

UN POUR UN : L'ART DE LA RÉGLEMENTATION ADAPTÉE – COMMENT LES ORGANISMES GOUVERNEMENTAUX PEUVENT FAIRE POUR MOTIVER LES ENTREPRISES ASSUJETTIES À DEVENIR VERTUEUSES

James Flagal*

Symposium sur l'environnement au tribunal :
Les inspections environnementales et les mesures d'application, sur place et au tribunal

Les 26 et 27 février 2016
Université d'Ottawa

This project was undertaken with the financial support of:
Environment and Climate Change Canada

Ce projet a été réalisé avec l'appui financier de :
Environnement et Changement climatique Canada



ONTARIO
BAR ASSOCIATION
A Branch of the
Canadian Bar Association



Canadian Institute of Resources Law
Institut canadien du droit des ressources



UNIVERSITY OF CALGARY
FACULTY OF LAW



Centre du droit de l'environnement
et de la durabilité mondiale
Centre for Environmental Law
and Global Sustainability



uOttawa

**Avocat de la Couronne, ministère du Procureur général de l'Ontario, Direction des services juridiques du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique (MECC) – Les opinions exprimées dans cet article et durant ma présentation au symposium sont les miennes. Elles ne représentent d'aucune façon celles du MECC ou celles du gouvernement de l'Ontario.*

L'Institut canadien du droit des ressources favorise l'accessibilité, la diffusion et l'échange des renseignements publics. Vous êtes autorisé à copier, à diffuser, à afficher, à télécharger et à utiliser cet ouvrage librement, moyennant les conditions suivantes :

- (1) Vous devez mentionner la source de cet ouvrage;
- (2) Vous ne pouvez modifier cet ouvrage;
- (3) Vous ne pouvez en faire un usage commercial sans le consentement écrit préalable de l'Institut.

Tous droits réservés © 2016

INTRODUCTION

Le pouvoir d'inspection d'un organisme de réglementation constitue un élément fondamental de tout régime réglementaire. En vertu de ce pouvoir, un fonctionnaire d'organisme gouvernemental donné peut pénétrer dans une propriété privée et l'inspecter sans le consentement de son occupant, sans mandat ou ordonnance. Ces pouvoirs donnent l'autorité aux fonctionnaires de poser certaines actions dans le cadre d'une inspection, comme celle d'exiger la production de certains documents ou renseignements ou de saisir des objets qui prouvent la perpétration d'une infraction.¹ Sans de tels pouvoirs, un organisme de réglementation serait incapable d'accomplir son mandat de protéger l'intérêt public en s'assurant que les acteurs assujettis se conforment aux exigences d'un régime réglementaire.

Les inspections sont souvent le principal point de contact entre un acteur assujetti et l'organisme gouvernemental. Elles constituent aussi la base de chaque programme d'organisme gouvernemental en matière de conformité et d'application de la loi. Fondamentalement, un tel programme vise à répondre à deux questions très simples qui déterminent ultimement l'affectation des ressources peu abondantes des organismes gouvernementaux : « Qui faut-il inspecter? » et « Que faire lorsqu'on détecte une infraction? ». L'efficacité d'un tel programme remplissant ces deux fonctions principales peut être mesurée de trois points de vue : a) *du point de vue de l'entreprise assujettie* – le programme incite-t-il l'entreprise assujettie à devenir « vertueuse », en adoptant volontairement des fonctions d'autovérification qui cherchent à découvrir et à rectifier des manquements sans que l'organisme gouvernemental n'ait à intervenir? b) *du point de vue du secteur réglementé* – est-ce que d'autres entreprises assujetties du même secteur croient qu'il est dans leur propre intérêt d'investir dans des fonctions d'autovérification? c) *du point de vue du public* – le programme insuffle-t-il au grand public le sentiment que l'organisme gouvernemental réglemente efficacement, qu'il agit afin de protéger l'intérêt public et que son activité de réglementation n'a pas été détournée?

Cet article vise à explorer ces questions en mettant l'accent sur le programme de conformité et d'application de la loi du ministère de l'Environnement et de l'Action en matière de changement climatique (MECC). La première partie de cet article relate comment les tribunaux ont analysé les dispositions sur l'inspection à la lumière de l'article 8 de la Charte. Elle se termine en décrivant comment les pouvoirs d'inspection des lois provinciales sur la protection de l'environnement sont circonscrits de façon à respecter l'article 8 tout en réalisant d'autres objectifs prévus dans les politiques. La deuxième partie introduit brièvement la théorie de la réglementation adaptée et de la

¹ Se reporter à l'art 156 de la *Loi sur la protection de l'environnement*, LRO 1990, c 19 [LPE] à titre d'exemple de pouvoir général d'inspection que l'on trouve couramment dans les lois ontariennes sur la protection de l'environnement. L'article 156 inclut le pouvoir d'exiger la production de documents (se reporter à l'alinéa 156(2)(g)). Se reporter à l'art 160 de la LPE pour voir un exemple de disposition autorisant la saisie durant une inspection.

pyramide de la réglementation. Elle traite aussi de certaines idées dégagées des écrits sur ce qui constitue une politique efficace en matière de conformité et d'application de la loi, notamment la mesure dans laquelle la politique incite les entreprises assujetties d'un secteur donné à devenir et demeurer « vertueuses » en adoptant des fonctions d'autovérification. La dernière partie décrit le programme du MECC en matière de conformité et d'application de la loi, y compris la façon dont il détermine quels acteurs assujettis sont à inspecter et la façon dont une réaction à une infraction est formulée. Cette dernière partie se termine par des observations que la théorie de la réglementation adaptée suggérerait pour le programme du MECC.

LES INSPECTIONS RÉGLEMENTAIRES ET L'ARTICLE 8 DE LA CHARTE

Peu après la promulgation de la *Charte des droits et libertés*, les tribunaux ont été saisis de contestations de dispositions réglementaires d'inspection; on leur a demandé de se questionner sur la conformité de ces dispositions à l'article 8 de la *Charte*. Lorsque la décision *Hunter c Southam*² été rendue, il y avait un certain doute que de tels pouvoirs réglementaires d'inspection survivraient à un examen fait en prenant la *Charte* en considération. Dans l'affaire *Hunter*, le tribunal a dû analyser les dispositions de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. En vertu de cette loi fédérale, les inspecteurs peuvent pénétrer dans des lieux privés et saisir des documents après avoir obtenu au préalable l'autorisation d'un fonctionnaire désigné. Ces pouvoirs ont été jugés contraires à l'article 8 de la *Charte* pour le motif qu'ils ne prévoyaient pas la possibilité d'une procédure d'autorisation préalable avant d'exécuter la perquisition. Selon la Cour suprême du Canada, les dispositions de la loi qui prévoyaient l'exercice du pouvoir de perquisition comportaient deux failles. Premièrement, le fonctionnaire ayant donné l'autorisation préalable n'était pas suffisamment indépendant par rapport à l'organisme de réglementation responsable. Deuxièmement, les pouvoirs de recherche n'étaient pas adéquatement circonscrits, en ce sens qu'ils ne limitaient pas les perquisitions là où il existait des motifs raisonnables de croire qu'une infraction avait probablement été commise.

Pendant un certain temps après la décision dans l'affaire *Hunter*, on s'est posé la question à savoir comment la Cour suprême traiterait les dispositions réglementaires qui donnaient le pouvoir à des inspecteurs de pénétrer dans un lieu sans l'autorisation préalable d'un fonctionnaire indépendant et sans motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise. Toutefois, dans les décisions qui ont suivi l'affaire *Hunter*, la Cour suprême a commencé à donner des signaux indiquant qu'il fallait appliquer une norme plus souple au moment de décider si une disposition réglementaire d'inspection autorisait des perquisitions déraisonnables en contravention à l'article 8 de la *Charte*. Les juges de la Cour ont convenu qu'une inspection réglementaire constituait une perquisition au sens de l'article 8 de la *Charte*, mais ils ont déclaré qu'une inspection n'était pas une

² [1984] 2 RCS 145.

perquisition déraisonnable si la loi autorisait clairement l'accès aux lieux et que les dispositions l'autorisant étaient adéquatement circonscrites selon le contexte réglementaire. En d'autres mots, la Cour a reconnu qu'il serait difficile d'appliquer la norme de l'arrêt *Hunter* aux inspections réglementaires, en raison de leur rôle essentiel dans les régimes réglementaires. Comme le juge La Forest a fait observer dans l'arrêt *Thomson Newspapers*,³ à la page 507 :

Dans de nombreux cas, cette réglementation doit nécessairement comporter l'inspection de lieux ou de documents de nature privée par des représentants de l'État. Pour vérifier si le restaurateur se conforme à la réglementation sur la santé publique, si l'employeur se conforme à la législation sur les normes et la sécurité du travail et si le promoteur ou le propriétaire se conforme au code du bâtiment ou aux règlements de zonage, il n'existe que l'inspection des lieux, et encore celle qui est faite à l'improviste. De même, il arrive fréquemment que le respect des lois sur le salaire minimum, sur l'équité en matière d'emploi et sur les droits de la personne ne puisse être vérifié que par inspection des dossiers et archives de l'employeur.

Même si les inspections peuvent ultimement mener à des mesures d'application de la loi, comme des poursuites, cela ne leur enlève pas leur objet prédominant, qui est celui de la conformité. Comme la Cour l'a noté dans l'arrêt *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c Potash; Comité paritaire de l'industrie de la chemise c Sélection Milton*, à la page 421 :

L'inspection a pour objectif fondamental la vérification du respect d'une loi réglementaire; elle s'accompagne souvent d'une dimension informative destinée à promouvoir les intérêts des personnes en faveur desquelles la loi a été édictée. L'exercice des pouvoirs d'inspection n'entraîne pas les stigmates qui sont normalement associés aux enquêtes de nature criminelle et leurs conséquences sont moins draconiennes. Si les lois réglementaires sont accessoirement assorties d'infractions, elles sont principalement édictées dans le but d'en inciter le respect. Il se peut que dans le cadre de leur inspection, les personnes chargées de l'application d'une loi découvrent des indices qui en laissent soupçonner la violation. Mais cette éventualité n'altère pas l'intention fondamentale qui anime l'exercice des pouvoirs d'inspection. Il en est ainsi lorsque leur mise en œuvre est motivée par une plainte. Une telle hypothèse détonne certes avec l'aspect routinier qui caractérise l'inspection. Toutefois, un système de plaintes est souvent envisagé par le législateur lui-même, car il constitue un moyen pragmatique non seulement de vérifier les manquements à la loi, mais également d'en dissuader la survenance [nous soulignons].⁴

La portion soulignée de l'extrait ci-dessus de l'arrêt *Potash* semble présager la jurisprudence qui allait se développer au cours des années subséquentes sur l'article 8 de la *Charte*, où la Cour a cherché à établir des limites sur l'utilisation de pouvoirs réglementaires d'inspection visant à recueillir de la preuve en vue d'une poursuite en vertu de la réglementation. Spécifiquement, le passage fait allusion au critère de l'« objet

³ [1990] 1 RCS 425.

⁴ [1994] 2 RCS 406.

prédominant », qui fut adopté plus tard dans l'arrêt phare sur la question, *R c Jarvis*.⁵ Cet article n'approfondira pas cette question et n'examinera pas à fond la jurisprudence, puisque mon collègue Paul McCulloch l'a déjà fait dans son article (se reporter à « Les enquêtes environnementales – une perspective gouvernementale »).

Un tribunal doit tenir compte de plusieurs facteurs pour décider si une disposition d'inspection est valide sur le plan constitutionnel et qu'elle permet les perquisitions et saisies raisonnables dans les circonstances, notamment :

- (a) le contexte dans lequel s'inscrit le pouvoir (qu'il soit criminel, quasi criminel ou réglementaire);
- (b) le caractère intrusif du pouvoir de perquisition;
- (c) l'expectative raisonnable de vie privée dans la propriété faisant l'objet de la perquisition et
- (d) l'objet du pouvoir.

La question précise consiste à établir si la loi sous analyse trouve l'équilibre adéquat entre l'expectative raisonnable de vie privée d'une personne et l'intérêt de l'État à s'assurer qu'il peut administrer et faire appliquer le régime réglementaire en question afin de protéger l'intérêt public. Les tribunaux ont reconnu à maintes reprises que les personnes qui exercent des activités réglementées ont une expectative de vie privée réduite et que, pour cette raison, ils n'appliqueront pas la norme de *Hunter* aux dispositions réglementaires relatives à l'inspection.⁶

Cependant, même si les tribunaux n'étaient pas disposés à appliquer l'exigence de l'autorisation préalable énoncée dans *Hunter* aux inspections réglementaires, ils ont continué à examiner attentivement ces dispositions au regard de l'article 8 de la *Charte* pour établir si les pouvoirs étaient adéquatement circonscrits, compte tenu de l'objet du régime réglementaire et de l'expectative de vie privée de ceux qui sont assujettis à la réglementation. Par exemple, dans *Johnston c Ontario (ministre du Revenu)*,⁷ la Cour d'appel de l'Ontario a invalidé les dispositions relatives à l'inspection de la *Loi de la taxe sur le tabac* de l'Ontario, parce qu'elles autorisaient une perquisition sans mandat de tout véhicule automobile commercial, que le véhicule ait été lié ou non au commerce du tabac ou sans motifs raisonnables de croire que le véhicule commercial contenait une preuve d'infraction à la loi. La juge Arbour a fait observer :

[TRADUCTION] [p]our qu'une perquisition aléatoire soit raisonnable au sens de l'article 8, même dans un cas où l'intérêt à la vie privée affecté est minime, il doit être établi qu'une perquisition aléatoire est le moyen le moins intrusif possible pour l'application adéquate du régime réglementaire.

⁵ *R c Jarvis*, [2002] ACS n° 76.

⁶ *BC Securities Commission c Branch*, [1995] 2 RCS 3.

⁷ 75 OR (2d) 558.

L'article 156 de la *Loi sur la protection de l'environnement*⁸ prévoit le pouvoir d'inspection des agents provinciaux et représente bien les dispositions d'inspection que l'on retrouve dans beaucoup de lois dont le MECC gère l'application. En vertu de ce pouvoir, les agents provinciaux désignés par le ministre peuvent pénétrer dans une propriété sans consentement et sans mandat ou ordonnance judiciaire, mais ce pouvoir est limité dans plusieurs aspects importants afin qu'il respecte l'article 8 de la *Charte*. Voici les contraintes qui sont habituellement imposées à l'exercice d'un pouvoir d'inspection et d'autres problèmes liés aux politiques qui surgissent couramment au moment de la rédaction des dispositions portant sur l'inspection :

- Le pouvoir d'inspecter ne peut être exercé qu'à des « heures raisonnables ».
- Un agent provincial peut pénétrer dans un lieu seulement s'il ou elle « croit raisonnablement » qu'un objet ou une activité assujettis à la loi peut y être trouvé. Par exemple, l'agent provincial peut pénétrer dans un lieu s'il ou elle croit raisonnablement que ce lieu doit faire l'objet d'une approbation au titre de la loi.
- Les agents doivent s'identifier et expliquer le but de leur entrée.
- En 1998, on a introduit de nouveau les dispositions d'inspection de la *Loi sur la protection de l'environnement* et de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*. Elles ont été structurées pour séparer en un alinéa les endroits où un agent provincial pouvait pénétrer, et dans un autre alinéa, ce qu'il pouvait faire après y être entré. Étant donné que la disposition a été structurée de cette façon, la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que le MECC ne pouvait s'appuyer sur ses pouvoirs d'inspection pour demander des renseignements au téléphone; cela ne pouvait être fait qu'à l'occasion d'une inspection sur place. Depuis, ces lois ont été modifiées afin de donner expressément le pouvoir aux agents provinciaux de demander des renseignements au téléphone.⁹
- La force ne peut être utilisée pour mener une inspection. Si un occupant refuse de permettre à un agent provincial de pénétrer dans un lieu même si celui en a le droit, le seul recours consiste à obtenir une ordonnance d'inspection d'un tribunal au titre de l'article 158 de la LPE ou à transmettre le dossier à la Direction des enquêtes et de l'application des lois pour les motifs que la personne a fait entrave à un agent provincial dans l'exercice de ses fonctions au titre de la loi.¹⁰
- Les pouvoirs d'inspection ne peuvent être utilisés afin de pénétrer dans une salle servant de lieu d'habitation. L'inspection d'un lieu d'habitation peut avoir lieu uniquement en vertu d'une ordonnance d'un tribunal au titre de l'article 158. Au moment de rédiger des dispositions législatives sur les mandats ou les

⁸ LRO 1990, c 19.

⁹ *R c Crompton* (2005), 78 OR 3rd 135. En 2009, en réaction à ce jugement, l'article 157.0.1 a été ajouté à la LPE et l'article 15.0.1 a été ajouté à la LREO pour donner expressément le pouvoir aux agents provinciaux de demander des renseignements au téléphone.

¹⁰ Se reporter à l'art 184 de la LPE; le para 184(1) prévoit que « [n]ul ne doit gêner ni entraver un agent provincial, une personne employée dans le ministère ou un mandataire du ministère dans l'exercice des fonctions que lui attribue la présente loi ».

ordonnances d'inspection délivrés par le tribunal, il convient d'indiquer expressément que si la demande de mandat ou d'ordonnance d'inspection vise un lieu d'habitation, la demande devrait en aviser expressément le tribunal.¹¹

- D'autres dispositions plus actuelles concernant les inspections réglementaires prévoient que si un bien est endommagé à la suite d'une inspection, l'agent doit remettre le bien dans l'état où il se trouvait avant qu'il ne pénètre dans les lieux.¹²
- Les dispositions d'inspection permettent expressément à l'agent d'être accompagné par une autre personne qui possède une expertise ou des connaissances particulières liées à l'objet de l'entrée.¹³
- La plupart des dispositions d'inspection de la législation provinciale en matière de protection de l'environnement autorisent des inspections sans préavis, c'est-à-dire des inspections sans qu'il soit nécessaire de donner un préavis à l'occupant. Depuis peu, cependant, en réaction aux inquiétudes d'intervenants, certaines lois qui relèvent du MECC et dont l'application est administrée à l'échelle locale requièrent qu'un préavis raisonnable d'inspection soit donné à l'occupant. Une exception est prévue lorsque l'agent a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a eu lieu et qu'il est nécessaire de pénétrer dans les lieux sans préavis raisonnable pour prévenir ou réduire un dommage environnemental. Il devrait y avoir une réflexion approfondie avant d'imposer une exigence de préavis à l'exercice du pouvoir d'entrer, surtout s'il est établi qu'il est nécessaire d'effectuer des inspections à l'improviste pour régler efficacement les activités des acteurs assujettis au régime réglementaire.¹⁴

¹¹ À titre d'exemple de cela, se reporter à l'art 26 de la *Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe*, LO 2008, c 23, particulièrement au para 26(19).

¹² Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe, LO 2008, c 23, para 26(25).

¹³ Se reporter au para 26(9) de la Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe.

¹⁴ Se reporter aux para 26(11) et (12) de la *Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe*. Le pouvoir d'inspection dans la *Loi de 2006 sur l'eau saine*, LO 2006, c 22 contenait également une exigence de préavis; se reporter à l'art 62 de cette loi. D'autres lois provinciales qui portent sur des questions de protection environnementale contiennent aussi des dispositions de préavis qui datent d'avant leur introduction dans les lois relevant du MECC, telles que la *Loi sur les offices de protection de la nature*, LRO 1990, c C.27 (aux para 28(20) à (22)) et la *Loi sur la planification et l'aménagement de l'escarpement du Niagara*, LRO 1990, c N.2; se reporter à l'art 28. Ces contraintes de préavis sont souvent placées dans des lois dont l'application doit être administrée par des organismes locaux au lieu d'organismes provinciaux. Dans son rapport qui a suivi la Commission d'enquête sur Walkerton, le juge O'Connor a parlé de l'importance que la législation régissant les réseaux d'eau potable autorise les inspections menées à l'improviste. Il a énoncé un nombre de recommandations importantes concernant la conformité et l'application de la loi dans sa proposition de la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable*. Se reporter à la Deuxième partie du Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton, Chapitre 13, plus particulièrement aux pages 452-455, à la page 454 : « Le programme ministériel d'inspection des eaux devrait prévoir des inspections tant avec que sans préavis. Les inspecteurs devraient mener des inspections sans préavis lorsqu'ils le jugent approprié et au moins une fois tous les trois ans, compte tenu de facteurs tels que les priorités et la planification de travail, les contraintes de temps et les antécédents de l'exploitant. »

- critères sont prescrits par la réglementation, avant d'exercer un pouvoir d'entrer. Cette règle a été incluse dans de récentes lois relevant du MECC dont l'application devait être administrée localement, en grande partie à la demande du secteur agricole en réponse aux inquiétudes des acteurs de ce secteur, qui craignaient que les agents locaux pénètrent dans des installations agricoles sans comprendre comment gérer les risques biologiques qui s'y trouvent.¹⁵

LA RÉGLEMENTATION ADAPTÉE ET LA PYRAMIDE DE LA RÉGLEMENTATION

La théorie de la « réglementation adaptée » et la « pyramide de la réglementation » ont été introduites pour la première fois par Ayres et Braithwaite dans leur ouvrage remarquable intitulé *Responsive Regulation*.¹⁶ Cette théorie a été avancée pour combler le fossé entre les deux théories opposées sur la réglementation qui ont émergé pendant les années 80. Selon la première, une approche stricte d'application de la loi était nécessaire pour dissuader les acteurs de contrevenir à la loi. La seconde a adopté le point de vue inverse et a proposé la persuasion comme premier outil de conformité. On lui a reproché de n'être qu'une autre façon de prôner la déréglementation. Les défenseurs de cette théorie ont soulevé qu'une application stricte de la loi était contre-productive, car elle minait le potentiel d'une relation de coopération entre les assujettis et les autorités de réglementation, et qu'elle diminuait la motivation d'une entreprise assujettie à se doter de fonctions d'autovérification. Ayres et Braithwaite ont tenté de réconcilier ces deux théories disparates en concevant la pyramide de la réglementation, une notion selon laquelle le programme d'un organisme gouvernemental en matière de conformité et d'application de la loi doit incorporer des aspects des deux théories et être calibré de façon à mener la réaction appropriée selon les circonstances de chaque cas :

[traduction] [l]a question cruciale pour Ayres et Braithwaite était « Quand doit-on punir et quand doit-on persuader? ». Leur proposition consistait en une approche adaptée « d'un pour un », où les autorités emploient des stratégies de conformité pour faire appliquer la loi au premier incident, mais où elles élèvent le caractère punitif et dissuasif de leurs réactions lorsque l'entreprise assujettie ne se comporte pas de la façon désirée. Selon eux, la conformité était plus probable lorsqu'un organisme de réglementation affiche clairement une pyramide d'application de la loi, c'est-à-dire une gamme de sanctions commençant à la base avec la persuasion, et qui passe par les avertissements et les pénalités civiles, puis par les pénalités criminelles et, ensuite, par les suspensions et les révocations de permis. Les approches réglementaires commenceraient au bas de la pyramide et passeraient aux niveaux supérieurs selon les manquements à la conformité. Il y

¹⁵ Se reporter au para 26(7) de la *Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe*; une exigence similaire apparaît dans la *Loi de 2006 sur l'eau saine*. Il importe de noter que le pouvoir d'inspection dans la *Loi de 2006 sur l'eau saine* est très similaire à celui de la *Loi de 2008 sur la protection du lac Simcoe*, et tandis que ces deux lois contiennent une autorité de réglementation régissant les activités dans les régions littorales et en bordure des terres humides, la *Loi de 2015 sur la protection des Grands Lacs*, récemment promulguée, adopte par renvoi une bonne partie des dispositions d'inspection dans la LPLS.

¹⁶ I Ayres et J Braithwaite, *Responsive Regulation* (Oxford: University Press, 1992).

aurait une présomption selon laquelle la réglementation devrait toujours commencer au bas de la pyramide.¹⁷

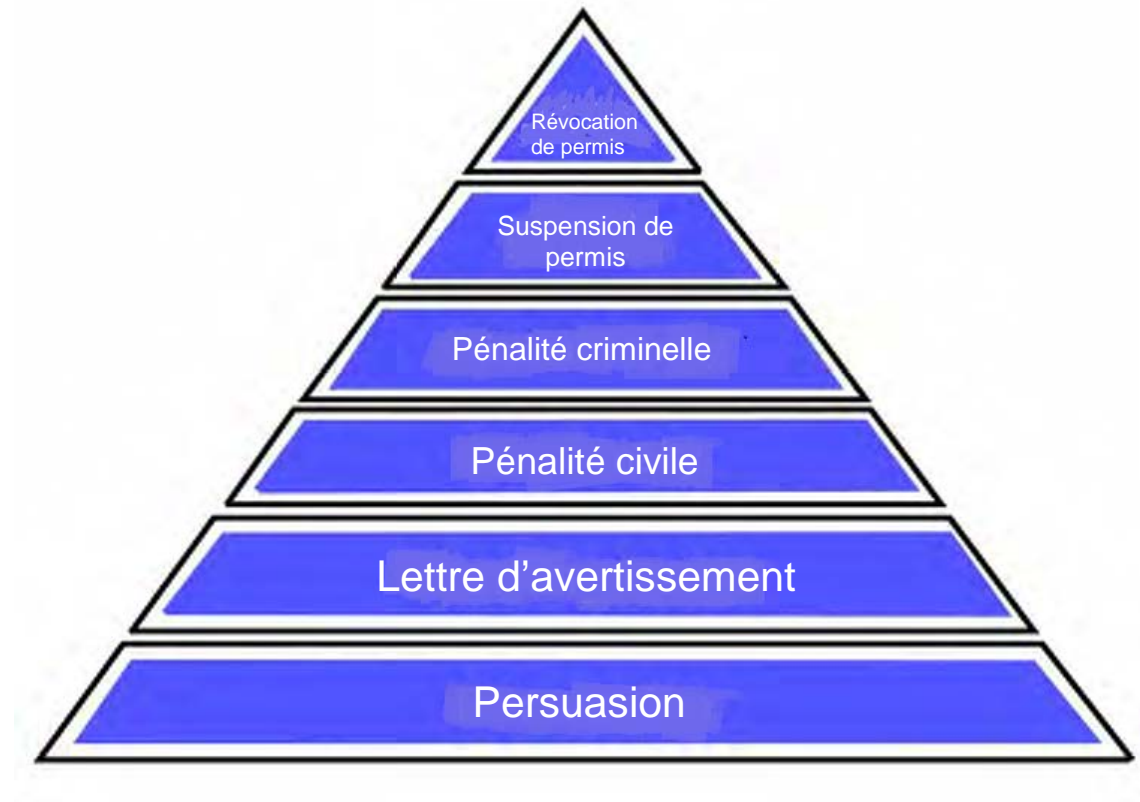


Figure 1 : Exemple de pyramide de la réglementation.

Source : Mise à jour de I. Ayres et J. Braithwaite. 1992. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, p. 35.

Selon la théorie, il existe trois types d'acteurs assujettis : a) *l'entreprise vertueuse* – ces entreprises désirent sincèrement détecter et corriger par elles-mêmes les violations sans l'intervention d'un organisme gouvernemental; b) *l'entreprise rationnelle* – généralement, ces entreprises se conforment uniquement quand elles croient qu'il y aura une incidence financière à ne pas le faire; cela peut nécessiter une forme d'action par un organisme gouvernemental face à une infraction afin de dissuader ces entreprises à commettre d'autres manquements à l'avenir; c) finalement, *l'entreprise incapable* – peu importe la pénalité d'ordre financier que l'organisme gouvernemental peut imposer en raison du manquement, l'entreprise n'a tout simplement pas la capacité de se conformer ou refuse tout bonnement de le faire; en conséquence, l'organisme doit envisager à situer

¹⁷ Robert Baldwin et Julia Black, *Really Responsive Regulation*, LSE Law Society and Economy Working Papers 15 (London, UK: Faculté de droit de la London School of Economics and Political Science, 2007). Se reporter à John Braithwaite, "The Essence of Responsive Regulation, Fasken Lecture" (2011) 44 UBC L Rev 475.

son action au sommet de la pyramide et ainsi révoquer le permis de l'entreprise à exercer l'activité réglementée.

La réglementation adaptée consiste à essayer de cultiver un environnement réglementaire où les firmes assujetties sont motivées à devenir et à demeurer vertueuses. Le personnel de première ligne et la direction de l'entreprise y adopteront la mentalité selon laquelle il est de leur devoir de mettre sur pied et de maintenir des fonctions d'autovérification, comme des systèmes de gestion environnementale, afin d'assurer la conformité, plutôt que d'attendre qu'une inspection révèle ces manquements. Le but consiste ensuite à élaborer des politiques qui permettent aux inspecteurs de calibrer leur réaction aux manquements, en sachant à quel moment situer leur réaction à un niveau supérieur de la pyramide afin d'envoyer le signal approprié au contrevenant et aux autres entreprises assujetties dans ce secteur. Le fondement de l'approche consiste à dialoguer avec l'entreprise assujettie, à élever avec réticence le niveau d'action lorsque les outils à la base de la pyramide ne sont pas efficaces et à ramener le niveau d'action à la base de la pyramide lorsque l'entreprise se conforme. Comme Braithwaite l'indique : [traduction] « [l]a pyramide est rigoureuse, quoique indulgente dans ses exigences de conformité. Une entreprise qui améliore ses habitudes doit être récompensée, tout comme il importe de punir celles qui refusent obstinément de modifier leurs façons de faire ».

L'approche de la pyramide de la réglementation n'est efficace que si l'organisme gouvernemental montre qu'elle a la capacité et la volonté d'élever son action d'application de la loi jusqu'au plus haut niveau de la pyramide et de révoquer le permis d'une entreprise à exercer une activité réglementée – l'ultime conséquence pénale. Si la collectivité assujettie commence à suspecter que cette menace d'élévation des sanctions n'est pas réelle et que l'organisme gouvernemental n'exercerait jamais ce pouvoir en dernier recours, cela aura pour effet de miner l'approche de la pyramide de la réglementation, et il y aura bien peu de motivation pour la collectivité assujettie de se conformer.

La logique de la pyramide de la réglementation repose sur le sommet de la pyramide pour mettre en action ces principes de conformité. Le sommet de la pyramide représente l'ultime contrainte à l'égard d'une attitude non respectueuse des règles. S'il s'agit d'une sanction crédible, autrement dit, que les assujettis croient que les autorités réglementaires disposent de ce pouvoir et qu'elles l'exerceront, elle sert un nombre de fonctions. Dans un sens sociétal, elle indique la gravité d'un manquement aux règles. Elle rappelle aux assujettis leurs obligations et la voie qu'ils devraient suivre, comme il est convenu dans le contrat social à la base de la pyramide. Lorsque les pressions sociales échouent, les pressions économiques entrent en scène. Il est coûteux de gravir la pyramide jusqu'au bout. Il est rationnel pour l'assujetti de ne pas perpétuer les coûts de la non-conformité, et de retourner plus tôt que plus tard à la base de la pyramide, à une position de coopération qui respecte la loi.¹⁸

¹⁸ Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas : Update, précitée à la note 10, à la p 7 de ce rapport.

Les organismes gouvernementaux de plusieurs territoires ont cherché à intégrer une version de la pyramide de la réglementation dans leurs politiques en matière de conformité et d'application de la loi. Par exemple, plusieurs organismes gouvernementaux australiens ont adopté une version de la pyramide de l'application de la loi, où l'on a discuté en profondeur de l'efficacité de ces politiques.¹⁹ Il existe néanmoins une difficulté pour adapter l'approche de la pyramide de la réglementation aux régimes de protection de l'environnement : l'exercice d'un large éventail d'activités régies par la législation sur la protection de l'environnement ne requiert pas nécessairement de permis d'un organisme gouvernemental. Au lieu de cela, la loi peut simplement imposer des exigences opérationnelles à l'exercice de l'activité; il est également possible que l'activité soit assujettie à une certaine forme d'interdiction générale de pollution. De plus, un grand nombre d'organismes de réglementation tendent à réduire l'éventail d'activités qui sont régies par des permis. Ces organismes exigent plutôt que ces activités soient inscrites sur un registre gouvernemental tout en établissant des règles opérationnelles à suivre pour les entreprises assujetties dans ce secteur (ce qu'on a souvent appelé une « approche de permis par règle »).²⁰ Sans l'autorité de suspendre ou de révoquer un permis, et ne disposant essentiellement que du pouvoir d'imposer des pénalités pécuniaires comme des amendes pour réagir aux manquements, ces organismes gouvernementaux peuvent être confrontés à des difficultés uniques dans l'adoption d'une approche efficace de pyramide de la réglementation. En d'autres mots, l'approche de la pyramide de la réglementation peut-elle fonctionner efficacement si le régime ne procure pas à l'organisme de réglementation un mécanisme pour suspendre ou faire cesser pour toujours les activités d'une entreprise assujettie, ce qui est inhérent à un régime de délivrance de permis?

On peut facilement remettre en question les présomptions qui sous-tendent l'approche de la pyramide de la réglementation. Par exemple, jusqu'à quel point l'approche fermera-t-elle les yeux sur des manquements avant que les contrevenants soient pénalisés? Cette approche nuira-t-elle ultimement à la perception du public que l'organisme gouvernemental réglemente de façon rigoureuse et efficace? L'approche minimise-t-elle les risques posés par un manquement? Que faire des accusations selon lesquelles cette approche donne naissance à un trop grand potentiel d'apparence de mainmise réglementaire? Par exemple, des instruments faits ou promulgués en vertu des lois

¹⁹ Se reporter à Mary Ivec et Valerie Braithwaite, *Applications of Responsive Regulatory Theory in Australia and Overseas: Update*, documents de recherche de RegNet (Regulatory Institutions Network) de document de travail n° 72 (2015).

²⁰ Se reporter, par exemple, aux modifications apportées à la *Loi sur la protection de l'environnement* et à la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* qui ont introduit le « programme de modernisation des approbations ». Ce programme prévoit que les activités qui devaient faire l'objet d'une approbation par le MECC sont maintenant exemptées de telles exigences, mais elles doivent figurer au Registre environnemental des activités et des secteurs (REAS) – se reporter en particulier à la Partie II.2 de la LPE. Une description du programme se trouve à en ligne : <<https://www.ontario.ca/fr/page/autorisations-environnementales>>.

provinciales en matière de protection de l'environnement, comme des règlements ou des approbations, qui imposent des normes d'émission polluantes, requièrent généralement qu'un acteur assujetti signale au ministère toutes les contraventions à ces normes. On peut en dire autant des incidents de pollution qui contreviennent à l'interdiction générale de polluer. Cette forme d'autosignalement est une pierre angulaire de la législation en matière de protection de l'environnement. En effet, ces lois qui protègent l'environnement ne pourraient fonctionner sans obligations d'autosignalement. La Cour suprême a déclaré que le fait d'obliger un acteur à signaler lui-même un manquement au titre d'un régime réglementaire de plus grande envergure ne contrevient pas à la protection contre l'auto-incrimination prévue à l'article 7 de la *Charte*.²¹ L'on pourrait penser au moment où une entreprise assujettie contrevient à quelque chose d'aussi important qu'une norme d'émissions polluantes ou qu'une interdiction générale de polluer. Or, une telle circonstance ne devrait-elle pas être suivie d'une action rapide d'application de la loi comportant une forme de pénalité dissuasive, à la fois d'un point particulier et général? L'intérêt public et la protection de l'environnement n'exigent-ils pas une réponse ferme?

Il existe toutefois une preuve selon laquelle une politique trop agressive pourrait se révéler contre-productive et nuire à un environnement réglementaire qui motive les acteurs assujettis à devenir et demeurer plus « vertueux ». Dans une étude dans le cadre de laquelle on a analysé des données d'une période de dix ans provenant d'installations industrielles des É.-U. régies par la *Clean Air Act*, il a été observé qu'une action d'application de la loi reposant sur des menaces d'ordre pénal n'avait, dans bien des cas, pas donné l'effet désiré, c'est-à-dire qu'une entreprise assujettie respecte ses promesses de mettre sur pied une fonction d'autovérification. Au lieu de cela, les auteurs postulent qu'en beaucoup de circonstances, la menace d'une pénalité a créé entre l'acteur assujetti et l'organisme gouvernemental une relation d'antagonisme qui mine les rapports antérieurs fondés sur la collaboration, affecte le moral du personnel de première ligne et de la direction, et enlève la motivation de ces derniers à détecter les violations et à y remédier sur une base volontaire. L'étude a révélé que le facteur de motivation crucial des acteurs assujettis qui voulaient devenir et demeurer vertueux était une surveillance étroite de l'organisme gouvernemental, en d'autres mots, un régime d'inspection solide. Une surveillance étroite indique à l'entreprise assujettie que son travail d'autovérification est surveillé avec attention. Elle informe aussi les autres entreprises que les enquêtes dans les fonctions d'autovérification constituent un investissement judicieux, puisque les concurrents sont également surveillés. Comme les auteurs de l'étude, Short et Toffel, le mentionnent :

[traduction] [n]ous démontrons qu'il existe d'importantes différences entre les effets des sanctions et la surveillance du comportement des organisations, différences que ni la théorie de la dissuasion ni la littérature organisationnelle sur le contrôle social et la coopération ne saisissent entièrement. Si les menaces réglementaires de coercition ont semblé amortir les motivations intrinsèques à

²¹ *R c Fitzpatrick*, [1995] 4 RCS 154.

s'autoréglementer, la surveillance a eu l'effet opposé. Les installations divulgatrices de secteurs de l'industrie hautement surveillés avaient plus de chances de respecter leur engagement de s'autoréglementer que celles appartenant à des secteurs moins surveillés. De plus, une surveillance directe d'installations particulières a même favorisé la mise en œuvre efficace de l'autoréglementation.²²

Depuis son introduction, plusieurs universitaires ont élargi le fondement de la réglementation adaptée. C'est le cas du professeur Malcolm Sparrow, dans son ouvrage *Regulatory Craft*.²³ Demandant une approche pragmatique en politique de conformité et d'application de la loi, Sparrow suggère de réformer trois éléments fondamentaux : (1) *une priorité clairement mise sur les résultats* : la priorité d'un régime de conformité d'un organisme gouvernemental devrait porter sur des résultats définis et pas seulement sur les extrants de processus – c'est-à-dire compter le nombre de types d'inspections menées ou d'action d'applications exécutées, et noter l'augmentation ou la diminution de ces nombres d'une année à l'autre. Il faut plutôt se concentrer sur l'élaboration de mesures de rendement significatives pour déterminer si les résultats choisis sont atteints; (2) *l'adoption d'une approche de résolution de problème* : l'identification de risques importants ou d'habitudes importantes de non-conformité pour aider à expliquer la meilleure façon d'affecter les ressources peu abondantes d'un organisme gouvernemental pour atteindre les résultats désirés. Sparrow insiste qu'il devrait y avoir pour chaque problème des solutions sur mesure qui établissent un équilibre dans la politique d'application de la loi – qui [traduction] « rehausse le pouvoir d'application de la loi de l'organisme tout en ayant recours à des actions d'application de la loi économiques et en phase avec le contexte des stratégies cohérentes d'application de la loi »; (3) *un investissement dans des partenariats collaboratifs* : Ouvrir un dialogue avec tous les intervenants afin de trouver un but commun pour établir un but commun au moyen d'une collaboration dans l'établissement des objectifs et des priorités, ce qui signifie que le processus de repérage des problèmes devrait être mené par l'organisme gouvernemental d'une manière ouverte et transparente.²⁴

La portée du présent article ne va pas jusqu'à étudier l'approche de Sparrow en profondeur, étant donné qu'il est le premier à reconnaître qu'il est extrêmement difficile de mettre en œuvre son approche de résolution de problème sur la réglementation. La prochaine partie reviendra aux deux questions principales qui animent le régime de conformité et d'application de la loi de chaque organisme gouvernemental, en mettant l'accent sur le programme du MECC, notamment sur la façon dont le MECC décide des personnes à inspecter et de la façon dont l'agent provincial formule sa réponse lorsqu'il

²² Jodi Short et Michael Toffel, *Making Self-Regulation More Than Merely Symbolic: The Critical Role of the Legal Environment*, Georgetown Public Law and Legal Theory document de recherche n° 11-14 (2010) 44 Admin Sci Q 361-396 à la p 388.

²³ Malcolm K Sparrow, *The Regulatory Craft: Controlling Risks, Solving Problems and Managing Compliance* (Washington, DC: Brookings Institution Press, 2000).

²⁴ Se reporter à la discussion des trois éléments principaux en particulier au chapitre 7 « Elements of Reform ».

détecte une violation pendant une inspection. Cette partie se terminera par des observations au sujet du programme du MECC basées sur l'éclairage que donnent la réglementation adaptée et la pyramide de la réglementation sur ce que doit être une autorité de réglementation pour être efficace.

LES LEÇONS QUE LE PROGRAMME DE CONFORMITÉ DU MECC PEUT DÉGAGER DE LA RÉGLEMENTATION ADAPTÉE

Le ministère de l'Environnement et de l'action en matière de changement climatique (MECC) réglemente un large éventail de secteurs – des réseaux d'eau potable aux sites d'enfouissement des déchets, aux réseaux d'assainissement municipaux, commerciaux et industriels, à l'application de pesticides et aux sources ponctuelles d'émissions atmosphériques. Les principales lois en vertu desquelles le MECC mène des activités de conformité et d'application de la loi sont les suivantes :

- *la Loi sur la protection de l'environnement*
- *la Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*
- *la Loi sur les pesticides*
- *la Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable*
- *la Loi de 2009 sur la réduction des toxiques*
- *la Loi de 2002 sur la gestion des éléments nutritifs* (le MECC est responsable des dispositions de cette loi qui traitent de la conformité et de l'application de la loi).

Au cours d'une année normale, le ministère effectue de 3 000 à 4 000 inspections proactives (ou planifiées) dans divers secteurs de programmes qui relèvent de lui, et approximativement 350 inspections réactives (à la suite d'un incident). Au cours de l'exercice financier 2014-2015, un total de 4 033 inspections ont été menées. La Division des opérations (DO), la division responsable de la conformité et de l'application de la loi au sein du ministère, attribue chaque secteur de programme à une région de DO ou à une direction, comme dans le tableau ci-dessous.

RÉGION DE LA DIVISION DES OPÉRATIONS	PROGRAMME DE RÉGLEMENTATION
Centre	<ul style="list-style-type: none"> • Déchets dangereux • Déchets non dangereux • Friches contaminées • Terres associées à des préoccupations environnementales
Centre-Ouest	<ul style="list-style-type: none"> • Air
Sud-Ouest	<ul style="list-style-type: none"> • Agriculture • Permis de prélèvement d'eau • Eau de surface et souterraine

Est	<ul style="list-style-type: none"> • Pesticides • Puits d'eau • Agrégats
Nord	<ul style="list-style-type: none"> • Eaux usées communales • Eaux usées industrielles • Exploitation minière
Direction de la mise en conformité des secteurs	<ul style="list-style-type: none"> • Émission des véhicules • Énergie renouvelable • REAS et vérifications relatives aux substances toxiques

Au moyen d'une approche basée sur les risques, le responsable de programme détermine les entreprises assujetties qui devraient faire l'objet d'inspections planifiées. Les entreprises sont sélectionnées et classées selon une analyse des conséquences potentielles pour la santé humaine et l'environnement, en plus de leurs antécédents de conformité. Le processus de planification de protection des sources que la *Loi sur l'eau saine* a introduit donne un bon exemple de la façon dont le risque est incorporé dans le processus de planification pour les inspections proactives. Les plans de protection de source sont requis pour trouver les régions où un type particulier d'activité, comme l'exploitation d'un site d'enfouissement des déchets, est considéré comme un risque considérable pour une source municipale d'eau potable. La DO utilisera cette information pour donner la priorité aux entreprises dont les activités se déroulent dans des régions associées à des menaces importantes. Au moment de planifier des inspections proactives pour une année donnée, il y a, pour les responsables de programmes, un équilibre délicat entre les priorités locales déterminées et celles du programme (qui sont établies de façon centralisée par le Ministère).

La Politique de conformité du Ministère²⁵ dicte la façon dont le Ministère réagit lorsqu'il découvre l'existence d'un manquement lors d'une inspection, que cette dernière soit proactive ou réactive. L'article de mon collègue, Fred Maef, *Anatomie du régime de conformité à la loi : mesures initiales*, décrit les éléments de cette politique. La présente discussion se concentrera sur la « Matrice de jugement éclairé » (MJE) et les facteurs propres à chaque cas au titre de la Politique de conformité, car ce sont eux qui dictent comment un agent provincial doit formuler sa réaction à un incident²⁶ et s'il convient d'établir une approche de réduction « volontaire » ou « obligatoire » dans les circonstances. La « réduction volontaire » consiste à utiliser les outils au bas de la

²⁵ Politique de conformité : utilisation des outils de dépollution et d'application de la réglementation (mai 2007).

²⁶ La Politique de conformité ne définit pas seulement un « incident » comme une infraction, mais aussi comme un incident qui ne constitue pas une infraction où une activité qui risque d'entraîner un effet nuisible. La raison de cela est que les pouvoirs de réduction du Ministère peuvent non seulement être exercés lorsqu'une infraction est découverte, mais le Ministère jouit aussi de pouvoirs d'émettre des arrêtés préventifs afin de ne pas avoir à attendre que l'interdiction générale de polluer soit violée pour agir – se reporter, par exemple, aux articles 18 et 157.1 de la LPE pour un exemple de ces pouvoirs.

pyramide de la réglementation, y compris la « persuasion » ou la « lettre d'avertissement ». En d'autres mots, permettre un dialogue avec l'acteur assujéti avant un incident est élevé à une réaction de « réduction obligatoire ». La « réduction obligatoire » consiste à recourir aux pouvoirs prévus dans la loi pour imposer la conformité. Ces outils comprennent les arrêtés, un procès-verbal en vertu de la partie I de la *Loi sur les infractions provinciales*,²⁷ la modification d'une approbation pour le site (le cas échéant) ou la transmission du dossier à la Direction des enquêtes et de l'application des lois en vue de porter de possibles accusations et d'entamer une poursuite au titre de la partie III de la *Loi sur les infractions provinciales*. Elle comprend également l'émission d'un arrêté de pénalité environnementale (PE), c'est-à-dire une sorte de pénalité administrative pouvant être utilisée dans un seul des neuf secteurs de l'industrie énumérés dans les règlements sur les pénalités environnementales, et seulement en lien avec des infractions prévues dans ces règlements (de façon générale, des infractions liées à des déversements illicites de ces installations dans le sol ou dans l'eau).²⁸

Matrice de jugement éclairé (MJE)		Conséquences sur la santé/l'environnement					
		1. Administrative	2. Mineure sur l'environnement	3. Mineure sur la santé	4. Moyenne sur l'environnement	5. Majeure sur l'environnement	6. Moyenne/majeure sur la santé
Antécédents de conformité	A. Aucun/bon antécédent de conformité	1re catégorie de conformité			3e catégorie de conformité		
	B. Violation antérieure (non liée)	2e catégorie de conformité					
	C. Violation antérieure (liée)						
	D. Violation en cours, non résolue malgré les directives du Ministère						
	E. Ordonnances de pénalités environnementales ou condamnations ou antérieures graves						
	F. Entrave/fausses déclarations**						

²⁷ LRO 1990, c P.33.

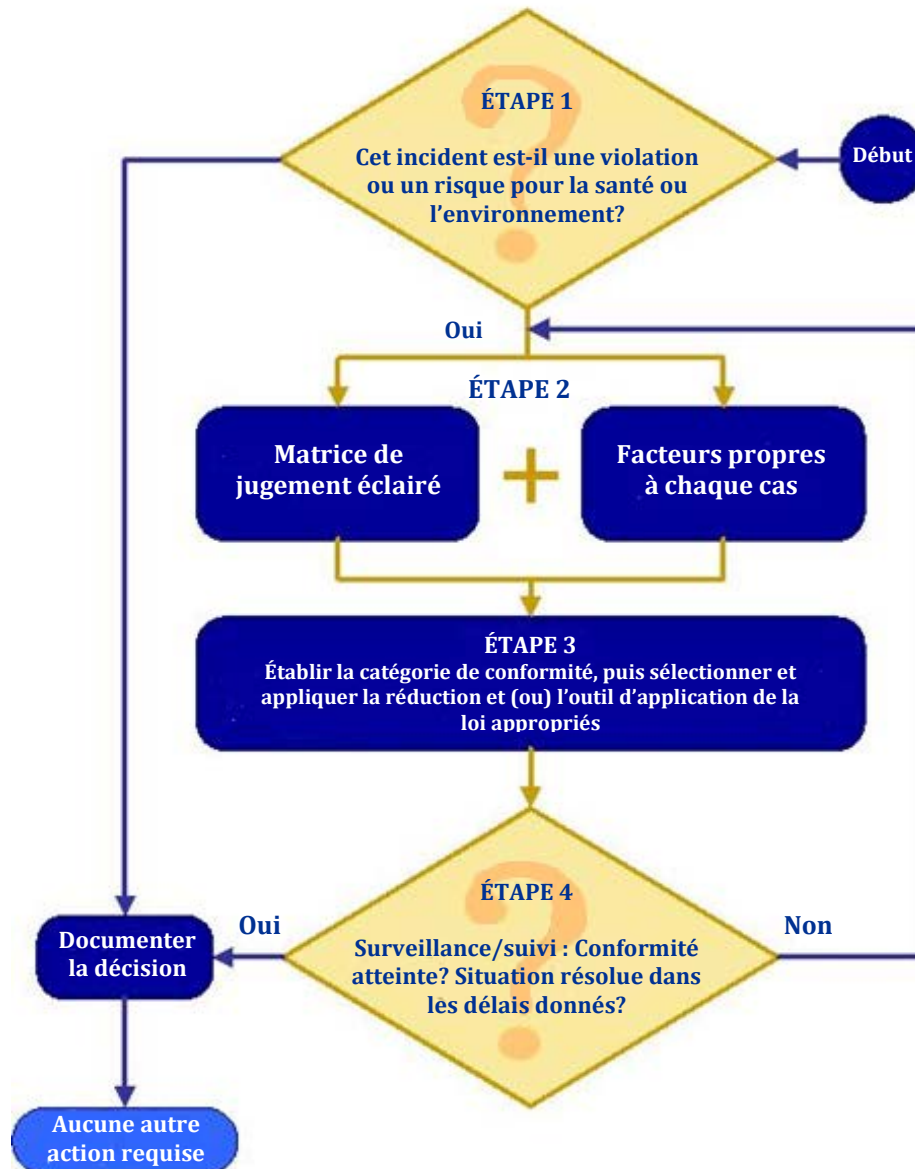
²⁸ Se reporter à l'art 182.1 de la LPE et l'art 106.1 de la LREO ainsi qu'aux règlements découlant de ces dispositions (O Reg 222/07 et O Reg 223/07).

Facteurs propres à chaque cas (exemples)

- S'agit-il d'une question d'intérêt public?
- L'assujetti est-il quelqu'un avec qui nous pouvons travailler pour obtenir un résultat positif?
- L'assujetti a-t-il divulgué l'incident volontairement? La personne responsable a-t-elle collaboré?
- Quel a été le niveau de rapidité de la réaction de l'assujetti?
- Ses actions ont-elles permis de résoudre l'incident et d'empêcher qu'il se reproduise?
- En tenant compte du niveau de complexité de l'assujetti, est-ce que de l'éducation et de l'intervention directe seraient plus efficaces pour aider la personne à comprendre et à gérer la législation du Ministère, puis à s'y conformer?
- L'incident découle-t-il d'une négligence grossière et (ou) d'actions délibérées d'une personne responsable?

Lorsqu'il détecte un incident, l'agent provincial doit établir, au moyen de la MJE, la catégorie (I, II ou III) à laquelle appartient l'incident. Pour ce faire, il évalue (sur l'axe Y de la MJE) les antécédents de conformité de l'acteur assujetti et (sur l'axe X de la MJE) les conséquences de l'incident sur la santé ou l'environnement. Il est ensuite possible d'appliquer des facteurs propres à chaque cas afin d'établir si l'incident devrait passer à une catégorie plus basse ou plus élevée. La politique dicte les réactions pour chaque catégorie; il s'agit de déterminer à quelle catégorie l'incident appartient.

- *1^{re} catégorie* : La conformité volontaire – y compris l'éducation et l'intervention directe, par des actions de réduction obligatoire, comme des arrêtés ou la transmission de dossiers à la Direction des enquêtes et de l'application de la loi peuvent être envisagées.
- *2^e catégorie* : Une application obligatoire et plus sévère d'outils, comme des arrêtés, est recommandée; la transmission du dossier à Direction des enquêtes et de l'application de la loi devrait être envisagée.
- *3^e catégorie* : Les outils obligatoires sont fortement recommandés; le dossier d'incident doit être transmis à la Direction des enquêtes et de l'application de la loi.



Le diagramme ci-dessus établit l'arbre de décision qu'un agent provincial doit suivre lorsqu'il détecte un incident lors d'une inspection. Après avoir choisi la réaction appropriée (la réduction volontaire ou obligatoire), l'agent provincial doit faire un suivi pour établir si l'incident a été résolu. L'agent provincial doit documenter ses décisions à toutes les étapes. Si une approche de réduction volontaire est choisie et que l'entreprise assujettie convient d'un plan de réduction volontaire pour résoudre l'incident, la politique prévoit qu'une amélioration insatisfaisante ne sera pas tolérée pendant plus de six mois (180 jours). Lorsque les efforts de réduction volontaire ne suffisent pas à résoudre un incident, la réaction doit passer à la réduction obligatoire.

Il importe de mentionner le régime de conformité et d'application de la loi au titre de la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable*, car contrairement aux autres lois dont l'application relève du MECC, un règlement²⁹ découlant de cette loi prescrit la fréquence minimale d'inspection pour les réseaux municipaux d'eau potable, pour les laboratoires et le moment où il faut réagir par une mesure de réduction obligatoire afin de traiter certains types d'infractions à cette loi. La loi crée également la fonction d'inspecteur en chef de l'eau potable, qui doit publier un rapport annuel décrivant les résultats d'inspections des réseaux municipaux d'eau potable et de laboratoires, ainsi que le niveau de conformité trouvé dans ces installations. Toutes ces caractéristiques ont été incorporées dans la *LSEP* pour satisfaire aux exigences du Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton.³⁰ Dans ce rapport, le juge O'Connor exprime beaucoup de recommandations détaillées pour une *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable*, y compris des recommandations à propos de la conformité à cette loi et à son application, puis sur des questions qui devraient être prescrites par la loi – questions qui, en vertu des lois du ressort du MECC, relèvent entièrement de la discrétion du MECC.

Voici quelques observations au sujet du programme du MECC en matière de conformité et d'application de la loi, inspirées de la documentation sur la réglementation adaptée qui a été étudiée à la deuxième partie.

1. Établir des résultats clairs pour chaque région de programme afin de guider la planification des inspections et les actions de conformité et d'application de la loi : Par un processus annuel intégré de planification, le responsable de programme dresse en ce moment une liste d'objectifs pour chaque région de programme, il établit les priorités pour l'année à venir et les résultats à atteindre. Après avoir établi ces directives stratégiques, le responsable de programme travaille avec chaque région pour identifier les acteurs assujettis qui devraient faire l'objet d'inspections proactives. L'élaboration de cette directive stratégique qui guide le processus intégré de planification pour une région de programme, comme l'établissement des objectifs et des priorités pour une période donnée, y gagnerait de plusieurs façons si elle était menée avec plus d'ouverture et de transparence, en faisant participer les acteurs assujettis et d'autres intervenants. Tout d'abord, le fait d'offrir cette possibilité de dialogue aiderait à obtenir l'assentiment des acteurs assujettis par rapport aux priorités du Ministère et aidera à mobiliser de tels partenariats. En outre, en se prêtant plus ouvertement à un exercice de planification intégrée, les acteurs assujettis à l'échelle de tout le secteur seraient plus à même de comprendre où ils devraient concentrer leurs efforts d'autovérification. Ils comprendraient mieux également le raisonnement du Ministère derrière les décisions fondamentales visant les « personnes à inspecter » et les « façons de réagir ». Finalement, le fait de mener cet exercice avec plus d'ouverture et de transparence aidera à redonner confiance au public envers le MECC en tant qu'autorité de réglementation efficace.

²⁹ Se reporter au O Reg 242/05 (Compliance and Enforcement).

³⁰ L'honorable Dennis R O'Connor, Stratégie pour la salubrité de l'eau potable, Rapport de la Commission d'enquête sur Walkerton, deuxième partie (Toronto : Imprimeur de la Reine pour l'Ontario, 2002).

2. *Rapports périodiques par chaque région de programme sur les résultats de la conformité et de l'application de la loi* : La réglementation adaptée met en garde contre l'idée de trop mettre l'accent sur le suivi des résultats de l'organisme gouvernemental pour mesurer son rendement, par exemple, en surveillant si nombre de poursuites a augmenté ou diminué d'une année à l'autre. Au minimum, chaque programme devrait rendre compte au public à intervalles réguliers du nombre d'inspections proactives et réactives menées au cours de la période de rapport, de la proportion des réductions volontaires par rapport aux réductions obligatoires utilisées pour résoudre un incident, du nombre d'incidents résolus avec succès sans avoir à élever le niveau de réaction et du type réaction de réduction employée (avertissements, plans de réduction volontaire, arrêtés, poursuites). Le Ministère publie actuellement des « Rapports régionaux de conformité environnementale » qui décrivent les incidents où on a transgressé des normes d'émission ou de déversement, avec la mesure de suivi prise afin de réagir à ces incidents.³¹ Toutefois, en allant au-delà du pur exercice comptable, une production de rapports efficace mesurerait le rendement d'un organisme gouvernemental par rapport à ensemble de critères, et évaluerait si les résultats établis sont atteints. La production de rapports au public est aussi importante, en ce qu'elle permet à un organisme gouvernemental de mettre en évidence les outils dont il s'est servi dans la région de programme au cours de la période de rapport pour atteindre les résultats, y compris tous les programmes d'inspection ciblée, les programmes d'aide à la conformité et les programmes conçus pour inciter les entreprises assujetties de ce secteur à adopter des fonctions d'autovérification. Fait encore plus important, avec une production de rapports périodiques au public pour chaque région de programme, le Ministère pourrait démontrer qu'il est capable de passer à des réactions d'application de la loi plus élevées dans la pyramide de la réglementation lorsque c'est nécessaire, notamment en soulignant les cas où les approbations ont été suspendues ou révoquées.

3. *Motiver les acteurs assujettis à adopter des fonctions d'autovérification* Pour la plupart des types d'approbation du MECC, comme les approbations relatives aux sites d'enfouissement, le détenteur de l'approbation doit préparer un rapport annuel qui inclut une obligation de signaler tout incident de non-conformité et la façon dont il a été résolu. De façon similaire, la *Loi de 2002 sur la salubrité de l'eau potable* oblige les dirigeants des réseaux municipaux d'eau potable à rédiger des rapports annuels faisant état de toute violation, de leur durée et des actions prises pour y remédier.³² Récemment, un règlement habilité par la LPE a exigé de faire appel à un tiers pour qu'il atteste de l'exactitude d'un rapport sur la conformité.³³ Un autre règlement découlant de la LPE, qui exige que des installations industrielles particulières élaborent des plans de prévention de déversements

³¹ Se reporter à la page des « Rapports régionaux de conformité environnementale » : <<https://www.ontario.ca/fr/donnees/rapports-regionaux-de-conformite-environnementale>>.

³² Se reporter à l'Annexe 22 (Rapports sommaires à l'intention des municipalités) du O Reg 170/03 découlant de la LSEP.

³³ Se reporter à l'art 9 du O Reg 298/12 (Collecte des produits pharmaceutiques et des objets pointus – Responsabilités des producteurs).

et d'intervention d'urgence, oblige un dirigeant ou un administrateur de l'entreprise assujettie à déclarer par écrit, dans le rapport annuel, que les plans sont conformes au règlement. Les entreprises assujetties qui sont obligées par la loi de documenter les manquements et la façon dont ils sont résolus sont-elles plus enclines à adopter et à conserver des fonctions efficaces d'autovérification? Les installations qui sont obligées de surveiller leur propre conformité affichent-elles de plus hauts taux de conformité en raison de leurs obligations légales? Finalement, dans quelle mesure les obligations de rapports en matière de conformité font-elles l'objet de vérifications par les autorités de réglementation? Ces questions méritent qu'on s'y attarde, car la tendance a été de contraindre légalement ces fonctions d'autovérification et il serait bon de savoir jusqu'à quel point ces exigences mènent à de plus hauts taux de conformité.

En plus d'imposer l'autovérification en vertu de la loi, le Ministère a élaboré des approches plus souples pour motiver l'adoption de fonctions d'autovérification. Au titre du programme de Pénalité environnementale, un contrevenant voit sa pénalité réduite automatiquement s'il peut démontrer qu'au moment de l'infraction, il avait mis en place un système de gestion de l'environnement conforme aux exigences du règlement. Au mois de juillet 2004, le Ministère a adopté un programme environnemental à l'intention des dirigeants³⁴ – un programme qui promettait à une entreprise assujettie certains avantages, comme des garanties dans les délais de traitement de demandes d'approbation si l'entreprise assujettie convenait de certaines conditions d'adhérer au programme, comme celle d'avoir en place un système de gestion environnementale. Finalement, dans le cadre du processus intégré de planification, une région de programme peut concevoir un projet de promotion de la conformité pour encourager les entreprises assujetties à adopter des fonctions d'autovérification. La façon dont ces projets de promotion de la conformité sont communiqués aux entreprises assujetties peut considérablement influencer leur réussite.³⁵ Du point de vue de la réglementation adaptée, les programmes qui reconnaissent l'importance des fonctions d'autovérification et qui motivent les entreprises assujetties à adopter des fonctions d'autovérification sont cruciaux. Étant donné que les autorités de réglementation ne peuvent pas se trouver partout en tout temps pour détecter les infractions, l'approche de l'organisme gouvernemental en matière de conformité et d'application de la loi doit envoyer les signaux appropriés que les entreprises vertueuses dans un secteur seront reconnues et récompensées.

³⁴ Ministère de l'Environnement, Direction de l'innovation environnementale, *A Framework for Ontario's Environmental Program* (juillet 2004).

³⁵ Les organismes gouvernementaux ont trouvé que la manière dont un organisme cherche à communiquer avec une entreprise assujettie pour inciter cette entreprise à trouver et à rectifier des infractions peut avoir une influence considérable sur le fait qu'elle entreprise respectera ou non son engagement – on réfère parfois à cette région sous le nom [TRADUCTION] « Communications pour la conformité » – se reporter, par exemple, à Scott Killingsworth, « Modeling the Message: Communicating Compliance Through Organizational Values and Culture » (2012) 25 *Geo J Leg Ethics* 960-987.

Pour un meilleur usage des pénalités administratives pour compléter la pyramide de la réglementation du MECC : Les pénalités administratives sont simplement le pouvoir d'un organisme gouvernemental d'imposer une pénalité financière à un contrevenant sans devoir recourir au processus judiciaire, au moyen, par exemple, d'une poursuite ou d'une action au civil. Les pénalités administratives existent depuis longtemps dans un large éventail de contextes de réglementation (y compris la protection de l'environnemental) aux États-Unis et dans d'autres pays, mais elles n'ont pas été largement adoptées au Canada jusqu'à tout récemment, à l'exception des contextes réglementaires particuliers, comme les impôts et l'aéronautique. Cela signifie que la seule façon dont le MECC peut imposer une pénalité financière pour une infraction est d'entamer une poursuite. Il existe bien des inconvénients à trop se fier aux poursuites. Tout d'abord, les enquêtes et les poursuites exigent beaucoup de ressources. Conséquemment, les poursuites ne sont pas de mise pour pénaliser les infractions de nature mineure. En outre, les conséquences financières résultant d'une poursuite sont imposées longtemps après que l'infraction a été détectée, parfois jusqu'à deux ans après la détection. D'ailleurs, le Ministère n'a souvent pas d'autre choix que de répondre par une réduction obligatoire aux infractions qui ne conviennent pas aux poursuites, en faisant émettre par un agent provincial un arrêté basé sur l'infraction.³⁶ Il s'agit souvent d'un simple arrêté exigeant que l'entreprise assujettie se conforme à l'exigence légale qu'elle était censée respecter en premier lieu. En d'autres mots, un pouvoir d'émettre des arrêtés qui n'est pas accompagné par un pouvoir administratif de pénalités handicape la force de l'organisme gouvernemental dans les négociations de conformité avec une entreprise assujettie.

Prenons par exemple une inspection proactive de routine chez une entreprise assujettie qui mène à la découverte d'une longue liste d'infractions. Il est possible que la plupart de ces infractions soient considérées de nature mineure ou administrative, comme c'est le cas pour une omission de faire rapport, de documenter ou de surveiller – des infractions pour lesquelles une poursuite n'est pas de mise, sur le plan des ressources d'un organisme gouvernemental. Lorsque l'entreprise assujettie reçoit le rapport d'inspection avec la liste des infractions, en dehors de la transmission du dossier à la Direction des enquêtes et de l'application de la loi, le seul outil de réduction obligatoire dont l'agent provincial dispose pour imposer la conformité est un arrêté basé sur l'infraction. Avec un régime de pénalités administratives bien adapté, les conséquences financières pour l'entreprise assujettie seraient beaucoup plus expéditives et manifestes. Contrairement aux amendes qui sont fixées par les tribunaux en fonction des faits particuliers de l'affaire, les pénalités administratives sont établies de façon beaucoup plus prévisible et transparente. Elles peuvent aussi être adaptées pour récompenser un certain comportement, comme en donnant des réductions aux entreprises qui se sont dotées de systèmes de gestion environnementale ou en prévoyant des réductions considérables, voire en annulant des pénalités si les infractions sont corrigées dans un délai précis. Par ailleurs, contrairement

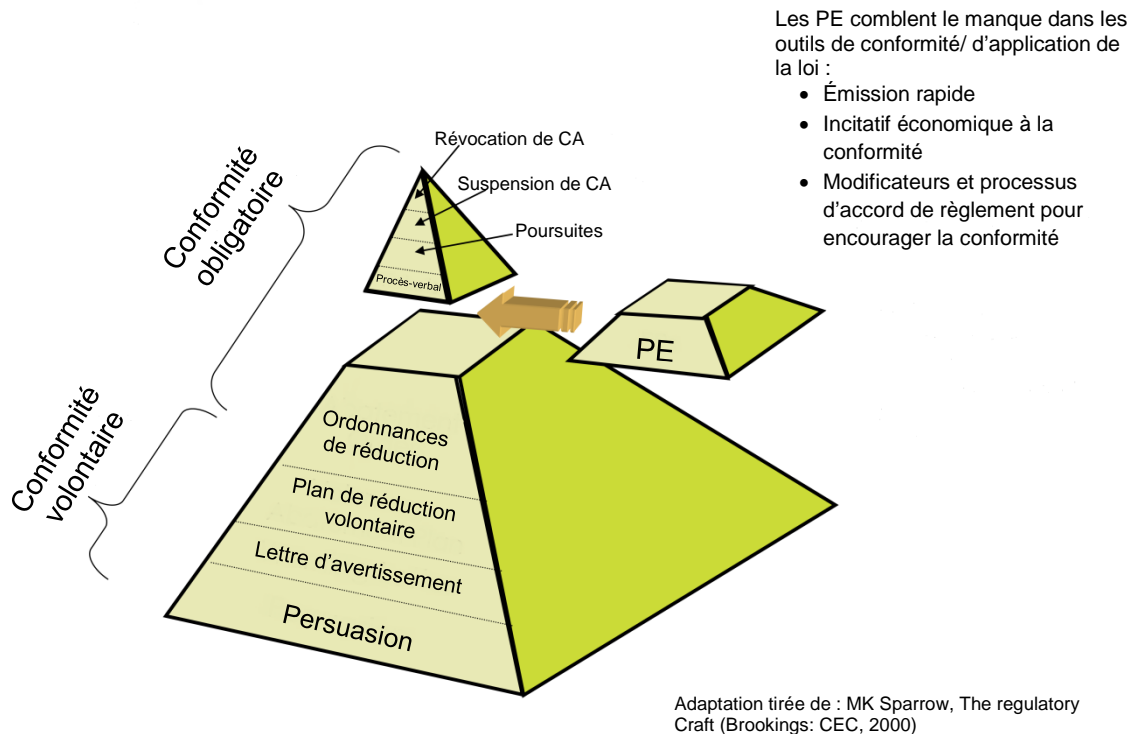
³⁶ Se reporter à l'art 157 de la LPE pour un exemple d'arrêté basé sur l'infraction émis par un agent provincial.

aux poursuites, la plupart des régimes de pénalités administratives reposent sur la responsabilité absolue : les mesures qu'un contrevenant a prises pour empêcher une infraction comptent dans la détermination du montant de la peine, mais ne peuvent constituer un moyen de défense. Le fait de se fier uniquement aux infractions de responsabilité stricte pour pénaliser les contrevenants pourrait motiver les entreprises assujetties à ne pas autant jouer franc jeu avec les enquêteurs concernant les mesures qu'elles ont prises pour prévenir une infraction, parce que cela pourrait affaiblir indûment leur défense de diligence raisonnable dans une éventuelle poursuite.

Après avoir promulgué une loi prévoyant des pénalités administratives en 1998, le Ministère a mené des consultations sur les versions préliminaires de règlements sur les pénalités administrative concernant un large éventail d'infractions, mais pas pour des questions graves telles que les déversements illicites.³⁷ Toutefois, le gouvernement de l'époque n'a jamais suivi la proposition. En effet, il avait fait l'objet de pression intense de la part de la collectivité assujettie, qui s'opposait à l'idée de donner au Ministère le pouvoir de pénaliser les contrevenants. Elle croyait que cette proposition allait créer une relation d'antagonisme entre le personnel de réduction des dommages à l'environnement du MECC et les entreprises assujetties, alors que la collectivité assujettie estimait que cette relation en avait toujours été une de coopération. En 2005, toutefois, en réponse à une série de déversements dans la rivière St. Clair par des installations industrielles de la région de Sarnia, le gouvernement a adopté une loi pour remplacer les dispositions de pénalités administratives de 1998 par un nouveau type de pénalité administrative appelé « pénalités environnementales » (PE). Contrairement aux plus anciennes dispositions, qui visaient les infractions de nature mineure, ces nouvelles pénalités administratives ont été conçues précisément pour traiter les infractions de nature grave comme les déversements illicites. Par exemple, les nouvelles dispositions permettent les poursuites contre une personne pour une infraction, même dans les cas où cette personne a déjà payé des pénalités administratives. De plus, le montant maximal des pénalités environnementales s'est accru jusqu'à dix fois. Toutefois, les pénalités environnementales ne sont possibles que pour des types particuliers d'installations industrielles, et seulement pour des infractions associées à des déversements illicites dans le sol ou dans l'eau. Le MECC a besoin d'un outil de pénalités administratives à large assise pour répondre aux infractions, un outil grâce auquel il réservera les poursuites pour les types d'infraction les plus graves. Le Ministère a utilisé le diagramme ci-dessous au moment d'instaurer les pénalités environnementales pour expliquer l'écart dans la pyramide de la réglementation que les pénalités environnementales étaient censées remplir. L'écart continue d'exister dans les nombreuses régions de programme où il n'y a pas de PE.

³⁷ Les propositions de versions préliminaires de règlements découlent de la *Loi sur la protection de l'environnement*, de la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario* et de la *Loi sur les pesticides*. Il est toujours possible de consulter la publication dans le registre de la charte des droits environnementaux (se reporter, en ligne : <<https://www.ebr.gov.on.ca/ERS-WEB-External/displaynoticecontent.do?noticeId=MTMxNzQ=&statusId=MTMxNzQ=>>).

Comment les pénalités environnementales (PE) comblent le manque dans les outils de conformité du Ministère



Maîtriser l'art de bien réglementer signifie de trouver un équilibre excessivement difficile à atteindre. Le simple fait de décider quelles entreprises assujetties inspecter et comment réagir à une infraction implique des choix difficiles sur la façon d'affecter les ressources peu abondantes d'un organisme gouvernemental. Un organisme gouvernemental doit souvent se frayer un chemin entre différentes sources de pressions opposées et parfois contradictoires, en tentant de trouver l'équilibre entre le besoin d'être sensible aux préoccupations locales tout en gérant efficacement les priorités établies par sa direction. Le message primordial de la réglementation adaptée est simple : le pragmatisme – le besoin de cerner les problèmes et trouver les solutions en établissant méthodiquement des objectifs et en concevant des moyens de mesurer le rendement en vue d'atteindre les résultats. Cela signifie de s'engager et d'investir dans la collecte et l'analyse de données sur les décisions et les actions d'un organisme gouvernemental afin de découvrir, par un moyen systémique, ce qui est efficace et ce qui ne l'est pas. Il faut aussi planifier et faire rapport sur les activités de conformité et d'application de la loi avec le plus d'ouverture et de transparence possible afin de susciter la confiance de chaque entreprise assujettie, des autres entreprises de ce secteur et du public en général.