à des groupes d'intérêts et des institutions gouvernementales⁴³. Par la suite, Marks et Hooghe ont développé le concept de gouvernance multi-niveaux afin de l'appliquer plus généralement au processus d'intégration européenne et à la nouvelle configuration du pouvoir qui en résultait⁴⁴. Pour Marks, « the point of departure for multi-level governance approach is the existence of overlapping competencies among multiple levels of government »⁴⁵.

Le concept de gouvernance multi-niveaux a été repris et utilisé au sein des chercheurs non européens. Il se caractérise par une autonomie des acteurs face à l'État dans la mise en œuvre de politiques publiques. Il concerne, de façon plus générale, la diffusion de l'autorité politique dans un processus de prise de décision moins hiérarchisé, davantage établi en réseau et marqué par l'interaction entre les différents niveaux de pouvoir et les différents acteurs. Depuis sa formulation initiale, la définition du concept de gouver-

-
41. Gary MARKS, « Structural Policy in the EC », dans Alberta M. SBRAGIA, *Euro-politics: Institution and Policy-making in the New European Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1991, p. 191-224.
42. Suivant cette réforme, les fonds accordés pour aider les régions les plus pauvres d'Europe avaient été doublés. Or, Marks constatait qu'un profond changement dans la façon d'administrer ces fonds avait accompagné cette réforme. En effet, suite à cette réforme la Commission européenne avait imposé de nouveaux concepts (partenariat, subsidiarité) et de nouvelles politiques de gouvernance visant à établir des liens plus directs entre la Commission et les collectivités infra-étatiques. Un rôle accru des régions dans la prise de décision au niveau européen a donc inévitablement émergé.
43. *Ibid.*, p. 191. « The structural reform have enabled local and regional governments to serve as the new interlocutors of the Commission, a role that challenges the traditional monopoly of national governments to mediate between domestic and international affairs. »
44. Liesbet HOOGHE et Gary MARKS, « Europe with Regions : Channels of Regional Representation in the European Union », (1996) 26 *The Journal of Federalism* 73-92 ; Liesbet HOOGHE et Gary MARKS, *Multi-level Governance and European integration*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2001. « One of the most important consequences of European integration is the multiplication of extra-national channels for subnational policy activity. »
45. Gary MARKS, François NIELSON, Jane SALK et Léonard RAY, « Competencies, Cracks and Conflict : Regional Mobilization in the European Union », (1998) 29(2) *Comparative Political Studies* 164.

nance multi-niveaux possède sa propre typologie, proposée par Marks et Hooghe⁴⁶. Cette typologie comporte deux idéaux types.

Le type I de cette gouvernance est qualifié de hiérarchique ou vertical⁴⁷. Il décrit le système des juridictions emboîtées : local, régional, national, supranational et international et repose ainsi sur un nombre limité d'autorités publiques. Ces autorités associent plusieurs compétences et peuvent disposer de leur propre système de représentation, d'exercice des responsabilités et de mise en œuvre des décisions. En d'autres termes, il s'agit d'examiner les efforts d'harmonisation des systèmes réglementaires entre divers niveaux d'organisation des collectivités publiques : municipales, provinciales et fédérales. Le fondement théorique du type I de gouvernance multi-niveaux est le fédéralisme.

Le type II de la gouvernance multi-niveaux est qualifié de flexible ou de polycentrique⁴⁸. Il repose sur un grand nombre d'institutions spécialisées et fragmentées qui ont établi des mécanismes horizontaux de coopération sectorielle. Dans ce système de gouvernance, le citoyen n'est pas servi par un gouvernement mais par les acteurs agissant dans un secteur d'activité. Le fondement théorique de la gouvernance multi-niveaux de type II est le néo-institutionnalisme⁴⁹.

46. Liesbet HOOGHE et Gary MARKS, « Unraveling the Central State, but How? Types of Multi-level Governance », (2003) 97(2) *The American Political Sciences Review* 233.

47. Sophie THOYER, « Dynamique des négociations internationales environnementales : jeux d'acteurs et interactions verticales : Le cas des négociations sur la biodiversité », (2002) 2 *Gouvernance mondiale* 5.

48. *Ibid.*

49. Comme le souligne Marco Giugni, il y a regain d'intérêt pour les approches institutionnelles depuis une vingtaine d'années dans les disciplines de sciences sociales (Marco GUIGNI, « Ancien et nouvel institutionnalisme dans l'étude de la politique contestataire », (2002) 21:3 *Politique et Sociétés* 69-90 ; James G. MARCH et Johan P. OLSEN, *Rediscovering Institutions*, New York, Free Press, 1989 ; Karen S. COOK et Margaret LEVI (dir.), *The Limits of Rationality*, Chicago, University of Chicago Press, 1990 ; B. Guy PETERS, *Institutional Theory in Political Science*, Londres, Pinter, 1999 ; Jacques CHEVALLIER, *Institutions politiques*, coll. « Science politique », Paris, L.G.D.J., 1996, p. 25), incluant le droit : Neil MACCORMICK et Ota WEINBERGER, *Pour une théorie institutionnelle du droit*, coll. « E. Story-Scientia », Paris, L.G.D.J., 1992, p. 13 ; France HOULE, *Les règles administratives et le droit public : aux confins de la régulation juridique*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001. Les études des chercheurs ont contribué à faire naître un débat dans les revues scientifiques autour du rôle de la structure, de la culture et de l'action (*agency*) ou encore autour du rôle des idées dans l'explication des phénomènes sociaux, politiques, économiques et juridiques : Vivien A. SCHMIDT, « Taking Ideas and Discourse Seriously: Explaining Change through Discursive Institutionalism as the Fourth "New Institutionalism" », (2010) 2:1 *European Political Science Review* 1-25.

Bache et Flinders ont identifié quatre traits caractéristiques de la gouvernance multi-niveaux de type horizontal : 1) augmentation de la participation d'acteurs non étatiques ; 2) prolifération de l'imbrication entre les réseaux de prise de décision ; 3) changement dans l'exercice de la responsabilité (responsabilité plus démocratique) ; 4) changement dans le rôle de l'État de la commande et du contrôle à la coordination et au travail en réseau. C'est sur ce quatrième trait caractéristique que le développement suivant portera puisqu'à cette idée de réseau, certains chercheurs canadiens ont greffé celle de fédéralisme en réseau.

B. Fédéralisme en réseau

Un réseau se distingue d'un système hiérarchique en ce qu'il n'est pas en forme pyramidale, mais plutôt composé de liens et de points correspondant à des contacts entretenus par des acteurs de différentes organisations travaillant dans le même domaine. Particulièrement efficace pour transmettre une grande quantité d'informations, un réseau permet aux acteurs de communiquer leurs renseignements et leurs idées sans blocages. L'absence de réponse par un des points du réseau n'empêche pas l'information de continuer à circuler, contrairement à un système hiérarchisé où la transmission est organisée selon le modèle de l'écluse. L'existence d'un réseau pré suppose plusieurs points d'entrée et un foisonnement de contributions. Une organisation en réseau est fortement décentralisée et ne se préoccupe pas d'avoir le monopole sur son champ de compétence et de pratique. Au contraire, un réseau entretient une culture de coopération et de circulation de l'information afin de multiplier les points d'entrée ouverts aux usagers du réseau (citoyens, entreprises ou membres du réseau).

Cette multiplication des points d'entrée permet d'accéder quasi instantanément à l'information recherchée. La rapidité d'accès à une information harmonisée constitue le principal avantage d'un réseau pour ses utilisateurs. L'organisation en réseau semble déjà avoir fait ses preuves dans les secteurs privé et parapublic où les acteurs sont davantage contraints de s'adapter à leur environnement. Elle est en outre, selon Ronfeldt dans son historiographie des organisations, la forme la plus évoluée de schéma organisationnel⁵⁰.

50. D.F. RONFELDT, *Tribes, Institutions, Markets, Networks: A Framework about Societal Evolution*, Santa Monica, CA, Rand, 1996.

La mise en place d'un fédéralisme en réseau dans le contexte canadien implique un changement de posture théorique chez les acteurs, nous dit Stein. Un fédéralisme en réseau nécessite « d'être moins défini, pas plus ». Il doit être moins préoccupé par le strict respect du partage des compétences que par « les résultats, sur ce qu'on doit accomplir, et comment y arriver »⁵¹. Le fédéralisme en réseau rejette l'idée d'une interprétation strictement formaliste des textes constitutionnels pour y substituer une lecture pragmatique et fonctionnelle. Concrètement, le fédéralisme en réseau canadien se traduirait, par exemple, par l'ouverture de secrétariats dans les différentes agences gouvernementales et les différents ministères. Désirables dans les domaines où il existe de l'enchevêtrement dans l'exercice des compétences législatives⁵², ces secrétariats seraient des points de partage d'informations ainsi que de coordination dans l'élaboration des législations et leur application. Les universitaires et les experts des secteurs privé ou parapublic seraient aussi intégrés à ces réseaux sectoriels, dans le but de multiplier les contributions à la résolution de problèmes de plus en plus complexes. La mise en place d'un fédéralisme en réseau est plus affaire d'organisation administrative que d'amendements constitutionnels. Il s'agit en fait d'une posture interprétative modelant graduellement les pratiques des élites politiques et des fonctionnaires.

En postulant, pour les fins de la discussion, que le fédéralisme en réseau est la voie de l'avenir pour le Canada, il faut reconnaître que plusieurs obstacles se posent à la généralisation de ce modèle au Canada. Ces obstacles sont avant tout culturels, selon Stein, et concernent les fonctionnaires et les élites politiques⁵³. Stein déplore la méfiance que se portent les fonctionnaires des différents paliers de gouvernement, rappelant que les réseaux les plus performants sont ceux fondés sur une bonne cohésion politique, économique et sociale. Les liens de confiance et d'amitié entre les fonctionnaires, les experts et les universitaires seraient essentiels à une plus grande coopération entre nos institutions. Or, depuis les coupes fédérales des années 1990, nous dit Stein, et probablement depuis plus longtemps dans le cas du Québec, les fonctionnaires provinciaux se montrent très méfiants à l'égard de leurs homologues fédéraux⁵⁴. Cette méfiance

51. Janice Gross STEIN, « Networked Federalism », dans *Transitions: Fiscal and Political Federalism in an Era of Change*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 347.

52. Certaines compétences clairement définies, telles que la défense nationale, ne sont pas propices à la mise en place d'un fédéralisme en réseau. Voir STEIN, *supra*, note 51, p. 360.

53. J.G. STEIN, *supra*, note 51.

54. *Ibid.*, p. 364.

constitue un frein au partage des informations, des valeurs et des objectifs communs essentiels à la mise en place d'un fédéralisme en réseau.

SECTION 3. ÉTUDE DE CAS : PROTECTION DES RENSEIGNEMENTS PERSONNELS

Dans cette dernière section de notre texte, nous voulons illustrer la construction d'un système de gouvernance multi-niveaux de type horizontal qui a été mis en place dans le secteur de la protection des renseignements personnels. L'objectif est de décrire quels sont les mécanismes de coopération sectoriels qui ont été créés et le rôle qu'ils sont appelés à jouer lors de l'élaboration ou de l'application de normes nationales et supranationales⁵⁵.

Depuis l'adoption des lois fédérales et provinciales relatives à la protection des renseignements personnels, y compris la loi québécoise, plusieurs mutations et innovations subséquentes et liées au réseau Internet ont amené les autorités gouvernementales à s'interroger sur la capacité des lois canadiennes à adéquatement protéger les renseignements personnels des individus dans ce nouvel univers Internet appelé « Web 2.0 ».

L'expression « Web 2.0 », attribuée à Tim O'Reilly⁵⁶, désigne la tendance chez certaines entreprises à publier un contenu généré par les utilisateurs⁵⁷. Des services tels que Wikipedia⁵⁸, YouTube⁵⁹ et

55. César DE PRADO, *Global Multi-Level Governance: European and East Asian Leadership*, New York, United Nations University Press, 2007, voir chap. 6 en particulier aux p. 215 et s.

56. Voir Tim O'REILLY, « What is Web 2.0: Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software », 2005, disponible à l'adresse : <<http://oreilly.com/pub/a/web2/archive/what-is-web-20.html?page=1>>. Une version française intitulée « Qu'est-ce que le web 2.0 : modèles de conception et d'affaires pour la prochaine génération de logiciels », 2006, est disponible à l'adresse : <<http://www.eutech-ssii.com/ressources/1>> (dernière visite : 23 novembre 2010).

57. Pour reprendre les propos de M. O'Reilly, le Web 2.0 reposerait sur les sept principes suivants : Des services, pas un package logiciel, avec des possibilités d'économie d'échelle ; Un contrôle sur des sources de données uniques, difficiles à recréer, et dont la richesse s'accroît à mesure que les gens les utilisent ; Considérer les utilisateurs comme des co-développeurs ; Tirer parti de l'intelligence collective ; Toucher le marché jusque dans sa périphérie à travers la mise en place de services « prêts à consommer » ; Libérer le logiciel du seul PC ; Offrir de la souplesse dans les interfaces utilisateurs, les modèles de développements et les modèles d'affaires.

58. <www.wikipedia.org> (dernière visite : 23 novembre 2010).

59. <www.youtube.com> (dernière visite : 23 novembre 2010).

Myspace⁶⁰ sont de bons exemples de ce nouveau modèle d'affaires illustrant l'étroite relation entre les fournisseurs de services, ainsi qu'entre les fournisseurs de services et les utilisateurs qui impliquent le risque que soient dévoilés un certain nombre de renseignements personnels. Il y a différentes nouvelles problématiques liées à la protection des renseignements personnels dans le contexte du Web 2.0. L'émergence des sites de réseautage personnel, le perfectionnement et la polyvalence accrue des moteurs de recherche et la convergence des outils et services Web sont trois exemples éloquentes à cet égard. Par ailleurs, il importe aussi de souligner que le fait d'isoler Internet comme étant un simple réseau informatique représente une vision périmée de la technologie. Les téléphones intelligents, AppleTV et la technologie VoIP ne sont qu'une série d'exemples qui montrent que l'interconnectivité et le jumelage des médias nous forcent à redéfinir notre conception de ceux-ci et leur capacité de s'introduire dans nos vies privées.

En matière de gestion du flux des données transfrontières et de protection des renseignements personnels, les conséquences de ce changement de paradigme sont nombreuses. L'émission de données relatives à nos activités et à notre routine quotidienne, générant des renseignements personnels protégés par la loi, rend possibles la circulation constante de renseignements nous concernant ainsi qu'un besoin accru de sécurité pour l'ensemble de ces communications. L'accès à cette multitude de renseignements requiert une prise de conscience collective du fait que les avantages offerts par cette technologie sont difficilement conciliables avec les exigences législatives actuelles relatives à la collecte, la conservation et la destruction de l'information.

Afin d'adapter nos systèmes normatifs à ce nouvel environnement, de nouveaux réseaux normatifs relatifs à la protection des renseignements personnels se sont construits depuis les dix dernières années. Pour illustrer leur émergence, nous décrirons deux réseaux. Le premier réseau exemplifie la création de mécanismes d'harmonisation des systèmes de normes. Le deuxième réseau a pour vocation de mettre en place un mécanisme de coopération supranationale dans le domaine du contrôle des flux de données transfrontières, en vue d'une exécution concertée des principes directeurs relatifs à la protection des renseignements personnels.

60. <www.myspace.com> (dernière visite : 23 novembre 2010).

A. Élaboration de principes harmonisateurs

Bien qu'il n'existe pas encore de grande convention internationale portant sur le flux des données transfrontières et la protection des renseignements personnels, le réseau de normes supranationales s'appuie grandement sur les directives de l'OCDE⁶¹. Ces directives demeurent le texte de base sur lequel il existe un consensus international sur la protection des données. Cette remarque importe puisque la question du flux des données transfrontières et de la protection des renseignements personnels est encore largement conçue comme une question portant principalement sur l'échange et le commerce. À preuve, les accords de libre-échange qui incorporent des stipulations relatives à la protection des renseignements personnels, tel l'Accord entre le Canada et la Communauté européenne sur les dossiers des passagers⁶² qui fait référence aux directives de l'OCDE. Par ailleurs, et ce qui est plus intéressant, c'est le développement d'une pluralité d'ententes de « droit mou ». Ces ententes portent sur des travaux préparatoires réalisés en vue de négocier de futurs accords. Nous décrivons ici brièvement l'initiative espagnole. Son but principal est de soutenir l'élaboration de principes harmonisateurs de protection des renseignements personnels entre les États parties à cette initiative.

L'initiative espagnole est le fruit des Conférences internationales des commissaires à la protection des données et de la vie privée. Un des objectifs de ces conférences est que « la reconnaissance de ces droits passe par l'adoption d'un instrument juridique universel contraignant consacrant, recensant et complétant les principes com-

61. PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, J.O. L 281, 23 novembre 1995, p. 31-50. Accessible en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_doc=1995&nu_doc=46> (dernière visite : 22 novembre 2010).

62. *Accord entre la Communauté européenne et le gouvernement du Canada sur le traitement des données relatives aux informations préalables sur les voyageurs et aux dossiers passagers*, 3 octobre 2005, *Journal officiel de l'Union européenne* L 82/15 21.3.2006, entré en vigueur le 22 mars 2006, accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.canadainternational.gc.ca/eu-ue/assets/pdfs/031005_PNR_fra.pdf> (dernière visite : 22 novembre 2010). Au préambule : « Vu la décision pertinente de la Commission, prise en application de l'article 25, paragraphe 6, de la directive 95/46/CE (ci-après dénommée « la décision »), en vertu de laquelle l'autorité canadienne compétente concernée est considérée assurer un niveau de protection adéquat des données IPV/DP transférées depuis la Communauté européenne (ci-après dénommée « la Communauté ») et concernant les vols de passagers à destination du Canada, conformément aux engagements concernés, annexés à la décision en question. »

muns de protection des données et de respect de la vie privée énoncés dans différents instruments existants et renforçant la coopération internationale entre autorités de protection des données »⁶³. Les commissaires estiment que leur travail sera achevé lorsqu'une convention internationale protégeant les renseignements personnels aura vu le jour. Dans l'attente de cet événement, ils développent des outils ayant pour but de stimuler le rapprochement entre les lois portant sur le flux des données transfrontières entre les pays desquels les commissaires de la conférence sont des ressortissants.

La dernière conférence, qui s'est tenue en Espagne en 2009, était la 31^e d'une série de rencontres. Durant celle-ci, les commissaires ont rédigé une proposition intitulée *Joint Proposal for Setting International Standards on Privacy and Personal Data Protection*⁶⁴. Cette proposition contient des principes, droits et obligations de base et jugés nécessaires par les commissaires de la conférence pour assurer une protection efficace des renseignements personnels. Ces principes, droits et obligations sont : la légalité, l'équité, la spécification du but, la proportionnalité, la qualité des données, la transparence et la responsabilité⁶⁵. Certains de ces principes proviennent des lignes directrices de l'OCDE⁶⁶, d'autres proviennent de la Directive européenne⁶⁷.

63. *Résolution sur l'urgence de protéger la vie privée dans un monde sans frontière et l'élaboration d'une proposition conjointe d'établissement de normes internationales sur la vie privée et la protection des données personnelles*, document adopté à Strasbourg, 17 octobre 2008, voir sur le site : <<http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/lang/fr/Home/Cooperation/Intconference>> (dernière visite : 22 novembre 2010).

64. Conférences internationales des commissaires à la protection des données et de la vie privée, Madrid, 5 novembre 2009. Voir le site : <<http://www.edri.org/edri-gram/number7.2/international-standards-data-protection>> (dernière visite : 22 novembre 2010).

65. *Ibid.*, art. 6-12.

66. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoptée le 23 septembre 1980, accessible en ligne : <http://www.oecd.org/document/57/0,3343,fr_2649_34255_1815225_1_1_1_1,00.html> (dernière visite : 22 novembre 2010). Voir notamment les articles 8, 9, 12 et 14.

67. PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL DE L'EUROPE, *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, supra, note 61, art. 6.1 et 7. Sur la Directive et le principe de proportionnalité, voir le rapport sur la directive : COMMISSION EUROPÉENNE, Direction générale du marché intérieur et services, *Preparation of a methodology for evaluating the adequacy of the level of protection of individuals with regard to the processing of personal data : annex to the annual report 1998 (XV D/5047/98) of the working party established by article 29 of directive*

En plus de l'objectif d'harmonisation, les acteurs œuvrant sur la scène supranationale, et en particulier les Commissaires à la vie privée de pays membres de l'OCDE, ont constaté que la montée en flèche dans la dernière décennie des échanges de données transfrontières rendait plus difficile l'application des législations existantes. Afin de faire face aux nombreux nouveaux défis posés par la multiplication des normes nationales et de leur exécution, les Commissaires à la vie privée de pays membres de l'OCDE se sont réunis à Paris au mois de mars 2010 et ils ont jeté les bases d'un *Global Privacy Enforcement Network* (GPEN)⁶⁸.

B. Exécution des normes de protection

Le GPEN consiste en une nouvelle forme de coopération supranationale dans le domaine du contrôle des flux de données transfrontières. Il prend ses racines dans le paragraphe 21 des *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* de l'OCDE dans lesquelles il est prévu que « [the] Member countries should establish procedures to facilitate information exchange related to these Guidelines, and mutual assistance in the procedural and investigative matters involved »⁶⁹. Contrairement aux autres lignes directrices qui portent plus sur la mise en œuvre de l'objectif d'harmonisation des normes, le paragraphe 21 vise plutôt la coopération entre les différentes autorités dans l'application des lois nationales. Cette distinction est importante puisque l'idée qui sous-tend le plan d'action du GPEN est essentiellement celle d'améliorer l'efficacité des régimes nationaux pour contrôler les problématiques liées aux flux transfrontières des données. Selon les Commissaires membres du GPEN, cet objectif ne sera pas atteint par une réforme des *Lignes directrices de l'OCDE* (datant de 1980), mais par la mise en œuvre d'un mécanisme de coopération permettant une action concertée des différentes autorités.

95/46/EC, Luxembourg, Bureau des publications officielles des communautés européennes, 1998.

68. Un mécanisme de coopération élaboré lors du colloque « 30 Years After: The Impact of the OECD Privacy Guidelines », voir Hugh G. STEVENSON, *30 Years After: The Impact of the OECD Privacy Guidelines, Remarks of Hugh G. Stevenson*, 2010, en ligne : <http://www.oecd.org/findDocument/0,3354,fr_2649_34255_1_119802_1_1_1,00.html> (dernière visite : 23 novembre 2010).

69. OCDE, *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, 1980, en ligne : <http://www.oecd.org/document/18/0,3343,en_2649_34255_1815186_1_1_1_1,00.html> (dernière visite : 23 novembre 2010).

En 2007, un pas important est franchi par l'adoption de la *Recommandation de l'OCDE relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations protégeant la vie privée*⁷⁰. Cette recommandation, portée par la Commissaire canadienne à la vie privée Jennifer Stoddart, s'appuie sur un consensus quant à « la nécessité de promouvoir une coopération plus étroite entre les autorités chargées de faire appliquer la législation sur la vie privée, afin de les aider à échanger des informations et procéder à des enquêtes avec leurs homologues à l'étranger »⁷¹.

Bien qu'émanant des pays membres de l'OCDE, cette recommandation vise la création d'un nouvel instrument ayant une portée mondiale, soit « la mise en place d'un réseau informel des Autorités chargées de protéger la privée et autres parties prenantes intéressées pour débattre des aspects pratiques de la coopération pour l'application des lois protégeant la vie privée, pour échanger des pratiques exemplaires face aux problèmes transfrontières, pour œuvrer à la définition de priorités communes en matière d'application des lois, et pour soutenir des initiatives et campagnes conjointes en matière d'application des lois et de sensibilisation »⁷². Cette recommandation prend pour point de départ qu'« une coopération efficace pour l'application des lois peut s'instaurer malgré des variations dans les approches nationales »⁷³. Prenant pour modèles la *Recommandation du Conseil concernant des Lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses* [C(2003)116] et la *Recommandation relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations contre le spam* [C(2006)57], le texte de 2007 formule quatre recommandations :

- 1) Améliorer leurs cadres nationaux pour l'application des lois sur la vie privée afin que leurs autorités puissent mieux coopérer avec les autorités étrangères ;
- 2) Élaborer des mécanismes internationaux efficaces destinés à faciliter la coopération transfrontière pour l'application des lois sur la vie privée ;

70. OCDE, *Recommandation de l'OCDE relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations protégeant la vie privée*, 2007, en ligne : <<http://www.oecd.org/dataoecd/12/48/38876531.pdf>> (dernière visite : 23 novembre 2010).

71. *Ibid.*, p. 4.

72. *Ibid.*, p. 11.

73. *Ibid.*, p. 5.

- 3) Se prêter mutuellement assistance dans la mise en application des lois protégeant la vie privée, notamment par des actions telles que la notification, la transmission des plaintes, l'entraide pour les enquêtes et l'échange d'information, assorties de garanties appropriées ;
- 4) Associer les parties prenantes intéressées aux discussions et activités visant à développer la coopération dans l'application des lois protégeant la vie privée.

Cette coopération, selon le plan d'action, consiste à partager les informations sur les problèmes surgissant lors de l'application des lois et les solutions qui y sont apportées (techniques d'enquête efficaces, législations efficaces, etc.). On y prévoit aussi un mécanisme visant à synchroniser le dialogue avec le secteur privé et à faciliter l'application transfrontière des lois par la création d'une liste de contacts des autorités intéressées à coopérer bilatéralement lors d'enquêtes d'envergure internationale⁷⁴. Plus spécifiquement, le GPEN souhaite établir un Secrétariat chargé de mettre en ligne un site Web, de coordonner des campagnes de sensibilisation et de mettre à la disposition des autorités membres des informations pertinentes quant aux différents régimes nationaux. La création de ce Secrétariat constitue une initiative notable, puisque, à l'exception des groupes de travail des organismes régionaux tels que l'OCDE et des Conférences annuelles rassemblant les autorités compétentes, aucun organe international visant la coopération dans ce domaine n'existe présentement. En outre, les membres du GPEN s'engagent à participer périodiquement à des conférences téléphoniques et à certaines rencontres. Ce nouveau réseau entend concentrer ses efforts sur les défis touchant le secteur privé, sans toutefois exclure la coopération concernant les renseignements personnels détenus par le secteur public⁷⁵.

Le GPEN souhaite s'en tenir aux aspects pratiques de la coopération transfrontière. La prise de position sur des questions de fond concernant les politiques publiques ne fait pas partie de son mandat⁷⁶. De plus, malgré qu'il s'agisse d'une initiative menée par les pays de l'OCDE, le GPEN est ouvert à tous les pays désirant s'y joindre. Plus d'une autorité par pays peut même y adhérer. Enfin, soulignons que le plan d'action du GPEN ne crée aucune obligation

74. OCDE, *Action Plan for the Global Privacy Enforcement Network (GPEN)*, 2010, p. 1 et 2.

75. *Ibid.*, p. 4.

76. *Ibid.*

légale, mais l'action concertée de ses membres a déjà montré son efficacité à l'occasion de l'affaire Google Buzz⁷⁷.

En somme, les défis de plus en plus importants découlant des flux transfrontières de données ne semblent pas pouvoir être surmontés par la simple application des régimes nationaux déjà en place puisqu'ils ne peuvent pas avoir d'effets extraterritoriaux. Cependant, la similitude des normes émanant de plusieurs de ces régimes, et découlant des lignes directrices émises par l'OCDE en 1980, permet d'envisager une coopération plus efficace entre les autorités chargées de protéger les renseignements personnels des individus. Le *Global Privacy Enforcement Network* vise donc à mettre en place un système permettant une application plus efficiente des différentes législations. Grâce à un organisme permanent coordonnant les efforts et à une coopération accrue entre les autorités membres, une meilleure protection des renseignements personnels transférés au-delà des frontières semble maintenant possible.

CONCLUSION

La conjugaison de la globalisation et de la révolution de l'information, nous dit Thomas J. Courchene⁷⁸, a entraîné la mise en place d'une économie basée sur le savoir. Créativité, pragmatisme, accessibilité de l'information et souplesse des organisations constituent les mots d'ordre de ce nouvel ordre global. Dans ce contexte, les États du nord de l'Atlantique et de l'Asie Pacifique adhèrent progressivement au projet de la réglementation intelligente et se dotent de mécanismes facilitant l'harmonisation des règles, notamment par la combinaison des instruments de réglementation et par la participation citoyenne au processus réglementaire. Un des buts de ce vaste projet

77. En avril 2010, un premier geste du GPEN, dont l'initiative revient à la Commissaire Stoddart, fut posé. Après la mise en service de Google Buzz, une application portant atteinte à la vie privée des usagers de Gmail, plusieurs autorités protégeant les renseignements personnels, incluant les commissaires du Canada, de l'Allemagne, de la France, du Royaume-Uni et de plusieurs autres nations, ont écrit une lettre publique au président de Google lui rappelant ses obligations légales. Bien que Google ait elle-même retiré ce service rapidement, cette action concertée montre bien que ces autorités peuvent établir un rapport de force et ainsi faire reculer des acteurs économiques d'envergure tels que la compagnie Google. D'ailleurs, il est utile de mentionner que Michael Geist, professeur titulaire de la Chaire de recherche canadienne en droit d'Internet et du e-commerce à l'Université d'Ottawa, voit dans cette action concertée « a major step forward toward the globalization of privacy enforcement ».

78. Thomas J. COURCHENE, « Global Future for Canada's Global Cities », dans *Transitions: Fiscal and Political Federalism in an Era of Change*, Kingston, McGill-Queen's University Press, 2009, p. 263.

est de rendre possibles l'élaboration et la mise en œuvre de systèmes réglementaires d'application transgouvernementale et supranationale. Prenant conscience de ces mutations du droit public, des publicistes consacrent dorénavant leurs réflexions à la compréhension de ce nouvel objet de recherche qu'ils ont nommé « droit administratif global ».

Ce nouveau champ d'étude fait l'objet d'une théorisation plus systématique depuis 2005⁷⁹. C'est en partant de l'observation selon laquelle la gouvernance mondiale peut être comprise comme s'il s'agissait de réglementation et d'administration que les chercheurs ont constaté l'émergence d'un espace administratif global dans lequel la dichotomie stricte entre le droit interne et international s'efface⁸⁰. Ce champ est décrit par le vocable « global » plutôt qu'international afin de refléter l'imbrication des réglementations interne, supranationale et internationale⁸¹. Le droit administratif global comprend les mécanismes, principes et pratiques ainsi que les codes sociaux s'y rattachant et son étude inclut celle des institutions réglementaires intergouvernementales formelles, des réseaux réglementaires intergouvernementaux informels ainsi que les arrangements relatifs à la coordination des systèmes réglementaires, des institutions réglementaires nationales agissant par référence à un régime intergouvernemental international, etc.⁸². En somme, en développant ce nouveau domaine du droit en pleine ébullition, les chercheurs ont pour objectif, à terme, de théoriser le fonctionnement réglementaire des États contemporains afin de mieux les décrire, les analyser et les critiquer.

79. Voir le site de la Faculté de droit de l'Université de New York sur le *Global Administrative Law* : <http://www.iilj.org/global_adlaw> (dernière visite : 10 décembre 2010).

80. Nico KRISCH et Benedict KINGSBURY, « Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order », (2006) 17:1 *E.J.I.L.* 1-13, à la p. 1.

81. *Ibid.*, p. 5.

82. Benedict KINGSBURY, Nico KRISCH et Richard B. STEWART, « The Emergence of Global Administrative Law », (2005) 68:15 *Law and Contemporary Problems* 15, 17.