



**DOCUMENT DE TRAVAIL**

**LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS :  
QUESTIONS ET APPLICATIONS**

**Lee Axon  
et  
Bob Hann**

**mars 1994**

**WD1994-4f**

**Research and Statistics Directorate /  
Direction générale de la recherche et de la statistique**

**Corporate Management, Policy and Programs Sector/  
Secteur de la gestion, politiques et programmes ministériels**

**DOCUMENT DE TRAVAIL**

**LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS :  
QUESTIONS ET APPLICATIONS**

**Lee Axon  
et  
Bob Hann**

**mars 1994**

**WD1994-4f**

*Cette étude a été subventionnée par la Section de la recherche, ministère de la Justice du Canada. Les opinions qui y sont exprimées sont celles des auteurs; elles ne reflètent pas nécessairement la position du Ministère.*

# TABLE DES MATIÈRES

<u>AVANT-PROPOS</u> .....	viii
<u>RÉSUMÉ</u> .....	ix
<u>1.0 LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS</u> .....	<b>1</b>
1.1 Introduction .....	1
1.2 Qu'est-ce que la négociation de règlements?.....	6
1.2.1 La négociation de règlements se produit «en amont».....	7
1.2.2 Réunion face-à-face des intervenants.....	8
1.2.3 La prise de décisions consensuelles .....	10
1.2.4 La décision prise devrait lier les parties .....	12
1.3 L'objet de la négociation de règlements .....	14
1.4 Avantages et inconvénients .....	16
1.4.1 Avantages .....	16
1.4.1.1 Décisions mieux étayées -- règlements meilleurs .....	17
1.4.1.2 Recours moins fréquents aux tribunaux, mise en oeuvre plus rapide et meilleure conformité.....	20
1.4.1.3 Validité politique .....	21
1.4.1.4 Relations davantage axées sur la coopération .....	24
1.4.1.5 Économie de temps, d'argent et d'effort .....	25
1.4.2 Inconvénients et préoccupations .....	26
1.4.2.1 Préoccupations et coûts des organismes.....	27
1.4.2.2 Préoccupations des organisations non gouvernementales (intervenants).....	28
1.4.2.3 Attitudes et problèmes éventuels.....	30
1.4.2.4 L'intérêt public.....	34
1.4.2.5 Motivations et manipulations.....	36
<u>2.0 LES PROCÉDURES LIÉES À LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS</u> .....	<b>39</b>
2.1 Stade 1 : quand doit-on utiliser la négociation de règlements -- les critères .....	40
2.1.1 Objet du stade 1.....	40
2.1.2 Les critères .....	41
2.1.2.1 Objet.....	41
2.1.2.2 Questions en cause .....	42
2.1.2.3 Échéancier .....	43
2.1.2.4 Intérêts .....	44
2.2 Stade 2 : la pré-mise en oeuvre .....	45
2.2.1 Choix d'un organisateur.....	45
2.2.2 Rôle et responsabilités d'un organisateur .....	47
2.2.2.1 Phase d'organisation 1 .....	47
2.2.2.2 Phase d'organisation 2 .....	49
2.3 Stade 3 : la négociation .....	51
2.3.1 Décisions de l'organisme ou du ministère .....	53
2.3.2 Décisions du comité .....	56
2.3.3 Les séances de négociation.....	58

2.4	Stade 4 : divulgation et post-négociation .....	63
2.4.1	Le résultat .....	63
2.4.2	Comptes rendus et évaluation .....	65
2.5	Résumé des procédures liées à la négociation de règlements .....	66
<b>3.0</b>	<b><u>QUESTIONS ET APPLICATIONS</u></b> .....	<b>69</b>
3.1	Raisons qui sous-tendent la négociation de règlements .....	69
3.1.1	La situation américaine .....	69
3.1.2	Autres pays .....	71
3.2	Incitations à la participation .....	73
3.2.1	Meilleures solutions de rechange à une entente négociée .....	73
3.2.2	Autres incitatifs .....	75
3.3	Intervenants clés .....	78
3.3.1	Participation des organismes .....	78
3.3.2	Participation du secteur privé .....	81
3.3.3	Médiateurs ou animateurs .....	82
3.3.4	Le rôle des médias .....	85
3.4	La formation .....	86
3.4.1	L'orientation et la formation des participants .....	86
3.4.2	La formation des tierces parties neutres .....	88
3.5	Le financement .....	90
3.6	Autres applications du processus de négociation de règlements .....	93
3.6.1	Élaboration de politiques .....	94
3.6.2	Établissement de normes .....	96
3.6.3	Règlement de différends .....	98
3.6.4	Délivrance de permis et de licences .....	99
3.6.5	Zonage et utilisation des sols .....	100
3.6.6	Conformité et exécution .....	101
3.6.7	Résumé .....	102
3.7	Fondement législatif de la négociation de règlements .....	103
3.7.1	Arguments en faveur de l'adoption de mesures législatives .....	104
3.7.1.1	Assurer la légitimité du processus .....	104
3.7.1.2	Assurer la compatibilité avec d'autres mesures législatives .....	105
3.7.1.3	Fournir une orientation en matière de procédure -- <i>Negotiated Rulemaking Act</i> des États-Unis .....	108
3.7.2	Arguments à l'encontre de l'adoption de mesures législatives .....	110
3.7.3	Solutions de rechange à l'adoption de dispositions législatives sur la négociation de règlements .....	111
3.7.3.1	Propositions canadiennes .....	111
3.7.3.2	La <i>Subordinate Legislation Act</i> de l'État de Victoria ....	113
3.7.4	Résumé .....	117
<b>4.0</b>	<b><u>CONCLUSIONS ET PROPOSITIONS</u></b> .....	<b>119</b>
4.1	La pertinence de la négociation de règlements .....	119
4.1.1	Pertinence de la négociation de règlements en général .....	119
4.1.2	Pertinence de la négociation de règlements dans des situations particulières .....	121

4.2	Les conséquences involontaires de la négociation de règlements .....	122
4.3	Résumé des observations .....	124
4.4	Considérations présentes et futures : une perspective canadienne .....	126
4.4.1	Initiatives en matière d'éducation .....	128
4.4.2	Incitations à la négociation de règlements et amélioration du processus .....	128
4.4.2.1	Projets pilotes de négociation de règlements .....	128
4.4.2.2	Études de cas relatives à des établissements de règles conventionnels .....	129
4.4.2.3	Infrastructure à l'appui de la négociation de règlements .....	130
4.4.2.4	Autres incitations .....	131
4.4.3	Analyse législative .....	131
4.4.4	Leadership du gouvernement fédéral .....	132
4.5	Résumé des recommandations .....	133
<b><u>BIBLIOGRAPHIE</u></b> .....		<b>137</b>
<b>ANNEXES</b>		
<b><u>Annexe A</u></b>	<b><u>Liste des contacts</u></b> .....	<b>147</b>
Annexe B	Recommandations 82-4 et 85-5 de l'ACUS (texte original) .....	157
Annexe C	<i>Negotiated Rulemaking Act</i> des États-Unis (texte original).....	167
<b><u>Annexe D</u></b>	<b><u>Négociation des règlements de la LCEE</u></b> .....	<b>179</b>

## AVANT-PROPOS

La présente étude a été entreprise au nom du ministère de la Justice du Canada sous la direction du Projet de règlement de différends et en consultation avec le Projet d'adhésion au droit réglementaire. L'objectif premier du Projet de règlement de différends, créé en avril 1992, consiste à mettre au point des politiques liées à l'utilisation de solutions de rechange aux méthodes classiques de règlement de différends.

Le présent rapport vise à donner un aperçu de ce qu'est la négociation de règlements et de la façon dont un tel processus peut être institué, ainsi qu'à discuter de son application éventuelle au Canada. Le rapport conjugue un examen de la documentation aux observations de praticiens de la négociation de règlements dans divers secteurs de réglementation, au Canada et dans d'autres pays (c'est-à-dire aux États-Unis et en Australie; une liste des personnes interviewées figure à l'Annexe B). De façon précise, le mandat de la recherche consistait à rendre compte de l'expérience de la négociation de règlements à l'échelon international, à définir les enjeux, y compris les avantages et les limites, à discuter de la capacité de la négociation de règlements de favoriser la conformité et de réduire le nombre de conflits éventuels ainsi qu'à examiner son application au Canada. On a également noté les secteurs qui exigent d'autres travaux. Dans le présent rapport, certains aspects également importants du processus de négociation de règlements (par exemple, les exigences et les techniques de négociation) ont été, par la force des choses, laissés de côté, puisqu'ils vont au delà du mandat du projet.

Le rapport a été organisé de manière à rendre le concept de négociation de règlements aussi facile d'accès que possible. Les deux premiers chapitres, écrits de façon à pouvoir être lus indépendamment des autres, décrivent les rudiments de la négociation de règlements et de sa pratique. Dans le troisième chapitre, on réexamine les composantes de la négociation de règlements à la lumière de l'expérience acquise par ceux qui ont eu recours à cette procédure. À la fin du rapport, on trouve un chapitre dans lequel figurent les principales observations et des propositions quant à ce que les prochaines étapes devraient être.

Les recherches qui ont présidé à l'élaboration du présent rapport, effectuées en vertu d'un contrat conclu avec le ministère de la Justice, ont grandement profité de la coopération d'un certain nombre de personnes qui ont accepté de partager leurs réflexions au sujet de la négociation de règlements et de donner de leur temps à l'entreprise. Nous avons tenté de rendre justice aux nombreuses observations et vues constructives qui nous ont été communiquées; cependant, les points de vue exprimés dans le présent rapport n'appartiennent qu'aux seuls chercheurs : ils ne reflètent pas nécessairement ceux du ministère ni ceux des personnes qui nous ont prêté leur concours.

## RÉSUMÉ

Le présent rapport a été entrepris sous les auspices du Projet de règlement de différends du ministère de la Justice du Canada. Il conjugue un examen de la documentation concernant la négociation de règlements et des procédures plus conventionnelles d'établissement de règles au Canada et dans d'autres pays (notamment aux États-Unis et en Australie) à des interviews réalisées auprès de porte-parole qui ont expérimenté le processus de négociation de règlements.

Conçue aux États-Unis dans les années 1980, la négociation de règlements constitue une solution de rechange novatrice et contraignante aux méthodes conventionnelles de rédaction de règlements. Les points suivants résument les caractéristiques principales de la négociation de règlements :

- la négociation de règlements est une solution de rechange aux méthodes classiques de règlement de différends en vertu de laquelle le résultat n'est pas influencé de façon marquée par une tierce partie;
- on ne doit pas confondre la négociation de règlements avec un règlement négocié. S'ils supposent tous deux une négociation, la négociation de règlements est, par nature, tournée vers l'avenir : elle vise non pas à résoudre des différends précis, mais bien à établir des règles générales qui influenceront le comportement;
- la négociation de règlements vise à servir de complément et de solution de rechange aux méthodes conventionnelles d'établissement de règles, telles que la consultation et les audiences;
- la négociation de règlements possède quatre caractéristiques critiques :
  - elle se produit «en amont» de l'élaboration de règlements;
  - les intervenants se rencontrent face à face pour présenter leur position et entendre le point de vue de l'autre partie;
  - en ce qui touche la rédaction finale des règlements proposés, les décisions sont prises par consensus;
  - dans la mesure du possible, les décisions auxquelles les négociations permettent d'arriver lient les parties;
- dans le contexte de la négociation de règlements, on entend par «consensus» que tous les intéressés présents autour de la table sont d'accord avec l'entente conclue -- ou du moins ne s'y opposent pas;
- la négociation de règlements vise la production de meilleurs règlements -- quant à la politique, à la procédure et au fond -- en donnant aux parties que le règlement proposé intéresse tout particulièrement l'occasion de participer à sa formulation;
- parmi les avantages de la négociation de règlements, on retrouve :
  - de meilleures assises en ce qui touche la prise de décisions relatives aux règlements et l'élaboration de règlements plus solides;
  - des conflits moins nombreux, une mise en oeuvre plus rapide et une

- conformité plus grande;
  - une meilleure validité, sur le plan politique, de la prise de décisions relatives aux règlements;
  - des relations davantage axées sur la coopération entre les intéressés et l'organisme;
  - moins de temps, d'argent et d'effort;
- parmi les inconvénients de la négociation de règlements, on retrouve :
    - le fait qu'elle peut exiger de nombreuses ressources à court terme et obliger les organismes à adapter leurs procédures internes;
    - le fait qu'elle exige un investissement considérable de temps et de ressources de la part de groupes d'intérêt publics qui peuvent avoir une capacité limitée de soutenir l'effort nécessaire à la participation au processus -- particulièrement si ces groupes prennent part à plus d'une négociation;
    - le fait que de nombreux intervenants connaissent mal le processus, si bien qu'il faut parfois vaincre les attitudes négatives à son endroit, y compris les réticences que l'idée suscite chez les organismes;
    - le fait qu'elle risque de ne pas représenter adéquatement les intérêts du public;
    - le fait qu'elle peut se prêter aux manipulations de ceux qui pourraient être tentés d'utiliser le processus à leurs propres fins;
  - les procédures liées à la négociation de règlements comportent quatre stades :
    - un stade d'évaluation prévoyant un examen minutieux de la pertinence du recours à la négociation de règlements dans le contexte des critères qui ont été mis au point pour le processus, de la nature de l'objet de la réglementation, du nombre et de la nature des enjeux, de l'échéancier rattaché à l'élaboration des règlements ainsi que de la définition, de la disponibilité et de l'engagement des parties concernées;
    - un stade de pré-négociation prévoyant deux phases : d'abord, un organisateur procède à un examen en profondeur des critères ci-dessus et prépare les parties aux négociations; dans la deuxième phase, l'organisme et l'organisateur font publier l'avis d'intention de négocier, choisissent un médiateur et prennent, à l'égard de l'avis, les dispositions nécessaires;
    - un troisième stade, celui des négociations elles-mêmes, y compris les négociations relatives à la procédure et au fond; et
    - un quatrième stade, soit la fermeture et le suivi (par exemple, l'évaluation du processus et la surveillance de la mise en oeuvre de l'entente).

Tandis que la négociation de règlements peut ne pas se prêter à toutes les formes d'établissement de règles, elle constitue un moyen d'élaborer des règlements qu'on pourra privilégier lorsque les enjeux sont de taille, que les questions ouvertes à la négociation sont suffisantes et que la motivation est assez grande pour que les négociations soient menées de bonne foi. Dans le cadre du processus de négociation de règlements, le style de négociation utilisé, pour reprendre l'expression de Roger Fisher, est la «négociation raisonnée» -- c'est-à-dire une négociation fondée sur la résolution réciproque de problème.



La participation à la négociation de règlements doit être volontaire, et les participants doivent faire preuve d'enthousiasme à l'égard du recours à cette méthode. Pour les intervenants de l'extérieur du gouvernement, la motivation est établie en fonction des meilleures solutions de rechange à une entente négociée. Si les intervenants estiment qu'ils pourront mieux atteindre leurs buts non pas en négociant les règlements, mais en recourant à d'autres moyens (par exemple, le lobbying, les actions en justice ou les mesures dilatoires), ils seront peu susceptibles de participer à la négociation de règlements.

On peut influencer les meilleures solutions de rechange à une entente négociée en faveur de la négociation. Si le gouvernement affiche clairement sa «position de repli», ou qu'il dissuade les intervenants de recourir à d'autres moyens, par exemple le lobbying, avant qu'on ait fait l'essai de la négociation de règlements, il est plus probable que ces derniers accepteront de jouer le jeu. On a donc posé l'hypothèse suivant laquelle la négociation de règlements est plus susceptible de porter fruit lorsque les parties s'entendent sur ce que sera le résultat, en l'absence de négociations; lorsqu'elles ne s'entendent pas sur ce que sera le résultat, en l'absence de négociations, et que toutes font davantage preuve de pessimisme que d'optimisme; et lorsque l'organisme de réglementation ou le ministère influent activement sur les perceptions des parties à l'égard des meilleures solutions de rechange, en mettant l'accent auprès des parties, dans des termes qui les touchent de près, sur les conséquences néfastes d'une action unilatérale de la part de l'organisme, ce qui rend plus attrayante la perspective d'une négociation.

On peut également encourager la participation du gouvernement, parce que la négociation de règlements suscitera vraisemblablement quelque résistance à l'égard d'un certain nombre de facteurs tels que le manque d'information et de connaissances au sujet du processus, l'incertitude à propos de sa légitimité et la nécessité d'effectuer un certain nombre de modifications internes pour donner libre cours à la procédure. Pour encourager la participation du gouvernement à la négociation de règlements, on peut prendre un certain nombre de mesures, notamment en légitimant le processus à l'aide de mesures habilitantes.

Au nombre des arguments en faveur de l'adoption d'une loi relative à la négociation de règlements, on retrouve le fait que des mesures législatives légitimeraient le processus et favoriseraient officiellement son utilisation, éclairciraient les questions de droit de procédure, officialiseraient la capacité des organismes de recourir à la négociation de règlements et fourniraient une orientation quant à son fonctionnement. Parmi les arguments militant à l'encontre de mesures législatives à cet égard, on retrouve la perte de souplesse, la rupture de l'équilibre consensuel nécessaire aux négociations de règlements et la codification prématurée du processus.

Le processus, même s'il a été mis au point aux fins de la formulation de règlements, se prête à un certain nombre d'autres applications, y compris l'élaboration de politiques, l'établissement de normes, le règlement de différends postérieurs à l'établissement de règlement, la délivrance de permis et de licences et l'observation des règlements. Les avantages qu'on associe à l'utilisation du processus dans d'autres contextes analogues à ceux qu'on observe dans le cas de l'élaboration de règlements. Comme en ce qui concerne la négociation de règlements, on doit toutefois choisir avec soin les situations qui se prêtent à l'utilisation de la procédure.

Au stade où nous en sommes, au Canada, le respect des recommandations suivantes

pourra favoriser l'utilisation de la négociation de règlements :

### ***Recommandation 1***

Le ministère de la Justice devrait donner une série d'ateliers ou de séminaires au sujet de la négociation de règlements à l'intention des cadres supérieurs des organismes et des ministères chargés de la réglementation. Dans le cadre des ateliers, des personnes qui ont connu l'expérience du processus de négociation de règlements devraient prendre la parole.

### ***Recommandation 2***

Le ministère de la Justice, par le truchement du Projet de règlement de différends et en collaboration avec le Projet d'adhésion au droit réglementaire, devrait consulter les ministères chargés de la réglementation pour établir deux ou trois situations qui pourraient se prêter avantageusement à une négociation de règlements.

### ***Recommandation 3***

En conjonction avec les projets pilotes de négociation de règlements ci-dessus, le ministère de la Justice devrait consulter les ministères chargés de la réglementation pour déterminer les candidats qui pourraient servir à la réalisation d'études de cas au sujet des méthodes conventionnelles de formulation de règlements.

### ***Recommandation 4***

On devrait entreprendre une évaluation de la qualité et de l'utilité des résumés d'études d'impact de la réglementation, y compris, au besoin, des améliorations recommandées.

### ***Recommandation 5***

On devrait songer à la création d'un organisme qui serait le pendant du *Administrative Conference of the United States* (ACUS) ou à d'autres moyens pouvant procurer les avantages associés à l'ACUS.

### ***Recommandation 6***

Le ministère de la Justice, en collaboration avec le Secrétariat des affaires réglementaires et d'autres organismes et ministères concernés, devrait examiner des moyens d'assurer, à l'égard de la négociation de règlements, du financement et de la formation.

### ***Recommandation 7***

Le ministère de la Justice, en consultation avec des organismes et des ministères chargés de la réglementation, devrait explorer de nouveaux moyens de favoriser le recours à la négociation de règlements.

### ***Recommandation 8***

Le ministère de la Justice devrait organiser des ateliers pour recueillir des points de vue et discuter des avantages et des inconvénients que présentent l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements, le contenu et l'orientation de telles mesures et (ou) des solutions de rechange pouvant permettre d'assurer la légitimité de la négociation de règlements.

### ***Recommandation 9***

Le ministère de la Justice devrait jouer un rôle de chef de file en ce qui a trait à la mise en oeuvre de la négociation de règlements dans les administrations canadiennes. Au nombre des initiatives que le ministère pourrait prendre à cet égard, on retrouve :

- la tenue régulière d'ateliers au sujet de la négociation de règlements, des ateliers mettant l'accent sur les sujets qui intéressent ou préoccupent tout particulièrement les représentants des gouvernements fédéral et provinciaux chargés de la réglementation et d'autres groupes concernés (par exemple, les tables rondes provinciales et nationales du Canada, les tierces parties neutres, les représentants des entreprises et des industries, les groupes d'intérêt public, les représentants des universités et d'autres établissements d'agrément);
- la diffusion d'information au sujet de la négociation de règlements, y compris des conclusions découlant de toutes les études et les évaluations suggérées ci-dessus; et
- des services d'orientation en ce qui a trait à l'application du processus dans des contextes autres que l'établissement de règles.

## 1.0 LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS

### 1.1 Introduction

Avant de discuter de la nature de la négociation de règlements, il pourrait se révéler utile de présenter quelques observations au sujet de ce qu'elle n'est pas. La négociation de règlements est une procédure habituellement associée à des solutions de rechange aux méthodes classiques de règlement de différends. Celles-ci comprennent les mini-audiences, la recherche des faits, l'arbitrage, la médiation et la conciliation<sup>1 2</sup>. Contrairement à ces méthodes, la négociation est un processus dans lequel aucune tierce partie ne joue un rôle important. Dans sa forme idéale, elle suppose plutôt la prise de décisions conjointe par des participants égaux<sup>3</sup>. Dans la perspective du présent rapport, la prise de décisions porte sur les règlements<sup>4</sup>.

Cela dit, il importe également de noter que la négociation de règlements ne doit pas être confondue avec les règlements négociés qui se produisent dans le cadre de mini-audiences ou de procédures visant à régler les contestations d'un règlement ou les différends au sujet, par exemple, des conséquences environnementales d'actions particulières. Dans le champ de la réglementation, on parvient à des règlements par négociation lorsqu'un différend qui pourrait être déféré à un juge ou à un tribunal est plutôt soumis, à des fins de règlement, à un processus autre qu'une audience officielle. Certains de ces différends passent ainsi par le processus de règlement par négociation, la médiation ou l'arbitrage<sup>5</sup>.

La négociation de règlements, par ailleurs, se distingue du règlement par négociation de deux manières principales. Premièrement, les controverses auxquelles la négociation de règlements vise à mettre un terme vont au delà de certaines applications particulières : sur le plan de la politique, elles ont une large applicabilité. Deuxièmement,

---

<sup>1</sup> On ne doit pas confondre la négociation avec l'arbitrage ou la médiation. L'«arbitrage» ressemble au jugement dans la mesure où, comme le jugement, il se produit «après» la promulgation des règlements, et où une tierce partie joue un rôle dans le règlement des différends entre les parties. Il se distingue du jugement en ce sens que le pouvoir de la tierce partie découle d'une entente spécifique et ne s'applique qu'à la question donnée. Dans le domaine des transactions commerciales et des relations de travail, on a couramment recours à l'arbitrage. La «médiation» (parfois appelée «conciliation») suppose également l'activité d'une tierce partie, mais, dans ce cas, il ne s'agit ni d'un juge ni d'un arbitre. Le médiateur ne peut non plus imposer une décision. Le médiateur ne peut que proposer aux parties les modalités d'ententes éventuelles qui pourraient mettre un terme au différend. Comme dans le cas de l'arbitrage, il existe de nombreux styles de médiation. Dans certains cas, le médiateur joue un rôle très proactif qui s'apparente à celui d'un juge ou d'un arbitre; à l'autre extrême, notamment lorsque le médiateur est une collectivité (qu'on songe entre autres à de nombreuses cultures autochtones d'Amérique du Nord), les médiateurs se distinguent à peine des agents des parties respectives, si bien que le processus confine à la négociation. Voir Woodman 1991:12-13 et Ontario, Table ronde 1992a:5-7.

<sup>2</sup> Les auteurs du récent rapport du sous-comité du règlement des différends du Barreau du Haut-Canada (1993:2) affirment que l'utilisation de l'expression «solution de rechange» perpétue la tendance selon laquelle on considère toutes les méthodes de règlement de différend autres que le recours aux tribunaux comme des méthodes de deuxième ordre et, peut-être, optionnelles. Le sous-comité souhaite promouvoir une acception du règlement de différend en vertu de laquelle le recours aux tribunaux n'est considéré que comme l'une des possibilités offertes à tous les avocats. À noter également qu'on a affirmé qu'il vaudrait mieux remplacer l'expression «solution de rechange au règlement de conflits» par «méthode additionnelle de règlement de différend» puisqu'il ne saurait y avoir de solution de rechange à l'autorité souveraine du système de justice. (Voir Street 1992:194).

<sup>3</sup> Contrairement à la médiation, la négociation, ainsi qu'on l'a fait remarquer, est orientée vers la prise de décisions, tandis que la médiation vise habituellement l'obtention d'un règlement.

<sup>4</sup> Dans d'autres parties du présent rapport, on discute de l'utilisation du «processus de négociation de règlement» dans des secteurs autres que l'établissement de règles, par exemple l'élaboration de politiques ou de normes. À proprement parler, on ne fait référence qu'à l'utilisation de la négociation dans l'élaboration de politiques ou de normes. Toutefois, l'expression «négociation de règlement», qui fait maintenant l'objet d'un usage généralisé (particulièrement dans la documentation américaine), sert maintenant à désigner un éventail d'applications.

<sup>5</sup> Pour une analyse de certains exemples américains de règlement par négociation, voir Harter 1982:36ss.

la négociation de règlements est, par nature, *ournée vers l'avenir* : elle vise moins à régler des différends précis qu'à définir des règles générales qui influenceront le comportement ultérieur. Dans les deux cas, la négociation de règlements, en tant que cadre d'élaboration de politique en matière de réglementation, s'apparente davantage au processus législatif qu'au processus judiciaire<sup>6</sup>.

Même si les règlements par négociation et les négociations de règlements supposent tous deux un processus de négociation et de compromis et qu'ils mettent souvent en cause (comme d'autres solutions de rechange aux méthodes classiques) des participants dont les relations sont continues, les règlements par négociation surviennent plus souvent dans le contexte de ce qu'on a appelé les «conflits d'intérêt», tandis que les négociations de règlements ont plus fréquemment trait aux conflits de valeurs<sup>7</sup>. Néanmoins, les critères utilisés pour la mise en oeuvre des règlements négociés et des négociations de règlements sont souvent analogues, et nombre des observations faites au sujet des règlements négociés s'appliquent également aux négociations de règlements<sup>8</sup>.

Le fait que la négociation de règlements soit considérée comme une solution de rechange aux méthodes classiques de règlement de différends soulève la question suivante : à quoi, exactement, fait-on référence? La réponse à cette question varie selon les pays. Aux États-Unis, par exemple, où un nombre élevé de règlements sont contestés devant les tribunaux, on pourrait répondre qu'il s'agit d'une solution de rechange à l'établissement de règles par jugement même s'il s'agit également, bien entendu, d'une solution de rechange à l'établissement de règles hybrides et par avis et appels de commentaires en vigueur aux États-Unis<sup>9</sup>. Au Canada, où on assiste à un moins grand nombre de contestations de règlement, la négociation de règlements sera plus vraisemblablement perçue comme une solution de rechange à une forme de réglementation occulte<sup>10</sup> -- même si elle peut être vue comme une solution de rechange à un recours ultérieur aux tribunaux (par exemple, une contestation en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*), quoique à un degré moindre qu'aux États-Unis<sup>11</sup>. Au Canada, c'est dans le contexte des méthodes conventionnelles d'établissement de règles qu'on entend fréquemment dire que la négociation de règles se traduit par une prise de décisions consensuelles par rapport aux méthodes conventionnelles qui, elles, reposent sur la prise de décisions dirigées<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> Fiorino 1988:764.

<sup>7</sup> Par exemple, Gulliver (1973:682) fait remarquer qu'un conflit d'intérêt survient lorsque deux parties souhaitent s'accaparer une même ressource, insuffisante pour les deux. Dans ce contexte, les valeurs ne sont pas contestées, le désir commun supposant une évaluation commune de l'objet, qu'il s'agisse d'argent, de terre ou d'honneur. Un conflit de valeurs survient lorsque les deux parties, de manière spécifique, divergent d'opinion quant à l'évaluation d'une ressource, d'un droit ou d'une obligation, d'une norme ou d'une règle, et quant à ce qui s'est produit dans une situation donnée ainsi qu'à l'interprétation qu'on devrait faire des faits en cause. Voir également Menkel-Meadow 1984 et Perritt 1987:606ss.

<sup>8</sup> Voir la partie 3.6 portant sur les autres applications du processus de négociation de règlement, au chapitre 3, *infra*.

<sup>9</sup> Voir Olpin et coll. 1987, ainsi que la conversation avec M. Chris Kirtz, de la U.S. Environmental Protection Agency, le 7 avril 1993. Aux États-Unis, l'établissement de règles est régi par des procédures contenues dans la *Administrative Procedure Act* (APA). Les procédures non officielles prévoient une méthode d'élaboration de règlements par «avis et appels de commentaires» (quelque peu analogue aux méthodes canadiennes). L'organisme de réglementation recueille des données auprès de diverses sources; il peut tenir des réunions non officielles avec des groupes intéressés ou concernés pour obtenir des renseignements et présenter des idées. L'organisme décide alors du contenu de la règle proposée et le publie dans le *Federal Register*. Toutes les parties intéressées peuvent présenter des commentaires écrits et, en outre, l'organisme peut tenir des audiences publiques. Après avoir examiné les commentaires et les témoignages présentés dans le cadre des audiences, l'organisme doit préparer et publier une règle finale. Le processus dure habituellement plusieurs mois; à l'occasion, il peut être beaucoup plus long. Dans le domaine des règles concernant les affaires étrangères, les questions militaires ou la gestion interne des organismes, il existe un certain nombre d'exceptions aux procédures décrites ci-dessus. Ces procédures ne s'appliquent également pas aux règles qui, en vertu de dispositions explicites de textes de loi, doivent être établies suivant les procédures plus officielles énoncées dans l'APA. On fait alors référence aux procédures «officielles», à l'«établissement de règles hybrides», aux règles d'interprétation, aux énoncés généraux de politique, ou à des règles d'organisme,

Les points qui précèdent ont été soulevés pour préparer la description de la négociation de règlements qui suivra. En outre, on a réservé l'analyse approfondie de certaines des questions posées par ces distinctions à des parties ultérieures du présent rapport. Toutefois, il importe de noter qu'il existe des écarts entre les prémisses qui sous-tendent l'utilisation de la négociation de règlements aux États-Unis et au Canada. Les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 2, 1991:11) observent ce qui suit :

[Traduction]

Les conflits qui ont marqué, aux États-Unis, l'histoire de l'élaboration de règlement -- conflits qui ont stimulé la recherche de nouveaux modes d'établissement de règles -- ont été dans une large mesure absents de l'histoire du Canada. Traditionnellement, les tribunaux américains sont beaucoup intervenus dans les questions de réglementation, par rapport à ceux du Canada. Ici, par comparaison, les niveaux de direction (cabinets) fédéraux et provinciaux ont joui d'une plus grande liberté de manoeuvre; par rapport aux États-Unis, ils sont nettement moins contraints par les tribunaux et les assemblées législatives. Par rapport aux mesures législatives analogues en vigueur aux États-Unis, les dispositions américaines qui prévoient l'adoption de règlements tendent à être beaucoup plus explicites quant à leur nécessité et à leur contenu. Un tel engagement législatif tend à éliminer toutes les questions quant à l'adoption éventuelle d'un règlement; le débat porte plutôt sur le contenu et l'administration du règlement. De plus, le débat public et législatif entourant les règlements tend à être plus rigoureux aux États-Unis, où il joue un rôle critique au chapitre de la définition des questions, de l'information du public, de la mobilisation des intervenants et de l'établissement des intérêts et

---

d'organisation, de procédure ou de pratique. Ces exceptions mises à part, la plupart des règles obéissent aux procédures d'avis et d'appels de commentaires décrites ci-dessus. Ce qui intéresse particulièrement la négociation de règlement, cependant, c'est que de nombreuses règles sont contestées devant les tribunaux; par exemple, la *United States Environmental Protection Agency* (EPA) a vu plus de 80 p. 100 de ses règles ainsi contestées.

<sup>10</sup> Conversations avec M. Lee Doney, directeur général de la *B.C. Round Table*, le 13 avril 1993, et avec M. Mike Kelly, directeur général de la *Clean Air Strategy of Alberta* (CASA), tenue le 7 avril 1993. Fondamentalement, on entend par réglementation occulte le fait que le gouvernement consulte dans une mesure inconnue et, à partir d'informations inconnues, promulgue une règle sans en donner les justifications (nonobstant la présentation de résumés de l'étude d'impact de la réglementation). Voir les commentaires concernant ces résumés à la page 117, *infra*.

<sup>11</sup> Au Canada, la procédure conventionnelle de création de règlements suppose un stade de planification antérieur à la proposition (qui peut comprendre des consultations auprès d'autres ministères fédéraux et du grand public); la rédaction de la réglementation proposée et du résumé de l'étude d'impact de la réglementation connexe; la présentation de la réglementation proposée et de la documentation d'appoint au Secrétariat des affaires réglementaires (Conseil du Trésor); l'examen et l'approbation du résumé (et du plan de communication) par le Secrétariat des affaires réglementaires; l'examen et l'approbation de la réglementation par le Bureau du Conseil privé du ministère de la Justice; la présentation de la réglementation proposée et de la documentation d'appoint au ministre d'État (Privatisation et Affaires réglementaires) aux fins de l'approbation de la pré-publication par le Comité spécial du Conseil (CSC); la publication de la réglementation proposée et du résumé dans la *Gazette du Canada, Partie I*, dans le cadre du processus de consultation publique, suivie par la révision et la mise au point finale des textes de la réglementation proposée et du résumé, de manière à ce qu'ils reflètent les commentaires reçus; la présentation du texte final proposé de la réglementation et de la documentation d'appoint au ministre d'État (Privatisation et Affaires réglementaires) à des fins d'approbation finale par le Comité spécial du Conseil; l'inscription et la publication de la réglementation et du résumé dans la *Gazette du Canada, Partie II*; l'examen de la réglementation par le Comité mixte permanent d'examen de la réglementation; et enfin, une évaluation et un examen cycliques de tous les programmes de réglementation fédérale existants sous l'égide du Bureau du Contrôleur général.

<sup>12</sup> Il ne s'agit pas de nier que la consultation a été un principe défendu dans le cadre de la Stratégie de réforme de la réglementation. Cependant, comme Craven (1991), entre autres, le souligne, l'observation de ce principe est loin d'être assurée. Voir la partie qui porte sur la validité politique, *infra*.

des représentants qui pourraient participer au processus de négociation de règlements.

L'adoption d'une approche axée sur la collaboration en matière d'établissement de règles est peut-être moins impérative -- sur le plan législatif -- au Canada qu'aux États-Unis. De même, la motivation à cet égard peut être moindre en raison du plus petit nombre de conflits. Cependant, au Canada, les règlements suscitent, aux niveaux politiques, des dissensions suffisantes pour justifier la mise à l'essai d'une approche axée sur la négociation de règlements. En Colombie-Britannique, il est souhaitable qu'on évite le type d'établissement de règles marqué par la confrontation qui a donné lieu aux nombreux conflits qui ont ponctué l'histoire des États-Unis, et qu'on trouve une meilleure méthode d'élaboration de règlements et de normes applicables dans cette province.

Si, au Canada, l'utilisation de la négociation de règlements est peut-être moins impérative, sur le plan législatif, et que la motivation à cet égard est moins grande, en raison du plus petit nombre de conflits, les conclusions de la présente étude laissent entendre, comme le note également le rapport de la Colombie-Britannique, que la motivation politique est forte. De plus, le fait qu'il soit beaucoup plus difficile, au Canada, de contester et de réviser des règlements une fois qu'ils ont été adoptés a incité certaines personnes à conclure qu'il est encore plus important d'envisager la mise en place d'un processus consensuel en amont de la prise de décisions en matière de réglementation. Dans le cadre de la présente partie du rapport, ces écarts ne sont pas directement essentiels à une description des caractéristiques fondamentales du processus de négociation de règlements. La fin du présent chapitre vise à exposer, en termes conceptuels, une description de la négociation de règlements.

## 1.2 Qu'est-ce que la négociation de règlements?

La négociation de règlements est un processus en vertu duquel les parties particulièrement intéressées à une question de réglementation sont réunies pour élaborer une proposition de règlement. Le processus est né dans les années 1980, en tant que solution de rechange aux procédures conventionnelles d'élaboration de règlement. L'expression «négociation de règlements» (*Regulatory negotiation* ou *reg neg*) est née aux États-Unis. Plus récemment, on a utilisé l'expression «établissement de règle par négociation». Au Canada, on désigne parfois le processus comme l'élaboration de règlements par le truchement d'une prise de décisions consensuelles. Sur le plan de la terminologie, les écarts peuvent traduire certaines différences entre les droits administratifs américain et canadien et les diverses orientations prises en ce qui concerne les activités liées à la réglementation. Dans d'autres parties du présent rapport, on passe en revue ces écarts. Dans le présent rapport, nous utilisons l'expression «négociation de règlements», parce qu'elle a l'avantage d'être simple et connue de la plupart des lecteurs.

La négociation de règlements comporte quelques caractéristiques critiques :

- elle se produit «en amont» de l'élaboration de règlements;
- les intervenants se rencontrent face à face pour présenter leur position et entendre le point de vue de l'autre partie;
- en ce qui touche la rédaction finale des règlements proposés, les décisions sont prises par consensus; et
- dans la mesure du possible, les décisions auxquelles les négociations permettent d'arriver lient les parties.

### 1.2.1 La négociation de règlements se produit «en amont»

À l'origine de la négociation de règlements, on peut retrouver des intervenants du secteur privé pour qui la réglementation proposée revêt un intérêt particulier, ou l'autorité en matière de réglementation, même si la dernière éventualité est beaucoup plus fréquente. Le processus de négociation de règlements intervient avant que le ministère ou l'organisme<sup>13</sup> ne rédige le règlement. Elle vise à remplacer, là où il convient de le faire<sup>14</sup>, les procédures conventionnelles en vertu desquelles l'organisme chargé de la réglementation rédige le règlement avant d'en publier le contenu dans la *Gazette du Canada, Partie I*, ce qui tient lieu d'avis. L'organisme recueille ensuite les commentaires du public au sujet du règlement (dans la documentation américaine, c'est ce qu'on appelle le processus d'avis et d'appels de commentaires)<sup>15</sup>. Ainsi, la négociation de règlements a lieu avant que le ministère ou l'organisme s'engage plus ou moins en faveur d'un règlement particulier au stade de la rédaction<sup>16</sup>. Contrairement aux pratiques conventionnelles en matière de consultation, la négociation de règlements constitue non pas un moyen de recueillir des opinions au sujet du règlement proposé, puis de le réviser à la lumière de cette collecte d'information unilatérale, mais bien une procédure qui *précède* l'émission de l'avis et la présentation des commentaires du public au sujet du

---

<sup>13</sup> Il convient peut-être ici de dire un mot de la terminologie. Dans la documentation canadienne, on semble avoir adopté la convention suivante : le mot «organisme» désigne des conseils quasi indépendants ou des commissions administratives telles que le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), tandis que le mot «ministère» désigne les ministères gouvernementaux plus traditionnels. Dans la documentation américaine, il est toutefois difficile d'établir si cette distinction est maintenue. Dans la plupart des ouvrages, on utilise simplement le terme «organisme». Dans le présent rapport, on utilise simplement, dans de nombreux cas, le terme «organisme» pour éviter la lourdeur du doublet «ministère ou organisme». À cet égard, il est intéressant de noter que Northey (1991:175) affirme que les gouvernements ont créé des commissions administratives parce qu'ils pensaient que de telles commissions permettraient de démarquer la prise de décisions politiques de la prise de décisions spécialisées. Lorsqu'une décision était réputée exiger principalement des connaissances scientifiques, qu'elles aient trait aux sciences humaines ou aux sciences pures, il apparaissait plus approprié de déférer la question à une commission. Cependant, lorsqu'une décision supposait la mise en équilibre d'intérêts politiques, il semblait préférable d'en laisser la responsabilité au décideur politique. L'expérience a montré que là où on a utilisé la prise de décisions spécialisées dans le domaine politique, le phénomène du «détournement» d'organisme se produit. On parle de «détournement» d'organisme lorsqu'une commission établit des règlements non pas en fonction de l'intérêt du public, mais bien au profit des intérêts qui font l'objet de la réglementation. Cf. Salter 1982, qui affirme que la distinction entre la prise de décisions «spécialisées» et «politiques» est illusoire parce que, dans le contexte de la prise de décisions en matière de réglementation, les deux types de prise de décisions se produisent en même temps.

<sup>14</sup> Il est important de noter que la négociation de règlements est recommandée à titre de *complément* des méthodes conventionnelles à la disposition des organismes chargés de la réglementation, puisqu'il est admis que le processus de négociation ne se prête pas à toutes les situations.

<sup>15</sup> Voir la note 11.

<sup>16</sup> Voir Zoll 1988:10.



règlement proposé<sup>17</sup>. Le texte proposé du règlement est alors confié aux intervenants qui prennent part à la négociation (il se peut que l'autorité en matière de réglementation soit elle-même un intervenant) : elle n'est pas simplement la création du ministère ou de l'organisme chargé de la réglementation.

### 1.2.2 Réunion face-à-face des intervenants

La négociation de règlements mise à part, il existe peu de dispositions officielles obligeant les intervenants à se réunir et à rencontrer les autorités gouvernementales pour communiquer leurs points de vue respectifs, de manière à ce que chacun puisse réagir *directement* aux préoccupations et aux positions des autres, dans un effort visant à régler les différends ou à en tenir compte. En raison de la participation directe des intervenants, on considère que la négociation de règlements revêt des avantages par rapport à la consultation des groupes d'intérêt par les gouvernements, puisque ces consultations sont souvent inégales<sup>18</sup>. En outre, la consultation gouvernementale, quelque consciencieuse qu'elle soit, ne permet pas aux groupes d'intérêt de se confronter les uns aux autres ni d'échanger de l'information au sujet de leurs positions respectives. À cet égard, on a affirmé que la négociation de règlements est orientée vers la résolution de problèmes plutôt que mue par les programmes<sup>19</sup>.

Parce que, au cours des dernières décennies, la réglementation gouvernementale s'est grandement complexifiée, les besoins en matière de partage de l'information et de discussion des enjeux sont devenus de plus en plus grands. La négociation de règlements est considérée comme un nouveau moyen d'offrir une tribune où les intervenants peuvent présenter leurs positions et les arguments à l'appui de ces dernières, entendre les points de vue et les raisons d'autrui, passer en revue et classer les questions prioritaires et, enfin, en arriver, par le truchement d'un processus de compromis et d'échanges, à une décision mutuellement acceptable au sujet du texte du règlement proposé.

Ainsi qu'on y fait référence dans les parties qui suivent, la validité et l'efficacité de tels face-à-face dépendent de deux conditions : *tous* les intervenants principaux doivent être présents aux négociations<sup>20</sup> et l'examen et la négociation doivent porter sur un nombre suffisant d'enjeux. À l'occasion, il peut arriver que les parties, en raison d'une relation marquée par l'acrimonie entre deux d'entre elles ou plus, ne se rencontrent pas face-à-face. Leurs positions sont transmises par une tierce partie neutre, ou par un négociateur ou un facilitateur professionnel. On considère néanmoins qu'il s'agit d'une

---

<sup>17</sup> Sourcebook 1992:792 de la *Administrative Conference of the United States*. Une fois que le règlement a été rédigé par le comité de négociation, la procédure d'avis et d'appels de commentaires est alors suivie. Zoll (*ibid.*) fait remarquer que la négociation a souvent pour effet de réduire la quantité de commentaires reçus une fois l'avis émis, ainsi que le nombre de surprises de dernière minute.

<sup>18</sup> Par ironie, on a désigné la pratique habituelle sous le nom de «règle de Casablanca», qui consiste à réunir tous les suspects habituels. Craven (1990:265) fait remarquer que, trop souvent, une autorité a un groupe de «clients» établi -- sociétés, syndicats, groupes de pression, etc. - - qu'elle s'empresse de consulter. Le problème consiste à faire en sorte que la consultation aille au delà de ces groupes privilégiés pour s'étendre au grand public. Voir également la note 56.

<sup>19</sup> Conversation avec M. Glenn Sigurdson, le 6 avril 1993. On a également fait remarquer que l'une des fonctions de la collecte et du partage de l'information, contrairement -- si on se fie aux apparences -- aux pratiques gouvernementales actuelles, consiste, de plus, à informer les ministres des possibilités en matière de réglementation et aussi à informer le grand public (*voir* Hartle et Trebilcock 1982:677).

<sup>20</sup> Pour une analyse de la façon dont il convient de choisir les intervenants pertinents, voir la partie qui porte sur la participation du secteur privé, *infra*.

forme efficace de négociation<sup>21</sup>.

### 1.2.3 La prise de décisions consensuelles

L'un des aspects critiques de la négociation est que les décisions auxquelles on en arrive doivent faire l'objet d'un consensus<sup>22</sup>. D'entrée de jeu, tous les membres du groupe de négociation doivent s'entendre au sujet de la définition du mot «consensus». Harter (1986:58) souligne que la définition de consensus qui s'est révélée la plus pratique est que toutes les *parties intéressées* participant aux négociations sont d'accord avec le résultat, ou du moins ne s'y opposent pas. Selon Harter, cette définition a quelques conséquences importantes :

[Traduction]

Premièrement, les parties ne peuvent être défaites au moyen d'un vote; par conséquent, chacune préserve le pouvoir qu'elle détient. En ce qui a trait à la volonté de la plupart des parties de prendre part aux négociations de règlements, il s'est agi d'un point critique.

Deuxièmement, les parties sont alors contraintes de s'unir pour régler un problème mutuel -- à savoir l'élaboration d'une règle. Elles ne peuvent plus se comporter comme si elles faisaient partie d'un groupe d'intérêts disparates, et qu'il leur était possible d'inscrire leur dissidence à l'égard d'une disposition, puis rentrer chez elles et dire qu'elles se sont montrées intraitables. Tous les participants doivent plutôt établir si, dans l'ensemble, il vaut mieux accepter l'entente ou confier leur destin à une autre procédure. Troisièmement, il en ressort qu'un membre d'un groupe d'intérêt peut inscrire sa dissidence sans pour autant détruire le consensus, dans la mesure où l'ensemble d'un groupe d'intérêt donné est d'accord.

On doit distinguer le consensus de la «règle de la majorité»<sup>23</sup> : le consensus suppose l'unanimité. Comme le soulignent les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 2, 1991) : «[Traduction] En effet, chaque participant dispose d'un droit de veto, ou de la capacité d'empêcher qu'on parvienne à un résultat donné. Cet aspect de la négociation, qui est souvent perçu comme non pratique ou déraisonnable, est jugé essentiel au processus de manière à ce que tous les participants puissent exercer sur la décision une influence égale. Ainsi, les participants, plutôt que de se préoccuper du nombre de personnes qui sont de leur avis, sont incités à envisager les accommodements possibles, à rechercher des solutions qui correspondent aux intérêts des autres parties aussi bien qu'aux leurs, et à rechercher des solutions novatrices de manière à ce que le processus aboutisse»<sup>24</sup>. Dans un compte rendu de la prise de décisions consensuelles de

---

<sup>21</sup> Conversation avec le juge Barry Stewart, le 11 mai 1993.

<sup>22</sup> Voir Recommandation 82-4, 1 CFR § 305.82-4 dans le *Sourcebook* 1990:11-14 de la *Administrative Conference of the United States*.

<sup>23</sup> Le consensus équivaut habituellement à autre chose que la «règle de la majorité» à moins, bien entendu que le comité de négociation ne décide de le définir ainsi.

<sup>24</sup> Rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 1, 1991:2). Dans le rapport, on cite également Fraser (1991) à ce propos : «[Traduction] Pour certaines personnes, l'obtention d'un consensus constitue un moyen de permettre aux groupes de défense dont le pouvoir est plus restreint, par rapport aux groupes d'intérêts spéciaux puissants, de bénéficier d'une occasion équitable d'influencer les résultats. Pour

la Table ronde canadienne (1993:3), on lit ce qui suit :

Les participants aux processus consensuels élaborent ensemble une démarche maximisant leur capacité de résoudre les différends. Même s'ils ne sont pas d'accord avec tous les aspects de l'entente, le consensus survient quand ils sont prêts à accepter «l'ensemble» de ce qui est proposé.

Les processus consensuels encouragent la créativité et la novation dans la résolution des problèmes en faisant intervenir ensemble des sources diverses de compétence. Employés à bon escient, ces processus valent le temps et les efforts qu'on leur consacre, car ils génèrent des solutions créatives et durables.

Les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* signalent également que la prise de décisions consensuelles découlant d'une négociation se distingue de l'approche conventionnelle de la consultation publique dans la mesure où, trop souvent, de telles consultations ne se produisent qu'une fois les objectifs, les options et les choix déterminés par le gouvernement<sup>25</sup>.

On a observé que, à l'occasion, les participants ne parviennent pas à un consensus au sujet d'une règle proposée et que, dans une telle éventualité, ils devraient définir, dans le rapport présenté à l'organisme ou au ministère chargé de la réglementation, les secteurs qui ont fait l'objet d'une entente et ceux pour lesquels on n'a pu établir un consensus. On pourrait ainsi circonscrire les questions qui font l'objet du différend, établir l'information nécessaire à la résolution de celles-ci, classer les questions prioritaires et définir les solutions qui pourraient être acceptables<sup>26</sup>.

À cet égard, les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* de 1991 font remarquer que, comme tout autre processus, la prise de décisions consensuelles peut échouer (et, parfois, devrait échouer); dans un tel cas, les participants auront recours, pour prendre des décisions, aux solutions de rechange, y compris les tribunes administratives, juridiques et politiques. Comme on l'a laissé entendre plus tôt, une position de repli consiste souvent à laisser à l'autorité gouvernementale le soin de trancher. On affirme fréquemment que les parties devraient savoir, dès le début des négociations, ce que sera la position de repli (c'est-à-dire ce que le règlement proposé sera si on ne parvient pas à une entente consensuelle). Souvent, le fait de connaître la position de repli du gouvernement favorisera l'obtention d'un consensus, dans la mesure où les intervenants préfèrent trouver eux-mêmes une solution plutôt que se fier à d'autres moyens de résolution sur lesquels ils exercent une mainmise moins grande, ainsi qu'à un autre résultat<sup>27</sup>.

---

d'autres, la recherche de consensus est présentée comme une façon de faire en sorte que les ententes, une fois mises en place, peuvent résister à l'épreuve du temps.»

<sup>25</sup> *Ibid.* Comme on l'a mentionné plus tôt, c'est ce qu'on entend généralement par la prise de décisions mûre par les programmes.

<sup>26</sup> Recommandation 84-2 de la *U.S. Administrative Conference*, *loc. cit.*

<sup>27</sup> Voir la partie qui porte sur les meilleures solutions de rechange aux techniques de règlement de différend, *infra*.

#### 1.2.4 La décision prise devrait lier les parties

Si les participants ont peu de motifs de croire que leurs décisions seront entérinées, ils ne seront pas en mesure de négocier de bonne foi -- et ils risquent d'utiliser le processus à des fins ultérieures. Plutôt que de chercher à régler les problèmes et les désaccords, ils peuvent, par exemple, chercher à faire consigner officiellement leurs convictions profondes ou à gagner du temps. De la même façon, on doit être fermement convaincu que le consensus atteint sera respecté et mis en oeuvre<sup>28</sup>. Ce point a des répercussions sur les rôles et les responsabilités de tous les participants. À cet égard, on a souligné que les représentants des groupes d'intérêt, (y compris le ministère ou l'organisme) doivent occuper un rang assez élevé et disposer d'une autorité suffisante pour lier les organisations qu'ils représentent (Table ronde de l'Ontario, 1992a:8).

Les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a) recommandent que l'Ontario, pour réduire au minimum le rôle que joue le gouvernement au chapitre de l'exécution de la réglementation, devrait envisager la mise sur pied d'un programme d'établissement de règles par négociation analogue à celui qu'on retrouve aux États-Unis. En vertu de règlements établis par négociation, les parties privées concernées négocient les modalités d'un règlement avec le gouvernement, étant entendu que les parties à l'entente ne peuvent pas contester les modalités en vertu desquelles l'entente est mise en oeuvre, ni exercer des pressions contre elle.

De la même façon, les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 2, 1991:3) soulignent, dans une analyse des composantes clés d'un processus consensuel que le gouvernement doit s'engager à répondre de manière opportune au résultat du processus<sup>29</sup>. Les parties au processus doivent être raisonnablement convaincues, d'entrée de jeu, que l'entente a des chances raisonnables d'être mise en oeuvre<sup>30</sup>. Si le gouvernement n'est pas en mesure de donner suite à l'entente, il doit être tenu de se justifier aux parties en cause. (Si des représentants du gouvernement prennent part au processus, une telle éventualité semble peu probable)<sup>31</sup>.

Dans la partie du rapport de la Table ronde canadienne (1993:11) intitulée «Principes directeurs des processus consensuels», on lit également ce qui suit :

[Traduction]

*Principe n° 10* : Toute entente conclue au moyen d'un consensus doit s'assortir d'un engagement des parties à la mettre en oeuvre et à en surveiller efficacement l'application.

---

<sup>28</sup> Voir le rapport de la *B.C. Round Table* (volume 1, 1991:15) et Osherenko 1989:14, 16-18.

<sup>29</sup> Aux États-Unis, il est à noter qu'un tribunal a statué que l'entente obtenue liait les parties, l'organisme n'ayant pas répondu à l'entente proposée dans les 60 jours. *Sourcebook* 1990:32 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>30</sup> Quelques-uns des porte-parole interviewés dans le cadre de la présente étude ont souligné l'importance que revêt l'engagement de l'organisme.

<sup>31</sup> Harter (1986:58) formule à cet égard le commentaire suivant : «[Traduction] L'organisme accepte d'utiliser la proposition consensuelle en tant qu'avis de l'établissement de règles proposé, à moins que la question n'échappe au pouvoir de l'organisme ou que la proposition contienne des lacunes importantes. Cela devrait toutefois se produire rarement puisque, présument, le cadre supérieur de l'organisme a signé l'entente, et qu'il s'est acquitté de ses responsabilités en veillant à ce qu'aucun autre représentant concerné de l'organisme n'ait d'inquiétude au sujet de la proposition qu'on s'affairait à élaborer, avant qu'elle ne soit adoptée.»

Dès le départ, les parties doivent avoir la conviction que les ententes seront mises en oeuvre. Par conséquent, toutes les parties devraient discuter du processus et du traitement qui sera réservé aux résultats. Il est essentiel de dégager clairement un engagement à mettre ces derniers en oeuvre.

Le soutien et l'engagement, particulièrement ceux des organismes de régie responsables du suivi, sont critiques. Lorsque les décisions supposent la prise de mesures gouvernementales, la participation des autorités gouvernementales, dès le départ, est cruciale.

Pour surveiller la mise en oeuvre de l'entente et régler d'éventuels problèmes, des mécanismes postérieurs à celle-ci devraient être établis<sup>32</sup>.

Bien entendu, on reconnaît que les décisions auxquelles on est parvenu grâce à la collaboration ne peuvent être utilisées qu'à titre consultatif : elles ne remplacent pas les pouvoirs délégués dont jouit le ministère ou l'organisme chargé de la réglementation. Il incombe au gouvernement de veiller à ce que les recommandations soient conformes à la politique publique et aux lois. Néanmoins, on doit être fermement assuré que le gouvernement appuiera le règlement proposé, pour peu que les recommandations satisfassent à ces considérations<sup>33</sup>.

### 1.3 L'objet de la négociation de règlements

La négociation de règlements vise à donner aux parties que les répercussions du règlement proposé intéressent tout particulièrement la possibilité de participer à la formulation de celui-ci. Pour que leur participation soit significative, il est important que toute décision prise repose sur un consensus. Ainsi, on évite que les parties dont les moyens peuvent être plus grands n'écrasent les autres participants sous leur poids.

La participation des intervenants pertinents vise à produire, dit-on, de meilleurs règlements -- quant à la politique, à la procédure et au fond. En ce qui a trait à la valeur d'une telle stratégie sur le plan politique, on a souligné que la participation du public est

---

<sup>32</sup> Hoffman (1990:42), par exemple, fait référence au problème qu'a soulevé la négociation de la modification touchant le Système d'information sur les matières dangereuses utilisées au travail (SIMDUT) apportée à la *Loi sur les produits dangereux* qui, au stade de la mise en oeuvre, semble avoir causé certaines frustrations.

<sup>33</sup> Comme il en sera question ci-dessous, c'est l'une des raisons qui font qu'il est important qu'un représentant de l'organisme de réglementation participe aux négociations. Voici certains exemples d'ententes utilisées par les organismes :

La FAA émet la règle proposée telle que préparée par le comité, à moins que l'organisme n'estime qu'elle n'est pas conforme aux pouvoirs dont jouit l'organisme en vertu de la loi ni à d'autres exigences prescrites par la loi. Il en va de même si la règle n'a pas été correctement justifiée. Dans ce cas, l'organisme motiverait sa décision. Si l'organisme souhaite modifier la proposition négociée, il le fait de manière à ce que le public puisse distinguer les modifications apportées par l'organisme de la proposition initiale du groupe. L'organisme entend utiliser tout consensus justifié et conforme aux pouvoirs dont il jouit en vertu de la loi comme fondement de la proposition.

La [*Federal Trade Commission*] accepte, à moins de circonstances extraordinaires et sous réserve des exigences prescrites par la loi, d'incorporer dans un avis de règles proposées les recommandations auxquelles le comité est arrivé par voie de consensus. Il a donc entrepris de modifier la règle 703. (Voir le *Sourcebook* 1990:51 de l'*Administrative Conference of United States*.)

essentielle, au sein d'une société démocratique, au respect des idéaux de la démocratie et des droits des citoyens<sup>34</sup>. Les notions de justice y trouvent également leur compte. Le fait de permettre aux intervenants de participer à la base factuelle et normative sur laquelle repose la politique en matière de réglementation renforce le sentiment qu'ont ces derniers d'avoir été traités de manière équitable. Troisièmement, on affirme, en ce qui a trait à la valeur du processus quant au fond, que les décisions auxquelles on parvient de cette façon seront de meilleure qualité dans la mesure où elles auront été éclairées par un éventail plus large d'informations qui peuvent en outre être de meilleure qualité<sup>35</sup>.

La négociation de règlements est une procédure qui vise d'abord et avant tout à rédiger des règlements; toutefois, elle peut se révéler utile dans d'autres contextes, y compris l'élaboration de politiques, l'établissement de normes et la résolution de différends une fois la réglementation établie<sup>36</sup>. Néanmoins, la négociation de règlements demeure au premier chef un outil servant à la rédaction de règlements. À cet égard, il est intéressant de noter que, après les premières utilisations de la procédure aux États-Unis, l'*Administrative Conference of United States* (ACUS) a recommandé qu'on utilise plutôt l'expression «établissement de règles par négociation» pour bien montrer qu'il s'agit de la négociation de règles, et non pas d'autres utilisations de la négociation dans le cadre de l'élaboration de règlements<sup>37</sup>. Dans le présent rapport, toutefois, on a retenu l'expression «négociation de règlements» parce qu'il ne convient pas de s'identifier de trop près à l'application américaine<sup>38</sup>.

## 1.4 Avantages et inconvénients

### 1.4.1 Avantages

L'un des meilleurs résumés des mérites de la négociation de règlements figure dans le *Sourcebook on Negotiated Rulemaking* (1990:173) de l'*Administrative Conference of the United States* (ACUS) :

---

<sup>34</sup> Voir, par exemple, le *Code du citoyen : équité en matière de règlement* et, dans une moindre mesure, les principes directeurs des mesures prises en matière de réglementation que renferme la *Stratégie de réforme de la réglementation* (1987). Voir également Harter (1982:7) : «[Traduction] Un règlement conçu par les divers intérêts représentés et soutenu par eux bénéficie, sur le plan politique, d'une légitimité dont on pourrait soutenir qu'elle fait défaut aux règlements conçus de toute autre manière.» L'introduction d'un article de Jackman (1990), dans lequel l'auteur fait référence à un essai de Charles Taylor (1985), est aussi, dans ce contexte, particulièrement révélatrice : «[Traduction] Dans un essai pénétrant consacré aux sources de l'identité et de l'aliénation canadiennes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Charles Taylor décrit de la façon suivante deux nouveaux modèles de société contemporaine :

Dans un modèle, la dignité de la personne libre réside dans le fait qu'elle bénéficie de droits qu'elle peut exercer, au besoin, même à l'encontre du processus décisionnel collectif en vigueur dans la société, à l'encontre du voeu de la majorité, ou du consensus en vigueur. Dans l'autre modèle, sa liberté et son efficacité reposent sur sa capacité de participer au processus décisionnel de la majorité, sa voix étant entendue au moment de l'édification de la "volonté générale".»

Le modèle axé sur les droits a traditionnellement été associé aux États-Unis; le modèle axé sur la participation a été associé au Canada d'avant la *Charte*. Les deux modèles ne s'excluent toutefois pas mutuellement.

<sup>35</sup> Dans l'article de Jackman (1990:28-29), on indique que la participation à la prise de décisions est valable dans la mesure où elle rend la prise de décisions plus précise : on s'assure ainsi que le décideur est pleinement au fait du contexte entourant la décision et que tous les faits pertinents sont portés à son attention. En outre, cette participation favorise la responsabilité et va dans le sens du sentiment de justice, sur les plans subjectif et objectif. Elle est nécessaire à la sauvegarde de la dignité humaine et à la réalisation pleine et entière du potentiel de chacun. Dans la partie qui porte sur les décisions mieux étayées, *infra*, on trouvera une analyse plus poussée de la qualité des informations sous-tendant les décisions en matière de réglementation.

<sup>36</sup> Voir, au chapitre 3, la partie qui porte sur d'autres applications du processus de négociation de règlements, *infra*.

<sup>37</sup> Voir la note 1 de la Recommandation 85-5, 1 CFR § 305.85 du *Sourcebook* (1990:15) de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>38</sup> Par exemple, certains prétendent que, en matière de réglementation, le climat en vigueur au Canada est fort différent de celui qu'on retrouve aux États-Unis. Selon Kagan et Bardach (1982), par exemple, le style de règlement en vigueur aux États-Unis, axé sur la confrontation, entraîne, au sein du monde des affaires, une «valorisation organisée de la résistance».

[Traduction]

Dans le cadre de l'établissement de règles traditionnel, l'organisme, la communauté qui fait l'objet du règlement et le public consacrent beaucoup d'énergie, de temps et d'autres ressources à des activités unilatérales orientées vers la réalisation de buts divergents.

L'établissement de règles par négociation restructure le processus de manière à canaliser l'énergie et les ressources vers un mode de résolution de problèmes axé sur la coopération, pour qu'il en résulte une règle meilleure et plus acceptable. Les avantages à long terme que constitue la réduction des coûts de la conformité, une exécution plus facile, une plus grande satisfaction et de moins nombreux recours aux tribunaux valent bien -- et même davantage -- l'investissement que supposent la planification et la réalisation de la phase de négociation<sup>39</sup>.

En général, on considère que la négociation de règlements offre les avantages suivants<sup>40</sup> :

#### 1.4.1.1 Décisions mieux étayées -- règlements meilleurs

La négociation de règlements peut assurer aux organismes une meilleure compréhension des préoccupations des parties qui pourraient être touchées, de l'importance relative que revêtent pour eux les divers choix en matière de réglementation et des bases factuelles sous-tendant le règlement<sup>41</sup>. En ce qui touche l'analyse du processus décisionnel en matière de réglementation, la base factuelle sous-tendant les décisions prises en la matière revêt une importance particulière. En bref, la situation se présente ainsi : dans de nombreux secteurs il n'est plus juste de considérer les ministères des gouvernements comme des représentants d'un champ d'expertise capables d'établir une politique, en matière de réglementation, en fonction des informations techniques et scientifiques présentées par des parties intéressées, telles que l'industrie et les divisions internes qui s'occupent de la recherche. De nombreuses questions touchant la réglementation, ainsi qu'on l'exposera de manière plus poussée ci-dessous<sup>42</sup>, sont souvent trop complexes pour pouvoir être simplement résolues à l'aide des avis de spécialistes et des outils traditionnels offerts par les analyses coûts-avantages<sup>43</sup>. Dans le rapport de la

---

<sup>39</sup> Voir aussi la *B.C. Round Table* (volume 2, 1991:10, 29).

<sup>40</sup> Tandis que de nombreux avantages imputés à la négociation de règlements (voir, par exemple, Harter 1982:19ss) sont définis par rapport à l'«établissement de règles par jugement», ces avantages particuliers découlent de la nature même de la scène américaine de l'établissement de règles, qui se caractérise par de nombreux recours aux tribunaux. Dans la présente analyse, on porte une moins grande attention à ces avantages qu'à ceux qui s'appliquent plus directement à la situation en vigueur au Canada.

<sup>41</sup> Dans le rapport de la *B.C. Round Table*, volume 1 (1991:6), on note ce qui suit : «[Traduction] Les intervenants peuvent mettre leurs connaissances et leur expertise au service du processus décisionnel. Par rapport aux autres modes, la méthode consensuelle a ceci d'avantageux qu'elle suppose une meilleure créativité, des ressources accrues et la présentation d'un éventail plus large de solutions éventuelles.»

<sup>42</sup> Voir, au chapitre 3 la partie qui porte sur les raisons sous-jacentes de la négociation de règlements.

<sup>43</sup> Susskind et McMahon (*ibid.*) formulent le commentaire suivant : si tous les règlements reposaient sur une base factuelle clairement établie, les arguments en faveur de l'exercice des pouvoirs discrétionnaires de l'organisme seraient discutables. En matière de politique, les organismes doivent également faire des choix dans des contextes où tous les faits souhaités ne sont pas disponibles. Il arrive aussi que les «faits» disponibles soient contestés. Dans de tels cas, l'organisme exerce un pouvoir discrétionnaire considérable dans la mesure où il interprète des faits non uniformes, établit un équilibre entre des intérêts variés et souvent concurrents et, en bout de ligne, fait, en matière de politique, des choix subjectifs qui ont des ramifications sur les scènes économique et politique. Dans ce contexte, un organisme peut s'attendre à ce que presque

*British Columbia Round Table*, volume 1 (1991:7-8), on souligne ce qui suit :

[Traduction]

De nombreuses personnes croient que si on peut trouver la «bonne» réponse au plan technique, les différends peuvent être résolus.

Toutefois, il existe de nombreux exemples de situations où les spécialistes qualifiés divergent d'opinion quant aux faits. Dans bon nombre de ces situations, on tend à mettre l'accent sur la crédibilité des spécialistes et sur la légitimité de la science qu'ils représentent.

La question consiste alors à déterminer «à qui» les faits en questions sont imputables, et la tactique, à discréditer l'opposition.

Trop souvent, le désaccord véritable porte sur les questions qu'il convient de poser. Il est donc impossible de s'entendre sur les réponses. Il en résulte que les personnes les moins bien qualifiées pour porter un jugement spécialisé (par exemple, les administrateurs, les juges ou les politiciens) sont contraints de choisir entre des ensembles de faits.

Dans l'établissement de la base factuelle en vertu de laquelle des décisions difficiles sont prises, la négociation a un rôle pertinent à jouer. Il est possible de s'entendre sur les questions techniques et scientifiques qu'il importe de régler (c'est-à-dire les questions appropriées), les moyens qui permettront la détermination des faits et les spécialistes qui entreprendront la collecte et l'interprétation des données. Grâce à cette façon d'approcher les faits et la science, les questions qui se posent au sujet de «l'appartenance» des faits et de la science ne se posent plus. On parvient à des compromis non pas sur les questions, mais bien sur les réponses, et tous les participants ont également intérêt à ce que les meilleures solutions soient définies<sup>44</sup>.

De plus, on a observé que les parties, lorsqu'elles participent à des activités unilatérales conçues pour influencer le décideur (par exemple, le recours aux tribunaux, la consultation, les audiences publiques), sont plus susceptibles d'entreprendre des «recherches défensives» (Harter 1982:21) qui peuvent invalider les informations scientifiques et techniques présentées. En retour, il peut arriver que l'organisme se sente obligé de compiler un grand nombre de documents factuels pour contrecarrer d'autres propositions et faire valoir la sienne, malgré la valeur toute relative que pourra avoir cette information au regard de la prise de la décision ultime<sup>45</sup>.

---

toutes les règles qu'il élabore soulèvent une opposition. Tuohy (1982) souligne que la science n'est pas, à l'heure actuelle, en mesure d'évaluer sans ambiguïté l'importance des risques que représente un éventail de dangers éventuels. Elle affirme que les adjuvants hautement analytiques que constituent les analyses coûts-avantages et les procédures judiciaires peuvent, dans le domaine, faire une contribution utile mais limitée. Au mieux, ils devraient être utilisés comme complément d'un processus qui devrait reposer essentiellement sur la participation et la consultation.

<sup>44</sup> Voir aussi Marcus et coll. 1984:233.

<sup>45</sup> Evans et coll. (1989:240) rappellent les réactions au processus consultatif utilisé en vertu de la *Loi sur le transport des marchandises dangereuses* L.R.C. 1985, ch. T-19, au cours duquel une somme considérable de documents -- plus de 2 000 pages -- ont été générés par le gouvernement. Le président du comité des produits dangereux de l'Association canadienne du camionnage a commenté ainsi la situation : «[Traduction] Nous ne pouvons certes pas nous plaindre de l'importance de la consultation. À un certain moment, nous avons même soupçonné qu'il s'agissait d'une stratégie délibérée consistant à nous submerger de documents de manière à ce que nous cessions de les lire. (Cela a bien failli se produire.) Chaque fois que nous soulevons une préoccupation particulière, on l'écartait du revers de la main en disant : "La disposition est modifiée dans la prochaine version" (que nous n'avions pas encore reçue). De fait, la version suivante était différente. Toutefois, le problème était non pas résolu, mais seulement modifié. Il est pratiquement impossible de parvenir à un accord sans adopter, d'une façon ou d'une autre, un



Par contraste, la négociation de règlements peut permettre de contourner les recherches improductives et de mettre l'accent sur les questions qui intéressent directement les intervenants. À cet égard, on recommande fréquemment de donner aux participants l'accès à un ensemble de ressources communes qui, au besoin, peuvent servir à la réalisation de recherches neutres. Il incombe aux parties d'établir si l'information est nécessaire à la prise d'une décision raisonnablement éclairée. En outre, le ministère ou l'organisme, parce que la négociation permet aux parties de classer leurs préoccupations et de procéder à des compromis de manière à optimiser l'impact de leurs intérêts respectifs, est mieux informé de ce qui compte vraiment. Même si le comité de négociation ne parvient pas à un consensus, le ministère ou l'organisme n'est plus contraint d'essayer de deviner l'ordre de priorité et les véritables intérêts des intervenants. Il peut donc établir un règlement plus pratique et, souvent, de meilleure qualité<sup>46</sup>.

Parce que la négociation de règlements permet vraisemblablement, en ce qui touche l'information, de mieux étayer la prise de décisions et que les intervenants participent à un effort mutuel de résolution de problèmes, le processus laisse entrevoir, pour ce qui est du règlement proposé, la présentation de suggestions plus créatives et novatrices. Les parties à la négociation peuvent explorer ensemble des options et faire des compromis auxquels n'auraient peut-être pas donné lieu les méthodes conventionnelles d'établissement de règles<sup>47</sup>.

#### 1.4.1.2 Recours moins fréquents aux tribunaux, mise en oeuvre plus rapide et meilleure conformité

On a prédit et constaté que la négociation de règlements se traduirait par une plus grande satisfaction à l'égard des règlements négociés. Les règlements rédigés par les parties qui, en bout de ligne, seront régies par eux sont plus susceptibles d'être pratiques, et donc plus acceptables pour les personnes concernées. La négociation de règlements est vue comme un moyen d'élargir le sentiment d'appropriation dans le processus conduisant à la promulgation d'un règlement.

À cet égard, l'aspect significatif de la négociation de règlements est que les intervenants, parce qu'ils participent à l'élaboration du règlement, sont plus susceptibles de s'intéresser au résultat comme s'ils en avaient la propriété. Recours supplémentaire, le

---

point de départ commun. Qui pis est, les représentants de Transports Canada ont la merveilleuse capacité d'embrouiller les choses au moment même où ils les expliquent. Malgré des consultations considérables et une relation non marquée par la confrontation, nous n'avons pas le sentiment, à ce jour, d'avoir exercé une grande influence sur le Code. Peut-être d'autres groupes aux vues diamétralement opposées ont-ils la même impression. En raison de la complexité des dispositions législatives et du grand nombre de groupes d'intérêt, il convient à coup sûr d'améliorer la qualité des consultations. En particulier, on doit établir une procédure en vertu de laquelle les mérites respectifs des points de vue opposés peuvent être soupesés.»

<sup>46</sup> Harter (1982:30) donne un exemple : «[Traduction] Voici une illustration du processus qui consiste à faire des compromis : le bénéficiaire d'un règlement proposé soutient que la norme devrait être rigoureuse et obliger la société qui fait l'objet du règlement à s'y conformer à un stade précoce. Une société tenue d'observer la norme pourrait arguer que celle-ci devrait être clémente et s'assortir, aux fins de la conformité, d'un long délai. Confronté à une telle situation, un organisme peut choisir d'établir une norme laxiste en réponse aux prétentions de la société, qui invoque les fardeaux excessifs qu'il lui faudrait assumer, et exiger un délai court en réponse à la nécessité d'assurer une protection immédiate. Toutefois, il est possible que le résultat opposé satisfasse davantage les parties en cause. Une règle prévoyant un délai plus long pour la mise en oeuvre d'une norme plus rigoureuse pourrait profiter aux deux parties puisqu'un délai de mise en oeuvre plus court pourrait causer des perturbations qui effaceraient toute économie pouvant résulter de la réduction du niveau de réglementation.» M. David Evans, conseiller en affaires communautaires (également membre à temps partiel de la Commission ontarienne sur l'étude de l'environnement), dans une interview tenue le 9 avril 1993, a noté qu'il avait souvent, en tant que partie neutre, agi comme médiateur dans le cadre de négociations qui ont abouti à des normes supérieures à celles que l'organisme aurait établies.

<sup>47</sup> Voir, par exemple, Zoll 1988:399.

nombre de contestations devant les tribunaux diminue, ce qui permet une mise en oeuvre plus rapide du règlement et favorise une meilleure conformité<sup>48</sup>.

#### 1.4.1.3 Validité politique<sup>1</sup>

On a observé que le public est de plus en plus intéressé à prendre part aux décisions qui le concernent. Stewart note ce qui suit : «[Traduction] Les parties qui seront touchées par un ensemble de règlements devraient prendre une part plus grande à l'élaboration de ces règlements<sup>49</sup>.» Dans un même ordre d'idées, Jackman (1990:27) fait remarquer que, étant donné que la prise de décisions a été déléguée aux ministères gouvernementaux, aux organismes administratifs et à d'autres organismes quasi gouvernementaux, on ne peut plus se fier à la seule démocratie parlementaire pour assurer la participation ou le contrôle. La négociation de règlements a pour effet de donner voix au chapitre aux intervenants les plus touchés qui, en vertu des procédures normales, pourraient être relativement impuissants.

À l'occasion des discussions tenues au sujet de l'établissement de règles par des organismes de réglementation quasi indépendants (par exemple, le CRTC), les membres de la Commission de réforme du droit du Canada (1985:114-116) ont indiqué que ces organismes, en tant qu'organismes législatifs non élus jouissant, par rapport au Cabinet, d'une certaine indépendance, doivent, dans une certaine mesure, tenir compte des vues des publics constituants ainsi que de celles des institutions, des groupes et des particuliers dont les intérêts pourraient être touchés par leurs décisions. L'établissement de règles, des points de vue de l'organisation et de l'échéancier, devrait être tel que les valeurs de la prise de décisions raisonnée et d'un gouvernement axé sur la participation soient respectées. En ce qui a trait à l'établissement de règles, on devrait fournir, avant que l'organisme ne prenne des mesures à l'égard de cas précis, ou du moins en marge de l'activité de l'organisme, une tribune pour la participation du public. Ainsi, la Commission fait un certain nombre de recommandations visant à encourager la participation du public et la responsabilité des organismes.

La participation du public a en outre l'avantage d'accroître la responsabilité des organismes. Ainsi, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:16), par exemple, soulignent que le public veut connaître le processus au terme duquel le gouvernement est parvenu à la décision en question et jouer un rôle dans la prise de celle-ci. Grâce aux méthodes (solutions de rechange au règlement de conflits) consensuelles de résolution de différends et de prise de décisions, les autorités publiques et privées assument à l'égard des responsabilités qu'elles prennent une responsabilité plus grande. De la même façon, les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 2, 1991:1) font remarquer, dans le contexte de la prise de décisions dans le secteur environnemental, que les gens sont frustrés par la façon dont les décisions sont prises, en Colombie-Britannique, en ce qui touche les ressources environnementales et naturelles. Ils estiment également que le processus décisionnel dans son ensemble fait souvent fi de leurs besoins et de leurs valeurs.

---

<sup>48</sup> Voir le *Sourcebook* 1990:23, 27-46 de l'*Administrative Conference of the United States*; Table ronde de l'Ontario 1992:3-4.

<sup>49</sup> Dans Perritt 1987:612. Voir également Craven 1990:229ss.

Contrairement aux consultations ou aux audiences publiques, qui supposent également la participation du public, la négociation de règlements est considérée comme un meilleur moyen d'intégrer les vues des intervenants. À cet égard, Harter (1982:32-33) affirme ce qui suit :

[Traduction]

Même si ces réunions constituent clairement une forme de négociation entre la partie intéressée et l'organisme, la négociation est presque toujours séquentielle. Une partie parle à l'organisme, puis une autre, et encore une autre, et ainsi de suite. Telle *n'est pas* la forme de négociation examinée dans le cadre du présent article. Une telle négociation suppose plutôt que les parties intéressées s'assoient à la même table et discutent ensemble des questions...

La négociation séquentielle est sensiblement différente du processus de négociation dans la mesure où une telle négociation n'est qu'une forme de la procédure contradictoire elle-même : chaque partie tente d'influencer favorablement le décideur. En fait, l'objet même des discussions séquentielles consiste à persuader le décideur de se montrer sympathique aux vues du groupe. Les parties concurrentes ne se réunissent pas pour élaborer un compromis. En outre, l'organisme demeure clairement souverain et maintient qu'il lui appartient de prendre une décision. Les groupes d'intérêt négocient non pas en tant que parties prenantes à la décision ultime, mais bien en tant que suppliants. (L'italique fait partie du texte initial.)

En ce qui a trait aux consultations, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:7-8) font remarquer que les organismes gouvernementaux ont maintenant l'obligation d'effectuer des consultations auprès du public, mais que, en vertu de leur mandat, leur obligation s'arrête là. Les pouvoirs discrétionnaires dont jouit le décideur demeurent intacts, si bien que le public ignore dans quelle mesure ses vues ont été prises en considération (il s'agit du processus «occulte» évoqué plus tôt<sup>50</sup>). En outre, les auteurs du rapport de l'Ontario signalent que la consultation ne se prête pas aux conflits réels dans le cadre desquels les parties cherchent à protéger des droits et des intérêts qui peuvent ne pas être clairement définis.

De la même façon, les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 2, 1991:8) mentionnent que les consultations menées auprès des intervenants sont habituellement ponctuelles et officieuses; en outre, elles n'obéiraient pas à une exigence juridique ou administrative. Elles seraient plutôt laissées à la discrétion des

---

<sup>50</sup> Evans et coll. (1989:240) formulent le commentaire suivant au sujet du processus consultatif touchant le transport des produits dangereux, évoqué ci-dessus : «[Traduction] Cette expérience montre le soin qu'on doit accorder à la conception des procédures liées à l'établissement de règlements de manière à ce qu'il s'agisse d'expériences utiles pour les participants, sans toutefois qu'elles prennent l'allure de procès. En même temps, la consultation peut devenir frustrante si l'on ne s'entend pas quant à la façon dont les autres participants et l'organisme lui-même répondent aux commentaires. On doit mettre au point un mécanisme conçu pour donner aux participants l'assurance que leurs présentations ont certaines répercussions identifiables, même si le texte législatif final sera fondé non pas sur le poids des témoignages consignés, mais bien sur une évaluation de l'ensemble de la situation.»

organismes<sup>51</sup>. Les auteurs du rapport ajoutent qu'il est de plus en plus évident que la participation des intervenants à la formulation des règlements constitue un élément essentiel à l'obtention du soutien et de la coopération qu'exige leur mise en oeuvre efficace<sup>52</sup>.

Sur le plan politique, les mérites de la négociation de règlements ne profitent pas qu'au public : les organismes de réglementation en bénéficient également. Une décision négociée avec l'ensemble des intervenants confère aux cadres supérieurs chargés de la réglementation un mandat politique relatif aux décisions qu'ils prennent. Comme Harter (1982:7) le souligne, un règlement conçu et soutenu par les divers intérêts représentés jouit, sur le plan politique, d'une légitimité qui, pourrait-on dire, fait défaut aux règlements obtenus au terme de tout autre processus<sup>53</sup>. En outre, le gouvernement, si les parties à la négociation ne peuvent parvenir à une entente, bénéficie, à l'égard de l'établissement du règlement, d'un mandat plus fort<sup>54</sup>. Enfin, la négociation met un terme aux allégations de «détournement» d'organismes, qui ne sont pas rares<sup>55</sup>.

#### 1.4.1.4 Relations davantage axées sur la coopération

On a constaté que la négociation de règlements se traduisait souvent par de meilleures relations entre des intérêts traditionnellement opposés ainsi qu'entre le secteur privé et le ministère ou l'organisme chargé de la réglementation. Par exemple, l'*Environmental Protection Agency* (EPA) des États-Unis souligne que le processus favorise l'échange d'information et la compréhension des enjeux. Les intervenants découvrent le point de vue d'autrui. Il en résulte que les participants affirment soutenir et apprécier le processus parce qu'il leur donne une occasion unique de dialoguer directement avec les décideurs de l'organisme, d'entendre les préoccupations des autres parties et d'expliquer les leurs, ainsi que de présenter des données et des arguments avant que la proposition de l'organisme ne polarise les groupes d'intérêt<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Evans et coll. (1989:245) décrivent un cas récent survenu en Angleterre qui illustre de manière spectaculaire la transformation possible de promesses politiques en droits reconnus par la loi.

<sup>52</sup> Voir aussi le rapport de la Table ronde canadienne (1993:5). Les porte-parole interviewés en vue de la préparation du présent rapport ont signalé que les groupes d'intérêt ne veulent plus se contenter d'être consultés; ils veulent prendre part à la prise de décisions. Pour une analyse antérieure des avantages et des inconvénients de la consultation, voir l'examen que font Evans et coll. (1989:230ss) des recommandations du Conseil économique du Canada et du Comité mixte permanent des règlements et autres textes réglementaires du gouvernement fédéral (troisième et quatrième rapports).

<sup>53</sup> Également, conversation avec M. Glenn Sigurdson, le 7 avril 1993.

<sup>54</sup> Conversation avec M. Glenn Sigurdson, le 7 avril 1993.

<sup>55</sup> Par exemple, Northey (1991:177), lorsqu'il discute de l'utilisation du mot «organismes» qui serait préférable à celle du mot «ministères» (voir la note 13) en ce qui touche le contrôle dans le domaine environnemental, indique que des organismes comme le CRTC, par exemple, ne semblent pas avoir été «détournés», même s'ils existent depuis plusieurs années. Par contre, les ministres canadiens, traditionnellement, ont réduit la portée du contrôle environnemental, qui prend la forme de négociations privées avec l'industrie. Cette alliance a souvent exclu le public de manière explicite. De plus, les problèmes que pose actuellement la supervision ministérielle sont bureaucratiques, et non simplement politiques. L'expérience montre que l'absence, au Canada, d'organismes administratifs fédéraux chargés de l'environnement (comme l'*Environmental Protection Agency* des États-Unis) s'explique peut-être par les intérêts bureaucratiques propres. Les bureaucraties soutiennent le contrôle ministériel de préférence à celui des organismes : le contrôle ministériel maintient les pouvoirs bureaucratiques. Le scepticisme que suscitent les bureaucraties n'est pas simplement de nature spéculative. Les intérêts bureaucratiques ont déjà influencé de nombreuses décisions relatives à la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement* (LCPE), et il n'y a aucune raison de penser que leur influence diminuera à cet égard. Voir également Salter 1982; Stanbury et Thompson 1982; Conseil économique du Canada 1982; Tuohy 1982; et Jackman 1990.

<sup>56</sup> *Sourcebook* 1990:33 de l'*Administrative Conference of the United States*. Harter (1982:28) cite à ce sujet les commentaires de Dunlop : «[Traduction] La négociation de règlements est un mécanisme qui permet d'accommoder des intérêts divergents. Dans la prise de décisions par voie de jugement ou de consultation, les intérêts opposés plaident leur cause devant le gouvernement sans se parler directement. Les discussions et les négociations directes entre points de vue opposés, là où un terrain d'entente mutuel est réciproquement souhaitable -- comme dans la

Même si on a fait remarquer que certaines personnes étaient séduites par l'idée de la négociation parce qu'elle semble permettre d'éviter la confrontation, les praticiens aguerris signalent que les négociations peuvent parfois se révéler des plus conflictuelles -- en fait, elles devraient l'être, tout au moins au début, pour que les émotions et les conflits sous-jacents soient révélés au grand jour<sup>57</sup>. Toutefois, l'avantage de la négociation de règlements est qu'elle fournit aux participants une tribune qui leur permet d'aller au delà des confrontations initiales en vue de la résolution de problèmes. Les participants sont encouragés à acquérir des aptitudes qui visent à éliminer les positions antagonistes. Dans certains cas, on va même jusqu'à leur assurer une formation à cet égard<sup>58</sup>.

#### 1.4.1.5 Économie de temps, d'argent et d'effort

Par économie de temps, d'argent et d'effort, on doit comprendre que, à long terme, on assistera vraisemblablement à une réduction des dépenses imputables aux ressources en question. Sur les plans du temps et des ressources, certaines négociations peuvent se révéler très exigeantes. Néanmoins, on affirme que, dans l'ensemble, une telle approche -- parce qu'elle permet de produire des règlements qui sont moins fréquemment violés ou contestés -- se traduit, en bout de ligne, par une économie de temps, d'argent et d'effort<sup>59</sup>. Parce que la négociation de règlements peut se traduire par une réduction du nombre de recours subséquents aux tribunaux, les parties qui font l'objet du règlement connaissent d'avance les répercussions qu'il aura sur elles. Cette connaissance leur permet de prévoir les dépenses en immobilisations et les modifications de la production auxquelles elles devront faire face plus tôt que si elles sont confrontées à des années d'appels et de litiges ainsi qu'à un résultat incertain. Le public bénéficie également d'une promulgation plus rapide des règlements.

De plus, le processus permet également, dans de nombreuses applications, d'économiser des ressources d'entrée de jeu<sup>60</sup>, parce que les intervenants prennent part à la résolution mutuelle de problèmes plutôt que d'entreprendre des activités unilatérales qui sont souvent orientées vers l'établissement de positions, et non vers la recherche de solutions. Par exemple, Harter (1982:28) note que la négociation, parce qu'elle rend

---

négociation collective --, forcent les parties à classer leurs demandes par ordre de priorité et à procéder à des échanges, ce qui les incite à trouver un terrain d'entente. Les valeurs, les perceptions et les besoins de chacun deviennent évidents, et il en résulte indirectement une certaine dose de compréhension mutuelle.» Voir également Thomas 1987.

<sup>57</sup> Conversations avec M. David Evans (*supra*, note 46) et M. Glenn Sigurdson. M. Evans souligne, au passage, que les Canadiens tentent d'éviter les conflits, ce qui peut se révéler néfaste à la négociation, dans la mesure où la capacité des participants d'en venir aux problèmes sous-jacents peut s'en trouver réduite. Lorsque l'on a senti que les négociations étaient marquées par une bonne part d'acrimonie, les médias, soulignent-ils, ont eu tendance à verser dans le sensationnalisme, ce qui nuit également au processus. Plus loin dans le présent rapport, on aborde le rôle des médias.

<sup>58</sup> Voir, au chapitre 2, la partie qui porte sur les négociations (stade 3) et, au chapitre 3, celle qui porte sur la formation.

<sup>59</sup> Voir, par exemple, le rapport de la *B.C. Round Table* (volume 2, 1991:5) : «[Traduction] Le temps, les sommes et les efforts consacrés en amont du processus décisionnel peuvent être plus que compensés par les ressources et les relations que la réduction du nombre de contestations et décisions permet de sauvegarder, ainsi que par une acceptation et une observation plus grandes de ces décisions.» Voir également Marcus et coll. 1984:233; Table ronde de l'Ontario 1992a:1; *B.C. Round Table* (volume 2, 1991:10); Harter 1986:53; et *Sourcebook* 1990:50 de *l'Administrative Conference of the United States*.

<sup>60</sup> Même si, dans le cadre des recherches qui ont présidé à l'élaboration du présent rapport, on n'a pu mettre la main sur des documents (s'il en existe) qui traitent de la situation en vigueur au Canada, on affirme, dans des rapports américains, par exemple celui de Susskind et McMahon (1985:133-4), que toutes les parties engagées dans un processus conventionnel d'établissement de règles se plaignent du temps et des dépenses que supposent la création et la mise en oeuvre de règlements. Les entreprises affirment que les délais sont coûteux et qu'ils augmentent l'incertitude qui entoure les décisions à prendre en matière d'investissement. Les groupes de défense se plaignent que les recours aux tribunaux retardent la mise en oeuvre des règles importantes. Chaque partie tend à penser que l'organisme favorise l'autre.

moins nécessaire la réalisation de recherches défensives, peut constituer un mode de prise de décisions moins onéreux.

#### 1.4.2 Inconvénients et préoccupations

La négociation de règlements aurait divers inconvénients. Les réserves et les critiques varient, mais toutes ont trait aux préoccupations générales que suscitent l'utilité et la pertinence éventuelles du processus. On a regroupé les inconvénients dans quelques grandes catégories.

##### 1.4.2.1 Préoccupations et coûts des organismes

À court terme, la négociation de règlements exige beaucoup de ressources, de la part du ministère ou de l'organisme et des autres participants. Même si, à long terme, des économies substantielles peuvent être réalisées, la concentration de ressources, à court terme, peut se révéler considérable : les coûts que suppose la présence d'un organisateur ou d'un médiateur; la compression de l'horaire relatif à l'élaboration du règlement, qui peut obliger l'organisme à affecter du personnel et des ressources techniques (souvent acquises par l'entremise de marchés de services) durant une période plus courte que celle que supposent les procédures ordinaires non liées à la négociation de règlements; et, enfin, l'affectation d'un cadre supérieur à la table de négociation<sup>61</sup>.

Lorsque la négociation de règlements est utilisée, on a également observé que l'horaire de l'organisme ou du ministère chargé de la réglementation, au chapitre de l'examen interne, est également comprimé. Les représentants ou les gestionnaires intéressés aux questions qui font l'objet de la réglementation doivent répondre de manière opportune, ce qui fait peser des pressions additionnelles sur leur temps et leurs ressources. Comme le souligne Zoll (1988:11), ces pressions peuvent obliger les ministères ou les organismes à rationaliser leurs procédures normales en matière de communication et de prise de décisions. En ce qui a trait à la disponibilité de connaissances techniques et scientifiques spécialisées (abordée plus en détail ci-dessous), on a également mentionné que la négociation de règlements n'aide normalement pas le ministère ou l'organisme à réduire les activités de collecte et d'analyse de données antérieures à la rédaction, étant donné qu'il ne peut pas compter que les autres participants fourniront les données voulues, particulièrement dans les domaines liés aux risques pour la santé et pour l'environnement<sup>62</sup>.

Harter (1982:111-112) souligne que la plus grande préoccupation que soulève la négociation de règlements a trait à la procédure : la négociation de règlements donnera-t-elle des résultats, ou s'agira-t-il simplement d'un nouvel échelon ajouté à un processus qui s'éternise déjà? Ici, les préoccupations ont trait aux faits suivants : le recours à un

---

<sup>61</sup> Par exemple, l'évaluation du processus faite par l'*Environmental Protection Agency* des États-Unis n'a pas permis de déterminer si, au chapitre des ressources de l'EPA, des économies nettes avaient pu être réalisées. Généralement, il semble que les coûts antérieurs à la proposition n'ont connu qu'une diminution faible, voire nulle. Cependant, si les recours aux tribunaux sont évités et que la conformité est grande, toutes les parties peuvent réaliser des économies importantes (*Sourcebook* 1990:32 de l'*Administrative Conference of the United States*).

<sup>62</sup> *Sourcebook* 1990:30 de l'*Administrative Conference of the United States*. Voir, cependant, la note 45.

organisateur aura-t-il pour effet d'obliger un organisme de plus à prendre part au processus d'élaboration de règlements, compte tenu des délais et de la confusion que risque de créer la coordination entre cet organisme et l'organisme de réglementation; l'organisme peut se montrer réticent à l'idée de perdre sa mainmise sur le processus; l'organisme peut estimer être en meilleure posture pour rassembler les négociateurs; le processus qui consiste à rassembler le groupe peut lui-même donner lieu à des retards et à des tracasseries bureaucratiques; l'identification des parties compétentes ainsi que l'exclusion de celles qui ne sont qu'indirectement touchées peuvent se révéler difficiles; les parties elles-mêmes peuvent avoir de la difficulté à choisir des représentants; des querelles peuvent survenir quant la décision de recourir au processus de négociation ou aux personnes appelées à y participer; le processus peut ne pas avoir pour effet de réduire le temps et les ressources nécessaires à la prise d'une décision; les parties peuvent ne pas être en mesure de parvenir à une décision; l'organisme peut rejeter l'offre et effectuer des modifications fondamentales, ou repartir de zéro; enfin, les tribunaux peuvent annuler les règlements parce que certaines parties n'ont pas été incluses ou que l'on a omis de recueillir des données factuelles suffisantes.

Harter reconnaît que ces préoccupations sont légitimes parce que la quasi-totalité d'entre elles pourraient avoir un effet nuisible sur la viabilité du processus de négociation de règlements. Cependant, il souligne qu'on peut réduire l'importance qu'il convient d'accorder à chacun de ces points si le processus est abordé avec soin. À l'analyse, affirme-t-il, ces craintes semblent exagérées. Dans des parties ultérieures du présent rapport, on aborde l'application soignée de la négociation de règlements.

#### 1.4.2.2 Préoccupations des organisations non gouvernementales (intervenants)

Certaines organisations non gouvernementales (ONG) parties au processus, tels que les groupes d'intérêt public, peuvent être contraintes d'affecter au processus plus de personnel et de ressources qu'elles le font habituellement en ce qui touche les examens et les commentaires antérieurs et postérieurs à une proposition. Leur capacité de financer ces ressources peut être limitée, ce qui en retour peut nuire à leur capacité de siéger sur un pied d'égalité à la table de négociation<sup>63</sup>.

Le fait de créer et de maintenir une structure de base, pour des parties largement dispersées dont les intérêts sont les mêmes, peut également poser d'importants problèmes logistiques et financiers. L'établissement d'une solidarité suppose des compétences, du temps et de l'argent -- toutes choses qui peuvent ne pas être immédiatement disponibles. Lorsque la question de la réglementation met en cause des intérêts largement «disséminés», la faisabilité du processus de négociation de règlements peut être mise en péril; il se peut également qu'on y recoure de façon prématurée, le résultat étant que les négociations ne reflètent pas véritablement les intérêts du public; ou encore, le processus peut être retardé, ce qui entraîne une réduction de l'engagement des autres parties ou contrecarre de façon marquée l'adoption de règlements urgents<sup>64</sup>.

Thomas (1987) signale que certaines structures de base -- particulièrement les groupes d'intérêt public -- doivent disposer d'un bagage complet de ressources, non

---

<sup>63</sup> Voir *B.C. Round Table* (volume 2, 1991:10).

<sup>64</sup> Voir, par exemple, Hartle et Trebilcock 1982:659 et Perritt 1986:1642 et 1987:625.

seulement les ressources qui permettent d'assister et de participer aux négociations, mais aussi les ressources techniques pouvant leur permettre de venir à la table avec des compétences comparables à celles d'autres intervenants, par exemple l'industrie. Du point de vue de l'accès aux connaissances spécialisées, il affirme que les groupes sans but lucratif peuvent être parmi les plus désavantagés, dans la mesure où leur personnel compte peu de spécialistes des domaines techniques, contrairement à la situation qu'on observe souvent au sein de l'industrie.

Préoccupation connexe: certains groupes d'intérêt risquent d'être submergés en raison du trop grand nombre de négociations qui ont lieu en même temps; si de tels groupes peuvent être en mesure de participer efficacement à une ou deux négociations, leurs ressources peuvent ne pas leur permettre de prendre part à une profusion de processus du genre<sup>65</sup>.

Par ailleurs, on a constaté que certains groupes d'intérêt (par exemple, les organismes environnementaux non gouvernementaux, connus également sous le nom de «OENG»), ont montré qu'ils étaient en mesure de se présenter à la table en tant que négociateurs adroits et dotés de connaissances techniques égales<sup>66</sup>. Pour rétablir l'équilibre en ce qui concerne les connaissances techniques et scientifiques, on a suggéré que les comités de négociation aient accès à un bassin de ressources commun (créé pour chacun des comités chargés de la négociation de règlements) permettant de faire appel aux experts-conseils pertinents<sup>67</sup>. Cette solution, si elle met fin au problème de l'accès égal aux connaissances spécialisées, introduit un nouveau problème de financement : qui financera le bassin de ressources<sup>68</sup>?

#### 1.4.2.3 Attitudes et problèmes éventuels

Pour être couronnée de succès, la négociation de règlements doit également venir à bout des attitudes négatives injustifiées qui peuvent se manifester chez les parties gouvernementales et non gouvernementales. De nombreuses personnes ont des réserves à l'égard de la notion de «négociation». Les groupes d'intérêt public, par exemple, s'inquiètent à l'idée de «pactiser avec l'ennemi» -- de faire des compromis, ou d'être *perçus* comme faisant des compromis (au sens le plus négatif du mot), à l'égard des positions qu'ils défendent à la table de négociation<sup>69</sup>.

D'autres intervenants font également état de préoccupations. Par exemple, dans leur évaluation de l'établissement de règles par négociation, les représentants de l'EPA américains ont souligné que les personnes interviewées au sujet de la négociation de règlements affirment que les pressions exercées en vue de l'obtention d'un consensus

---

<sup>65</sup> Voir, par exemple, le rapport de la *B.C. Round Table* (volume 2, 1991:6) et la conversation avec M. Jim Martin, directeur, Secrétariat des affaires réglementaires, Conseil du Trésor, le 8 avril 1993.

<sup>66</sup> Dans un cas, les représentants de l'industrie se sont plaints de ne pas pouvoir égaler les ressources des groupes environnementalistes. Conversation avec M<sup>me</sup> Wendy Frances, le 7 avril 1993.

<sup>67</sup> Voir l'évaluation faite par l'EPA de l'établissement de règles par négociation dans le *Sourcebook* 1990:30-31 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>68</sup> Une analyse détaillée de la question du financement figure plus loin dans le présent rapport.

<sup>69</sup> Dans les négociations canadiennes, on a observé l'émergence de certains de ces problèmes. Conversation avec M. Bill Diepeveen, *Alberta Environmental Protection Agency*, le 7 avril 1993.



rendent de nombreuses personnes mal à l'aise; certains se sont dits inquiets du fait que les négociations pourraient se traduire par des règlements plus faibles, tandis que d'autres, adoptant le point de vue opposé, craignent d'être forcés de faire des concessions et d'accepter des restrictions auxquelles ils s'opposeraient dans le cas d'un processus conventionnel d'établissement de règles. Certaines des personnes interviewées se sont dites préoccupées par le temps qu'exige la mise au point de certains types de règlements (par exemple, ceux qui supposent des décisions de vie ou de mort), tandis que d'autres craignent de ne pas disposer de suffisamment de temps pour pouvoir participer aux négociations. Finalement, quelques-uns se sont demandé quel rôle l'*Office of Management and Budget* (OMB) jouait dans l'établissement de règles par négociation et comment l'EPA interagissait avec l'OMB; ils espéraient que les consultations entre l'EPA et l'OMB se poursuivaient<sup>70</sup>.

Dans le contexte canadien, le dernier point soulève également une préoccupation, puisque le ministre responsable et le Secrétariat des affaires réglementaires du Conseil du Trésor doivent autoriser toute proposition de règlement<sup>71</sup>. Les participants éventuels s'inquiètent du fait qu'on pourrait ne pas tenir compte de leurs efforts. Cette préoccupation est particulièrement grande, les ministères étant souvent «menacés» par le processus de négociation de règlements. Les gestionnaires hiérarchiques du gouvernement craignent que leur pouvoir et leur responsabilité ne soient battus en brèche par le processus. Les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 2, 1991:5-6) discutent de cette érosion perçue de l'autorité gouvernementale :

[Traduction]

Lorsque, dans les domaines de la politique publique, on a recours aux processus consensuels, on s'inquiète du fait que le mandat du gouvernement puisse être compromis et que, parce qu'ils collaborent avec les intervenants, les représentants du gouvernement se résignent à accepter les résultats du processus consensuel et ce faisant, ils «renonceraient» à leur pouvoir discrétionnaire ou perdraient l'impartialité dont ils doivent faire preuve en tant que décideurs. En ce sens, un processus consensuel peut être perçu comme une abdication de la responsabilité gouvernementale.

Dans ce contexte, on doit clarifier le rôle des processus consensuels à l'intérieur du système de régie ainsi que le rôle que le gouvernement est appelé à y jouer.

Premièrement, la méthode axée sur la collaboration ne devrait pas viser à réduire le pouvoir discrétionnaire officiel. Plutôt, elle devrait contribuer, en ce qui touche les problèmes épineux qui se posent, à la recherche de solutions qui satisfassent les parties directement touchées. À ce titre, le processus devrait être perçu comme un moyen de confirmer la volonté des structures d'établir

---

<sup>70</sup> À l'égard de tout règlement proposé, l'*Office of Management and Budget* dispose d'un droit de veto. Voir, au chapitre 3 la partie qui porte sur la participation des organismes.

<sup>71</sup> Voir, par exemple, Hoffman 1990:81.

des assises solides à partir desquelles des décisions peuvent être prises<sup>72</sup>.

Deuxièmement, le rôle premier du gouvernement, dans le cadre du processus, devrait constituer à représenter le point de vue provincial (ou fédéral) large ou l'intérêt public (par exemple, en ce qui touche les questions de compressions budgétaires ou un contexte général de planification provinciale), et à veiller à ce que le processus et sa conclusion respectent les exigences imposées par la loi et les politiques publiques. La participation gouvernementale devrait également viser à ce que les résultats du processus ne réservent aucune surprise aux décideurs, facteur qui facilitera grandement la mise en oeuvre des résultats.

Troisièmement, le décideur ultime (par exemple, un gestionnaire, un directeur ou un ministre) ne participerait pas directement au processus consensuel. Des membres du personnel autres que le décideur seraient chargés de présenter le point de vue du gouvernement et la politique publique dans le cadre du processus lui-même. La responsabilité de la supervision du processus incomberait normalement à une tierce partie neutre<sup>73</sup>.

Finalement, toute entente qui est le fruit d'un effort axé sur la collaboration devrait être de nature consultative. Les représentants du gouvernement cherchent à obtenir des orientations à l'aide de consensus à l'égard des solutions les plus souhaitables; en bout de ligne, il leur incombe toujours de veiller à ce que les mesures proposées soient conformes aux lois et à la politique publique. En retour, les parties au processus peuvent raisonnablement s'attendre à ce que toute entente qui respecte les exigences prescrites par la loi et les règlements soit considérée favorablement par les décideurs gouvernementaux. Dans ces circonstances, si les décideurs estiment que l'entente ne peut être approuvée et mise en oeuvre, ils devraient être tenus de faire connaître les raisons de leurs décisions<sup>74</sup>.

De la même façon, Harter (1982:64) formule le commentaire suivant :

---

<sup>72</sup> Voir dans la partie ci-dessus consacrée à la validité politique, les commentaires concernant le mandat politique qu'il convient de confier aux représentants du gouvernement.

<sup>73</sup> À cet égard, on devrait noter que les intérêts du gouvernement ne seront correctement représentés à l'occasion des négociations que si tous les intérêts éventuels du gouvernement sont représentés horizontalement, c'est-à-dire en relation avec tous les ministères chargés de la réglementation qui peuvent être touchés par le règlement proposé, et verticalement, c'est-à-dire en relation avec les intérêts des gouvernements fédéral et provinciaux, ou qu'à défaut de représentation véritable, des consultations ministérielles adéquates soient tenues. Voir, par exemple, Breger 1988:112.

<sup>74</sup> Les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:9) soulignent que les participants éventuels pourraient être dissuadés de participer aux négociations s'ils n'ont aucune assurance que les compromis obtenus de haute lutte seront respectés. Voir dans le présent rapport, *infra*, l'analyse qui porte sur le fait que les décisions devraient lier les parties. Comme on l'a mentionné plus tôt, les porte-parole interviewés dans le cadre de la préparation de la présente étude ont maintes fois souligné l'importance que revêt l'engagement des organismes à l'égard du processus et des ententes auxquelles le processus de négociation de règlements permet de parvenir.

[Traduction]

Le concept d'organisme souverain soulève un problème troublant. Si on considère l'organisme comme le décideur, il serait illégitime pour celui-ci de négocier avec les parties intéressées. Selon ce point de vue, l'organisme peut chercher à obtenir une participation large du public au processus d'établissement de règles en communiquant avec des intérêts privés avant de proposer une règle et en annonçant l'élaboration d'une règle pour permettre aux parties intéressées de soumettre des documents à l'examen de l'organisme. Mais l'organisme ne devrait pas compromettre l'exercice de son jugement spécialisé, neutre et détaché en entretenant trop de liens avec les parties.

En ce qui a trait à la négociation de règlements, cependant, les préoccupations au sujet du concept d'organisme souverain sont déplacées. D'abord et avant tout, l'organisme lui-même ne serait pas lié par la position adoptée par son représentant dans le cadre des négociations, pas plus qu'une structure de base ne serait irrévocablement liée par la position prise par son représentant. Les cadres supérieurs de l'organisme continueraient plutôt d'examiner la proposition pour déterminer si elle reflète suffisamment les politiques de l'organisme pour être publiée à titre de règle proposée. Les représentants de l'organisme qui, en matière de réglementation, disposent de l'autorité finale évalueraient la proposition comme ils le font quotidiennement en vertu du processus actuel. Dans le cadre du processus conventionnel d'établissement de règles, les membres du personnel élaborent un règlement proposé, souvent après avoir consulté les parties intéressées. Les membres du personnel le présentent alors aux cadres supérieurs en tant que règlement proposé, à des fins d'examen et d'approbation. Le processus qui consiste à négocier une règle proposée aurait donc pour effet de rendre plus explicite et plus efficient un processus qui se produit régulièrement en vertu de l'établissement de règles actuel.

Un autre problème éventuel a trait à la question de savoir comment les parties siégeant à la table de négociation pourraient être mises à l'abri des critiques que la structure de base qu'elles représentent pourrait formuler à leur endroit, ainsi que des poursuites judiciaires qu'elle pourrait intenter contre elles<sup>75</sup>. À cet égard, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:9) observent ce qui suit :

[Traduction]

Contrairement à la situation en vigueur dans les procédures judiciaires, où la responsabilité ou les recours éventuels font partie des solutions juridiques connues, les compensations, dans les processus de résolutions consensuelles, demeurent indéfinies.

---

<sup>75</sup> Voir, par exemple, Perritt 1986:1639. M. Lee Doney, directeur général de la *B.C. Round Table*, a souligné, dans une conversation, que ce problème était particulièrement délicat pour les négociateurs des organismes.

Même si les parties sont libres d'établir une valeur mutuellement acceptable à l'égard des intérêts en jeu, l'absence de lignes directrices fixes peut laisser les parties dans l'incertitude quant au genre de négociations qu'elles devraient accepter. Cela est particulièrement vrai dans les contextes de l'environnement et de l'économie, où les différends qui opposent les parties sont souvent réglés au moyen non pas de compensations financières, mais bien de règlements -- des limites étant imposées au permis d'exploitation d'une richesse naturelle que détient une partie, ou des limites étant imposées à la liberté d'une partie d'aménager des propriétés privées. Les parties peuvent se demander si les compromis qu'elles ont faits à l'égard des questions en litige «valaient» autant que les concessions faites par l'autre partie.

Toutefois, on a laissé entendre que les représentants à la table devraient, pour prévenir les problèmes de cette nature, suivre une procédure consistant «à négocier et à ratifier, à négocier et à ratifier» sans cesse avec la structure de base qu'ils représentent, à mesure que la négociation progresse<sup>76</sup>.

#### 1.4.2.4 L'intérêt public

En plus des préoccupations énoncées ci-dessus au sujet de la diminution de l'autorité gouvernementale, on s'inquiète de la capacité du processus de négociation de règlements de représenter l'intérêt public. À ce sujet, l'un des plus puissants arguments a été présenté par Funk (1987) dans son analyse des négociations à propos des émissions des poêles à bois aux États-Unis. Funk soutient que le processus de négociation de règlements a tendance à occulter, sinon à pervertir, l'intérêt public au profit des intérêts privés. Il soutient que le processus de négociation de règlements va directement à l'encontre du rôle que joue l'organisme au chapitre de la défense de l'intérêt public en ravalant l'organisme au rang de simple participant à la formulation de la règle et, ensuite, en niant que la responsabilité de l'organisme va au delà de la mise en oeuvre du consensus auquel le groupe est parvenu. En outre, il affirme que les règles découlant de ce type de négociation trouvent leur légitimité dans l'entente conclue entre les parties plutôt que dans une détermination obéissant à la loi de l'intérêt public, c'est-à-dire que cette négociation substitue une solution de droit privé à une solution de droit public. En d'autres termes, si les parties sont satisfaites de l'entente, il importe peu que la règle soit rationnelle ou licite<sup>77</sup>.

Funk affirme qu'on aurait tort d'établir une équation entre la satisfaction des parties et l'équité et la sagesse de la règle. Tout en reconnaissant qu'une décision est plus susceptible d'aller dans le sens de l'intérêt public si toutes les parties sont présentes à la table de négociation, il souligne qu'il y a des limites pratiques et théoriques quant au

---

<sup>76</sup> Conversation avec le juge Barry Stewart, le 11 mai 1993. Les commentaires reçus par d'autres personnes interviewées dans le cadre de la présente étude vont dans le même sens. Voir également, la section 3.5 dans la partie qui porte sur le financement.

<sup>77</sup> Voir, cependant, l'analyse que fait Salter (1982:507-8) de trois interprétations de la notion d'«intérêt public». Selon elle, Funk adopte ici une interprétation «rationaliste» de l'intérêt public, qui n'est qu'une façon de concevoir cette notion -- c'est-à-dire qu'elle est fondamentalement synonyme de droits procéduraux. Pour d'autres (qu'elle désigne sous le nom d'«auteurs classiques»), l'intérêt public est composite; pour d'autres encore (qu'elle désigne sous le nom d'«auteurs critiques»), l'intérêt public est ce qui émerge du débat au sujet de l'«intérêt public» lui-même.

nombre d'intérêts qui peuvent être représentés et à la qualité de la représentation dont chacun peut bénéficier<sup>78</sup>. En bref, Funk soutient que la négociation de règlements altère fondamentalement la dynamique de l'établissement de règles traditionnel qui passe ainsi de la recherche de l'intérêt public, aussi imparfaite soit-elle, à la recherche d'un consensus entre des parties privées représentant des intérêts particuliers. Compte tenu de cette perception du processus, il importe, affirme-t-il, de déterminer avec grand soin quels règlements peuvent être établis au moyen de ce type de négociation.

D'autres, cependant, ne sont pas si pessimistes quant à la capacité de la négociation de règlements de représenter l'intérêt public. Hoffman (1990:66ss), par exemple, souligne que les solutions de rechange au règlement de conflits telles que la négociation de règlements s'assortissent de moyens qui permettent d'assurer la protection de l'intérêt public : choix approprié des cas; garanties sur le plan de la procédure; maintien du contrôle gouvernemental à l'égard de l'acceptabilité d'une entente; divulgation publique des ententes; et, enfin, maintien du droit de recourir aux tribunaux si une entente juste et équitable n'est pas conclue. Il se réfère à une affirmation faite par Marshall J. Breger, président de l'*Administrative Conference of the United States* (1988) devant le *Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations* des États-Unis : «[Traduction] Par définition, les solutions consensuelles sont celles auxquelles les membres du public ont participé et au sujet desquelles ils se sont entendus. Beaucoup mieux que les solutions imposées par des organismes gouvernementaux, les solutions trouvées au moyen de méthodes de rechange au règlement de conflits seront soutenues et comprises. En outre, elles répondront aux besoins réels des organismes et des parties concernées.»

#### 1.4.2.5 Motivations et manipulations

Une dernière préoccupation a trait à ce qui peut motiver les parties à participer à la négociation de règlements. Dans certaines circonstances, on note que l'industrie a un véritable intérêt à retarder aussi longtemps que possible la promulgation d'un règlement : particulièrement si les coûts de la conformité à un règlement éventuel sont élevés. Latin (1985:1294), par exemple, soutient que le remplacement d'une approche directe en matière de réglementation par une approche axée sur le consensus aurait pour effet d'accroître le pouvoir de levier dont jouit l'industrie, ce qui irait donc à l'encontre de la préférence du gouvernement, qui souhaite pouvoir imposer promptement des normes conçues, par exemple, pour assurer la prévention des blessures.

On note également que l'industrie peut considérer la négociation de règlements comme un moyen attrayant d'obtenir des normes et des règlements moins rigoureux. Par conséquent, des groupes d'intérêt public tels que les OENG (organismes environnementaux non gouvernementaux), par exemple, seront donc fortement incités à freiner le processus d'établissement de règles par négociation. Aux États-Unis, où les recours devant les tribunaux -- qui s'assortissent de la présentation d'informations techniques par le truchement des procédures contradictoires de communication et

---

<sup>78</sup> Il convient ici de noter que les dispositions de la *Federal Advisory Committee Act* (FACA) des États-Unis exigent une représentation équilibrée. Dans la partie du présent rapport qui porte sur les fondements législatifs de la négociation de règlements, *infra*, ce point vaut d'être souligné.

d'interrogatoire préalables -- sont une stratégie à laquelle les groupes environnementalistes ont fréquemment recours (au Canada aussi, mais à un degré moindre), l'utilisation de la négociation de règlements peut être perçue comme une diminution des pouvoirs de levier dont jouissent ces groupes, qui peuvent craindre d'assister à l'effritement de leurs moyens déjà limités<sup>79</sup>. Latin indique que les organismes environnementaux ne veulent pas que des décisions soient prises à leur propre profit. En matière de réglementation, ils veulent que les décisions prises renforcent les buts environnementaux qu'ils se sont fixés. Lorsque le statu quo va dans le sens de leur position, les mesures dilatoires sont l'une des armes les plus puissantes à leur disposition. Dans ces circonstances, il peut être irréaliste d'espérer qu'ils renonceront à leurs pouvoirs de levier et qu'ils se présenteront de leur propre initiative à la table de négociation.

En bref, les critiques tel que Latin laissent entendre ceci : «[Traduction] Si des intervenants importants jugent qu'il vaut mieux pour eux adopter une position extrême, ou retarder ou remettre une participation sérieuse jusqu'à ce que des procédures officielles soient en cours, l'établissement de règles par négociation ne fonctionnera pas.»

De plus, on se demande si, au terme des négociations, les parties recourent aux options auxquelles elles avaient renoncé dans un premier temps (par exemple, le recours aux tribunaux, le lobbying, la publicité dans les médias), dans l'hypothèse où elles estimerait pouvoir obtenir, de cette façon, de meilleurs résultats. De la même façon, Latin fait remarquer qu'il n'y a aucune raison de douter que les participants, tant et aussi longtemps que des intérêts majeurs sont en jeu et que les buts des principaux intervenants sont incompatibles -- caractéristiques courantes de nombre de différends de ce genre --, manipulerait les négociations et recourrait, après les négociations, à d'autres solutions chaque fois qu'un tel comportement pourrait se révéler avantageux sur le plan privé.

Essentiellement, les situations et les motifs éventuels décrits ci-dessus fournissent des interprétations possibles à ce qu'on a appelé les meilleures solutions de rechange à une entente négociée offertes aux parties. Comme on l'exposera plus loin dans le présent rapport, on entend par «meilleures solutions de rechange à une entente négociée» le fait que les parties, tant et aussi longtemps qu'elles considèrent que d'autres stratégies pourraient mieux leur permettre d'atteindre les buts qu'elles se sont fixés, sont peu susceptibles de négocier ou de négocier de bonne foi. Deux recommandations sont nées de la description ci-dessus de l'analyse que les groupes d'intérêt peuvent faire de leurs options : premièrement, les parties à la négociation devraient s'engager, dans l'entente conclue, à en respecter les modalités (dans le cas de l'EPA, cet engagement figure dans le document de signature préparé à la fin des négociations); et, deuxièmement, il importe, lorsqu'on songe à recourir à la négociation de règlements, de tenir compte de la pertinence de la méthode dans un contexte donné, ce qui fait précisément l'objet de la première partie du chapitre suivant.

---

<sup>79</sup> Perritt (1986:1641) mentionne que les groupes d'intérêts, tels que les groupes de défense et les syndicats, préfèrent parfois les recours aux tribunaux en raison de la plus grande publicité qu'ils supposent, particulièrement lorsqu'ils sont associés à une victoire spectaculaire. En effet, ces recours tendent à favoriser les levées de fonds et d'autres facettes du soutien offert par les membres. Voir également Menkel-Meadow 1984.

## 2.0 LES PROCÉDURES LIÉES À LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS

La Table ronde canadienne a élaboré, aux fins des processus consensuels, dix principes directeurs. Même si on reconnaît qu'aucune approche ne pourra s'appliquer à toutes les situations, on a constaté qu'il existe certaines caractéristiques essentielles aux consensus :

**Principe n° 1 -- L'objet**

*Il faut un motif pour participer au processus consensuel.*

**Principe n° 2 -- Non-exclusion**

*Tous les principaux intéressés par une question devraient prendre part au processus consensuel.*

**Principe n° 3 -- Participation volontaire**

*Les parties touchées doivent participer au processus consensuel volontairement.*

**Principe n° 4 -- Conception par les participants**

*Les parties conçoivent elles-mêmes le processus consensuel.*

**Principe n° 5 -- Égalité**

*Tous doivent avoir un accès égal aux données et participer d'égal à égal au processus.*

**Principe n° 6 -- Respect d'intérêts divergents**

*Il est essentiel d'accepter les valeurs, les connaissances et les intérêts divergents des parties.*

**Principe n° 7 -- Souplesse**

*La souplesse doit faire partie du processus.*

**Principe n° 8 -- Imputabilité**

*Les parties sont imputables envers ceux qu'elles représentent.*

**Principe n° 9 -- Calendriers**

*Des emplois du temps réalistes sont nécessaires, tout au long du processus.*

**Principe n° 10 -- Mise en oeuvre**

*Les engagements de mise en oeuvre et de surveillance efficace font partie des ententes.*

Pour décrire le processus de négociation de règlements, quatre stades ont été définis. Le premier stade consiste à décider d'explorer la faisabilité et la pertinence du recours à la négociation de règlements. Le ministère ou l'organisme chargé de la réglementation s'acquitte normalement de cette tâche, qui suppose l'examen des critères qui ont été établis pour guider l'utilisation adéquate de la négociation de règlements. Le second stade est ce que Susskind et McMahon (1985:150) ont appelé le «stade de la pré-négociation». Le troisième stade a trait aux négociations elles-mêmes. Suit enfin le stade final, celui de la post-négociation.

## 2.1 Stade 1 : quand doit-on utiliser la négociation de règlements -- les critères

### 2.1.1 Objet du stade 1

Essentiellement, le stade 1 prévoit une analyse des circonstances entourant la négociation de règlements. Pour déterminer s'il existe, dès le départ, des raisons qui excluraient automatiquement le recours à la négociation de règlements, c'est là la première étape à franchir. Il incombe d'abord au ministère ou à l'organisme de s'acquitter de cette tâche pour établir ses propres intentions en la matière et la réaction probable d'autres intervenants, ainsi que pour procéder à une évaluation préliminaire visant à établir si le règlement proposé se prête à la négociation. À cet égard, on a évoqué, en ce qui a trait au résultat probable de la négociation de règlements, l'intégration d'un «travail diagnostique» critique<sup>80</sup>. Dans le rapport de la Table ronde canadienne (1993:12-13), on résume les questions qui devraient être posées avant que ne soit prise la décision d'aller de l'avant :

[Traduction]

1. Y a-t-il des questions qui doivent être traitées?
2. Y a-t-il des questions qui, en ce moment, peuvent être traitées?
3. Les questions sont-elles négociables?
4. Les principaux intérêts peuvent-ils être définis?
5. Y a-t-il des personnes qui peuvent représenter ces intérêts?
6. En vue de la conclusion d'une entente, des échéanciers significatifs peuvent-ils être établis?
7. Y a-t-il des facteurs susceptibles d'inciter les parties à conclure une entente? Quelles seraient les conséquences négatives d'un échec des négociations?
8. Les décideurs qui devront donner suite aux résultats du processus acceptent-ils d'y participer et de mettre en oeuvre une éventuelle entente?
9. Un processus viable peut-il être structuré? Ou existe-t-il un autre processus décisionnel qui permettrait de mieux résoudre ces questions?
10. Y a-t-il des problèmes préliminaires à régler avant que le processus ne débute (par exemple, des négociations préliminaires visant la participation de certaines personnes)?
11. Y a-t-il des activités parallèles et concurrentes qui doivent être prises en considération (par exemple, une action en justice dont on attend le résultat)?

---

<sup>80</sup> Conversation avec M. Chris Kirtz de l'EPA.



## 2.1.2 Les critères

Étant donné l'expérience américaine de la négociation de règlements, les critères qui devraient être utilisés pour établir si une telle méthode d'établissement de règles devrait être utilisée dans une situation donnée ont fait l'objet de réflexions considérables. Les recommandations 82-4 et 85-5 de l'ACUS sont les deux principaux documents qui décrivent les critères à utiliser pour guider le recours à la négociation de règlements<sup>81</sup>. Ces critères visent à définir les situations dans lesquelles la négociation de règlements est le plus susceptible de donner de bons résultats. Toutefois, il importe de se rappeler que ces recommandations ne visent qu'à donner une orientation et qu'elles devraient être taillées sur mesure en fonction des applications précises : elles ne fournissent qu'un cadre conceptuel. Essentiellement, les critères renferment les points suivants.

### 2.1.2.1 Objet

Dans le paragraphe 6 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on souligne que l'objet du règlement proposé devrait, bien entendu, relever de la compétence de l'autorité en matière de réglementation. De plus, on recommande qu'il soit clairement établi que la règle, en l'absence d'un consensus, sera élaborée et établie par l'autorité en question. Avant les négociations, le résultat devrait toutefois être véritablement ouvert, c'est-à-dire qu'aucun des intérêts représentés ne devrait être fort (à la table ou par le truchement de l'influence politique) au point où le résultat est prévu d'avance. Dans le rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 1, 1991:15), on fait remarquer que les participants doivent percevoir, avant de s'engager dans un processus visant l'établissement d'un consensus, qu'un différend existe, et avoir le sentiment que les processus décisionnels existants ne permettent pas de le traiter de manière différente. Bien entendu, cela suppose que l'organisme ou le ministère chargé de la réglementation est d'accord pour s'engager à accepter la règle négociée. Comme on l'a mentionné au chapitre 1, l'engagement d'un organisme en faveur d'un règlement négocié (pour peu qu'il soit conforme aux dispositions législatives pertinentes) est essentiel au succès du processus puisque, sans cette assurance, on ne peut s'attendre à ce que les parties négocient de bonne foi ni à ce qu'elles s'investissent à fond dans le processus. De la même façon, l'organisme ou le ministère doit examiner l'objet de la négociation pour établir s'il est disposé à contracter un engagement de ce genre<sup>82</sup>.

### 2.1.2.2 Questions en cause

On recommande que le nombre de questions connexes à résoudre soit limité -- mais qu'il soit suffisant pour permettre de définir des questions prioritaires et de trouver des compromis<sup>83</sup>. En outre, les questions en jeu doivent être «mûres» ou arrivées à

---

<sup>81</sup> Ces recommandations sont reproduites intégralement à l'Annexe B.

<sup>82</sup> Dans leur évaluation du processus de négociation de règlements, les représentants de l'EPA ont conclu qu'il importe de déterminer si les répercussions des questions à résoudre, sur le plan politique, sont plus ou moins limitées du point de vue des programmes, c'est-à-dire qu'il faut s'assurer que l'établissement de règles n'aura pas pour effet de créer des précédents qui lieront des secteurs de programme non visés par les négociations. *Sourcebook* 1990:34-35 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>83</sup> En Colombie-Britannique, une négociation de règlements portant sur les effluents de dioxine des usines de pâte à papier a, par exemple, connu l'échec principalement parce que le nombre de questions en jeu était insuffisant. Conversation avec M. Lee Doney, directeur général de la

maturité, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir fait l'objet de débats politiques suffisants pour que les groupes intéressés aux questions puissent être identifiés, et leur position et force relative, évaluées<sup>84</sup>. La «maturité des questions», note-t-on, fait en sorte qu'un éventail de solutions de rechange a été soumis à l'examen.

On a également laissé entendre que les questions ne devraient comprendre aucun élément qui obligerait les participants à compromettre leurs valeurs fondamentales, ou qui mettrait en cause des questions de politique nationale controversées ou complexes, déformées ou assujetties au sensationnalisme des médias. Il convient toutefois de noter que ce conseil soulève certains désaccords<sup>85</sup>. Lorsque des questions scientifiques ou techniques complexes doivent être résolues, les données nécessaires devraient être facilement accessibles<sup>86</sup>. Enfin, on recommande que les recours aux tribunaux, le cas échéant, soient analysés. On établira de la sorte si ceux-ci risquent d'affecter la volonté ou la capacité des participants de participer à une véritable négociation. En effet, des procédures judiciaires risquent d'infléchir la volonté des parties d'accepter un résultat négocié qui pourrait se révéler préjudiciable à leur cause devant les tribunaux.

### 2.1.2.3 Échéancier

Pour favoriser l'efficacité et prévenir les tactiques dilatoires, on devrait prévoir un échéancier à la négociation de règlements. Toutefois, on doit veiller à ce que le délai établi pour les négociations soit suffisant. Entre les réunions de négociation, on doit accorder le temps voulu pour permettre aux participants de digérer l'information reçue et d'y réfléchir, de se parler officieusement entre eux (s'ils le souhaitent), de mener des consultations auprès de la structure de base qu'ils représentent et de se préparer en vue des réunions à venir. Selon l'évaluation que l'EPA fait des établissements de règles par négociation auxquels il a participé, l'intervalle entre les réunions devrait être d'environ quatre semaines<sup>87</sup>. En raison de leur caractère urgent, certains règlements peuvent ne pas se prêter à la négociation.

### 2.1.2.4 Intérêts

Dans l'alinéa 4c) de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on laisse entendre que les intérêts les plus touchés devraient être tels que des personnes représentant

---

*B.C. Round Table*, le 13 avril 1993.

<sup>84</sup> Perritt 1986:1640.

<sup>85</sup> Voir Susskind et McMahon 1985:710; alinéa 4b) de la recommandation 82-4 de l'ACUS; *Sourcebook* 1990:34, 38 de l'*Administrative Conference of the United States*. Rubin (1988), par exemple, dans ses propos au sujet des négociations internationales, fait remarquer que la notion de «règlement de différend» (suivant le concept de «solution de rechange au règlement de conflits») peut mettre trop l'accent sur la résolution de conflits, tandis que, dans de nombreux cas, il suffit de conclure une entente en vertu de laquelle les parties, malgré le conflit sous-jacent, se comporteront d'une manière convenue réciproquement. Marcus et coll. (1984:234) affirment, à la lumière de leur analyse de l'utilisation de la négociation de règlements par la *Nuclear Regulatory Commission* que, si une question est considérée comme non négociable par au moins une des parties, s'il est impossible de faire abstraction de questions qui font appel à de nombreuses valeurs et (ou) si la distinction entre les questions techniques et les questions politiques plus larges n'est pas claire, les méthodes actuelles de négociation (c'est-à-dire les négociations unilatérales) risquent d'aboutir à une impasse. De même, la nécessité des négociations risque d'être très grande, et les avantages éventuels des négociations, plus marqués.

<sup>86</sup> Les représentants de l'EPA font remarquer que, même si la négociation de règlements permet d'obtenir des données, elle ne constitue pas le seul moyen, ni nécessairement le meilleur moyen, d'en recueillir.

<sup>87</sup> *Sourcebook* 1990:35 de l'*Administrative Conference of the United States*.

adéquatement ces intérêts puissent être choisis. Les intérêts devraient être limités. En gros, on peut dire que les négociations ne devraient pas mettre en cause plus de 15 participants<sup>88</sup>. Dans l'alinéa 4e), on affirme de plus qu'aucun intérêt particulier ne devrait être en mesure de dominer les négociations. Dans le cadre des négociations, le représentant de l'organisme ne sera pas réputé posséder un tel pouvoir du seul fait que l'organisme possède le pouvoir ultime de promulguer la règle finale.

Les parties représentant les intérêts concernés devraient accepter volontairement de négocier de bonne foi, et l'organisme de réglementation devrait accepter volontairement d'avoir recours au processus et d'y participer. De même, l'organisme lui-même doit accepter volontairement de négocier, et les cadres supérieurs autorisés à représenter les vues de l'organisme ou du ministère doivent se voir confier la responsabilité de représenter l'organisme à la table de négociation et être choisis en conséquence<sup>89</sup>. Pour que la négociation de règlements soit couronnée de succès, tous les intervenants devraient considérer que la négociation est dans leur intérêt. Comme les auteurs du rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 1, 1991:15) le laissent entendre, tous les intérêts concernés doivent avoir en commun une insatisfaction à l'égard de la situation présente; dans le cas contraire, au moins l'une d'entre elles ne sera pas résolue à trouver une solution conjointe et pourra tenter de nuire au processus par son indifférence. Et qui plus est, chaque intervenant doit privilégier la résolution par consensus à tous les autres moyens possibles de parvenir à une solution<sup>90</sup>.

## 2.2 Stade 2 : la pré-mise en oeuvre

Une fois qu'on a établi que la question de réglementation à traiter pouvait se prêter à la négociation de règlements, il est nécessaire de réaliser une analyse plus exhaustive et de préparer l'étape des négociations. Dans la documentation américaine, on a laissé entendre que la responsabilité de cette étape devrait être confiée à un organisateur<sup>91</sup>. Ainsi, l'EPA, par exemple, a défini deux phases relevant du stade de la pré-mise en oeuvre, soit les phases d'organisation 1 et 2.

Dans la documentation portant sur la négociation, on a maintes fois souligné que le stade de la pré-mise en oeuvre est l'un des plus critiques. C'est à ce stade que l'on établit les premiers contacts avec les négociateurs éventuels, et la nature de ce contact

---

<sup>88</sup> Toutefois, il est à noter que d'autres ont affirmé que la limite de 15 participants n'est pas nécessaire; il est possible en recourant à des groupes de travail et à des caucus, d'intégrer un plus grand nombre d'intérêts. Voir la note 98.

<sup>89</sup> Selon le *Sourcebook* (1990:38-39) de l'*Administrative Conference of the United States*, l'expérience montre de manière plutôt spectaculaire que tout organisme peut trouver des façons créatives de saboter un processus qui lui déplaît. L'organisme doit estimer que les discussions directes constituent un moyen approprié d'élaborer sa proposition. En outre, un cadre supérieur, généralement celui qui serait chargé de l'élaboration d'une règle provisoire à l'intérieur de l'organisme, devrait participer aux négociations en tant que membre à part entière, de manière à ce que les vues de l'organisme puissent être intégrées aux délibérations et que l'organisme se sente concerné.

<sup>90</sup> Voir, au chapitre 3, la partie qui porte sur les meilleures solutions de rechange à une entente négociée.

<sup>91</sup> Dans le paragraphe 3 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on affirme ce qui suit : «[Traduction] Dans les mesures législatives autorisant la négociation de règlements, le Congrès devrait autoriser les organismes à désigner un «organisateur» chargé de préparer les négociations entourant une affaire particulière. Ce dernier devrait être un particulier, un organisme gouvernemental ou privé, neutre en ce qui touche les questions de politique liées à la réglementation qui font l'objet d'un examen. Si l'organisme choisit un de ses employés, la personne en question ne devrait être associée ni à l'établissement de règles ni au personnel chargé de l'exécution de la loi. L'organisateur devrait être chargé de : (i) conseiller l'organisme quant à savoir si, à l'égard d'une affaire donnée, la négociation de règlements est faisable et si elle est susceptible de permettre une exécution plus juste et plus efficiente du programme de l'organisme en matière de réglementation et (ii) déterminer, en consultation avec l'organisme, qui devrait prendre part aux négociations.»

peut donner le ton au reste du processus<sup>92</sup>. À ce stade, les aptitudes et les compétences de l'organisateur sont essentielles au succès de l'ensemble du processus<sup>93</sup>.

### 2.2.1 Choix d'un organisateur

En ce qui a trait aux questions de fond sur lesquelles porteront les négociations, on a laissé entendre que l'organisateur devrait être neutre. Habituellement, cela suppose qu'il provient d'un autre organisme ou du secteur privé, et *non* de l'organisme de réglementation visé par le règlement proposé. La neutralité de l'organisateur est importante dans la mesure où elle renforcera probablement sa capacité d'établir des liens avec les parties et d'obtenir de leur part des renseignements plus exhaustifs que le pourrait un membre de l'organisme de réglementation visé par les négociations. Par ailleurs, on convient aussi qu'il est possible d'utiliser un membre de l'organisme comme organisateur si celui-ci a établi de bonnes relations de travail avec les parties concernées. L'utilisation d'un membre de l'organisme est avantageuse dans la mesure où celui-ci peut avoir une bonne compréhension des enjeux. L'organisme peut ainsi économiser de l'argent (parce qu'il n'a pas à engager une personne de l'extérieur). Lorsque de nombreuses parties et (ou) questions sont en jeu, on a laissé entendre qu'il peut se révéler nécessaire de mettre sur pied une équipe d'organisateur<sup>94</sup>.

Idéalement, la personne choisie comme organisateur devrait posséder les qualités suivantes : talents d'enquêteur, aptitudes à l'organisation, capacité de comprendre et d'articuler des questions complexes et bonnes aptitudes à l'écoute. Dans l'évaluation de l'obtention probable d'un consensus, des antécédents dans les domaines de l'analyse de conflits ou du règlement de différends peuvent également se révéler utiles<sup>95</sup>.

### 2.2.2 Rôle et responsabilités d'un organisateur

#### 2.2.2.1 Phase d'organisation 1

À la phase 1 de l'organisation, l'organisateur doit :

- veiller à ce que tous les intervenants clés aient été identifiés et à ce que ceux qui ont pu être oubliés soient ajoutés à la liste<sup>96</sup>;

---

<sup>92</sup> Conversation avec M. Brian Hull, le 3 avril 1993. Voir également Rubin (1988) qui indique qu'une bonne part des travaux les plus importants ont lieu avant même que les parties ne se présentent à la table. C'est durant la pré-négociation que les parties au conflit sont identifiées et invitées à participer.

<sup>93</sup> On a constaté que le stade de la pré-négociation pouvait, dans certains cas, durer de six à neuf mois. Conversation avec M. Stephen Owen, commissaire de CORE, Colombie-Britannique, le 6 avril 1993.

<sup>94</sup> Au paragraphe 4 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] Un organisme devrait choisir un responsable et le consulter le plus rapidement possible au sujet de la faisabilité du recours à la négociation de règlements. Le responsable devrait mener une enquête préliminaire pour déterminer si un groupe de négociation de règlements devrait être créé pour élaborer une règle proposée. Le responsable devrait évaluer dans quelle mesure la négociation d'une proposition consensuelle augmente les risques suivants : limitation de la production, augmentation des coûts, restriction de l'admissibilité ou autre forme d'établissement ou de soutien de contraintes déraisonnables à l'égard de la concurrence.»

<sup>95</sup> *Sourcebook* 1990:98 de l'*Administrative Conference of the United States*. Thomas (1987) souligne qu'il est essentiel au succès des négociations que l'animateur possède des compétences techniques à l'égard de l'animation ainsi qu'une compréhension technique à l'égard des enjeux. Si l'animateur ne possède pas ces deux types de compétences, il vaut peut-être mieux désigner un co-animateur pour les réunions de négociation.

<sup>96</sup> Les auteurs du *Sourcebook* (1990:99) de l'*Administrative Conference of the United States* soulignent que la représentation de toutes les

- discuter avec les parties de la nature de la négociation de règlements;
- discuter des enjeux avec les parties;
- établir la volonté des parties de négocier;
- faire rapport à l'organisme;
- obtenir de la direction de l'organisme un engagement à l'égard du processus; et
- procéder au choix préliminaire de 15 à 25 participants<sup>97</sup>.

Dans le cadre des tâches décrites ci-dessus, l'organisateur prépare normalement un résumé décrivant le règlement envisagé et le processus de négociation de règlements. Il peut également préparer une liste de questions d'évaluation qui pourront servir à l'interview des parties éventuelles : on pourra ainsi déterminer leur intérêt à l'égard du règlement et leurs points de vue quant à la portée des enjeux. On peut aussi en profiter pour informer les intervenants au sujet du processus de négociations de règlements<sup>98</sup>.

Dans le cadre des interviews, l'organisateur devrait examiner les obstacles possibles aux négociations, telles que les questions de valeurs fondamentales qui ne sauraient souffrir de compromis, les différends qui portent sur des données factuelles, les questions trop nombreuses ou trop complexes pour se prêter aux négociations, ou la présence d'un trop grand nombre de parties. À ce stade, l'organisateur peut essayer d'explorer avec les parties et l'organisme ou le ministère la possibilité de structurer le comité de négociation ou les négociations de manière à réduire au minimum l'importance de tels obstacles<sup>99</sup>. Dans ce contexte, on peut tenter de procéder à un examen provisoire des règles de base des négociations. Finalement, l'organisateur devrait utiliser les entrevues comme moyen d'identifier les intérêts supplémentaires qui pourraient être touchés par le règlement proposé ainsi que les parties qui pourraient les représenter adéquatement.

### Grâce au rapport que lui soumet l'organisateur -- rapport qui présente les

---

parties intéressées à la négociation est essentielle pour que la règle élaborée emporte une large adhésion. La première étape consiste à dresser une liste initiale des parties ou des intérêts qui pourraient éventuellement être concernés. Pour ce faire, il convient de s'adresser aux membres du personnel qui participent à l'établissement de la règle ainsi qu'à ceux qui ont déjà pris part à des procédures mettant en cause des questions analogues. On doit également examiner les dossiers relatifs à de telles procédures. Il se peut que le texte de loi en vertu duquel la règle est promulguée stipule certaines des parties avec lesquelles on doit communiquer. L'historique d'un texte législatif peut fournir d'autres renseignements utiles.

<sup>97</sup> *Sourcebook* 1990:18 de l'*Administrative Conference of the United States*. D'autres, ainsi qu'on l'a souligné ailleurs, ont constaté que le nombre maximum pouvait être plus élevé. Lorsqu'il y a plus de 25 parties, on a aussi laissé entendre qu'il convenait d'explorer la possibilité de regrouper des intérêts similaires ou connexes. On peut former une coalition ou se contenter de désigner un porte-parole commun de manière à ce que le nombre de négociateurs siégeant à la table ne soit pas trop élevé sans pour autant que la représentation des parties concernées soit compromise. Dans de tels cas, il importe que le négociateur demeure en contact étroit avec chacun des intérêts représentés. Parfois, il est même nécessaire de demander l'aide d'un médiateur pour atténuer les divergences entre les parties représentées par un négociateur unique. *Sourcebook* 1990:100-101 de l'*Administrative Conference of the United States*. Voir aussi Harter 1986:59.

<sup>98</sup> Voir le paragraphe 5 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, Annexe B.

<sup>99</sup> Les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:25) recommandent que le gouvernement fasse de l'évaluation initiale des différends une étape obligatoire : on pourra ainsi déterminer si les conflits qui mettent en cause le gouvernement en tant que partie ou qu'organisme de réglementation peuvent se prêter aux solutions de rechange au règlement de conflits. Dans le cadre de cette évaluation, le gouvernement devrait considérer que tout cas nouveau ou existant peut se prêter à la résolution consensuelle.

conclusions de ce dernier quant à l'exploration initiale --, l'organisme ou le ministère devrait être en mesure de décider s'il doit aller de l'avant. En même temps, l'organisateur devrait discuter avec la direction de l'organisme des questions que les parties souhaitent négocier, de celles que les parties (y compris l'organisme<sup>100</sup>) peuvent négocier ou refusent de négocier, de tout obstacle qui doit être surmonté et des solutions éventuelles ainsi que des propositions à l'égard de la conception du processus de négociation lui-même. Le ministère ou l'organisme voudra peut-être que l'organisateur fasse également rapport aux parties, étant donné que cela pourra établir une atmosphère positive qui se révélera utile si l'organisme décide d'aller de l'avant<sup>101</sup>.

La décision d'aller de l'avant devrait être fondée sur des considérations touchant à la fois le fond et la procédure. Au chapitre de la procédure, les considérations peuvent comprendre un examen des dispositions du droit administratif de manière à établir si les conditions favorables à la tenue des négociations sont réunies<sup>102</sup>. Quant au fond, les considérations portent essentiellement sur les critères décrits ci-dessus. Si l'organisme décide de continuer à préparer les négociations, l'organisateur peut alors passer à la phase d'organisation 2.

#### 2.2.2.2 Phase d'organisation 2

Dans la phase 2 du stade de la pré-mise en oeuvre, les parties sont préparées à entamer les négociations. Selon l'analyse de l'EPA (*supra*), cela suppose les étapes suivantes :

- obtenir l'engagement des parties à l'égard des négociations;
- publier l'avis d'intention de négocier;
- choisir un animateur ou un médiateur;
- répondre aux commentaires du public à la suite de l'avis;
- rajuster la composition du comité, au besoin;
- organiser une réunion organisationnelle; et
- préparer l'orientation ou la formation du comité de négociation.

---

<sup>100</sup> Si l'organisme refuse de négocier certaines questions soulevées dans le cadre des discussions avec les intervenants, on laisse entendre qu'il peut se révéler utile que le responsable communique de nouveau avec les parties pour confirmer qu'elles sont toujours intéressées à participer même si des questions données «ne sont pas sur la table». *Sourcebook* 1990:102 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>101</sup> Dans le paragraphe 6 de la recommandation de l'ACUS, on affirme qu'il est possible qu'un comité d'un organisme rédacteur de normes non gouvernemental (par exemple, l'Association canadienne de normalisation) dispose de procédures qui permettent d'assurer une représentation équitable des intérêts respectifs ainsi que d'un processus grâce auquel on peut s'assurer que la décision traduit effectivement un consensus établi entre eux. Si un tel comité existe et semble bénéficier du soutien et de la confiance des intérêts touchés, le responsable devrait songer à recommander que les négociations soient tenues sous l'égide du comité plutôt que d'établir une structure entièrement nouvelle pour les négociations. Dans un tel cas, le comité existant devrait être considéré, aux fins de la recommandation visant la réglementation, comme un groupe de négociation de règlements.

<sup>102</sup> Voir la section 3.7.1 de la partie qui porte sur les fondements législatifs de la négociation de règlements : arguments en faveur des mesures législatives.

À la phase 2 de l'organisation, l'organisateur communique une fois de plus avec chacune des parties pour obtenir un engagement plus officiel à l'égard de la participation aux négociations. L'organisme ou le ministère doit publier dans la *Gazette du Canada, partie I* un avis dans lequel il fait état de son intention de procéder à un établissement de règles par négociation. Il en profite également pour présenter la liste proposée des participants ainsi que pour solliciter des commentaires à l'égard des questions. À la suite de la parution de l'avis, d'autres parties peuvent communiquer avec l'organisme pour demander à participer aux négociations. L'organisateur et le personnel de l'organisme devraient discuter avec ces parties, ou communiquer avec elles, et déterminer si elles représentent de nouveaux intérêts ou si les intérêts en question sont déjà adéquatement représentés<sup>103</sup>.

Les commentaires du public ou les interviews subséquentes peuvent également se traduire par l'émergence de nouvelles questions. L'organisateur et le personnel de l'organisme devraient passer ces questions en revue et déterminer si elles cadrent dans les négociations et si l'organisme accepte de les négocier. Si on les juge pertinentes, on devrait prévoir, à l'occasion de la réunion initiale ou organisationnelle du comité de négociation, une discussion à leur sujet.

Durant cette phase, l'organisme doit également décider s'il convient de recourir à une tierce partie neutre (un médiateur) ou à un animateur. Comme on le souligne au paragraphe 10 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, un médiateur peut se révéler des plus utiles lorsque les participants manquent d'expérience pertinente dans le domaine des négociations. En effet, il peut les initier au processus et résoudre les impasses. On laisse également entendre que le recours à une tierce partie neutre permet au représentant de l'organisme de défendre les intérêts de l'organisme ou du ministère à la table de négociation sans avoir à se préoccuper des questions de procédure liées à la tenue de la réunion. Dans les négociations importantes, on a utilisé une équipe d'animateurs pour assurer une aide plus complète aussi bien à l'occasion des réunions plénières du groupe que des réunions des sous-comités ou des caucus<sup>104</sup>.

Finalement, l'organisme ou le ministère peut vouloir organiser une séance de formation et (ou) d'orientation à l'intention des parties à la négociation. Il se peut que les participants aux procédures d'établissement de règles par consensus ne jouissent pas d'une vaste expérience de la négociation, et on a constaté qu'il existe de grands écarts en ce qui a trait à la confiance et aux compétences des intervenants en matière de négociation. Ainsi, aux États-Unis, le processus de négociation de règlements débute souvent par une séance d'orientation et de formation au sujet de la négociation, ce qui donne aux participants l'occasion de se réunir dans un cadre de formation non officiel et contribue à établir, avant que le comité n'entreprenne véritablement ses travaux, des règles du jeu

---

<sup>103</sup> Dans le paragraphe 7 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] L'organisme devrait publier dans le *Federal Register* un avis faisant état de son intention d'élaborer une règle par voie de négociation et indiquant les questions en jeu ainsi que les participants et les intérêts déjà identifiés. Si une nouvelle personne ou un groupe d'intérêt nouveau demande à faire partie du groupe de négociation ou à y être représenté, l'organisateur, en consultation avec l'organisme, devrait déterminer si le groupe d'intérêt serait fortement touché et, le cas échéant, s'il pourrait être représenté par une personne appartenant déjà au groupe de négociation. On devrait également établir si la personne qui a présenté la demande devrait de toute façon joindre les rangs du groupe ou si les intérêts peuvent être regroupés sans qu'ils soient pour autant moins bien représentés.

<sup>104</sup> *Sourcebook* 1990:103 de l'*Administrative Conference of the United States*.

équitable en ce qui touche les aptitudes à la négociation<sup>105</sup>.

## 2.3 Stade 3 : la négociation

Avant que les négociations ne puissent être entreprises quant au fond, le comité de négociation doit d'abord s'acquitter d'un certain nombre de tâches organisationnelles en vue d'organiser les réunions. Le comité devrait ainsi prendre un certain nombre de décisions en ce qui a trait, notamment, aux questions suivantes :

- les règles de base ou les protocoles (par exemple, en ce qui touche l'assiduité, la confidentialité et le partage de l'information) qui structureront les réunions<sup>106</sup>;
- une définition de la notion de «consensus»<sup>107</sup>;
- la détermination de ce qui se produira si un consensus n'est pas obtenu (la position de repli)<sup>108</sup>;
- le comportement des participants (y compris l'organisme ou le ministère) à l'égard d'une entente<sup>109</sup>;
- un horaire des réunions, un échéancier et le délai prévu par l'organisme;
- la définition des responsabilités qui incombent aux parties au chapitre de la représentation juste de leur structure de base et des comptes rendus qu'elles sont tenues de lui fournir;

---

<sup>105</sup> *Sourcebook* 1990:161 de l'*Administrative Conference of the United States*. Au chapitre 3, on discute plus avant de la formation.

<sup>106</sup> On retrouve dans le *Sourcebook* 1990:187-196 de l'*Administrative Conference of the United States* des exemples de protocoles. Voir également Thomas 1987. Pour une discussion plus détaillée de la question de la confidentialité, voir, au chapitre 3, la partie 3.3.4 qui porte sur le rôle des médias.

<sup>107</sup> Voir au chapitre 1, la partie qui porte sur le consensus.

<sup>108</sup> Au paragraphe 11 de la recommandation 92-4 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] Le groupe de négociation devrait avoir pour but d'arriver à un consensus à l'égard d'une règle proposée. Dans ce contexte, on entend par consensus que tous les intérêts représentés au sein du groupe acceptent le résultat, à moins que tous les membres du groupe ne s'entendent d'entrée de jeu sur une autre définition. Une fois un consensus obtenu, le groupe de négociation devrait préparer, à l'intention de l'organisme, un rapport renfermant la règle proposée ainsi qu'un bref énoncé général quant à ses assises et à son objet. Dans le rapport, on devrait également décrire les documents factuels sur lesquels le groupe s'est appuyé pour préparer le règlement proposé afin qu'ils soient inclus dans les dossiers que possède l'organisme à l'égard des procédures. Bien entendu, il se peut que les participants ne soient pas en mesure d'établir un consensus au sujet d'une règle proposée. Dans ce cas, ils devraient définir dans le rapport les domaines sur lesquels ils s'entendent et ceux à propos desquels on n'a pu obtenir un consensus. On pourra ainsi réduire la portée des questions en litige, déterminer l'information nécessaire à leur résolution, établir un ordre de priorité et définir des solutions éventuellement acceptables.»

<sup>109</sup> Au paragraphe 2 de la recommandation 85-5 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] Les négociations ont peu de chance d'être couronnées de succès à moins que tous les participants (y compris l'organisme) ne soient motivés tout au long du processus par un point de vue suivant lequel une entente négociée constituera une meilleure solution qu'une règle élaborée en vertu des processus traditionnels. De la même façon, l'organisme devrait se montrer sensible quant au besoin qu'ont les participants d'avoir des attentes raisonnablement claires vis-à-vis des conséquences de l'impossibilité de parvenir à un consensus. Du début à la fin, les organismes doivent être conscients des répercussions qu'ont la conduite qu'ils adoptent et les informations qu'ils ont sur les attentes des parties. Il se peut que l'organisme et les autres parties aux négociations doivent communiquer avec d'autres participants -- peut-être avec l'aide d'un médiateur ou d'un animateur -- pour veiller à ce que chacun ait des attentes réalistes quant aux mesures que l'organisme prendra en l'absence d'une entente négociée. Les communications de ce genre devraient toujours traduire honnêtement les mesures que l'organisme peut prendre de manière réaliste.»



- les méthodes qui permettent de vérifier que les structures de base sont tenues au courant;
  - la publication des avis de convocation aux réunions;
  - la nature de la participation de l'organisme ou du ministère<sup>110</sup>;
  - les méthodes d'établissement des comptes rendus des réunions;
  - le recours à des caucus et des sous-comités, au besoin; et
  - la direction des réunions, c'est-à-dire qu'on doit établir s'il convient de recourir à une tierce partie neutre et de statuer sur son rôle et ses responsabilités.

Le fait de s'entendre sur le fonctionnement du comité donne aux parties l'occasion de s'exercer et de tenter une expérience du genre avant d'aborder des questions de fond<sup>111</sup>.

Certaines des décisions devraient déjà avoir été prises par l'organisme et l'organisateur, même si le comité lui-même peut devoir les examiner et les entériner. Dans le *Sourcebook* (1990:174-177) de l'*Administrative Conference of the United States*, on établit une distinction entre les questions qui devraient être tranchées par l'organisme avant que le comité de négociation ne se réunisse et celles qui devraient être résolues par le comité dans son entier, ainsi qu'on le décrit ci-dessous.

### 2.3.1 Décisions de l'organisme ou du ministère

#### *Coordination de l'organisme*

Les questions sont les suivantes : qui négociera au nom de l'organisme ou du ministère? Comment le négociateur de l'organisme interagira-t-il et collaborera-t-il avec le personnel technique, les experts-conseils, les gestionnaires et les décideurs de la haute direction chargés de l'établissement de règles, de manière à ce que le négociateur puisse agir efficacement sans retarder indûment les négociations? Quels sont les autres programmes ou bureaux (à l'intérieur de l'organisme ou d'autres organismes) qui seront touchés ou visés par les procédures<sup>112</sup>? Comment le négociateur traitera-t-il avec d'autres organismes fédéraux concernés (y compris le Secrétariat des affaires réglementaires et les comités parlementaires) ainsi qu'avec les médias d'information?

#### *Choix et gestion des questions*

Quelles sont les questions qui sont négociables? Quelles contraintes les lois ou la politique de l'organisme imposent-elles à l'égard de chacune de ces questions? Quelles

---

<sup>110</sup> Au paragraphe 1 de la recommandation 85-5 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] Un organisme parrainant des procédures d'établissement de règles par négociation devrait prendre part aux négociations. La participation des organismes peut prendre diverses formes. Les possibilités vont de la participation pleine et entière d'un négociateur à la présence d'un observateur chargé de commenter les préoccupations et les réactions éventuelles de l'organisme représenté. Les représentants de l'organisme prenant part aux négociations devraient occuper un poste suffisamment élevé pour pouvoir exprimer avec crédibilité les vues de celui-ci.»

<sup>111</sup> Table ronde du Canada 1993:14 et conversation avec M. Glenn Sigurdson, le 7 avril 1993.

<sup>112</sup> Voir, au chapitre 3, la partie 3.3.1 qui porte sur la participation de l'organisme.

seront les positions initiales de l'organisme? Quel est l'éventail de solutions acceptables pour l'organisme? Quels besoins et positions s'attend-on à voir défendre à la table par les autres parties? Les questions peuvent-elles être étudiées par des sous-comités? À des fins de recherche et d'enquête, le comité de négociation devra-t-il avoir accès à des personnes-ressources? Le cas échéant, comment ces ressources seront-elles dégagées et gérées? Comment les questions seront-elles communiquées aux parties<sup>113</sup>?

### ***Résultats escomptés***

Quel est le résultat souhaité par l'organisme : une règle provisoire ou un ensemble de questions résolues dont l'organisme pourra s'inspirer pour ébaucher la règle? Comme point de départ des négociations, l'organisme présentera-t-il sa propre version provisoire ou un ensemble de questions formulées par lui? (Selon que les parties sentent que leur contribution est véritablement souhaitée, une première ébauche peut accélérer ou ralentir le progrès des négociations.)

### ***Consensus***

Comment l'organisme définit-il la notion de «consensus»? Si on ne peut parvenir à un consensus sur toutes les questions, qu'entend faire l'organisme?

### ***Calendrier***

Aux fins de la conclusion d'une entente, quel est le délai prévu? Quelle est la source du délai? Dans quelle mesure est-il flexible? Que se produira-t-il si le délai n'est pas respecté<sup>114</sup>?

### ***Organisation logistique***

Où les réunions devraient-elles être tenues? De combien d'espace a-t-on besoin? Aura-t-on besoin de salles pour les réunions en sous-groupe? Quelles sont les fournitures dont on a besoin (appareils audiovisuels, papier, stylos, chevalets et tableaux-papier pour afficher les ordres du jour et les propositions, plaques et insignes nominatifs, etc.), et qui en assumera la responsabilité (organisme, sous-traitant, médiateur)? Pour gagner du temps, devrait-on servir, à l'occasion des réunions, des dîners et des collations? Est-ce l'organisme ou les participants qui devraient en assumer les frais?

### ***Ressources du comité***

Quelles ressources, par exemple des ordinateurs, des salles de conférence, des services de

---

<sup>113</sup> Dans le *Sourcebook* (1990:179) de l'*Administrative Conference of the United States*, on indique que, dans le ciblage des questions à négocier, le comité voudra probablement définir toutes les hypothèses sous-jacentes que les participants pourraient défendre. Parfois, il est utile de regrouper les questions connexes. On peut ainsi aider le comité à établir son ordre du jour ou confier les questions aux sous-comités pour qu'ils les examinent plus attentivement.

<sup>114</sup> Dans le *Sourcebook* (1990:181) de l'*Administrative Conference of the United States*, on soutient que quelque 90 p. 100 des progrès réalisés dans le cadre d'une négociation se produisent dans les derniers 10 p. 100 du temps alloué. Il importe donc que les négociations soient assujetties à un échéancier. Si l'organisme se voit imposer l'échéancier, il doit être prêt à prendre des mesures pour que celui-ci soit respecté, même si les négociations aboutissent à une impasse. Si l'organisme a lui-même fixé l'échéancier, il peut choisir de reculer la date limite si les parties semblent près de parvenir à un consensus ou que les négociations semblent sur le point de débloquer. Cependant, toutes les parties, y compris l'organisme, devraient se sentir pressées de trouver une solution dans le délai imparti.

secrétariat ou des fonds consacrés aux déplacements ou aux services d'experts-conseils, l'organisme mettra-t-il à la disposition des membres du comité?

### ***Avis***

Quels types d'avis sont pertinents ou nécessaires? Où devraient-ils être publiés<sup>115</sup>? Qui est chargé de la rédaction des avis? Quand doivent-ils être publiés?

## 2.3.2 Décisions du comité

### ***Horaire des réunions***

De combien de réunions aura-t-on besoin pour régler les questions? Le cas échéant, comment les réunions du comité plénier et celles des sous-comités devraient-elles être coordonnées? Quelle devrait être la fréquence des réunions? Où les réunions devraient-elles être tenues -- dans une ville ou en plusieurs endroits --, et dans quels locaux? Pour réduire le fardeau administratif que suppose l'agencement des emplois du temps de douzaines de personnes et la réservation de salles de conférence adéquates, un horaire peut-il être établi à l'avance?

### ***Conseillers et observateurs***

Parce que chacun des membres du comité représente une structure de base, on doit s'attendre à ce que chacun s'adjoigne les services d'au moins un conseiller. À l'occasion des réunions, quand ces conseillers devraient-ils être autorisés à prendre la parole? Puisque les réunions du comité seront ouvertes au public, comment traitera-t-on les questions ou les déclarations des observateurs? Comment le comité traitera-t-il les commentaires écrits reçus des membres du grand public pendant les négociations? Pour ce qui est des relations avec les médias, devrait-on prendre des dispositions particulières?

### ***Ordres du jour***

Est-ce l'organisme ou le médiateur qui proposera les ordres du jour? Pour modifier l'ordre du jour proposé, quelle procédure les membres du comité utiliseront-ils?

### ***Compte rendu et communication***

Qui sera chargé de la rédaction des procès-verbaux? Dans quelle mesure devront-ils être détaillés? Comment et quand les procès-verbaux seront-ils distribués? Qui s'occupera des communications entre l'organisme et les membres du comité ainsi qu'entre les membres du comité : le personnel de l'organisme, le médiateur, ou une quelconque combinaison des deux? Quel type de restrictions imposera-t-on à l'utilisation future des comptes rendus, des documents échangés par les négociateurs et des déclarations? (Les documents

---

<sup>115</sup> Il est intéressant de noter qu'à Victoria, en Australie, des mesures plus exhaustives sont prises quant aux procédures touchant les avis. Dans l'examen qu'il fait de la *Subordinate Legislation Act* (*infra*, p. xx) de l'État de Victoria, Craven (1990:266) observe que la loi (paragraphe 12(1)) stipule que l'avis d'établissement de règles doit être diffusé aussi largement que possible, non seulement dans la gazette du gouvernement, peu lue, mais aussi dans les quotidiens et dans tout autre journal spécialisé pertinent.

produits par le comité sont du domaine public, mais les parties voudront probablement s'entendre, par exemple, pour que toute affirmation écrite ou orale faite pendant les négociations ne puisse être utilisée par d'autres parties à l'occasion d'un recours subséquent aux tribunaux.)

### *Réunions en caucus et en sous-comité*

Pour aborder des questions précises, doit-on former des sous-comités ou des groupes de travail? À quelle fréquence se réuniront-ils? Comment les réunions des caucus seront-elles convoquées? Un médiateur assistera-t-il aux réunions des caucus et des sous-comités? Comment les sous-comités feront-ils rapport au comité plénier<sup>116</sup>?

### *Utilisation des ressources disponibles*

Comment le comité utilisera-t-il et gèrera-t-il les ressources disponibles, y compris les fonds alloués au déplacement ou aux services d'experts-conseils<sup>117</sup>?

### *Consensus*

Comment le comité définit-il la notion de «consensus»? Pour signifier qu'un consensus a été atteint, les membres du comité seront-ils tenus de signer une entente? Le comité cherche-t-il à obtenir une entente au sujet des principes généraux ou de la formulation précise d'un règlement?

En ce qui touche les questions ci-dessus, il n'y a pas de bonne et de mauvaise façon de faire les choses -- tout dépend de la règle qui fait l'objet des négociations, des participants et du délai imparti. En ce qui touche les détails organisationnels, le comité devrait prendre les décisions qui s'imposent à l'occasion de sa première réunion. Comme on l'a indiqué plus haut, l'organisme devrait -- dans la mesure du possible -- s'être intéressé à ces questions avant le début des négociations. En outre, il devrait être disposé, dès la première réunion, à présenter à l'attention du comité des suggestions quant aux procédures et aux horaires<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Dans le *Sourcebook* (1990:180) de l'*Administrative Conference of the United States*, on fait remarquer que des sous-comités ou des groupes de travail peuvent être formés pour recueillir des données, ou examiner des questions et préparer des propositions que le comité plénier sera chargé d'examiner. Les sous-comités, dont la composition devrait être équilibrée, ne devraient pas être autorisés à prendre des décisions finales. Aux fins de l'examen de position de négociation conjointe, les parties dont les intérêts sont connexes voudront peut-être se réunir, et de telles réunions ne devraient pas être considérées comme des réunions de sous-comités. Habituellement, il est plus commode de prévoir des réunions de sous-comités le jour qui précède ou suit une réunion du comité plénier, particulièrement si les parties aux négociations proviennent de diverses régions du pays. Si plus d'une réunion de sous-comités ont lieu en même temps, il importe de veiller à ce que toute partie souhaitant participer à plus d'une des réunions concurrentes dispose d'un personnel suffisant pour le faire. Au sein d'un sous-comité, un intérêt peut être représenté par le membre désigné du comité plénier, par un représentant substitut officiellement nommé ou par toute autre personne possédant les connaissances voulues. Au Canada, certaines expériences montrent qu'il faut élaborer certaines règles de base quant aux liens qu'entretiennent les sous-comités avec le groupe plénier. Par exemple, on a constaté, dans les négociations du Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (BFEEE), que les débats, lorsque les sous-comités faisaient rapport au groupe, étaient repris depuis le début. Conversation avec M<sup>me</sup> Wendy Frances. Un bref examen des négociations de règlement menées par le BFEEE figure à l'Annexe D.

<sup>117</sup> Dans le *Sourcebook* (1990:180) de l'*Administrative Conference of the United States*, on note que certains organismes ont mis à la disposition des comités de négociation des experts techniques chargés, au besoin, de les aider dans le cadre des négociations. Dans d'autres cas, le comité a retenu les services d'un expert-conseil chargé de conseiller l'ensemble du groupe ou un intérêt particulier.

<sup>118</sup> Par exemple, des représentants de l'EPA ébauchent des protocoles organisationnels et des protocoles visant à régir l'utilisation des ressources qui pourront être mises à la disposition du comité (c'est-à-dire le bassin de ressources). Ces protocoles sont présentés à l'occasion de la réunion organisationnelle du comité.

À l'occasion de la première réunion, l'organisme ou le ministère devrait proposer un ordre du jour qui prévoit la présentation des participants et l'identification des intérêts qu'ils représentent, un exposé au sujet du concept de négociation de règlements, une discussion des enjeux liés à la règle qui fait l'objet de négociations ainsi que des propositions quant au fonctionnement du comité. Lorsque des questions organisationnelles sont en cause, on a laissé entendre qu'il est utile que la tierce partie neutre insiste sur le fait que le comité est déjà parvenu à un consensus à l'égard d'un certain nombre de questions. À l'occasion de la réunion organisationnelle, on pourra également s'intéresser au cas des autres parties qui ont demandé à être représentées ou qui ont proposé que de nouvelles questions soient négociées, à la suite de l'avis de négociation proposée.

### 2.3.3 Les séances de négociation

Au moment où le comité entreprend la négociation des questions de fond, l'une des premières choses sur lesquelles il convient de s'entendre est la détermination des questions qui seront négociées et de celles qui seront mises de côté du fait qu'elles ne semblent pas pertinentes dans le cadre de la négociation en cours. Deuxième tâche en importance, on doit établir, entre les questions, un ordre de priorité de manière à ce que les membres du comité comprennent quels sont les problèmes les plus importants<sup>119</sup>.

Tandis que la méthode de négociation adoptée par chaque comité sera fonction des circonstances particulières et des personnalités en cause, on a constaté que certaines observations générales pouvaient, pour que des séances de négociation de règlements soient couronnées de succès, se révéler utiles. À cet égard, l'une des principales sources d'orientation est l'ouvrage de Fisher et Ury (1991), intitulé *Getting to Yes*<sup>120</sup>. Fondamentalement, Fisher et Ury partent de l'hypothèse suivante : les négociations peuvent avoir lieu à deux niveaux, l'un ayant trait aux questions de fond, et l'autre, aux moyens d'y parvenir -- c'est-à-dire les procédures auxquelles les négociateurs ont recours pour parvenir à leurs fins. Dans le cadre du *Harvard Negotiation Project*, on a élaboré des procédures qui ne sont ni « techniques » ni « non techniques » : ce sont simplement des méthodes conçues pour produire de manière efficiente et à l'amiable des résultats judicieux<sup>121</sup>.

Ces méthodes, qu'on appelle « négociation raisonnée » ou « négociation selon les mérites », peuvent être résumées de manière à pouvoir s'appliquer aux quatre points de

---

<sup>119</sup> Conversation avec M. Mike Kelly, directeur général de la CASA, le 7 avril 1993. Voir également le *Sourcebook* 1990 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>120</sup> L'édition de 1991 de l'ouvrage présente une mise à jour plus récente des principes de base décrits dans l'édition originale de *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In* (New York : Penguin, 1981). (Il est de plus à noter que *Getting to Yes* est maintenant offert en vidéocassette par Nathan/Tyler, 535 Boylston St., Boston, MA, 02116; tél. : (617) 247-8890.) Certains ouvrages, parmi de nombreux autres, se sont révélés utiles : *Getting Past No: Negotiating Your Way from Confrontation to Cooperation* de William Ury, Newbury Park, CA : Sage Publications (1993); *Getting Past No: Negotiating with Difficult People* de William Ury, Bantam Books (1991); *Dispute Resolution* de Stephen B. Goldberg, Nancy Rogers et Frank E.A. Sandler, Boston, MA : Little, Brown and Company (1992); *New Approaches to Resolving Public Disputes* de Denise Madigan, Gerard McMahon, Lawrence Susskind et Stephanie Rolley, Washington, D.C. : National Institute for Dispute Resolution (1990). Il est intéressant de noter que, dans le cadre du récent débat constitutionnel canadien, Roger Fisher et deux assistants du *Harvard Negotiation Project* ont agi comme médiateurs dans une négociation touchant les questions constitutionnelles. Le magazine *Maclean's* (1<sup>er</sup> juillet 1991 et 6 janvier 1992) s'est intéressé à ces négociations.

<sup>121</sup> *Ibid.*: 10.

base suivants :

- Gens : Distinguer les gens du problème.
- Intérêts : Mettre l'accent non pas sur les positions, mais sur les intérêts.
- Options : Produire un éventail de possibilités avant de statuer sur ce qu'il convient de faire.
- Critères : Insister sur le fait que le résultat devrait reposer sur une norme objective quelconque<sup>122</sup>.

La thèse sous-tendant la méthode de Fisher et Ury a été définie comme suit :

[Traduction]

Derrière des positions opposées se trouvent des intérêts communs et compatibles aussi bien que des intérêts conflictuels. Parce que les positions de l'autre partie sont opposées aux nôtres, nous tendons à considérer qu'il doit en aller de même pour leurs intérêts.

Si nous avons intérêt à nous défendre, ils doivent vouloir nous attaquer. Si nous avons intérêt à ce que notre loyer soit réduit au minimum, ils doivent avoir intérêt à ce qu'il soit le plus haut possible. Dans de nombreuses négociations, cependant, un examen minutieux des questions sous-jacentes révélera l'existence d'un nombre beaucoup plus grand d'intérêts communs ou compatibles que d'intérêts opposés<sup>123</sup>.

Tandis que la méthode de Fisher et Ury a été critiquée du fait qu'elle fait abstraction d'un autre aspect de la négociation, à savoir la négociation «distributive», selon laquelle les gains d'une partie se traduisent par les pertes d'une autre<sup>124</sup>, Fisher affirme que la méthode de la négociation raisonnée peut incorporer la notion de la distribution en la traitant comme s'il s'agissait d'un problème commun plutôt que comme

---

<sup>122</sup> On fait ici référence au problème qui se pose lorsque des intérêts sont directement opposés. Dans un tel cas, un négociateur peut être en mesure d'obtenir un résultat favorable simplement en faisant preuve d'entêtement. Cette méthode tend à récompenser l'intransigeance et à produire des résultats arbitraires. Toutefois, Fisher et Ury soutiennent qu'on peut contrecarrer un tel négociateur en insistant sur le fait que sa seule parole ne suffit pas et que l'entente doit traduire une norme équitable quelconque distincte de la volonté brute de l'une ou l'autre partie (par exemple, en ce qui a trait à la valeur marchande, à l'opinion des experts-conseils, aux coutumes ou au droit). En discutant de tels critères plutôt que de ce que les parties acceptent ou refusent de faire, on n'oblige aucune partie à céder face à une autre; les deux peuvent s'en remettre à une solution équitable. *Ibid.* : 12. Au moment où le comité entreprend ses négociations de fond, il peut avoir à définir l'information dont il a besoin pour prendre une décision responsable. Harter (1986:59) souligne que l'une des principales valeurs associées au processus a trait au fait que les parties se présentent à la table avec des vues et des perspectives pouvant permettre d'élaborer une solution pratique à la question de réglementation, ou peuvent, autrement, obtenir de telles vues et perspectives. En outre, le groupe de négociation possède habituellement les informations techniques élaborées par l'organisme ou le ministère. À cet égard, on a déjà souligné que le comité peut vouloir créer un bassin de ressources dans lequel il peut puiser en vue de la préparation d'autres données qui pourraient se révéler nécessaires. Aux paragraphes 8 et 9 de la recommandation 85-5 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] Là où il convient de le faire, l'organisme, le médiateur, l'animateur ou le groupe de négociation devrait envisager la nomination d'une personne neutre de l'extérieur chargée de recueillir les données confidentielles, de les évaluer et de faire rapport aux négociateurs. Les parties devraient s'entendre sur la protection qu'il convient d'accorder aux données confidentielles. Pour permettre que des conseils techniques neutres soient prodigués à l'égard de données complexes, une procédure analogue pourra être adoptée. À l'appui des frais de voyage, de formation ou autres frais assumés par les participants ou des dépenses effectuées à ce titre pour le compte du groupe de négociation, le recours à un bassin de ressources peut se révéler souhaitable. On devrait envisager aux stades de la pré-négociation la faisabilité de la création d'un tel bassin.»

<sup>123</sup> *Ibid.* : 43.

<sup>124</sup> White 1984:116.

un concours de volonté faisant des gagnants et des perdants.

La méthode de Fisher et Ury, axée sur la négociation raisonnée, ressemble à celle que décrit Menkel-Meadow (1984) : en effet, cette dernière oppose les avantages tirés d'une méthode axée sur la résolution de problèmes aux limites que comportent les stratégies de négociation fondées sur la méthode du jeu à somme nulle, en vertu de laquelle l'optimisation du gain personnel est essentielle (et qui, affirme-t-elle, repose sur des hypothèses fausses)<sup>125</sup>.

Par contraste, la négociation axée sur la résolution de problèmes met en cause une orientation en vertu de laquelle l'accent est mis sur la recherche de solutions aux ensembles de besoins et d'objectifs sous-jacents présentés par les parties. La méthode axée sur la résolution de problèmes subordonne les stratégies et les tactiques au processus de définition des solutions possibles. Par conséquent, elle permet un éventail plus large de solutions aux problèmes que la négociation vise à corriger. Menkel-Meadow mentionne qu'il est important de comprendre que la méthode axée sur la résolution de problèmes ne constitue pas simplement une autre stratégie. En fait, elle devrait être perçue comme un paradigme exigeant l'engagement de toutes les parties<sup>126</sup>. La méthode de Melkel-Meadow comme celle de Fisher et Ury présentent un certain nombre de lignes directrices et de propositions au sujet de la façon de traiter avec les négociateurs qui ne sont pas orientés vers une conception du processus de négociation axée sur la résolution de problèmes.

Certes, un tel sujet mérite qu'on y consacre plus de temps et une analyse plus détaillée. Toutefois, il est impossible, dans le cadre du présent rapport, de passer en revue les diverses méthodes proposées en vue de l'établissement de meilleures aptitudes à la négociation et de négociations plus productives (le lecteur pourra mettre la main sur de nombreux ouvrages récents consacrés à la question). Dans ce secteur, on retrouve, parmi les questions qui reçoivent une plus grande attention, les écarts imputables au sexe et à l'origine ethnoculturelle observés dans le cadre de négociations, les compétences et les connaissances que doivent posséder les participants, le rôle de la tierce partie neutre et les moyens de résoudre les impasses. Selon certains professionnels neutres, les compétences interpersonnelles de chacun, l'expérience en matière de négociation et l'attitude des parties représentées à la table de négociation peuvent avoir une importance capitale quant au résultat des procédures<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Premièrement, dans un jeu à somme nulle, selon Menkel-Meadow, les qualités relatives à la somme nulle et les hypothèses d'un jeu à somme nulle ne sont pas maintenues lorsque plus d'une question est négociée, des échanges de questions pourraient être réalisés. Deuxièmement, on retrouve, au coeur de la pensée axée sur la somme nulle, l'hypothèse suivant laquelle les parties accordent une valeur égale aux ressources établies. Troisièmement, il est possible, si l'on tient pour acquis qu'il n'y a qu'une question, que d'autres sujets de préoccupation qu'ont les parties puissent être occultés et demeurer irrésolus. Finalement, les parties, en tenant pour acquis que le «matériau» de la négociation est fixé ou limité d'une façon ou d'une autre, se privent de la possibilité de l'entendre dans une perspective plus large avant qu'il ne soit nécessaire de procéder à certaines divisions. *Ibid.* : 784-788.

<sup>126</sup> Pour reprendre les mots de Zoll (1988:2) cette méthode représente une nouvelle attitude culturelle. Dans un même ordre d'idée, M. David Evans souligne qu'on a besoin non pas simplement d'une stratégie nationale, mais d'un «climat» national. Par «climat», il laisse entendre, par exemple, que les mesures législatives pourraient stipuler que les résultats, lorsqu'une négociation correspond aux paramètres établis par le gouvernement, ne devraient pas être assujettis aux processus politiques. La décision prise devrait plutôt être automatiquement acceptée par le gouvernement. En outre, le processus devrait être assujetti à un échéancier tel que le gouvernement, si les parties ne sont pas en mesure de s'entendre, peut intervenir et prendre une décision. Des conditions de ce genre pourraient aider à créer le climat nécessaire au processus de négociation de règlements et, en même temps, prévoir des pénalités pour les parties qui négocient de «mauvaise foi» ou recourent à des mesures dilatoires.

<sup>127</sup> Conversation avec M<sup>me</sup> Susie Washington, le 10 octobre 1993.

On doit souligner que la valeur de la méthode axée sur la résolution de problèmes, dans le contexte des négociations, reçoit une attention de plus en plus grande. Dans le monde d'aujourd'hui tout particulièrement, où la compétitivité sur le plan de la réglementation constitue une préoccupation de taille, le fait de concevoir les négociations comme un processus qui fait des gagnants et des perdants n'a aucun sens. Ainsi que l'a affirmé un des porte-parole interviewés dans le cadre de la présente étude, le Canada, pour soutenir la concurrence sur la scène internationale, n'a rien à gagner à gaspiller les capacités de personnes d'une grande intelligence en les plaçant dans un contexte où l'objectif principal consiste à optimiser les gains personnels et à tourner l'autre partie en ridicule. Si l'on souhaite demeurer concurrentiel, ce n'est certes pas la façon de trouver les bonnes solutions<sup>128</sup>.

## 2.4 Stade 4 : divulgation et post-négociation

### 2.4.1 Le résultat

Bien entendu, les négociations peuvent avoir deux résultats, à savoir une entente au sujet du règlement proposé, ou une absence d'entente (ou une entente seulement partielle). Ainsi, le comité de négociation de règlements a terminé ses travaux lorsqu'il parvient à un consensus à l'égard des questions négociées ou lorsqu'il établit qu'un consensus ne peut être atteint pour l'ensemble des parties du règlement. On se rappellera, à la suite du chapitre 1, que la notion de «consensus», selon la définition retenue par le comité de négociation, ne suppose pas qu'on s'entende sur toutes les questions : le fait de convenir d'un désaccord est parfois essentiel au succès des négociations<sup>129</sup>. Normalement, cela signifie plutôt que les parties ont accepté d'adhérer à la proposition ébauchée par le comité et qu'aucune partie ne s'oppose radicalement à la position commune.

Si un consensus est atteint, le comité peut transmettre les ententes conclues à l'égard de chacune des questions. Il peut aussi être en mesure de fournir la formulation précise proposée de l'ébauche de règlement. Si le comité termine ses travaux sans parvenir à un consensus, il peut choisir de définir, le cas échéant, les questions qu'il a pu résoudre et celles qui demeurent en suspens, en plus de fournir un résumé des points de divergence et l'éventail des solutions débattues. On note que les négociations qui ne se terminent pas par un consensus peuvent néanmoins fournir à l'organisme des renseignements inestimables au sujet des parties et des questions, ce qui lui permet de proposer un règlement satisfaisant pour bon nombre des parties. On souligne que les organismes dont les négociations n'ont pas abouti à un consensus ont indiqué que, en raison des connaissances additionnelles acquises dans le cadre des négociations, le jeu en valait malgré tout la chandelle<sup>130</sup>.

En partie selon les promesses faites par l'organisme ou le ministère au début des négociations et selon ce que le comité transmet à l'organisme, celui-ci dispose d'un certain nombre d'options quant aux résultats des négociations. Si le consensus auquel est

---

<sup>128</sup> Conversation avec le juge Barry Stewart, le 11 mai 1993.

<sup>129</sup> Gulliver 1973:681.

<sup>130</sup> *Sourcebook* 1990:197 de l'*Administrative Conference of the United States*.



parvenu le comité a pris la forme d'une ébauche de règlement et que l'organisme a promis de publier celle-ci à titre de règle proposée, elle devrait passer par la filière interne d'examen et d'approbation et recevoir l'aval du Secrétariat des affaires réglementaires avant d'être publiée dans la *Gazette du Canada*. Si le consensus a pris la forme de recommandations à l'égard des questions, le personnel de l'organisme ébauchera la règle en fonction de ces recommandations. Elle sera ensuite assujettie aux procédures habituelles d'examen interne et externe.

Comme on l'a noté au chapitre 1, l'organisme assume toujours la responsabilité de veiller à ce que le règlement soit conforme aux exigences de la loi. Si, en raison de contraintes imposées par la loi ou à la suite de l'examen interne réalisé par l'organisme, on constate que des modifications importantes doivent être apportées au règlement avant qu'il ne soit publié, les membres du comité devraient être avisés ou informés des changements en question. On recommande également que les écarts par rapport au texte de l'entente négociée soient indiqués clairement dans la *Gazette du Canada*<sup>131</sup>.

À ce stade, le règlement proposé est assujetti aux commentaires du public. On laisse entendre qu'il peut se révéler avantageux de ne pas démanteler le comité avant que les commentaires du public n'aient été passés en revue<sup>132</sup>. Au paragraphe 14 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on propose de donner au groupe de négociation l'occasion de passer en revue tout commentaire reçu en réponse à l'avis d'établissement de règles proposé, de manière à ce que les participants puissent déterminer si leurs recommandations devraient être modifiées. La responsabilité finale du dépôt de la règle doit toujours incomber à l'organisme. Si le comité est chargé de passer en revue les commentaires du public, on recommande également que les consultations soient tenues en public<sup>133</sup>.

#### 2.4.2 Comptes rendus et évaluation

On a constaté qu'il était utile que l'organisme, le médiateur et une autre partie neutre externe évaluent l'efficacité des procédures de négociation de règlements. Voici quelques-unes des questions qui peuvent être évaluées : la négociation de règlements a-t-elle permis à l'organisme et aux autres participants d'atteindre les buts qu'ils s'étaient fixés; le degré de satisfaction des participants et de la direction de l'organisme; le volume et la teneur des commentaires du public; et, enfin, les recours subséquents devant les

---

<sup>131</sup> *Sourcebook* 1990:198 de l'*Administrative Conference of the United States*. Au paragraphe 13 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] Dans l'avis d'établissement de règle proposé, l'organisme devrait publier le texte de la règle proposée convenu par négociation. Si l'organisme ne publie pas le texte négocié, il devrait en donner les raisons. L'organisme peut vouloir proposer des modifications à la règle proposée convenues par négociation, mais il devrait le faire de façon que le grand public puisse distinguer le travail de l'organisme de celui du groupe de négociation.» Un certain nombre de porte-parole canadiens ont mis l'accent sur l'importance que revêt la responsabilité de l'organisme à cet égard.

<sup>132</sup> Par exemple, le *Department of Transportation* des États-Unis respecte cette pratique. *Sourcebook* 1990:51 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>133</sup> Neil Eisner (avocat-conseil général [réglementation et exécution] au *Department of Transportation* des États-Unis), par exemple, explique : «[Traduction] De forts arguments militent en faveur du fait suivant : il devrait être clair que les travaux du comité ne puissent être considérés comme complets tant et aussi longtemps qu'il n'a pas fait de recommandation à l'égard de la règle finale. Nous avons constaté que, pour de nombreuses personnes, il est facile de s'asseoir à la table et de faire des recommandations à l'égard d'un avis d'établissement de règles proposé, ce dernier étant sujet à des commentaires. Le fait de «serrer les dents» et de faire des recommandations à l'égard d'une règle finale, compte tenu des commentaires du public, constitue une tâche beaucoup plus difficile. Or, j'estime qu'il s'agit là de l'un des principaux objectifs de la négociation de règlements.» *Sourcebook* 1990:198 de l'*Administrative Conference of the United States*.

tribunaux, le cas échéant. Même si on ne procède pas à une évaluation officielle, on pourra grandement profiter des comptes rendus des procédures si les événements, y compris les leçons tirées, ont été documentés. Ainsi, on pourra s'intéresser aux questions suivantes : les types de questions négociables; le type de préparation qui doit précéder les négociations; et, enfin, les ressources nécessaires à la tenue des négociations<sup>134</sup>. De même, les comptes rendus des réunions du comité, y compris un résumé écrit des résultats, sont nécessaires à titre d'information valable que l'organisme peut utiliser comme fondement du règlement et de son préambule.

La tenue de dossiers et une documentation adéquate pourraient aussi aider grandement d'autres organismes et intervenants qui pourraient souhaiter entreprendre une négociation de règlements. Ainsi qu'on le précise ci-dessous, un ou deux bons exemples de négociation de règlements peuvent fortement inciter d'autres parties à tenter l'expérience<sup>135</sup>. Les représentants de l'*Administrative Conference of the United States* encouragent les organismes à mettre leurs évaluations et les leçons qu'ils en ont tirées à la disposition d'autres organismes. À propos de telles procédures, l'ACUS agit comme un centre d'information. Comme, au Canada, il n'existe aucun organisme assimilable à l'ACUS, on pourrait peut-être confier cette fonction à un autre organisme. Peut-être conviendrait-il aussi de créer un organisme analogue à l'ACUS.

## 2.5 Résumé des procédures liées à la négociation de règlements

En ce qui touche la négociation de règlements, quatre stades principaux ont été définis. Les deux premiers stades -- et particulièrement le premier -- sont essentiels au succès du processus dans la mesure où ils servent à préparer le terrain en vue d'une utilisation adéquate de la négociation de règlements. On a souligné que les tâches qui doivent être accomplies à ces stades respectent l'adage : «Comme on fait son lit, on se couche»<sup>136</sup>.

Toutes les formes d'établissement de règlements ne se prêtent pas à ce type de négociation<sup>137</sup>. Le choix minutieux de la situation «juste» dans laquelle utiliser la négociation de règlements est important; il suppose une évaluation de l'objet, des enjeux et de la disponibilité, de la motivation des parties, ainsi que de l'échéancier -- tout comme l'engagement du ministère ou de l'organisme en faveur du processus.

Sur le plan du temps et des ressources, le processus peut se révéler exigeant dans la mesure où il suppose l'adaptation de la gestion de l'organisme et des procédures de prise de décisions en fonction du processus, le recours à un organisateur et, fait caractéristique, à une tierce partie neutre. Avant la négociation proprement dite des questions concernées par le règlement proposé, le comité de négociation doit prendre, en matière de procédure, un certain nombre de décisions qui guideront les travaux. Les déplacements, l'hébergement et la création d'un bassin de ressources, au besoin, entraînent

---

<sup>134</sup> Voir, par exemple, Osherenko 1989:25.

<sup>135</sup> On a noté que de nombreuses négociations non documentées ont été tenues. Aucune information n'est donc disponible quant au fonctionnement de ces négociations. Conversation avec M. David Evans, le 9 avril 1993.

<sup>136</sup> Conversation avec M. Chris Kirtz, de l'EPA, le 7 avril 1993.

<sup>137</sup> Voir au chapitre 4, la partie 4.1 qui porte sur la pertinence de la négociation de règlements.

des coûts supplémentaires.

Pour aider l'organisme au stade de la proposition finale d'un règlement et pour fournir à d'autres des renseignements au sujet du processus, on recommande la mise en oeuvre de procédures détaillées de tenue de dossiers et la documentation des délibérations. Il est également recommandé d'évaluer le processus. La figure qui suit résume les quatre principaux stades décrits ci-dessus.

#### QU'EST-CE QUE LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS?

##### LA NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS À L'EPA

ÉVALUATION
<ul style="list-style-type: none"><li>. Déterminer les questions en jeu et l'échéancier</li><li>. Identifier les intervenants</li><li>. Appliquer les critères de sélection</li><li>. Confirmer l'intérêt de la direction</li><li>. Choisir l'organisateur</li></ul>
PHASE D'ORGANISATION I
<ul style="list-style-type: none"><li>. Identifier les intervenants additionnels</li><li>. Discuter avec les parties de la nature de la négociation de règlements</li><li>. Discuter des enjeux avec les parties</li><li>. Établir la volonté des parties de négocier</li><li>. Rendre compte à l'organisme</li><li>. Obtenir l'engagement de la direction de l'organisme</li><li>. Procéder au choix préliminaire de 15 à 25 participants</li></ul>
PHASE D'ORGANISATION II
<ul style="list-style-type: none"><li>. Obtenir l'engagement des parties à l'égard des négociations</li><li>. Publier «l'avis d'intention de négocier»</li><li>. Examiner la charte de la FACA</li><li>. Choisir un animateur ou un médiateur</li><li>. Répondre aux commentaires du public à la suite de «l'avis»</li><li>. Rajuster la composition du comité, au besoin</li><li>. Organiser une réunion organisationnelle</li><li>. Préparer l'orientation ou la formation du comité de négociation</li></ul>
NÉGOCIATIONS
<ul style="list-style-type: none"><li>. Établir des règles de base et des protocoles</li><li>. Définir la notion de consensus</li><li>. Établir l'horaire des réunions</li><li>. Publier des avis de convocation aux réunions</li><li>. Revoir les renseignements disponibles et les enjeux</li><li>. Revoir les projets de règles et les propositions, le cas échéant</li><li>. Constituer des groupes de travail et des sous-comités si nécessaire</li><li>. Négocier le libellé ou les grandes lignes des règles proposées</li></ul>
ÉLABORATION DES RÈGLES
<ul style="list-style-type: none"><li>. Conclure les négociations</li><li>. Si un consensus est atteint relativement au libellé des règles :<ul style="list-style-type: none"><li>. l'organisme fait circuler le projet à l'interne et à l'externe;</li><li>. il publie le projet de règles.</li></ul></li><li>. Si un consensus est atteint seulement sur certaines questions ou sur les grandes lignes :<ul style="list-style-type: none"><li>. l'organisme rédige les règles proposées;</li><li>. il fait circuler le projet à l'interne et à l'externe;</li></ul></li></ul>

- . il publie le projet de règles.
- . Si un consensus n'est pas atteint :
  - . l'organisme procède à l'élaboration des règles en se servant des discussions comme guide;
  - . il rédige et publie le projet de règles.
- . Le projet de règles est soumis aux commentaires du public.
- . Les commentaires du public sont transmis au comité.
- . L'organisme revoit les règles, s'il y a lieu.
- . L'organisme publie les règles dans leur version finale.

Source : Administrative Conference of the United States, *Sourcebook*, 1990:18.

## 3.0 QUESTIONS ET APPLICATIONS

### 3.1 Raisons qui sous-tendent la négociation de règlements

Au chapitre 1 du présent rapport, on a brièvement décrit la nature et les avantages de la négociation de règlements. Ces affirmations et observations reposent sur un historique de la réglementation qui mérite qu'on s'y intéresse de façon plus poussée. Essentiellement, on a considéré que la mise au point de la négociation de règlements découlait de l'évolution du processus de réglementation. De mieux en mieux, on s'est rendu compte que les décisions en matière de réglementation, étant donné les limites des connaissances techniques et scientifiques disponibles, étaient, en bout de ligne, politiques. Il convenait donc de mettre en place des structures de prise de décisions qui traduisent cette réalité<sup>138</sup>.

#### 3.1.1 La situation américaine

Harter (1982), dans son analyse du malaise américain en matière de réglementation, décrit un processus évolutif dont on peut considérer, en gros, qu'il correspond au contexte canadien, du moins en ce qui a trait aux thèmes généraux visés. Sans entrer dans les détails d'événements particuliers qui ont marqué l'histoire de la réglementation, le portrait qui se dégage débute par ce qu'on a appelé le modèle axé sur l'expertise des organismes, où l'autorité en matière de réglementation agit comme gardien spécialisé de l'intérêt public. Par le biais des pouvoirs législatifs qui lui étaient délégués, l'organisme était considéré comme étant en mesure, en ce qui a trait aux faits et aux arguments présentés par les divers intervenants, de jouer le rôle d'arbitre ultime. Au début des années 1960, au moment où les questions de réglementation devenaient de plus en plus complexes, une évolution a toutefois débuté : la participation du public au processus d'établissement de règlements devenait plus grande. Un certain nombre d'événements ont donné suite à ce changement. De nouvelles dispositions exigeant la présentation de preuves substantielles à l'appui des règlements proposés par les organismes ont été ajoutées à l'*Administrative Procedure Act* (APA). En outre, les tribunaux américains ont joué un rôle beaucoup plus grand dans les procédures touchant la réglementation, obligeant les organismes à élaborer un plus grand nombre d'informations factuelles à l'appui des règles.

En même temps, les tribunaux se sont vu confier des pouvoirs plus grands au chapitre des examens judiciaires<sup>139</sup>. Ainsi, on a consacré davantage d'attention aux bases logique et factuelle sur lesquelles les organismes de réglementation appuyaient les règlements proposés. On a aussi eu davantage recours aux audiences publiques, ce qui a donné au public, au chapitre de la présentation d'information, un rôle plus grand et contraint les organismes à répondre aux arguments d'autres parties. En bref, cette période a donné lieu à l'érosion des larges pouvoirs discrétionnaires dont les organismes de réglementation avaient jusque-là bénéficié. Pour reprendre les mots de Harter (1982:14),

---

<sup>138</sup> Voir Stewart dans Harter (1982:16-17).

<sup>139</sup> Même si, comme Wald (1985) l'a souligné, la force des examens judiciaires, aux États-Unis, a depuis diminué et que de nouvelles questions concernant le rôle des tribunaux, en ce qui concerne l'établissement de règles par négociation, ont surgi.

ces changements combinés ont eu pour effet de modifier le rôle des organismes : de gardiens spécialisés de l'intérêt public, ils sont devenus un genre d'arbitres actifs.

Deux faits nouveaux ont accompagné (et, dans une large mesure, causé) ces changements : l'augmentation spectaculaire de la complexité des questions de réglementation -- qui, dans de nombreux cas, a devancé la capacité de la science de fournir des réponses -- et le fait que les groupes d'intérêt sont devenus beaucoup mieux informés et beaucoup plus raffinés, notamment en ce qui a trait à la collecte de renseignements. De plus, ils exigeaient que leurs vues soient prises en considération. Par conséquent, les organismes de réglementation ont fait face à des pressions de plus en plus grandes : des membres du public éclairés et actifs sur le plan politique exigeaient de participer à l'ébauche des politiques et des règlements. En même temps, cependant, les connaissances techniques, socio-économiques et scientifiques (au sein des organismes gouvernementaux et du secteur privé) ne sont pas toujours demeurées au diapason des questions complexes touchées par les décisions prises en matière de réglementation.

Selon Harter (*ibid.*:17), cette situation :

[Traduction]

[...] s'est traduite par une crise de légitimité qui constitue le malaise actuel. L'expertise présumée des membres de leur personnel ne garantit plus l'acceptation des mesures prises par les organismes. On ne considère plus qu'il s'agit d'un processus légitime du simple fait qu'il remplit les vides laissés par le pouvoir législatif ou parce qu'il est guidé par des principes publics largement acceptés. L'établissement de règles, dans la mesure où il est légitime sur le plan politique, découle du droit des parties concernées de présenter des faits et des arguments à un organisme en vertu de procédures conçues pour garantir la rationalité des décisions prises par les organismes.

Les décisions politiques ne constituent pas nécessairement une solution purement rationnelle ou «juste». Pourtant, les procédures actuelles en matière de réglementation ne permettent pas aux parties de participer directement -- de prendre part à l'établissement du jugement ultime, qui est ce qui confère leur légitimité aux décisions politiques.

À la lumière de cette situation, la question suivante se pose : quel est le genre de structure et de procédures de prise de décisions qui permettraient le mieux de tenir compte de la nature politique inhérente des décisions prises en matière de réglementation? Étant donné les limites et l'insatisfaction associées aux audiences publiques (qui peuvent être grandement conflictuelles) et aux consultations (qui ne permettent pas d'interaction directe entre les parties intéressées)<sup>140</sup>, la négociation de règlements a été l'une des réponses proposées. La négociation de règlements tient compte du principe de la nécessaire légitimité politique en prévoyant que le public participe au processus décisionnel et en introduisant une procédure en vertu de laquelle le dialogue

---

<sup>140</sup> Harter *ibid.*:18-24.

entre groupes intéressés peut résoudre des questions qui ne peuvent et ne devraient pas être réglées seulement par la recherche et les prédictions scientifiques ni par des tentatives unilatérales suivant lesquelles les parties cherchent à influencer l'«arbitre» -- c'est-à-dire l'autorité en matière de réglementation<sup>141</sup>. Ainsi, la négociation de règlements s'est imposée comme méthode d'établissement de règles nouvelles, quoique complémentaires : on prétend qu'elle s'assortit, quant au fond et à la politique, de la légitimité qui fait défaut aux méthodes conventionnelles.

### 3.1.2 Autres pays

Même si, dans l'histoire canadienne, on ne retrouve pas la progression historique des événements ayant motivé l'élaboration de la négociation de règlements aux États-Unis, les questions touchées sont analogues et s'appliquent, dans le monde d'aujourd'hui, aux activités menées par de nombreux pays au chapitre de la réglementation. Comme on l'a mentionné ci-dessus, les deux principales questions ont trait à la base décisionnelle qu'il convient d'utiliser lorsque les questions sont trop complexes pour être tranchées de façon satisfaisante par la seule rationalité technocratique<sup>142</sup> et au fait que le public demande de plus en plus à participer à la prise de décisions de ce genre.

Dans la prise de décisions en matière de réglementation, on observe, dans divers pays, un éventail d'«attitudes» gouvernementales. On indique que la Grande-Bretagne, comme d'autres pays du Commonwealth, a mis au point un régime axé sur la bienveillance (par rapport au modèle américain, caractérisé par la confrontation) qui repose sur la consultation et la négociation «courtoises» -- même si on fait remarquer que les négociations en cause se déroulent généralement «à huis clos» et ne supposent pas nécessairement la participation de tous les intervenants concernés<sup>143</sup>. En outre, on a soutenu que le modèle britannique était fragile et qu'il ne serait peut-être pas en mesure de résister à l'importation des attitudes conflictuelles qui accompagnent l'établissement d'entreprises internationales ou américaines sur son territoire ainsi qu'aux exigences ou aux besoins subséquents ayant trait à une plus grande participation des parties concernées à la prise de décisions en matière de réglementation<sup>144</sup>.

Par ailleurs, dans les pays scandinaves, tel la suède, qui sont beaucoup plus homogènes que le Canada, les États-Unis et la Grande-Bretagne, les pressions visant la recherche de solutions de rechange semblent très faibles. En fait, en Suède, l'établissement de règles semble obéir à un régime de consultation et de négociation antérieures à l'élaboration d'un règlement qui ressemble quelque peu à la négociation de règlements. En matière de réglementation, la politique est élaborée au moyen de la création d'un «comité de spécialistes» (composé de membres de l'opposition, d'intervenants officiellement reconnus, de représentants du secrétariat gouvernemental et de représentants de l'organisme de réglementation), qui ébauche le règlement en vertu d'un processus consensuel de prise de décisions. Le règlement provisoire est alors publié.

---

<sup>141</sup> Par «ne devraient pas», on entend que ces méthodes ne conviennent pas à la prise de décision fondamentalement politique et essentiellement législative.

<sup>142</sup> Professeur Daniel Bell dans Harter 1982:7, note 31.

<sup>143</sup> Braithwaite 1987.

<sup>144</sup> Braithwaite *op. cit.*

Le public présente des commentaires utilisés dans le cadre de la révision du règlement. Le règlement final, qui peut être contesté devant les tribunaux, est donc assujéti aux examens judiciaires; cependant, la fréquence à laquelle cela se produit est beaucoup moins grande qu'aux États-Unis. Si l'on peut déduire que certains des éléments du processus de négociation de règlements se retrouvent à l'intérieur du modèle suédois, il semble également que la participation pleine et entière du public au processus décisionnel en matière de réglementation est limitée<sup>145</sup>.

Dans l'État de Victoria, en Australie, on a en revanche recours à une stratégie qui repose sur une consultation rigoureuse visant à permettre au public de participer à la prise de décisions en matière de réglementation et à améliorer la base utilisée pour la prise de telles décisions. Comme on en discutera plus tard<sup>146</sup>, la méthode australienne diffère à deux égards des stratégies de consultation conventionnelles : en vertu de la loi, elle est obligatoire et exécutée. En outre, les exigences relatives aux résumés de l'étude d'impact de la réglementation sont beaucoup plus exhaustives, ce qui permet d'éviter la nature «occulte» de la prise de décisions en matière de réglementation, suivant le reproche qu'on a adressé aux méthodes canadiennes. Dans divers textes de loi particuliers autorisant des mesures de réglementation récemment modifiés, on a également pu déceler une augmentation du recours à la médiation et à d'autres solutions de rechange au règlement de conflits<sup>147</sup>.

## 3.2 Incitations à la participation

### 3.2.1 Meilleures solutions de rechange à une entente négociée

Pour participer de bonne foi, les parties doivent croire que la négociation d'un règlement leur sera bénéfique<sup>148</sup>. Comme le souligne Harter (1982:43), aucune partie n'acceptera de participer à une tribune en vue d'une prise de décisions à moins qu'elle n'estime, tout bien considéré, qu'elle a plus de chances d'atteindre ses buts généraux en utilisant ce processus plutôt que certains autres processus décisionnels disponibles. Fisher et Ury (1981) ont ramené cette observation à la conclusion suivante : une partie à une négociation sera guidée par la meilleure solution de rechange à une entente négociée s'offrant à elle. Si l'une de ces solutions semble plus prometteuse que la négociation, il est peu probable que la partie en question accepte de négocier<sup>149</sup>.

Souvent, les perceptions qu'ont les parties des meilleures solutions de rechange qui s'offrent à elles sont déterminées par ce que l'autorité en matière de réglementation fera en l'absence d'une négociation. Selon les solutions de rechange qui s'offrent à elles

---

<sup>145</sup> Conversation avec M. S. Marling, consul général de Suède, le 9 mars 1993.

<sup>146</sup> Voir, à la fin du présent chapitre, la partie 3.7.3.2 qui porte sur la *Subordinate Legislation Act* de l'Australie.

<sup>147</sup> Voir, par exemple, Marks 1989 et Bennett et Quinlan 1989.

<sup>148</sup> Même si, ainsi qu'on l'a indiqué, au chapitre 1 dans la partie qui porte sur les inconvénients, les parties peuvent accepter de participer de mauvaise foi, que ce soit pour retarder le processus ou pour augmenter le pouvoir de levier dont elles disposent au plan politique.

<sup>149</sup> Voir le rapport de la *B.C. Round Table* (volume 1, 1991:15). M. Chris Kirtz (de l'EPA des États-Unis) a laissé entendre que l'inverse était aussi vrai, c'est-à-dire qu'on entend par «pire solution de rechange à une entente négociée» la perception suivant laquelle les résultats, sans négociation, pourraient se révéler très défavorables. On souligne que les «meilleures solutions de rechange» sont essentielles à l'efficacité de la négociation de règlements dans la mesure où les parties doivent se présenter volontairement à la table, après avoir conclu que cette démarche constitue pour eux la meilleure façon de parvenir à leurs fins. Conversation avec le juge Barry Stewart, le 11 mai 1993.



pour persuader le ministère ou l'organisme de se conformer à leurs objectifs souhaités, diverses parties auront diverses meilleures solutions de rechange à une entente négociée. Par exemple, certains groupes d'intérêt très puissants peuvent considérer que le fait d'exercer des pressions sur le gouvernement en vue du résultat souhaité en matière de réglementation constitue une stratégie supérieure, tandis que d'autres groupes moins puissants peuvent considérer comme minimales leurs chances d'influencer le gouvernement au moyen du lobbying. En d'autres termes, la volonté des parties de participer aux négociations peut être fonction de la perception qu'elles ont du pouvoir de levier dont elles disposent à l'égard de l'organisme de réglementation ou des autorités supérieures.

Perritt (1986:1637) a laissé entendre que l'hypothèse suivante pouvait résumer ces observations : les parties ne négocieront que si elles considèrent que les résultats de mesures prises unilatéralement par l'organisme seront plus néfastes que ceux auxquels la négociation pourrait permettre d'en arriver. Cette hypothèse a trois corollaires. Les négociations de règlements sont plus susceptibles de donner des résultats si les parties s'entendent sur ce que seront les résultats en l'absence de négociations, si elles ne s'entendent pas sur ce que seront les résultats en l'absence de négociations et qu'elles sont toutes pessimistes plutôt qu'optimistes<sup>150</sup>, et si l'organisme cherche activement à influencer la perception qu'ont les parties des meilleures solutions de rechange à une entente négociée, en insistant auprès de chacune des parties sur les conséquences indésirables qu'aurait la prise de mesures unilatérale, ce qui rend plus attrayante la perspective des négociations<sup>151</sup>.

### 3.2.2 Autres incitatifs

Certains incitatifs découlent des avantages perçus de la négociation de règlements décrits au chapitre 1. Si certains de ces incitatifs sont négatifs (peur de l'inconnu, incertitude), d'autres peuvent être positifs. On a observé que le Canada, par rapport aux États-Unis, se trouvait dans une position avantageuse pour recourir à la négociation de règlements, les contestations de règlements devant les tribunaux étant moins nombreuses. Cette situation offre un avantage additionnel dans la mesure où elle renforce le degré de certitude associé au processus : les ententes sont plus susceptibles d'être mises en oeuvre - à condition, bien entendu, que l'organisme de réglementation adopte le règlement négocié<sup>152</sup>. Dans une certaine mesure, une autre incitation découle simplement de l'attrait qu'exerce la négociation de règlements elle-même, dans la mesure où les intervenants se plaisent à l'idée d'exercer un contrôle plus grand sur le contenu d'une décision prise en matière de réglementation et où l'entente conclue reposera sur un consensus<sup>153</sup>. Même si, à l'extérieur des négociations, il est possible que les parties possèdent des pouvoirs différents, il est intéressant de noter que les compétences des négociateurs à la table peuvent avoir pour effet d'effacer ces disparités<sup>154</sup>. De plus, selon la situation, on peut

---

<sup>150</sup> Par exemple, on a mentionné que les parties à un établissement de règles proposé peuvent ne pas être certaines des meilleures solutions de rechange à une entente négociée qui s'offrent à elles, et que cette incertitude pourrait les inciter à se présenter à la table de négociation (Susskind et McMahon 1985:153).

<sup>151</sup> Comme le souligne Perritt (1987:878), la nécessité de meilleures solutions de rechange à une entente négociée favorable est ce qui motive les paragraphes 1 et 2 de la recommandation 85-5 de l'ACUS; voir, au chapitre 2, la partie qui porte sur les critères.

<sup>152</sup> Conversation avec M. Lee Doney, directeur général de la B.C. *Round Table*, le 13 avril 1993.

<sup>153</sup> Voir, à la section 1.2, du Chapitre 1.0, la discussion consacrée à la prise de décision par consensus. Voir également Harter 1986:58.

<sup>154</sup> Susskind et McMahon 1985:725. Comme on le dit ci-dessous, la formation peut, à cet égard, se révéler une aide précieuse. En outre,

également considérer comme un incitatif positif le fait que l'animateur du comité de négociation soit une tierce partie neutre (par opposition à un représentant du ministère)<sup>155</sup>.

Ainsi qu'on l'a affirmé dans la partie du présent document consacrée aux avantages, d'autres incitatifs découlent du fait que les intervenants utilisent souvent une bonne part de leurs ressources pour tenter d'influencer la décision que prendra l'organisme. Susskind et McMahon font remarquer que de nombreux intervenants se plaignent du fait que le processus d'avis et d'appels de commentaires ne débute qu'une fois que le ministère ou l'organisme s'est engagé en faveur d'un plan d'action. Pour ces intervenants, le recours possible à la négociation de règlements est souvent très attrayant<sup>156</sup>.

On considère également comme un incitatif le fait que la participation est volontaire et que l'entente consensuelle lie malgré tout les parties<sup>157</sup>. En tout temps, les participants peuvent quitter la table de négociation. Qui plus est, les parties, si les négociations n'aboutissent pas à un consensus, peuvent recourir à d'autres options (par exemple, le lobbying et les tribunaux). Cependant, ainsi qu'on l'a noté au chapitre 1, si une entente consensuelle est conclue, les parties sont normalement tenues de se conformer à la proposition, ce qui confère un certain caractère de certitude à leurs efforts de négociation.

D'autres incitatifs ont été proposés. Par exemple, il y a toujours, au Canada, une accumulation de règlements que le Secrétariat des affaires réglementaires doit examiner. Si le gouvernement proposait d'examiner les règlements négociés avant les autres, les parties seraient incitées à participer à la négociation de règlements.

On a également laissé entendre que l'un des incitatifs les plus convaincants a trait à la présentation d'exemples pertinents de cas où la négociation de règlements a porté fruit<sup>158</sup>. Pour que cet incitatif puisse être utilisé, deux conditions doivent être réunies : d'abord, les négociations doivent être documentées et largement diffusées; deuxièmement,

---

l'accès aux ressources élaborées en vue des négociations -- du point de vue de l'information et des conseils techniques disponibles -- aide également à éliminer certains des écarts marqués qu'on observe au chapitre de la disponibilité des ressources financières. Dans certains cas, les représentants des groupes les moins fortunés ont pu ainsi assumer les frais de la participation aux réunions. Susskind et McMahon décrivent ensuite comment, dans les négociations, le pouvoir est plutôt fluide, selon les stratégies utilisées et les coalitions formées. De plus, il n'est pas rare qu'un mouvement en faveur du consensus maintienne en échec certains des groupes les plus récalcitrants. (*Ibid.*)

<sup>155</sup> Conversation avec M. Lee Doney, directeur général de la *B.C. Round Table*, le 13 avril 1993.

<sup>156</sup> Les porte-parole canadiens interviewés étaient généralement d'avis que l'industrie trouverait le processus attrayant puisqu'il permettrait d'économiser temps et argent ou, comme l'a exprimé M<sup>me</sup> Young, qu'il permettrait d'économiser du temps. Or, le temps, c'est de l'argent. Par ailleurs, quelques répondants ont indiqué que l'industrie pourrait ne pas disposer des ressources nécessaires à une participation efficace.

<sup>157</sup> Voir Perritt 1986:1659. On a également laissé entendre que les parties, si on leur a offert la possibilité de participer et qu'elles ont refusé, devraient être liées par le résultat (commentaire écrit de M. Peter Ford, Association canadienne de normalisation, le 4 août 1993).

<sup>158</sup> Susskind (1986:6), par exemple, fait remarquer que l'incrédulité est l'obstacle clé à une utilisation plus large de la négociation assistée dans le cadre du processus d'établissement de règlements. Les représentants élus et nommés ne croient pas qu'il leur serait avantageux de défendre, en matière de réglementation, les méthodes axées sur la négociation. On doit réitérer sans cesse que, dans le contexte d'une négociation assistée, chacune des parties dispose d'un droit de veto, y compris les représentants élus et nommés qui possèdent le pouvoir officiel de trancher. De nombreuses personnes chargées de défendre des intérêts particuliers ne croient pas que la négociation officielle leur permettra d'obtenir d'aussi bons résultats que les procédures judiciaires ou l'action «en coulisse». Ce sont les seules personnes qui peuvent penser de la sorte. Toutefois, je me dois de souligner que de nombreux participants à des négociations assistées récentes, aux niveaux local et de l'État, sont devenus d'ardents défenseurs d'une utilisation continue de tels processus. Ils ont constaté que la présence d'un intermédiaire doté d'une formation pertinente, la possibilité de participer à une recherche de faits commune, la capacité d'effectuer, à l'intérieur d'une tribune ouverte, des échanges parmi un éventail de questions et la possibilité de se retirer en tout temps ont produit des résultats qui allaient au delà de leurs espérances.

les intervenants doivent être au fait de ces cas et des résultats produits<sup>159</sup>. Relativement à cet incitatif, on laisse entendre que le processus bénéficierait d'un leadership plus fort, aussi bien dans un sens général (par exemple, le soutien des organismes fédéraux tels que le ministère de la Justice et le Secrétariat des affaires réglementaires) qu'en ce qui a trait au ministère ou à l'organisme chargé de la réglementation visé.

Dans les discussions que nous avons eues avec les porte-parole canadiens, on a maintes fois souligné qu'il était nécessaire que le gouvernement fédéral appuie officiellement le processus. La crainte et les réticences des représentants gouvernementaux pourraient compter parmi les principaux obstacles à l'utilisation de la négociation de règlements. Ainsi, il est nécessaire de sensibiliser les représentants des organismes aux avantages du processus et de mettre l'accent sur les facteurs attrayants qui pourraient les inciter à participer<sup>160</sup>. Pour ce faire, on pourrait recourir à un certain nombre de mesures, y compris un meilleur dialogue au sujet du processus, des ateliers et une légitimation officielle du processus au moyen de l'adoption de mesures législatives d'appui ou de directives strictes touchant les politiques. En outre, le processus exige le soutien et l'appui des ministres chargés de la réglementation, qui doivent souvent vaincre la crainte que suscite chez eux cette méthode d'élaboration de règlements.

### 3.3 Intervenants clés

#### 3.3.1 Participation des organismes

La négociation de règlements peut donner suite à divers types de participation des organismes ou des ministères. Harter (1982), par exemple, reconnaît implicitement deux formes d'établissement de règles par négociation : dans l'un, l'organisme participe aux négociations (modèle axé sur la participation de l'organisme); dans l'autre, il n'y participe pas (modèle axé sur la surveillance de l'organisme). Même si, dans les recommandations 82-4 et 85-5 de l'ACUS, on favorise la participation des organismes<sup>161</sup>, Perritt (1987:621) souligne qu'il arrive parfois que les parties soient si motivées à trouver une solution négociée à leurs différends que la participation de l'organisme est, dans les faits, superflue. Comme d'autres, Perritt affirme toutefois que, dans la plupart des cas, l'organisme devrait être représenté au sein du comité et poser des questions : ainsi, il devrait tenter d'obtenir des informations de la part des participants, acquérir des connaissances quant au fond et déterminer les secteurs pour lesquels il est possible de parvenir à un compromis. Cependant, l'expérience montre que l'organisme devrait éviter de diriger les participants vers un résultat ou un autre, ce type de participation pouvant avoir pour effet d'étouffer le débat.

L'importance de la participation des organismes est soulignée par le fait suivant :

---

<sup>159</sup> Voir le rapport de la Table ronde de l'Ontario 1992a:19-23; conversation avec M. Lee Doney, directeur général de la *B.C. Round Table*, le 13 avril 1993.

<sup>160</sup> Conversations avec un certain nombre de porte-parole canadiens.

<sup>161</sup> Au paragraphe 8 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on lit ce qui suit : «[Traduction] L'organisme devrait désigner un représentant officiel chargé de le représenter à la table de négociation. Cette personne devrait être identifiée dans l'avis publié dans le *Federal Register*.» De la même façon, on lit, dans le paragraphe 1 de la recommandation 85-5 de l'ACUS : «[Traduction] Un organisme parrainant des procédures d'établissement de règles par négociation devrait prendre part aux négociations. La participation des organismes peut prendre diverses formes. Les possibilités vont de la participation pleine et entière d'un négociateur à la présence d'un observateur chargé de commenter sur les préoccupations et les réactions éventuelles de l'organisme représenté. Les représentants de l'organisme prenant part aux négociations devraient occuper un poste suffisamment élevé pour pouvoir exprimer avec crédibilité les vues de celui-ci.»

l'échec de deux des établissements de règles par négociation entrepris par l'EPA s'explique, soutient-on, par l'absence d'une participation adéquate de l'organisme<sup>162</sup>. Perritt laisse entendre que la participation de l'organisme -- et de l'*Office of Management and Budget* (OMB), qu'on peut comparer au Secrétariat des affaires réglementaires du Conseil du Trésor du Canada -- réduit le risque de voir les parties miner le processus en tentant des recours de dernière minute auprès de l'organisme ou de l'OMB. De la même façon, Thomas (1987) a indiqué que la coordination au sein de l'organisme et avec l'OMB est plus critique dans l'établissement de règles par négociation que dans l'établissement de règles conventionnel, parce que le comité de négociation doit être convaincu que le négociateur de l'organisme parle au nom du gouvernement fédéral. Ce processus de coordination doit accompagner les négociations (et non les retarder); si les organismes fédéraux retardent les négociations pour coordonner leur action, ils peuvent difficilement s'attendre à ce que les autres participants respectent les horaires établis<sup>163</sup>. Dans l'établissement de règles conventionnel, l'examen de l'OMB a normalement lieu après que l'organisme ait élaboré la règle proposée ou finale, mais avant qu'elle n'ait été publiée. Dans l'établissement de règles par négociation, la consultation avec l'OMB (le Secrétariat des affaires réglementaires), parce que l'organisme s'est engagé à utiliser les règlements proposés à la suite de la prise d'une décision par consensus, doit avoir lieu pendant les négociations. Les analystes de l'OMB ont assisté à titre d'observateurs à de nombreuses séances d'établissement de règles par négociation aux États-Unis, mais, habituellement, ils n'ont pas pris part aux discussions.

De plus, Perritt fait remarquer que la participation des organismes assure à certaines parties un meilleur accès à ceux-ci, du moins par comparaison avec ce que permettent normalement les méthodes d'établissement de règles conventionnelles. De plus, la participation des organismes fait qu'il est plus probable que l'organisme (et le Secrétariat des affaires réglementaires) appuiera et comprendra les assises des propositions négociées. Finalement, on observe que la participation de l'organisme élargit la gamme des possibilités offertes en ce qui touche les consensus<sup>164</sup>.

Bien entendu, on a reconnu que la participation des organismes pouvait entraîner certains problèmes; cependant, Harter (1982:63) affirme que ces difficultés peuvent être surmontées à l'aide d'une planification et d'une orientation adéquates. Étant donné que, en bout de ligne, l'organisme est chargé de l'acceptation du règlement négocié, certaines parties peuvent considérer le représentant de l'organisme comme un «intérêt particulier» et lui accorder un statut inhabituel en se donnant de grands airs, en défendant des positions extrêmes, et ainsi de suite, de manière à préserver leur position au cas où les négociations échoueraient. Si un consensus n'est pas atteint et que l'organisme utilise à mauvais escient les concessions et compromis faits dans le cours des négociations, ainsi que des données recueillies pendant le processus, un deuxième problème peut se poser. Ainsi, les parties peuvent se montrer réticentes à l'idée de faire preuve de souplesse et de cordialité, ce qui risque de compromettre l'efficacité des négociations.

Comme on l'a fait remarquer au chapitre 2, la participation des organismes devrait

---

<sup>162</sup> Perritt 1987:20. Voir également Osherenko (1989:12-13), qui relate l'échec partiel des négociations de la mer de Béring, auxquelles les représentants du gouvernement n'ont pas participé; et Smith 1993:39. Dans l'ensemble, l'importance de la participation des organismes a été soulignée par les porte-parole interviewés dans le cadre de la présente étude.

<sup>163</sup> M<sup>me</sup> Wendy Frances, pour avoir vécu une expérience du genre, a fait un commentaire analogue.

<sup>164</sup> Harter (1982:60-63) expose les possibilités qui peuvent se présenter si l'organisme ne participe pas.

être appuyée par des consultations adéquates entre les organismes touchés par l'établissement de la règle proposée, qu'il s'agisse d'autres organismes fédéraux ou de ministères provinciaux. Ces ministères ou organismes additionnels peuvent également participer aux négociations. Souvent, par exemple, un autre organisme est responsable de l'exécution du règlement de l'organisme (Canada, ministère de la Justice, 1993). En outre, on a de plus constaté que, faute d'une communication inter-organismes, on était sur le point de conclure une norme au sujet de l'utilisation du chlore lorsqu'on a appris qu'un autre organisme envisageait tout simplement de bannir la substance.

Dans son étude du processus d'établissement de règles par négociation utilisé pour mettre au point une norme de santé proposée pour l'OSHA, Perritt (1987) fait remarquer qu'il existe une tension inhérente entre la nature ponctuelle de l'établissement de règles par négociation et la gestion ordonnée d'un programme de réglementation. Par conséquent, il affirme que les organismes doivent non seulement soutenir l'élaboration de procédures saines et stables en matière d'organisation et de gestion, mais aussi reconnaître la valeur de l'établissement de règles par négociation à titre de solution de rechange aux processus traditionnels. Ainsi, on devrait établir des mécanismes institutionnels qui répondent à la nature ponctuelle de l'établissement de règles par négociation, tout en réduisant au minimum les perturbations des activités courantes d'un ministère chargé de la réglementation, au chapitre de l'imputabilité, de la voie hiérarchique et de la planification et de l'allocation ordonnées des ressources<sup>165</sup>.

Harter (1982:66) souligne que le représentant de l'organisme, comme son homologue du secteur privé, devrait être un cadre supérieur qui connaît ce que sera vraisemblablement la position ultime de l'organisme et qui fait partie de la section de l'organisme chargée de l'établissement de règles, de manière à ce qu'il possède une connaissance approfondie des questions en cause. De même, il est important que les avocats de l'organisme interviennent tôt dans le processus décisionnel, afin que le règlement proposé soit conforme aux exigences de la loi et que l'organisme puisse l'accepter. Ainsi, il est important que le représentant de l'organisme occupe un poste suffisamment élevé qui lui permette d'utiliser les ressources de l'organisme et de coordonner ses diverses préoccupations comme si c'était le personnel de l'organisme qui élaborait le règlement. Si, pour une raison ou pour une autre, la participation de l'organisme (ou du Secrétariat des affaires réglementaires) n'est pas acceptable aux autres parties, l'animateur ou la tierce partie neutre devrait servir de courroie de transmission entre la table de négociation et les organismes gouvernementaux.

### 3.3.2 Participation du secteur privé

Comme on l'a souligné au chapitre 2, la participation de *toutes* les parties concernées est essentielle à la négociation de règlements<sup>166</sup>. Certes, la représentation des intérêts touchés est critique en ce qui touche la qualité et l'acceptabilité de l'entente conclue. Ainsi que le soutient Jackman, elle est aussi imposée par l'article 7 de la *Charte* -- au moins en ce qui touche les décisions liées à la réglementation qui ont des

---

<sup>165</sup> Pour une illustration de certaines recommandations au sujet de la façon dont l'organisme pourrait se réorganiser de manière à répondre adéquatement aux exigences de l'établissement de règles par négociation, voir Perritt 1987:39-40.

<sup>166</sup> Harter 1982:52ss.

répercussions sur la vie, la liberté ou la sécurité personnelle<sup>167</sup>.

Harter (1982:53) fait la mise en garde suivante : pour déterminer les intérêts dont la participation est indispensable à l'élaboration du règlement, on doit faire preuve de jugement et de prudence. La Commission de réforme du droit du Canada (1986:114) souligne à cet égard qu'il ne suffit pas de se demander qui sera touché par la décision (c'est-à-dire, la question de l'équité) pour établir qui participera au processus décisionnel. On doit également se demander qui dispose d'informations et de connaissances qui contribueront à la décision et si la participation de la personne est justifiée à la lumière de la capacité du processus de répondre aux buts du gouvernement<sup>168</sup>. Sinon, Harter laisse entendre que la façon la plus rapide de déterminer les parties intéressées consisterait à laisser aux parties elles-mêmes le soin de prendre la décision. Les intérêts qui ne sont touchés qu'indirectement pourraient voir leur participation restreinte à des commentaires écrits ou à d'autres moyens limités. À mesure que les travaux progressent, le nombre d'intérêts touchés par une négociation peut augmenter ou diminuer. Par conséquent, les intérêts représentés peuvent également devoir être modifiés au cours des négociations. Pour permettre l'ajout de nouvelles parties, la souplesse peut être de mise<sup>169</sup>.

Comme pour la représentation de l'organisme, les représentants du secteur privé devraient être des cadres supérieurs des organismes auxquels ils appartiennent<sup>170</sup>. Chaque partie choisit son propre représentant (et, le cas échéant, un substitut<sup>171</sup>) qui connaît la question et qui, dans la mesure du possible, a une expérience des délibérations touchant les politiques. Il est important que les participants soient également autorisés à prendre des décisions au nom de leur organisme. En outre, il faudrait qu'ils aient de bonnes chances de demeurer puissants et influents pendant et après les négociations<sup>172</sup>.

### 3.3.3 Médiateurs ou animateurs

M. Gerald Cormick, praticien aguerri de la négociation dans le domaine de l'environnement, a défini celle-ci comme un processus volontaire auquel les parties à un différend explorent conjointement ce qui les divise de manière à y remédier. Le médiateur n'a pas le pouvoir d'imposer un règlement. Sa force réside dans sa capacité d'aider les parties à résoudre leurs propres différends. Le différend qui fait l'objet d'une médiation est réglé lorsque les parties elles-mêmes en viennent à ce qu'elles considèrent comme une solution possible<sup>173</sup>.

---

<sup>167</sup> Jackman 1990.

<sup>168</sup> En ce qui a trait à l'identification des groupes d'intérêts qui devraient participer aux négociations, la règle de base suppose l'identification de tous ceux qui appuient le règlement et, de plus, de tous ceux qui pourraient s'y opposer et tenter de faire de l'obstruction. Conversation avec le juge Barry Stewart, le 11 mai 1993.

<sup>169</sup> Conversation avec le juge Barry Stewart, *supra*.

<sup>170</sup> Même si, en pratique, on a observé certains écarts dans le type de représentation, certaines parties appartenant au secteur privé utilisant des avocats pour représenter leurs intérêts, on a recommandé que des cadres supérieurs de l'organisme siègent à la table de négociation, là où il était possible de le faire. Conversation avec le juge Barry Stewart, le 11 mai 1993. Cependant, on reconnaît que cela peut se révéler difficile dans certaines circonstances, par exemple lorsque les parties en cause sont des sociétés internationales dont le siège social et l'appareil décisionnel se trouvent dans un autre pays. Voir Janisch 1989.

<sup>171</sup> Par exemple, au chapitre 2, on a souligné qu'il était nécessaire, dans certaines négociations, de créer des sous-comités ou des caucus, auquel cas la nomination d'un autre représentant peut se révéler nécessaire.

<sup>172</sup> Osherenko 1989:22.

<sup>173</sup> Dans Marcus et coll. 1984:216.

Habituellement, les réunions de négociation doivent être gérées de manière très efficiente, étant donné le nombre relativement élevé de questions et de parties ainsi que la période généralement courte allouée pour la conclusion d'une entente. Dans ce processus, un médiateur ou un animateur chevronné peut aider les parties. Dans le paragraphe 10 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on indique que l'organisateur et l'organisme *voudront peut-être* se demander si le choix d'un médiateur est susceptible de favoriser le processus de négociation. Là où les participants ne possèdent pas une expérience pertinente de la négociation, un médiateur peut se révéler d'un grand secours en les familiarisant avec le processus et en résolvant les impasses. Dans la recommandation 85-5 de l'ACUS, on recommande instamment que des médiateurs soient utilisés dans presque toutes les négociations de règles, même lorsqu'on est au fait du processus<sup>174</sup>.

Suivant la procédure normale, la tierce partie neutre préparera un ordre du jour qu'elle enverra aux participants avant les réunions. La ratification de l'ordre du jour devrait être le premier point à l'ordre de chacune des réunions. La tierce partie neutre est alors responsable de veiller à ce que la réunion respecte l'horaire prévu ou, au besoin, de procéder à des rajustements. La tierce partie neutre est également chargée de tenir une liste des questions et des éléments traités par le comité, de manière à ce que chaque partie puisse constater les progrès accomplis dans le cadre de la réunion<sup>175</sup>. En outre, un médiateur ou un animateur aguerri aidera les membres du comité à établir quand une pause ou une réunion en caucus ou en sous-comité est nécessaire. De même, un animateur chevronné peut parfois modifier les interactions entre parties opposées de manière à résoudre les différends<sup>176</sup>. Finalement, un médiateur peut également déterminer quand un consensus a été atteint, même si les positions respectives font toujours l'objet de discussions<sup>177</sup>.

Les représentants de l'*Administrative Conference of the United States* (1990:103) affirment que le choix minutieux d'une tierce partie neutre compétente est essentiel au succès des négociations. Chaque intervenant doit avoir confiance dans les compétences et dans la neutralité du médiateur<sup>178</sup>. Il arrive souvent que l'organisateur, s'il provient de l'extérieur de la division de l'organisme chargé de l'établissement de règles, aura établi la confiance et les rapports nécessaires avec les parties au cours du processus d'organisation. En outre, il se sera grandement familiarisé avec les enjeux, si bien qu'il constitue le meilleur candidat au poste de médiateur ou de membre d'une équipe de médiation. Perritt

---

<sup>174</sup> Perritt 1987:884, note 89.

<sup>175</sup> Dans le *Sourcebook* (1990:181) de l'*Administrative Conference of the United States*, on note qu'il arrive souvent que la personne chargée du compte rendu de la réunion aide le médiateur en affichant au profit de tous (à l'aide d'un tableau, d'un rétroprojecteur, etc.) les ordres du jour ou les éléments débattus, les questions et leur résolution. Il peut incomber à quelqu'un d'autre de tenir le procès-verbal ou de suivre les modifications apportées à la formulation du document provisoire.

<sup>176</sup> Osherenko 1989:22.

<sup>177</sup> *Administrative Conference of the United States, ibid.* Perritt (1987:884) signale que presque tous les participants aux quatre négociations de règles terminées qu'il a analysées étaient d'avis que les médiateurs avaient apporté au processus une contribution essentielle. En fait, il est difficile de concevoir comment l'une des quatre négociations auraient pu être couronnée de succès sans l'aide des animateurs ou médiateurs. Les trois organismes ont eu recours à la fois à un organisateur et à des médiateurs. Dans certains cas, l'organisateur est devenu l'animateur ou le médiateur. Dans d'autres cas, l'animateur ou le médiateur était une personne autre que l'organisateur. Malgré les écarts observés dans les styles, la participation de l'animateur ou du médiateur s'est révélée essentielle au progrès des négociations. Peu de participants ou d'observateurs estimaient que les médiateurs devaient provenir d'un secteur particulier; ils mettaient plutôt l'accent sur l'expérience et la compétence en matière de médiation. Pour être un bon médiateur, il ne suffit pas d'avoir la capacité de bien travailler avec autrui. Il faut également posséder une connaissance instinctive du fonctionnement des groupes et de la façon de progresser vers un règlement.

<sup>178</sup> Voir Hoffman 1990:68-69.

(1987:884) laisse entendre que les animateurs de l'intérieur et de l'extérieur offrent chacun des avantages et des inconvénients. Par rapport aux avantages décrits ci-dessus, les animateurs de l'intérieur peuvent ne pas constituer le meilleur choix dans la mesure où le fait de traiter des problèmes internes de la structure de base et d'intervenir avec d'autres organismes gouvernementaux (par exemple le Secrétariat des affaires réglementaires) pourrait susciter chez lui certaines inhibitions<sup>179</sup>. De plus, les parties privées peuvent se montrer réticentes à l'idée qu'un animateur de l'intérieur de l'organisme puisse faire preuve de neutralité.

Les responsables de l'*Administrative Conference of the United States* tiennent une liste de parties neutres spécialisées dans la résolution de conflits. Au Canada, il existe un certain nombre d'organismes du secteur privé qui offrent ces services. Dans le rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:25-26), on recommande ce qui suit :

[Traduction]

Pour faciliter l'utilisation de diverses méthodes de résolution de conflit par des parties privées, le gouvernement de l'Ontario devrait établir la structure, par exemple un organisme ou un centre de médiation, qui agira à titre d'organisme gouvernemental indépendant. À ce titre, l'organisme en question devrait :

- a) sensibiliser le public aux techniques de résolution de conflit;
- b) former les employés du secteur public à la résolution consensuelle;
- c) créer une tribune où les procédures de résolution de conflit pourraient se dérouler;
- d) établir un répertoire de médiateurs disponibles;
- e) définir les faits nouveaux et les raffinements liés à de telles techniques; et
- f) jouer un rôle de coordination en ce qui touche les spécialistes de la résolution de conflit dans les commissions, les organismes et les ministères concernés.

Un tel organisme de médiation serait financé par les secteurs public et, peut-être, privé, même si la neutralité et l'indépendance de ses employés ne devraient pas être mises en cause. L'organisme exercerait ses activités suivant son propre code d'éthique et aurait des comptes à rendre au public.

Perritt (*op. cit.*) indique cependant que les aptitudes à la médiation sont une affaire de plus personnelles, et qu'il serait peu avisé d'établir une source institutionnelle

---

<sup>179</sup> Perritt examine plus avant certains problèmes qui se posent à l'intérieur de la structure de base, 1987:885-888.



exclusive de services de médiation pour l'établissement de règles. Par ailleurs, il soutient qu'il est peut-être à conseiller d'organiser des programmes de formation et d'éducation et de procurer des services de médiation concurrentiels pour veiller à ce que les postes éventuels de tierces parties neutres soient répartis équitablement.

### 3.3.4 Le rôle des médias

Selon le droit administratif américain, les réunions devraient être ouvertes au public<sup>180</sup>. Néanmoins, les représentants de l'*Administrative Conference of the United States* font remarquer que, dans certaines situations, les membres des comités peuvent vouloir exclure les membres du public (par exemple, lorsque l'information abordée est de nature confidentielle). Au paragraphe 12 de la recommandation 82-4 de l'ACUS, on laisse ainsi entendre que le groupe de négociation ne devrait être autorisé à tenir ses réunions à huis clos que pour protéger des données confidentielles. Il pourrait également agir de la sorte lorsque, de l'avis des participants, les possibilités d'en arriver à un consensus seraient ainsi considérablement accrues.

Perritt (1986:1639) souligne que le processus de compromis que supposent les négociations devrait être mis à l'abri des rapports fragmentaires ou inexacts à l'égard des positions adoptées, ce qui risque de mettre les procédures en péril. Toutefois, il mentionne que la décision de tenir des réunions ouvertes ou fermées a également certaines répercussions sur le pouvoir relatif dont disposent les diverses parties représentées. Par exemple, les groupes d'intérêt public cherchent fréquemment à remédier aux ressources humaines et financières limitées dont ils disposent en mobilisant les médias de manière à ce qu'ils influencent le public et l'opinion gouvernementale. Lorsque les réunions sont ouvertes aux médias, cette mobilisation est plus facile à obtenir. Compte tenu de son évaluation des négociations au sujet de la mer de Béring, Osherenko (1989:24) soutient que, de façon générale, les médias devraient être exclus parce que leur présence peut être plus favorable à certaines parties qu'à d'autres, ce qui peut favoriser l'adoption de comportements stratégiques dans un processus conçu pour optimiser la coopération et les gains mutuels. Habituellement, affirme-t-elle, la présence des médias inhibe la discussion franche et favorise l'adoption de grands airs<sup>181</sup>.

## 3.4 La formation

Dans la présente partie, on s'intéresse à deux types de formation, soit celle des parties intéressées siégeant à la table de négociation et celle des tierces parties neutres.

### 3.4.1 L'orientation et la formation des participants

Comme on l'a indiqué précédemment, les participants à la négociation de règlements peuvent ne pas avoir une grande expérience du processus de négociation,

---

<sup>180</sup> *Administrative Procedure Act* et *Federal Advisory Committee Act* des États-Unis.

<sup>181</sup> Dans le *Sourcebook* (1990:195) de l'*Administrative Conference of the United States*, on cite certains exemples de protocoles qui ont été élaborés relativement aux médias. Au Canada, dans certains cas, on a constaté que les médias avaient nui au processus de négociation.

particulièrement du type de « négociation raisonnée » recommandée pour le processus<sup>182</sup>. Par conséquent, la plupart des établissements de règle par négociation tenus aux États-Unis ont débuté, au stade de la pré-négociation, par des séances de formation et d'orientation destinées aux participants. Les représentants de l'*Administrative Conference of the United States* soulignent que ces séances visent les principaux objectifs suivants :

- augmenter et mettre à jour les compétences des participants en matière de négociation;
- permettre aux participants de se connaître les uns les autres dans un environnement neutre et d'entreprendre l'établissement de relations constructives entre eux;
- illustrer les techniques d'établissement de consensus à l'aide d'exemples non menaçants prenant la forme de démonstrations, d'exercices ou de simulations;
- permettre au(x) médiateur(s) d'observer la dynamique des interactions entre les membres du groupe; et
- fournir des procédures et un vocabulaire communs permettant de fonctionner de manière consensuelle<sup>183</sup>.

Même si, au départ, certains organismes se montraient réticents à l'idée d'offrir une séance de formation de crainte que les participants ne sentent que leurs compétences étaient remises en question, ils ont constaté que les parties, une fois les séances offertes, ont choisi d'y participer. En outre, on a indiqué que l'orientation était valable et peut-être essentielle.

Dans les séances, on présente habituellement de brefs exposés au sujet de la négociation. De plus, on se livre à des jeux de rôle habituellement fondés sur les techniques de la « négociation raisonnée » conçue par Fisher et Ury, dont nous avons déjà parlé<sup>184</sup>. Dans les exposés, on s'intéresse habituellement à des questions telles que les meilleures solutions de rechange à une entente négociée, les intérêts par rapport aux positions et l'optimisation des gains mutuels (« gagnant-gagnant » plutôt que « perdant-gagnant »)<sup>185</sup>.

Parce que les séances de formation se sont révélées si bénéfiques pour les

---

<sup>182</sup> Voir, au chapitre 2, la partie qui porte sur les négociations (stade 3). On a observé que ce type de négociation est beaucoup plus difficile que les recours contradictoires devant les tribunaux et qu'il exige des compétences dont l'utilisation est familière à peu de gens. Conversation avec le juge Barry Stewart. À moins que les représentants du public connaissent bien le processus et la façon d'utiliser les nouvelles procédures, la méthode, laisse entendre M. Glenn Sigurdson, pourrait être discréditée avant même d'avoir eu une véritable chance -- particulièrement si, d'entrée de jeu, les représentants de l'organisme se montrent réticents à l'endroit du processus.

<sup>183</sup> *Sourcebook* 1990:161 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>184</sup> Voir le Chapitre 2.0.

<sup>185</sup> À cet égard, il est intéressant de noter qu'il est possible que certains malentendus surgissent au sujet de ce que la séquence « gagnant-gagnant » signifie en pratique. M<sup>me</sup> Wendy Frances et M. Glenn Sigurdson, par exemple, ont mentionné que, dans la plupart des cas, le seul résultat qui ne fait que des gagnants a trait à ce que les solutions de rechange auraient été. Comme on l'indiquera, au chapitre 4 dans la partie qui porte sur les conséquences involontaires de la négociation de règlements, il est important que les participants le comprennent de manière à éviter certaines fausses attentes.

participants, les représentants de l'*Administrative Conference of the United States*, dans le paragraphe 4 de leur recommandation 85-5, ont laissé entendre que l'organisme devrait songer à donner aux parties l'occasion de participer à une séance de formation au sujet des aptitudes à la négociation tout juste avant le début des négociations proprement dites.

Les représentants de la Table ronde de l'Ontario (1992a:19-20) considèrent également la formation comme un élément important des méthodes consensuelles<sup>186</sup>. Dans le rapport, on laisse entendre que la formation du personnel gouvernemental aux compétences et aux avantages associés aux solutions de rechange au règlement de conflits pourrait être obligatoire ou simplement recommandée, tandis que les sociétés privées devraient être fortement incitées à offrir une formation analogue. Ainsi, les représentants de la Table ronde de l'Ontario recommandent que les commissions, les organismes ou les ministères compétents offrent des séances de formation régulières aux spécialistes de la résolution de conflits et aux autres employés qui prennent part à la mise en oeuvre et à l'exécution de la politique en matière de résolution de conflits.

### 3.4.2 La formation des tierces parties neutres

Dans le rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:25), on recommande que le gouvernement de l'Ontario établisse des normes professionnelles pour les diverses parties neutres, à l'égard de questions telles que l'expérience, la formation et les conflits d'intérêt. Les parties à un différend donné ne devraient pas être tenues d'utiliser ces normes pour choisir une tierce partie. Toutefois, elles devraient avoir accès à ces lignes directrices.

Même si les écoles de droit et les associations du Barreau canadiennes ont récemment témoigné un intérêt accru pour les solutions de rechange au règlement de conflits, y compris la négociation, il ne semble pas que les progrès accomplis ici à ce chapitre soient aussi importants que ceux qu'on observe aux États-Unis (on songe particulièrement au *Harvard's Negotiation Project*). Néanmoins, un éventail de sources offrent des cours de formation (dont certains s'assortissent d'une forme d'agrément), y compris (pour n'en citer que quelques-unes) l'Institut d'Arbitrage et de Médiation du Canada Inc. (une société privée sans but lucratif qui offre des cours par l'intermédiaire de l'Université de Toronto), le Groupe des orientations nouvelles de l'Université Carleton d'Ottawa<sup>187</sup>, le *Conference Board* du Canada, à Ottawa (M. Brian Hull), l'Institut canadien pour la résolution des conflits, d'Ottawa<sup>188</sup>. On en retrouve aussi dans divers programmes des écoles de droit<sup>189 190</sup>.

---

<sup>186</sup> Voir aussi Craven (1990:268) qui signale que l'établissement des mesures législatives de l'État de Victoria (voir la partie 3.7 du présent chapitre) avait été affecté, au stade initial de la mise en oeuvre, par le fait que le personnel du gouvernement ne disposait pas de la formation voulue.

<sup>187</sup> M. Glen Toner, professeur de sociologie, Université Carleton. Conversation avec M. Brian Hull, le 3 avril 1993.

<sup>188</sup> Conversation avec M. Robert Birt, le 8 mars 1993.

<sup>189</sup> Un examen sommaire de certains documents disponibles auprès de ces sources montre cependant que le concept de négociation de règlements en général et l'idéal que constitue la «négociation raisonnée» en particulier n'ont pas encore été assimilés à ces cours. Voir, par exemple, le rapport du Barreau du Haut-Canada (1993). En réponse à une enquête menée par cet organisme, un répondant a noté ce qui suit : «[Traduction] Les recommandations de votre comité touchant l'éducation sont bonnes. Cependant, elles n'abordent pas le problème que pose actuellement le fait qu'aucune formation n'est offerte aux arbitres et aux médiateurs. On ne peut assimiler le rôle d'une tierce partie neutre à celui d'un défenseur. En ce qui touche les conflits qui ne portent pas sur les relations de travail, on dispose pour le moment d'un très petit bassin de tierces parties neutres disponibles -- la plupart d'entre elles des ex-juges. On a besoin d'un cours de formation destiné aux avocats expérimentés que le rôle de tierce partie neutre intéresse. Les cours intensifs de formation offerts par le CLE de Harvard comptent au nombre des rares options offertes, mais ils sont peu fréquents, durent peu longtemps et peuvent accommoder un petit nombre de personnes. L'Université de Toronto offre

### 3.5 Le financement

Comme on l'a indiqué au chapitre 1, les économies à long terme que la négociation de règlements peuvent permettre de réaliser sont considérables. À court terme, toutefois, le processus peut se révéler onéreux. La question du financement adéquat a un certain nombre de répercussions. Le financement peut ainsi influencer sur la capacité d'organiser la participation de groupes de défense des intérêts du public ainsi que sur la qualité de cette participation<sup>191</sup>, sur l'établissement d'un bassin de ressources (par exemple, pour l'embauchage de spécialistes et d'experts-conseils neutres de même que pour la réalisation de recherches), sur la capacité d'engager des tierces parties neutres qualifiées de même que sur les coûts associés à des problèmes plus logistiques, tels que les déplacements et l'hébergement.

Comme Jackman (1990:42) l'a souligné, une participation significative peut se révéler onéreuse. Elle se réfère aux commentaires de Le Forest :

[Traduction]

Si nous considérons la participation non pas comme un simple exercice de relations publiques, mais bien comme un moyen utile de donner aux organismes des informations au sujet de tous les intérêts pertinents, de manière à ce que leurs décisions puissent être acceptables et raisonnables, on doit établir des modes de financement. Autrement, seuls les organismes qui disposent de moyens financiers suffisants seront représentés, ce qui entraîne une situation non démocratique qui est aux antipodes des motifs sous-jacents de la participation du public.

Jackman ajoute que la situation est particulièrement troublante du fait que, au Canada, l'établissement de politiques en matière de réglementation repose sur un modèle pluraliste (comme l'indique, affirme-t-elle, la Stratégie de réforme de la réglementation [1986] du gouvernement fédéral). Conformément à l'image de l'État agissant comme arbitre neutre parmi des intérêts divergents<sup>192</sup>, l'organisme de réglementation devrait établir les intérêts du public tels qu'ils se dégagent des vues divergentes exprimées par divers particuliers et groupes qui pourront être touchés par la décision prise en matière de réglementation. Se référant aux nombreuses allégations de «détournement» d'organisme, Jackman affirme qu'il s'ensuit que le processus actuel de réglementation est en soi altéré

---

un demi-cours, mais, selon tous les rapports, cela ne suffit pas. On doit également créer un type d'apprentissage. En Ontario, nous nous retrouvons dans la position anormale suivante : nous disposons d'une nouvelle *Loi sur l'arbitrage* très souple et sur des règles applicables aux listes commerciales qui autorise les solutions de rechange au règlement de conflit. Il y a également de grands secteurs du droit, par exemple le droit environnemental, qui appellent des solutions non judiciaires. En dehors des relations de travail, il n'existe pourtant aucune liste de parties neutres au fait des solutions de rechange au règlement de conflit, connue des membres de la profession et du public.» Dans un même ordre d'idées, on a observé qu'on ne retrouvait pas beaucoup, au Canada, de tierces parties neutres qualifiées. Conversation avec le juge Barry Stewart, le 11 mai 1993.

<sup>190</sup> En Australie, le *Australian Commercial Disputes Centre* (ACDC) a été créé en 1986, et le «*Lawyers Engaged in Alternative Dispute Resolution*» (LEADR), en 1987. L'ACDC et le LEADR, qui possèdent tous deux des écoles de médiateurs, s'intéressent activement aux solutions de rechange au règlement de conflits. En Australie, ces solutions de rechange ont même donné lieu à la création d'un journal : *The Australian Dispute Resolution Journal*. Voir Pengilly 1992.

<sup>191</sup> L'EPA a constaté que ce problème pouvait devenir particulièrement aigu lorsqu'un organisme est invité à participer à plusieurs négociations. À la deuxième ou la troisième négociation, les pressions qui s'exercent sur les ressources de l'organisme tendent à devenir fort marquées. *Sourcebook* 1990:237 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>192</sup> Voir la partie qui porte sur les raisons sous-jacentes de la négociation de règlements, *supra*.

du fait qu'il suppose la participation, tandis que celle-ci n'est nullement garantie. L'auteur ajoute que cette situation est non seulement malheureuse dans le contexte ordinaire des politiques, mais aussi inacceptable sur le plan constitutionnel, une fois les critères établis à l'article 7 (de la *Charte*) pris en considération.

Ainsi, Jackman soutient que le défaut de fournir le financement qu'exige l'accès garanti à la prise de décisions en matière de réglementation équivaut à un déni de participation. En bout de ligne, la décision rendue est donc fondamentalement injuste. Elle fait remarquer qu'on a fait diverses propositions pour réduire les obstacles à la participation au processus d'établissement de règlement au Canada, y compris le financement gouvernemental des groupes d'intérêt public, le remboursement, par les organismes de réglementation, des frais qu'entraîne la participation aux procédures d'établissement de règlement et les prêts aux intervenants<sup>193</sup>. Harter (1982:57) signale que des fondations privées se sont imposées comme sources nouvelles de financement.

Cependant, la provenance du financement suscite certains débats. En ce qui a trait au financement assuré par les organismes de réglementation<sup>194</sup>, Hartle et Trebilcock (1982:660), par exemple, soulignent que l'indépendance politique des groupes financés de cette manière risque véritablement d'être compromise si, pour assurer leur soutien, ils doivent sans cesse compter sur la bonne volonté du gouvernement. Deuxièmement, ils soulignent que l'éventail complet des points de vue représentant les principaux intérêts largement disséminés pourrait ne pas être favorisé par ce mécanisme, le gouvernement pouvant être tenté de ne financer que les groupes dont les vues lui sont sympathiques. Troisièmement, il est difficile de veiller à ce que les fonds soient dépensés par les organismes pour représenter les vues des membres plutôt que celles des représentants supposés, les subventions aux groupes étant allouées aux organismes et à leurs représentants (et non à des membres particuliers). En vertu de cette forme de financement, la responsabilité des structures de base est atténuée. Ainsi, Hartle et Trebilcock laissent entendre qu'on devrait envisager une nouvelle forme de financement, à savoir les mesures incitatives fiscales. Lorsque, pour des raisons logistiques, les mesures incitatives fiscales sont inappropriées, les auteurs indiquent qu'elles pourraient être complétées par une augmentation du financement aux intervenants.

Dans le rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:20), on fait référence à trois sources de financement : les subventions directes analogues au financement des intervenants, l'établissement de centres de règlement de différends et la création d'une stratégie d'investissement par négociation comme celle qu'on a mise au point aux États-Unis, cette méthode supposant essentiellement qu'une fondation privée assure le

---

<sup>193</sup> Voir également Salter 1982:493; et Hartle et Trebilcock 1982:659-660. Dans une analyse intéressante d'audiences tenues en vertu de la *Loi sur les évaluations environnementales*, Dick (1990) soutient que la nature prolongée de ces audiences est imputable en partie aux interprétations des critères d'admissibilité aux fonds alloués aux intervenants en vertu de la *Loi de 1988 sur le projet d'aide financière aux intervenants* de l'Ontario. En raison d'une interprétation étroite de la notion d'«intérêt public», Dick affirme que la *Loi de 1988 sur le projet d'aide financière aux intervenants* est devenue un instrument permettant aux groupes associés au syndrome «pas de ça chez moi» de financer leurs interventions. Dick se demande si les personnes qui ont ébauché la loi avaient l'intention de protéger un groupe si restreint à des coûts si élevés pour le public dans son ensemble (aux coûts monétaires s'ajoutent les coûts qu'entraîne la remise à plus tard de projets bénéfiques). Même si ce problème particulier ne devrait pas se poser dans le contexte de la négociation de règlements, étant donné que les échéances sont essentielles à l'efficacité du processus, on le souligne pour illustrer le fait que l'octroi de fonds et l'établissement des conditions du financement doivent être soignés -- étant donné, particulièrement, qu'on reconnaît que certains groupes pourraient être tentés d'utiliser le processus à leurs propres fins plutôt que dans l'«esprit» du processus, tel qu'il a été conçu.

<sup>194</sup> Selon Hartle et Trebilcock, le ministre de la Consommation et des Affaires commerciales a, en 1982, alloué presque un million de dollars par année à des groupes de consommateurs. Un pourcentage important de ces sommes est consacré aux activités de représentation.

financement initial.

Tandis que des organismes américains tels que l'EPA ont financé pour une large part les processus de négociation de règlements qui y ont été entrepris, il vaudrait peut-être mieux, lorsqu'il est possible de le faire, créer des fonds communs (pour les services de spécialistes techniques, la recherche, etc.) auxquels tous les intervenants contribueraient (peut-être en fonction de la capacité de payer de chacun). Parce que les fonds profiteraient à l'ensemble du comité de négociation, l'accès y serait toutefois égal<sup>195</sup>.

En bref, on reconnaît que la neutralité du financement est essentielle au processus de négociation de règlements. Ainsi, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:26) recommandent ce qui suit :

[Traduction]

Pour favoriser l'utilisation et l'acceptation de formes nouvelles de résolution de conflits, le gouvernement de l'Ontario devrait établir un fonds destiné à aider les parties admissibles à participer à un processus de résolution par consensus. Pour maintenir la neutralité des tierces parties prenant part au processus, l'aide financière devrait ne pas être affectée à une fin particulière, mais bien s'appliquer à un nombre précis de coûts admissibles. Par exemple, elle pourrait contribuer aux dépenses liées aux services d'un médiateur privé ou d'un témoin expert, ainsi qu'à la réalisation de recherches techniques.

De même, on doit assurer un financement adéquat pour permettre aux négociateurs de demeurer en contact avec la structure de base qu'ils représentent; comme on l'a indiqué ci-dessus, les rétroactions constantes entre le négociateur et la structure de base qu'il représente donnent de meilleurs résultats et garantissent l'appui futur de l'entente<sup>196</sup>.

### 3.6 Autres applications du processus de négociation de règlements<sup>197</sup>

Même si, comme on l'a indiqué au chapitre 1, la négociation de règlements est une procédure conçue à titre de complément aux procédures conventionnelles *d'établissement de règles*, on a établi que le processus de négociation pouvait se prêter à un éventail d'autres applications. Le processus de négociation de règlements est conçu comme faisant partie d'un ensemble de solutions de rechange au règlement de conflits qui peuvent être utilisées, dans bon nombre de situations, pour augmenter les méthodes

---

<sup>195</sup> Voir, par exemple, le rapport de la *B.C. Round Table* (volume 2, 1991:6) et le *Sourcebook* 1990:236 de l'*Administrative Conference of the United States*. M<sup>me</sup> Joyce Young, dans la conversation que nous avons eue avec elle, a souligné qu'il était également important de faire connaître publiquement les sources de financement.

<sup>196</sup> Conversation avec M. Glenn Sigurdson.

<sup>197</sup> À l'Annexe D, on étudie une application récente, au Canada, de la négociation de règlements. Il s'agit des négociations menées par le Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (BFEEE) au sujet des règlements liés à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

conventionnelles de résolution de différends ou de conflits<sup>198</sup>.

Au nombre des applications additionnelles éventuelles du processus de négociation de règlements, les suivantes ont été proposées ou déjà entreprises : élaboration de politiques, établissement de normes, règlement de différends, délivrance de permis et de licences, zonage et utilisation des sols et observation et exécution des règlements<sup>199</sup>. Les auteurs du rapport de la Table ronde du Canada (1993:4) font ainsi remarquer que les processus consensuels peuvent s'appliquer à tous les stades de la prise de décisions, qu'il s'agisse de l'établissement de politiques et de règlements de large portée, de la planification à long terme, de l'allocation de terres et de ressources, de la résolution de conflits précis ou de la surveillance et de l'exécution.

### 3.6.1 Élaboration de politiques

Dans de nombreux cas, des organismes s'acquittent d'une fonction législative en élaborant des règles (politique officielle) subordonnées à des textes de loi; ces règles comprennent des règlements et d'autres textes réglementaires, des directives émanant de l'organe exécutif du gouvernement et des politiques officielles élaborées au moyen de procédures décisionnelles<sup>200</sup>. En fait, il n'est pas rare que des organismes recourent, pour contrôler le comportement des personnes qui font l'objet des mesures de réglementation, à des énoncés de principes, à des lignes directrices et à des directives plutôt qu'à des mesures législatives<sup>201</sup>. On a également soutenu que les énoncés de principes, même si, techniquement, ils n'ont pas force de loi, ont pratiquement force de loi dans la mesure où ils indiquent ce qu'il convient de faire<sup>202</sup>. Ainsi, les questions d'imputabilité, de «détournement» d'organisme, de qualité de la base sur laquelle repose la prise de décisions de principes et de l'intérêt public s'appliquent aussi bien à l'élaboration de politique qu'à l'établissement de règles. Souvent, par rapport aux méthodes conventionnelles, le processus de négociation de règlements peut également se révéler avantageux pour elles<sup>203</sup>.

---

<sup>198</sup> Ainsi, par exemple, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (volume 1, 1991:11) soulignent, au sujet des solutions de rechange au règlement de conflits, que l'expérience, à ce jour, montre que, dans la plupart des différends liés à l'environnement, un règlement est obtenu au moyen de la médiation. Dans la plupart des cas, les tribunaux administratifs ou les organismes de réglementation font partie intégrante du conflit, même si le tiers médiateur est plus souvent issu du secteur privé que de l'organisme gouvernemental visé.

<sup>199</sup> Récemment, on a modifié la *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* (CERCLA) des États-Unis pour permettre la négociation de conflits liés à la responsabilité. Voir la revue *Barrister* 1993 (hiver).

<sup>200</sup> Canada, Commission de réforme du droit 1985:114.

<sup>201</sup> Les raisons sont souvent d'ordre pratique. Par exemple, dans certains secteurs, l'organisme n'est pas en mesure d'appliquer les règlements (en raison du manque de ressources humaines, du coût des recours aux tribunaux, etc.), mais il est possible de négocier la conformité avec une directive d'orientation. (Voir, par exemple, l'analyse que fait Smith (1993) des règlements touchant les investissements liés à l'assurance-vie et aux fonds de retraite en Australie.) On souligne également que, à l'occasion, l'organisme recourt aux directives d'orientation et aux lignes directrices pour contourner les exigences plus officielles de l'établissement de règles (par exemple, avis et commentaires, audiences, examens, etc.). Dans son analyse de la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Janisch (1989:106) fait remarquer qu'en 1972, on retrouvait presque 100 pages de textes de lois et à peine un peu plus de 20 pages de politiques. Sans que le nombre de pages de textes de lois augmente, le nombre de pages de politiques est passé à 170 en 1978, à 220 en 1985 et à plus de 300 en 1988. En même temps, les pages de règlements sont passées de 170 en 1978 à plus de 300 en 1988. Ainsi, en 1988, les instruments législatifs subordonnés comptaient quelque 600 pages, tandis que la loi elle-même en renfermait moins de 100. Janisch affirme qu'on devrait s'inquiéter de la mesure dans laquelle le droit substantiel est contenu non pas dans des actes réglementaires ou des règlements, mais bien dans des politiques, même s'il reconnaît que la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, qui élabore ses politiques au moyen de consultations exhaustives avec l'industrie qui fait l'objet de la réglementation, constitue un modèle à suivre.

<sup>202</sup> Janisch 1989:106.

<sup>203</sup> Voir, par exemple, l'analyse de Grunewald (1991) l'utilisation que fait le *National Labour Relations Board* des États-Unis de la participation du public à l'élaboration de politiques, utilisation qui s'est traduite par des données plus abondantes et de meilleure qualité, des

L'utilisation de la négociation dans l'élaboration de politiques a les mêmes avantages que dans l'établissement de règles, dans la mesure où les deux processus se produisent en amont des activités réglementaires. Ils peuvent donc prévenir les difficultés qui peuvent se présenter par la suite. Hoffman (1990:43) fait remarquer qu'aux États-Unis, le dialogue sur les orientations a permis, dans un certain nombre de situations, de conclure des ententes au sujet de politiques touchant un certain nombre d'intervenants<sup>204</sup>. Dans les rapports de la *British Columbia Round Table* (volumes 1 et 2, 1991), on passe en revue un certain nombre de situations dans lesquelles on a eu recours à la négociation pour établir des politiques dans le domaine de l'environnement. Hoffman souligne que le dialogue d'orientation contribue à clarifier et à circonscrire les questions, ce qui peut se révéler utile dans la prise de mesures ultérieures, telles que la production de documents de sensibilisation mixtes, la mise sur pied de plans d'action ou l'ébauche de nouveaux textes de loi. Fait plus important, ainsi que le souligne Janisch (1989), les politiques ont pour effet d'autoriser ou d'interdire certaines mesures<sup>205</sup>.

La *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* prévoit une application connexe, quoique légèrement différente, du processus de négociation. Hudec et Paulus (1990) indiquent que, pour assurer une coordination fédérale-provinciale plus efficace en matière d'exécution des lois environnementales et, peut-on supposer, pour réduire le risque de contestations fondées sur la Constitution, le paragraphe 34(6) et l'article 98 de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* prévoit la négociation d'ententes fédérales-provinciales au sujet de l'administration de la loi<sup>206</sup>. En outre, le processus de négociation de règlements peut se révéler utile lorsque des normes n'ont pas déjà été établies par la voie de mesures législatives ou de règlements -- auquel cas il incombe à une politique d'établir les normes.

### 3.6.2 Établissement de normes

Les normes transforment en exigences concrètes les intentions contenues dans les mesures législatives ainsi que dans les règlements<sup>207</sup>. À ce titre, les normes sont

---

perceptions plus claires des enjeux et de meilleures politiques.

<sup>204</sup> Dans le cadre du *National Coal Policy Project*, on a eu recours au dialogue d'orientation pour réunir les représentants des principaux groupes environnementalistes et l'industrie du charbon, ce qui s'est traduit par la conclusion d'une entente au sujet d'un grand nombre de questions de politique; dans le cadre de la *Negotiated Investment Strategy*, on a eu recours à la procédure de négociation pour permettre la conclusion d'une entente entre divers organismes des secteurs public et privé au sujet de l'allocation de fonds gouvernementaux. Pour plus d'exemples concernant l'utilisation du dialogue d'orientation aux États-Unis, voir également le *Sourcebook* 1990:317 de l'*Administrative Conference of the United States*. On mentionne notamment des procédures tenues au Minnesota au sujet de l'avenir des centres résidentiels de santé mentale, le projet de la *New Mexico Public Utility Commission* visant à modérer les effets des augmentations subites des tarifs d'électricité, la détermination, par Narragansett Bay, au Rhode Island, de l'utilisation de la baie et, enfin, l'élaboration, par la *Tennessee Governor's Safe Growth Team* d'une stratégie de gestion des eaux souterraines.

<sup>205</sup> Au chapitre 4, dans la partie qui porte sur les conséquences involontaires de la négociation de règlements, on analyse plus avant les répercussions des lignes directrices d'orientation.

<sup>206</sup> Voir la note 233.

<sup>207</sup> On a défini deux types de normes, à savoir les normes de rendement et les normes de prescription. Les normes de rendement établissent les niveaux de rendement que doivent atteindre les parties qui font l'objet de la réglementation, mais non la technologie ni les moyens qui doivent être utilisés pour s'y conformer. Chaque fois qu'il est possible d'y recourir, on semble privilégier les normes de rendement en raison des avantages qu'elles offrent, notamment une meilleure rentabilité imputable au fait que la partie qui fait l'objet de la réglementation est libre de choisir les méthodes d'observation les plus faciles et les moins coûteuses, les possibilités d'innovation plus grandes, une compétitivité accrue sur les marchés, étant donné qu'elles tendent à permettre d'éviter les effets anti-concurrentiels qui découlent de normes précises, dans la mesure où aucune entreprise n'est tenue de posséder un type particulier de technologie, un besoin moins grand de modifier les règlements et d'accorder des exemptions lorsque de nouvelles technologies émergent. En outre, elles sont davantage axées sur les résultats et plus susceptibles d'entraîner une volonté plus grande de s'y conformer. (Commission de réforme du droit du Canada, 1984.)



essentielles à la compétitivité des entreprises qui font l'objet de règlements. Une méthode d'établissement de normes consiste à permettre à l'industrie réglementée d'établir volontairement ses propres normes. Souvent, on a observé qu'une entente pouvait plus facilement et rapidement être conclue par des sociétés coopérant entre elles que par l'entremise des procédures gouvernementales. Les *normes consensuelles* constituent une forme d'établissement de normes volontaires. Comme dans le cas de la négociation de règlements, les normes consensuelles sont établies par des comités représentant divers intérêts et fonctionnant à l'aide de la prise de décisions par consensus<sup>208</sup>.

Dans l'établissement de normes, il existe de nombreux exemples de l'utilisation du processus de négociation de règlements<sup>209</sup>. Dans certaines circonstances, on a soutenu que les normes consensuelles étaient à l'origine du processus de négociation de règlements. Par exemple, Breger, président de l'ACUS (1988:3), dans un exposé présenté devant le *Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations* des États-Unis, a fait remarquer que les normes consensuelles volontaires étaient habituellement ébauchées au moyen d'un processus de négociation suivi par une forme quelconque de publication, des commentaires pouvant être reçus. De nombreuses normes consensuelles sont à la base d'exigences impératives en matière de réglementation<sup>210</sup>. Ailleurs, on a affirmé que l'établissement de normes pourrait bénéficier de l'utilisation du processus de négociation de règlements dans la mesure où celui-ci pourrait assurer une plus grande souplesse et favoriser l'innovation industrielle<sup>211</sup>.

Même si, aux États-Unis, certains débats ont lieu au sujet de la valeur des normes uniformes<sup>212</sup>, l'expérience montre, au Canada, que des normes uniformes établies par la voie de la prise de décisions consensuelles peuvent se révéler très efficaces<sup>213</sup>. Contrairement à la situation qu'on observe aux États-Unis, où les relations entre organismes de réglementation et organismes industriels chargés de l'établissement de normes sont marquées par la confrontation, les organismes de réglementation canadiens ont généralement eu tendance à se montrer plus réceptifs aux normes négociées élaborées par l'industrie. L'Association canadienne de normalisation s'efforce d'établir des normes avant que le processus d'élaboration d'un produit ne soit entamé -- c'est-à-dire avant que des sommes importantes aient été consacrées à la conception et à l'équipement. À cet égard, on souligne que l'Association ne se contente pas du rôle d'organisme de surveillance : au contraire, elle se montre proactive.

---

<sup>208</sup> Canada, ministère de la Justice, 1993.

<sup>209</sup> Voir Harter 1982:26; *Sourcebook* 1990:317 de l'*Administrative Conference of the United States*; et presque tous les magazines américains consacrés au commerce.

<sup>210</sup> Harter 1982:35.

<sup>211</sup> Latin 1985:1288-1289. Cependant, selon l'analyse que fait Breyer de certains processus américains d'établissement de normes, le type de négociation en cause ne semble pas correspondre à ce que Fisher et Ury ont appelé la «négociation raisonnée» ou la «négociation sur le fond»; plutôt, Breyer (1988:108) affirme que ce sont les arguments relatifs à la norme et le pouvoir des parties, et non le fond de l'affaire, qui ont conduit à une norme finale. La négociation que suppose l'établissement de normes *n'a pas* pour effet de transformer le processus en négociation collective. Pour parvenir à une entente générale, les parties ne se réunissent pas et ne procèdent pas à des échanges d'éléments précis. La négociation se traduit plutôt par les efforts que déploient les parties pour modeler la norme finale, autrement qu'au moyen de l'analyse rationnelle. En ce sens, l'idéal de la norme rationnelle est sacrifié au profit des critères du négociateur -- parfois au point où le résultat net est une norme sur laquelle on s'entend, mais qui est inefficace.

<sup>212</sup> Latin 1985.

<sup>213</sup> En fait, l'Association canadienne de normalisation vend ses normes aux États-Unis ainsi qu'à d'autres pays manufacturiers. Au sein du marché international, cette situation a conféré un avantage aux manufacturiers canadiens. On soutient toutefois que cet avantage ne peut être correctement exploité du fait que le Conseil canadien des normes relève de Consommation et Affaires commerciales Canada. Conversation avec M. Peter Rideout, Association canadienne de normalisation, le 15 avril 1993.

### 3.6.3 Règlement de différends

On se rappellera qu'au chapitre 1, une distinction a été établie entre les règlements négociés (qui répondent à des différends qui se sont manifestés) et la négociation de règlements (qui est tournée vers l'avenir). Dans certaines situations, on peut recourir au règlement négocié lorsqu'un règlement a été contesté devant les tribunaux<sup>214</sup>. Dans d'autres, on peut s'en servir pour résoudre des différends qui découlent des conflits environnementaux au sujet des conséquences d'une action particulière à un endroit précis.

Harter (1982:41-42) indique que les négociations environnementales, en particulier, soulèvent bon nombre de questions (mais pas toutes) qui se posent lorsque des parties intéressées négocient en vue de l'élaboration d'un règlement proposé. Par exemple, les négociations environnementales sont souvent «polycentriques» (c'est-à-dire caractérisées par un grand nombre de résultats possibles et par le fait que de nombreux intérêts ou groupes seront touchés par toute solution adoptée). Ces négociations, par exemple, doivent permettre de résoudre les différends qui émergent lorsque des valeurs divergentes s'entrechoquent et qu'il n'y a, de manière explicite, ni bonne ni mauvaise réponse. D'autres types de négociation -- par exemple la négociation de normes complexes, la résolution de poursuites judiciaires intentées pour contester des règlements, les jugements prononcés relativement à des mesures touchant le droit public, les recommandations de divers groupes de discussion -- laissent tous entrevoir les principes qui guident l'utilisation de la négociation aux fins de l'élaboration de règlements : équilibre des pouvoirs, nombre limité de parties, questions «mûres», caractère inéluctable du règlement, critères mutuellement acceptables et conviction qu'une entente négociée influencera le résultat<sup>215</sup>.

### 3.6.4 Délivrance de permis et de licences

En ce qui touche les licences et les permis, on a appliqué la négociation au sujet, d'une part, de la révocation et d'autre part, de la délivrance. Pour ce qui est du premier aspect, on a observé que la délivrance de licence constituait une méthode de contrôle des entreprises réglementées beaucoup plus efficace et complète que les méthodes privées d'application. Puisque le fait d'exploiter une entreprise sans licence entraîne généralement des sanctions rigoureuses, les coûts économiques associés à l'exploitation d'une entreprise en contravention des règlements et les risques de perte de licence qui y sont associés incitent fortement les parties à ne pas enfreindre les règlements. Dans les domaines des transports, de l'importation de biens, de la radiodiffusion et des pêcheries, les régimes fondés sur la délivrance de permis ou de licences se caractérisent davantage par des négociations entre l'organisme de réglementation et la partie réglementée que par des sanctions; cependant, on affirme qu'il est possible d'utiliser très efficacement la menace d'une perte de permis ou de licence pour faire en sorte que les négociations se

---

<sup>214</sup> Harter (1982:36), par exemple, fait remarquer qu'aux États-Unis, le recours au règlement négocié, lorsque des règlements sont contestés devant les tribunaux, a suscité peu d'attention, même si cela se produit relativement souvent. Il souligne que le cadre de la contestation contribue à expliquer pourquoi les parties ont négocié avant le recours aux tribunaux, et non plus tôt, au cours du processus d'établissement de règles. Premièrement, les parties sont bien définies; deuxièmement, les questions sont définies et prêtes à être tranchées; troisièmement, l'organisme reconnaît qu'il ne lui revient pas de prendre les décisions ultimes, cette tâche étant laissée au soin des tribunaux; et, finalement, la conclusion d'une entente est assortie d'un échéancier.

<sup>215</sup> Cependant, on a observé, chez les avocats, une tendance à confondre les négociations visant à obtenir une résolution avec d'autres types de solutions de rechange au règlement de conflits plus «douces», y compris la négociation de règlements. Les aptitudes exigées sont souvent très différentes. (Voir, par exemple, David 1991:53)

traduisent par le respect des exigences prescrites par les lois et les règlements<sup>216</sup>.

Dans le rapport de la *British Columbia Round Table* (volume 2, 1991:14), on fait remarquer que la délivrance d'un permis ou d'une licence constitue souvent une question complexe supposant une concurrence à l'égard de ressources rares, des valeurs conflictuelles et d'incertitudes quant à l'état de la ressource ou aux effets possibles d'une utilisation proposée. De même, il est de plus en plus apparent que le public, lorsque ses intérêts sont directement touchés, tient à jouer un rôle dans la prise de décisions. Par conséquent, on a souligné que, pour des raisons analogues à celles qui font qu'on reconnaît des avantages à la négociation de règlements, une méthode axée sur la collaboration et comprenant la négociation peut se révéler particulièrement utile :

[Traduction]

- À long terme, les perspectives de «maintien de la paix» sont meilleures si les parties peuvent, grâce à la collaboration, régler leurs différends à l'échelon local, que si une décision est imposée par une autorité centrale chargée de trancher.
- Une méthode axée sur la collaboration peut contribuer à réduire au minimum les ressources et le temps consacrés à des différends au sujet de l'allocation des ressources. Les coûts additionnels qu'entraîne l'établissement d'un consensus en amont de la prise de décisions peuvent être compensés par les réductions de coût résultant d'un moins grand nombre d'appels et d'une meilleure observation volontaire des exigences prescrites par les permis et les licences.
- Les méthodes axées sur la collaboration peuvent constituer un moyen efficace d'améliorer la qualité des services que le gouvernement assure à la collectivité en permettant au public et aux intervenants de participer aux décisions relatives à l'utilisation des ressources et des terrains locaux. On montre ainsi que leurs préoccupations sont prises au sérieux.
- Les méthodes axées sur la collaboration peuvent contribuer à la décentralisation appropriée de la prise de décisions en éliminant les interventions centrales superflues et en responsabilisant davantage les gestionnaires locaux à l'égard des décisions qu'ils prennent<sup>217</sup>.

---

<sup>216</sup> Dans ces cas, les solutions de rechange à une entente négociée sont donc moins souhaitables. Voir Macpherson 1989:17-18.

<sup>217</sup> *B.C. Round Table*, volume 2, 1991:18. Dans le rapport de la Colombie-Britannique, on décrit ensuite les conditions nécessaires au succès des négociations.

### 3.6.5 Zonage et utilisation des sols

La *British Columbia Commission on Resources and the Environment* (CORE) utilise présentement l'une des formes les plus notables de processus d'établissement de consensus. La CORE, créée en juillet 1992 en vertu de la *Commissioner on Resources and Environment Act*, a pour mandat d'élaborer une stratégie en matière d'utilisation des sols et des ressources. Pour élaborer la stratégie, on a principalement recours à des processus provinciaux, régionaux et communautaires de prise de décisions par consensus qui reflètent les caractéristiques essentielles associées au processus de négociation de règlements<sup>218</sup>.

On a également utilisé les négociations pour conclure avec les Premières nations des accords relatifs aux revendications territoriales. Même si la plupart de ces accords ont maintenant été signés, il y a toujours place à de nouvelles négociations, certains des accords plus récents étant assortis d'accords de mise en oeuvre.

### 3.6.6 Conformité et exécution

Dans le domaine des règlements environnementaux, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992:13) font remarquer qu'on a sous-utilisé les solutions de rechange au règlement de conflits pour faire respecter les dispositions, principalement parce que, historiquement, il existe un préjugé favorable envers le rôle joué par les tribunaux au chapitre de l'exécution. Ironiquement, cependant, la plupart des cas sont réglés à l'amiable. Parce que l'autorité nécessaire au règlement des cas d'exécution par les tribunaux existe déjà, les auteurs du rapport laissent entendre qu'il devrait être possible d'élargir le mandat relatif à la négociation de ces actions.

L'attrait exercé par cette méthode sur les défendeurs potentiels (moins sérieux), affirme-t-on dans le rapport de l'Ontario, devrait être considérable, puisqu'elle fait miroiter des économies et la possibilité d'établir un calendrier d'exécution que les contrevenants pourraient respecter. À défaut, ils risqueraient de faire l'objet d'une injonction visant à corriger l'infraction. Par ailleurs, on souligne que de telles mesures pourraient également susciter certaines réticences. Par exemple, la vitesse à laquelle une affaire sera résolue pourrait vraisemblablement obliger le défendeur à consacrer d'importantes sommes au nettoyage ou à la dépollution beaucoup plus tôt qu'il n'aurait à le faire si l'instruction devait s'éterniser devant les tribunaux. En l'absence de mesures incitatives ou de formation offerts par le secteur privé, il se peut que les personnes chargées de décider s'il convient d'aller devant les tribunaux ou de négocier ne soient pas correctement informées au sujet des avantages directs des solutions de rechange au règlement de conflits. On souligne également qu'il est très important que le défendeur privé sache que le fait d'avoir accepté de négocier avec le gouvernement n'interdit pas tout recours ultérieur aux tribunaux, au cas où la négociation échouerait<sup>219</sup>.

En Australie, on a utilisé les stratégies de conformité par négociation dans le cas, par exemple, des investissements au chapitre de l'assurance et des fonds de retraite. Dans

---

<sup>218</sup> Voir également la Table ronde de l'Ontario 1992:11-12.

<sup>219</sup> Dans le rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992:14), on se réfère au malentendu qui s'est produit à Abitibi Price.

l'examen qu'il fait de cette méthode, Smith (1993) fait remarquer qu'elle semble donner de meilleurs résultats lorsque la population réglementée est petite, parce qu'elle suppose que l'organisme de réglementation dispose de ressources suffisantes pour définir les modèles de non-conformité et concevoir, au moyen de la négociation, un programme visant à y mettre un terme. Au regard de ces négociations, la question suivante s'est posée : quelles sont les parties qui devraient être représentées à la table? En d'autres mots, on se demande si le public devrait être autorisé à participer<sup>220</sup>.

### 3.6.7 Résumé

On s'intéresse davantage aux avantages qu'offre la négociation dans un éventail d'applications liées à la réglementation, ainsi qu'aux demandes présentées en ce sens. Le mouvement en faveur d'une utilisation plus grande de la négociation traduit les conditions sous-jacentes qui ont donné naissance à la négociation de règlements, à savoir l'intégration du public dans la prise de décisions en matière de réglementation et la complexité grandissante des questions de réglementation. Même si une certaine tendance semble se dessiner en faveur de l'utilisation de la négociation de règlements, les praticiens laissent entendre qu'on doit faire preuve de prudence, comme dans l'établissement de règles par négociation, dans le choix des situations qui se prêtent à la négociation. En outre, les critères et les principes qui ont été mis au point pour guider la négociation de règlements sont tout simplement aussi importants dans d'autres utilisations du processus<sup>221</sup>, même s'il apparaît que l'on n'a pas toujours respecté ces lignes directrices.

## 3.7 Fondement législatif de la négociation de règlements

Même si on a eu recours à la négociation de règlements avec succès malgré l'absence de fondement législatif *spécifique*, certains ont affirmé que le processus pourrait tirer avantage d'un soutien inscrit dans un texte de loi<sup>222</sup>. Comme la plupart des lecteurs le savent, les États-Unis ont récemment adopté de telles mesures législatives, soit la

---

<sup>220</sup> En Australie, l'établissement de règlements destinés à une mine d'amiante située à Baryulgil (New South Wales) semble avoir donné lieu à une certaine confusion entre la négociation de règlements, d'une part, et ce qu'on a appelé une méthode axée sur la formulation de conseils et la persuasion, d'autre part. Dans ce cas, Gunningham (1987) a conclu que le gouvernement n'avait pas respecté les responsabilités qui lui incombent au chapitre de la réglementation en adoptant un plan d'action trop indulgent. Par contraste, la négociation de règlements ne doit pas se traduire par une quelconque forme d'indulgence; en fait, il est arrivé que les décisions auxquelles les négociations ont permis d'aboutir aient été plus rigoureuses que celles que l'organisme aurait prises. (Conversation avec M. David Evans, *supra*.)

<sup>221</sup> Par exemple, en ce qui a trait à l'exigence suivant laquelle les ententes consensuelles devraient lier les parties, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:26) ont recommandé que le gouvernement de l'Ontario, pour renforcer l'exécution des ententes consensuelles là où le rôle du gouvernement consiste, à l'égard d'un différend, à agir comme organisme chargé de la délivrance d'un permis ou d'une licence, fasse de la conformité de chacune des parties à l'entente une condition nécessaire de ce pouvoir discrétionnaire en matière de réglementation. En outre, on recommande que les ententes consensuelles écrites s'assortissent, en ce qui a trait à la conformité, d'un échéancier. On pourrait peut-être ainsi atténuer certains désaccords qui pourraient surgir entre les parties au sujet de la conformité, ce qui, en retour, pourrait prévenir l'abandon de l'entente ou les appels intentés à son égard.

<sup>222</sup> Par exemple, on trouve ce qui suit dans la recommandation 82-4 (Annexe C) de l'ACUS : «[Traduction] Le Congrès devrait favoriser le processus de négociation de règlements en adoptant des mesures législatives qui autorisent explicitement les organismes à tenir des procédures d'établissement de règles de la manière prescrite dans la présente recommandation. Ce pouvoir, dans la mesure où il élargit l'autorité dont jouit l'organisme au chapitre de l'établissement de règles, devrait être considéré comme une expérience visant à améliorer les procédures d'établissement de règles. Ainsi, les mesures législatives devraient s'assortir d'une disposition de temporisation. Elles devraient donner aux organismes toute la souplesse voulue pour adapter les techniques de négociation aux circonstances des procédures particulières, ainsi qu'on l'envisage dans la présente recommandation, sans que s'appliquent les restrictions imposées par la *Federal Advisory Committee Act* et toute autre restriction *ex parte*. En outre, les mesures législatives devraient prévoir que les informations fournies à de tels groupes ne soient pas considérées comme des dossiers des organismes aux fins de la *Freedom of Information Act*.»

*Negotiated Rulemaking Act* (1990)<sup>223</sup>. Au Canada, où on ne peut compter sur les avantages qu'offre un organisme tel que l'*Administrative Conference of the United States* au chapitre de la promotion et de l'orientation du processus de négociation de règlements, la nécessité de mesures législatives d'appui pourrait se révéler encore plus grande, quoique, comme on le précise ci-dessous, les opinions diffèrent à ce sujet.

### 3.7.1 Arguments en faveur de l'adoption de mesures législatives

#### 3.7.1.1 Assurer la légitimité du processus

L'une des raisons qui ont motivé l'adoption de la *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis est que la légitimité du processus de négociation faisait l'objet d'une certaine confusion, étant donné les interprétations divergentes faites des dispositions de la *Federal Advisory Committee Act* (FACA) des États-Unis<sup>224</sup>. De manière précise, on a mis en cause la capacité des membres de sous-groupes des comités de négociation de règlements de se réunir en privé<sup>225</sup>. Dans la *Negotiated Rulemaking Act*, on a établi de façon claire que les sous-groupes étaient légitimement exemptés de l'obligation de rendre disponibles les dossiers et les procédures, ainsi que le prescrit la FACA<sup>226</sup>.

La légitimation au regard d'autres textes de loi (comme la FACA américaine mentionnée ci-dessus ou, au Canada, d'autres textes de loi) -- de même qu'au regard de l'élaboration de règlements en général -- constitue l'un des principaux arguments qui militent en faveur de l'adoption de dispositions législatives. En ce qui concerne les gestionnaires chargés de la réglementation qui pourraient se montrer dubitatifs ou autrement réticents à l'idée de la négociation de règlements et qui, craint-on, feraient comme si cette possibilité n'existait pas, l'argument de la légitimation sur le plan législatif est considéré comme particulièrement pertinent. Même si les personnes qui favorisent l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements soutiennent que l'utilisation du processus doit demeurer discrétionnaire, on affirme néanmoins que la seule existence de mesures législatives ayant pour effet de le légitimer contribuerait à contrecarrer les réticences des ministères à cet égard<sup>227</sup>. En ce sens, on indique qu'une loi sur la négociation de règlements jouerait un rôle incitatif et appuierait officiellement le

---

<sup>223</sup> Cette loi, qu'on analysera plus tard dans la présente partie, est reproduite à l'annexe C.

<sup>224</sup> Voici quelques-unes des exigences de la FACA : on ne peut établir de nouveaux comités consultatifs qu'une fois qu'un avis public a été présenté et qu'on a établi que leur création était dans l'intérêt public (§9). On doit également s'assurer que la composition des comités consultatifs soit équilibrée quant aux points de vue représentés (§5) et que les réunions des comités consultatifs soient ouvertes au public, sous réserve d'exemptions identiques à celles qu'on retrouve dans la *Government in the Sunshine Act* (5 U.S.C. §552b) des États-Unis. Pour un examen de certaines des restrictions imposées à l'établissement de règles par négociation par la FACA, voir Harter 1982:33, note 180.

<sup>225</sup> Voir le rapport de la *B.C. Round Table* (volume 2, 1991:10). On souligne que de telles réunions peuvent se révéler très utiles dans la mesure où elles servent à l'élaboration de solutions de rechange que le comité plénier sera chargé d'analyser et où, pour ce qui est des intérêts alliés, elles permettent d'établir une position de négociation (Marshall J. Breger, président de l'ACUS, 1988, dans *Administrative Conference of the United States* 1990:374).

<sup>226</sup> On lit ce qui suit au point 6 des conclusions du Congrès contenues dans le préambule de la *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis : «[Traduction] Les organismes, en vertu des lois qui les constituent et établissent leurs activités ainsi qu'en vertu de la *Federal Advisory Committee Act* (5 U.S.C. App.), ont le pouvoir de former des comités d'établissement de règles par négociation. Toutefois, le processus n'a pas été abondamment utilisé par d'autres organismes, en partie parce qu'ils ne le connaissent pas bien ou qu'ils sont dans l'incertitude quant à savoir s'ils possèdent l'autorité nécessaire pour procéder à cette forme d'établissement de règles.» (*Sourcebook* 1992:800 de l'*Administrative Conference of the United States*.)

<sup>227</sup> Voir, par exemple, Hoffman 1990:81-8 et Breger 1989:2.

processus<sup>228</sup>.

### 3.7.1.2 Assurer la compatibilité avec d'autres mesures législatives

Un autre argument a trait aux procédures qui doivent régir l'établissement de règles par négociation. Selon la nature des dispositions législatives, elles pourraient combler la lacune qui, sur le plan de la procédure, caractérise le droit administratif canadien par rapport à celui des États-Unis, qui a bénéficié de l'orientation contenue dans les dispositions de la *Administrative Procedure Act* (APA), au sujet de l'établissement de règles, et de la FACA, au sujet des procédures touchant les comités consultatifs<sup>229</sup>. Cependant, cette préoccupation au sujet des procédures va dans les deux sens dans la mesure où aux États-Unis, par exemple, l'APA a été jugée déficiente en ce qui a trait à l'élaboration de règlements. Ainsi, la *Negotiated Rulemaking Act* est vue comme une solution de rechange aux restrictions imposées par l'APA<sup>230</sup>.

Au Canada, il faudra procéder à de nouvelles analyses pour déterminer la compatibilité du droit administratif actuel avec toute procédure considérée comme pertinente dans le contexte de la négociation de règlements<sup>231</sup>. Par exemple, on doit s'intéresser à la capacité des règlements négociés de soutenir une contestation ultérieure, et établir s'il est nécessaire d'apporter des modifications aux procédures administratives actuelles pour protéger de tels règlements. Si certaines incertitudes se font jour à cet égard, on pourrait utiliser des mesures législatives portant de manière spécifique sur la négociation de règlements pour clarifier les points en question et concilier la négociation de règlements avec les exigences en matière de procédure.

En outre, il serait nécessaire d'examiner les mandats législatifs actuels des organismes de réglementation pour déterminer si des questions se posent en ce qui touche la délégation de pouvoirs quasi-législatifs et si un règlement négocié est conforme au fondement législatif de l'organisme<sup>232</sup>. Perritt (1987:901) fait remarquer que si, dans le contexte juridique américain, il convient de songer aux questions de délégation associées à l'établissement de règles par négociation, il importe de ne pas exagérer l'ampleur du problème. Il explique ensuite que l'établissement de règles par négociation ne viole pas la doctrine américaine de la délégation. Il y a à cela un certain nombre de raisons : les négociateurs ne jouent qu'un rôle consultatif et n'usurpent pas le pouvoir dont jouit l'organisme au chapitre de la prise d'une décision finale; la participation aux négociations

---

<sup>228</sup> Conversations avec M. Chris Kirtz, *Environmental Protection Agency* des États-Unis, le 6 avril 1993, M<sup>me</sup> Wendy Frances, le 7 avril 1993 et M. Glenn Sigurdson, le 7 avril 1993.

<sup>229</sup> Voir l'examen que fait Funk de l'intérêt public, *supra*, note 79.

<sup>230</sup> Harter 1982:10-11.

<sup>231</sup> En août 1989, le Bureau de privatisation et des affaires réglementaires a tenu, à l'intention des hauts fonctionnaires responsables de l'exécution des règlements, un atelier sur la négociation et le processus d'établissement de la réglementation. Dans le cadre de l'atelier, les participants ont été initiés à la théorie de la négociation. De plus, on leur a donné un aperçu de la *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis et présenté un ensemble de points de vue -- issus aussi bien du secteur public que du secteur privé -- au sujet du rôle de la négociation dans le secteur de la réglementation (Hoffman 1990:77).

<sup>232</sup> Les auteurs du rapport de la *B.C. Round Table* de 1991, volume 2, soulignent, par exemple, qu'on doit se pencher sur les contraintes législatives qui s'appliquent à l'utilisation de la négociation de règlements ainsi qu'aux mesures législatives qui serviraient de fondement et d'incitation à l'utilisation du processus. On a fait remarquer que certaines dispositions législatives peuvent ne pas être compatibles avec le processus de négociation de règlements; par exemple, on a critiqué la *Loi sur les contaminants de l'environnement*, l'ancienne loi fédérale sur l'environnement, parce qu'elle ne prévoyait pas la participation du public à l'établissement de règlements relatifs aux contaminants de l'environnement (Northey 1991).

(si ces dernières obéissent aux recommandations de l'ACUS étudiées ci-dessus) assure une représentation adéquate des groupes touchés, représentation qui est probablement supérieure à celle à laquelle ils ont droit lorsque l'organisme établit des règles de manière unilatérale. Enfin, puisque la règle négociée, en vertu de l'APA, est assujettie à un examen judiciaire, elle respecte nécessairement la doctrine de la délégation si elle résiste à l'examen des tribunaux. Au Canada, cependant, la situation peut différer de celle qu'on observe aux États-Unis<sup>233</sup>. Si ce problème soulève certaines interrogations, une clarification du processus de négociation de règlements, dans des mesures législatives conçues précisément pour régler ces questions, pourrait prévenir des débats juridiques superflus en la matière et servir de point de référence pour toute mesure législative future dans laquelle les législatures fédérales ou provinciales pourraient souhaiter prévoir le recours à la négociation de règlements<sup>234</sup>.

Une autre problème soulevé par la question de la compatibilité a trait à la validité de la négociation de règlements vis-à-vis de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Jackman (1991) souligne qu'au Canada, les pouvoirs relatifs à la prise de décisions, par exemple celles qui ont trait aux règlements, ont été délégués aux ministères gouvernementaux, aux organismes administratifs et quasi-gouvernementaux, si bien qu'on ne peut plus se fier au modèle parlementaire de démocratie pour exercer un contrôle ou garantir la participation des citoyens. Étant donné cette situation, la négociation, affirmée-elle, trouve tout son sens. En fait, elle est nécessaire si on croit à la démocratie directe.

De plus, selon l'analyse de Jackman, le concept de justice fondamentale sur lequel repose l'interprétation de l'article 7 de la *Charte* contenue dans l'arrêt *Oakes* doit être compris de la manière suivante : en matière de réglementation, les décisions prises doivent être soutenues par une participation publique significative au processus. De même, la participation est importante parce qu'elle a pour effet de rendre plus précise la prise de décisions. Grâce à la participation, le décideur est mieux au fait du contexte de la décision, et tous les faits pertinents sont portés à son attention. La participation améliore aussi la précision en faisant la promotion de l'imputabilité : les décideurs qui savent qu'ils doivent rendre compte au public de leurs décisions sont susceptibles d'y apporter un soin plus grand. En dernier lieu, la participation que suppose la négociation va dans le sens de la justice, aux niveaux objectif et subjectif.

---

<sup>233</sup> Dans son examen des dispositions fédérales assurant la protection de l'environnement, Northey (1991) souligne que le gouvernement fédéral est confronté à des restrictions constitutionnelles liées à la question des compétences fédérales-provinciales qui influent sur sa capacité d'adopter des règlements visant à assurer la protection de l'environnement. Il écrit : «[Traduction] Au Canada, la loi constitutionnelle exerce sur les lois environnementales un effet inhibant parce que la répartition des pouvoirs fédéraux et provinciaux a pour effet de diviser l'environnement en de nombreuses sphères différentes.» Cette division, affirme-t-il, s'accorde harmonieusement, en matière de règlements environnementaux, avec la démarche axée sur les sources ponctuelles, mais va à l'encontre de la démarche plus raffinée fondée sur l'écosystème. On peut résoudre ce conflit de deux manières. À ce jour, la Constitution l'a emporté sur l'environnement. Le gouvernement fédéral a modifié la proposition intégrale pour en réduire au minimum les effets sur les provinces. Cette attitude a eu des répercussions directes sur un texte de loi, mais aussi sur la plupart des mesures prises au niveau fédéral en matière d'environnement. Entre autres choses, les règlements canadiens sur l'environnement ne prévoient pas de mesures complètes d'imputabilité publique garantissant que les gouvernements et les entreprises concluent des ententes viables. Northey décrit deux solutions possibles. Une démarche suppose qu'on s'éloigne du fédéralisme fondé sur des compétences à multiples facettes pour en venir à un fédéralisme fondé sur les régions géographiques. En vertu de ce dernier type de fédéralisme, les provinces s'occuperaient des problèmes environnementaux locaux, et le gouvernement fédéral, des problèmes environnementaux nationaux (en vertu des pouvoirs généraux que confère au gouvernement fédéral le principe «Paix, ordre et bon gouvernement»). La deuxième démarche visant à atténuer les restrictions constitutionnelles qui limitent l'action du gouvernement fédéral suppose l'amélioration des ententes administratives conclues avec les provinces, y compris la création de commissions environnementales mixtes fédérales-provinciales qui pourraient, entre autres choses, favoriser, dans l'ensemble du pays, l'uniformité des dispositions environnementales en dégageant les politiciens et les bureaucraties politiques de bon nombre de questions environnementales.

<sup>234</sup> Breger *op. cit.* : 3.



### 3.7.1.3 Fournir une orientation en matière de procédure -- *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis

Même si, comme on l'a mentionné ci-dessus, les tenants de la négociation de règlements affirment que le processus demeure discrétionnaire, on a néanmoins indiqué que des mesures législatives pourraient offrir une certaine orientation en ce qui concerne les critères et les procédures qu'il convient d'utiliser dans ce genre de négociation. En présentant ces procédures dans un texte de loi décrivant la dynamique du processus de négociation de règlements, on pourra de même rehausser son profil dans l'esprit des utilisateurs éventuels.

La *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis joue ce rôle. En ce qui touche l'utilisation de la négociation de règlements faite par les organismes pour formuler des règlements proposés, cette loi établit un cadre légal. La loi complète les dispositions relatives à l'établissement de règles contenues dans la *Administrative Procedure Act* des États-Unis et clarifie le pouvoir qu'ont les organismes fédéraux de mener des négociations de règlements. Les dispositions de la loi codifient les pratiques liées à la négociation de règlements, tout en permettant aux organismes de réglementation d'exercer un pouvoir discrétionnaire quant à l'utilisation du processus pour l'ébauche de règlements.

La *Negotiated Rulemaking Act* a été décrite comme permissive. En outre, on a souligné que les rédacteurs tenaient à ce que la loi n'affecte en rien les droits que conservent par ailleurs les organismes ou les parties. L'article 581 prévoit expressément que la loi ne vise pas à limiter l'innovation ou l'expérimentation auxquelles le processus de négociation de règlements peut donner lieu. Tandis que la loi permet à l'organisme de publier une proposition consensuelle adoptée par les parties à la négociation comme si elle était sienne, rien n'oblige l'organisme à publier un règlement proposé ou final du simple fait qu'un comité de négociation l'a proposé. Par ailleurs, le paragraphe 583a)(7) laisse entendre que l'organisme doit utiliser autant que faire se peut, compte tenu des obligations que lui impose la loi, le consensus atteint par le comité de négociation, en ce qui a trait au règlement proposé, comme base de la règle qu'il proposera dans l'avis et l'appel de commentaires qui suivront.

L'article 583 énonce également quelques critères dont les organismes doivent tenir compte pour déterminer s'il convient de fixer des règles par négociation dans un cas particulier. Parmi ces critères, on retrouve ceux que propose l'*Administrative Conference of the United States* dans ses recommandations 82-4 et 85-5 (analysées ci-dessus). L'article 584 stipule que le règlement proposé doit faire l'objet d'un avis public et qu'on doit donner aux parties qui estiment ne pas avoir été représentées adéquatement au comité de négociation l'occasion de joindre les rangs de celui-ci, même s'il incombe à l'organisme d'accepter ou de refuser de telles demandes.

L'article 585 établit clairement que les organismes qui créent des comités de négociation en vertu de la loi doivent également respecter les exigences de l'APA. Au moins un membre du comité doit représenter l'organisme de réglementation. L'article 586, qui porte sur les procédures des comités de négociation, prévoit le choix d'un

animateur ou d'un médiateur neutre chargé de faciliter ses délibérations. L'article 587 autorise l'organisme à maintenir un comité de négociation jusqu'à ce que la règle finale ait été promulguée; il permet aussi un démantèlement plus précoce, si tel est le souhait de l'organisme ou du comité. Dans l'article 588, on passe en revue les possibilités qui s'offrent aux organismes en ce qui touche l'acquisition des services d'organismes responsables ou d'animateurs. Cet article autorise également les organismes à rembourser les dépenses de certains membres des comités conformément aux dispositions de la *Federal Advisory Committee Act* des États-Unis.

Dans le contexte canadien, l'article 589 revêt une importance particulière puisqu'il décrit le rôle de l'*Administrative Conference of the United States* relativement au processus de négociation de règlements. Comme le Canada ne possède pas un organisme correspondant à l'ACUS, l'article soulève des questions quant à savoir s'il est nécessaire et souhaitable de créer un tel organisme. Essentiellement, les services offerts par l'ACUS en ce qui concerne la négociation de règlements sont axés sur la consultation et l'information, la fourniture d'une liste d'organismes et d'animateurs éventuels, l'élaboration de procédures visant l'acquisition de services d'organismes et d'animateurs, la compilation de données concernant l'établissement de règles de négociation ainsi que l'examen et l'analyse de rapports et d'informations reçus des comités de négociation en vue de leur présentation au gouvernement fédéral, l'évaluation des négociations de règlements et la recommandation d'améliorations qui pourraient être apportées au processus, la prestation de cours de formation relatifs aux procédures et aux techniques de la négociation de règlements destinés au personnel du gouvernement fédéral ou de parties privées et, enfin, le versement de certains fonds.

Finalement, l'article 590, pour éviter la création de nouvelles sources de litiges éventuels, prévoit que les mesures prises par les organismes relativement aux décisions liées à la *procédure* dans le cadre d'établissement de règles par négociation ne sont pas assujetties aux examens judiciaires; cependant, la loi n'influe en rien sur les examens judiciaires auxquels les *règles* promulguées en vertu du processus de négociation peuvent par ailleurs être soumises<sup>235</sup>.

Comme on le voit, la *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis vise à fournir des lignes directrices souples aux fins de l'utilisation de la négociation de règlements. L'une des dispositions principales de la loi autorise le versement de fonds destinés à aider les organismes à mettre en place le processus, à offrir de la formation et à rembourser certaines dépenses assumées par les comités de négociation. Comme on l'a dit dans les parties antérieures, la loi clarifie également le processus de négociation de règlements au regard de procédures stipulées dans d'autres mesures législatives.

Les personnes en faveur de l'adoption de mesures législatives soulignent qu'elles ne constituent qu'un cadre : «[Traduction] L'établissement de règles par consensus donne de meilleurs résultats lorsqu'il obéit à des dispositions souples qui peuvent être adaptées aux exigences de chaque situation. Contraindre le processus de manière trop étroite, à l'aide d'un trop grand nombre de règles de procédure, équivaldrait à éliminer sa caractéristique la plus précieuse<sup>236</sup>». En même temps, on souligne toutefois que les

---

<sup>235</sup> *Sourcebook* 1992:792-793 (procédure administrative fédérale) de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>236</sup> Levin 1988:4. Les porte-parole canadiens interviewés en vue de la préparation du présent rapport ont fait des commentaires qui vont dans

organismes qui n'ont pas encore fait l'expérience de la négociation de règlements souhaitent obtenir une orientation quant à la façon de procéder. En fait, ils en ont besoin. Parce qu'on se pose des questions au sujet du processus de négociation de règlements dans le contexte d'autres exigences imposées par la loi en matière de procédure, l'adoption d'une loi sur la négociation de règlements pourrait et devrait résoudre ces questions d'une manière uniforme s'appliquant à tous les cas. C'est du moins ce qu'on affirme.

### 3.7.2 Arguments à l'encontre de l'adoption de mesures législatives

Essentiellement, trois arguments militent contre l'adoption de mesures législatives portant de manière spécifique sur la négociation de règlements. D'abord, on craint que l'adoption de telles mesures puisse avoir pour effet de «contraindre le processus de manière trop étroite» (pour reprendre les mots de Levin, *supra*). Plutôt que de favoriser le processus -- dont même ceux qui ne sont pas en faveur de l'adoption de mesures législatives reconnaissent qu'il peut se révéler utile dans certaines situations --, l'adoption d'une loi pourrait se traduire par l'ajout d'un niveau de procédure administrative de plus qui n'aurait pour effet que d'empêcher la prise de décisions en matière de réglementation.

Le deuxième argument est fondé sur le point de vue suivant : parce que le succès de la négociation de règlements dépend du consentement continu des parties, des mesures législatives telles que la *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis perturbent l'équilibre consensuel fragile nécessaire à la réussite du processus. Parce que la loi confère au seul organisme le pouvoir de prendre les décisions importantes liées au processus (par exemple, quand tenir une négociation, qui y inviter et quand poursuivre ou interrompre les négociations), elle pourrait troubler par inadvertance l'atmosphère consensuelle. Même si on convient qu'il est nécessaire de consulter les organisateurs, les animateurs et les intervenants, c'est l'organisme qui, en bout de ligne, prend ces décisions; de plus, dans le contexte américain, celles-ci ne sont pas assujetties aux examens judiciaires (article 590, *supra*).

Le troisième argument, en quelque sorte lié aux précédents, a trait au fait qu'il pourrait se révéler prématuré, à ce stade-ci, d'adopter des mesures législatives. Par exemple, il conviendrait de résoudre les problèmes présentés ci-dessus avant qu'ils ne soient codifiés dans des mesures législatives. Il arrive souvent que des objections à l'adoption de mesures législatives soient présentées à la lumière des inconvénients associés à la négociation de règlements<sup>237</sup>. Jusqu'à ce que la négociation de règlements ait fait l'objet d'une expérience plus poussée, on soutient donc que l'adoption d'une loi relative à l'établissement de règles par consensus n'est pas à conseiller, particulièrement du fait que le processus a été utilisé avec succès malgré l'absence de fondement législatif.

---

le même sens.

<sup>237</sup> Voir, par exemple, Doniger 1988 et, au chapitre 1, la partie qui porte sur les inconvénients.

### 3.7.3 Solutions de rechange à l'adoption de dispositions législatives sur la négociation de règlements

#### 3.7.3.1 Propositions canadiennes

Avant de songer à des solutions de rechange, on devrait noter que certains organismes canadiens se sont déclarés en faveur de la démarche législative. Par exemple, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a:25) ont recommandé, en ce qui a trait à la politique de l'organisme en matière de développement durable, que le gouvernement de l'Ontario instruisse chaque commission, ministère ou organisme concerné d'élaborer et d'adopter une politique portant sur l'utilisation de solutions de rechange au règlement de conflits et à la gestion de cas. Dans l'élaboration d'une telle politique, chaque commission, ministère ou organisme devrait envisager, en matière de règlement de différends, des solutions de rechange en ce qui concerne l'établissement de règles et d'autres mesures administratives. De plus, les auteurs du rapport (1992:27) proposent que l'Ontario, pour réduire au minimum le rôle que doit jouer le gouvernement au chapitre de l'exécution des règlements, envisage de créer un programme d'établissement de règles par négociation analogue à celui auquel recourt le gouvernement fédéral des États-Unis. En vertu du processus, les parties privées touchées négocient les modalités d'un règlement avec le gouvernement, étant entendu que les parties à l'entente sont liées par celle-ci : elles ne peuvent donc contester les modalités de la mise en oeuvre de l'entente, ni exercer de pression contre eux.

Deux solutions de rechange ont été proposées. En vertu de la première, on pourrait, plutôt que d'adopter une loi distincte, faire en sorte que les lois qui régissent les pouvoirs de réglementation puissent inclure des dispositions visant la négociation de règlements ou reconnaissant le processus dans leur préambule<sup>238</sup>.

Les procédures liées à la négociation de règlements pourraient ainsi être taillées sur mesure pour tenir compte des responsabilités et des activités spécifiques de chaque organisme. En revanche, l'uniformité, en ce qui concerne les questions de procédure, serait sacrifiée. Une deuxième proposition vise l'utilisation de lignes directrices plutôt que de mesures législatives pour soutenir et guider la négociation de règlements. Une telle démarche aurait pour effet de légitimer le processus, mais elle donnerait peut-être lieu à trop d'hésitations, de réticences ou d'incertitudes.

Selon les porte-parole canadiens interviewés dans le cadre de la présente étude, le recours à des lignes directrices emportait une moins grande adhésion que la démarche législative; cependant, les personnes interviewées se montraient très prudentes à l'égard de ces deux instruments. Deux inconvénients majeurs ont été associés à l'utilisation de lignes directrices. Premièrement, elles peuvent mettre en péril la souplesse qu'exige le processus : «Chaque application est unique; dans chaque cas, on doit pouvoir élaborer des procédures qui lui sont propres.» Deuxièmement, le fait de donner à chaque comité de négociation la possibilité de créer ses propres lignes directrices est jugé très important : cette façon de faire donne non seulement aux comités l'occasion de créer les procédures et

---

<sup>238</sup> Conversation avec M. Glenn Sigurdson. À l'heure actuelle, au Canada, seules quelques lois reconnaissent la légitimité de la négociation : par exemple, la *Land Claims Agreement Act* du Yukon, la *Commission on Resources and the Environment Act* de la Colombie-Britannique et la LCPE (même si on a critiqué la LCPE parce qu'elle ne reconnaît l'utilisation de la médiation que dans un contexte).

les règles de base qui répondent le mieux à leur but, mais aussi fournit à chaque participant une excellente occasion de se familiariser avec le processus de négociation<sup>239</sup>.

Par ailleurs, on a reconnu qu'un certain type d'information descriptive au sujet de la négociation de règlements, mettant en relief les caractéristiques générales du processus, contribuerait à sensibiliser les participants éventuels au processus.

### 3.7.3.2 La *Subordinate Legislation Act* de l'État de Victoria

Dans d'autres pays, on a tiré profit de certains des avantages qu'offre l'établissement de règles par négociation en adoptant une démarche légèrement différente. L'une des questions les plus critiques sous-tendant l'utilisation de la négociation de règlements a trait au besoin (et, selon certains, au droit) qu'a le public de participer à la création de mesures législatives subordonnées. Craven (1990) souligne que, au Canada, on a la tentation de lorgner du côté des États-Unis -- où les procédures sont établies depuis longtemps et bien documentées -- comme source exclusive d'inspiration. Or, il laisse entendre que la méthode australienne pourrait constituer une solution de rechange à l'APA et à la *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis. Plutôt que d'autoriser la négociation de règlements sur le plan législatif, la loi de l'État de Victoria, la *Subordinate Legislation Act* (1986), prévoit un régime de consultation obligatoire à l'égard d'un large éventail de règlements.

Tout en reconnaissant que le gouvernement fédéral du Canada a mis en oeuvre, en ce qui concerne les consultations liées à l'élaboration de règlements, une politique détaillée, Craven soutient que cette politique prête le flanc à la critique pour les motifs suivants : comme il ne s'agit que d'une politique, elle ne constitue pas une exigence imposée par la loi. En outre, il n'existe aucun mécanisme d'exécution ou d'examen indépendant visant à faire en sorte que la politique soit effectivement respectée<sup>240</sup>. En vertu du modèle de l'État de Victoria (qui agit au niveau du gouvernement de l'État plutôt qu'à celui du gouvernement fédéral), la consultation est, par contraste, prescrite par la loi, là où un règlement proposé est susceptible d'imposer un fardeau, des coûts ou des inconvénients qu'on peut évaluer, qu'ils soient directs ou indirects, tangibles ou intangibles, ou qu'ils affectent une industrie, un commerce, les consommateurs, les membres du public ou l'État<sup>241</sup>.

La véritable signification de la loi de l'État de Victoria réside toutefois dans le processus d'étude d'impact de la réglementation, qui prévoit des exigences beaucoup plus spécifiques (et, donc, pratiquement plus contraignantes) que l'exigence en comparaison plutôt vague liée à la consultation. En vertu de l'Annexe 3 de la loi, une étude d'impact doit comprendre quatre parties : une étude des objectifs du règlement proposé, une

---

<sup>239</sup> Conversations avec M. Glenn Sigurdson, le 7 avril 1993 et le juge Barry Stewart. Voir également le chapitre 2.

<sup>240</sup> Au niveau provincial, seul le Québec a institué des mesures législatives, soit la *Loi sur les règlements* (1986), prévoyant des consultations -- même si elles sont assujetties à une large formule d'exemption. L'Ontario a envisagé l'adoption de mesures législatives de ce genre, mais n'a pas donné suite à son intention.

<sup>241</sup> Certains règlements proposés sont exemptés, par exemple, ceux qui ont trait à des questions d'une nature essentiellement déclaratoire ou fondamentale, ceux qui portent sur les relations, l'organisation ou les procédures, à l'intérieur des ministères ou des organismes statutaires ou entre eux, ce qui impose un fardeau, des coûts ou des inconvénients qu'on ne peut évaluer à tout secteur du public (Annexe 2, ligne directrice 3f)), ceux qui n'entraînent que des coûts et des frais correspondant à l'inflation (ligne directrice 3A), et, enfin, ceux qui ont trait aux règles de la Cour (ligne directrice 3B). Dans l'examen qu'il fait de ce texte de loi, Craven fait remarquer que certaines des formulations relatives à ces exemptions pourraient être plus précises.

définition des divers moyens grâce auxquels les objectifs pourront être atteints, une évaluation des coûts et avantages financiers et sociaux associés à chacune des possibilités et, enfin, un résumé des solutions de rechange possibles à l'élaboration du règlement, accompagné des raisons qui expliquent que ces solutions n'ont pas été considérées comme appropriées<sup>242</sup>.

Un exemplaire de l'étude d'impact de la réglementation doit être acheminé au *Department of Management and Budget*, dont le directeur général doit déterminer si l'étude en question évalue adéquatement l'impact du règlement proposé, et au *Legal and Constitutional Committee* du Parlement de l'État de Victoria. En outre, un résumé de l'information contenue dans l'étude d'impact, des renseignements au sujet des endroits où on peut se procurer l'étude ainsi que le délai prévu pour la présentation de mémoires sont publiés en même temps que l'avis annonçant le nouveau règlement. Tous les commentaires reçus doivent être pris en considération par le ministre responsable du règlement avant que celui-ci ne soit adopté.

Les dispositions législatives de l'État de Victoria s'éloignent des pratiques exigées par les lignes directrices qui ne servent que d'orientation (*supra*) en ce qui concerne les dispositions visant l'exécution, que le *Legal and Constitutional Committee* mentionné ci-dessus est chargé de surveiller<sup>243</sup>. En vertu du paragraphe 14(2), le comité est autorisé à présenter au Parlement un rapport qui appuie le règlement proposé, le désavoue en tout ou en partie, ou recommande qu'il soit modifié. Le rapport peut être approuvé par *les deux* chambres du Parlement. Le rapport du comité repose sur les considérations suivantes : a-t-on entrepris une consultation adéquate; a-t-on, au besoin, préparé une étude d'impact; l'étude est-elle déficiente; les procédures relatives à l'avis, à la publicité et aux commentaires ont-elles été respectées<sup>244</sup>? L'une ou l'autre de ces lacunes ou de ces omissions suffit à assujettir une règle à un rapport du comité ainsi qu'au désaveu ou à la modification de celle-ci par le Parlement. En effet, l'exécution est du ressort du Parlement.

Dans son analyse des dispositions législatives de l'État de Victoria, Craven (1990:249) souligne que l'un des points faibles du modèle a trait au fait que, par comparaison, il est difficile pour le *Legal and Constitutional Committee* de détecter une violation des exigences générales en matière de consultation<sup>245</sup>; par conséquent, le comité tend à mettre l'accent sur les exigences plus concrètes du processus d'étude d'impact. Ainsi, la conformité avec les exigences relatives aux études d'impact a augmenté. Elle est passée de quelque 8 % en 1985 à environ 80 p. 100 en 1988. Craven laisse entendre que cette augmentation de l'utilisation des études d'impact est dans une large mesure

---

<sup>242</sup> Les normes qui doivent être respectées dans les études d'impact australiennes sont plus élevées que celles qui caractérisent habituellement les résumés d'étude d'impact de la réglementation au Canada (Craven 1990:238-9).

<sup>243</sup> Il s'agit d'un comité d'enquête mixte du Parlement de l'État de Victoria composé de membres de toutes les parties issues des deux chambres du Parlement. Selon la coutume, le comité compte autant de membres du gouvernement que de l'opposition. Craven signale qu'on peut se demander dans quelle mesure les décisions du comité sont influencées par les politiques, compte tenu de cette organisation. Il affirme que, même s'il serait naïf de laisser entendre que les partis politiques n'influent jamais sur le jugement des membres du comité, certains faits encourageants montrent que, dans l'ensemble, le comité, dans une large mesure, aborde son travail de manière apolitique. Ainsi, les rapports que le comité présente au Parlement contiennent peu d'avis divergents (Craven 1990:255).

<sup>244</sup> On souligne que le comité est soutenu par un personnel juridique et administratif d'une grande efficacité (Craven 1990:256).

<sup>245</sup> Selon Craven (*ibid.*:256), les mesures d'exécution auxquelles donne lieu une violation des exigences relatives à la consultation sont ambigus, en ce sens qu'il existe une certaine confusion quant à savoir si une telle violation est assujettie à un examen judiciaire aussi bien que parlementaire.

imputable à la surveillance rigoureuse exercée par le comité et au fait que la plupart des recommandations du comité à cet égard sont acceptées par le Parlement. L'utilisation accrue des études d'impact s'est également traduite par une augmentation du taux de réponse du public. Qui plus est, le nombre d'occurrences où les commentaires du public ont entraîné des modifications des règlements proposés a également connu une augmentation. Même si le pourcentage est peu élevé -- environ 10 p. 100 --, il révèle, selon Craven, qu'une proportion non négligeable de règlements proposés sont effectivement modifiés en réponse aux mémoires présentés par le public<sup>246</sup>.

Comparant le Canada et l'Australie, Craven (1990:257) fait remarquer ce qui suit :

[Traduction]

Par rapport à la situation en vigueur au Canada, la caractéristique la plus notable du modèle de l'État de Victoria tient peut-être à ce qu'il est exécuté de l'extérieur. Par cela, on entend que l'adhésion des décideurs de l'organe exécutif aux exigences pertinentes relatives à la consultation, y compris celles qui ont trait au processus d'étude d'impact, est activement contrôlée par un organisme extérieur à l'organe exécutif lui-même, et autonome par rapport à lui, à savoir le *Legal and Constitutional Committee*. Voilà qui contraste vivement avec la situation en vigueur au Canada, où la décision ultime en ce qui touche la conformité pleine et entière avec les exigences relatives à la consultation appartiendra à l'organe exécutif. Qui plus est, il découle de l'analyse qui précède des activités du comité de l'État de Victoria que l'exécution, en vertu de ce régime, est non pas une simple possibilité théorique, mais une réalité permanente.

La valeur de la méthode australienne est fonction des trois observations suivantes :

[Traduction]

- Sans mécanisme d'exécution, il sera sans nul doute extrêmement difficile de déterminer dans quelle mesure tout système de consultation se traduit par la conformité avec les exigences.
- En ce qui a trait au contexte canadien particulier, les données limitées disponibles au sujet de l'inclusion des initiatives en matière de réglementation dans le Projet de réglementation fédérale ne sont pas particulièrement encourageantes<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> Si le Premier ministre décrète qu'il n'est pas dans l'«intérêt public» qu'une règle respecte cette exigence (par exemple, dans les cas d'urgences particulières), certains règlements sont exemptés du processus relatif aux études d'impact. En 1988, environ une règle sur six a été exemptée -- un chiffre qui, selon Craven, est plus élevé que ce à quoi on aurait pu s'attendre. Dans son *Tenth Report* (1987), le *Legal and Constitutional Committee* s'intéresse à cette question : il affirme qu'on a eu recours à l'exemption pour éviter les complications qui auraient pu surgir en relation avec des questions politiques délicates ou complexes. À cet égard, une partie du problème vient du fait que le Premier ministre n'est pas tenu d'expliquer sa décision d'exempter une règle.

<sup>247</sup> En 1987, par exemple, seulement 30 p. 100 des règlements ont effectivement été pré-publiés (Bureau de la privatisation et des affaires

- La lecture même la plus superficielle des résumés d'études d'impact de la réglementation contenue dans la *Gazette du Canada* révélera que ces documents sont, en règle générale, suspects quant aux descriptions et aux analyses des règles auxquelles ils sont associés. Souvent, les objectifs sont indûment limités ou vagues. Par ailleurs, les solutions de rechange sont non définies ou rejetées de manière péremptoire. Quant aux analyses coûts-avantages, elles sont fréquemment superficielles. Enfin, le jargon et les expressions toutes faites abondent (Craven 1990:258-9).

En bref, soutient Craven, il est probable que, si on fait preuve de sérieux à l'égard des exigences relatives à la consultation, on sera disposé à ce qu'elles soient appliquées, plutôt que laissées essentiellement à la bonne volonté des personnes visées par elles. Si, comme on le dit parfois, les autorités consultent toujours de toute façon, il n'y aurait pas de mal, soutient-il, à ce que cette pratique devienne exécutoire tandis qu'elle ne l'était pas.

#### 3.7.4 Résumé

Le modèle de l'État de Victoria a beaucoup en commun avec la démarche conventionnelle canadienne dans la mesure où il repose sur un processus de consultation, et non sur un processus de négociation. Le programme de l'État de Victoria, cependant, donne plus de mordant aux exigences relatives à la consultation. En vertu de ce plan, la consultation est obligatoire aux termes de la loi. En outre, l'exécution est assurée de l'extérieur. Bien sûr, il se peut que cette méthode fasse l'objet des critiques présentées dans la partie relative aux arguments allant à l'encontre de l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements (par exemple, en ce qui a trait à l'imposition d'une «camisole de force» au processus); cependant, ainsi qu'on l'a noté ci-dessus, l'absence de mesures législatives est également ouverte à la critique. Malgré la séduction qu'il exerce du fait qu'il repose, en ce qui a trait à l'établissement de règles, sur une approche consultative déjà bien connue, le modèle australien est dépourvu de certains des avantages offerts par la négociation de règlements, tels que l'interaction directe des intervenants et l'orientation vers la résolution mutuelle de problèmes qui sous-tend le processus de prise de décisions lié à ce type de négociation<sup>248</sup>.

De toute évidence, les questions soulevées par les modèles américain et australien méritent d'être analysées plus à fond. Lorsqu'on considère les avantages et les inconvénients de l'adoption de mesures législatives, l'un des points les plus importants qu'on ne doit pas perdre de vue a trait au fait que le Canada est différent des États-Unis. Au Canada, les contraintes et les stipulations associées à l'APA et à la FACA des États-

---

réglementaires (1988), «La réforme de la réglementation en voie de réalisation», p. 12. En 1987, 42 p. 100 des nouveaux règlements ont apparemment fait l'objet de préavis dans le Projet de réglementation fédérale de 1987 (*ibid.*:11).

<sup>248</sup> Craven (*ibid.*) analyse également certaines des insuffisances de la loi de l'État de Victoria. Par exemple, étant donné le nombre d'exemptions, seulement une règle sur quatre environ sera assujettie aux dispositions de la loi. En outre, la loi ne s'applique pas aux formes moins officielles de «règles» telles que les directives, les lignes directrices, les décrets, etc. Enfin, la formulation de la loi est souvent vague, par exemple en ce qui concerne l'imposition, à tout secteur du public, d'un fardeau, de coûts ou d'inconvénients qui peuvent être évalués. Essentiellement, Craven soutient que la loi est entachée de la lacune majeure suivante : son cadre est si étroit qu'elle peut assez facilement être contournée.



Unis n'existent pas. Il n'est donc pas nécessaire de s'y intéresser au même degré, particulièrement dans des mesures législatives. En dépit du fait qu'une bonne part des débats entourant l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements ont été modelés par l'expérience et les vues américaines, on peut néanmoins considérer que bon nombre des questions soulevées demeurent pertinentes dans le contexte canadien.

Voici quelques-uns des arguments en faveur de l'adoption de mesures législatives : des dispositions habilitantes légitimeraient le processus et encourageraient officiellement son utilisation, clarifieraient des questions de droit de procédure, officialiseraient le droit des organismes à recourir à la négociation de règlements et, enfin, donneraient des orientations quant à la façon de procéder. Les personnes qui s'opposent à l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements soutiennent qu'il en résulterait une perte de souplesse, un bouleversement de l'équilibre consensuel exigé par la négociation de règlements et une codification prématurée du processus.

## 4.0 CONCLUSIONS ET PROPOSITIONS

### 4.1 La pertinence de la négociation de règlements

Dans la présente analyse de la pertinence de la négociation de règlements, deux points de vue sont adoptés. Premièrement, la pertinence de la négociation de règlements est considérée en termes généraux, selon le contexte politique large dans lequel l'établissement de règles a lieu. Deuxièmement, la pertinence de la négociation de règlements est envisagée selon des applications données, ce qui pose des questions quant aux situations particulières dans lesquelles le processus de négociation de règlements est ou non à conseiller.

#### 4.1.1 Pertinence de la négociation de règlements en général

La négociation de règlements sert de méthode de rechange aussi bien que de complément à l'établissement de règles. On considère qu'elle répond aux exigences des réalités technologiques et politiques d'aujourd'hui. Elle fait écho à la complexité scientifique et sociale des enjeux ainsi qu'aux exigences au sujet de la participation du public au processus de prise de décisions<sup>249</sup>. La négociation se prête à ces applications parce qu'elle suppose une prise de décisions consensuelles par les parties concernées, y compris l'organisme ou le ministère chargé de la réglementation.

Craven (1990:233-234) a fait remarquer que, dans des pays comme l'Australie et le Canada, la réforme de la réglementation est éclairée par un certain nombre de programmes :

[Traduction]

- Un programme consultatif (supposant un certain degré de participation du public au processus de prise de décisions).
- Un programme analytique (supposant l'évaluation de la pertinence des initiatives liées à l'orientation que renferment les règlements).
- Un programme d'imputabilité (qui porte sur les inquiétudes que suscite le fait que les bureaucrates ne sont pas suffisamment tenus d'articuler publiquement les hypothèses et les raisonnements qui sous-tendent les politiques -- l'établissement de règles «occultes»).
- Des programmes de déréglementation et de «temporisation» (qui portent sur la conviction selon laquelle il y a, de façon générale, «trop de règlements» et que les règlements

---

<sup>249</sup> Au cours des deux dernières décennies, la réalité autrefois décrite en ces termes : «Le Parlement légifère, l'exécutif administre» a évolué de telle manière que, aujourd'hui, les fonctions législatives telles que la promulgation des règlements font communément partie des mandats de l'exécutif.

demeurent consignés dans les registres bien après avoir épuisé leur vie utile).

- Un programme d'accessibilité (qui porte sur les craintes que suscite le fait que les règlements ne soient pas diffusés assez largement et que, une fois publiés, ils ne soient pas disponibles).
- Un programme parlementaire ou constitutionnel (qui va dans le sens du soupçon persistant suivant : le Parlement, l'autorité ultime de la légitimité politique, a perdu le contrôle de l'établissement de règles auquel procèdent les organismes).

Craven laisse entendre que dans tout modèle de prise de décisions en matière de réglementation, on peut s'attendre à ce que tous ces programmes (ou tout au moins un certain nombre d'entre eux) agiront et influenceront fréquemment sur la forme et le contenu des méthodes d'établissement de règles utilisées.

Comme on l'a indiqué dans les chapitres précédents, les tenants de la négociation de règlements affirment que le processus peut intégrer les exigences de tous les «programmes» ci-dessus. Elle satisfait aux exigences du programme consultatif en donnant aux intervenants concernés l'occasion de participer directement au processus de prise de décisions par consensus. Le fait que les intervenants partagent de l'information et participent à une approche de la prise de décisions en matière de réglementation axée sur la résolution de problèmes signifie que le fondement, et donc le résultat, de la décision prise à ce sujet pourra se révéler supérieur à celui auquel on serait arrivé au moyen de méthodes conventionnelles. Les exigences du programme analytique sont donc satisfaites. En imposant la participation de l'organisme gouvernemental et des intervenants non gouvernementaux, le processus répond aussi aux exigences du programme d'imputabilité. Si la négociation de règlements ne satisfait pas directement aux exigences des programmes de déréglementation et de temporisation, les procédures élaborées pour guider le processus peuvent fournir à l'organisme des renseignements au sujet de la nécessité du règlement; par exemple, au stade de la pré-négociation, les consultations tenues avec les intervenants peuvent aider l'organisme à déterminer si un règlement est nécessaire. De la même façon, les procédures recommandées prévoient que le règlement proposé fasse l'objet d'un avis public largement diffusé et que les négociations qui ont conduit au règlement sur lequel on s'est entendu soient documentées et mises à la disposition d'un grand nombre de personnes, de manière à ce que cette information soit accessible au public. Finalement, la négociation de règlements, par sa nature même, constitue un moyen grâce auquel les objectifs de la démocratie directe peuvent être atteints.

#### 4.1.2 Pertinence de la négociation de règlements dans des situations particulières

Bien entendu, on convient que la négociation de règlements ne se prête pas à toutes les situations. La détermination de sa pertinence dans des cas particuliers

d'établissement de règles suppose deux niveaux d'évaluation. Comme on l'a indiqué au chapitre 2, on conseille aux organismes qui envisagent de recourir à la négociation de règlements de passer par deux stades d'évaluation avant de s'engager en faveur du processus. Dans le premier stade, l'organisme examine l'établissement de règles par négociation proposé pour déterminer si la négociation de règlements, pour quelque raison préliminaire que ce soit, devrait automatiquement être exclue. Parmi les situations où la négociation de règlements pourrait automatiquement être jugée inopportune, on retrouve, par exemple, l'absence d'un nombre suffisant de questions «mûres», des questions qui mettent en cause des valeurs fondamentales<sup>250</sup>, l'urgence que revêt l'adoption du règlement (en ce qui touche, notamment, les règlements qui portent sur des questions de vie et de mort), l'absence d'intérêts définissables, et ainsi de suite.

Le deuxième stade des procédures qui guident la négociation de règlements permet de mieux évaluer la pertinence du processus. À ce stade, on examine la situation en fonction des «critères» qui ont été établis, y compris le nombre d'intérêts en cause, la nature des questions, les facteurs qui incitent les intervenants à participer et l'engagement de l'organisme<sup>251</sup>.

En résumé, la négociation, en ce qui concerne les considérations et les difficultés que suppose l'ébauche de règlements, n'est pas considérée comme une panacée. En fait, on estime qu'elle ne peut s'appliquer qu'à un petit sous-ensemble de situations touchant la réglementation<sup>252</sup>. Néanmoins, on considère qu'il s'agit d'une méthode qui offre des avantages considérables aux organismes de réglementation ainsi qu'aux parties qui font l'objet de la réglementation.

## 4.2 Les conséquences involontaires de la négociation de règlements

On a fait un certain nombre d'observations au sujet des conséquences involontaires ou indirectes, à la fois négatives et positives, de la négociation de règlements. Quant aux conséquences négatives, l'une des principales préoccupations a trait au fait qu'il est possible que les organismes recourent à un plus grand nombre de directives d'orientation et à d'autres types de mesures administratives à caractère quasi législatif<sup>253</sup> pour éviter les procédures liées à la négociation de règlements. Si, comme on l'a prédit, le personnel se montre réticent à l'idée de recourir à la négociation de règlements et si l'organisme craint que le public s'opposera à la position gouvernementale -- de telles circonstances ne sont pas rares --, l'organisme peut choisir de contourner l'ensemble de la question en recourant à d'autres moyens de produire l'effet souhaité relativement aux orientations. Si, comme on l'a dit au chapitre 3, le processus de négociation de règlements peut également servir à l'élaboration de lignes directrices d'orientation, il est peu probable, dans de telles circonstances, que l'organisme choisirait

---

<sup>250</sup> Doniger (1988:4-5), par exemple, se réfère à la décision prise par l'EPA de ne pas négocier les critères de choix d'un site où enfouir des déchets radioactifs de faible activité, la pierre d'achoppement de cette idée étant que la question fondamentale de savoir quelle mesure de risque de cancer est sûre n'est pas négociable.

<sup>251</sup> Voir Harter 1982:46-551.

<sup>252</sup> Zoll 1988:2.

<sup>253</sup> Voir Janisch 1991:100.

de le faire<sup>254</sup>. Une telle éventualité aurait l'effet déplorable d'élargir davantage l'écart entre l'orientation de l'organisme et l'examen et les commentaires du public<sup>255</sup>.

Une deuxième conséquence involontaire a trait à un point soulevé par Braithwaite (1987) dans sa comparaison des modes britannique et américain de prise de décisions en matière de réglementation. Tout en reconnaissant les inconvénients que revêt le caractère conflictuel des questions de réglementation aux États-Unis, il note que le monde, dans une certaine mesure, a bénéficié de la contestation judiciaire -- souvent fort conflictuelle et largement diffusée -- des décisions prises en matière de réglementation. Il affirme qu'en un sens, de petites nations comme les pays nordiques, voire même l'Australie, disposent peut-être, en ce qui concerne les médicaments, de meilleurs régimes de réglementation que les États-Unis ou la Grande-Bretagne, où existent pourtant des ressources supérieures en matière de réglementation. Ce qui explique le succès de ces petits pays, c'est qu'ils puisent allégrement dans les fruits de l'expérience américaine, caractérisée par les conflits et l'ouverture. Sans passion, ils peuvent observer les carnages qui se produisent aux États-Unis, puis prendre une décision consensuelle.

Bien entendu, on peut répondre de deux façons à ce dilemme. L'une est que tous les pays devraient tirer profit de la négociation de règlements, ce qui aurait pour effet de réduire au minimum la nécessité des recours aux tribunaux visant à exposer les enjeux, à établir les faits et à clarifier les possibilités. Deuxièmement, on a recommandé que les procédures liées à la négociation de règlements soient documentées et rendues disponibles au plus grand nombre de personnes possible de manière à ce qu'elles puissent tirer des enseignements du processus -- en ce qui a trait à la façon dont les décisions ont été prises ainsi qu'à leur justification.

Une autre conséquence involontaire éventuelle a trait aux attentes déçues. On a observé que la négociation de règlements tend à rehausser les attentes des gens, si bien qu'elle peut donner lieu à des «mécontentements». Le défaut de parvenir à un consensus, particulièrement si les négociations sont litigieuses, peut se traduire, pour certains participants, par une déception et gêner davantage les relations que l'organisme entretient avec certains d'entre eux<sup>256</sup>. Par ailleurs, on a constaté que la négociation de règlements pouvait améliorer de façon sensible la communication entre groupes dont les relations, traditionnellement, ont été marquées par la confrontation<sup>257</sup>.

Une dernière préoccupation a trait à un argument présenté par Funk, argument analysé au chapitre 1. L'auteur soutient que la négociation de règlements ne défend pas l'intérêt public. Même si les procédures conçues pour la négociation de règlements visent à empêcher cette possibilité, il se peut que même une observation complète de ces principes et de ces lignes directrices puisse se traduire par un règlement moins

---

<sup>254</sup> Cette situation s'est produite dans l'État de Victoria, en Australie, en réponse à l'introduction de la *Subordinate Legislation Act*, analysée au chapitre 3. Comme le signale Craven (1990), la réponse des fonctionnaires au nouveau modèle consultatif a été, au départ, moins que chaleureuse, et on a trouvé des moyens d'éviter l'observation des exigences prescrites par la loi.

<sup>255</sup> Janisch (1991:100-101) analyse ensuite ce qui pourrait se produire si les organismes étaient tenus d'introduire ces «lois qui n'en sont pas» dans la régie des procédures de droit administratif. Le risque, affirme-t-il, est que si les politiques et lignes directrices devaient être assujetties à la procédure qui régit les règlements, les organismes pourraient cesser de les faire connaître, ce qui aurait pour effet de nous ramener à ce qu'il appelle la jungle des cas isolés de Tennyson et à un manque subséquent de cohérence et d'uniformité dans la politique publique.

<sup>256</sup> *Sourcebook* 1990:30 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>257</sup> Thomas 1987.

qu'adéquat. Comme Funk le laisse entendre, l'une des raisons qui expliquent cette situation est que, dans la recherche d'une entente, il est possible que le mouvement visant à établir un consensus et à assurer la satisfaction des parties ne se traduise pas nécessairement par une décision prise dans l'intérêt public. Cependant, il est à noter que le même risque existe dans le cas des méthodes conventionnelles (même si les raisons sont peut-être différentes)<sup>258</sup>.

### 4.3 Résumé des observations

Les observations suivantes résument les principales caractéristiques de la négociation de règlements.

- La négociation de règlements est une solution de rechange aux méthodes classiques de règlement de différends en vertu de laquelle le résultat n'est pas influencé de façon marquée par une tierce partie.
- On ne doit pas confondre la négociation de règlements avec un règlement négocié. S'ils supposent tous deux une négociation, la négociation de règlements est, par nature, tournée vers l'avenir : elle vise non pas à résoudre des différends précis, mais bien à établir des règles générales qui influenceront le comportement.
- La négociation de règlements vise à servir de complément et de solution de rechange aux méthodes conventionnelles d'établissement de règles, telles que la consultation et les audiences.
- La négociation de règlements possède quatre caractéristiques critiques :
  - elle se produit «en amont» de l'élaboration de règlements;
  - les intervenants se rencontrent face-à-face pour présenter leur position et entendre le point de vue de l'autre partie;
  - en ce qui touche la rédaction finale des règlements proposés, les décisions sont prises par consensus;
  - dans la mesure du possible, les décisions auxquelles les négociations permettent d'arriver lient les parties.
- Dans le contexte de la négociation de règlements, on entend par «consensus» que tous les intéressés présents autour de la table sont d'accord avec l'entente conclue - ou du moins ne s'y opposent pas.
- La négociation de règlements vise la production de meilleurs règlements -- quant à la politique, à la procédure et au fond -- en donnant aux parties que le règlement proposé intéresse tout particulièrement l'occasion de participer à sa formulation.
- Parmi les avantages de la négociation de règlements, on retrouve :

---

<sup>258</sup> Voir, au chapitre 1, la partie 1.5.1.3 qui porte sur la validité politique.

- de meilleures assises en ce qui touche la prise de décisions relatives aux règlements et l'élaboration de règlements plus solides;
  - des conflits moins nombreux, une mise en oeuvre plus rapide et une conformité plus grande;
  - une meilleure validité, sur le plan politique, de la prise de décisions relatives aux règlements;
  - des relations davantage axées sur la coopération entre les intéressés et l'organisme; et
  - moins de temps, d'argent et d'effort.
- Parmi les inconvénients de la négociation de règlements, on retrouve :
    - le fait qu'elle peut exiger des ressources considérables à court terme et obliger les organismes à adapter leurs procédures internes;
    - le fait qu'elle exige un investissement considérable de temps et de ressources de la part de groupes d'intérêt public qui peuvent avoir une capacité limitée de soutenir l'effort nécessaire à la participation au processus -- particulièrement si ces groupes prennent part à plus d'une négociation;
    - le fait que de nombreux intervenants connaissent mal le processus, si bien qu'il faut parfois vaincre les attitudes négatives à son endroit, y compris les réticences que l'idée suscite chez les organismes;
    - le fait qu'elle risque de ne pas représenter adéquatement les intérêts du public; et
    - le fait qu'elle puisse se prêter aux manipulations de ceux qui pourraient être tentés d'utiliser le processus à leurs propres fins.
  - Les procédures liées à la négociation de règlements comportent quatre stades :
    - un stade d'évaluation prévoyant un examen minutieux de la pertinence du recours à la négociation de règlements dans le contexte des critères qui ont été mis au point pour le processus, de la nature de l'objet de la réglementation, du nombre et de la nature des enjeux, de l'échéancier rattaché à l'élaboration des règlements ainsi que de la définition, de la disponibilité et de l'engagement des parties concernées;
    - un stade de pré-négociation prévoyant deux phases : d'abord, un responsable procède à un examen en profondeur des critères énumérés ci-dessus et prépare les parties aux négociations; dans la deuxième phase,

l'organisme et le responsable font publier l'avis d'intention de négocier, choisissent un médiateur et prennent, à l'égard de l'avis, les dispositions nécessaires;

- un troisième stade, celui des négociations elles-mêmes, y compris les négociations relatives à la procédure et au fond; et
- un quatrième stade, soit la fermeture et le suivi (par exemple, l'évaluation du processus et la surveillance de la mise en oeuvre de l'entente).

#### 4.4 Considérations présentes et futures : une perspective canadienne

La négociation de règlements constitue un complément prometteur aux méthodes conventionnelles d'établissement de règles. Dans le contexte politique et économique actuel particulièrement, on a besoin, dans le domaine de la réglementation, de stratégies qui vont dans le sens de l'innovation, de la compétitivité et du développement durable. En fait, de telles stratégies seraient les bienvenues. Dans un récent rapport du Centre canadien du marché du travail et de la productivité (1993:43), intitulé *Canada : Pour relever le défi du changement*, on lit ce qui suit :

Au Canada, les milieux d'affaires et les syndicats ont toujours eu de la difficulté à s'entendre quant à l'orientation et à l'ensemble [des politiques et des programmes publics]. Les milieux d'affaires et les syndicats ne s'entendent pas non plus quant aux politiques qui conviennent le mieux pour atteindre leurs buts. Les syndicats ont tendance à préférer la législation, la réglementation et l'administration de la loi [...] tandis que les milieux d'affaires préfèrent les incitations, les lignes directrices volontaires et les échéances.

Ces divergences découlent en partie de la discussion limitée de ces aspects des politiques publiques entre les milieux d'affaires et les syndicats. On a peut-être fait des efforts périodiques à cet égard aux niveaux fédéral, provincial et territorial, mais ils ont surtout été ponctuels. Trop souvent en outre, les gouvernements ont semblé ne pas tenir compte des résultats même de ces efforts limités [...]

[...] les gouvernements devraient reconnaître que si les milieux d'affaires et les syndicats jouent de nouveaux rôles, les gouvernements doivent emboîter le pas. Les gouvernements doivent se préparer à un changement permanent dans leurs relations avec les milieux d'affaires et les syndicats en acceptant leurs conseils sur les politiques publiques et en appuyant des mécanismes de consultation.

Dans un même ordre d'idée, les auteurs du rapport de la Table ronde de l'Ontario (1992a) reconnaissent la nécessité de l'établissement d'un plus grand nombre de



consensus entre groupes d'intérêt traditionnellement opposés, tels que les groupes de défense de l'environnement et l'industrie. On pourra ainsi favoriser l'atteinte du but que constitue un développement économique durable.

La négociation de règlements est une procédure conçue pour combler le vide laissé par les efforts unilatéraux déployés par des groupes d'intérêts divergents en vue d'influencer la politique gouvernementale<sup>259</sup>. Dans divers secteurs de la réglementation, elle constitue un moyen de résolution mutuelle de problèmes offrant davantage de possibilités et de solutions plus novatrices et acceptables des questions d'orientation.

Même si, aux États-Unis, la négociation de règlements a donné lieu à bon nombre d'expériences, elle a peu été éprouvée au Canada, si on excepte les diverses applications auxquelles elle s'est prêtée dans des secteurs autres que l'établissement de règles. Qui plus est, le contexte canadien, en ce qui touche la prise de décisions en matière de réglementation, diffère de celui des États-Unis. Par conséquent, on doit examiner le processus selon les particularités des procédures et des orientations canadiennes. Au chapitre 3, on a soulevé un certain nombre de questions qui méritent d'être explorées et analysées plus avant si les organismes du gouvernement canadien entendent recourir au processus.

Ainsi, les propositions suivantes, qui reposent sur les observations que renferme le présent rapport, peuvent contribuer, en ce qui concerne le recours à la négociation de règlements au Canada, à l'édification d'assises plus solides.

#### 4.4.1 Initiatives en matière d'éducation

On a observé que la compréhension de la négociation de règlements n'était pas uniforme au sein des organismes gouvernementaux fédéraux, provinciaux et territoriaux. Fait plus essentiel, ce manque d'uniformité porte sur la compréhension non seulement de ce qu'est la négociation de règlements, mais aussi de ses avantages et de ses inconvénients, de son objet et de ses procédures, c'est-à-dire les points dont traitent les chapitres 1 et 2 du présent rapport. *Il pourrait se révéler utile que le ministère de la Justice donne une série d'ateliers ou de séminaires au sujet de la négociation de règlements à l'intention des cadres supérieurs des organismes et des ministères chargés de la réglementation. À l'occasion des ateliers, des personnes qui ont connu l'expérience du processus de négociation de règlements devraient prendre la parole.*

#### 4.4.2 Incitations à la négociation de règlements et amélioration du processus

##### 4.4.2.1 Projets pilotes de négociation de règlements

Au chapitre 3, on passe en revue un certain nombre de propositions concernant des incitations au recours à la négociation de règlements. Parmi les obstacles qui s'y

---

<sup>259</sup> Ici, on a parfois recours au symbole de la roue, l'organisme représentant le moyeu et les divers intérêts, les rayons de la roue. Parfois, on transforme la roue en une tarte dont tous les morceaux (les divers intérêts) sont liés entre eux. Conversation avec M. Stephen Owen, le 6 avril 1993.

opposent au Canada, on retrouve ce qu'on a appelé les réticences des organismes. Il n'est pas rare que les bureaucraties fassent preuve de réticence à l'égard de nouvelles méthodes<sup>260</sup>. La source de ces réticences peut varier; pour les vaincre, il faut donc élaborer un certain nombre de stratégies. Le manque de connaissances constitue certes une source de réticence. Les ateliers de sensibilisation mentionnés ci-dessus pourraient constituer un moyen de régler ce problème.

On pourrait également mettre en oeuvre un nombre limité de projets pilotes dans lesquels on utiliserait la négociation de règlements, comme l'a fait au départ l'EPA des États-Unis. Tel qu'on l'a souligné au chapitre 3, l'une des incitations les plus convaincantes à la négociation de règlements consisterait à présenter quelques exemples de cas où elle a donné de bons résultats. *Ainsi, on propose que le ministère de la Justice, par le truchement du Projet de règlement de différends et en collaboration avec le projet d'adhésion au droit réglementaire, consulte les ministères chargés de la réglementation pour établir deux ou trois situations qui pourraient se prêter avantageusement à une négociation de règlements*<sup>261</sup>.

#### 4.4.2.2 Études de cas relatives à des établissements de règles conventionnels

En ce qui a trait à la proposition précédente, il importe de noter qu'on possède très peu d'information au sujet des avantages et des inconvénients des méthodes conventionnelles d'établissement de règles. Dans la mesure où la négociation de règlements est une solution de rechange aux méthodes conventionnelles, on doit se poser la question suivante, et se documenter à son sujet : à quoi fait-on référence? Aux États-Unis, par exemple, bon nombre de renseignements sont disponibles au sujet des méthodes conventionnelles d'établissement de règles. Au Canada, en revanche, les articles universitaires dans lesquels on analyse de nombreux aspects du processus de réglementation sont normalement orientés vers des points de vue particuliers ou une étude des éléments spécifiques qui les sous-tendent. Il ne fait aucun doute que des renseignements au sujet des méthodes d'établissement de règles adoptées par les organismes sont disponibles auprès des organismes de réglementation eux-mêmes et du Vérificateur général, mais ils ne sont pas accessibles au public.

On a besoin d'un compte rendu objectif de la façon dont les organismes de réglementation prennent des décisions en la matière, suivant les méthodes conventionnelles, en ce qui touche notamment les étapes franchies, les problèmes rencontrés, les points forts et les points faibles du processus et les résultats de la réglementation, y compris les recours aux tribunaux et les taux de conformité. Comme Latin (1985:1303) l'a indiqué, le fait de comparer entre eux les comptes rendus idéalisés de la négociation de règlements ou des méthodes conventionnelles d'établissement de règles a peu de valeur. On ne peut espérer s'en servir pour effectuer des choix réalistes. *Cela dit, on suggère qu'un certain nombre d'études de cas au sujet des méthodes conventionnelles de formulation de règlements soient entreprises en conjonction avec les projets pilotes de négociation de règlements ci-dessus.*

---

<sup>260</sup> Voir Craven 1990 et *Sourcebook* 1990 de l'*Administrative Conference of the United States*.

<sup>261</sup> Aux États-Unis, trois projets pilotes ont été couronnés de succès avant que des lignes directrices ne soient élaborées. Conversation avec M. Lee Doney.

Relativement à la recherche ci-dessus, on a fait remarquer que la qualité des résumés d'études d'impact de la réglementation laissait souvent à désirer. Par comparaison, ceux de l'Australie sont jugés supérieurs. *On propose que la qualité et l'utilité des résumés d'études d'impact de la réglementation soient évaluées et que, le cas échéant, des recommandations soient faites quant aux améliorations possibles.*

#### 4.4.2.3 Infrastructure à l'appui de la négociation de règlements

De toute évidence, les organismes de réglementation américains ont grandement bénéficié de l'orientation et des services offerts par l'*Administrative Conference of the United States* (ACUS). Entre autres choses, l'ACUS sert de centre d'information. De plus, elle fournit des listes de médiateurs et d'animateurs, certains fonds destinés aux déplacements et au remboursement d'autres frais liés à la réglementation ainsi que des services de consultation portant notamment sur le processus de négociation de règlements. On se rappellera que les membres de la Table ronde de l'Ontario ont recommandé qu'un «organisme de médiation» soit établi pour appuyer les processus consensuels. Au Canada, il n'existe pas d'organisme comparable à l'ACUS. *Par conséquent, on propose que la création d'un tel organisme ou d'autres moyens pouvant procurer les avantages associés à l'ACUS<sup>262</sup> soit pris en considération.*

L'existence de deux sources de financement ainsi que de médiateurs et d'animateurs qualifiés constitue deux autres conditions nécessaires à la mise en oeuvre de la négociation de règlements. Pour les parties qui ne peuvent assumer les coûts d'une participation égale, on doit ainsi établir une source de fonds neutre garantissant la participation significative des intervenants à la négociation de règlements. On doit songer à l'origine de ces fonds. En ce qui trait aux tierces parties neutres, on note que le nombre de personnes qui possèdent des compétences dans les domaines de la «négociation sur le fond» ou de la «négociation raisonnée» peut être insuffisant. À ce chapitre, il en va de même pour la formation. *Par conséquent, on propose que le ministère de la Justice, en collaboration avec le Secrétariat des affaires réglementaires et d'autres organismes et ministères concernés, examine des moyens d'assurer, à l'égard de la négociation de règlements, du financement et de la formation.*

#### 4.4.2.4 Autres incitations

Parce que, au Canada, la négociation de règlements est relativement nouvelle, on doit explorer des façons novatrices d'encourager le processus. On se rappellera qu'au chapitre 3, un certain nombre de propositions ont été faites : par exemple, le Secrétariat des affaires réglementaires pourrait envisager d'examiner les règlements négociés avant ceux qui ont été formulés de manière conventionnelle. De plus, on a proposé que les organismes de réglementation favorisent l'utilisation de la négociation de règlements en réduisant au minimum la présence des meilleures solutions de rechange à une entente

---

<sup>262</sup> Un certain nombre de porte-parole interviewés dans le cadre de la préparation du présent rapport ont souligné la valeur que revêtirait un organisme analogue à l'ACUS. M. Glenn Sigurdson, par exemple, a fait remarquer que le fait qu'il s'agit d'un organisme non partisan non lié au gouvernement ou à des intérêts publics constitue l'un de ses points forts.

négociée (par exemple, en décourageant le recours au lobbying, en établissant des échéanciers et en communiquant les positions de repli du gouvernement)<sup>263</sup>. Pour encourager le recours à la négociation de règlements, on pourrait sans doute faire appel à d'autres incitations. *On propose que le ministère de la Justice, en consultation avec des organismes et des ministères chargés de la réglementation, explore de nouveaux moyens de favoriser le recours à la négociation de règlements.*

#### 4.4.3 Analyse législative

Les réticences que suscite la négociation de règlements découlent des craintes éprouvées à l'égard de la légitimité du processus. Comme on l'a signalé au chapitre 3, certains ont laissé entendre que l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements, ainsi que celle de lignes directrices au sujet de son fonctionnement, pourrait légitimer le processus et cautionner officiellement son utilisation. Par ailleurs, on a avancé un certain nombre d'arguments à l'encontre de l'adoption de telles mesures législatives, notamment une réduction de la souplesse, un bouleversement de l'équilibre consensuel qu'exigent les négociations de règlements et la codification prématurée du processus. De même, si on reconnaît que la *Negotiated Rulemaking Act* des États-Unis (adoptée parallèlement à l'*Administrative Dispute Resolution Act*)<sup>264</sup> est issue d'un contexte juridique que soutient un certain nombre de lois régissant les procédures administratives, le contexte du droit administratif, en ce qui touche l'adoption d'une loi canadienne sur la négociation de règlements, est ambigu.

En bref, les enjeux devront faire l'objet d'autres analyses et éclaircissements avant que l'on puisse affirmer que l'adoption d'une loi sur la négociation de règlements est à conseiller. D'autres propositions, par exemple la création de lignes directrices au sujet de la négociation de règlements ou l'adoption du modèle australien de consultation, méritent également d'être étudiées davantage. *On propose que le ministère de la Justice organise des ateliers pour recueillir des points de vue et discuter des avantages et des inconvénients que présentent l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements, le contenu et l'orientation de telles mesures et (ou) des solutions de rechange pouvant permettre d'assurer la légitimité de la négociation de règlements.*

#### 4.4.4 Leadership du gouvernement fédéral

Au sujet de la négociation de règlements, l'un des commentaires les plus fréquemment formulés par les porte-parole canadiens a trait au fait que le gouvernement fédéral doit jouer un rôle de chef de file dans ce domaine. Dans l'ensemble, le fait que le ministère de la Justice s'intéresse à cette question a été accueilli avec satisfaction. *Par conséquent, on propose que le ministère de la Justice joue un rôle de chef de file en ce qui a trait à la mise en oeuvre de la négociation de règlements dans les administrations*

---

<sup>263</sup> Conversations avec M<sup>me</sup> Wendy Frances, M. Stephen Owen et M. Bill Dieveveen.

<sup>264</sup> Conversation avec Chris Kirtz, le 7 avril 1993. En ce qui concerne l'utilisation des solutions de rechange au règlement de conflits, on adopte, dans l'*Administrative Dispute Resolution Act* des États-Unis, une approche très proactive. La loi autorise les cadres supérieurs à se charger de l'étude de solutions de rechange aux méthodes traditionnelles de règlement de conflits, c'est-à-dire qu'elle leur confie le mandat de se montrer proactifs.

canadiennes. Au nombre des initiatives que le ministère pourrait prendre à cet égard, on retrouve :

- *la tenue régulière d'ateliers au sujet de la négociation de règlements, des ateliers mettant l'accent sur les sujets qui intéressent ou préoccupent tout particulièrement les représentants des gouvernements fédéral et provinciaux chargés de la réglementation et d'autres groupes concernés (par exemple, les tables rondes provinciales et nationales du Canada<sup>265</sup>, les tierces parties neutres, les représentants des entreprises et des industries, les groupes d'intérêt public, les représentants des universités et d'autres établissements d'agrément);*
- *la diffusion d'information au sujet de la négociation de règlements, y compris des conclusions découlant de toutes les études et les évaluations suggérées ci-dessus; et*
- *des services d'orientation en ce qui a trait à l'application du processus dans des contextes autres que l'établissement de règles.*

## **4.5 Résumé des recommandations**

### ***Recommandation 1***

Le ministère de la Justice devrait donner une série d'ateliers ou de séminaires au sujet de la négociation de règlements à l'intention des cadres supérieurs des organismes et des ministères chargés de la réglementation. À l'occasion des ateliers, des personnes qui ont connu l'expérience du processus de négociation de règlements devraient prendre la parole.

### ***Recommandation 2***

Le ministère de la Justice, par le truchement du Projet de règlement de différends et en collaboration avec le Projet d'adhésion au droit réglementaire, devrait consulter les ministères chargés de la réglementation pour établir deux ou trois situations qui pourraient se prêter avantagusement à une négociation de règlements.

### ***Recommandation 3***

En conjonction avec les projets pilotes de négociation de règlements ci-dessus, le ministère de la Justice devrait consulter les ministères chargés de la réglementation pour déterminer les candidats qui pourraient servir à la réalisation d'études de cas au sujet des méthodes conventionnelles de formulation de règlements.

### ***Recommandation 4***

On devrait entreprendre une évaluation de la qualité et de l'utilité des résumés d'études d'impact de la réglementation, y compris, au besoin, des améliorations recommandées.

---

<sup>265</sup> Certaines des personnes interrogées dans le cadre de l'étude ont souligné qu'elles aimeraient voir une certaine uniformité dans les efforts déployés au sujet des processus consensuels.

### ***Recommandation 5***

On devrait songer à la création d'un organisme qui serait le pendant du *Administrative Conference of the United States* (ACUS) ou à d'autres moyens pouvant procurer les avantages associés à l'ACUS.

### ***Recommandation 6***

Le ministère de la Justice, en collaboration avec le Secrétariat des affaires réglementaires et d'autres organismes et ministères concernés, devrait examiner des moyens d'assurer, à l'égard de la négociation de règlements, du financement et de la formation.

### ***Recommandation 7***

Le ministère de la Justice, en consultation avec des organismes et des ministères chargés de la réglementation, devrait explorer de nouveaux moyens de favoriser le recours à la négociation de règlements.

### ***Recommandation 8***

Le ministère de la Justice devrait organiser des ateliers pour recueillir des points de vue et discuter des avantages et des inconvénients que présentent l'adoption de mesures législatives relatives à la négociation de règlements, le contenu et l'orientation de telles mesures et (ou) des solutions de rechange pouvant permettre d'assurer la légitimité de la négociation de règlements.

### ***Recommandation 9***

Le ministère de la Justice devrait jouer un rôle de chef de file en ce qui a trait à la mise en oeuvre de la négociation de règlements dans les administrations canadiennes. Au nombre des initiatives que le ministère pourrait prendre à cet égard, on retrouve :

- la tenue régulière d'ateliers au sujet de la négociation de règlements, des ateliers mettant l'accent sur les sujets qui intéressent ou préoccupent tout particulièrement les représentants des gouvernements fédéral et provinciaux chargés de la réglementation et d'autres groupes concernés (par exemple, les tables rondes provinciales et nationales du Canada, les tierces parties neutres, les représentants des entreprises et des industries, les groupes d'intérêt public, les représentants des universités et d'autres établissements d'agrément);
- la diffusion d'information au sujet de la négociation de règlements, y compris des conclusions découlant de toutes les études et les évaluations suggérées ci-dessus; et
- des services d'orientation en ce qui a trait à l'application du processus dans des contextes autres que l'établissement de règles.

## BIBLIOGRAPHY

- ANON, (1992), "Courts Practice and Procedure" *Commonwealth Law Bulletin* 18(1):132-139.
- BANKS, Robert S., (1987), "Alternative dispute resolution: a return to basics" *The Australian Law Journal* (septembre) 569-575.
- BARDACH, Eugene, et Robert A. KAGAN, (1982), *Going by the Book: the Problem of Regulatory Unreasonableness Philadelphie*, Temple University Press.
- BRAITHWAITE, John, (1987), "Negotiation versus litigation: industry regulation in Great Britain and the United States", *American Bar Foundation Research Journal* N<sup>os</sup> 2 et 3, 559-574.
- BREGER, Marshall J., (1988), Testimony before the Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations, House Committee on the Judiciary, 10 août 1988, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 368-378.
- BREYER, Stephen, (1988), "Regulation and its reform" in *Administrative Justice, Some Necessary Reforms* Report of the Committee of the JUSTICE-All Souls Review of Administrative Law in the United Kingdom, Patrick Neill, Q.C. (Chair) Oxford, Clarendon Press.
- COLOMBIE-BRITANNIQUE, Commission on Resources and Environment (CORE), (1992), *Land Use Strategy for British Columbia*, Victoria (C.B.), Commission on Resources and Environment.
- COLOMBIE-BRITANNIQUE, Round Table on the Environment and the Economy, (1992), *Reaching Agreement, Volume 2: Implementing Consensus Processes in British Columbia*, Victoria (C.B.), Round Table on the Environment and the Economy.
- , (1991), *Reaching Agreement, Volume 1: Consensus Processes in British Columbia plus Appendices 1, 2 and 3*, Victoria (C.B.), Round Table on the Environment and the Economy.
- CANADA, Comité consultatif pour la réglementation relative à la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, (1993), «Rapport du Comité consultatif pour la réglementation relative à la LCEE», *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, Rapport n° 1" Ottawa, Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (BFEEE).
- CANADA, Centre canadien du marché du travail et de la productivité, (1993), *Canada : Pour relever le défi du changement* Exposé du Comité de la restructuration économique du Centre canadien du marché du travail et de la productivité, Ottawa, Centre canadien du marché du travail et de la productivité.

- CANADA, *Code du citoyen en matière d'équité de la réglementation*, (1986).
- CANADA, Conseil économique du, (1981), *Pour une réforme de la réglementation*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada.
- , (1979), *Rationalisation de la réglementation publique -- Un rapport provisoire*, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada.
- CANADA, Ministère de la Justice, (1993), "Empirical Compliance Project Phase I Report" préparé par Lee Axon, Robert Hann et Terry Burrell Ottawa, Justice Canada.
- CANADA, gouvernement du, (1987), *Stratégie de réforme de la réglementation* Ottawa, Bureau du Conseil privé.
- CANADA, Commission de réforme du droit, (1986), *Droit, objectifs publics et observation des normes* Document de travail n° 51, Ottawa, Approvisionnement et Services Canada.
- , (1985), *Les organismes administratifs autonomes*.
- , (1984), *Compliance and Administrative Law*, Document de travail de John C. Clifford et Kernaghan R. Webb de l'Administrative Law Project, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada.
- CANADA, Maclean's Magazine, (1991), "The people's verdict" A Special Report for *Maclean's Magazine*, 1<sup>er</sup> juillet 1991, p. 58-76.
- CANADA, National Round Table on the Environment and the Economy, (1993), "Principles for consensus processes for sustainability", Ottawa, Table ronde nationale sur l'environnement et l'économie.
- CANADA, Conseil des sciences du, (1982), *Le pouvoir de réglementation et son contrôle : sciences, valeurs humaines et décisions*, Rapport n° 35, Ottawa, Conseil des sciences du Canada.
- CHAPMAN, Bruce, and John QUINN, (1982), "Efficiency, liberty and equality: three ethical justifications for regulatory reform" *Osgoode Hall Law Journal* 20(4), 512-535.
- COOMBE, D.R., (1991), "Implementing new approaches" *Canada-United States Law Journal* 17(2), 541-553.
- CRAVEN, Greg, (1991), "Consultation in rule-making" some lessons from Australia 4 *Canadian Journal of Administrative Law & Practice*, 221-273.
- DAVID, Jennifer, (1991), "Lawyers -- engage in ADR!" *Seminar in Print*, 65(1) & 2, 51-53.
- DICK, Ian R., (1991), "Misguided angel (a commentary on the role of the environmental hearing process)" *Administrative Law Journal*, 6(2), 26-28.



- DONIGER, David D., (1988), Témoignage devant le Committee on Governmental Affairs, Sénat des États-Unis, 13 mai 1988, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 385-395.
- DUSSAULT, René, et Louis BERGEAT, (1983), *Administrative Law, A Treatise* 2<sup>e</sup> éd., Volume 1, Toronto, Carswell.
- EISENBERG, Melvin Aaron, (1976), "Private ordering through negotiation: dispute-settlement and rulemaking", *Harvard Law Review*, 89(4), 637-678.
- EISNER, Neil, (1984), "Regulatory negotiation: A real world experience" *Federal Bar News & Journal* 31(9), 371-376 reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 833-838.
- ENGLEHART, K.G., et M.J. TREBILCOCK, (1981), *Economic Council of Canada Working Paper No. 17 -- Public Participation in the Regulatory Process: The Issue of Funding*.
- EVANS, J.M., H.N. JANISCH, David J. MULLAN et R.C.B. RISK, (1989), *Administrative Law, Cases, Text and Materials* 3<sup>e</sup> éd. Toronto, Edmond-Montgomery.
- FIORINO, Daniel J., (1988), "Regulatory negotiation as a policy process" *Public Administration Review*, 48 (juillet-août), 764-772, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 849-857.
- FIORINO, Daniel J. et Chris Kirtz, (1985), "Breaking down walls: negotiated rulemaking at EPA" 4 *Temple Environmental Law & Technology Journal*, 29-40, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 839-848.
- FISHER, Roger, et William URY, (1982), *Comment réussir une négociation* Paris, Éd. du Seuil.
- FISS, Owen M., (1984), "Against settlement", 93, *The Yale Law Journal*, 1073-1090.
- FUNK, William, (1987), "When smoke gets in your eyes: regulatory negotiation and the public interest -- EPA'S woodstove standards", *Environmental Law*, 18(3), 55-98 reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 789-832.
- GRUNEWALD, Mark H., (1991), "The NLRB's first rulemaking: an exercise in pragmatism", *Duke Law Journal*, 41(2), 274-324.
- GULLIVER, P.H., (1973), "Negotiation as a mode of dispute settlement: towards a general model", *Law and Society Review*, 7 (été), 667-691.

GUNNINGHAM, Neil, (1987), "Negotiated non-compliance: a case study of regulatory failure" *Law and Policy*, 9(1), 69-95.

HANBURY, William, (1992), "Alternative dispute resolution -- the Australian model" *Solicitors* 136(2), 334-335.

HARTER, Philip J., (1988), "Experienced practitioner offers guidance to participants in negotiated rulemaking", *Alternative Dispute Resolution Report*, 2(2), 62-64 reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 544-553.

-----, (1986), "The role of courts in regulatory negotiation -- a response to Judge Wald", *Columbia Journal of Environmental Law*, 11(1), 51-71 reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 767-788.

HARTER, Philip J., (1982), "Negotiating regulations: a cure for malaise", 71, *The Georgetown Law Journal*, 1, 1-113, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook*, préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 431-543.

HARTLE, Douglas, et Michael TREBILCOCK, (1982), "Regulatory reform and the political process", *Osgoode Hall Law Journal*, 20(4), 642-677.

HERDRY, J.M., (1990), "Regulatory reform and the National Energy Board", *Dalhousie Law Journal*, 7, (octobre), 235-259.

HINCE, Kevin, et Martin VRANKEN, (1989), "Legislative change and industrial relations: recent experience in New Zealand", *Australian Journal of Labour Law*, 2(2), 120-140.

HOFFMAN, Ben, (1990), *Alternative Dispute Resolution as an Alternative to Criminal Prosecution of Regulatory Violations, An Issues Paper*, Ottawa, Ministère de la Justice, The Compliance and Regulatory Remedies Project.

HUDEC, Albert J., et Joni R. PAULUS, (1990), "Current environmental regulation of the Alberta oil and gas industry and emerging issues", *Alberta Law Review*, 28(1), 171-253.

JACKMAN, Martha, (1990), "Rights and participants: the use of the *Charter* to supervise the regulatory process", 4, *Canadian Journal of Administrative Law and Practice*, 25-56.

JANISCH, Hudson N., (1991), "Consistency, rulemaking and *Consolidated-Bathurst*", *Queen's Law Journal*, 16(1), 95-111.

-----, (1989), "Securities law in the modern financial marketplace" Special Lectures of the Law Society of Upper Canada Toronto, Law Society of Upper Canada.

- JEFFERY, Michael I., (1992), "The Canadian Environmental Assessment Act" *The Urban lawyer*, 24(4), 7765-786.
- JEFFRIES, W.P., (1992), "Alternative dispute resolution: the advantages and disadvantages from a legal viewpoint", *Commonwealth Law Bulletin*, 18(2), 763-769.
- KANE, T.G., (1980), *Consumers and the Regulators -- Intervention in the Federal Regulatory Process*, Montréal, The Institute for Research on Public Policy.
- KUPFER, Andrea S., (1992), "Negotiating into 1992: a case study on how the European Community negotiates", Program on Negotiation, Working Paper Series, Harvard Law School, Cambridge, MA, Harvard Law School.
- LATIN, Howard, (1985), "Ideal versus real regulatory efficiency: implementation of.
- LEVIN, Carl, (1988), Exposé présenté devant le Subcommittee on Administrative Law and Governmental Relations sur la H.R. 3052, *Negotiated Rulemaking Act*, 10 août 1988, reproduit dans le *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 379-384.
- MACPHERSON, Don, (1989), «Solving social problems through legislation: a background paper on legislating for compliance», Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, Secteur des politiques, des programmes et de la recherche.
- MARCUS, Alfred A., Mark V. Nadel et Karen Merrikin, (1984), «The applicability of regulatory negotiation to disputes involving the Nuclear Regulatory Commission», *Administrative Law Review*, 36(1), p. 213-238.
- MARKS, Keith D., (1989), «Australia's new federal industrial laws», *Australian Journal of Labour Law*, 2(1), p. 66-83.
- MASON, l'hon. Sir Anthony, (1992), «Changing the law in a changing society», *Commonwealth Law Bulletin*, 18(3), p. 1166-1171.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, (1984), «Toward another view of legal negotiation: the structure of problem solving», *UCLA Law Review*, 31(4), p. 754-842.
- MILLS, Graeme, (1991), «Accreditation of ADR specialists», *Seminar in Print*, 65(1 & 2), p. 57.
- NORTHEY, Rodney, (1991), «Federalism and comprehensive environmental reform: seeing beyond the murky medium», *Osgoode Hall Law Journal*, 29(1), p. 127-181.
- OLPIN, Owen et autres, (1987), «Applying alternative dispute resolution to rulemaking», *Administrative Law Journal*, 1, p. 575-588, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 737-750.

ONTARIO, Barreau du Haut-Canada, (1993), «Final Report to Convocation», 26 février 1993, Sous-comité du règlement des différends du Comité de la recherche et de la planification du Barreau du Haut-Canada.

ONTARIO, Table ronde sur l'environnement et l'économie, (1992a), «Conflict resolution and sustainable development: an alternative dispute resolution policy for Ontario», rapport de recherche produit par Rachel Ralston Baxter pour le Comité des politiques de la Table ronde de l'Ontario sur l'environnement et l'économie, Toronto, Table ronde de l'Ontario sur l'environnement et l'économie.

-----, (1992b), «Opportunities and Economic Instruments», document produit par J. Anthony Cassils, Toronto, Table ronde de l'Ontario sur l'environnement et l'économie.

OSHERENKO, Gail, (1989), «Oil executives, Natives, and environmentalists do mix: assisted negotiation over the Bering Sea», exposé présenté à la Conférence Nord-Américaine sur la paix et la résolution des conflits, Montréal, 4 mars 1989.

PENGILLEY, Warren, (1992), «Mediation and alternative dispute resolution: some Australian observations», *The New Zealand Law Journal* 8(janvier), p. 11-15.

PERRITT, Henry H., Jr., (1987), «Use of negotiated rulemaking to develop a proposed OSHA Health Standard for MDA», rapport produit pour le Sous-secrétaire d'État adjoint au Travail, mai 1988, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 661-703.

-----, (1987), «Administrative alternative dispute resolution: the development of negotiated rulemaking and other processes», *Administrative ADR, Pepperdine Law Review*, 14, p. 865-660, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 603-660.

-----, (1986), «Negotiated rulemaking before federal agencies: evaluation of recommendations by the Administrative Conference of the United States», *Georgetown Law Journal*, 74, p. 1625-1692, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 554-602.

REICH, Robert B., (1981), «Regulation by confrontation or negotiation?», *Harvard Business Review*, 24 (mai/juin), p. 82-93, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 901-912.

RUBIN, Jeffrey Z., (1988), «Some wise and mistaken assumptions about conflict and negotiation», Program on Negotiation, Working Paper Series, Harvard Law School, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law School.

- SALTER, R. Loira, (1982), «The value debate in regulation», *Osgoode Hall Law Journal*, 20(3), p. 483-511.
- SMITH, Dimity Kingsford, (1993), «The regulation of life insurance and superannuation investments in Australia», *Australian Business Law Review*, 21(1), p. 9-42.
- SPENCER, Katrina, (1991), «ADR — and introduction», *Seminar in Print*, 65(1 & 2), p. 40-42.
- SPRAGUE, Grant D., (1989), «Thirty years after the Frank's Committee Report — Alberta's report card», *Administrative Law Journal*, V(2), p. 65-78.
- STANBURY, W.T., et Fred THOMPSON, (1982), «The prospects for regulatory reform in Canada: political models and the American experience», *Osgoode Hall Law Journal*, 20(4), p. 680-716.
- STEINZOR, Rena et Scott STRAUSS, (1987), «Building a consensus: agencies stressing "reg neg" approach», *Legal Times*, 3 août 1987, p. 16-21.
- STREET, Sir Laurence, (1992), «The language of alternative dispute resolution», *The Australian Law Journal*, 66(4), p. 194-198.
- SUSSKIND, Lawrence, (janvier 1986), «Regulatory negotiation at the state and local levels», *DR Forum*, National Institute for Dispute Resolution.
- SUSSKIND, Lawrence, et Gerard MCMAHON, (1985), «The theory and practice of negotiated rulemaking», *Yale Journal on Regulation*, 3, p. 133-165, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 704-736.
- SUSSKIND, Lawrence, et Laura VAN DAM, (1986), «Squaring off at the table, not in the courts», *Technology Review*, juillet, p. 37-43, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 862-868.
- THOMAS, Lee M., (1987), «The successful use of regulatory negotiation by EPA», *Administrative Law News*, 13(1), p. 2-4, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 20-22.
- THOMPSON, A.R., (1980), «A disciplined framework for public participation», dans B. Sadler (dir. de publ.), *Public Participation in Environmental Decision-Making: Strategies for Change*, Edmonton, Environmental Council of Alberta.
- TUOHY, Carolyn J., (1982), «Regulation and scientific complexity: decision rules and processes in the occupational health arena», *Osgoode Hall Law Journal*, 20(4), p. 561-609.

UNITED STATES, Administrative Conference of, (1992), *Federal Administrative Procedure Sourcebook*, Statutes and Related Materials, 2nd edition, produit par Charles Pou, Jr., Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman.

-----, (1990), *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman.

-----, (1987), *Sourcebook: Federal Agency Use of Alternative Means of Dispute Resolution*, produit par Marguerite S. Millhauser et Charles Pou, Jr., Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman.

UNITED STATES, Bureau of National Affairs, (1988), «Experienced practitioner offers guidance to participants in negotiated rulemaking», *Alternative Dispute Resolution Report*, Vol. 2, p. 62-64.

UNITED STATES, Environmental Protection Agency, (1983), «An assessment of EPA's negotiated rulemaking activities», *Federal Register*, 48(36), p. 7494-7507, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 23-35.

WALD, Patricia M., (1985), «Negotiation of environmental disputes: a new role for the courts?», *Columbia Journal of Environmental Law*, 10(1), p. 1-7, 17-25, 33, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 751-766.

WHITE, James J., (1984), «Essay Review: the pros and cons of "Getting to Yes"», *Journal of Legal Education*, 34, p. 115-121.

WOODMAN, Gordon R., (1991), «The alternative law of alternative dispute resolution», *Les Cahiers de Droit*, 32(1), p. 3-31.

ZOLL, David F., (1988), Mémoire présenté au Senate Governmental Affairs Committee sur la S. 1504, *Negotiated Rulemaking Act*, 13 mai 1988, reproduit dans *Negotiated Rulemaking Sourcebook* préparé par David M. Pritzker et Deborah S. Dalton, Washington, D.C., Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, p. 396-404.

## **APPENDICE A**

---

### **LISTE DES CONTACTS**

1. M. Lawrence Alexander  
Analyste principal en politique  
Politiques et Affaires réglementaires  
Bureau fédéral d'examen des  
évaluations environnementales (BFEEEE)  
Immeuble Fontaine, 14<sup>e</sup> étage  
200, boulevard Sacré-Coeur  
Hull (Québec)  
K1A 0H3  
  
tél. : (819) 997-5943  
télééc. : (819) 994-1469
2. M. Robert Birt  
Institut canadien pour la résolution des conflits  
a/s de l'Université Saint-Paul  
223, rue Main  
Ottawa (Ontario)  
K1S 1C4  
  
tél. : (613) 235-5800  
télééc. : (613) 782-3005
3. M<sup>me</sup> Karen Brown  
Directrice générale  
Région de l'Atlantique  
Environnement Canada  
Queen's Square  
45, Alderney Drive  
Dartmouth (Nouvelle-Écosse)  
B2Y 2N6  
  
tél. : (902) 426-7475  
télééc. : (902) 426-5168
4. M. Greg Craven  
Procureurs de la Reine  
Office of the Director of Public Prosecutions  
565, Lonsdale Street  
Melbourne (Victoria)  
Australie 3000  
  
tél. : 011 613 603 7222
5. M. Bill Diepeveen  
Coordonnateur principal des affaires communautaires  
Community Affairs Branch  
Alberta Environmental Protection



9820, 106<sup>e</sup> rue, 6<sup>e</sup> étage  
Edmonton (Alberta)  
T5K 2J6

tél. : (403) 427-5852  
télééc. : (403) 422-9714

6. M. Lee Doney  
Directeur général  
British Columbia Round Table on the Economy and the Environment  
560, rue Johnson, Pièce 229  
Victoria (Colombie-Britannique)  
V8V 3C6

tél. : (604) 387-5422  
télééc. : (604) 356-9276

7. Professeur Paul Emond  
Faculté de droit  
Université de Toronto  
78, Queen's Park Crescent  
Toronto (Ontario)  
M5S 2C5

tél. : (416) 736-5549  
télééc. : (416) 975-3924

8. M. David Evans  
Consultant en affaires communautaires  
853, rue Bathurst  
Toronto (Ontario)  
M5R 3G2

tél. : (416) 536-7539  
télééc. : (416) 534-1403

9. M. Peter Ford  
Directeur, Projets spéciaux  
Association canadienne de normalisation  
178, boulevard Rexdale  
Rexdale (Ontario)  
M9W 1R3

tél. : (416) 747-4095  
télééc. : (416) 747-2473

10. M<sup>me</sup> Wendy Frances  
Western Environmental and Social Trends (W.E.S.T.), Inc.

1428, Premier Way South West  
Calgary (Alberta)  
T2T 1L9

tél. : (403) 262-8966 ou (403) 229-0554  
télééc. : (403) 265-8139

11. M. Brian Hull  
Programme de recherche sur les affaires et l'environnement  
Conference Board du Canada  
255, chemin Smyth  
Ottawa (Ontario)  
K1H 8M7

tél. : (613) 526-3280  
télééc. : (613) 526-4857

12. M. Mike Kelly  
Directeur général, Clean Air Strategy of Alberta  
Standard Life Centre  
10405, avenue Jasper, 14<sup>e</sup> étage  
Edmonton (Alberta)  
T5J 3N4

tél. : (403) 427-9793  
télééc. : (403) 422-3127

13. M. Chris Kirtz  
Environmental Protection Agency  
401 M South West  
Washington, D.C. 20460  
États-Unis

tél. : (202) 260-7565  
télééc. : (202) 260-5478

14. M. Robert Lauzon  
Sous-ministre adjoint  
Direction du développement durable et de la conservation  
Ministère de l'Environnement du Québec  
3900, rue Marly, 6<sup>e</sup> étage  
Sainte-Croix (Québec)  
G1X 4E4

tél. : (418) 643-7860

15. M. S. Marling  
Consul général de Suède  
1, rue Queen est, Pièce 2010

Toronto (Ontario)  
M5C 2W5

tél. : (416) 367-8768  
télééc. : (416) 367-8809

16. M. Brian Martin  
Spécialiste en médiation  
Bureau de médiation  
Ministère du Travail de l'Ontario  
400, avenue University, 5<sup>e</sup> étage  
Toronto (Ontario)  
M7A 1T7

tél. : (416) 326-7365  
télééc. : (416) 326-7367

17. M. Jim Martin  
Directeur, Affaires réglementaires  
Conseil du Trésor  
11<sup>e</sup> étage, Tour est  
L'Esplanade Laurier  
140, rue O'Connor  
Ottawa (Ontario)  
K1A 0R5

tél. : (613) 952-3460  
télééc. : (613) 957-7875

18. M. Stephen Owen  
Commissaire  
Commission on Resources and Environment (CORE) (Colombie-Britannique)  
1802, rue Douglas, 7<sup>e</sup> étage  
Victoria (Colombie-Britannique)  
V8V 1X4

tél. : (604) 387-1210  
télééc. : (604) 356-6385

19. M<sup>me</sup> Carol Reardon  
Avocate  
86-1175, rue Haro  
Vancouver (Colombie-Britannique)  
V6E 1E5

tél. : (604) 669-9430

20. M. Daniel Ricard

Avocat-conseil  
Service du contentieux  
Bureau fédéral d'examen des  
évaluations environnementales (BFEEEE)  
Édifice Fontaine, 14<sup>e</sup> étage  
200, boulevard Sacré-Coeur  
Hull (Québec)  
K1A 0H3

tél. : (819) 953-9425  
télééc. : (819) 994-1469

21. M. Peter Rideout  
Directeur  
Relations avec les gouvernements et l'industrie  
Association canadienne de normalisation  
178, boulevard Rexdale  
Rexdale (Ontario)  
M9W 1R3

tél. : (416) 747-2241  
télééc. : (416) 747-4292

22. M. Glenn Sigurdson, c.r.  
Avocat  
Douglas, Symes and Brissenden  
505, rue Burrard, Pièce 2100  
Vancouver (Colombie-Britannique)  
V7X 1R4

tél. : (604) 683-6911  
télééc. : (604) 669-1337

23. Son honneur le juge Barry Stewart  
Cour territoriale  
C.P. 2703  
Whitehorse (Yukon)  
Y1A 2C6

tél. : (403) 667-5438  
télééc. : (403) 667-3079

24. M<sup>me</sup> Susie Washington  
Western Environmental and Social Trends (W.E.S.T.), Inc.  
1428, Premier Way South West  
Calgary (Alberta)  
T2T 1L9

tél. : (403) 229-0554  
télééc. : (403) 265-8139

25. M<sup>me</sup> Joyce Young  
Directrice  
Joyce Young and Associates Ltd.  
83, avenue Olive  
Toronto (Ontario)  
M6G 1V2

tél. : (416) 531-0966  
télééc. : (416) 531-4309

**RECOMMANDATIONS 82-4 ET 85-5 DE L'ACUS**

**(Cette annexe n'est pas disponible présentement)**

## APPENDICE C

---

### ***NEGOTIATED RULEMAKING ACT DES ÉTATS-UNIS***

**(Cette annexe n'est pas disponible présentement)**

## **APPENDICE D**

---

### **NÉGOCIATION DES RÈGLEMENTS DE LA *LCEE***



## HISTORIQUE

Le Parlement fédéral a adopté en juin 1992 la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE)* qui a pour objet :

- de garantir que les incidences environnementales des projets soient soigneusement étudiées avant que ceux-ci ne soient approuvés;
- de favoriser le développement durable;
- de faire en sorte que les projets n'aient aucun effet environnemental négatif au-delà des limites du territoire où ils sont réalisés; et
- de fournir au public la possibilité de participer au processus.

Il est ressorti des consultations tenues pendant la deuxième moitié de 1991 auprès des intervenants ont révélé qu'on souhaitait une méthode d'élaboration consensuelle des règlements pris en vertu de la *Loi*. C'est alors que fut créé le Comité consultatif sur la réglementation (CCR) ayant pour principale fonction de conseiller le ministre de l'Environnement sur les projets de règlements et de lignes directrices concernant la *LCEE* et de former un consensus sur leur contenu ou de dégager les points de vue divergents. Les discussions du CCR ont aussi pour but d'aider le gouvernement à comprendre saisir les sous-entendus des diverses options.<sup>266</sup>

## LE PROCESSUS DE NÉGOCIATION DE RÈGLEMENTS DU CCR

Le processus de négociation de règlements du CCR a été qualifié de «demi-réussite».<sup>267</sup> Un certain nombre de décisions importantes ont été prises par consensus et on a énoncé des lignes directrices qui devraient permettre de trancher les questions non résolues. Les négociations en soi ont duré presque deux années pendant lesquelles le Comité s'est réuni six fois (en plus des téléconférences et des réunions des groupes de travail); une vingtaine de personnes y ont participé directement et d'autres représentants de ministères fédéraux y ont assisté à titre d'observateurs.

Nous avons mentionné au chapitre I que la négociation de règlements comporte, entre autres, les caractéristiques essentielles suivantes : elle se produit «en amont» de l'élaboration de règlements; les intervenants se rencontrent face à face pour présenter leur position et entendre le point de vue de l'autre partie; en ce qui touche la rédaction finale des règlements proposés, les décisions sont prises par consensus; dans la mesure du possible, les décisions auxquelles les négociations permettent d'arriver lient les parties. En outre, un certain nombre de conditions sont jugées indispensables au succès éventuel des négociations. Par exemple, on a constaté qu'il faut s'assurer que sont présents aux face-à-face des représentants de *tous* les principaux intervenants, et que l'examen et la négociation portent sur un nombre suffisant d'intérêts.<sup>268</sup>

---

<sup>266</sup> Canada, Comité consultatif sur la réglementation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, 1993, p. 3. Ce rapport s'appellera ci-après le rapport CCR.

<sup>267</sup> Entretien avec M. Lawrence Alexander, analyste principal en politique, Bureau fédéral d'examen des évaluations environnementales (BFEEE), le 4 octobre 1993, au cours duquel M. Alexander a exprimé l'opinion des autres personnes qui participaient au processus.

<sup>268</sup> Voir le chapitre 1, p. 11.

Quant à la première condition selon laquelle le processus se produit «en amont» de la rédaction des règlements, il est évident que les choses se sont passées ainsi. Comme nous l'avons signalé ci-dessus, les premières consultations des intervenants ont révélé qu'ils étaient intéressés à ce que les règlements soient élaborés suivant une méthode de prise de décisions consensuelle.

La deuxième condition, toutefois, a été plus difficile à imposer. Tel qu'indiqué précédemment, une vingtaine de personnes environ ont participé aux négociations et elles représentaient un beaucoup plus grand nombre d'intervenants qui, en gros, peuvent être classés comme suit : les groupes environnementaux (les OENG), les autochtones, l'industrie et les ministères provinciaux et territoriaux. Après les premières consultations, on a tenté d'arriver à une représentation équilibrée des intérêts des écologistes, des industriels et des gouvernements. En tout, il y avait quatre représentants des OENG, deux des autochtones, six de l'industrie, quatre des gouvernements provinciaux et territoriaux, ainsi que deux membres du BFEEE (y compris le président des réunions) qui représentaient les intérêts fédéraux.<sup>269</sup>

Avec du recul, il semble que les intérêts fédéraux auraient pu être représentés différemment. Cependant, en toute justice, il faut expliquer la situation en tenant compte de la nature des règlements à négocier. Théoriquement, les intervenants pouvant être visés par les règlements sont très nombreux à cause de la vaste portée de la *LCEE*. Ainsi, au départ, plus de 1 000 lois ou attributions gouvernementales concernant des sujets aussi divers que l'aviation, l'armée, les autochtones, l'agriculture, les pêches, la santé, les mines, l'énergie atomique, le pétrole, les ressources aquatiques, les parcs nationaux, etc., devaient figurer dans le règlement sur la *Liste des lois*, parce qu'elles pouvaient donner lieu à une évaluation environnementale aux termes de la *Loi*. Manifestement, il aurait été impossible d'inclure des représentants de chacun de ces intérêts peut-être différents. En outre, il fut convenu au départ que le BFEEE représenterait l'ensemble des intérêts fédéraux. Néanmoins, il semble que celui-ci ait eu du mal à le faire et la présence d'autres représentants du gouvernement fédéral à la table de négociation aurait facilité le processus.

Les ententes auxquelles a abouti la négociation ont été conclues par consensus. Le Comité a commencé par établir des règles de base et des règles de procédure pour les séances.<sup>270</sup> Le Comité a eu pour première tâche de définir sa raison d'être. Il a ensuite élaboré des règles de base sur le déroulement des réunions, les responsabilités des membres, la création de groupes de travail, la confidentialité, les relations avec les médias, et dernière chose, mais pas la moindre, la définition de consensus.

La dernière condition à réaliser pour que soit possible la négociation de règlements, c'est que toute décision prise consensuellement lie les parties, dans la mesure du possible (c.-à-d. que le projet de règlement doit être conforme à la loi). Comme le démontre la couverture médiatique actuelle, la question de savoir si le gouvernement fédéral a renié son engagement à donner suite au processus et aux ententes consensuelles conclues par le CCR ne fait pas du tout l'unanimité. Selon certains, le gouvernement n'a pas tenu parole; selon d'autres, il n'a apporté des modifications que dans les domaines où il n'y avait pas eu consensus. Sans vouloir se mêler au débat, on peut tout de même tirer la leçon suivante du processus du CCR : les participants

---

<sup>269</sup> Au début du processus, on a demandé aux ministères fédéraux s'ils préféraient participer eux-mêmes aux négociations ou y être représentés par le BFEEE tout en ayant la possibilité d'assister aux séances à titre d'observateurs. Les organismes fédéraux ont choisi la deuxième option.

<sup>270</sup> Ces règles sont exposées à la fin du présent appendice.

doivent avoir une idée très nette des mesures qu'ils attendent du gouvernement pour donner suite à leurs décisions consensuelles.

Dans le présent rapport sur la négociation de règlements, nous avons insisté sur l'importance d'obtenir l'appui ferme des hauts fonctionnaires aux négociations. Il est vrai que cet engagement peut être difficile à obtenir étant donné que le processus est relativement nouveau et qu'il en résulte une certaine réticence de leur part. Néanmoins, l'expérience du CCR confirme que l'obligation pour les parties de négocier de bonne foi est primordiale parce que le fruit de leurs efforts sera mis en oeuvre. Aux États-Unis, des expériences comparables ont mené à la suggestion d'inclure dans les règles de base établies au début des négociations la condition que si le gouvernement devait modifier le règlement recommandé ou ne pas en tenir compte, il serait tenu de fournir au comité de négociation, par écrit, les motifs de sa décision. À l'heure actuelle, bien que des raisons aient été données du point de vue du CCR, certains ne sont pas convaincus de leur bien-fondé.

## LES NÉGOCIATIONS

Parmi la quinzaine de règlements pouvant découler de la *LCEE*, quatre étaient jugés très importants pour la proclamation de la Loi, tout simplement parce qu'ils délimitaient son champ d'application. Le CCR a négocié les quatre règlements suivants<sup>271</sup> :

- Le règlement sur la *Liste d'étude approfondie* définissant les projets et catégories de projets qui sont susceptibles d'avoir des effets environnementaux importants et qui nécessiteraient donc une étude approfondie de ces effets;
- Le règlement sur la *Liste de la législation* énonçant clairement quelles décisions réglementaires fédérales (c.-à-d. prises en vertu d'autres lois et règlements fédéraux) sont soumises à l'évaluation environnementale aux termes de la *LCEE* et, implicitement, celles qui ne le sont pas;
- Le règlement sur la *Liste d'exclusion* exposant les projets ou catégories de projets qui n'exigent pas une évaluation environnementale parce que leurs effets environnementaux négatifs sont insignifiants; et finalement,
- Le règlement sur la *Liste d'inclusion* précisant les projets qui, de par la nature des activités en cause — par opposition aux travaux matériels requis — exigent aussi une évaluation environnementale; ils sont réputés être des projets aux termes de la *Loi* (p. ex., retirer du bois d'un territoire domanial ou effectuer des vols à basse altitude avec des jets militaires).

Les règlements du CCR élaborés jusqu'à présent sont le résultat d'une méthode de négociation inhabituelle au sens où ils sont essentiellement constitués de **listes** de licences, de permis et de projets exigeant des évaluations environnementales. Par conséquent, les négociations ayant abouti à leur rédaction ne sont pas typiques de celles auxquelles on s'attendrait pour d'autres sortes de règlements.

---

<sup>271</sup> Les règlements mentionnés ci-après sont évidemment beaucoup plus complexes que ne peut le laisser supposer la brève description qui en est faite ici. Nous la présentons néanmoins pour donner au lecteur une idée simple de leur essence.

Notre étude n'a pas pour but de traiter au fond de l'issue des négociations de règlements par le CCR, mais nous signalons que celui-ci est à l'origine d'un certain nombre de dénouements heureux et que c'est sans doute la première tentative de négocier des règlements au Canada.

Le Comité a entrepris ses négociations de fond après avoir établi quatre critères essentiels à l'élaboration de ses recommandations sur les règlements. Bien qu'il ait «hérité» d'une liste des lois susceptibles de figurer sur la *Liste de la législation*, dressée suite aux consultations menées avant les négociations, il s'est rapidement rendu compte que discuter des avantages et inconvénients de chacune des lois proposées n'était pas la méthode la plus constructive; il fallait plutôt énoncer une série de critères généraux qui guideraient les négociations. Le CCR a donc formulé à cette fin les critères suivants :

- les projets de règlements doivent être conformes à la loi;
- les projets de règlements doivent être techniquement réalisables;
- les projets de règlements doivent être administrativement exécutables; et
- les projets de règlements doivent tenir compte des considérations économiques et de l'obligation d'étudier l'impact de la réglementation.

Outre ces quatre grands critères, on en a adopté d'autres, par consensus, qui sont particuliers à chacun des règlements élaborés.<sup>272</sup> Même si tous les articles n'ont pas fait l'unanimité, le Comité a néanmoins produit une convergence d'opinions sur les critères et sur presque tout le contenu des quatre règlements. En outre, il y a eu consensus sur nombre d'articles précis.<sup>273</sup> Dans les cas où il a été impossible de réaliser un consensus, le CCR a rédigé un rapport exposant les sujets de discorde et dressant une liste des recommandations sur lesquelles il y avait accord quant à la façon dont le gouvernement devait procéder.

## LES LEÇONS APPRISES

L'expérience acquise par le CCR sur la négociation de règlements fait ressortir certaines observations faites dans le corps du rapport. Quoique le degré d'application de ces remarques au processus suivi par le CCR soit discutable, on peut les résumer comme suit :

- Il est primordial d'obtenir l'engagement des très hauts fonctionnaires fédéraux envers le processus. De même, la représentation des intérêts gouvernementaux à la table de négociation est essentielle.<sup>274</sup>
- Les représentants des principaux intervenants devraient tous connaître à fond les enjeux

---

<sup>272</sup> Voir le rapport 1993 du CCR.

<sup>273</sup> Voir le rapport 1993 du CCR, p. 32.

<sup>274</sup> Il n'est pas rare que les représentants des gouvernements résistent à l'idée de n'être «qu'un intervenant parmi d'autres». Ainsi, les autorités provinciales sont habituées à se considérer comme des partenaires égaux du gouvernement fédéral. Toutefois, dans un tel processus, les gouvernements sont loin d'être les seuls dont les intérêts sont en jeu et le rôle qui convient à leurs représentants est celui de participant égal, non pas «neutre», à la table.

et avoir des talents pour la négociation et les relations interpersonnelles.<sup>275</sup>

- La tierce partie neutre devrait aussi connaître à fond le sujet des négociations.
- L'accès à un conseiller juridique est indispensable à l'efficacité et à la réussite de la prise de décisions consensuelle.<sup>276</sup>
- Les représentants devraient avoir établi des protocoles de communication avec leurs commettants et avoir une idée précise de leur mandat.
- Les groupes de travail peuvent faciliter énormément le processus.
- L'adoption de règles générales et de règles de procédure claires et détaillées est essentielle.<sup>277</sup>
- La fixation d'un délai raisonnable est aussi indispensable.
- La législation ou les lignes directrices fédérales devraient faciliter le processus en le légitimant et en orientant la procédure.
- Toute modification des ententes doit être apportée conjointement à la table des négociations; aucune ne peut se faire unilatéralement.

Les pages suivantes exposent la procédure opérationnelle du Comité consultatif sur la réglementation de la *LCEE* (tirée du rapport de 1993 du CCR).

---

<sup>275</sup> D'après l'animatrice et la présidente du processus, idéalement, les représentants devraient avoir l'expérience du dialogue à plusieurs intervenants. De plus, selon la première, on ne saurait trop insister sur l'importance des relations interpersonnelles. D'après son expérience, on néglige souvent l'aspect «élément humain» des négociations, qui peut soit miner soit grandement faciliter la négociation et son résultat. Tiré de conversations avec M<sup>me</sup> Susie Washington et M<sup>me</sup> Karen Brown.

<sup>276</sup> Le ministère de la Justice doit être prêt à dispenser des conseils juridiques sur la loi permettant la prise des règlements à négocier.

<sup>277</sup> Par exemple, au CCR, tant que des règles générales interdisant le lobbying pendant le processus n'ont pas été adoptées, l'industrie a tenté d'en faire auprès du gouvernement.