

**Pour une représentation adéquate des consommateurs :
un modèle pour des règles d'attribution de frais de participation
par les tribunaux de régulation économique**

Rapport final du projet de recherche
présenté au Bureau de la consommation
d'Industrie Canada



Mars 2011

Rapport publié par :



6226 rue Saint-Hubert
Montréal (Québec) H2S 2M2

Téléphone : 514 521-6820
Sans frais : 1 888 521-6820
Télécopieur : 514 521-0736

union@consommateur.qc.ca
www.consommateur.qc.ca/union

Membres de l'Union des consommateurs

ACEF Abitibi-Témiscamingue
ACEF Amiante – Beauce – Etchemins
ACEF de l'Est de Montréal
ACEF de l'Île-Jésus
ACEF de Lanaudière
ACEF Estrie
ACEF Grand-Portage
ACEF Montérégie-est
ACEF du Nord de Montréal
ACEF Rive-Sud de Québec
Association des consommateurs
pour la qualité dans la construction
Membres individuels

Rédaction du rapport

- Simon Carreau

Avec la collaboration de

- Jean-François Blain, Marc-Olivier Moisan-Plante, Anthony Hémond

Direction de rédaction

- Me Marcel Boucher

ISBN 978-2-923405-43-8



Union des consommateurs est membre de l'Organisation internationale des consommateurs (OI), une fédération regroupant 234 membres en provenance de 113 pays.

L'usage du masculin, dans ce rapport, a valeur d'épicène.

Union des consommateurs a reçu du financement en vertu du Programme de contributions pour les organisations sans but lucratif de consommateurs et de bénévoles d'Industrie Canada. Les opinions exprimées dans ce rapport ne sont pas nécessairement celles d'Industrie Canada ou du gouvernement du Canada.

© Union des consommateurs — 2011

TABLE DES MATIERES

| | |
|---|-----------|
| L'UNION DES CONSOMMATEURS, la force d'un réseau | 5 |
| Listes des abréviations récurrentes | 6 |
| 1. INTRODUCTION | 7 |
| 2. RÉGLEMENTATION ÉCONOMIQUE ET SERVICES PUBLICS : MONOPOLE NATUREL ET DÉFAILLANCES DE MARCHÉ | 9 |
| 2.1 Réglementation des services publics et monopoles d'État..... | 12 |
| 3. REPRÉSENTATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC DANS LES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES ET LA COMPENSATION FINANCIÈRE DES PARTICIPANTS | 17 |
| 3.1 Les deux formes de la compensation financière : l'adjudication de frais et l'aide financière aux intervenants | 17 |
| 3.2 Pourquoi favoriser la participation | 19 |
| a) Améliorer le processus décisionnel | 19 |
| b) Un régulateur plus fort et plus autonome | 21 |
| c) Un processus plus crédible | 23 |
| 3.3 Pas de participation sans ressources | 24 |
| 3.4 L'ordonnance de frais comme élément clé d'une gouvernance efficace et peu coûteuse .. | 27 |
| a) Le principe d'équité | 28 |
| b) Le principe du besoin | 28 |
| c) Le principe de la participation publique | 28 |
| 4. REVUE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE QUI ATTRIBUENT DES FRAIS DE PARTICIPATION | 30 |
| 4.1 Les régulateurs de services publics des États fédérés..... | 30 |
| 4.2 Le Public Utility Regulatory Policies Act | 32 |
| 4.3 Les États américains..... | 33 |
| 4.5 Tribunaux administratifs au niveau fédéral (Canada et États-Unis) | 36 |
| a) Au Canada..... | 36 |
| b) Aux États-Unis..... | 37 |
| 4.6 Les « autres » cas | 37 |
| a) Les programmes d'aide financière aux intervenants | 39 |
| 4.7 Y a-t-il des ordonnances de frais ailleurs qu'en Amérique du Nord?..... | 41 |
| 4.8 Conclusion | 43 |

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 5 | MODALITÉS DE L'ORDONNANCE DE FRAIS | 44 |
| 5.1 | Critères d'admissibilité et critères d'octroi..... | 44 |
| a) | Les critères d'admissibilité : intérêt et besoin | 45 |
| b) | Le critère d'intérêt..... | 45 |
| c) | Le critère des besoins | 46 |
| d) | Autres critères | 47 |
| e) | Critères d'octroi | 48 |
| 5.2 | Les procédures pour lesquelles des frais peuvent être demandés | 51 |
| 5.3 | Calcul des montants pouvant être octroyés..... | 52 |
| 5.4 | Exigences procédurales : détermination d'admissibilité et demandes de frais..... | 53 |
| 5.5 | Demande du statut d'intervenant, déclaration préalable d'admissibilité aux frais et budget prévisionnel | 54 |
| 5.6 | Demande de remboursement de frais | 56 |
| 5.7 | Types de frais remboursables | 58 |
| | | |
| 6. | MEILLEURES PRATIQUES | 60 |
| 6.1 | Guide de participation | 60 |
| 6.2 | Critères d'admissibilité | 61 |
| 6.3 | Critères d'octroi..... | 63 |
| 6.4 | Exigences procédurales | 64 |
| 6.5 | Calcul des montants octroyés..... | 65 |
| 6.6 | Frais intérimaires et avances de fonds | 66 |
| 6.7 | Type d'audience où des frais sont disponibles | 67 |
| | | |
| 7 | CONCLUSIONS | 69 |
| | | |
| 8 | RECOMMANDATIONS | 72 |
| | | |
| | MÉDIAGRAPHIE | 77 |

L'UNION DES CONSOMMATEURS, la force d'un réseau

L'Union des consommateurs est un organisme à but non lucratif qui regroupe plusieurs Associations coopératives d'économie familiale (ACEF), l'Association des consommateurs pour la qualité dans la construction (ACQC) ainsi que des membres individuels.

La mission de l'Union des consommateurs est de représenter et défendre les droits des consommateurs, en prenant en compte de façon particulière les intérêts des ménages à revenu modeste. Les interventions de l'Union des consommateurs s'articulent autour des valeurs chères à ses membres : la solidarité, l'équité et la justice sociale, ainsi que l'amélioration des conditions de vie des consommateurs aux plans économique, social, politique et environnemental.

La structure de l'Union des consommateurs lui permet de maintenir une vision large des enjeux de consommation tout en développant une expertise pointue dans certains secteurs d'intervention, notamment par ses travaux de recherche sur les nouvelles problématiques auxquelles les consommateurs doivent faire face; ses actions, de portée nationale, sont alimentées et légitimées par le travail terrain et l'enracinement des associations membres dans leur communauté.

L'Union des consommateurs agit principalement sur la scène nationale, en représentant les intérêts des consommateurs auprès de diverses instances politiques, réglementaires ou judiciaires et sur la place publique. Parmi ses dossiers privilégiés de recherche, d'action et de représentation, mentionnons le budget familial et l'endettement, l'énergie, les questions liées à la téléphonie, la radiodiffusion, la télédistribution et l'inforoute, la santé, l'alimentation et les biotechnologies, les produits et services financiers, les pratiques commerciales, ainsi que les politiques sociales et fiscales.

Finalement, dans le contexte de la globalisation des marchés, l'Union des consommateurs travaille en collaboration avec plusieurs groupes de consommateurs du Canada anglais et de l'étranger. Elle est membre de l'*Organisation internationale des consommateurs* (CI), organisme reconnu notamment par les Nations Unies.

LISTES DES ABRÉVIATIONS RÉCURRENTES

| | |
|---------------|--|
| AFI | Aide financière aux intervenants |
| AUC | <i>Alberta Utilities Commission</i> |
| BCUC | <i>British Columbia Utilities Commission</i> |
| RSPM | Régie des Services Publics du Manitoba |
| CaIPUC | <i>California Public Utility Commission</i> |
| CID | <i>California Insurance Department</i> |
| CRTC | Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes |
| DMHC | <i>Department of Managed Health Care (Californie)</i> |
| ERCB | <i>Energy Resources Conservation Board (Alberta)</i> |
| IPUC | <i>Idaho Public Utilities Commission</i> |
| MPUC | <i>Minnesota Public Utilities Commission</i> |
| ONÉ | Office National de l'Énergie |
| OEB | <i>Ontario Energy Board</i> |
| PUC | <i>Public Utilities Commission</i> |
| PURPA | <i>Public Utilities Regulatory Policy Act</i> |
| RÉQ | Régie de l'Énergie du Québec |
| YUB | <i>Yukon Utilities Board</i> |

1 INTRODUCTION

Les organes de réglementation économique sont monnaie courante en Amérique du Nord où plusieurs provinces et États ont instauré des régies qui veillent à réguler le marché et à faire une juste part entre les intérêts souvent diamétralement opposés des fournisseurs et des distributeurs, et ceux des consommateurs.

Certains domaines d'activité économique nécessitent un encadrement plus contraignant que d'autres. Les services publics comme la distribution d'électricité, de gaz, voire les télécommunications ou les systèmes d'aqueduc et de traitement des eaux usées (là où il s'agit de services tarifés dont la prestation est assurée par des entreprises privées) sont parmi les domaines les plus rigoureusement réglementés.

Une façon courante d'encadrer ces secteurs où les monopoles sont la règle plutôt que l'exception est de les soumettre à la supervision d'organes de réglementation économique comme, au Canada, le CRTC, la Régie de l'Énergie du Québec ou l'*Ontario Energy Board*. Institués comme des tribunaux administratifs à l'autorité collégiale (composés de plusieurs membres que l'on appellera régisseurs, commissaires ou « *Board Members* »), ces organes surveillent et réglementent la prestation de services jugés essentiels.

Devant la pluralité des intérêts collectifs et particuliers impliqués dans les questions qu'ils sont appelés à trancher, la mission de ces organes de réglementation consiste à superviser le secteur et à proposer des arbitrages qui soient dans le meilleur intérêt du public et de la collectivité au nom de laquelle ils exercent leur mandat.

Ces arbitrages peuvent être fort complexes : si les acteurs du marché sont multiples et diversifiés (selon leur position dans la chaîne de production, de distribution, dans le marché, etc.) et qu'ils peuvent donc avoir des intérêts contradictoires, il en va de même pour les consommateurs (résidentiel, industriel, ruraux, urbains, etc.) et le public, dont les d'intérêts peuvent être en tension ou en contradiction, selon l'aspect (environnemental, social, économique, nationaliste, etc.) à partir duquel ils considèrent les enjeux.

Les entreprises réglementées et les groupes industriels sont généralement bien représentés devant ces tribunaux et ils possèdent les ressources, l'expertise et les moyens financiers nécessaires pour s'assurer que les représentations auprès de ces autorités dont dépend le cœur de leurs affaires sont efficaces.

Qu'en est-il des groupes de défense des droits des consommateurs et des groupes d'intérêt en général? Ont-ils aussi une capacité adéquate à représenter adéquatement leurs intérêts auprès de ces organes de régulation ?

Certaines des commissions et régies sont habilitées à accorder des frais de participation, c'est-à-dire à ordonner aux entreprises qui sont soumises au pouvoir de surveillance de l'organisme et qui sont visées par la procédure de rembourser aux groupes de consommateurs qui ont participé au processus réglementaire les frais engagés dans le cadre de ladite procédure. Ce pouvoir d'ordonnance de frais est destiné à permettre à d'autres parties concernées de participer adéquatement au processus.

Les règles qui encadrent l'adjudication des frais par les organismes canadiens de réglementation économique sont-elles de nature à permettre l'atteinte de cet objectif?

Permettent-elles aux groupes de consommateurs de bénéficier eux aussi d'une représentation adéquate devant les organes de réglementation économique? Y aurait-il des façons d'améliorer les règles qui encadrent ce pouvoir d'adjudication afin de favoriser davantage la participation publique?

Afin de répondre à ces questions, nous avons convenu d'examiner ce qui se fait en la matière dans les juridictions étrangères. Quelles sont les règles qui encadrent le pouvoir d'ordonnance de frais dans d'autres juridictions? S'agit-il d'une pratique répandue ou relativement exceptionnelle? Quels types d'organismes et quels domaines sont visés? Quelles sont les façons de faire, au Canada et à l'étranger, qui pourraient servir d'exemple et inspirer les pratiques visant à favoriser la représentation des consommateurs devant les organes de réglementation économique?

Cette recherche se propose donc de réaliser un inventaire des modalités et des pratiques possibles en matière d'attribution de frais de représentation. Un examen des juridictions canadiennes et étrangères permettra de déterminer l'ensemble des secteurs ou domaines d'activités dans lesquels des tribunaux de régulation économique sont établis et de vérifier si une attribution des frais de représentation y est prévue. Une fois ces tribunaux identifiés, nous pourrons réaliser l'inventaire des modalités d'organisation possibles de règles d'attribution de frais de participation afin d'identifier les meilleures pratiques en la matière.

La recherche devrait permettre à UC de dégager dans un premier temps, les domaines d'application courants de réglementation économique qui prévoient l'adjudication des frais, puis, les normes et les pratiques adéquates en matière d'octroi de ressources, et ce, en vue de suggérer des pistes d'amélioration pour les organes de régulation économique au Canada.

La première partie étudie les domaines où l'on retrouve des organes de réglementation économique qui octroient des frais de participation ainsi que les arguments qui justifient l'existence d'un tel pouvoir de rendre des ordonnances de frais.

Nous traiterons de deux enjeux distincts : la régulation économique et les organes mis en place pour l'exercer (chapitre 2), d'une part, et l'ordonnance de frais de participation (chapitre 3), d'autre part. Nous tenterons d'identifier les raisons qui expliquent pourquoi certains domaines font l'objet d'une réglementation économique exercée par le biais d'un tribunal administratif, les justifications à la nécessité d'offrir un incitatif et un soutien à la participation et la représentation de la société civile, et, par conséquent, à l'adoption de règles relatives aux ordonnances de frais.

C'est dans le chapitre 4 que nous présenterons les résultats de nos recherches sur les tribunaux administratifs de régulation économique qui sont effectivement habilités à attribuer des frais de participation. Une fois ceux-ci identifiés, nous ferons, dans le chapitre 5, l'inventaire des principales modalités d'organisation d'un tel pouvoir. Enfin, à partir de la diversité des pratiques observées, nous allons, dans le chapitre 6, identifier les meilleures pratiques, c.-à-d. celles qui sont le plus à même de remplir les objectifs et les promesses de l'adjudication de frais, tels que nous les aurons identifiés dans le chapitre 3.

2 RÉGLEMENTATION ÉCONOMIQUE ET SERVICES PUBLICS : MONOPOLE NATUREL ET DÉFAILLANCES DE MARCHÉ

Les traces de l'intervention des pouvoirs publics sont partout dans l'économie. S'il s'agit pour nous d'identifier les secteurs propices à la présence de ce qui est appelé ici « organes ou tribunaux administratifs de réglementation économique », il faut arriver à identifier ce qui fait la spécificité de ceux-ci par rapport à d'autres formes d'intervention des pouvoirs publics dans l'économie. Pour ce faire, il faut s'interroger sur la nature des secteurs sur lesquels ils président ainsi que sur le type d'intervention économique qu'ils sont appelés à assurer.

Dans cette optique, nos recherches nous ont amenées sur le terrain de « l'économie du bien-être » (« Welfare economics »). Depuis Adam Smith (*La richesse des nations*, 1776), l'économie – la discipline – a pour précepte essentiel que le marché est le moyen le plus efficace de production et d'allocation des ressources. En utilisant les outils conceptuels et les techniques de la microéconomie, les auteurs identifiés à « l'économie du bien-être » ont plutôt étudié les situations de « défaillance du marché », c'est-à-dire là où « le marché [...] échoue à tirer le meilleur parti des ressources disponibles¹ ». Dans de telles situations où la concurrence ne suffit pas à « maximiser le surplus collectif », une intervention des pouvoirs publics sera souhaitable et nécessaire.

Trois situations principales de défaillances du marché ont été identifiées et étudiées par ce courant. Ce sont des cas où l'on se retrouve en présence de *biens publics* (ou *biens collectifs*), d'*externalité* et de *monopole naturel*. Après une présentation sommaire des deux premiers problèmes et des solutions qu'ils appellent, nous nous attarderons davantage à celui du monopole naturel, qui sera le plus utile aux fins de cette recherche².

En science économique, on parle de *bien public* ou de *bien collectif* lorsque la consommation d'un bien ou d'un service est « non excluable », c'est-à-dire, qu'il n'est pas possible de limiter l'accès de ce bien seulement à certains usagers (l'air, les espaces publics, la défense nationale), et qu'elle est « non rivale », c'est-à-dire que sa consommation par un usager ne vient en rien limiter la quantité disponible pour les autres. L'exemple classique du bien collectif est l'éclairage des rues. D'une part, il n'est pas possible de limiter les bienfaits de l'éclairage des rues seulement aux personnes qui accepteraient de payer pour un tel service. D'autre part, le fait qu'une personne profite de (ou consomme) l'éclairage dispensé par ces lumières n'affecte en rien l'éclairage qui est disponible pour une autre personne : la multiplication des utilisateurs n'entraîne donc pas de coûts supplémentaires. Ces caractéristiques de non-rivalité et de non-excluabilité font en sorte que la consommation d'un bien public n'est pas divisible et que, par conséquent, son coût de production ne peut être imputé à un individu en particulier. C'est

¹ Yves Croissant et Patricia Vornetti, « État, marché et concurrence : Les motifs de l'intervention publique », *Cahiers français : Concurrence et régulation des marchés*, n° 313, Mars — Avril 2003, p. 3.

² Cette section présente une synthèse des idées et concepts de « l'économie du bien-être », un courant particulier de la discipline économique. Le texte s'appuie notamment sur les références suivantes : Yves Croissant et Patricia Vornetti, *ibid.* Jean-Pierre Angelier, *Économies des industries de réseau*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2007. Jean-Pierre Angelier, *Electricité et gaz naturel : du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique*, Université Pierre Mendès-France, UFR Economie, Stratégies, Entreprise, avril 2005, disponible sur <http://alshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00120737>). Milan Vujisic, « Quel avenir pour les services publics en Europe ? », Centre de ressources en économie et gestion, samedi 28 mai 2005 www.creg.ac-versailles.fr/. François Lévêque, *Économie de la réglementation*, La découverte, Paris, 1998.

pourquoi l'éclairage de rue est un service qui est assuré par les pouvoirs publics et qui est financé à même les recettes des taxes et impôts.

L'externalité est un effet, positif ou négatif, de l'action d'un agent économique sur le bien-être d'un autre agent, et qui se produit en dehors du marché (c.-à-d. sans qu'il ait fait l'objet d'une transaction volontaire à un prix déterminé). L'exemple type est la pollution sous pratiquement toutes ses formes : émissions de gaz à effet serre, pluies acides, pollution des cours d'eau, etc. Ces formes de pollution sont des effets secondaires (ou des dommages collatéraux) de l'activité économique. Elles sont engendrées parce que, à défaut d'une intervention des pouvoirs publics, il est, par exemple, moins coûteux de simplement rejeter des résidus chimiques usés dans une rivière que de les envoyer être traités dans une installation appropriée. Ainsi, les autorités publiques désirant s'attaquer à ces formes de pollution voudront éradiquer ou limiter le comportement à la cause de celles-ci par voie de réglementation (ex : pour interdire le rejet de résidus dans les cours d'eau) ou par des taxes (ex : taxes sur l'essence). Ces interventions de l'État imposeront donc aux entreprises d'internaliser le coût de ces externalités. Face à un comportement qui engendre des externalités positives qu'il s'agit d'encourager (ex : l'éducation), les autorités pourront choisir de le subventionner.

On parle de monopole naturel dans les situations où les économies d'échelle attachées à l'offre d'un bien ou d'un service « sont telles que, étant donnée la taille du marché, une seule firme fabriquera ce produit à un coût unitaire moindre³ ». Ce sera généralement le cas dans des industries où l'investissement initial en infrastructures – facteur central de la productivité – est très lourd, mais où il produira des rendements croissants. Le coût marginal (soit le coût supplémentaire que demande la production de la dernière unité ou d'une unité de plus) diminuant au fur et à mesure de l'accroissement de la production, il est ainsi appelé à être toujours inférieur au coût moyen, que le coût marginal entraîne constamment à la baisse.

Un monopole n'apparaît pas spontanément. S'il y a au départ plusieurs fournisseurs du service ou du bien, la concurrence fera, au fil du temps, tomber certains joueurs tout en amenant progressivement d'autres à se regrouper (par fusion ou acquisition) pour mieux faire face aux éventuels concurrents. Le volume de production étant, du fait du coût des infrastructures, la clé d'une plus grande productivité et de surplus plus élevés, les joueurs sont destinés à s'unir ou à être avalés par leurs concurrents, et le marché est appelé à être dominé par un monopole. « La concurrence étant un processus et non un état stable, son exercice mène à amplifier les inégalités entre offreurs, les plus faibles étant éliminés jusqu'à ce que se constitue un monopole, structure stable⁴. »

Ce sera particulièrement vrai pour les entreprises dites « en réseau », comme celles qui œuvrent dans la fourniture d'électricité, de gaz, de services de télécommunications, d'eau. Le monopole dans ces domaines est encore plus difficilement évitable :

la concurrence entre plusieurs offreurs s'accompagne d'un mécanisme qualifié de rétroaction positive [...]: si plusieurs réseaux sont en concurrence, le réseau le plus grand, du fait des économies d'échelle et autres externalités positives, offre à ses usagers le prix le plus bas et la plus grande satisfaction, attire d'autres usagers et d'autres services adoptant sa norme de compatibilité, ce qui renforce encore la supériorité dont il bénéficie sur ses concurrents plus petits ; les réseaux de moindre taille, quelle que soit leur efficacité technologique, seront éliminés et le monopole s'imposera⁵.

³ Jean-Pierre Angelier, *Electricité et gaz naturel*, loc. cit., p. 7.

⁴ Jean-Pierre Angelier, *Économie des industries de réseau*, op. cit. p. 42.

⁵ *Ibid.*

Les problèmes liés à une situation de monopole sont nombreux. L'entreprise monopolistique n'ayant plus à subir la pression de la concurrence, elle est dorénavant libre d'exiger des prix plus élevés, la capacité de payer des utilisateurs potentiels devenant la seule limite objective, puisque la demande est captive de ce seul fournisseur. Par ailleurs, si elle peut accroître sa marge de profit simplement en haussant les prix, pourquoi chercher à accroître sa productivité ou son volume de production pour mieux répondre à la demande? Pourquoi, également, étendre le réseau à des clientèles qu'il coûterait plus cher de desservir? Ainsi, l'absence de concurrence a pour effet à la fois de permettre à l'entreprise de prélever une « rente de monopole » et de faire disparaître les incitatifs à l'innovation et à l'accroissement de la productivité.

[...] le monopole privé [...] conduit, « naturellement », à fixer des prix supérieurs et des quantités inférieures à ceux correspondant à l'optimum collectif. L'entreprise en situation de monopole naturel poursuit une logique de maximisation de profit qui l'amènera à fixer un prix de vente au moins égal au coût moyen et donc supérieur au coût marginal (contrairement à une situation de concurrence parfaite). Dans cette circonstance, la main invisible est mise en échec, car la fixation du prix au coût marginal qui maximise la richesse collective entraîne un profit négatif pour l'entrepreneur. L'intérêt individuel du « monopoleur » s'oppose à l'intérêt général de la collectivité⁶.

Pourtant, il n'est pas toujours possible ou souhaitable d'empêcher que s'établisse un monopole. D'un point de vue strictement comptable, le monopole est la structure qui permet les coûts de production les plus faibles, vu les économies d'échelle maximales. Dans les industries en réseau, il serait absurde de construire un second réseau de chemin de fer, de distribution de gaz ou d'électricité là où un seul suffit déjà à acheminer les quantités désirées ; mieux vaut, évidemment, s'il est question de développer le réseau, étendre ou améliorer le réseau existant que de songer à créer des structures parallèles.

C'est pourquoi la réponse canonique traditionnelle de « l'économie du bien-être » au problème des monopoles naturel consiste à préserver un tel monopole, mais sous contrôle de l'État (ou du pouvoir public pertinent, puisqu'il peut s'agir par exemple d'une municipalité⁷). « Le monopole public est [...] plus efficace que le monopole privé en termes d'*efficacité productive* (coût moyen de production plus bas), d'*efficacité allocative* (meilleure satisfaction de la demande) et d'*efficacité distributive* (absence de rente)⁸. » Il reviendra au monopole public de déterminer les niveaux de production et de service en fonction de la demande, des coûts de production et de l'intérêt public.

Quand le monopole n'est pas sous le contrôle de l'État, ce dernier peut tout de même juger, pour les mêmes raisons d'efficacité économique, qu'il est préférable que ce monopole naturel soit maintenu, notamment en vue de favoriser pour le plus grand nombre l'accès au bien ou service qu'offre l'entreprise. Quand l'État décide de protéger un tel monopole, il lui impose en retour des règles strictes.

Dans un tel cas, le mode d'intervention privilégié pour contrer les problèmes liés à une situation de monopole naturel consiste à réglementer les activités du monopole et les prix des produits

⁶ M. Vujisic, *loc. cit.*

⁷ Il faut toutefois noter que si le monopole public était la réponse privilégiée de façon dominante chez les économistes durant l'après-guerre, les dernières décennies ont vu l'opinion de plusieurs économistes faire place à davantage de libéralisation et de mise en concurrence. François Lévêque, *op. cit.* Jean-Pierre Angelier, *Electricité et gaz naturel, loc. cit.*

⁸ Jean-Pierre Angelier, *Économie des industries de réseau, op. cit.*, p. 42.

ou services qu'il procure. « Pour pallier le "défaut" de rendements croissants, une autorité de réglementation intervient sur le marché en fixant le prix de vente du bien⁹. » Le prix du bien/service n'est plus alors déterminé par l'entreprise : il doit plutôt être justifié et soumis à l'approbation des pouvoirs publics. Par cette forme d'intervention, parfois appelée « tarification administrée¹⁰ », l'État peut ainsi s'accommoder d'un monopole privé et limiter les désagréments normalement liés à une telle situation. En échange du privilège¹¹ qui lui est accordé d'être le fournisseur exclusif d'un bien ou d'un service donné, les pouvoirs publics peuvent imposer au monopole certaines obligations qu'une entreprise soumise aux seules règles du marché ne se serait pas imposées à elle-même. Ainsi, il est assez courant d'exiger de l'entreprise qu'elle assure un niveau de service minimum à l'ensemble des citoyens sur l'ensemble du territoire.

En résumé, selon la situation, l'intervention de l'État *dans* ou *sur* l'économie prend des formes différentes. En présence d'un bien collectif, l'intervention de l'État consistera à agir comme *pourvoyeur* du bien ou du service en question : puisqu'il ne peut être tarifé, les coûts de sa production ou de sa prestation seront financés à même les taxes et impôts. Dans le cas de l'externalité, l'État fait des normes : il réglemente, taxe, prescrit, interdit, limite, et ce, afin d'influer sur le comportement des acteurs économiques, sans toutefois toucher directement aux prix des biens et services. Enfin, face à un monopole naturel, l'État pourra soit agir à titre de pourvoyeur en prenant le contrôle du monopole, soit se substituer au marché, notamment comme mécanisme de détermination des prix, de l'offre et des conditions de service.

Ces trois types de « défaillances du marché » ne sont pas les seules qui ont été recensées par les économistes et il ne s'agit pas ici d'affirmer que ces concepts permettraient d'épuiser tout ce qui est à dire sur les situations où l'inefficacité – économique, mais aussi sociale – du marché requiert des interventions correctives des pouvoirs publics. L'approche retenue par « l'économie du bien-être » nous fournit par contre des pistes utiles. Le concept de monopole naturel – ainsi que les solutions qui lui ont été proposées – nous sera ainsi particulièrement utile ici, en ce qu'il permet d'apporter un éclairage sur les fonctions que les organismes de réglementation économique qui nous intéressent sont appelés à remplir.

2.1 Réglementation des services publics et monopoles d'État

C'est le raisonnement sur les monopoles que nous venons de présenter qui a permis d'étayer les nationalisations de l'après-Seconde Guerre mondiale observées, notamment, en Europe dans les domaines du gaz, de l'électricité et des télécommunications¹². Aux États-Unis, le caractère aigu des problèmes associés au contrôle monopolistique de services vitaux pour les collectivités par des intérêts privés a poussé les Américains à intervenir plus tôt¹³. En 1935, le Congrès américain a en effet limité considérablement la propriété d'entreprise de service public dans plus d'un État, et ce, afin de limiter la taille des conglomérats. Mais avant cela, soit dès la

⁹ M. Vujisic, *loc. cit.*

¹⁰ François Lévêque, *op. cit.* Vujisic, *ibid.*

¹¹ Soulignons que ce privilège peut être accordé de manière *active*, c'est-à-dire que en formulant des lois qui font de l'entreprise la seule qui soit autorisée à fournir le bien ou le service, ou de manière *passive*, en se gardant d'intervenir et en la laissant être de facto la seule à même d'assurer la prestation du bien ou du service.

¹² Jean-Pierre Angelier, « Électricité et gaz naturel », *loc. cit.*, p. 9.

¹³ « Public Utilities » dans *Gale Encyclopedia of U.S. History: Government and Politics*, Thomson Gale, décembre 2007 [ressource électronique].

« Public Utilities » dans Jeffrey Lehman(dir), *West's Encyclopedia of American Law*, Thomson Gale, 2005, [ressource électronique].

fin du XIX^e siècle, plusieurs États américains avaient déjà commencé à intervenir pour réglementer les entreprises d'utilité publique (« *public utilities* »). Un nombre croissant d'États avaient en effet choisi de mettre en place des *Public Utilities Commission* (PUC) qui, à l'instar de la Régie de l'énergie du Québec et du CRTC, sont des organismes quasi judiciaires chargés de réglementer les tarifs, l'offre et les conditions de service des entreprises publiques¹⁴.

Il serait fastidieux de faire ici une liste exhaustive de tous les secteurs d'activité économique qui ont été soumis à un moment où un autre à l'autorité des 51 PUC américaines. Mentionnons toutefois que le chemin de fer a souvent été le premier service réglementé : plusieurs États, comme la Floride, le Minnesota et la Californie, ont d'ailleurs créé d'abord des *Railroad Commissions* avant d'élargir le mandat de ces organes réglementaires et d'en changer le nom en conséquence¹⁵. Les domaines couverts ont ainsi inclus des secteurs aussi diversifiés que les ports, les routes à péages, les entrepôts, les services de transport en commun et, évidemment, les télécommunications, l'électricité et le gaz.

Au-delà des particularités locales, les éléments communs à tous ces domaines sont, d'abord, qu'il s'agit de services d'utilité publique, jugés essentiels pour le maintien de l'ordre, du bien-être collectif, etc. Il est assumé que ce sont des services dont personne ne se privera pour une simple question de préférence. Ensuite, ce sont des services qui sont susceptibles d'être monopolisés, ou dont un élément essentiel peut être contrôlé par un seul intérêt (ou par un petit nombre), au détriment d'une majorité qui forme alors une clientèle captive et vulnérable aux desiderata des intérêts du ou des dominants¹⁶.

Ainsi, aux États-Unis, les entreprises de services publics resteront souvent privées, mais leurs services et leurs tarifs seront soumis à un encadrement par les pouvoirs publics, par le biais de PUC. Inversement, en Europe, puisque les services publics seront désormais offerts par des monopoles d'État, il n'y aura pas lieu de constituer une autorité de réglementation, puisque l'entreprise sera sous le contrôle direct du gouvernement, par le biais d'un ministre de tutelle.

¹⁴ Ils s'appelleront aussi parfois « Utilities Commission », « Utility Regulatory Commission » ou « Public Service Commission ». Pour une liste exhaustive des PUC des 50 États et du District of Columbia : *Wikipedia*, « Public Utilities Commission », 20 février 2011, http://en.wikipedia.org/wiki/Public_utilities_commission.

¹⁵ On peut illustrer le genre d'évolution observée en cette matière avec l'exemple du Minnesota. Cet État a créé son *Board of Railroad Commissioners* dès les années 1870, avant d'étendre sa juridiction à l'entreposage en 1885. Celle qui était devenue entre temps la *Railroad and Warehouse Commission* se vit ensuite confier la juridiction sur le domaine des télécommunications en 1915. En 1974, le Minnesota est devenu le 48^{ième} État américain à réglementer les tarifs du gaz et de l'électricité et il confiait cette responsabilité à ce qui était désormais la *Minnesota Public Utilities Commission*. Mike Bull, *The Minnesota Public Utilities Commission and Related Agencies: Structure and Function*, Minnesota State House Research Department, September 2002, www.house.leg.state.mn.us/hrd/hrd.htm, p. 5. Florida Public Service Commission, « History of the PSC », (consulté le 12 décembre 2010), www.psc.state.fl.us/. California Public Utilities Commission, « PUC History & Structure », 29 octobre 2007, www.cpuc.ca.gov/.

¹⁶ Par exemple, s'il peut paraître *a priori* étrange d'inclure les entrepôts parmi les services d'utilité publique, il faut songer à leur importance dans le commerce des céréales dont dépendent économiquement plusieurs régions et États nord-américains. Une entreprise qui monopolise la capacité d'entreposage dans une région ou un État se trouve à contrôler l'accès aux circuits commerciaux, ce qui est une fonction vitale pour les fermiers qui en ont besoin pour écouler leur production. La *South Dakota Public Utilities Commission* supervise ainsi toujours l'entreposage. South Dakota Public Utilities Commission, <http://puc.sd.gov>

Au Canada, la situation variera selon les provinces, toutes n'ayant pas choisi d'affronter de la même manière le problème du monopole naturel. En Alberta où la prestation de services publics restera majoritairement entre les mains du secteur privé ou d'entreprises locales, le *Public Utilities Board* fut fondé dès 1915¹⁷. En Saskatchewan, où les télécommunications, l'électricité et l'assurance automobile sont distribuées par des sociétés de la Couronne, il n'y a pas d'autorité de réglementation économique au sens où nous l'avons entendu jusqu'ici. En Ontario, en Colombie-Britannique et au Québec, les entreprises d'électricité publiques seront soumises à la supervision d'un *Board* ou d'une Régie, respectivement en 1973, 1980 et 1996 dans la foulée de transformation importante de leur mandat¹⁸.

À partir de la fin des années 1970, la montée du néolibéralisme, la crise économique et l'évolution technologique allaient cependant ouvrir la porte à la libéralisation des services publics dans plusieurs pays¹⁹. Dans le domaine des télécommunications, que ce soit en Amérique du Nord (AT&T, Bell, etc.), en Europe (British Télécom, France Telecom, Deutch Telekom, Telefonica, etc.) ou en Océanie (New Zealand Telecom, Tesltra en Australie), les entreprises publiques ont été privatisées, les monopoles démantelés et le marché libéralisé pour favoriser plus de concurrence.

Dans le secteur de l'énergie, si certains pays comme la Grande-Bretagne ont démantelé et privatisé leur monopole public, plusieurs autres pays européens ont maintenu leur opérateur historique dans un nouveau marché européen dorénavant ouvert à la concurrence pour la production de l'énergie. Là se situe d'ailleurs la tendance générale : séparer la production de l'énergie de sa distribution afin de permettre la mise en concurrence des producteurs et, idéalement, la baisse des coûts de l'énergie. En Australie, autant la production que la distribution ont été déréglementées et ouvertes à la concurrence²⁰.

Dans le marché nord-américain, l'*Energy Policy Act* adopté par le Congrès américain en 1992 a ouvert à la concurrence le marché de l'électricité « en permettant à tout producteur d'électricité ne disposant pas de facilités de distribution de vendre de l'électricité à un client final, les *utilities* étant obligées dans ce cas de faire transiter cette électricité par leur réseau de transport et distribution²¹ ». Pour maintenir leur accès au marché des États américains, des distributeurs canadiens, comme Hydro-Québec, ont dû se conformer aux exigences de la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) et ouvrir leurs réseaux de transport. Pour ce qui est de la distribution de l'énergie, s'il y a bien des juridictions, comme la Californie et l'Ontario, qui l'ont ouvert à la concurrence et qui ont déréglementé les prix, il s'agira, pour l'essentiel, d'un secteur qui restera fortement réglementé et soumis à la supervision des différentes PUC et autres régies.

L'objectif des réformes européennes et australiennes n'était pas d'engendrer des secteurs abandonnés totalement au « laisser-faire » : là où les marchés ont été libéralisés, on a aussi mis en place des organismes de régulation (quand ils n'existaient pas déjà) pour veiller au respect des nouvelles règles visant à instaurer la concurrence²². Cela dit, une fois les marchés

¹⁷ Alberta Utilities Commission, « History », (consulté le 12 décembre 2010), www.auc.ab.ca/.

¹⁸ *Wikipedia*, « BC Hydro », 30 décembre 2010, http://en.wikipedia.org/wiki/BC_Hydro.

Ontario Energy Board, « History of the OEB », 30 août 2010, www.oeb.gov.on.ca. *Wikipedia*, « Régie de l'Énergie du Québec », 6 avril 2010,

http://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9gie_de_l'Énergie_du_Québec.

¹⁹ Vujisic, *loc. cit.*

²⁰ *Wikipedia*, « EnergyAustralia », 26 février 2011, <http://en.wikipedia.org/wiki/EnergyAustralia>.

²¹ Jean-Pierre Angelier, *op. cit.*, p. 14.

²² *Ibid.* Vujisic, *loc. cit.* p. 18.

en place, la fonction de ces régulateurs est alors limitée autant que possible à la surveillance. Ce genre de cadre réglementaire repose, d'une certaine façon, sur l'idée que l'intérêt public est mieux servi lorsque les prix et l'offre de service sont déterminés dans le cadre d'un marché réputé compétitif. L'organisme a alors pour mission de s'assurer du respect des règles de concurrence.

En somme, si le problème du monopole naturel dans les services publics s'est posé partout, la réponse qu'on lui a apportée a pris différentes formes, les principales étant la nationalisation et la régulation par le biais d'organismes de régulation économique. La fonction essentielle de ces derniers était alors de se substituer au marché pour déterminer, par le biais d'une procédure quasi judiciaire, les prix et les autres conditions essentielles auxquels devra se conformer le marché ainsi réglementé, tout en permettant aux actionnaires de l'entreprise d'obtenir un retour sur leur investissement qui soit semblable à ce qu'ils auraient pu obtenir dans un marché compétitif.

Ce genre de solution n'a pas été limité qu'aux domaines des services publics « classiques » comme le chemin de fer, l'électricité, le gaz et les télécommunications. Elle a été appliquée dans d'autres secteurs où étaient réunies deux conditions, soit a) la présence d'une fonction d'utilité publique – et donc jugée essentielle –, b) le risque d'un contrôle par un seul intérêt (ou un petit nombre), au détriment d'une majorité qui se retrouve par conséquent captive. On comprend alors qu'elle ait pu être appliquée à peu près partout dans des domaines assez variés.

Institués dans l'intérêt public, ces organismes de régulation sont appelés à trancher sur un ensemble de questions – certaines très techniques, d'autres étant de véritables questions de politiques publiques – qui implique une grande diversité d'intérêts, et ce, au nom de ce même intérêt public. On comprend alors que se soit posée la question de la représentation et de l'intérêt public devant les Commissions, Régies et autres *Boards* ; alors que les entreprises réglementées sont constamment en représentation devant ces organismes qui doivent tenir compte d'intérêts divergents, qui donc représente les intérêts des autres parties impliquées, et au premier chef, de ceux des consommateurs qui devront payer les tarifs en fin de compte ?

Dans certaines juridictions, on a jugé que les membres de l'organisme réglementaire, guidés par la loi, sont à même de prendre des décisions dans l'intérêt public, sans besoin d'un apport extérieur. Ailleurs, on a créé un poste de « Défenseur des consommateurs » (« *Consumer advocate* ») ; financé par l'État, son rôle est de défendre les intérêts des consommateurs devant les membres de l'organisme réglementaire²³. Enfin, d'autres juridictions ont jugé plus approprié de permettre à la diversité des intérêts concernés d'être directement représentés devant ces organismes, en favorisant la participation aux audiences des régulateurs.

On sait que les entreprises réglementées et les groupes industriels sont généralement bien représentés devant ces tribunaux : ils possèdent les ressources, l'expertise et les moyens financiers nécessaires pour s'assurer que leur représentation auprès de ces autorités dont dépend le cœur de leurs affaires est efficace. Qu'en est-il des groupes de défense collective des droits des consommateurs et des groupes d'intérêt en général ? Les moyens dont ils disposent sont sans commune mesure avec ceux des entreprises qui sont soumises à la

²³ Sur le sujet, et pour une comparaison du modèle des « *consumer advocate* » et de l'ordonnance de frais aux groupes de consommateurs, voir : Yannick Vennes, *La représentation des consommateurs résidentiels à l'Office national de l'énergie : une avenue à explorer*, Option consommateurs, Rapport rédigé pour le Bureau de la Consommation, Industrie Canada, mars 2002.

réglementation; ils n'ont en outre, contrairement à ces entreprises, aucun gain financier direct à espérer des représentations qu'ils font au nom d'intérêts collectifs ou de l'intérêt public. Comment alors espérer qu'ils puissent participer adéquatement et sur une base régulière aux audiences des régulateurs? Une fois leur participation aux audiences admise, comment peuvent-ils disposer des ressources nécessaires pour y faire une représentation adéquate?

Dans certaines juridictions, l'adjudication de frais aux groupes d'intérêt public participant aux instances a été l'une des solutions trouvées à ce problème. C'est là la solution que nous allons étudier dans ce rapport.

3 REPRÉSENTATION DE L'INTÉRÊT PUBLIC DANS LES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES ET LA COMPENSATION FINANCIÈRE DES PARTICIPANTS

3.1 Les deux formes de la compensation financière : l'adjudication de frais et l'aide financière aux intervenants

Traditionnellement associée aux litiges de droit privé en *common law*, l'adjudication de frais est une procédure par laquelle un juge ordonne à la partie qui succombe de rembourser à la partie qui a gain de cause une partie ou la totalité des frais qu'elle a dû encourir dans le cadre de la procédure qui les a opposés²⁴. Il s'agit d'une pratique qui vise généralement à décourager les poursuites frivoles ou inutiles et les comportements inadéquats. Exceptionnellement, elle peut aussi être utilisée pour permettre l'accès à la justice à une partie qui n'y aurait pas autrement accès. Dans ces cas, l'adjudication pourra ne pas dépendre du succès ou de l'échec de la position soutenue par cette partie.

En droit administratif, on s'est inspiré de cette pratique pour encourager la participation du public dans les procédures. Les parties qui sollicitent un statut d'intervenant dans le cadre d'une instance devant un organisme de réglementation ou d'examen peuvent, dans certains cas et selon les pratiques, demander une compensation financière pour les frais qu'elles auront dû encourir pour participer à cette audience. Les frais de participation seront généralement assumés par le demandeur qui est à l'origine de la procédure.

La fonction dissuasive de l'adjudication de frais en droit privé repose sur le risque que courent les deux parties de devoir assumer les frais de l'autre partie en cas de jugement défavorable. Ce risque est susceptible de limiter aussi bien les demandes que les oppositions sans fondement.

En matière de régulation économique, les procédures sont inquisitoires plutôt que contradictoires ; les parties ne sont donc pas, en principe, en opposition les unes avec les autres, les intervenants participant au débat en vue de fournir au tribunal un éclairage aussi complet que possible, en ajoutant à la preuve ou à l'argumentaire des éléments qui s'appuient sur des considérations ou des préoccupations qui, parce qu'elles ne sont pas celles des entreprises, ne seraient pas autrement présentées au tribunal. L'intervenant ne court pas, par conséquent, ce risque de devoir assumer les frais de l'autre partie s'il n'a pas gain de cause, notamment parce qu'il ne s'agit pas, pour le tribunal, de trancher en faveur de l'une ou l'autre des parties, mais bien de prendre la meilleure décision en considérant des points de vue multiples et en tenant compte de l'intérêt public. L'intervenant fait cependant face au risque de devoir assumer lui-même ses frais, ce qui constitue généralement le principal obstacle à la participation du public dans des procédures administratives²⁵.

Les entreprises qui participent aux procédures devant les tribunaux de régulation économique ont un intérêt économique direct à le faire ; ce n'est pas le cas des organismes d'intérêt public, qui participent afin d'assurer que sont pris en compte les intérêts de ceux qu'ils représentent et

²⁴ Public Interest Advocacy Center (PIAC), *Alternatives to government funding for NGOs - expanding the use of cost award powers*, Rapport non publié, 1997, p. 6. Office national de l'énergie (ONÉ), *Options en matière d'aide financière aux intervenants* [sic], Rapport de l'Office national de l'énergie, Calgary, Canada, Mars 1996, p. 1.

²⁵ PIAC, *ibid.*, pp. 6-7.

qui n'ont aucun intérêt économique direct dans l'issue des procédures. Cet intérêt économique que défendent les entreprises justifie les ressources importantes qu'elles y consacrent en vue d'être représentées adéquatement. À l'opposé, sans une compensation financière adéquate, la plupart des intervenants d'intérêt public (groupes environnementaux, de consommateurs, de citoyens, scientifiques, etc.) ne pourraient tout simplement pas participer aux procédures de ces tribunaux. L'adjudication par le tribunal de frais de représentation aux différents intervenants est l'un des moyens qui ont été mis en place afin d'assurer leur participation, participation qui, comme nous l'avons mentionné, est nécessaire aux tribunaux pour leur prise en compte des différents intérêts que devront concilier leurs décisions. Ce sont les entreprises qui sont soumises à l'autorité du tribunal et qui ont participé à l'instance qui assumeront ces frais²⁶.

L'adjudication de frais n'est pas la seule approche qui a été adoptée en vue d'encourager la participation du public dans des audiences devant les tribunaux administratifs. C'est pourquoi il faut distinguer cette approche d'un autre mécanisme de compensation financière couramment utilisé, soit l'aide financière aux intervenants (AFI – ou « *intervenor funding* » dans les juridictions de langue anglaise²⁷). L'AFI consiste en l'attribution de financement à des intervenants par le biais d'un programme *ad hoc* détaché des procédures du tribunal administratif.

Là où l'ordonnance de frais est un pouvoir des commissaires d'ordonner à une partie de rembourser à une autre partie les frais engagés dans le cadre de sa participation à une procédure, l'AFI est un programme gouvernemental. Alors que les frais ordonnés visent à rembourser, *post facto*, des dépenses admissibles précises dans le cadre d'une instance devant le tribunal administratif, l'AFI consiste à offrir des sommes d'argent aux organismes qui participeront aux audiences, dans le but de leur permettre de faire face aux dépenses nécessaires à cette fin, sans toutefois définir précisément les postes auxquels les sommes devront être allouées²⁸. Autrement dit, si l'objectif en vue duquel des montants sont accordés est clair – couvrir les dépenses inhérentes à une participation aux procédures – le détail de l'allocation des dépenses n'est pas défini.

Le processus d'adjudication de frais doit avoir lieu après l'audience ; cela implique que l'organisme qui participe à l'audience devra trouver une façon de se financer avant et en cours d'audience. L'AFI finance les participants avant la procédure, de manière à ce qu'ils disposent des ressources nécessaires pour préparer adéquatement leur intervention.

Enfin, alors que ce sont les membres du tribunal administratif qui évaluent les demandes de frais et l'admissibilité des intervenants, les demandes d'AFI sont généralement évaluées et jugées par un panel *ad hoc* chargé de distribuer les fonds conformément aux critères d'admissibilité établis dans la politique.

Il s'agit là d'une caractérisation schématique et à grands traits ; nous aurons l'occasion, plus loin, d'apporter quelques détails et nuances. On pourra tout de même constater que les deux

²⁶ Notons pour le lecteur moins familier avec la problématique que ces frais, comme ceux que les entreprises engagent elles-mêmes aux fins de représentation, constitueront des dépenses admises dans la catégorie générale des dépenses d'exploitation, et donc des revenus requis pour y faire face. Autrement dit, les entreprises les transposeront dans leurs demandes tarifaires de la même façon qu'elles le font avec toutes leurs autres dépenses d'exploitation. Ce ne sont donc pas les entreprises qui assument en réalité les frais de la représentation des consommateurs mais les différentes catégories de consommateurs.

²⁷ « *Intervenor* » s'écrit aussi parfois en anglais « *intervenor* ».

²⁸ ONÉ, *op. cit.*, p. 1.

pratiques, qui visent à répondre à la même préoccupation et se ressemblent sur plusieurs points. Néanmoins, ancrer la compensation financière dans un pouvoir d'un tribunal administratif implique une logique opérationnelle bien différente que de l'ancrer dans le pouvoir de dépenser du parlement. La distinction n'est pas que conceptuelle : les tribunaux n'ont pas toujours été enclins à reconnaître aux tribunaux administratifs le pouvoir d'octroyer des frais de participation à partir des dispositions qui les habilitaient à ordonner des dépens²⁹.

L'AFI et l'adjudication de frais de participation sont cependant deux façons de faire qui visent le même objectif, soit celui de favoriser par le biais de compensation financière la participation d'intervenants du public. C'est pourquoi, dans cette section où nous étudierons les motifs, les objectifs et les intentions qui président à la mise en place de mécanismes de compensation financière, il ne sera pas nécessaire de distinguer les deux grands types de mécanismes. Plus loin, dans l'étude des modalités d'organisation possibles, nous limiterons notre examen essentiellement aux règles d'ordonnance de frais, puisqu'il s'agit de l'objet de notre recherche³⁰.

3.2 Pourquoi favoriser la participation

a) Améliorer le processus décisionnel

Comme nous l'avons vu, la mission et les compétences des tribunaux de régulation économique, institués dans l'intérêt public, visent à la supervision d'un secteur d'activité et à des arbitrages faits dans le meilleur intérêt du public et de la collectivité au nom de laquelle ils exercent leur mandat. C'est à ces tribunaux qu'il revient de déterminer, par le biais d'une procédure quasi judiciaire, les prix et les autres conditions essentiels auxquelles devra se conformer le marché ainsi réglementé, tout en permettant aux actionnaires de l'entreprise d'obtenir un retour sur leur investissement qui soit semblable à ce qu'ils auraient pu obtenir dans un marché compétitif.

Les justifications à l'appui de la nécessité d'offrir un incitatif et un soutien à la participation et la représentation de la société civile sont nombreuses. L'amélioration de la qualité des décisions prises par les autorités réglementaires est probablement l'une des principales. Les tribunaux administratifs – de régulation économique ou autre – n'ont pas pour fonction de départager qui a raison et qui a tort³¹; ils sont chargés d'administrer une réglementation portant sur un domaine complexe et technique nécessitant une expertise spécialisée, et de rendre des décisions qui prennent en compte l'intérêt public.

²⁹ *Manitoba Society of Seniors, Inc. v. Greater Winnipeg Gas Co.*, [1982] 18 Man R.(2d). 440.

Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth and Hamilton Wentworth Save the Valley Committee Inc., 51 O.R. (2d) at 28.

Pour une discussion, voir ONÉ, *ibid*, pp. 1-4.

L'*Intervenor Funding Project Act*, qui aura cours en Ontario de 1989 à 1996, avait mis sur pied un programme d'AFI en réponse aux refus des cours évoqués dans la note précédente. Un rapport de l'Office national de l'Énergie proposera également en 1996 un programme d'AFI pour encourager la participation du public sur la base de ce même constat sur la réticence des tribunaux. Michael I. Jeffery, « Environmental Governance: A Comparative Analysis Of Public Participation And Access To Justice », *Journal of South Pacific Law*, Volume 9, 2005, no 2, www.paclii.org/journals/fJSPL/.

³⁰ Par opposition, par exemple, aux différentes façons d'encourager la représentation des intérêts du public dans les organes de réglementation.

³¹ C'est cette différence fondamentale par rapport aux tribunaux traditionnels qui donne sens et rend possible une pratique de compensation financière des intervenants d'intérêt public qui ne soit pas basée sur le succès d'une partie ou de l'autre à l'issue de l'instance.

La qualité des décisions et leur conformité à l'intérêt public sont fonction notamment de l'information présentée aux régisseurs, commissaires et autres membres de ces tribunaux. Ajouter des points de vue et une expertise provenant – selon les cas – de groupes environnementaux, d'intervenants locaux ou de groupes de consommateurs permet d'assurer que le plus grand nombre possible de points de vue pertinents seront entendus³². En élargissant ainsi le bassin d'information à partir duquel les décisions sont prises, on en améliore la qualité³³. Et plus les interventions des participants publics seront de qualité, meilleures seront les informations auxquelles ont accès les décideurs, et meilleures seront les décisions de ces instances.

L'avantage pour le tribunal de la participation d'intervenants représentant la société civile, tout comme celui de l'aide financière qui encourage et soutient cette participation, ont maintes fois été reconnus, tant sur l'amélioration de la qualité du processus que de celle des décisions. La Commission d'évaluation environnementale (CEE) instituée en 1981 par le gouvernement fédéral pour étudier les impacts de la production et de transport d'hydrocarbure dans la Mer de Beaufort avait adopté un programme d'aide financière aux intervenants. Tant une étude indépendante que la CEE avaient ainsi conclu: « the review process was materially assisted and that intervenor funding enhanced the quality and substance of interventions from northern residents whose interests would be most directly affected³⁴ ». La commission recommanda également d'étendre la pratique pour toutes les CEE futures.

En Ontario, où il y eut de 1989 à 1996 un programme d'AFI (*Intervenor Funding Act* – nous y reviendrons plus loin), le professeur de droit à l'Université de West Sidney, expert en droit administratif et de l'environnement, et ancien président du *Environmental Assessment Board* de l'Ontario, Michael Jeffery a écrit que la mise en place du programme a eu comme résultat :« a significant improvement in the quality of the environmental decision being made³⁵ ».

Cette amélioration de la qualité des décisions s'explique notamment du fait que les décideurs auront l'avantage de pouvoir prendre en compte un plus grand nombre d'intérêts et une plus grande diversité de points de vue. Comme l'a souligné Roger Cramton, ancien assistant Procureur général des États-Unis, « governmental agencies rarely respond to interests that are not represented in their proceedings³⁶ ».

³² Robert B. Warren, « Notes for Presentation to CAMPUT Program on Intervenor Funding », Conférence annuelle de l'Association canadienne des membres des tribunaux d'utilité : Les marchés en transition, la réglementation en évolution, Banff, Canada, 7 mai 2003, www.camput.org/documents/Warren-paper.pdf
Consumers Union, *Toolkit for Creating Consumer Participation in Policy Decisions: Sustaining Health Advocacy and Improving Outcomes*, Consumers Union of U.S, 2007, http://yourhealthdollar.org/pdf/yourhealthdollar.org_toolkit-for-creating-consumer-participation.pdf.

³³ Robert B. Warren, *ibid.*, p. 8.

³⁴ Federal Environmental Assessment Review Office (FEARO), *Beaufort Sea hydrocarbon production and transportation proposal : report of the Environmental Assessment Panel*, Hull, Québec, Minister of Supply and Services of Canada, 1984, <http://pubs.aina.ucalgary.ca/gran/14686.pdf>, p. 17.

Graham, K. A. et al, *An evaluation of Funding of public Participation in the Beaufort Sea Environmental Assessment Panel Review*, Federal Environmental Assessment Review Office(FEARO), Hull, Québec, Minister of Supply and Services of Canada, 1982. J. Barry Cullingworth, *Urban and Regional Planning in Canada*, Publisher, New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers, 1987, p. 431.

³⁵ Michael I. Jeffery, *loc. cit.* Michael I. Jeffery, « Intervenor Funding as the Key to Effective Citizen Participation in Environmental Decision-Making: Putting the People Back into the Picture », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, no 2, 2002, pp. 643-677.

³⁶ Cité dans David M. Lenny, « The Case For Funding Citizen Participation In The Administrative Process », *Administrative Law Review*, vol 28, no 483, 1976, p. 486-7.

À propos du travail de représentation effectué par les différents groupes de consommateurs, un rapport de la California Public Utilities Commission écrivait d'ailleurs:

Even excellent work by Commission employees does not remove the need for this input. Unlike Commission employees, customer intervenors are spread over the full geographic range of California. The even-handed analysis of Commission employees who are charged with balancing the concerns of all customers is complemented by intervenors who often bring a sharp focus which helps reveal previously unidentified problems and tradeoffs involved in a decision. Some intervenors filter each proposal through the lens of their interaction with a specific local utility. Others examine the implications of a Commission action to one specific category of like-situated consumers, such as small business or non-English speaking customers. In addition to their focused perspectives, intervenors bring to the Commission a wide range of information, concerns and problems which otherwise might have gone unnoticed due to staff resource constraints.³⁷

La participation des intervenants publics permet donc une meilleure représentativité des différents intérêts qui doivent être pris en compte lors de la procédure. L'amélioration (en quantité et en qualité) de la participation publique entraîne une amélioration de la qualité des décisions rendues par les instances devant lesquelles ont lieu ces interventions. À titre d'encouragement et d'appui à la participation, le remboursement des frais permet ainsi à tout intervenant qui représente un intérêt pertinent de pouvoir envisager d'aller présenter son point de vue devant des autorités appelées à trancher les questions qui affecteront les intérêts qu'il représente et favorise un meilleur processus et de meilleures décisions.

b) Un régulateur plus fort et plus autonome

Une autre justification à l'encouragement et au soutien de la participation des groupes d'intérêt aux processus de réglementation économique, particulièrement pertinente pour les tribunaux de régulation économique, est qu'une telle pratique renforce l'autonomie des régulateurs et permet ainsi d'éviter ce que les économistes appellent la « capture réglementaire ».

L'importance de la réglementation dans des secteurs comme les services publics fait en sorte que l'industrie et les régulateurs se trouvent à être en constante relation. Si ces interactions régulières permettent aux régulateurs de maintenir à jour leur expertise et de développer une sensibilité pour les problèmes qui touchent l'industrie, il y a aussi un risque, vu cette proximité, de voir l'autorité confondre à la longue l'intérêt public avec celui des entreprises ou de faire siennes sans le regard critique indispensable à l'exercice de leurs fonctions les vues que pourraient avoir les entreprises sur ce qui relèverait de l'intérêt public. Il n'est pas besoin de supposer des formes d'influence aussi directes que la corruption pour se préoccuper d'un possible glissement. Dans des secteurs réglementés, les décisions du régulateur ont des effets cruciaux sur la rentabilité de l'entreprise. Du coup, celle-ci a tout intérêt à ne rien négliger et à tout mettre en œuvre pour convaincre.

Parmi les facteurs qui concourent à créer un déséquilibre de force et à accorder une influence indue aux représentants de l'industrie, on peut mentionner trois formes de déficits, ou de faiblesses institutionnelles, qui rendent le régulateur plus perméable aux influences : de ressources, de soutien public et de clarté dans la définition de ses responsabilités³⁸.

³⁷ Margaret Alkon, *The intervenor Compensation Program: Recommendations For Change*, Report On The Intervenor Compensation Program Prepared For Commissioner Knight, California Public Utilities Commission, 1996, p. 3.

³⁸ PIAC, *op. cit.*, p. 11.

Un régulateur doté de ressources insuffisantes ne pourra évidemment faire convenablement son travail d'enquête et de contrôle si, incapable d'obtenir des données, il se trouve pratiquement dépendant de l'information et des données fournies par l'industrie – qui, on le comprend aisément, n'aura intérêt à fournir que l'information qui l'avantage ou à la présenter de manière à ce qu'elle soit comprise et utilisée à son avantage.

Ensuite, un organisme réglementaire trop vulnérable à une perte de légitimité auprès des entreprises qu'il réglemente est un régulateur faible, pour qui il sera risqué de faire son travail avec la poigne requise. Si la légitimité – au sens strictement légal du terme – du régulateur lui vient du législateur, il n'en reste pas moins toujours dépendant d'une forme de reconnaissance de son autorité par les entités réglementées, de la confiance du public et du support du pouvoir qui nomme ses membres. Or, dans le cas d'une relation industrie-régulateur qui n'est pas oxygénée par la présence d'autres intérêts, une révolte des intérêts réglementés qui partiraient en campagne contre les membres de l'organisme réglementaire a bien plus de chance de réussir si ces derniers ne sont pas en mesure de bénéficier d'une autre source de soutien et d'appui.

Enfin, si la définition des responsabilités de l'agence est floue et insuffisamment claire et qu'elle laisse beaucoup de place à l'interprétation, ses membres auront tendance à adopter, s'il n'est pas mis en contexte, le point de vue des entreprises, qu'elles ne manqueront pas de marteler et de présenter de manière convaincante et cohérente.

En présence de ces facteurs, il y a un risque bien réel que l'industrie réglementée exerce une influence indue sur les décisions du régulateur. Or, la participation régulière de groupes de consommateurs dans les travaux du régulateur, si elle ne permet pas d'éliminer totalement ces déficits, peut servir à rétablir un certain équilibre. Elle offre au régulateur une autre source d'information, lui permet d'avoir accès à une contre-expertise ou à une autre perspective sur l'information fournie par les entreprises. La participation publique offre également au régulateur une autre source de support en cas de conflit avec les entreprises, ainsi qu'une interprétation plus nuancée de sa mission.

La participation d'intervenants d'intérêt public rend non seulement les membres de l'autorité moins dépendants envers l'industrie, mais leur présence a pour effet de soumettre la façon dont l'autorité réglementaire exerce son travail à une certaine forme de surveillance. Rappelons d'ailleurs toute l'importance du contrôle de l'entreprise par le régulateur et les groupes de consommateurs : l'entreprise exerçant un monopole, sa clientèle est captive, et l'entreprise n'a aucun incitatif à accroître sa productivité ou à investir dans le développement de ses services. Un meilleur contrôle de l'entreprise signifie donc une plus grande productivité, des prix plus justes, et donc, une meilleure utilisation des ressources à l'échelle de la société, ou, en langage économique, une maximisation du surplus collectif.

[Sans auteur] « Note: Federal Agency Assistance to Impecunious Intervenors », *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 8 (Jun., 1975), pp. 1815-1837.

c) Un processus plus crédible

Comme nous le mentionnions plus haut, une meilleure participation des groupes d'intérêt entraîne de meilleures décisions. Dans des instances chargées d'évaluer les effets sur la santé ou l'environnement de quelque projet soumis à l'approbation d'un organisme de réglementation, de meilleures décisions signifient une meilleure protection de la santé des citoyens et de l'environnement. À l'issue des procédures des commissions et régies supervisant des services publics, le bénéfice d'une participation des groupes de consommateurs devrait se refléter, entre autres, dans une utilisation plus productive des ressources sur lesquelles les fournisseurs de services publics ont le contrôle, une plus grande productivité de l'entreprise et, par conséquent, de meilleurs prix pour les consommateurs.

La participation des groupes d'intérêt public aux instances d'organismes réglementaires est aussi susceptible d'entraîner un accroissement de l'acceptation sociale et de la confiance du public dans les décisions de ces organismes. Cet accroissement de la légitimité se produit de diverses façons. D'après David Lenny, en informant des raisons qui motivent la décision, de même qu'en leur permettant de prendre part au processus décisionnel et d'apporter leur contribution à celui-ci, les parties prenantes et les groupes concernés – sans évidemment perdre leur autonomie ou leur sens critique – sont moins susceptibles de contester la décision une fois celle-ci annoncée que s'ils n'avaient pas eu la moindre chance de se prononcer³⁹.

Un rapport de la California PUC souligne aussi qu'auprès du public en général, la participation d'une large gamme de groupes qui défendent des intérêts variés permet d'éviter de projeter l'image d'une agence régulatrice captive des seuls arguments l'industrie⁴⁰.

La présence de parties qui apportent des points de vue qui s'opposent à ceux de l'industrie incite de plus les instances réglementaires à une formulation plus claire et à une meilleure articulation des critères et du raisonnement de la décision⁴¹. De plus, toujours selon D. Lenny, en rendant ainsi plus explicite le cadre à l'intérieur duquel les décisions sont prises, le tribunal rend des décisions qui, en étant plus solides, plus étayés, seront mieux acceptées.

De façon générale, la participation de groupes d'intérêt public renforcera la crédibilité des agences en leur permettant de donner davantage l'image d'un tribunal impartial qui ne tranche qu'après avoir entendu et pris en compte les arguments d'une large panoplie de points de vue divergents.

³⁹ David M. Lenny, *loc. cit.*, pp. 491-492.

⁴⁰ Margaret Alkon, *op. cit.*, p. 2.

⁴¹ D. M. Lenny, *loc. cit.*, pp. 491-492.

3.3 Pas de participation sans ressources

There are those who feel that people who would like to intervene before federal boards and agencies should raise the funds themselves in order to make a representation. Some feel that even if the intervenor is clearly representing the public interest, they should pay all costs. Are we then to tell our constituents that only the wealthy have a right to be heard? We cannot tell Canadians to mortgage their homes and their futures in order to make a representation in the public interest.

Am I to say with a straight face that governments make the best decisions after hearing only from those wealthy enough to afford the best lawyers and technical experts?

— John Finlay, député libéral d'Oxford (ON), 1^{er} novembre 1995⁴²

Une fois reconnus les avantages d'une participation des groupes d'intérêt public aux instances, il ne suffit évidemment pas pour les autorités d'accepter (ou d'édicter) la possibilité théorique d'attribuer un statut de partie intéressée à des groupes de consommateurs. Ouvrir les tribunaux administratifs aux groupes d'intérêt public n'est qu'artifice si le statut d'intervenant ne s'accompagne pas, pour ceux qui ne disposent pas des ressources nécessaires et qui n'ont aucun intérêt économique direct dans l'affaire, d'un système qui permet l'octroi des moyens nécessaires pour participer adéquatement. Une participation adéquate aux audiences d'un tribunal administratif de régulation économique exige en effet des ressources considérables : ressources humaines pour monter et préparer le dossier, embauche de procureurs familiers avec le sujet et avec les règles de procédures du tribunal. Les dossiers et les enjeux étant très complexes et techniques, ils nécessitent souvent l'embauche d'experts dont les honoraires pourront être aussi élevés que le niveau de leurs compétences. L'ampleur des besoins en ressources est telle qu'il est impossible pour de simples citoyens d'envisager de se regrouper spontanément pour participer à de telles audiences. Pis encore, même les groupes existants, qui peuvent disposer d'une certaine expertise et qui sont susceptibles de vouloir participer, comme les associations de consommateurs, ne peuvent se permettre de le faire à partir de leur seul budget de fonctionnement, généralement dépendant de maigres donations et de subventions gouvernementales le plus souvent consenties pour et réservées à des projets ciblés.

Le manque de ressources est l'obstacle principal à la participation des groupes d'intérêt public. En anglais, on utilise l'expression « participatory tokenism » (ouverture symbolique à la participation) pour désigner les situations où les règles de procédures des autorités réglementaires autorisent la participation des parties prenantes ou intéressées sans leur offrir simultanément les moyens de participer⁴³. Le résultat en est que des groupes qui pourraient participer et enrichir le processus ne peuvent le faire à cause du manque de ressources. En 1996, quand l'Office national de l'énergie a entamé une réflexion sur les façons d'encourager la participation de groupe d'intérêt public à ses audiences, ce constat était à la base de sa démarche; il figure invariablement au cœur de la plupart des réflexions sur le sujet⁴⁴.

⁴² Le député Finlay s'exprimait ainsi pour soutenir son projet de loi visant à ce que le gouvernement canadien mette en place un programme d'aide financière aux intervenants. Député John Finlay, *Journal des débats (Hansard) de la Chambre des Communes du Canada*, 35^e Législature, 1^{re} Session, Journaux, No 252, Le mercredi 1^{er} novembre 1995.

⁴³ Michael I. Jeffery, « Environmental Governance », *loc. cit.*

⁴⁴ Nous reviendrons plus loin sur les suites qu'aura près de 15 ans plus tard cette démarche. ONÉ, *op. cit.* M. I. Jeffery, *ibid.*

Dans leur revue internationale des modes de participation des groupes de consommateurs dans les instances des agences régulatrices, réalisée sous l'auspice de la Banque interaméricaine de Développement, Antonio Serra Cambaceres et Claudia Collado concluaient:

Un point névralgique pour que la participation des consommateurs en matière de réglementation soit effective, efficace, et réelle est le financement de cette participation. Sans ressources, l'ouverture à la participation se révèle illusoire. Toutes les personnes interrogées ainsi que toute la littérature relevée conviennent que le principal obstacle à la participation des associations de consommateurs est le manque de financement⁴⁵.

Une autre dimension importante a trait à l'asymétrie fondamentale que l'on retrouve dans la perception qu'ont les entreprises réglementées et les consommateurs de leurs intérêts respectifs⁴⁶. Toutes les composantes des entreprises sont dédiées à l'avancement des intérêts de ces entreprises, qui peuvent tous être réduits à un seul: générer des profits. Là où les intérêts premiers de l'entreprise sont peu nombreux et très clairs, ceux des consommateurs sont extrêmement nombreux et diffus. Ainsi, dans une audience dont l'enjeu, pour un consommateur, pourra se résumer à quelques dizaines de dollars par année, le même enjeu pourra se chiffrer en dizaines, voire en centaines de millions de dollars pour une entreprise. Aussi, là où l'entreprise voit se jouer le cœur de son budget, le consommateur ne verra qu'un seul poste de dépense parmi tant d'autres. Il serait alors absurde de soutenir qu'un consommateur individuel insatisfait – qui, rappelons-le, ne peut se rabattre sur une entreprise concurrente – doive envisager aller par lui-même devant le régulateur pour faire valoir son intérêt économique individuel, dérisoire en comparaison avec les ressources qu'exigerait sa participation. Il est tout aussi illusoire de croire qu'un consommateur qui n'a en jeu qu'un intérêt économique somme toute restreint puisse envisager d'entreprendre à ses frais, mais au bénéfice de l'ensemble des consommateurs une participation aux audiences de l'organe de réglementation. S'ajouteraient par ailleurs dans un cas semblable l'inévitable question de la représentativité et celle de l'imputabilité, les intérêts individuels des différents consommateurs pouvant diverger au point de mettre un représentant qui défendrait en même temps ses intérêts propres dans une situation de conflit d'intérêts potentiel.

À cette asymétrie des intérêts en jeu s'ajoute ce qui a été décrit par Mancur Olson, dans son ouvrage classique *Logique de l'action collective*, comme le « problème du passager clandestin » (« free-rider problem »)⁴⁷. Dans un groupe composé d'un grand nombre d'individus qui partagent des intérêts communs, l'action collective pour défendre ces intérêts représente des coûts (engagement, prise de risque, perte de temps, argent investi...). Si chaque individu membre du groupe ne doit pas nécessairement payer pour qu'une action collective de défense des intérêts s'organise, tous les membres du groupe bénéficieront cependant des bénéfices de l'action, qu'ils aient contribué ou non. Au final – et tant que d'autres facteurs n'interviennent pas dans la mobilisation⁴⁸ –, la situation en est une où il est purement rationnel pour chaque

⁴⁵ (Notre traduction) Antonio Serra Cambaceres et Claudia Collado, *Diferentes modelos de participación de los consumidores en agencias regulatorias*, Programa de fortalecimiento da capacidade técnica da Participação social nos processos de regulação, Banque Interaméricaine de Développement et Institut Brésilien de Protection des Consommateurs, Buenos Aires, Argentine, Octobre 2008, p. 73.

⁴⁶ Robert W. Macaulay, *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, Toronto, Canada, Carswell, 1988, chapitre 25. Cité dans Singh Sam Report, PIAC.

⁴⁷ Mancur Olson, *Logique de l'action collective*, Paris, France, PUF, 1987, 200 pages.

⁴⁸ Soulignons que les travaux de Mancur Olson s'inscrivent dans les théories de l'action rationnelle (« Rational action theory »), et qu'ils sont surtout utiles dans un contexte où les enjeux sont essentiellement économiques. Pour une mise en perspective et un panorama plus large, le lecteur peut

membre du groupe d'agir en « passager clandestin », c'est-à-dire d'attendre que les autres passent à l'action à sa place – et donc, rien ne se passe. C'est la capacité à surmonter ce paradoxe qui déterminera s'il y aura une action ou pas, ainsi que la forme que prendra cette action. Le problème du « free-rider » est d'ailleurs souvent invoqué pour expliquer la mise en place, dans le monde du travail, de clauses d'adhésion obligatoire comme la « formule Rand »⁴⁹.

Le remboursement des frais juridiques aux groupes de consommateurs – qui représentent la collectivité des intérêts individuels – et autres groupes d'intérêt public a été l'une des façons trouvées pour surmonter ce paradoxe du passager clandestin⁵⁰. À l'instar de la formule Rand, il s'agit d'une façon de faire en sorte que l'ensemble des consommateurs – qui, rappelons-le, sont ceux qui assumeront en fin de compte les frais de participation qui se retrouveront dans les tarifs qu'ils paient – finance des interventions dont ils profiteront tous.

On dit souvent de l'adjudication de frais et de l'AFI qu'ils permettent de « niveler le terrain de jeu » (« *level the playing field* »), soit d'offrir des chances plus équitables à toutes les parties intéressées. Encore faut-il que les frais remboursés à l'intervenant soient suffisants pour lui permettre une représentation adéquate et non seulement symbolique.

Une étude de 131 procédures intentées devant un tribunal administratif en droit de l'environnement en Nouvelle-Zélande a conclu à l'existence d'une relation forte et statistiquement significative entre le nombre d'experts présentés par les parties et la nature de la décision rendue⁵¹. La production d'experts étant tributaire des ressources des parties et ces ressources étant éminemment déséquilibrées entre les industries réglementées et les groupes d'intérêt public, les rencontres à armes égales seront toujours impossibles si ne sont pas offertes à ces groupes toutes les ressources nécessaires pour faire comparaître des experts.

Si la compensation financière des intervenants d'intérêt public vise à permettre aux forces de se rencontrer à armes (un peu plus) égales, on retiendra tout de même que l'égalité n'est pas un objectif en soi; il s'agit plutôt d'un moyen pour fournir à l'instance décisionnelle les outils qui lui permettront d'en arriver à rendre de meilleures décisions.

C'est notamment là où la compensation financière des intervenants se distingue de la notion d'ordonnance de frais dans un contexte juridique traditionnel : il ne s'agit pas ici d'une mesure punitive. Comme l'écrit le PIAC : « Cost awards in the adversarial world of civil litigation follow success and are compensatory or punitive in the results. Generally, adversarialism in a regulatory process is not a desired result, as the object of the process is to discover the public interest⁵². » Dans une audience réglementaire, il n'est pas censé y avoir en fin de compte de perdant ou de gagnant; la procédure ne vise pas à trancher en faveur de l'un ou l'autre des parties, mais plutôt à permettre au régulateur de prendre la meilleure décision possible dans l'intérêt public.

consulter Érik Neveu, *Sociologie des mouvements sociaux*, Paris : Editions La Découverte, 4e édition, 1 mars 2005, 126 pages.

⁴⁹ Voir par exemple, Serge Morin, « Adhésion syndicale obligatoire: des clauses pas si différentes d'ailleurs », *Cyberpresse*, 4 février 2011, www.cyberpresse.ca/opinions/201102/03/01-4366700-adhesion-syndicale-obligatoire-des-clauses-pas-si-differentes-dailleurs.php .

⁵⁰ Margaret Alkon, *op. cit.*, p. 3.

⁵¹ Su-Wuen Ong, « I've Got More Experts than You — Experts and the Environment Court », *New Zealand Journal Of Environmental Law*, volume 5, 2001, pp. 261-285.

⁵² PIAC, *op. cit.*, pp. 16-17.

3.4 L'ordonnance de frais comme élément clé d'une gouvernance efficace et peu coûteuse

D'un point de vue de politique publique, la participation des groupes de consommateurs aux instances et procédures des tribunaux administratifs (de régulation économique ou autre) sont un élément clé d'une gouvernance plus efficace du domaine réglementé. En effet, tant les entreprises que les régulateurs se voient soumis à davantage de contrôle, ce qui permet, dans le premier cas, une meilleure utilisation des ressources, et dans le second, des décisions plus informées et donc mieux fondées. Mais il est aussi intéressant de noter que ces améliorations de la gouvernance sont rendues possibles à des coûts qui apparaissent dérisoires lorsqu'on les compare aux bénéfices qu'ils engendrent.

Le PIAC avait relevé que les frais ordonnés par le CRTC aux intervenants durant les audiences tarifaires de Bell s'étaient élevés à 108 000 \$ en 1993, une année où les revenus requis par l'entreprise s'élevaient à 5,8 MM \$. Autrement dit, la participation des intervenants aura représenté pour Bell moins de 0,00 % (deux millièmes de 1 %) de l'ensemble de ses dépenses d'exploitation⁵³.

La *Vulnerable Energy Consumers Coalition* de l'Ontario notait en 2002 que le total des remboursements de frais adjugés aux intervenants par l'*Ontario Energy Board* (OEB) représentait entre 2 et 4 % de la réduction des revenus requis par les distributeurs de gaz⁵⁴. Lewis Manning, un avocat albertain spécialisé en droit administratif, a calculé de son côté que, pour le marché albertain de l'électricité de 1996 à 2002, pour chaque dollar de remboursement de frais de participation ordonné par l'*Alberta Energy and Utility Board*, on avait obtenu 20 \$ de réduction des revenus requis par les entreprises d'électricité⁵⁵. Robert Warren, un autre avocat habitué aux représentations devant les tribunaux administratifs, a souligné que les remboursements de frais pour les audiences tarifaires des entreprises de gaz à l'OEB durant les années 1990 s'élevaient en moyenne à 600 000 \$ annuellement⁵⁶, tandis que les budgets d'entretien et d'opération des distributeurs de gaz évoluaient autour de 250 M \$ et qu'il n'était pas rare de voir les revenus requis être réduits de 40 M \$ suite aux procédures de l'OEB⁵⁷. Il n'est pas dit que l'ensemble de ces réductions de revenus requis – et donc de tarifs assumés par les consommateurs – est dû aux interventions des groupes d'intérêt public. Mais devait-on leur attribuer le mérite de seulement 10 % de ces bénéfices qu'il s'agirait encore d'une excellente affaire.

Les justifications à l'appui de l'utilité de la participation des groupes d'intérêt public dans les procédures des organismes réglementaires et les tribunaux administratifs sont donc solides et fort nombreuses. Ce n'est toutefois que grâce à la compensation financière des intervenants que l'ouverture à la participation des groupes d'intérêt public peut engendrer ses bénéfices et

⁵³ PIAC, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴ Michael Janigan, « Practice Directions on Cost Awards : Comments of the Vulnerable Energy Consumers Coalition », *Vulnerable Energy Consumers Coalition, Ontario Energy Board's consultation on Practice Direction on Cost Awards*, Toronto, 16 août 2002, 8 pages.

⁵⁵ Lewis Manning, « INTERVENOR FUNDING: if its not broken - don't fix it », Conférence annuelle de l'Association canadienne des membres des tribunaux d'utilité : Les marchés en transition, la réglementation en évolution, Banff, Canada, 7 mai 2003, www.camput.org/documents/Manning-paper.pdf

⁵⁶ Warren précise que le montant de 600 000 \$ inclut aussi les frais consentis à des entreprises à but lucratif et que ceux adjugés aux groupes d'intérêt public devaient représenter entre la moitié et les deux tiers de ce montant. *Loc. cit.*, p. 7.

⁵⁷ *Ibid.*

contribuer à la mise en place d'un processus qui soit plus équitable, à même de produire de meilleures décisions et qui contribue à une gouvernance plus efficace et peu coûteuse.

Évidemment, la hiérarchie des objectifs qui amènent à mettre en place un dispositif de compensation financière – qu'il s'agisse de règles d'ordonnance de frais ou d'AFI – conditionne le choix de ce dispositif et de la forme particulière qu'on lui donnera. Avant d'étudier la diversité des formes possibles, nous allons, dans la section suivante présenter la diversité des institutions qui ont été dotées de tels dispositifs. Juste avant, et pour conclure cette section, nous allons résumer, à partir des conclusions du PIAC, trois grands principes ou objectifs qui servent de fondement à la pratique de l'ordonnance de frais et qui reprennent les principales justifications que nous avons vues jusqu'à maintenant. Ce sont l'équité, le besoin et la participation publique⁵⁸.

a) Le principe d'équité

Le principe d'équité renvoie au fait que les usagers des services publics financent – par les tarifs qu'ils paient – la défense des intérêts des entreprises réglementées devant le régulateur. Sans adjudication de frais, l'utilisateur se trouverait à financer la représentation d'intérêts qui peuvent être opposés aux siens, alors même que lui ne disposerait de personne pour représenter ses intérêts. On pourrait aussi ajouter que le fait que les frais de participation des groupes d'intérêt public soient remboursés par les entreprises, qui les incluront dans leurs tarifs, touche aussi au principe d'équité entre les consommateurs; il s'agit en effet d'une solution au problème du « free-rider » que nous mentionnions plus haut. Le remboursement des frais de participation permet de répartir les coûts de l'intervention parmi tous ceux qui en profiteront.

b) Le principe du besoin

Le principe du besoin s'appuie sur le déséquilibre extraordinaire qui existe entre les moyens dont disposent les entreprises réglementées et celles de l'utilisateur ordinaire des services publics ou des groupes de consommateurs. La nature même des procédures des organismes réglementaires requiert des ressources telles (analystes, avocats, experts, etc.) que la participation à ces procédures n'est pas à la portée de la plupart des intérêts non commerciaux. Le principe du besoin est le corollaire de celui de l'équité, puisque sans l'octroi de ressources adéquates, l'ouverture à la participation n'est que factice.

c) Le principe de la participation publique

Enfin, le principe de la participation publique renvoie à la nécessité d'une multiplicité de points de vue pour favoriser la qualité de la décision. Il s'agit du postulat selon lequel une décision fondée sur la prise en compte des points de vue de tous les intérêts concernés sera une décision rendue grâce à une base plus large d'information, et donc, une meilleure décision du point de vue de l'intérêt public.

Si ces trois principes inspirent les pratiques de compensation financière, la conception des règles de procédures et des modalités d'accès aux frais qui seront adoptées reflète généralement la primauté de l'un des deux derniers sur les autres. Ainsi, pour le CRTC « le but visé par l'adjudication de frais aux intervenants représentant l'intérêt public est de s'assurer que les parties représentant l'intérêt public ont la même opportunité de faire valoir leurs arguments que les parties privées, et à faire en sorte que les meilleures preuves soient présentées au

⁵⁸ Michael Janigan, *loc cit.*

Conseil⁵⁹. » Cependant, le CRTC donne préséance au critère de besoin sur celui de la participation publique, limitant le remboursement de frais aux seuls groupes à but non lucratif pour lesquels l'absence de remboursement des frais signifierait assurément l'impossibilité de participer. Inversement, la Régie de l'énergie accorde davantage d'importance au critère de la participation publique, et un peu moins à celui du besoin ; elle consentira généralement à accorder des remboursements de frais à des organismes publics (comme des municipalités) et même à des entreprises à but lucratif, de manière à favoriser leur participation aux procédures. Mais nous reviendrons sur ces différentes modalités après avoir présenté notre revue des tribunaux administratifs de régulation économique habilités à l'adjudication de frais.

⁵⁹ Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), *Avis de pratique : Examen des tarifs établis à l'annexe A des Lignes directrices pour la taxation des frais du Contentieux*, Gouvernement du Canada, 24 avril 2007, www.crtc.gc.ca/fra/telecom/p070424.htm .

4 REVUE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS DE RÉGULATION ÉCONOMIQUE QUI ATTRIBUENT DES FRAIS DE PARTICIPATION

Pour faire l'inventaire des tribunaux administratifs de régulation économique, nous avons procédé sur plusieurs fronts. Nous avons d'abord fait des recherches dans la documentation déjà disponible ainsi que sur Internet relativement aux ordonnances de frais et à la réglementation des services publics. Ayant à l'esprit le CRTC et la Régie de l'Énergie, nous avons tenté de voir si leurs homologues dans d'autres juridictions avaient un pouvoir semblable d'adjudication de frais. Pour ce faire, nous avons contacté des représentants d'autorités réglementaires ou des groupes de consommateurs dans le reste du Canada, aux États-Unis, en Australie et en Europe. Les prises de contact ayant la plupart du temps débouché sur une information utile, cette démarche, bien que non exhaustive, a permis la collecte d'information à propos d'un spectre très large de juridictions (Canada, États-Unis, Europe, Australie) et de domaines d'activités.

En outre, au fur et à mesure de l'avancement de notre revue de littérature sur les questions des services publics, d'une part, et de l'ordonnance de frais, d'autre part, nous avons pu identifier plusieurs autres tribunaux administratifs pertinents à notre objet de recherche

4.1 Les régulateurs de services publics des États fédérés

Le premier type de tribunal administratif qui octroie des frais de participation est celui qui supervise des services publics qui sont – ou qui ont été jusqu'à récemment – dispensés par des monopoles publics ou privés⁶⁰. Les tribunaux de ce type ont pour rôle central de protéger l'intérêt public en effectuant un arbitrage entre, d'une part, l'intérêt économique et les besoins du fournisseur de service public et, d'autre part, ceux des consommateurs. Toujours composées de plusieurs membres, ces autorités – régie, commission ou *board* – se retrouvent apparemment dans tous les États fédérés américains et presque toutes les provinces canadiennes⁶¹, où elles réglementent à des degrés divers les entreprises qui fournissent l'électricité et le gaz. Certaines ont également juridiction sur la distribution d'eau, en télécommunication ou assurance automobile.

⁶⁰ On entend aussi par là les monopoles locaux (ex. de distribution d'électricité ou de téléphone dans une région ou une municipalité particulière).

⁶¹ Seule la Saskatchewan où tous les principaux services publics (électricité, gaz, eau, assurance, télécommunications, transport interurbain) sont fournis par des sociétés de la Couronne n'a pas d'organisme réglementaire équivalent. Le *Saskatchewan Rate Review Panel* qui revise les demandes tarifaires des sociétés de la Couronne en matière d'énergie et d'assurance n'a pour rôle que de formuler des recommandations au gouvernement saskatchewannais qui, lui, en dispose.

Crown Investment Corporation of Saskatchewan, www.cicorp.sk.ca . Saskatchewan Rate Review Panel, www.saskratereview.ca .

Ainsi, au Canada, les tribunaux administratifs provinciaux suivants peuvent octroyer des frais de participation:

- **Alberta Utilities Commission**⁶² (services publics d'électricité, du gaz et de l'eau)
- **British Columbia Utilities Commission**⁶³ (électricité, gaz naturel, gaz propane, assurance automobile obligatoire)
- **Régie des services publics du Manitoba/Manitoba Public Utilities Board**⁶⁴ (électricité, gaz, assurance automobile, service d'eau en dehors de Winnipeg);
- **Ontario Energy Board** (gaz et électricité)
- **Yukon Utilities Board**⁶⁵ (supervise *Yukon Energy Corporation* et *Yukon Electrical Company Limited*)
- **Régie de l'énergie du Québec** (transport et distribution d'électricité et de gaz)

Pour ce qui est des États-Unis, il est très difficile d'envisager de faire une liste exhaustive des tribunaux administratifs qui octroient des frais de participation. D'une part, les juridictions y sont très nombreuses. D'autre part, on y retrouve plusieurs façons différentes de favoriser la représentation des intérêts des consommateurs dans les instances de régulation des services publics⁶⁶.

Notre objet étant l'adjudication de frais de participation, nous nous en tiendrons essentiellement aux États qui ont adopté ce modèle. Cependant, la situation y est assez complexe, notamment du fait de l'existence d'une loi fédérale, le *Public Utilities Regulatory Policy Act*, qui vient compliquer considérablement le portrait. Nous verrons donc d'abord les obligations créées par cette loi, pour voir ensuite comment les États ont choisi de s'y conformer. De là, nous pourrons identifier la plupart des institutions et des États américains où l'on retrouve des pratiques d'adjudication de frais de participation.

⁶² Alberta Utilities Commission, www.auc.ab.ca/.

⁶³ British Columbia Utilities Commission, www.bcuc.com/. Soulignons qu'en Colombie-Britannique, le volet obligatoire de l'assurance automobile est offert par l'Insurance Corporation of British Columbia qui est une société de la Couronne.

⁶⁴ Manitoba Public Utilities Board, www.pub.gov.mb.ca/.

L'électricité et le gaz naturel sont distribués par Manitoba Hydro tandis que l'assurance automobile est offerte par la Manitoba Public Insurance.

⁶⁵ Yukon Utilities Board, www.yukonutilitiesboard.yk.ca/.

⁶⁶ Soulignons qu'il s'agit de façon de favoriser la représentation des intérêts des consommateurs devant les régulateurs, et non de favoriser la participation directe des consommateurs aux instances des régulateurs. La distinction tient à ce qu'un modèle courant aux États-Unis – comme nous le verrons dans les pages qui suivent – est celui du « Consumer advocate », qui est habilité par la loi pour représenter les intérêts des consommateurs dans les procédures réglementaires. Dans certains États comme l'Oklahoma, c'est au Procureur général qu'incombe cette tâche

4.2 Le Public Utility Regulatory Policies Act

En réponse à la crise énergétique qui sévissait alors, le Congrès américain a adopté en 1978 le *Public Utilities Regulatory Policies Act* (PURPA)⁶⁷. Cette loi permet notamment aux consommateurs admissibles (ou à leurs représentants) qui auraient participé aux audiences d'une autorité réglementaire, et qui auraient contribué substantiellement à l'adoption d'au moins une partie de la décision, d'être indemnisés par les « *Utilities* » pour des frais « raisonnables » qu'ils auraient dû encourir dans le cadre de l'audience⁶⁸.

*[PURPA] provide that the utilities must compensate intervenors who "substantially contribute to the approval, in whole or in part, of a position advocated by . . . consumer[s]" concerning enumerated topics set forth in the statute where the state has provided no "alternative means" for their representation*⁶⁹.

Cette disposition comporte plusieurs limites. D'abord, elle ne s'applique que pour les procédures qui portent sur les activités d'un fournisseur d'électricité. Ensuite, l'obligation que crée cette loi – qui doit composer avec les réalités du fédéralisme américain – est imposée aux entreprises et non aux États. Le PURPA prévoit aussi que si l'État a adopté une procédure « raisonnable » pour indemniser les intervenants, c'est à cette procédure que le consommateur-participant doit recourir.

De surcroît, l'obligation d'indemniser les participants aux audiences ne s'applique que si l'État n'a prévu aucun « moyen alternatif » de représentation des intérêts des consommateurs. Un de ces moyens alternatifs consiste à garantir la représentation des intérêts des consommateurs par un représentant désigné. Or, il y aurait aux États-Unis une quarantaine de « défenseurs » des consommateurs (« *Consumer advocates* »), soit des organismes désignés par le parlement de l'État et financés à même les fonds publics pour défendre les intérêts des consommateurs devant les instances appropriées⁷⁰. Plusieurs groupes de consommateurs se sont adressés aux tribunaux pour obtenir une indemnisation dans des États où il y avait un tel défenseur des consommateurs, arguant que celui-ci ne représentait pas adéquatement leur point de vue; ces démarches n'ont apparemment eu que peu de succès⁷¹. Là où d'autres mesures de représentation des consommateurs ont été mises en place, les tribunaux ont généralement refusé les demandes d'indemnisation de ces groupes d'intérêt.

Ainsi, le PURPA ne force pas les Commissions des services publics (PUC : « *Public Utilities Commission* ») à financer la participation des groupes de consommateurs aux instances réglementaires, laissant aux États le soin d'encourager la représentation des intérêts des consommateurs devant les PUC de la façon qu'ils jugent la plus appropriée. Le PURPA, en

⁶⁷ Nancy Brockway, « Intervenor Funding in Public-Utility Rate Cases », *Clearinghouse Review*, vol. 29, June 1995, pp. 135-141. Amy Abel, Jon Shimabukuro, « RS20146: Electricity Restructuring Bills: A Comparison of PURPA Provisions », Congressional Research Service : Reports for Congress, April 7, 1999, disponible à <http://ncseonline.org/nle/crsreports/energy/eng-50.cfm>.

⁶⁸ *Public Utility Regulatory Policies Act*, 16 U.S.C. § 2632 (a)(1). (1978)

⁶⁹ Brockway, *loc. cit.*

⁷⁰ Brockway, *loc. cit.* p. 137. National Association of State Utility Consumer Advocates (NASUCA), consulté le 1^{er} novembre, www.nasuca.org/archive/about/index.php La NASUCA revendique 44 membres sur son site web.

Pour une comparaison du modèle des « *consumer advocate* » et de l'ordonnance de frais aux groupes de consommateurs, voir : Yannick Vennes, *La représentation des consommateurs résidentiels à l'Office national de l'énergie* », *op. cit.*

⁷¹ Brockway, *loc. cit.* p. 137.

imposant aux entreprises le remboursement des frais de participation à défaut de mesures adoptées par l'État, offre en fait un recours de dernière instance. Il existe ainsi dans les faits une grande diversité de pratiques selon les États.

4.3 Les États américains

En 1995, on recensait au moins 13 États dans lesquels une forme ou une autre d'aide financière aux intervenants avait été « approuvée explicitement », dont huit qui l'avaient intégrée dans leurs lois ou statuts pertinents⁷². Dans la plupart de ces cas, l'attribution d'aide financière est autorisée pour tous les genres de procédures entreprises devant les commissions de services publics.

De la loi aux pratiques courantes, il y a cependant un pas. Certains États ont des critères tellement stricts que les remboursements de frais ne sont jamais accordés, ou presque. Ainsi, les lois du Maine contiennent toutes les dispositions nécessaires pour que la PUC octroie des frais de participation⁷³. Et pourtant, elles n'ont pas été utilisées depuis plusieurs années⁷⁴. Au Colorado, la PUC a aussi la discrétion nécessaire pour ordonner le remboursement des frais de participation à un intervenant⁷⁵; seulement deux demandes ont été déposées depuis l'entrée en vigueur de ces dispositions en 1996 – ni l'une ni l'autre n'a été accordée⁷⁶. On relèvera le fait qu'il y a dans ces deux États des « défenseurs des consommateurs » et que l'attribution de compensation financière y est conditionnelle à une démonstration que la position de l'intervenant n'aurait pas été adéquatement représentée par le défenseur des consommateurs. Quant à l'Oklahoma, la loi donne à sa *Corporation Commission* (OCC) les pouvoirs et la responsabilité de mettre en œuvre le PURPA et d'adopter les règlements nécessaires ; aucune mesure visant la compensation financière des intervenants n'a toutefois été adoptée à ce jour⁷⁷.

L'Oregon, le Wisconsin et le Michigan ont eux aussi mis en place des programmes de compensation financière des intervenants, mais ces programmes s'apparentent davantage à de l'aide financière aux intervenants qu'à des règles d'adjudication de frais.

⁷² Il s'agit des États suivants: Alaska, Californie, Colorado, Idaho, Indiana, Maine, Michigan, Minnesota, New Hampshire, New York, Oklahoma, Utah, Wisconsin. *Ibid.*

⁷³ *Maine Revised Statutes*, 35-A §1310.

⁷⁴ Une représentante de la Maine Public Utilities Commission nous a répondu à propos de ces règles : « I can tell you that these Rules are hardly ever used — we've had no requests in years. » Communication avec Evelyn deFrees, Public Information Officer, Maine Public Utilities Commission, 30 août 2010. Elle nous a par la suite fait parvenir deux décisions (91-151-C et 80-066) rendues respectivement en 1991 et 1994 (et qui statuaient sur des dépenses engagées ... en 1980). Communication avec Evelyn deFrees, 31 janvier 2011.

⁷⁵ *Colorado Revised Statutes*, § 40-6.5-105 (1991).

Mariya Barmak, « RE: Section 40-6.5-105, C.R.S. », Memorandum to Ronald D. Jack, Colorado Public Utilities Commission, November 2, 2010, transmis à Union des Consommateurs.

⁷⁶ Colorado Public Utilities Commission, Décisions Nos. C06-0149 et C08-0854. L'article 40-6.5-105 exige le respect de tous les critères mentionnés dans la loi; dans ces deux cas, ils n'ont pu être satisfaits tous en même temps. La question de la représentation plus ou moins adéquate par le défenseur des avocats n'y était cependant pas en cause. *Ibid.*

⁷⁷ *Oklahoma Statutes*, Tit 17, § 34.1. (1981) Brockway, *loc. cit.* James L. Myles, Deputy General Counsel à l'OCC, nous a confirmé qu'aucune règle ne permettait à l'OCC d'offrir une forme ou une autre de compensation financière aux intervenants. Seuls le personnel de la commission et le Procureur général (qui agit comme Défenseur des consommateurs) peuvent voir certains frais être remboursés par les entreprises. Communication avec James L. Myles, Oklahoma Corporation Commission, 8 novembre 2010.

La loi de l'Oregon ne permet pas à la PUC d'ordonner le remboursement des frais, pas plus qu'elle n'oblige les entreprises réglementées à financer la participation des groupes de consommateurs. Depuis 2003, la loi est plutôt aménagée de façon à permettre la conclusion d'ententes relatives au financement de la participation des groupes de consommateurs (résidentiels et autres) par les fournisseurs réglementés. Ces ententes (*Intervenor funding agreement* - IFA) qui portent sur le processus et les montants disponibles annuellement pour financer la participation des groupes de consommateurs sont négociées par les parties (groupes de consommateurs et fournisseurs), la PUC les approuvant ensuite. C'est aussi à elle qu'il revient, à partir des critères établis dans la réglementation, de déterminer les groupes qui seront admissibles aux fins de la réception d'un « financement de participation ». Cinq des six entreprises qui fournissent de l'énergie en Oregon et qui sont réglementées par la PUC ont conclu de telles ententes⁷⁸. En vertu de l'entente existante, il existe trois fonds différents pour chaque entreprise participante : un « *CUB Fund* », un « *Preauthorized Matching Grant Fund* » et un « *Issue Fund* ». Le premier va au financement des opérations générales du *Citizens' Utilities Board of Oregon* (CUB), le groupe chargé de défendre les intérêts des consommateurs résidentiels (les groupes de consommateurs industriels qui font partie de l'entente n'ont pas accès à ce fonds). Le second offre des subventions pour la participation aux procédures de la PUC, dans la mesure où l'intervenant démontre qu'il fournit de sommes équivalentes provenant de ses ressources internes ou d'autres sources de financements. Enfin, l'« *Issue fund* » attribue des subventions d'une manière similaire à un tribunal qui octroie des frais, c'est-à-dire que l'intervenant doit fournir à la PUC une description et une justification des dépenses pour lesquelles il demande compensation⁷⁹. Les sommes provenant des deux derniers fonds ne peuvent être utilisées que dans le cadre de procédures impliquant l'entreprise titulaire du compte.

Au Michigan, le *Utility Consumer Participation Board*, un comité formé de cinq personnes reconnues pour être des « défenseurs des consommateurs », est chargé d'octroyer des subventions à des organisations qui représentent les intérêts des consommateurs devant la *Public Service Commission*⁸⁰. L'attribution des subventions se fait sur une base annuelle, à partir des demandes reçues des groupes, en fonction des audiences auxquelles ils prévoient participer. Les sommes disponibles annuellement proviennent d'un fonds financé par les entreprises⁸¹. Enfin, la *Wisconsin Public Service Commission* rend disponibles des aides financières pour les groupes ou organisations qui prévoient intervenir dans ses procédures, mais il ne s'agit pas d'adjudication des frais : les sommes ne sont disponibles qu'avant les audiences et aucun contrôle ou ajustement *a posteriori* des dépenses n'est effectué⁸².

Outre les PUC, il existe deux autres tribunaux de régulation économique qui sont habilités à l'adjudication de frais. L'*Insurance Department* de la Californie est habilité à octroyer des frais aux participants qui interviennent dans des audiences tarifaires en matière d'assurance automobile – en vertu de la loi, toute modification aux grilles tarifaires doit être préalablement autorisée par le Commissaire aux assurances. Les dispositions qui l'ont autorisé en 1988 sont le résultat d'un référendum d'initiative populaire (« ballot initiative ») parrainé par des groupes

⁷⁸ Communication avec Diane Davis, Administrative Hearings Division, Public Utility Commission of Oregon, 11 août 2010.

⁷⁹ Oregon Public Utilities Commission, ORDER NO. 07-564, 19 décembre 2007.

⁸⁰ Utility Consumer Participation Board, consulté le 21 janvier 2011 : www.michigan.gov/dleg/0,1607,7-154-28077_46646---.00.html.

⁸¹ Communication avec Michelle Wilsey, Board assistant, Utility Consumer Participation Board (Michigan), 21 janvier 2011.

⁸² *Wisconsin Administrative Code* § PSC 3. et seq.
Idaho Code § 61 617A.

de défense des droits des consommateurs qui visait à faire diminuer les coûts et à augmenter l'accessibilité à l'assurance automobile⁸³. Le *Department of banking and insurance* du New Jersey avait implanté en 1998 un programme semblable d'octroi de frais pour les intervenants; mais il est devenu caduc en 2003, lorsque le secteur de l'assurance automobile a été déréglementé dans cet État⁸⁴.

Le cas qui est probablement le plus original en matière d'adjudication de frais est celui du *Department of Managed Health Care* (DMHC) de la Californie. Le DMHC est une agence de protection des consommateurs en matière d'assurance maladie dont la mission est : « to ensure that health care service plans provide enrollees with access to quality health care services and to protect and promote the interests of enrollees⁸⁵ ». Il est chargé de réglementer les plans et forfaits en matière d'assurance-maladie offerts par les *Health Maintenance Organization* (HMO), les réseaux de soins de santé organisés par et pour des assureurs privés de soins de santé. Le DMHC a pour mission de veiller à l'application des lois existantes votées par la législature, mais il a aussi pour mandat d'élaborer ses propres réglementations. Depuis 2001, le DMHC dispose d'un programme de participation des consommateurs qui permet l'adjudication de frais de participation à toute personne ou tout groupe qui représente les intérêts des consommateurs et qui a fait une « contribution substantielle » durant une audience. Les dispositions qui permettent l'adjudication de frais au DMHC ont également été introduites à la suite de « *ballot initiatives* » initiées par des groupes de consommateurs⁸⁶.

Pour résumer, les tribunaux administratifs de régulation économique américains suivants peuvent ordonner le remboursement des frais :

- CALIFORNIA Public Utilities Commission
- CALIFORNIA Insurance Department (assurance automobile)
- CALIFORNIA Department of Managed Health Care
- IDAHO Public Utilities Commission
- MINNESOTA Public Utilities Commission

En outre, la MICHIGAN Public Service Commission, la Public Service Commission of WISCONSIN et l'OREGON Public Utility Commission ont des programmes d'aide financière aux intervenants, tandis que la COLORADO Public Utilities Commission, et la MAINE Public Utility Commission, bien qu'habilitées légalement, ne font pas usage (ou n'en ont pas fait usage depuis très longtemps, dans le cas de la Maine PUC) de leur pouvoir d'ordonner le remboursement des frais ou de financer la participation d'intervenant.

⁸³ Jamie Court, « Insurance Mandates Don't Work », *Washington Post*, Monday, Opinion, September 21, 2009, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/09/21/AR2009092103250.html.

Harvey Rosenfeld, « The Attack On Proposition 103 Intervenor », *Consumer Watchdog*, février 1998, www.consumerwatchdog.org/feature/intervenor-compensation-section-186110a-proposition-103.

⁸⁴ New Jersey Department Of Banking And Insurance, « Rate Intervenor Rules, Proposed New Rules: N.J.A.C. 11:3-17 », Proposal Number: PRN 2001-158, Division of Insurance, www.state.nj.us/dobi/pn01_158.htm. Insurance Council of New Jersey, « Understanding the Automobile Insurance Cost Reduction Act », consulté le 1er mars 2011, www.icnj.org/AICRA.asp. Joseph B. Treaster, « Car Insurance Rates Drop In New Jersey », *New York Times*, 24 august 2006, www.nytimes.com.

⁸⁵ Department of Managed Health Care, www.hmohelp.ca.gov.

⁸⁶ Communication avec Mark Savage, Consumers Union of United States, 5 novembre 2010.

4.4 Tribunaux administratifs au niveau fédéral (Canada et États-Unis)

a) Au Canada

L'exemple le plus évident de tribunal administratif de régulation économique ayant le pouvoir d'ordonner le remboursement des frais au niveau fédéral canadien est le CRTC – cas tout aussi typique en la matière que les PUC⁸⁷. Au cœur des fonctions premières du CRTC se trouvait celle de déterminer par le biais d'une procédure quasi judiciaire le prix « juste » d'un service qui ne pouvait être déterminé par le marché, faute de concurrence.

Depuis l'ouverture du marché à la concurrence, le CRTC n'exerce plus autant qu'auparavant cette fonction de détermination des prix, puisque les services de téléphonie ont été largement déréglementés sur la majeure partie du marché canadien⁸⁸. Toutefois, c'est dans un contexte de réglementation qu'on a introduit l'adjudication de frais en 1978, suite à une consultation sur les *Procédures et pratiques du CRTC en matière de réglementation des télécommunications*⁸⁹. De fait, des trois types d'audiences que tenait le CRTC – soit celles portant « sur les tarifs », celles portant sur « des questions d'ordre général » et celles portant sur « les autres procédures » – le Conseil n'avait adopté des règles d'adjudication de frais que pour les premières.

Soucieux de favoriser la participation du public, le Conseil affirmait qu'une « participation compétente aux audiences publiques » de la part des « intervenants » (les groupes d'intérêt public) requérait des ressources et donc, un financement adéquat. Le CRTC a jugé que le fait que des intervenants représentatifs et sérieux soient dûment outillés est « essentiel au processus de réglementation et fait partie des coûts nécessaires à son bon fonctionnement⁹⁰ ». Le Conseil avait considéré différentes formules et a avoué qu'il aurait préféré des formules de financement direct des « groupes d'intérêts compétents » ; devant l'absence de fonds disponibles, il s'était finalement rabattu sur l'adjudication de « frais d'instance » comme « solution partielle ».

Notons que l'adjudication de frais n'est permise au CRTC qu'en vertu de la *Loi sur les télécommunications*, ce qui exclut les procédures entamées en vertu de la *Loi sur la radiodiffusion*, que l'organisme a aussi pour mandat d'appliquer. Entre 2000 et 2002, des projets de loi portés par la sénatrice Sheila Finestone visaient à étendre ce pouvoir d'adjudication des frais aux instances en matière de radiodiffusion ; les projets de loi sont toutefois restés lettre morte⁹¹.

⁸⁷ Plusieurs PUC américaines (notamment celles du Minnesota, de l'Idaho et de la Californie) réglementent d'ailleurs aussi la téléphonie.

⁸⁸ En région urbaine, à tout le moins. Les opérateurs doivent toujours faire approuver leurs tarifs dans les marchés qui restent réglementés (en région, essentiellement), où la concurrence n'est pas suffisamment présente.

⁸⁹ CRTC, *Décision Telecom CRTC 78-4 : Procédures et pratiques du CRTC en matière de la réglementation des télécommunications*, p. 39.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 38.

⁹¹ Le projet de loi de la sénatrice a successivement porté les nos S-24, S-7, S-8.

b) Aux États-Unis

Aux États-Unis, il ne semble pas y avoir d'instance fédérale où l'ordonnance de frais de participation soit pratique courante. La *Federal Communications Commission* (FCC) n'est pas habilitée à émettre de telles ordonnances⁹². La *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) a été autorisée par le Congrès en 1978 à se doter de règles permettant l'ordonnance de frais, mais elle n'y aurait jamais eu recours et ne les aurait jamais implantées⁹³. Il y a eu un programme d'aide financière aux intervenants (AFI) à la *Federal Trade Commission* (FTC), qui a permis d'octroyer un peu plus de 2 M\$ dans 18 procédures entre 1976 et 1980⁹⁴. Le programme, qui était controversé, sera aboli dans la foulée d'une révision à la baisse des pouvoirs réglementaires de la FTC qui, à l'époque de la renaissance du conservatisme américain, était fortement critiquée par le Congrès⁹⁵.

4.5 Les « autres » cas

Au Canada, d'autres tribunaux administratifs sont habilités à offrir une forme ou une autre de compensation financière aux participants. Nous les évoquons ici, séparément des autres cas, car ils s'éloignent des types de tribunaux de régulation économique que nous avons étudiés jusqu'ici ou parce que le mode d'indemnisation choisi s'approche davantage de l'AFI que de l'ordonnance de frais.

L'Office national de l'énergie (ONÉ), le régulateur canadien de l'énergie, est habilité à ordonner le remboursement des frais des participants dans le cadre d'audiences portant sur le tracé détaillé d'un pipeline, mais aussi d'« une ligne internationale ou interprovinciale de transport d'électricité⁹⁶ ». Les propriétaires de terrains affectés directement ou indirectement par le projet peuvent s'opposer au projet, présenter des observations en audience. La loi prévoit également que l'ONÉ peut « autoriser d'autres personnes intéressées à lui présenter des observations s'il les juge acceptables⁹⁷ ».

39. L'Office peut fixer à la somme qu'il juge raisonnable les frais entraînés par la présentation d'observations lors d'une audience publique; ce montant doit être versé sans délai à la personne en cause par la compagnie dont le tracé a donné lieu à la tenue de l'audience.

⁹² Communication avec Colleen Heitkamp, Chief, Consumer Policy Division, Consumer & Governmental Affairs Bureau, Federal Communications Commission (FCC), 10 juillet.

⁹³ 16 U.S.C., 825 q-1 (b) (2) (1978).

⁹⁴ Robert N. Mayer and Debra L. Scarnmon, « Intervenor Funding At The Ftc: Biopsy Or Autopsy? », *Policy Studies Review*, Vol. 2, No. 3, February, 1983, p. 507. David M. Lenny, *loc. cit.* Thomas J. Maronick and M. Ronald Stiff, « Evaluating the impact of consumer protection regulations: the Federal Trade Commission experience », *Policy Studies Review*, Vol. 2, No. 3, February, 1983, pp. 495–505

⁹⁵ Milkis, Sidney M., « The Federal Trade Commission and Consumer Protection: Regulatory Change and Administrative Pragmatism », *Antitrust Law Journal*, vol. 72, 2004-2005, pp. 924-926.

⁹⁶ Article 39, 46(5), 58.32(6) de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*. Yannick Vennes, *op. cit.*

Dans le cadre de débat en 1995 sur la création d'un programme pan-gouvernemental d'aide financière aux intervenant, la députée libérale de Lambton-Middlesex, Rose-Marie Ur, avait toutefois affirmé : « While the National Energy Board Act presently allows for limited intervenor funding for detailed route hearings, certain technicalities in the act preclude intervenors from receiving funding for natural gas pipeline matters. » Rose-Marie Ur, *Journal des débats (Hansard) de la Chambre des Communes du Canada*, 35^e Législature, 1^{re} Session, Journaux, No 252, Le mercredi 1^{er} novembre 1995.

⁹⁷ *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R., 1985, c. N-7, Art 34, 35 (3) et 39.

Un rapport de l'ONÉ de 1996 explorant les « Options en matière d'aide financière aux intervenants » soulignait que, depuis l'entrée en vigueur de la mesure en 1983, jamais il n'y avait eu de telle audience et que, conséquemment, jamais il n'y avait eu d'adjudication de frais⁹⁸. Comme nous le verrons plus loin, ce rapport n'aura de suites qu'en 2010.

En plus de l'*Alberta Utilities Commission* (AUC), on trouve aussi en Alberta, première province à avoir habilité son régulateur à ordonner le remboursement des frais de participation⁹⁹, l'*Energy Resources Conservation Board* (ERCB). Alors que le premier s'occupe des services publics (électricité, gaz et eau), le second supervise l'exploitation des ressources d'hydrocarbures (pétrole, charbon, gaz, etc.). L'AUC, tribunal de régulation économique, peut octroyer des frais de participation dans le cadre d'audiences tarifaires. L'ERCB, de son côté, ne joue pas un rôle d'arbitre entre consommateurs et fournisseurs. L'ordonnance de frais ne peut avoir lieu, dans le cas de l'ERCB, que pour des audiences où un demandeur dépose une demande auprès du régulateur pour obtenir des licences d'exploitation, des permis de construction, des droits de passage, etc. Les seuls intervenants habilités à se voir rembourser leurs frais sont les personnes qui sont directement touchées par un projet proposé (« *local intervenors* »)¹⁰⁰. L'ERCB est alors le forum où ils peuvent faire valoir leurs droits et leurs craintes quant aux risques que pourrait faire courir ce projet.

L'approche de l'adjudication de frais à l'ERCB ainsi qu'à l'ONÉ s'inspire d'une logique différente de celle qui anime les tribunaux administratifs que nous avons vus jusqu'ici, parce qu'elle s'inscrit dans un mode d'intervention différent de l'État dans l'économie. Avec les tribunaux de régulation économique, l'État joue un rôle de suppléant du marché : par le biais de l'organisme de régulation économique, il va, à la place du marché qui est inefficace à le faire adéquatement, déterminer les prix, les conditions de services et de l'allocation des ressources. Dans l'autre cas, l'État agit comme un arbitre qui surveille le jeu et s'assure du respect des droits de chacun. En cas de litige, il tranchera. Mais autant que possible, il ne fait pas là de choix à la place du marché.

L'ONÉ et l'ERCB allouent des remboursements de frais dans le cadre de procédures visant à autoriser des projets particuliers. Les personnes qu'elles sont prêtes à entendre sont les personnes directement affectées par les projets. Ils ne reconnaissent pas d'intérêt aux consommateurs qui seront affectés par l'offre et les prix sur le marché. Il ne s'agit plus de veiller à défendre des intérêts collectifs contre un intérêt particulier (le fournisseur ou son actionnaire), mais plutôt des droits et intérêts de certaines parties privées qui pourraient être affectés par les projets d'une autre partie privée.

⁹⁸ ONÉ, *op. cit.*, p. X. Ce même rapport soulignait qu'au milieu des années 1980, une tentative de l'ONÉ de se doter d'un pouvoir général d'adjudication de frais a été anéantie par une décision de la Cour fédérale du Canada.

⁹⁹ Ontario Energy Board, E.B.O. 116, § 158.

¹⁰⁰ Comme dans les autres instances du genre, l'ERCB encourage les intervenants qui ont des intérêts semblables à se regrouper pour leur participation à l'audience. *Energy Resources Conservation Act*, R.S.A. 2000, art. 28.

a) Les programmes d'aide financière aux intervenants

Le premier programme d'aide financière à des intervenants (AFI) aurait été mis en place lors de la Commission d'Enquête sur le pipeline de la vallée Mackenzie présidée par le juge Thomas Berger de 1974 à 1977¹⁰¹. Le juge Berger avait alors déterminé que du financement était nécessaire pour permettre la participation de groupes environnementaux et autochtones, et que la présentation de ces points de vue était essentielle aux travaux de la Commission. En annonçant le financement, il aurait déclaré à propos de ces groupes: « These groups are sometimes called public interest groups. They represent identifiable interests that should not be ignored. Indeed, it is essential that they should be considered. They do not represent the public interest, but it is in the public interest that they should be heard¹⁰² ».

L'expérience inspirera l'Ontario où, de 1989 à 1996¹⁰³, l'*Intervenor Funding Act* a rendu disponible une aide financière aux intervenants qui désiraient intervenir devant l'*Ontario Energy Board* (OEB), devant la Commission des évaluations environnementales ou devant une commission mixte¹⁰⁴. Depuis 1992, l'Agence canadienne d'évaluation environnementale permet la mise sur pied de programmes ponctuels d'AFI pour faciliter la participation d'intervenants du public dans le cadre d'études, de médiations ou d'évaluations environnementales par des commissions d'examen¹⁰⁵.

À son tour, le député libéral d'Oxford, John Finlay, s'inspirera du projet ontarien. Il présentera en 1995 un projet de loi (C-339 qui deviendra à la session suivante C-229) pour mettre en place un programme d'AFI au sein du gouvernement fédéral. Il s'était engagé dans cette démarche après que des électeurs de sa circonscription aient eu grand mal à financer par eux-mêmes leur participation à des audiences de l'ONÉ qui portaient sur le changement de vocation d'un pipeline traversant leurs propriétés; ils craignaient les risques de contamination des sols et des nappes phréatiques, ainsi que celui de devoir assumer les coûts de nettoyage si l'équipement devait un jour être abandonné¹⁰⁶. Les travaux en chambre sur ce projet de loi ont été suspendus en attendant la décision finale de l'ONÉ, qui contemplant alors la possibilité de mettre en place son propre programme d'AFI¹⁰⁷. Les réflexions de l'organisme à ce sujet se retrouvent dans le rapport de 1996 que nous avons déjà évoqué et qui est intitulé *Options en matière d'aide financière aux intervenants* [sic]. L'élection de 1997 entraînera la mort du projet de loi au feuillet. De son côté, l'ONÉ ne donnera suite à ses velléités d'encourager la participation du public que plusieurs années plus tard.

En effet, c'est à l'automne 2010 que l'ONÉ mettra finalement en place un programme d'AFI. La *Loi sur l'emploi et la croissance économique* a modifié la *Loi sur l'Office Nationale de l'Énergie* pour donner au régulateur canadien de l'énergie le pouvoir de mettre sur pied un programme

¹⁰¹ Député John Finlay, *Journal des débats (Hansard) de la Chambre des Communes du Canada*, 35^e Législature, 1^{re} Session, Journaux, No 252, Le mercredi 1er novembre 1995.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ Il s'agissait d'abord d'un projet pilote de trois ans, qui a été reconduit une seconde fois, puis que le gouvernement de Mike Harris a laissé expirer en 1996.

¹⁰⁴ La Commission mixte est une commission « créée en vertu de la *Loi sur la jonction des audiences* pour examiner une question se rapportant à la *Loi sur les évaluations environnementales*, la *Loi sur la protection de l'environnement* ou la *Loi sur les ressources en eau de l'Ontario*. («joint board») » *Intervenor Funding Project Act*, R.S.O. 1990, art. 1 et 2..

¹⁰⁵ *Canadian Environmental Assessment Act*, L.C. 1992, c. 37.

¹⁰⁶ David Johansen, « Bill C-229 : Intervenor Funding Act », Legislative Summary, LS-243E, Bibliothèque du Parlement, Research Branch, 2 avril 1996, 5 pages.

¹⁰⁷ PIAC, *op. cit.*, p. 25.

d'aide financière aux participants¹⁰⁸. Annoncé en octobre 2010, le programme rend disponible du financement pour les demandes « concernant un projet énergétique qui doit faire l'objet d'une audience publique orale¹⁰⁹ ». Il s'agit d'un programme d'AFI « classique » et non d'un pouvoir donné aux commissaires : les fonds proviennent du gouvernement et non des entreprises réglementées. L'enveloppe est établie sur une base annuelle pour l'ensemble des audiences. Les fonds sont attribués par un comité ad hoc et ne sont donc pas liés à la performance lors de l'audience. Les budgets sont limités et le programme n'offre qu'une « contribution » aux dépenses des participants — l'aide ne vise pas à couvrir tous les frais engagés durant le processus. Le programme s'adresse aux particuliers, aux propriétaires fonciers, aux groupes autochtones et aux organismes à but non lucratif (non reliés à l'industrie) constitués en personne morale qui désirent participer à une audience orale portant sur des installations. Sont exclus les particuliers et organismes s'ils représentent des organismes à but lucratif, s'ils appartiennent au secteur industriel ou s'ils « représentent un ordre de gouvernement autre qu'un gouvernement autochtone »¹¹⁰.

La logique opérationnelle de ces programmes d'AFI diffère de celle qui préside à l'adjudication de frais par les tribunaux administratifs de régulation économique. L'AFI rend le financement disponible *avant* le début des procédures, car elle vise permettre à des intervenants qui n'ont ni expertise, ni expérience, d'organiser convenablement une représentation pour participer à ce genre d'audience. L'adjudication de frais est plutôt destinée à des intervenants habitués et rompus aux pratiques des tribunaux administratifs. Dans le premier cas, la participation à des audiences est ponctuelle, liée à un projet en particulier. Dans le second cas, l'enjeu des procédures – des modifications tarifaires, par exemple – est appelé à se représenter périodiquement. Du coup, les critères d'admissibilité ainsi que les exigences procédurales à l'AFI sont souvent plus stricts¹¹¹ que pour l'adjudication de frais devant des tribunaux de régulation économique où l'on prendra en compte, *a posteriori*, le mérite et l'utilité des interventions.

¹⁰⁸ ONÉ, « Aide financière pour favoriser la participation du public au processus de réglementation », Communiqué de presse, 1^{er} octobre 2010, www.neb-one.gc.ca/clf-nsi/rthnb/nwsrls/2010/nwsrls17-fra.html

¹⁰⁹ ONÉ, *Guide du Programme d'aide financière aux participants de l'Office national de l'énergie établi en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie* 2010, Office national de l'énergie, Calgary, Canada, Gouvernement du Canada, décembre 2010, disponible à www.neb-one.gc.ca/clf-nsi/rthnb/pblcprtptn/prtcptntfndngprgrm/prgrmgd-fra.html.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Les programmes d'AFI de la filière issue de la Commission Berger (Intervenor Funding Act ontarien, projet de loi pour Intervenor Funding Act canadien du député Finlay) avaient une liste de huit critères d'admissibilité assez prescriptifs. On exigeait notamment que la partie, en plus de ne pas avoir de ressources financières suffisantes pour participer, ait fait des efforts raisonnables pour obtenir des fonds provenant d'autres sources, qu'elle ait fait des efforts raisonnables pour se regrouper avec d'autres intérêts semblables, qu'elle ait présenté un budget et mis en place des mesures de contrôles strictes de la façon dont les sommes seraient dépensés. Voir par exemple *Intervenor Funding Project Act*, R.S.O. 1990, art. 7.

Dans le même genre, la Public Service Commission du Wisconsin exige des états financiers très détaillés des intervenants qui appliquent pour du financement. *Wisconsin Administrative Code* § PSC 3.03 (2) (e).

4.6 Y a-t-il des ordonnances de frais ailleurs qu'en Amérique du Nord?

D'après nos recherches (revue de littérature¹¹² et prises de contact avec des groupes de consommateurs à l'étranger), l'adjudication de frais de participation par des tribunaux administratifs de régulation économique ne semble pas faire partie des mœurs réglementaires en Australie et en Europe.

En Australie, en matière de télécommunication et d'énergie – où les monopoles ont été privatisés, les secteurs libéralisés et ouverts à la compétition – les prix et le service n'ont pas été réglementés par des organismes de régulation économique. L'*Australian Communications and Media Authority* encourage l'autoréglementation de l'industrie pour tous les aspects (accès, standards techniques, d'interconnexion, garantie de service à la clientèle) et n'exerce autant que possible qu'un rôle de surveillance¹¹³. L'*Australian Communications Consumers Action Network* reçoit des fonds publics pour défendre les intérêts des consommateurs australiens en matière de télécommunication¹¹⁴. L'*Australian Communications and Media Authority* peut parfois financer des groupes de consommateurs pour qu'ils participent à la révision des codes qui encadrent l'industrie. Du côté de l'énergie, le gouvernement a mis sur pied en 2008 le *Consumer Advocacy Panel*, chargé d'attribuer des subventions pour financer des projets de défense des intérêts des consommateurs ou des recherches dans les domaines de l'électricité et du gaz¹¹⁵. Mais rien ne s'apparentant à de l'adjudication de frais de participation n'a été relevé ou ne nous a été rapporté¹¹⁶.

En Europe, les marchés de l'énergie et des télécommunications ont été libéralisés et ouverts à la concurrence au cours des années 1990. Si on a mis sur pied de nouvelles autorités réglementaires pour superviser ces nouveaux marchés et les nouvelles entités, elles n'ont pas pour mandat de déterminer les prix, qui résultent dorénavant du libre jeu du marché¹¹⁷. Il

¹¹² Pour une revue internationale des modèles visant à favoriser la participation des associations de consommateurs dans les travaux des agences réglementaires, Antonino Serra Cambaceres y Claudia Collado, *Diferentes Modelos De Participación De Los Consumidores En Agencias Regulatorias*, op. cit.

¹¹³ La loi prévoit évidemment un pouvoir d'intervenir pour fixer des normes à la place de l'industrie, en dernier ressort, mais seulement si l'industrie n'arrive pas à s'entendre et qu'elle n'a pas su répondre d'abord à un appel de l'ACMA à produire de telles normes. Australian Communications and Media Authority (ACMA), « Telecommunications regulation », 7 septembre 2009, www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PC_2793.

La loi prévoit également une obligation d'offrir un service standard minimum (Universal service obligation – USO) à tous les citoyens australiens, où qu'ils résident. Cette obligation ne s'applique pour l'instant qu'à Telstra, l'ancien monopole d'État qui est toujours en position de marché dominante. Le prix de ce service n'est pas non plus réglementé. Il est plutôt interfinancé par l'ensemble des usagers via une contribution des entreprises de l'industrie dont le montant est établi à partir de leur part de marché. Quant à l'évaluation des coûts de l'USO, et donc des montants que recevra l'entreprise assurant sa prestation, elle est faite par le ministre responsable, sur la base de recommandations de l'ACMA, et à partir des réclamations faites par l'entreprise prestataire.

ACMA, « Universal Service Obligation », 20 août 2010, www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PC_2491.

¹¹⁴ Communication avec Elissa Freeman, Director of Policy and Campaign, Australian Communications Consumers Action Network, 1^{er} octobre 2010.

¹¹⁵ *Ibid.* National Electricity Consumers Advocacy Panel, www.advocacypanel.com.au/.

¹¹⁶ Communication avec Elissa Freeman, *ibid.*

¹¹⁷ Vujisic, « Quel avenir pour les services publics en Europe ? », *loc. cit.*

semble qu'aucune de ces autorités n'est habilitée à ordonner le remboursement aux intervenants de leurs frais de participation¹¹⁸.

¹¹⁸ Communication avec Anne Fily, chef des Départements des affaires économiques et juridiques du Bureau Européen des Unions de Consommateurs, 29 juillet 2010.

4.7 Conclusion

Dans le domaine des services publics où les prix sont réglementés, on retrouve des tribunaux administratifs qui, ayant pour responsabilité de protéger l'intérêt public, doivent effectuer un arbitrage entre, d'une part, l'intérêt économique d'un fournisseur de services publics et, d'autre part, les intérêts et les besoins des consommateurs et du public. Dans les situations de défaillance de marché, où la concurrence est inexistante ou inefficace, où la clientèle se retrouve captive d'un producteur en situation de monopole, l'autorité exerce une fonction proprement économique : elle se substitue au marché pour déterminer le prix d'un bien ou d'un service, ainsi que ses modalités de prestation, dans le cadre d'une procédure quasi judiciaire. C'est le cas de toutes les régies et autres commissions supervisant des services d'utilités publiques, comme l'électricité, le gaz et parfois aussi l'eau, des télécommunications ou de l'assurance automobile. Nous avons également vu, cependant, que le modèle des organismes de réglementation économique s'est appliqué à plusieurs autres domaines lorsqu'ils présentent les caractéristiques suivantes : il s'agit de services d'utilité publique essentiels pouvant être accaparés par quelques intérêts au détriment de la majorité.

Dans plusieurs de ces tribunaux administratifs, il a été établi que la participation de groupes d'intérêt public devait être encouragée; l'ordonnance de frais (ou l'aide financière aux intervenants) est apparue comme une réponse à l'un des obstacles qui se posent à la représentation de l'intérêt public, soit l'asymétrie fondamentale de ressources disponibles pour intervenir dans un processus qui a des impacts considérables sur l'ensemble de la population. Or, si ce problème n'est jamais aussi évident – et quantifiable – que dans le cas d'une audience tarifaire, ces caractéristiques fondamentales (asymétrie de ressources, asymétrie des intérêts impliqués et enjeux d'intérêt public plus larges concernant bien plus de gens que les seuls acteurs qui ont les moyens d'intervenir) se retrouvent également dans des procédures d'enquêtes ou de formulation de règlement. C'est d'ailleurs pourquoi la plupart des régulateurs habilités à ordonner le remboursement des frais le font également dans des audiences non tarifaires et lors de formulation de politiques. C'est pourquoi le *Department of Managed Health Care* californien, qui ne réglemente pas les prix, utilise lui aussi l'ordonnance de frais de participation; il pourrait à ce titre servir d'exemple pour décloisonner la pratique, réservée principalement au seul domaine des services publics « classiques » comme le gaz, l'électricité et les télécommunications.

Dans les domaines où les prix ne sont pas réglementés et où ils ne constituent pas l'enjeu explicite des audiences, on trouve des tribunaux administratifs qui octroient des licences ou des permis nécessaires pour la construction d'infrastructures lourdes (de transport, d'exploitation, etc.). Ces tribunaux doivent alors veiller à leur conformité réglementaire, à ce que les précautions nécessaires soient prises pour limiter les risques environnementaux et pour la santé ainsi que, globalement, s'assurer que les intérêts et les préoccupations des personnes qui seront affectées par ces projets seront pris en compte et, le cas échéant, que ces personnes seront dûment dédommagées. C'est le but visé par l'ERCB et de l'ONÉ. Il s'agissait également de la perspective dans laquelle ont été mises sur pied les initiatives d'AFI à la Commission Berger, de l'*Intervenor Funding Act* ontarien, du projet de loi du député Finlayson et des dispositions de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*.

5 MODALITÉS DE L'ORDONNANCE DE FRAIS

Cette revue des modalités de l'ordonnance de frais n'a pas de prétention d'exhaustivité. La disponibilité des documents sur lesquels se fondent ou qui documentent les pratiques varie beaucoup d'une institution à l'autre. Plusieurs tribunaux ont rédigé des guides destinés aux participants, qui détaillent les critères et les modalités de l'ordonnance de frais, tandis que d'autres, comme la Régie des Services Public du Manitoba (RSPM), se fient plutôt sur la formulation contenue dans les règles de procédures. L'examen comparatif systématique s'avérant impraticable, nous proposons plutôt un tour d'horizon des différentes modalités d'organisation possibles de la pratique qui est l'objet de notre recherche.

Les organismes que nous avons retenus en vue d'analyser plus en profondeur leurs règles sont ceux qui ont été mis en exergue dans la section précédente, soit les Régies, Commissions et autres *Boards* canadiens et américains – incluant également le *Department of Managed Health Care* (DMHC) et le *Insurance Department* (CID) californiens – où la compensation financière prend effectivement la forme d'adjudication de frais de participation.

5.1 Critères d'admissibilité et critères d'octroi

Pour une question de clarté conceptuelle et pour faciliter les comparaisons entre des organismes aux procédures et traditions différentes, nous distinguons les *critères d'admissibilité* à l'adjudication de frais, *des critères d'octroi* de ces mêmes frais.

Les deux types de critères – que l'on retrouve dans toutes les règles gouvernant l'adjudication de frais des autorités considérées – se distinguent par la fonction qu'ils remplissent et par le type de réponses qu'ils appellent : alors que l'intervenant sera jugé admissible ou pas à voir indemniser ses frais de participation, selon qu'il est jugé se conformer ou non avec les critères d'admissibilité énoncés, les critères d'octroi sont les éléments à partir desquels les membres de l'autorité évalueront – nécessairement après coup – l'intervention du participant admissible et jugeront du niveau de compensation qu'il a le droit (ou qu'il « mérite ») de recevoir.

Les critères d'admissibilité servent à identifier qui *peut demander* des frais, tandis que les critères d'octroi servent à juger la proportion des frais demandés par les parties admissibles qui sera effectivement remboursée. Un participant admissible ne verra pas nécessairement ses frais remboursés si on juge que son intervention n'a pas satisfait aux critères d'octroi.

Malgré la différence, ces deux types de critères sont souvent confondus et formulés dans les mêmes sections ou articles. Les Règles de procédures du Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), par exemple, ne distinguent pas les critères d'admissibilité et les critères d'octroi¹¹⁹. D'autres institutions comme l'*Alberta Utilities Commission* (AUC) ont des dispositions explicites sur l'admissibilité ainsi que d'autres, bien plus

¹¹⁹ *Règles de procédure du Conseil de la Radiodiffusion et des Télécommunications Canadiennes en matière de télécommunications* (DORS/79-554), art. 44.

Étant donné les nombreuses et fréquentes références à des sources légales dans cette section, nous utiliserons, après une première référence complète, des formes abrégées.

nombreuses et détaillées, sur les critères d'octroi à partir desquels seront évalués les montants à rembourser¹²⁰.

a) Les critères d'admissibilité : intérêt et besoin

Les critères d'admissibilité aux différents programmes de compensation financière pour les intervenants sont au cœur de leur design institutionnel. Ces dispositions varient selon ceux à qui le programme est destiné et le but dans lequel il a été élaboré - deux questions intimement liées.

Tous les organismes appliquent, d'une façon ou d'une autre, un critère d'admissibilité fondé sur le type d'intérêt que souhaite défendre l'intervenant devant l'autorité.

b) Le critère d'intérêt

Dans plusieurs organismes de régulation économique, c'est pour encourager et favoriser la participation des groupes de défense des droits des consommateurs que les programmes de compensation financière ont été mis en place. Le critère d'intérêt est dans ces cas formulé de manière plus restrictive, et définit essentiellement des critères applicables aux groupes de consommateurs.

Ainsi, dans les trois institutions californiennes *California Public Utility Commission* (CalPuc), CID, DMHC, l'accès au remboursement des frais est explicitement réservé à l'intervenant qui « représente l'intérêt des consommateurs »¹²¹.

Pour être admissible au remboursement de frais au CRTC, un intervenant devra démontrer qu'il représente une catégorie d'abonnés qui seront touchés par la décision¹²².

Ailleurs, la formulation sera un peu moins ciblée. À l'*Alberta Utilities Commission* (AUC), la *British Columbia Utilities Commission* (BCUC) ou la RSPM, un intervenant peut faire une demande pour l'adjudication de ses frais s'il représente un groupe ayant « un intérêt substantiel » dans ce qui est l'objet de la procédure¹²³.

À l'*Ontario Energy Board* (OEB), le critère est formulé de manière encore moins restrictive, on parlera d'un « intérêt pertinent au mandat de l'organisme », tandis que *la Loi sur la Régie de l'énergie* du Québec ne fait que mentionner que des frais peuvent être octroyés « lorsque

¹²⁰ Alberta Utilities Commission (AUC), *Rule 022: Rules on Intervener Costs in Utility Rate Proceedings*, 30 septembre 2008.

¹²¹ California Public Utilities Code § 1801. California Code of Regulations, Title 28 §1010. California Insurance Code § 1861.10.

¹²² *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunication*, art. 44.

¹²³ AUC, *Rule 022, art 3(1)*. Régie des Services Publics du Manitoba (RSPM), *Règles de pratique et de procédure*, avril 2007, www.pub.gov.mb.ca/, art. 43. d). Le guide de participant de la BCUC précise qu'il est attendu que dans une audience tarifaire, seuls de, arts groupes représentant les consommateurs devraient arriver à établir un intérêt significatif. British Columbia Utilities Commission (BCUC), « Participant assistance / Cost Award Guidelines », version révisée par l'ordre no G-72-07, www.bcuc.com/Guidelines.aspx, p. 1.

l'intérêt public le justifie »¹²⁴. Ce genre de formulation plus large permet notamment l'admissibilité au remboursement des frais aux groupes environnementaux.

Les règles de l'OEB sont toutefois les plus explicites, prévoyant trois critères d'intérêts : représenter les intérêts des consommateurs, représenter un intérêt pertinent au mandat de l'organisme ou, enfin, représenter des personnes avec un intérêt dans des terres qui seront affectées par la demande qui est l'enjeu de l'audience.

Ce dernier critère se retrouve aussi aux règles de l'AUC. Dans les audiences qui concernent des projets qui pourraient avoir des répercussions directes et négatives sur des intérêts locaux, l'organisme a en effet prévu la possibilité d'octroyer des frais aux « intervenants locaux »¹²⁵. Cette modalité d'octroi de frais est cependant gouvernée par des règles différentes, distinctes de celles qui s'appliquent pour les audiences tarifaires¹²⁶.

c) Le critère des besoins

Les intervenants, groupes d'intérêt public et collectif, qui voudraient se voir octroyer des frais de participation auront souvent à établir leur besoin, soit la nécessité d'avoir accès des ressources pour participer aux audiences du régulateur.

Au CRTC, il faut ainsi « convaincre le Conseil [que l'intervenant] ne possède pas les ressources financières suffisantes pour lui permettre de participer efficacement à la procédure sans adjudication de frais¹²⁷ ».

La RSPM et l'AUC ont des critères, respectivement, presque identiques et semblables¹²⁸. À l'AUC, le critère de besoin ne s'applique cependant pas aux intervenants locaux.

Aux États-Unis, le concept de « significant financial hardship », que l'on retrouve dans les règles d'adjudication de frais des trois PUC américaines considérées ici (CalPUC, *Idaho Public Utilities Commission* (IPUC), *Minnesota Public Utilities Commission* (MPUC)) remplit une fonction semblable au critère de besoin¹²⁹. L'admissibilité au remboursement des frais repose alors sur la démonstration qu'une participation aux procédures sans compensation des frais représenterait pour l'organisation concernée un fardeau financier significatif.

Les règles de la CalPUC ajoutent toutefois un sens de plus à la définition de l'expression, qui tient compte de l'asymétrie des intérêts en jeu et du problème du « free-rider » que nous

¹²⁴ Ontario Energy Board (OEB), « Practice Direction On Cost Awards », version révisée du 9 juin 2009, www.ontarioenergyboard.ca/. *Loi sur la Régie de l'énergie*, L.R.Q., c. R-6.01., art. 36. *Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie*, (2006) 138, G.O., II, p. 2279.

¹²⁵ « [A] person or group or association of persons who, in the opinion of the Commission, (a) has an interest in, and (b) is in actual occupation of or is entitled to occupy land that is or may be directly and adversely affected by a decision or order of the Commission ». *Alberta Utilities Commission Act*, Ch. A-37.2, art. 22. AUC, *Rule 009 : Rules on Local Intervener Costs*, 30 septembre 2008 (corrigé le 4 septembre 2009).

¹²⁶ AUC, *Rule 022*.

¹²⁷ *Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunications*, art. 45. (1) c).

¹²⁸ RSPM, *Règles de pratique et de procédure*, art. 43. c). À l'AUC, l'intervenant doit démontrer qu'il n'a pas les moyens pour obtenir les ressources financières nécessaires pour effectuer une représentation adéquate. AUC, *Rule 022*, art.3(1).

¹²⁹ Minnesota Statutes, § 216B.16, subd. 10(b). Idaho Public Utilities Commission (IPUC), *Rules Of Procedure*, IDAPA 31.01.01, www.puc.idaho.gov/Webrules/Rules.htm, Rule 165. 01. c.

mentionnions plus haut : le fardeau financier significatif peut ainsi désigner une situation où l'intérêt économique des membres individuels d'une organisation est peu important en comparaison aux coûts d'une participation effective¹³⁰. Une telle définition semble taillée sur mesure pour favoriser le regroupement des consommateurs au sein d'organisations représentatives et la participation de ces dernières aux audiences du régulateur.

d) Autres critères

À ces deux critères d'admissibilité principaux s'appliqueront souvent des exceptions. Les compétiteurs de l'entreprise demanderesse et les autres acteurs du marché réglementé ne seront jamais admissibles au remboursement des frais, et ce, même s'ils devaient remplir les deux autres conditions.

Les règles d'admissibilité de l'AUC portant sur le remboursement des frais dans le cadre des audiences tarifaires comportent peut-être la liste d'exception la plus large, incluant notamment une exclusion explicite des entités commerciales, d'affaire, institutionnelles ou industrielles, ainsi que de leurs associations :

- (a) *an out-of-province utility;*
- (b) *electric generators, including associations representing electric generators;*
- (c) *a utility intervening in another utility's application;*
- (d) *business, commercial, institutional, or industrial entities including associations of these entities;*
- (e) *municipalities including associations of municipalities;*
- (f) *rural electrification associations including associations of rural electrification associations; and*
- (g) *rural gas co-ops including associations of rural gas co-ops.*¹³¹

Certains organismes sont plus ouverts que d'autres à la participation d'intervenants qui pourraient avoir un intérêt économique ou qui pourraient avoir les moyens de participer autrement. Il est ainsi courant à la Régie de l'Énergie du Québec (RÉQ) de voir remboursés les frais des intervenants représentant les consommateurs industriels de gaz ou d'électricité. Le *Yukon Utilities Board* (YUB) permet explicitement aux municipalités de réclamer des frais¹³². Inversement, la définition du terme « consommateur » à la CalPUC exclut explicitement tout ordre de gouvernement y compris les municipalités, mais inclut les « petits consommateurs commerciaux »¹³³.

C'était ce qui faisait dire au PIAC que les règles d'adjudication de frais d'un tribunal administratif favorisent toujours l'un ou l'autre des principes de la participation publique et du besoin. Le CRTC, tout comme la RSPM, l'AUC, IPUC, MPUC, accorde davantage d'importance au critère de besoin qu'à celui de la participation publique. Inversement, des organismes comme l'OEB, la RÉQ et le YUB considèrent que l'importance pour les régulateurs de bénéficier d'une pluralité de points de vue sur l'enjeu discuté est telle qu'elle peut justifier le remboursement des frais de participation même à des intervenants qui pourraient avoir les moyens de participer sans recevoir de frais.

¹³⁰ Cal. Pub. Util. Code §1802 (g).

¹³¹ AUC, *Rule 022*, art. 4.

¹³² Yukon Utilities Board (YUB), « Schedule 1: scale of costs », *Rules of practice*, Order 1995-2, 10 novembre 1995, www.yukonutilitiesboard.yk.ca, pp.13-15.

¹³³ Cal. Pub. Util. Code §1802 (b) et (h).

e) Critères d'octroi

Les éléments qui se retrouvent le plus fréquemment parmi les critères d'octroi portent généralement sur l'évaluation du caractère utile et nécessaire de l'intervention, du caractère raisonnable et nécessaire des dépenses engagées, des efforts faits par les intervenants pour limiter les dépenses inutiles ou pour éviter de ralentir inutilement les procédures, et demandent de prendre en compte la complexité des enjeux discutés, etc.

Deux pôles principaux peuvent être dégagés en matière de formulation des critères d'octroi de frais de représentation. D'un côté, on trouve l'application par le tribunal d'une règle large, qui laisse place, pour son application, à la discrétion du tribunal. Le CRTC, par exemple, ordonnera le remboursement des frais à un intervenant s'il « a participé à la procédure de façon sérieuse; et [s'il] a aidé à faire mieux comprendre le litige au Conseil ¹³⁴».

D'autres instances ont choisi de détailler considérablement les critères d'octroi et, en particulier, les motifs de reproche qui pourraient entraîner un refus ou une diminution des montants demandés par l'intervenant à titre de frais de participation. Les règles de l'AUC, par exemple, prévoient d'abord les règles générales, avant de détailler, en énonçant des éléments concrets, des situations qui pourront influencer sur la détermination du montant qui sera accordé :

- 11(1) *The Commission may award costs, in accordance with the scale of costs, to an eligible participant if the Commission is of the opinion that*
- (a) the costs are reasonable and directly and necessarily related to the hearing or other proceeding, and*
 - (b) the eligible participant acted responsibly in the hearing or other proceeding and contributed to a better understanding of the issues before the Commission.*
- (2) *In determining the amount of costs to be awarded to an eligible participant, the Commission may consider whether the eligible participant did one or more of the following:*
- (a) asked questions on cross-examination that were unduly repetitive of questions previously asked by another participant and answered by the relevant witness;*
 - (b) made reasonable efforts to ensure that its evidence was not unduly repetitive of evidence presented by another participant;*
 - (c) made reasonable efforts to cooperate with other parties to reduce the duplication of evidence and questions or to combine its submission with that of similarly interested participants;*
 - (d) presented in oral evidence significant new evidence that was available to it at the time it filed documentary evidence but was not filed at that time;*
 - (e) failed to comply with a direction of the Commission, including a direction on the filing of evidence;*
 - (f) submitted evidence and argument on issues that was not relevant ;*
 - (g) needed legal or technical assistance to take part in the hearing or other proceeding;*
 - (h) engaged in conduct that unnecessarily lengthened the duration of the hearing or other proceeding or resulted in unnecessary costs to the applicant or other participants;*
 - (i) failed to comply with these rules or Rule 001, Rules of Practice ¹³⁵.*

¹³⁴ Règles de procédure du CRTC en matière de télécommunication, art. 44 (b) et (c)

¹³⁵ AUC, Rule 022, art. 11.

Les quatre critères principaux, soit les frais raisonnables et directement liés à une instance, et une participation sérieuse et utile, se retrouvent sous des formes assez diversifiées et plus ou moins claires, dans les règles de procédures de tous les organismes considérés. Les éléments qui doivent être pris en compte pour accorder ou limiter le montant des frais dont le remboursement est demandé sont par contre rarement aussi clairement exprimés et séparés des critères proprement dits. On relèvera que les règles de la RSPM sont elles aussi assez explicites à cet égard¹³⁶.

Les règles d'adjudication de frais de l'OEB, la section pourtant intitulée « Principles in awarding costs » (ci-après), mêlent les principes assez larges (participer de manière responsable et apporter une contribution significative) et les éléments qui sont de l'ordre de l'illustration (poser des questions répétitives, se conformer aux directives de la Commission à l'égard de la présoumission de preuves).

- 5.01 *In determining the amount of a cost award to a party, the Board may consider, amongst other things, whether the party:*
- (a) participated responsibly in the process;*
 - (b) asked questions on cross examination which were unduly repetitive of questions already asked by other parties;*
 - (c) made reasonable efforts to ensure that its evidence was not unduly repetitive of evidence presented by other parties;*
 - (d) made reasonable efforts to co-operate with other parties in order to reduce the duplication of evidence and questions on cross-examination;*
 - (e) made reasonable efforts to combine its intervention with that of similarly interested parties;*
 - (f) contributed to a better understanding by the Board of one or more of the issues addressed by the party;*
 - (g) complied with directions of the Board including directions related to the pre-filing of written evidence;*
 - (h) addressed issues in its written or oral evidence or in its questions on cross-examination or in its argument which were not relevant to the issues determined by the Board in the process;*
 - (i) engaged in any other conduct that tended to lengthen unnecessarily the duration of the process; or*
 - (j) engaged in any other conduct which the Board found was inappropriate or irresponsible.¹³⁷*

Si plusieurs de ces éléments devraient logiquement faire partie de ce dont les tribunaux, dans l'exercice de leur discrétion, auraient vraisemblablement tenu compte dans l'examen du sérieux et de l'utilité de la participation, l'illustration des principes généraux grâce à des éléments plus concrets a cependant le mérite de favoriser la prévisibilité pour les intervenants. Avisés expressément des balises à l'intérieur desquelles leurs interventions doivent rester, ils peuvent manœuvrer en connaissance afin d'éviter de voir le remboursement qu'ils demanderont inutilement amputé. Cela dit, on remarque à l'article 11(2) des règles de l'AUC que nous venons de citer que tous les éléments notés là sont davantage des motifs de blâme que de directives positives (*unduly repetitive questions, evidence not filled on time, failed to comply with rules or direction, evidence not relevant, etc.*).

¹³⁶ Voir Art. 43, qui énonce deux critères d'admissibilité ainsi que deux critères d'octroi. L'article 44 donne ensuite des exemples de « conduites » qui doivent être prises en considération dans l'octroi de frais. RSPM, *Règles de pratique*.

¹³⁷ OEB, « Practice Direction On Cost Awards », art. 5.

Adoptant une approche plus positive, les critères d'octroi de la RÉQ présentent des formulations plus équilibrées, mais laissent toujours place à l'interprétation du tribunal dans le cadre de l'appréciation de la qualité d'une intervention, sans s'éloigner des principes de base :

- a. l'intervention apporte des éléments pertinents à prendre en considération lors des délibérations de la Régie;*
- b. l'intervention est active, ciblée, structurée et se limite aux enjeux du dossier retenus par la Régie pour étude, tant en ce qui a trait aux demandes de renseignements, à la preuve et aux questions en contre-interrogatoire;*
- c. l'intervention offre un point de vue distinct sur les enjeux du dossier retenus pour étude et n'est pas indûment répétitive;*
- d. l'expertise, s'il y a lieu, sert à approfondir un enjeu retenu au dossier par la Régie*
- e. l'intervenant agit de manière responsable dans le processus : il respecte les directives données par la Régie, incluant les délais;*
- f. lors de l'audience, l'intervenant agit avec diligence pour contribuer au respect du calendrier procédural, tant dans la présentation de sa preuve, son contre-interrogatoire que dans son argumentation.*¹³⁸

L'exigence, pour l'établissement du montant de l'ordonnance de frais, de la prise en compte du caractère utile et significatif de la contribution de l'intervenant est une constante qui se retrouve dans les règles d'octroi de tous les tribunaux administratifs considérés. La formulation, l'interprétation et la définition de ce caractère « significatif et utile » pourront cependant varier beaucoup et son appréciation, nécessairement subjective, est la plupart du temps laissée à la discrétion des régisseurs ou commissaires (avec ou sans l'appui des « exemples » du type de ceux que nous avons vus plus haut). Cela dit, certaines règles ont proposé des formulations plus restrictives et d'autres, plus libérales. L'une des formulations les plus restrictives est celle de la CalPuc où, pour qu'une participation puisse être considérée comme ayant fourni une « contribution substantielle », un intervenant doit pratiquement avoir vu au moins un élément de son argumentation ou de ses positions adopté par la Commission¹³⁹. Parmi les formulations plus libérales, on trouve celle du DMHC et CID ; il suffira pour justifier l'utilité de sa contribution d'avoir contribué à élargir la base d'information à laquelle les commissaires ont eu accès avant de prendre leur décision¹⁴⁰.

Parmi les commissions canadiennes, les formulations du critère d'utilité sont généralement assez libérales, indiquant qu'est utile une intervention qui a permis de « mieux comprendre les enjeux discutés durant la procédure »¹⁴¹.

¹³⁸ Régie de l'Énergie du Québec (RÉQ), « Guide de paiement des frais intervenants 2009 », juin 2009, www.regie-energie.qc.ca/, art 15.

¹³⁹ Cal. Pub. Util. Code §1802 : « (i) "Substantial contribution" means that, in the judgment of the commission, the customer's presentation has substantially assisted the commission in the making of its order or decision because the order or decision has adopted in whole or in part one or more factual contentions, legal contentions, or specific policy or procedural recommendations presented by the customer. »

¹⁴⁰ Pour le CID: « [...] the intervenor's participation resulted in more relevant, credible, and non-frivolous information being available to the Commissioner ». Cal. Code. Reg. Tit.10 §2661.1(j). Le même genre de formulation se retrouve à quelques mots près pour le DMHC. Cal. Code. Reg. Tit. 28 § 1010(b)(8).

¹⁴¹ C'est la formule qu'on trouve au BCUC, l'AUC, à la RSPM, à l'OEB et à la RÉQ.

BCUC, « Cost Award Guidelines », p.1. AUC, *Rule 022*, 11.(1)(b). RSPM, *Règles de pratiques*, art. 43 a). OEB, « Practice direction », op cit., art. 5.01(f). RÉQ, « Guide de paiement des frais », art. 15. A.

5.2 Les procédures pour lesquelles des frais peuvent être demandés

Une majorité des instances étudiées n'établissent aucune distinction quant aux types de procédures dans le cadre desquelles des remboursements de frais peuvent être réclamés. Des organismes canadiens considérés ici, un seul est limité dans sa capacité à rembourser des frais : le CRTC, dont les pouvoirs et les compétences sont édictés essentiellement dans deux lois distinctes – la *Loi sur la radiodiffusion* et la *Loi sur les télécommunications* – ne peut octroyer de frais qu'en vertu de cette dernière, et donc seulement dans les procédures en matière de télécommunications¹⁴².

Quant aux autres organismes réglementaires canadiens (BCUB, AUC¹⁴³, RSPM, OEB, RÉQ, YUB), les lois et les règles qui y gouvernent l'adjudication de frais ne limitent pas les domaines ou le type d'audience où la pratique est permise.

La CalPuc n'est aucunement restreinte en ce qui a trait aux procédures où elle peut adjuger des frais. Au CID, l'ordonnance de frais est permise pour les audiences tarifaires en assurance automobile ou pour les procédures d'enquête ou de formulation de règles portant sur la tarification en assurance automobile, y compris dans les procédures qui auraient été initiées par une personne représentant les intérêts des consommateurs pour contester une décision du Commissaire des Assurances¹⁴⁴. Au DMHC, le directeur de l'institution identifie périodiquement et publiquement les audiences où la participation des consommateurs lui apparaît pouvoir être utile et où des frais de participation pourraient être attribués. La loi précise toutefois que la capacité d'émettre des ordonnances de frais ne se limite pas à ces seules audiences identifiées par le directeur et qu'il est possible de déposer une demande de participation à d'autres procédures¹⁴⁵. En Idaho, dès lors qu'une audience implique des entreprises réglementées d'électricité, de gaz, d'eau ou de téléphone dont les revenus tirés des activités menées dans l'État sont d'au moins 3,5 M \$, les participants peuvent demander le remboursement de leurs frais¹⁴⁶. L'ordonnance de frais de participation à la MPUC n'est possible que dans les audiences tarifaires générales (« general rate case »), mais des normes différentes s'appliqueront selon qu'il s'agit de procédures en matière de télécommunications ou d'énergie¹⁴⁷.

¹⁴² Un projet de loi (Projet de loi S-7 de la première session du 37ième Parlement) qui visait à étendre cette compétence à la Loi sur la radiodiffusion a d'ailleurs été défendu au Sénat par Sheila Finestone.

¹⁴³ Comme l'avons mentionné plus haut, l'AUC est habilitée à octroyer des frais de participation dans toutes ses procédures, mais trois règles d'octroi distinctes ont été formulées: une première pour les procédures où il est question de tarifs ; une seconde pour les intervenants locaux ; et une troisième pour les procédures d'enquête et reliées aux contraventions aux lois. AUC, *Rule 009*. AUC, *Rule 015*, *Rules on Costs of Investigations, Hearings, or Other Proceedings Related to Contraventions*, 30 septembre 2008, www.auc.ab.ca. AUC, *Rule 022*.

¹⁴⁴ California Insurance Code §1861.10 (2007) (a).

¹⁴⁵ Cal. Code of Reg. Tit. 28. § 1010. (d) (1) .

¹⁴⁶ IPUC, *Rules of procedure*, Rule 161.

¹⁴⁷ Minn. Stat. Ann. § 216B.16 subd. 10 et § 237.075 subd. 10. Minnesota Administrative Rules, Ch 7831.

5.3 Calcul des montants pouvant être octroyés

Il y a deux grandes manières d'établir les montants qui peuvent être octroyés pour rembourser les frais de participation : selon une échelle de récupération des frais ou selon le « taux du marché ».

La plupart des tribunaux ont adopté des échelles de récupération des frais qui établissent les montants en vertu desquels les réclamations sont jugées raisonnables. Ces échelles traitent distinctement les frais et les dépenses¹⁴⁸. Pour ces dernières, on exige généralement de joindre à la demande les factures et les reçus; les dépenses effectivement effectuées seront remboursées, celles qui sont reliées à l'hébergement, au kilométrage effectué en voiture ou aux photocopies étant toutefois plafonnées. Les frais seront le plus souvent remboursés sur une base horaire et calculés à partir d'une grille de tarifs qui établit des taux applicables pour les différentes fonctions exercées par ou pour le participant (experts, analystes, avocats, etc.) et selon l'expérience ou l'expertise de celui pour qui des frais sont réclamés. On retrouve de telles échelles de récupération de frais dans toutes les institutions canadiennes considérées ici, généralement en annexe de guides de participants ou des règles de procédures en matière d'adjudication de frais¹⁴⁹.

Notons toutefois que les barèmes utilisés par le YUB se distinguent en ce qu'ils ne prévoient aucune modulation des honoraires. Seul un taux horaire maximum est prescrit (225 \$ / heure), valide tant pour les avocats et que pour les experts. Celui qui demande le remboursement de ses frais devra donc, dans sa demande de remboursement, justifier le nombre d'heures pour lesquelles il demande à être rémunéré, mais non les tarifs demandés pour tel et tel intervenant. Il faut toutefois préciser que le *Board* a discrétion pour réviser, en cas de circonstances exceptionnelles, les tarifs qu'il pourra accorder – on notera que ces tarifs ont été établis en 1995¹⁵⁰. Par ailleurs ces règles ne comportent aucune mention explicite des montants qui peuvent être demandés pour la participation de l'intervenant lui-même (par exemple pour un analyste à l'interne).

D'autres instances, plutôt que d'établir des tarifs, évalueront les demandes de remboursement de frais en regard du « taux du marché ». C'est l'approche qui a été retenue essentiellement en Californie, où la CalPUC, le CID et le DMHC ont la même pratique. Comme les règles qu'ils appliquent en matière d'adjudication de frais prévoient le remboursement de frais raisonnables, les honoraires demandés ne devront pas excéder le taux du marché, soit l'équivalent de ce qui serait payé à quelqu'un pour des tâches, une formation et une expérience équivalentes dans les zones métropolitaines de Los Angeles et de San Francisco¹⁵¹. Mark Savage, de *Consumers Union*, explique comment ce critère de taux du marché est mis en œuvre :

¹⁴⁸ Michael Janigan, « Practice Directions on Cost Awards : Comments of the Vulnerable Energy Consumers Coalition », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁹ En fait, nous n'avons pu trouver une telle échelle pour la RSPM, mais ses règles de procédures l'autorisent à « établir un tarif d'honoraires et de débours aux fins de l'adjudication des dépens aux parties. » RSPM, *Règles de pratiques*, art. 46.

¹⁵⁰ Du moins, d'après la version des *Rules of Practices* que l'on retrouvait sur le site web du YUB en date du 18 février 2011. YUB, « Schedules 1 : scale of costs », *Rules of Practices*.

¹⁵¹ Cal. Pub. Util. Code §1806. Cal. Code. Reg. Tit. 10, §2661.1 (C). Cal. Code. Reg. Tit. 28 §1010 (b) (3).

The evidentiary standard for prevailing market rates is clear and well-established. One submits declarations by each attorney explaining the hourly rate requested and the attorney's skills, qualifications, and experience. One submits declarations by independent attorneys setting forth the prevailing market rate in the community for attorneys of comparable skill and qualifications. One may also submit evidence of rates awarded in other, comparable cases¹⁵².

Les règles du CID et du DMHC ajoutent une exigence supplémentaire intéressante :

Any party questioning the market rate or reasonableness of any amount set forth in the request shall, at the time of questioning the market rate or reasonableness of that amount, provide a statement setting forth the fees, rates, and costs it expects to expend in the proceeding.¹⁵³

L'IPUC et la MPUC ont de leur côté plafonné les frais pouvant être adjugés. Dans le premier cas, ils ne peuvent excéder 40 000 \$ par audience pour l'ensemble des intervenants. À la MPUC, ils sont plafonnés à 50 000 \$ par intervenant par audience en énergie et à 20 000 \$ pour les audiences de télécommunications¹⁵⁴.

5.4 Exigences procédurales : détermination d'admissibilité et demandes de frais

Les exigences procédurales liées à la participation aux processus devant les différentes instances et à l'adjudication de frais de participation sont assez nombreuses, remplissent des fonctions variées et se présentent à différents moments.

Avant d'entrer le détail, voici une liste des principales exigences procédurales liées à l'adjudication de frais que l'on retrouve dans les commissions, régies et *boards* examinés. Les différents paramètres possibles ne se retrouvent pas tous dans les mêmes organismes. Les organismes qui retiennent certains de ces paramètres ne leur donnent pas nécessairement les mêmes noms, et les caractéristiques propres à chaque paramètre peuvent varier.

Nous présentons ces paramètres selon leur ordre d'apparition dans le déploiement logique d'un processus d'audience.

- 1) Demande du statut d'intervenant et d'admissibilité aux frais:** les groupes d'intérêt qui souhaitent intervenir dans une audience spécifique doivent le signaler et s'enregistrer auprès du régulateur (nous n'entrerons pas dans le détail des critères d'admissibilité au statut d'intervenant, ce qui est différent de l'admissibilité à l'adjudication de frais). Souvent, cette exigence procédurale prend la forme d'un formulaire de demande d'intervention.

¹⁵² Mark Savage, « Comments and Recommendations on the Commission's Order Instituting Rulemaking and Investigation On behalf of Spanish Speaking Citizen's Foundation National Council Of La Raza Oakland Chinese Community Council », Rulemaking on the Commission's Intervenor Compensation Program, R.97-01-009, San Francisco, California, 31 mars 1997, p. 8.

¹⁵³ Cal. Code. Reg., Tit. 28 §1010 (e) (5). Cal. Code. Reg., Tit. 10, §2 662.3 (g).

¹⁵⁴ IPUC, *Rules of procedure*, Rule 165 (01). Minn. Stat. Ann. 216B.16 subd. 10 et 237.075 subd. 10. Minn. Rules CH. 7831.

À cette procédure gouvernant l'octroi du statut d'intervenant durant l'audience s'ajoute, pour certains tribunaux, une autre procédure gouvernant l'octroi du statut de partie admissible au remboursement des frais de participation. Cette procédure de détermination préalable d'admissibilité au remboursement des frais vise à faire en sorte que l'intervenant désirent réclamer des frais à la fin d'une audience doit démontrer, avant le début de cette dernière, qu'il répond aux critères d'admissibilité qui lui permettront d'obtenir tel remboursement.

- 2) **Budget prévisionnel** : l'avis d'intention de réclamer des frais s'accompagne parfois – ou prend parfois carrément la forme – d'un budget prévisionnel dans lequel l'intervenant devra indiquer l'étendue de sa participation, ainsi que les frais et dépenses qu'il prévoit devoir engager dans le cadre de cette participation.
- 3) **Demande de remboursement de frais** : c'est après l'audience, une fois que la cause est entendue et que les interventions des parties sont complétées, que les participants doivent présenter une demande de remboursement de frais aux régulateurs, comprenant factures et preuves des frais et dépenses engagés.

Voyons maintenant ce qu'il en est de chacune de ces procédures dans les organismes de régulation considérés.

5.5 Demande du statut d'intervenant, déclaration préalable d'admissibilité aux frais et budget prévisionnel

Certains organismes imposent des exigences procédurales gouvernant l'octroi du statut d'intervenant, qui sont une formalité à remplir de façon périodique. À la RÉQ, par exemple, on exige une « déclaration annuelle » dans laquelle toute personne morale qui intervient devant la Régie doit indiquer son intérêt général à intervenir et les intérêts qu'elle entend représenter durant les audiences. Cette déclaration doit être accompagnée d'une résolution de son conseil d'administration précisant, notamment, sa nature juridique, sa mission, sa composition, et la teneur du mandat confié à son représentant¹⁵⁵.

Dans ce cas, il s'agit de clarifier l'admissibilité au statut d'intervenant – mais pas nécessairement aux frais – durant les audiences.

Sur un modèle semblable de déclaration valide pour toutes les audiences tenues à l'intérieur d'une durée déterminée, le CID et le DMHC exigent que les intervenants qui souhaitent obtenir remboursement de leurs frais dans une audience remplissent une demande de détermination préalable d'admissibilité¹⁵⁶. Dans ce cas-ci, il s'agit de l'admissibilité aux frais, et non de l'admissibilité à l'octroi du statut d'intervenant. Outre diverses formalités relatives au statut et aux coordonnées, il s'agit à ce stade de démontrer en quoi la partie qui dépose la demande représente effectivement l'intérêt au bénéfice duquel il entend faire des représentations. Le demandeur pourra remplir cette obligation, par exemple, en démontrant qu'il est « a group organized for the purpose of consumer protection as demonstrated by, but is not limited to, a history of representing consumers in administrative, legislative or judicial proceedings¹⁵⁷. » Le CID demandera également que soient présentés les états financiers généraux des deux années précédentes.

¹⁵⁵ RÉQ, « Guide de paiement des frais », p.1.

¹⁵⁶ Cal. Code. Reg., Tit. 28, §1010 (c). Cal. Code. Regs, Tit.10, §2662.2.

¹⁵⁷ Cal. Code. Reg, Tit. 28, §1010 (b) (6). Cal. Code. Reg. Tit.10, § 2661.1 (j).

Dans ces deux organismes, une détermination d'admissibilité au remboursement des frais est valide pour toutes procédures devant l'autorité visée durant les deux ans qui suivent et cette demande de reconnaissance peut être déposée à n'importe quel moment, indépendamment des procédures en cours. Soulignons qu'une détermination d'admissibilité ne garantit pas à l'intervenant qu'il recevra des frais de participation, mais permet de vérifier que les critères formels sont remplis et qu'il pourra à tout le moins les demander.

Dans tous les organismes, les parties doivent, pour être autorisées à faire des représentations, demander au préalable le statut d'intervenant.

La RÉQ, l'AUC, la BCUC, la RSPM, le DMHC, le CID, la CalPUC exigent tous que les intervenants qui entendent réclamer des frais de participation signalent leur intention à cet effet en annexant à leur demande d'intervention un budget prévisionnel annonçant et détaillant les dépenses prévues pour soutenir leur intervention, et expliquant comment cette intervention se conforme aux critères d'admissibilité et d'octroi. Par la même occasion, les intervenants doivent annoncer les questions et les points du débat sur lesquels ils prévoient intervenir. Ces budgets prévisionnels n'engagent nullement le tribunal pour ce qui est de l'octroi des frais qui seront demandés ; il peut cependant arriver que le tribunal demande aux participants de présenter de nouveaux budgets, s'il estime que les frais prévus n'apparaissent pas raisonnables.

À la BCUB, les budgets prévisionnels seront évalués par le personnel de la Commission (et non par ses membres), qui répondra ensuite par une lettre d'évaluation qui a pour but d'indiquer aux participants les éléments du budget que les commissaires pourraient juger hors sujet ou non nécessaires¹⁵⁸. Cet avis n'est pas contraignant pour la Commission et n'a pour but que de permettre aux participants une planification plus adéquate.

La MPUC a récemment simplifié ses procédures, éliminant la détermination préalable d'admissibilité pour les procédures impliquant des entreprises d'énergie¹⁵⁹. La nouvelle version du texte législatif a éliminé l'exigence de présenter avant l'audience la demande préalable qui devait inclure un budget détaillé des dépenses prévues. Les participants peuvent maintenant ne détailler que leurs dépenses effectives et les frais réclamés, et ce, après l'audience, dans une seule demande dans laquelle ils devront également démontrer qu'ils remplissent les autres critères¹⁶⁰. Pour les audiences tarifaires en télécommunication, beaucoup plus rares, les déterminations préalables d'admissibilité sont toujours nécessaires et requièrent notamment le dépôt d'états financiers très détaillés¹⁶¹.

L'IPUC, l'OEB, le YUB, et le CRTC n'exigent aucun budget prévisionnel.

¹⁵⁸ BCUB, « Guidelines for cost awards », p. 3.

¹⁵⁹ Communication avec Robert C. Harding, Rates Analyst, Minnesota Public Utilities Commission, 2 novembre 2010.

¹⁶⁰ Minn. Stat. Ann. § 216B.16 subd. 10.

¹⁶¹ Minn. Rules CH. 7831. Communication de Robert C. Harding, Rates Analyst, Minnesota Public Utilities Commission, 2 novembre 2010. Communication de Pam Marshall, *Energy CENTS Coalition*, 2 novembre 2010.

5.6 Demande de remboursement de frais

Une fois l'audience terminée, les participants qui requièrent le remboursement de leurs frais doivent déposer leur demande en y joignant les preuves à l'appui et les documents requis : feuilles de temps, factures, etc. Le dépôt des demandes de frais devra généralement être fait à l'intérieur d'un certain délai suivant la date de la fin de l'audience ou de la décision (10 ou 30 jours).

Les compagnies réglementées par le tribunal et qui auront à payer les frais peuvent contester ou soumettre des commentaires sur les demandes de remboursement de frais des participants. Ces derniers peuvent ensuite généralement répondre à ces commentaires et apporter, le cas échéant, des précisions. Il semble que seuls les commissaires de la MPUC se voient imposer des délais stricts à l'intérieur desquels ils doivent rendre leur décision sur l'adjudication de frais (60 jours après le dépôt de la demande de remboursement)¹⁶².

Les demandes de remboursement de frais que les intervenants déposent à la fin de l'audience doivent indiquer pourquoi ils estiment qu'ils ont droit aux frais, c'est-à-dire expliquer qu'ils remplissent toutes les conditions d'admissibilité et que leur intervention s'est faite conformément aux critères d'octroi.

Les règles de procédures de certains organismes sont plus exigeantes que d'autres à cet égard. C'est le cas notamment de celles de l'AUC et de l'Idaho PUC. Par exemple, la demande d'adjudication de frais à l'Idaho PUC doit contenir de multiples déclarations : certains éléments sont standards (factures, listes de dépens et de frais engagés, classe de consommateurs représentés), mais d'autres étonnent davantage et requièrent des démonstrations qui peuvent être laborieuses. L'intervenant doit y expliquer en quoi les frais auraient constitué un fardeau significatif, démontrer en quoi les frais à recouvrer sont raisonnables, en quoi les positions et les divers éléments présentés étaient réellement différents des ceux présentés par le personnel de la commission et les autres intervenants, en quoi son intervention a abordé des enjeux pertinents pour l'ensemble des clients de l'entreprise¹⁶³.

Également très exigeantes, les règles de l'AUC affirment clairement que le fardeau de démontrer et celui de fournir toutes l'information et les preuves nécessaires à l'évaluation de la demande de frais reposent sur les épaules de l'intervenant qui demande le remboursement de ses frais¹⁶⁴.

La MPUC exige de son côté que l'intervenant dépose des états financiers très détaillés afin d'établir, sur la base de ceux-ci, si le fait de ne pas recevoir de frais de participation représenterait réellement un fardeau financier, l'évaluation se faisant sur la base du ratio du montant des frais dont le remboursement est demandé sur les fonds non attribués (« unrestricted funds ») de l'organisation¹⁶⁵.

Plusieurs organismes mettent à la disposition des intervenants les formulaires nécessaires pour la présentation des budgets et des demandes de remboursement de frais, et ce, en vue de faciliter autant le processus de demande que celui de l'évaluation. La forme des formulaires peut varier beaucoup d'un endroit à l'autre, des formulaires en format électronique de plusieurs

¹⁶² Minn. Stat. Ann. §216B.16 subd. 10 (j).

¹⁶³ IPUC, *Rules of Procedure*, Rule 162.

¹⁶⁴ AUC, *Rule 022*, appendix C (2).

¹⁶⁵ Minn. Stat. Ann. §216B.16 (sub 10) (d) (2)

pages conçus dans des logiciels-tableurs¹⁶⁶ à d'autres beaucoup plus simples. À cet égard, la Régie des services publics du Manitoba offre certainement un exemple de simplicité, comme en témoignent les deux figures suivantes, qui présentent les deux pages du formulaire de demande à utiliser pour les demandes de remboursement de frais à la RSPM¹⁶⁷.

Figure 1.
Formulaire de la RSPM
« RÉSUMÉ DU BUDGET ET DES DÉPENS DE L'INTERVENANT » (page 1)



« ANNEXE II »

RÉSUMÉ DU BUDGET ET DES DÉPENS DE L'INTERVENANT

À utiliser pour préparer un budget pour la Formule de demande d'intervention, point 10, et pour présenter une demande d'adjudication des dépens.

PAGE 1 DE 2

| | | |
|----------------------------|---------------|------------|
| Auteur du résumé : | | Date : |
| Audience : | | |
| Période en cause : | | |
| Nom de l'intervenant : | | |
| Personne(s)-ressource(s) : | | |
| Adresse : | | |
| Numéro de téléphone : | bureau : | domicile : |
| | | |
| | télécopieur : | courriel : |
| | | |

Voir Dépens à la page 2.

¹⁶⁶ On peut consulter les formulaires de la Régie de l'énergie du Québec à l'adresse suivante : www.regie-energie.qc.ca/regie/fraisIntervenants.html (RÉQ, « Frais des intervenants », 6 octobre 2010).

¹⁶⁷ Il s'agit en fait de la seconde page du formulaire à utiliser tant pour les budgets préliminaires que pour les demandes finales. La première page consigne seulement les coordonnées de l'intervenant.

Figure 2.
Formulaire de la RSPM
« RÉSUMÉ DU BUDGET... » (page 2)
HONORAIRES – facturés par des avocats ou des experts

PAGE 2 DE 2

| | | | | DÉPENS |
|-----------------------------|--------|-------|-------|---------------|
| PRÉPARATION : | Heures | Jours | Tarif | |
| COMPARUTION : | Heures | Jours | Tarif | |
| PLAIDOIRIE ET RÉPLIQUE | Heures | Jours | Tarif | |
| TOTAL DES HONORAIRES | Heures | Jours | | |

DÉBOURS

| | | | | DÉPENS |
|----------------------------|-----------------|-----------|------------------|---------------|
| DÉPLACEMENTS EN AUTOMOBILE | kms | | Tarif applicable | |
| AUTRES DÉPLACEMENTS | | | | |
| HÉBERGEMENT | Nombre de nuits | | Tarif applicable | |
| REPAS | Nombre | | | |
| DIVERS | Taxis | Téléphone | Fournitures | |
| TOTAL DES DÉBOURS | | | | |

| | |
|--|--|
| TOTAL DES HONORAIRES ET DES DÉBOURS | |
|--|--|

N.B. : Il est obligatoire de joindre des reçus en rapport avec tous les débours.

Source : « ANNEXE II » in RSPM, *Règles de pratique et de procédure*, version révisée du 14 mars 2007, <http://www.pub.gov.mb.ca/>.

5.7 Types de frais remboursables

Étant donné que les participants d'intérêt public ne disposent souvent pas ou ne disposent que de très peu de liquidités, et que les décisions en matière d'adjudication de frais ne viennent qu'après la fin de procédures qui peuvent durer plusieurs mois, les règles de fonctionnement de certains tribunaux administratifs peuvent prévoir deux autres modes d'octroi d'aide financière susceptibles de pallier cette difficulté, soit les avances de fonds et les frais intérimaires.

Seule l'AUC permet le versement d'avances de fonds. L'avance de fonds peut être versée avant le début d'une audience aux groupes ou aux personnes admissibles qui auront démontré

que, sans cette avance de fonds, ils n'auraient pas les ressources nécessaires pour préparer une participation adéquate aux procédures concernées¹⁶⁸.

Les règles de la plupart des autres organismes canadiens autorisent le versement de frais intérimaires ou provisoires (seuls la RSPM et le YUB ne sont pas autorisés à le faire). Les frais intérimaires peuvent être accordés lorsqu'une procédure – ou le temps pour rendre les décisions finales sur les demandes de frais – s'étire anormalement. Ils sont accordés de manière à alléger le fardeau financier des intervenants qui n'ont pas toujours le loisir d'attendre les décisions du tribunal pour payer leurs factures.

Les avances de fonds et les frais intérimaires ne sont pas des sommes qui sont *acquises* par l'intervenant qui les reçoit. Ils seront déduits des frais dont le remboursement est accordé en fin de procédure. Dans l'éventualité où l'application des critères d'octroi ferait passer sous le seuil des frais intérimaires consentis le remboursement auquel l'intervenant aurait réellement droit, ce dernier pourra se voir dans l'obligation de rembourser une partie (voire la totalité, si le tribunal n'accepte de lui rembourser aucuns frais de participation) des frais qui lui ont été accordés de façon intérimaire.

Nous avons passé en revue les différentes modalités d'organisation de l'adjudication de frais que l'on retrouve dans les règles de procédures de douze organismes de régulation économique nord-américains. Les critères d'admissibilité, les critères d'octroi, les exigences procédurales, les types d'audiences pour lesquelles les remboursements de frais sont disponibles ainsi que les types de frais ainsi remboursés se déclinent évidemment de multiples façons : lesquelles sont plus à même d'encourager la participation des groupes d'intérêt public et d'assurer que cette participation soit efficace? La section qui suit tentera de proposer des éléments de réponse à cette question.

¹⁶⁸ AUC, *Rule 022*, art. 7.

6 MEILLEURES PRATIQUES

Nous avons vu dans les sections précédentes les objectifs, les motifs et les justifications qui guident la mise en place de processus d'adjudication de frais en faveur des groupes d'intérêt public dans les tribunaux de régulation économique. Qualité du processus décisionnel, participation et adhésion du public, équité, atténuation de l'asymétrie des ressources entre les entreprises réglementées et le public, etc. – voilà quelques-uns des avantages qui découlent d'une participation effective et adéquate des groupes d'intérêt public. Or, comme nous l'avons vu, cette participation n'est rendue possible que par le biais de mesures qui permettent à ces groupes de disposer des ressources suffisantes pour une telle participation.

Nous avons passé en revue les différentes modalités possibles d'organisation des règles gouvernant l'adjudication de frais. Dans la présente section, nous proposons maintenant de tenter d'identifier les meilleures pratiques, soit celles qui semblent les plus aptes à permettre l'atteinte des objectifs pour lesquels de telles règles sont mises en place, soit une meilleure participation des groupes d'intérêt public aux différents processus devant les tribunaux de régulation économique.

6.1 Guide de participation

La clarté des règles du jeu pour tout ce qui concerne la participation des groupes d'intérêt public et leur droit au remboursement de leurs frais est importante pour permettre une implication des groupes d'intérêt public dans les procédures réglementaires qui soit efficace et productive. Des règles claires éviteront de faire gaspiller temps et ressources à des organisations qui sont aidées justement à cause de la pauvreté de leurs moyens, aussi bien qu'aux instances devant lesquelles ces groupes désirent intervenir en vue d'améliorer le processus décisionnel.

À cet égard, exposer dans un guide destiné aux participants les procédures, les diverses modalités de l'adjudication de frais, ainsi que les attentes des membres de l'autorité constituée certes une bonne pratique. Les règles applicables – qui se retrouvent parfois dans la loi habilitante, parfois dans les règles de procédures, et souvent dans les deux – sont complexes et souvent équivoques. Les attentes des membres de l'organisme, l'interprétation qu'ils font des règles leur conférant le pouvoir d'adjudication de frais ainsi que les façons de faire qui sont devenues les normes ne peuvent être compris spontanément par les participants. Leur reformulation dans un document clair, homogène, qui laisse place, au besoin, à des explications plutôt qu'aux seules dispositions légales, permet de clarifier et d'améliorer le processus.

Un processus et des documents plus clairs sont aussi plus à même d'encourager et de faciliter la participation de nouveaux acteurs. Vu les ressources restreintes dont disposent les groupes d'intérêt public, la prévisibilité constitue un enjeu majeur : avant d'engager des ressources, qu'elles soient internes (les analystes qui étudieront et traiteront le dossier) ou externes (les procureurs et les experts, par exemple), les organismes doivent pouvoir prévoir avec un certain degré de certitude les frais qui pourront leur être remboursés.

On inclura idéalement dans un tel document des précisions sur l'interprétation des critères d'octroi de frais et des dépenses, sur ce qui est couramment reconnu comme étant raisonnable et nécessaire. On y retrouvera aussi, notamment, des instructions sur la façon de compléter et

de produire les formulaires, les budgets et les demandes de frais, ainsi que des précisions sur comportements attendus dans les audiences, etc.

6.2 Critères d'admissibilité

Il apparaît difficile de déceler en matière de critère d'admissibilité une pratique qui pourrait être considérée comme meilleure sans égard aux caractéristiques particulières de l'organisme de régulation économique auquel s'appliquent ces règles d'admissibilité.

Il est certain que, comme les frais de participation représentent des coûts qui sont payés en fin de compte par les consommateurs, les seules interventions admissibles pour ce qui est du remboursement des frais devraient être les interventions utiles. Les critères qui limitent aux interventions utiles, nécessaires et productives l'admissibilité au remboursement des frais semblent donc parfaitement fondés.

La participation des groupes représentant les utilisateurs-payeurs dans les audiences réglementaires est une question d'équité fondamentale, d'une part parce que les consommateurs financent de toute façon la défense d'intérêts contraires aux leurs et, d'autre part, à cause du déséquilibre de force extraordinaire qui existe entre les entreprises réglementées et organismes à but non lucratif que sont les groupes de défenses des consommateurs, qui ne disposent que de très maigres ressources. Garantir spécifiquement la participation de ces derniers est et devrait rester un objectif fondamental d'une politique d'adjudication de frais, et les critères d'admissibilité devraient le reconnaître explicitement.

Du même coup, les règles gouvernant l'adjudication de frais doivent prévoir que l'intervenant qui prétend représenter les consommateurs aura à appuyer une telle affirmation, de manière à ce que n'importe qui ne puisse s'improviser représentant des consommateurs. À cet effet, un groupe représentant des consommateurs devrait pouvoir démontrer – comme le prévoient notamment les règles de la CalPUC – un historique de travail de représentation en ce sens, une réputation et des positions publiques permettant une certaine imputabilité, ainsi que le fait qu'il possède des structures et des mécanismes lui permettant de connaître les intérêts et les préoccupations des consommateurs

Le besoin de l'adjudication de frais se justifie notamment parce qu'elle permet, en donnant à d'autres intervenants la possibilité de participer aux processus, d'accroître la base d'information, de points de vue et d'expertises à partir desquels sont prises les décisions, et donc, parce qu'elle permet aux organismes réglementaires de rendre de meilleures décisions. Par conséquent, il est fondamental que les critères d'admissibilité aux ordonnances de frais prévoient un critère d'intérêt public qui permette à des groupes de la société civile qui présentent autant de points de vue que possible de participer aux audiences lorsque leur perspective et leur expertise sont susceptibles d'enrichir le processus décisionnel.

L'octroi de frais de participation ne doit absolument pas, par contre, servir, sous couvert de participation du public, à financer des lobbys dont la mission est de défendre des intérêts économiques et commerciaux particuliers. Les organisations industrielles sectorielles et patronales sont des organisations qui peuvent disposer de financement autonome et des ressources nécessaires pour effectuer les représentations liées à la défense de leurs intérêts ou de ceux de leurs commettants.

Les règles d'admissibilité au remboursement des frais devraient donc idéalement voir à exclure systématiquement ce genre d'intérêts. Certaines des règles adoptées par (ou pour) les diverses instances étudiées peuvent, selon l'application qui en sera faite, avoir pour effet de les exclure. On pense notamment au critère de « besoin » ou « de fardeau financier significatif » ; vu les ressources à leur disposition et les avantages financiers qu'ils peuvent à terme tirer de cette participation, ces groupes d'intérêts devraient logiquement être exclus. Il demeure que ces critères sont ouverts à interprétation et que des règles expresses assureraient d'éviter certains débordements. Les critères d'intérêt assez larges qui seraient compensés par des restrictions plus explicites seraient en ce sens à favoriser.

Au contraire, un critère de besoin qui limiterait l'accès sur la base que d'autres sources de financement sont disponibles aux groupes d'intérêt public ne nous semble pas adéquat. Comme nous le mentionnions, les sources de financement de ces groupes sont généralement assez limitées ; les conditions d'équité que remplit le paiement des frais par les entreprises réglementées devraient au contraire faire en sorte que ce type de financement pour la participation des groupes d'intérêt public aux instances devrait être privilégié aux autres sources de financement auxquelles peuvent avoir accès ces groupes. L'accès à ces autres sources de financement leur restera ainsi ouvert pour des projets ou des actions pour lesquels il n'existe pas de modèle de financement aussi équilibré que peut l'être le remboursement des frais de participation dans le cadre des audiences d'organismes de réglementation.

Enfin, lorsque des projets d'infrastructure comportent des risques pour la santé, l'environnement et les conditions socioéconomiques de collectivités et d'intérêts locaux, il apparaît raisonnable que l'entreprise réglementée qui demande une autorisation (et qui profitera dudit projet) doive assumer les frais liés à la participation des intérêts locaux qui risquent d'être affectés. L'asymétrie de ressources et l'équité la plus élémentaire commandent l'adjudication des frais liés à leur participation, qu'elle soit individuelle ou collective, aux audiences de l'organisme de régulation.

En somme, pour ce qui est des intérêts admissibles, une formulation du type de celle qui a été retenue dans le cas de l'*Ontario Energy Board* nous apparaît comme idéale, notamment en ce que les règles d'admissibilité se distinguent nettement des règles d'octroi. Elles prévoient explicitement les trois cas de figure en vertu desquels l'OEB peut reconnaître un intérêt admissible au remboursement des frais (représenter principalement les intérêts directs des consommateurs, représenter un intérêt public pertinent à la mission de la régie, représenter des personnes avec un intérêt dans des terres qui seront affectées par la demande) et excluent expressément les différents acteurs du marché de l'énergie, publics ou privés¹⁶⁹.

Les règles de l'AUC, plus précises encore à cet égard, excluent pour leur part explicitement les « business, commercial, institutional, or industrial entities including associations of these entities¹⁷⁰ ».

À défaut d'un critère de besoin et vu les possibles limites liées à l'évaluation de ce type de critère, une telle liste d'exclusions apparaît bienvenue.

¹⁶⁹ OEB, « Practice Direction On Cost Award », art. 3.03 et 3.05. On notera que le *Board*, au moment de la détermination de l'admissibilité, pourra tenir compte de tout autre critère qu'il estime « *relevant to the public interest* », et qu'il pourra considérer, dans des circonstances particulières, qu'une partie qui serait visée par la liste d'exclusions a tout de même droit au remboursement de ses frais.

¹⁷⁰ Les règles de l'AUC ont cependant cette particularité qu'on y retrouve un critère de besoin ET l'une des plus larges listes d'exclusions. AUC, *Rule 022*, art. 4.

Comme les règles d'admissibilité visent après tout à permettre la participation d'organisations qui n'interviendraient pas autrement et dont l'intervention pourrait permettre d'apporter un éclairage utile sur le sujet à l'étude, il ne semble pas nécessaire d'imposer trop de limitation a priori aux commissaires, régisseurs et « *Board members* » qui auront à trancher sur l'admissibilité au remboursement des frais, d'autant plus que les critères d'octroi assurent un contrôle *a posteriori* sur les caractères utiles et nécessaires de la participation des intervenants d'intérêt public.

En ce qui a trait aux « intervenants locaux », un critère du type de celui de l'OEB devrait toutefois être élargi de manière à ce qu'il ne soit pas lié exclusivement à la propriété d'une terre. Toute personne qui, habitant un espace susceptible d'être affecté par un projet d'infrastructure, se voit soumise à des risques environnementaux, de santé ou économiques accrus devrait en effet avoir accès aux moyens permettant d'effectuer une représentation adéquate de ses intérêts.

6.3 Critères d'octroi

Les critères d'octroi sont indispensables en vue d'assurer que les frais que devront assumer en fin de compte les consommateurs seront utilisés à bon escient et de manière productive. Toutes les instances examinées appliquent d'ailleurs de tels critères relativement à l'octroi des frais; les critères qu'appliquent ces instances se recoupent d'ailleurs sur plusieurs points.

Peu importe les critères retenus, la pratique idéale consiste à formuler ces critères d'octroi de façon large, afin d'assurer que le but visé par l'octroi de frais, soit de rembourser aux intervenants d'intérêt public les frais qu'ils n'auraient pas les moyens d'assurer autrement, est atteint. La principale raison d'être de cette incitation à la participation étant de permettre aux décideurs de profiter d'un apport qui est nécessaire à une meilleure exécution de leur mandat, les critères d'octroi tiendront compte, idéalement, de l'utilité de la participation, de la participation responsable de l'intervenant et de sa contribution à une meilleure compréhension des enjeux.

Pour respecter le critère d'équité, les règles pourront prévoir que les frais remboursables sont ceux qui étaient utiles et nécessaires.

Comme nous le mentionnions, ces types de critères ont été retenus par la plupart des instances.

La meilleure pratique dans l'élaboration de ces critères d'octroi sera celle qui permet une interprétation large des conditions d'octroi, mais qui énoncera ces critères de façon suffisamment claire, afin d'assurer que leur application n'est pas arbitraire, et afin d'assurer aux intervenants à qui ces règles s'appliqueront *a posteriori* puissent savoir avec un certain degré de certitude, et ce, au moment de son intervention, quelles règles seront appliquées au moment du traitement de sa demande de remboursement de frais, et comment elles seront appliquées. Outre le fait que cette prévisibilité des frais nous apparaît comme un critère essentiel quand il s'agit d'encourager la participation, l'absence de prévisibilité aurait comme effet pervers non seulement de créer chez les intervenants des attentes qui risqueraient d'être déçues, mais de les appauvrir du fait de leur participation, lorsque des ressources auront, de bonne foi, été engagées qui ne seront pas en fin de compte compensées.

La formulation de certains éléments qui seront considérés par les décideurs dans leur évaluation du respect des critères d'octroi apparaît donc susceptible de favoriser la prévisibilité des ressources auxquelles les intervenants auront accès. Une formulation qui adopte une approche négative, *a priori* suspicieuse des groupes d'intérêt public, comme autant de motifs potentiels de reproche nous apparaît déplacée et mal avisée. Une pratique qui adopte, à l'instar des formules plus générales que l'on retrouve dans le Guide des participants de la Régie de l'énergie du Québec, un énoncé du genre de comportements qui sont attendus nous apparaît nettement préférable et plus susceptible de permettre aux décideurs de s'attarder à apprécier les qualités de l'intervention – plutôt que de chercher des motifs pour refuser le remboursement des frais.

Contrairement aux frais dans le monde des poursuites civiles, l'adjudication de frais de participation n'a pas de fonctions punitives. Il s'agit de lever les obstacles à la participation et d'encourager les groupes d'intérêt public à intervenir pour enrichir de leurs perspectives et de leur expertise le processus. Par conséquent, la meilleure formulation de l'interprétation à donner des critères qui visent le caractère « utile » ou « significatif » d'une intervention est celle qui est prévue aux règles du DMHC et du CID : seront jugées utiles et significatives les interventions qui permettent d'élargir la base d'information et de points de vue à partir desquels les membres de l'autorité peuvent prendre une décision. L'appréciation de l'utilité d'une intervention qui serait basée sur le « succès » qu'auraient pu avoir les représentations d'un intervenant (on pense ici à l'obligation que le décideur ait retenu dans sa décision finale une partie des éléments amenés par l'intervenant) devrait à notre avis être écartée absolument. Le type de processus pour lequel sont prévus les octrois de frais de participation n'est pas, rappelons-le, contradictoire. Les groupes d'intérêt public aimeraient bien entendu convaincre. Telle n'est pas toutefois la finalité que doit chercher dans leurs interventions le tribunal qui déterminera le montant des frais qui leur seront octroyés. Les positions impopulaires et les faits et analyses que le décideur pourrait préférer ne pas entendre et qu'il ne retiendra pas doivent tout de même permettre à celui qui les aura soumis de voir son travail compensé par l'octroi des frais réclamés, si ce travail a été pertinent, compétent et appliqué.

6.4 Exigences procédurales

Les groupes d'intérêt public ont, répétons-le, des ressources rares et limitées. Les exigences procédurales auxquelles ces intervenants doivent se plier leur demandent du temps pour lequel ils ne peuvent réclamer de frais de participation et qu'ils ne peuvent consacrer à d'autres activités. Si le design du processus d'adjudication de frais doit être rigoureux et qu'il dépendra des façons de faire propres à chaque organisme, les exigences procédurales en matière d'adjudication des frais devraient toutefois être limitées à ce qui est strictement nécessaire.

Dans plusieurs cas, ces exigences procédurales devraient être réévaluées à la lumière d'une analyse coûts/bénéfices. Par exemple, les budgets prévisionnels aident-ils réellement à une meilleure planification de l'utilisation des ressources? Limiter les exigences procédurales à une requête pour obtenir le statut d'intervenant (qui servirait du même coup à déterminer l'admissibilité au remboursement des frais) et à une demande de frais déposée après l'audience apparaît dans ce sens être la meilleure pratique. C'est celle qui a été adoptée par le CRTC, l'OEB et le *Yukon Utilities Board*.

Exiger, comme le fait l'*Idaho Public Utilities Commission*, que l'intervenant fasse une démonstration détaillée de sa conformité à chacun des critères d'octroi et qu'il produise moult preuves de son admissibilité aux frais (en ce qui a trait aux facteurs économiques) nous

apparaît tout à fait contre-productif. L'imposition de ce surcroît de travail pourrait en effet n'être souvent pas nécessaire : les membres de l'autorité ou les entreprises réglementées pourraient souvent reconnaître spontanément le droit de l'intervenant aux frais demandés. Les décideurs et les entreprises peuvent, si nécessaire, demander plus de précisions ou contester les réclamations soumises par l'intervenant – ce ne sera qu'à ce moment que la surcharge de travail sera, le cas échéant, pertinente.

Dans le but de concilier la nécessité de s'assurer que les frais adjugés sont justifiés avec l'objectif de maintenir un processus efficace qui n'impose pas un fardeau inutile à des organismes d'intérêt public à but non lucratif, il apparaît que la meilleure pratique consiste à ne demander que figure dans les demandes de remboursement de frais que l'information absolument nécessaire à leur évaluation par les commissaires (les facteurs et autres preuves attestant des dépenses et des frais engagés); les décideurs ont, de toute façon, vu l'intervention du participant et sont le plus à même de déterminer s'ils sont justifiés.

La contrepartie à cette pratique souple est que, comme c'est déjà le cas partout où l'on adjuge des frais de participation, les décideurs peuvent demander des précisions supplémentaires alors que les entreprises qui auront à assumer ces frais peuvent contester les réclamations des intervenants. Ainsi, pour les demandes de frais évidentes sur lesquels les parties (entreprises et intervenant) et les commissaires peuvent s'entendre facilement, le fardeau administratif peut être réduit au minimum nécessaire. Au besoin, lors des cas plus litigieux et disputés, on pourra de toute façon obtenir sans peine obtenir toute l'information nécessaire en contestant les demandes.

Toujours dans l'optique de simplifier et d'accélérer le processus, l'usage des formulaires à remplir fournis aux intervenants est certainement une excellente pratique, facilitant et accélérant le travail des intervenants aussi bien que celui des décideurs. Ces formulaires ne requerront bien sûr idéalement que l'information pertinente nécessaire. La Régie des Services Publics du Manitoba, qui utilise le même formulaire extrêmement simple et clair tant aux fins du budget prévisionnel et la demande de remboursement de frais est, à cet égard, un véritable parangon de simplicité et d'efficacité.

6.5 Calcul des montants octroyés

Si l'adjudication de frais doit favoriser l'équité et permettre de redresser un tant soit peu le déséquilibre fondamental qui existe entre consommateurs (ou citoyens) et entreprises dans les secteurs réglementés, et que la participation des groupes d'intérêt public dans le processus améliore la qualité de ces processus et des décisions rendues, on voit mal pourquoi consommateurs et citoyens ne devraient pas avoir accès aux mêmes outils et moyens pour défendre les intérêts qu'ils représentent que ceux dont disposent les entreprises soumises à l'autorité des organismes de réglementation économique. D'autant plus que, comme nous l'avons vu, ce sont les consommateurs qui paient aussi, par le biais de leur tarif, pour la défense d'intérêts contraires aux leurs.

Par conséquent, la pratique qui consiste à établir le caractère raisonnable de frais réclamés à partir des « taux du marché », que l'on retrouve dans les trois organismes californiens que nous avons étudiés, apparaît extrêmement porteuse. En outre, exiger – comme le font les règles du *California Insurance Department* et du *Department of Managed Health Care* – qu'une partie qui désire contester les honoraires réclamés par un intervenant produise devant le tribunal les

honoraires qu'il devra lui-même défrayer apparaît comme un mode d'application ingénieux du principe d'équité.

De telles pratiques en matière d'octroi de frais de participation apparaissent ainsi comme les meilleures pratiques, soit celles qui sont le plus à même de permettre la réalisation des promesses de l'adjudication de frais.

6.6 Frais intérimaires et avances de fonds

L'adjudication des frais est un processus qui ne peut, par définition, voir son aboutissement qu'après la toute fin de l'instance, ce qui peut parfois signifier plusieurs mois après que les premières dépenses aient été engagées. Or, puisque l'octroi des frais de participation vise à lever les obstacles à la participation d'organisations qui n'en auraient pas autrement les moyens, il importe de considérer que les groupes d'intérêt public pourront avoir besoin de ressources financières en cours d'instance parce qu'ils n'auront pas les moyens de les assumer même temporairement. Il serait donc important que les organismes de réglementation économique puissent octroyer des frais intérimaires pour aider les intervenants à couvrir les dépenses nécessaires à l'élaboration de leur intervention. Une intervention de qualité est une intervention dûment préparée. Encore faut-il avoir les ressources nécessaires pour effectuer une préparation adéquate.

La pratique de l'*Alberta Utilities Commission*, qui permet l'octroi d'avances de fonds, apparaît donc comme une excellente pratique qui mériterait d'être étendue aux autres organismes qui accordent le remboursement des frais.

La participation des groupes d'intérêt public ne doit pas avoir pour effet d'appauvrir les groupes d'intérêt public ; qu'un organisme de réglementation puisse exiger le remboursement de frais qui auraient été versés à titre d'avance de fonds ou de frais intérimaires risque toutefois d'avoir cet effet.

C'est pourquoi l'octroi d'avances de fonds ou de frais intérimaires devrait être limité à des montants qui sont acquis, de manière à éviter de faire peser sur des organismes à but non lucratif le risque de voir leurs autres missions mises en péril par une demande du tribunal de rembourser des sommes qu'ils auraient déjà engagées.

Puisqu'il s'agit de compensation financière destinée à permettre des interventions utiles et nécessaires, les frais intérimaires devraient donc être accordés sur la base de critères d'octroi stricts, soit pour couvrir une partie des dépenses engagées par un groupe d'intérêt public qui n'a que des ressources très limitées. Les demandes de frais intérimaires devraient justifier les frais engagés et le besoin de remboursement immédiat.

Quant aux avances de fonds, il y aurait peut-être lieu de s'inspirer des pratiques qui ont cours en matière d'AFI où, puisqu'il n'y a généralement pas de contrôle a posteriori de la qualité de l'intervention et du caractère nécessaire des frais et dépens réclamés, les critères et les exigences gouvernant l'admissibilité à l'aide financière avant l'audience sont plus stricts. Le cas échéant, il faudrait peut-être que les gouvernements compétents voient à mettre en place un programme d'AFI d'appoint, complémentaire au pouvoir d'adjudication de frais des tribunaux administratifs, qui permettrait l'octroi de ressources avant le début d'une procédure, de manière à permettre une préparation adéquate des groupes concernés.

Pour les mêmes raisons, imposer un délai maximum à l'intérieur duquel l'organisme réglementaire doit rendre sa décision en matière d'adjudication de frais, comme c'est le cas pour le *Minnesota Public Utilities Commission*, est une excellente pratique susceptible d'atténuer le fardeau financier et le poids du stress qui découle de l'incertitude qui persiste à l'égard des frais qui seront remboursés.

6.7 Type d'audience où des frais sont disponibles

L'intérêt public commande que les organismes réglementaires, quels que soient leur domaine de juridiction et les fonctions exercées, prennent des décisions qui soient les meilleures et donc les plus informées possible. Si des intérêts sont affectés par la décision d'un régulateur, ils devraient être en mesure de faire valoir devant lui leur point de vue et devraient, s'ils n'ont pas les moyens d'intervenir et que leur point de vue pouvait permettre une compréhension plus complète des enjeux, il faudrait que soient fournies à ces parties dans tous les cas les ressources nécessaires pour permettre une intervention adéquate auprès du régulateur.

Par conséquent, il n'y a pas *a priori* de raisons valables pour vouloir réserver l'adjudication de frais à certains domaines ou à certains types d'audiences. Comme c'est déjà le cas dans une majorité des organismes réglementaires étudiés, la meilleure pratique consiste simplement à permettre l'adjudication de frais dans tous les types de procédures, sans égard au domaine ou au type d'enjeux discutés.

Les critères d'admissibilité et d'octroi permettent de toute façon aux membres de l'autorité réglementaire de se prémunir contre les demandes frivoles et vexatoires, ainsi que d'évaluer les interventions qui sont utiles et qui contribuent à une meilleure compréhension. Des procédures bien conçues permettront de plus d'aviser adéquatement, avant coup, les organismes du type d'intervention qui sera susceptible de leur permettre de réclamer le remboursement des frais.

Par exemple, le fait que le CRTC ne puisse attribuer de frais de participation que dans les audiences en télécommunication apparaît aujourd'hui comme une absurdité au regard de l'extraordinaire intégration des domaines de la radiodiffusion et des télécommunications. Le fossé qui séparait jadis ces deux domaines est devenu largement obsolète avec les développements technologiques et surtout avec internet. Non seulement les fournisseurs d'accès internet (FAI) sont-ils les mêmes que ceux qui fournissent les services de téléphonie, mais les quatre géants canadiens en cette matière (Vidéotron, Bell, Rogers, Shaw) ont investi largement le domaine de la câblodiffusion avec l'objectif clair d'utiliser leur contrôle sur le contenu diffusé pour rendre leurs services de télécommunications plus attrayants. La tendance actuelle – appelée à se renforcer – fait en sorte que l'offre de contenus télédiffusés auxquels un consommateur a accès est de plus en plus fonction du fournisseur de services de télécommunications.

Une concurrence effective fait toujours clairement défaut dans le domaine des télécommunications et le marché faillit clairement à sa tâche de favoriser une extension du service, une amélioration de la qualité et une pression sur les prix à la baisse. Le formidable développement d'Internet a eu deux conséquences importantes qui sont pertinentes au propos de la présente recherche. D'une part, le domaine des télécommunications touche un nombre toujours plus grand de services qui deviennent de plus en plus des services d'utilité publique auquel il faut garantir l'accès ; le contraire risque de nourrir des inégalités de développement entre régions et clientèles. D'autre part, le fossé qui sépare les deux domaines juridictions du CRTC est devenu absurde et contre-productif. L'extraordinaire déséquilibre des forces entre

consommateurs et fournisseurs, lui, reste cependant plus que jamais d'actualité, y compris dans la capacité des consommateurs à faire valoir leurs intérêts auprès du régulateur et du législateur. Conséquemment, il apparaît urgent de permettre l'adjudication de frais dans tous les domaines qui sont sous la juridiction du CRTC.

7 CONCLUSIONS

Les domaines des services publics comme les télécommunications, la fourniture du gaz et de l'électricité ont été historiquement des domaines propices aux monopoles naturels. Les avantages réels de maintenir la prestation de ces services en monopole ne peuvent cacher les problèmes inhérents à un monopole.

Dans certaines juridictions, les monopoles privés ont été nationalisés tandis qu'ailleurs, on a choisi de préserver les monopoles sous le contrôle et la juridiction d'organismes de réglementation chargés de fixer les prix et les conditions de services à la place du marché qui pourrait, dans un contexte de réelle concurrence, influencer sur ces éléments.

Dans ces organismes, constitués d'une poignée de membres et d'employés en contact constant avec l'industrie et ses représentants, a tôt fait de se présenter le problème de l'intérêt public et de la défense des intérêts des consommateurs. Il est admis depuis longtemps que les organismes de réglementation ne pourront rendre de décisions éclairées que s'ils tiennent compte de l'ensemble des intérêts en jeu et qu'ils assument pleinement leur rôle de protecteur de l'intérêt public.

Dans certaines juridictions, on a jugé que les membres de l'autorité pouvaient à eux seuls veiller à défendre l'intérêt du public et des consommateurs, tandis qu'ailleurs, on a instauré un poste officiel de défenseur des consommateurs, pourvu de la responsabilité de représenter les consommateurs et doté des ressources nécessaires pour le faire.

Les avantages d'une participation directe des parties intéressées ou de représentants de leurs intérêts ont toutefois été documentés de façon convaincante.

C'est pourquoi plusieurs instances ont jugé bon de laisser aux consommateurs et autres groupes d'intérêt concernés le soin de se représenter eux-mêmes auprès des régulateurs pour y défendre leurs intérêts. La compensation financière vise à donner les moyens à ces parties d'intervenir dans des audiences qui les concernent.

Afin d'assurer que les intervenants puissent disposer des ressources nécessaires à une intervention adéquate, certains ont choisi de mettre en place des programmes d'aide financière aux intervenants (AFI), d'autres de donner aux membres des organismes réglementaires le pouvoir d'ordonner à une partie (les entreprises réglementées) de payer les frais encourus par les intervenants dans le cadre de leur participation aux audiences de l'organisme.

Parmi les principes et les nombreuses raisons justifiant une telle pratique, rappelons d'abord qu'en permettant à des parties directement concernées et intéressées de participer au processus d'un organisme de réglementation, et en leur fournissant, par le biais de l'adjudication de frais de participation, les ressources nécessaires à une participation adéquate, la base d'information à partir de laquelle les décisions sont prises est élargie et diversifiée. D'un même mouvement, il s'agit d'atténuer un peu l'extraordinaire déséquilibre des moyens (et en particulier des moyens de représentation) qui existe entre les entreprises réglementées et les consommateurs ou les simples citoyens, action palliative d'autant plus nécessaire que ce sont les consommateurs qui, par le biais de leurs tarifs, paieront pour la défense des intérêts contraires aux leurs. Une décision prise au terme d'un processus plus équitable, et donc mieux informé du fait de la diversité des points de vue exprimés, est une meilleure décision. Ainsi, en matière de régulation économique, qualité et équité du processus décisionnel vont de pair.

Nos recherches nous ont amenés à identifier plusieurs tribunaux administratifs canadiens et américains qui octroient une forme ou une autre de compensation financière aux intervenants pour encourager la participation. De ceux-ci, nous avons retenu sept organismes canadiens et cinq organismes américains qui sont des organismes réglementation économique habilités à adjuger des frais de participation et dont nous avons examiné les règles et les pratiques. Ce sont les suivants :

Alberta Utilities Commission
British Columbia Utilities Commission
Régie des Services Publics du Manitoba
California Public Utility Commission
California Insurance Department
Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes
Department of Managed Health Care (Californie)
Idaho Public Utilities Commission
Minnesota Public Utilities Commission
Ontario Energy Board
Régie de l'Énergie du Québec
Yukon Utilities Board

L'examen et la comparaison des règles régissant l'octroi de frais de participation dans ces 12 institutions nous ont permis d'avoir une vue d'ensemble de la pratique et de ses diverses incarnations. Elles se distingueront les unes des autres principalement selon l'importance plus ou moins grande qui sera accordée à la participation publique, sur la base du critère de l'intérêt, ou au besoin de ressources dont font preuve les intervenants potentiels.

Sur la base des principes et des justifications de l'adjudication de frais identifiés dans notre revue de littérature, nous avons pu identifier un certain nombre de modalités d'octroi de frais qui semblent plus à même d'améliorer la qualité et l'équité du processus décisionnel dans les organismes de régulation économique. C'est sur ces constats que nous avons fondé les recommandations qui suivent.

Pour conclure, si l'on devait insister sur une seule recommandation pour améliorer la régulation économique, ce serait celle d'étendre l'adjudication de frais dans bien davantage d'organismes.

En droit, la maxime latine « *Audi alteram partem* », qui fait partie des principes les plus élémentaires de droit naturel, affirme le droit d'être entendu, dans une cause, à toute personne que la décision pourra concerner. Aucune décision ne devrait être rendue sans que les parties susceptibles d'être affectées par cette décision n'aient pu faire entendre leur point de vue.

Dans notre système politique, non seulement la liberté d'expression est-elle une liberté fondamentale, mais de nombreuses procédures parlementaires (commissions, période des questions, « journées de l'opposition, etc.), de même que la concurrence électorale visent – quoiqu'imparfaitement – à pousser les membres des pouvoirs exécutifs et législatifs à aller chercher l'opinion et le point de vue des parties susceptibles d'être affectées par leurs lois et leurs décisions. Si le principe de l'*audi alteram partem* trouve une application bien mouvante et imparfaite dans le système politique et dans la formulation des lois, cette situation est compensée par le caractère démocratique de nos institutions qui rend les membres du gouvernement et de la législature imputables de leurs actions.

Les agences réglementaires et les différents organismes gouvernementaux effectuent un travail extrêmement important qui est souvent quasi législatif ou quasi judiciaire, et parfois les deux. Et pourtant, très peu de ces agences et organismes disposent de mécanismes rigoureux et crédibles visant à assurer que sont entendues les parties susceptibles d'être affectées par leurs décisions. Plus encore, le caractère semi-autonome de ces organismes fait en sorte qu'ils disposent, dans leur prise de décision, d'une marge de manœuvre considérable, et ce, sans avoir à rendre de compte directement au public. Dans les cas où ils exercent des fonctions ayant des effets économiques, on sait pourtant qu'ils seront assaillis par les groupes et acteurs dont les intérêts commerciaux, industriels et économiques seront affectés par leurs décisions et qui ont les moyens de défendre et de promouvoir ces intérêts. De l'autre côté, le public, les consommateurs et les groupes d'intérêt public ne disposent pas d'une capacité équivalente de s'assurer que leurs préoccupations sont entendues. C'est pourquoi il faudrait idéalement veiller à étendre à des tels organismes et agences gouvernementaux des mécanismes de compensation financière pour la participation d'intérêts représentatifs. De la même façon que dans les domaines de la réglementation des services publics, l'accès à des moyens équitables de faire valoir ses droits et intérêts ne manquerait pas de permettre de meilleurs processus décisionnels et des formes de gouvernance plus efficaces. L'intérêt public ne s'en porterait que mieux.

8 RECOMMANDATIONS

- Attendu que, dans les secteurs propices aux monopoles naturels, l'intervention de l'État et la réglementation par le biais d'organismes de régulation économique sont nécessaires pour compenser les défaillances du marché et l'incapacité de l'entreprise privée à produire, fournir et distribuer efficacement certains biens, services et ressources ;
- Attendu que la mission et les responsabilités des organismes de réglementation économique et autres agences réglementaires consistent à superviser et à proposer des arbitrages qui soient dans le meilleur intérêt du public et de la collectivité au nom de laquelle ils exercent leur mandat ;
- Attendu qu'il est dans l'intérêt public que toutes les parties concernées soient entendues dans le cadre d'une audience visant à prendre des décisions, élaborer des réglementations ou formuler des politiques qui auront des effets économiques, sociaux et environnementaux plus larges ;
- Attendu que la procédure devant ces organismes est inquisitoire plutôt que contradictoire et que l'enjeu de la procédure n'y est pas le « succès » d'une partie ou d'une autre, mais bien la prise de décisions qui soient les meilleures au regard de l'intérêt public ;
- Attendu que la participation des intervenants d'intérêt public dans ce type d'instance vise à fournir au décideur un éclairage aussi complet que possible, en ajoutant à la preuve ou à l'argumentaire des éléments qui s'appuient sur des considérations ou des préoccupations qui, n'étant pas celles des entreprises, ne seraient pas autrement présentées au tribunal ;
- Attendu que la qualité des décisions est fonction de l'information présentée aux membres de l'organisme, l'ajout de points de vue, de perspectives et d'expertises permettant d'élargir la base d'information à partir de laquelle une décision peut être prise ;
- Attendu que les gouvernements et les organismes gouvernementaux répondent rarement aux préoccupations des intérêts qui ne sont pas représentés dans leurs procédures ;
- Attendu que la participation régulière de représentants d'intérêt public et collectif aux activités d'un organisme réglementaire en renforce l'autonomie et permet d'éviter la capture réglementaire ;
- Attendu que la participation d'une large gamme d'intérêts, et particulièrement de groupes d'intérêt public, permet de renforcer la crédibilité de l'organisme et du processus réglementaire auprès du public ;
- Attendu qu'en améliorant la qualité des décisions prises par les organismes réglementaires qui veillent sur des domaines importants de l'activité économique, la participation de représentant d'intérêt public permet d'améliorer la gouvernance de ces domaines et des industries réglementés :

1. Union des consommateurs recommande aux gouvernements d'instaurer des mécanismes visant à permettre et à encourager la participation des groupes d'intérêt public aux instances et autres processus de prise de décision, notamment à ceux des tribunaux administratifs et organismes réglementaires qui veillent sur des domaines qui sont d'utilité publique.

- Attendu que la complexité des procédures et des enjeux traités par les organismes de réglementation économique requièrent pour les participants des ressources spécialisées et coûteuses (comme des analystes, des procureurs, des témoins experts) ;
- Attendu que le recours à ce type de ressources a une influence certaine sur les probabilités de voir un tribunal retenir les arguments d'un participant ;
- Attendu qu'il ne serait pas acceptable socialement de soutenir que seuls les plus fortunés devraient être entendus ou que les gouvernements et les organismes réglementaires prennent de meilleures décisions quand ils n'ont entendu que les intérêts qui disposent des

ressources nécessaires pour s'offrir les meilleurs avocats et les meilleurs experts techniques ;

- Attendu l'asymétrie des intérêts qui, dans chaque procédure, sont en jeu pour les entreprises réglementées (qui se chiffrent en dizaines, voire en centaines de millions de dollars), par opposition à ceux des consommateurs (quelques dizaines, voire des centaines de dollars annuellement pour chacun) ;
- Attendu que, contrairement aux entreprises réglementées, qui ont des intérêts économiques directs et évidents à intervenir devant le régulateur et à vouloir en influencer les décisions, les représentants des consommateurs et de l'intérêt public n'ont pas de gain économique direct à tirer de l'enjeu d'une procédure ;
- Attendu l'extraordinaire asymétrie des ressources entre les entreprises et les groupes d'intérêt public susceptibles de participer aux processus réglementaires ;
- Attendu que le manque de ressources est le principal obstacle à la participation des groupes d'intérêt public dans les procédures des organismes réglementaires ;
- Attendu que l'ouverture à la participation, pour qu'elle ne soit pas que symbolique et qu'elle engendre les bénéfices escomptés, doit s'accompagner des ressources suffisantes pour permettre une participation adéquate ;
- Attendu que l'octroi des ressources nécessaires pour participer aux processus réglementaires rend possible des interventions bien préparées, utiles et nécessaires provenant d'intérêts qui n'auraient pas autrement les moyens de participer et dont la perspective est utile au régulateur ;
- Attendu que l'amélioration de la qualité des interventions des participants permet l'accès par les décideurs à une meilleure information et qu'elle entraîne l'amélioration de la qualité des décisions et du processus décisionnel dans les organismes réglementaires et de la gouvernance du domaine réglementé ;

2. Union des consommateurs recommande aux gouvernements de s'assurer que l'ouverture à une plus grande participation des groupes d'intérêt public aux différents processus décisionnels des tribunaux administratifs et organismes réglementaires s'accompagne de l'octroi des ressources nécessaires pour rendre possible et effective telle participation.

- Attendu que la participation des groupes d'intérêt public dans des procédures administratives exige un investissement de temps et de ressources considérables ;
- Attendu qu'il existe, en Amérique du Nord, deux principales façons d'octroyer les ressources nécessaires pour rendre possible une participation adéquate des groupes d'intérêt public dans un processus décisionnel, soit l'adjudication de frais et l'aide financière aux intervenants (AFI) ;
- Attendu que cette recherche, dont l'objet était limité à l'adjudication de frais, a trouvé dans cette méthode de nombreux avantages ;
- Attendu que l'adjudication des frais est une ordonnance par laquelle un tribunal administratif ordonne à une entreprise réglementée (ou aux entreprises réglementées) de rembourser à un intervenant d'intérêt public les frais qu'il a dû encourir dans le cadre de sa participation à une procédure réglementaire dont l'entreprise faisait l'objet ;
- Attendu que les procédures, devant les organismes quasi judiciaires qui ont pour mandat de rendre des décisions et d'élaborer des politiques en tenant compte de l'intérêt public dans des domaines qui sont d'utilité publique, sont inquisitoires plutôt que contradictoires ;
- Attendu que l'adjudication de frais de participation n'a pas de fonction punitive ;
- Attendu que l'amélioration de la gouvernance des entreprises réglementées que permet la participation de groupes d'intérêt public n'entraîne, lorsqu'il y a adjudication de frais, que des coûts qui apparaissent dérisoires lorsque mis en perspective avec les revenus des

entreprises réglementées et les bénéfiques – parfois bien quantifiables – que cette participation peut entraîner ;

- Attendu que les frais engagés par les entreprises réglementées pour défendre leurs intérêts et ceux de leurs actionnaires, intérêts qui peuvent être contraires à ceux des usagers ou du public, sont assumés en dernière instance par les usagers, puisque ces frais seront pris en compte lors de l'établissement des tarifs qu'ils devront payer ;
- Attendu que tous les usagers profiteront des bénéfices d'une intervention visant à défendre les intérêts des consommateurs, mais qu'aucun n'est *a priori* forcé d'y contribuer pour qu'elle ait lieu, et qu'un tel paradoxe (passager clandestin) favorise la paralysie et l'inaction ;
- Attendu que les frais de participation que rembourseraient aux groupes d'intérêt public et de consommateurs les entreprises ne sont pas assumés en dernière instance par ces entreprises, mais bien par les usagers et le public, qui sont ceux qui bénéficieront de cette participation des groupes d'intérêt public ;
- Attendu qu'il est équitable que soit réparti entre tous les usagers le coût des interventions faites dans leur intérêt ;

3. Union des consommateurs recommande aux gouvernements de recourir à l'adjudication des frais de participation comme moyen de fournir les ressources nécessaires et suffisantes à une participation adéquate des groupes d'intérêt public aux instances décisionnelles des régulateurs.

4. Union des consommateurs recommande aux gouvernements d'éliminer, pour les organismes qui octroient des frais de participation, toute restriction ayant trait au type de procédure ou aux domaines où des frais de participation peuvent être octroyés.

- Attendu que la raison d'être de l'adjudication de frais est de lever les obstacles financiers à la participation de groupes d'intérêt public qui n'ont que peu de ressources ;
- Attendu que le remboursement *a posteriori* des frais de participation fait en sorte que les intervenants d'intérêt public se voient forcés d'engager et de supporter des dépenses et des frais importants pour préparer une intervention dans une procédure qui ne connaîtra son dénouement que beaucoup plus tard ;
- Attendu que cette obligation d'investir de telles ressources pendant la durée du processus peut représenter un fardeau qui risquerait de limiter la participation ou l'ampleur de la participation de certains groupes d'intérêt public, voire la capacité même d'intervenir ;
- Attendu que ce sont les consommateurs, les utilisateurs et le public qui assument en dernière instance l'ensemble des frais engagés dans le processus réglementaire et qu'ils ne devraient avoir à assumer que les frais utiles et nécessaires ;
- Attendu qu'il importe que seuls soient autorisés à faire des représentations au nom des consommateurs les individus ou les groupes qui sont en mesure d'établir leur intérêt et leur représentativité et de démontrer une capacité et un degré d'imputabilité adéquats ;
- Attendu que le risque de devoir assumer ne serait-ce qu'une partie des frais de participation est déjà, pour les intervenants d'intérêt public, un incitatif très fort à se conformer aux attentes et exigences du régulateur, à se comporter de manière responsable et à limiter les dépenses engagées au strict nécessaire ;
- Attendu que les critères, les procédures et les méthodes d'adjudication des frais doivent être conçus et appliqués de manière à limiter le risque que leur participation n'appauvrisse des organismes qui n'ont déjà que très peu de ressources ;
- Attendu que les groupes d'intérêt public qui envisagent de participer ou qui participent aux processus décisionnels doivent pouvoir évaluer avec un certain degré de certitude les coûts que représentera pour eux leur participation ;

- Attendu que les principaux objectifs de l'adjudication de frais sont de favoriser l'équité de la procédure, une plus grande égalité dans la capacité de disposer des moyens nécessaires à une intervention utile et efficace et, ce faisant, d'améliorer la qualité des décisions et du processus décisionnel des régulateurs ;
 - Attendu que les principes larges qui justifient les ordonnances de frais et les différentes règles qui devraient encadrer l'admissibilité à de telles ordonnances et leur octroi devraient pouvoir trouver application devant toutes les instances susceptibles d'octroyer de tels frais;
 - Attendu les meilleures pratiques en matière d'adjudication de frais identifiées dans le présent rapport ;
- 5. Union des consommateurs recommande que les gouvernements adoptent un cadre général dans lequel pourraient s'inscrire les règles relatives à l'admissibilité à des ordonnances et à leur octroi par les organismes qui relèvent de leur compétence;**
- 6. Ce cadre général devrait prévoir des règles et des pratiques qui favorisent l'équité entre les parties et, donc, la qualité du processus décisionnel :**
- En assurant que les montants qui peuvent être remboursés aux groupes d'intérêt public sont suffisants pour permettre une participation adéquate ;
 - En assurant que les règles relatives à l'admissibilité au remboursement des frais et à l'octroi de ces remboursements favorisent des interventions utiles ;
 - En favorisant la prévisibilité, c.-à-d. la capacité des groupes d'intérêt public à anticiper raisonnablement le type et le montant des frais qui leur seront remboursés et à évaluer sur cette base les ressources qu'ils peuvent mobiliser;
 - En adoptant des pratiques qui visent à limiter au strict nécessaire le fardeau administratif ou économique imposé aux groupes d'intérêt public qui participent ou qui entendent procéder aux processus.
- 7. Pour l'établissement de ce cadre général, Union des consommateurs recommande aux gouvernements de reproduire les meilleures pratiques observées en matière d'adjudication de frais, pour que les règles adoptées en la matière prévoient nommément :**
- Que soit rédigé et rendu disponible un guide de participation exposant de manière claire les procédures à suivre pour les différentes demandes, les règles applicables, l'interprétation faite des dispositions légales et réglementaires pertinentes et les comportements attendus de la part des participants ;
 - Que soient adoptés des critères d'admissibilité destinés explicitement à permettre et à favoriser la participation, notamment, des groupes représentant les consommateurs et les usagers, ainsi que la participation de tout intérêt pertinent à la mission du régulateur et excluant explicitement l'accès au remboursement de frais à tout intervenant représentant des intérêts commerciaux, industriels et économiques qui pourraient tirer bénéfice de l'issue d'une audience, ainsi que tout lobby représentant collectivement ces mêmes intérêts ou disposant d'un financement propre pour effectuer des représentations ;
 - Que soient formulés des critères d'octroi qui soient assez clairs pour encadrer la discrétion des décideurs, afin d'éviter l'arbitraire, qui permettent une interprétation large et qui, plutôt que de formuler des motifs de reproches qui permettraient de limiter les frais octroyés, illustrent positivement les attentes du régulateur et les critères d'interprétation applicables ;
 - Que soit adoptée une interprétation du critère d'utilité qui juge « utile » ou « significative » toute intervention qui a permis d'élargir la base d'information à laquelle le régulateur aura eu accès pour prendre une décision ;
 - Que soient maintenues au minimum les exigences procédurales liées aux demandes d'intervention et aux demandes de remboursement de frais ;

- Que soient rendus disponibles des formulaires clairs et simples à remplir en guise de demande d'intervention, de budget (si exigé) et de demande d'octroi de frais ;
- Que les montants à octroyer et la valeur des frais raisonnables seront calculés sur la base du taux du marché, et que les honoraires assumés par l'entreprise réglementée puissent servir de point de référence, notamment en cas de contestation, aux fins de l'établissement du taux du marché ;
- Que des fonds puissent être versés aux participants admissibles avant et pendant les audiences par le biais d'avances de fonds et d'octroi de frais intérimaires ;
- Un délai maximum court à l'intérieur duquel seront rendues les décisions en matière d'adjudication de frais.

8. Que les groupes canadiens qui ont une certaine expérience en matière de participation dans les instances de réglementation économique soient consultés par les gouvernements dans le cadre de l'élaboration de ces lignes directrices et que les ressources nécessaires leur soient octroyées en vue d'encourager et de favoriser une participation adéquate à ce processus d'élaboration.

- Attendu que le CRTC est tenu de prendre les meilleures décisions possible dans l'intérêt public, et ce, tant en matière de télécommunications qu'en matière de radiodiffusion ;
- Attendu que la participation de groupes d'intérêt public permet aux commissaires d'obtenir une meilleure compréhension des enjeux discutés devant la Commission ;
- Attendu que le CRTC peut octroyer des frais de participation en matière de télécommunications, mais pas en matière de radiodiffusion ;
- Attendu l'importance des ressources déployées par les entreprises réglementées dans le cadre des audiences en matière de radiodiffusion ;
- Attendu que les groupes d'intérêts publics n'ont ni les ressources, ni les moyens pour financer eux-mêmes la participation à ce genre de travaux réglementaires ;
- Attendu que ce sont les consommateurs qui assument en fin de compte l'ensemble des frais juridiques liés aux comparutions devant le CRTC ;
- Attendu que les domaines de la radiodiffusion et des télécommunications sont aujourd'hui plus que jamais interreliés.

9. Union des consommateurs recommande au gouvernement fédéral de permettre au CRTC d'ordonner le remboursement de frais de participation dans le cadre des audiences tenues en vertu de la Loi sur la radiodiffusion.

MÉDIAGRAPHIE

[Sans auteur] « Note: Federal Agency Assistance to Impecunious Intervenors », *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 8 (Jun., 1975), pp. 1815-1837.

ABEL, Amy, Jon SHIMABUKURO, « RS20146: Electricity Restructuring Bills: A Comparison of PURPA Provisions », Congressional Research Service : Reports for Congress, April 7, 1999, <http://ncseonline.org/nle/crsreports/energy/eng-50.cfm>.

ALBERTA UTILITIES COMMISSION, « History », (consulté le 12 décembre 2010), <http://www.auc.ab.ca/>.

ALBERTA UTILITIES COMMISSION, www.auc.ab.ca/.

ALKON, Margaret, *The intervenor Compensation Program: Recommendations For Change*, Report On The Intervenor Compensation Program Prepared For Commissioner Knight, California Public Utilities Commission, 1996, 45 pages.

ANGELIER, Jean-Pierre, *Économies des industries de réseau*, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2007.

ANGELIER, Jean-Pierre, *Electricité et gaz naturel : du monopole public à la concurrence réglementée. Une perspective historique*, Université Pierre Mendès-France, UFR Economie, Stratégies, Entreprise, avril 2005, <http://halshs.archives-ouvertes.fr/> (halshs-00120737), 36 pages.

AUSTRALIAN COMMUNICATIONS AND MEDIA AUTHORITY (ACMA), « Telecommunications regulation », 7 septembre 2009, http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PC_2793 .

AUSTRALIAN COMMUNICATIONS AND MEDIA AUTHORITY (ACMA), « Universal Service Obligation », 20 août 2010, http://www.acma.gov.au/WEB/STANDARD/pc=PC_2491.

BARMAK, Mariya, « RE: Section 40-6.5-105, C.R.S. », Memorandum to Ronald D. Jack, Colorado Public Utilities Commission, November 2, 2010, transmis à Union des Consommateurs, 2 pages.

BRITISH COLUMBIA UTILITIES COMMISSION, www.bcuc.com/.

BROCKWAY, Nancy, « Intervenor Funding in Public-Utility Rate Cases », *Clearinghouse Review*, vol. 29, June 1995, pp. 135-141.

BULL, Mike, *The Minnesota Public Utilities Commission and Related Agencies: Structure and Function*, Minnesota State House Research Department, September 2002, <http://www.house.leg.state.mn.us/hrd/hrd.htm> .

CALIFORNIA PUBLIC UTILITIES COMMISSION, « PUC History & Structure », 29 octobre 2007, <http://www.cpuc.ca.gov/> .

CROWN INVESTMENT CORPORATION OF SASKATCHEWAN, www.cicorp.sk.ca.

CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES (CRTC), *Avis de pratique : Examen des tarifs établis à l'annexe A des Lignes directrices pour la taxation des frais du Contentieux*, Gouvernement du Canada, 24 avril 2007, www.crtc.gc.ca/fra/telecom/p070424.htm.

CONSUMERS UNION, *Toolkit for Creating Consumer Participation in Policy Decisions: Sustaining Health Advocacy and Improving Outcomes*, Consumers Union of U.S., 2007, http://yourhealthdollar.org/pdf/yourhealthdollar.org_toolkit-for-creating-consumer-participation.pdf, 78 pages.

COURT, Jamie, « Insurance Mandates Don't Work », *Washington Post*, Monday, Opinion, September 21, 2009, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/09/21/AR2009092103250.html

CROISSANT, Yves et Patricia VORNETTI, « État, marché et concurrence : Les motifs de l'intervention publique », *Cahiers français : Concurrence et régulation des marchés*, n° 313, Mars - Avril 2003, p. 3.

CULLINGWORTH, J. Barry, *Urban and regional planning in Canada*, Publisher, New Brunswick, New Jersey, Transaction Publishers, 1987, 553 pages.

DEPARTMENT OF MANAGED HEALTH CARE, www.hmohelp.ca.gov.

FEDERAL ENVIRONMENTAL ASSESSMENT REVIEW OFFICE (FEARO), *Beaufort Sea hydrocarbon production and transportation proposal : report of the Environmental Assessment Panel*, Hull, Québec, Minister of Supply and Services of Canada, 1984, pubs.aina.ucalgary.ca/gran/14686.pdf, 340 pages.

FLORIDA PUBLIC SERVICE COMMISSION, « History of the PSC », (consulté le 12 décembre 2010), www.psc.state.fl.us/.

Gale Encyclopedia of U.S. History: Government and Politics, Thomson Gale, décembre 2007 [ressource électronique].

GRAHAM, K. A. et al, *An evaluation of Funding of public Participation in the Beaufort Sea Environmental Assessment Panel Review*, Federal Environmental Assessment Review Office (FEARO), Hull, Québec, Minister of Supply and Services of Canada, 1982.

INSURANCE COUNCIL OF NEW JERSEY, « Understanding the Automobile Insurance Cost Reduction Act », consulté le 1er mars 2011, www.icnj.org/AICRA.asp.

JANIGAN, Michael, « Practice Directions on Cost Awards : Comments of the Vulnerable Energy Consumers Coalition », Vulnerable Energy Consumers Coalition, Ontario Energy Board's consultation on Practice Direction on Cost Awards, Toronto, 16 août 2002, 8 pages.

JEFFERY, Michael I., « Environmental Governance: A Comparative Analysis Of Public Participation And Access To Justice », *Journal of South Pacific Law*, Volume 9, 2005, no 2, www.paclii.org/journals/fJSPL/.

JEFFERY, Michael I., « Intervenor Funding as the Key to Effective Citizen Participation in Environmental Decision-Making: Putting the People Back into the Picture », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 19, no 2, 2002, pp. 643-677.

JOHANSEN, David, « Bill C-229 : Intervenor Funding Act », Legislative Summary, LS-243E, , Bibliothèque du Parlement, Research Branch, 2 avril 1996, 5 pages.

Journal des débats (Hansard) de la Chambre des Communes du Canada, 35^e Législature, 1^{er} Session, Journaux, No 252, Le mercredi 1^{er} novembre 1995.

LEHMAN, Jeffrey (dir), *West's Encyclopedia of American Law*, Thomson Gale, 2005, [ressource électronique].

LENNY, David M., « The Case For Funding Citizen Participation In The Administrative Process », *Administrative Law Review*, vol 28, no 483, 1976, p. 486-7.

LÉVÊQUE, François, *Économie de la réglementation*, La découverte, Paris, 1998.
MACAULAY, Robert W., *Practice and Procedure Before Administrative Tribunals*, Toronto, Canada, Carswell, 1988

MANITOBA PUBLIC UTILITIES BOARD, www.pub.gov.mb.ca/.

MANNING, Lewis, « INTERVENOR FUNDING: if its not broken - don't fix it », Conférence annuelle de l'Association canadienne des membres des tribunaux d'utilité : Les marchés en transition, la réglementation en évolution, Banff, Canada, 7 mai 2003, www.camput.org/documents/Manning-paper.pdf .

MARONICK, Thomas J. and M. Ronald STIFF, « Evaluating the impact of consumer protection regulations: the Federal Trade Commission experience », *Policy Studies Review*, Vol. 2, No. 3, February, 1983, pp. 495-505

MAYER, Robert N. and Debra L. SCARNMON, « Intervenor Funding At The Ftc: Biopsy Or Autopsy? », *Policy Studies Review*, Vol. 2, No. 3, February, 1983, p. 507.

MILKIS, Sidney M., « The Federal Trade Commission and Consumer Protection: Regulatory Change and Administrative Pragmatism », *Antitrust Law Journal* , vol. 72, 2004-2005, pp. 924-926.

MORIN, Serge, « Adhésion syndicale obligatoire: des clauses pas si différentes d'ailleurs », *Cyberpresse*, 4 février 2011, www.cyberpresse.ca/opinions/201102/03/01-4366700-adhesion-syndicale-obligatoire-des-clauses-pas-si-differentes-dailleurs.php .

NATIONAL ASSOCIATION OF STATE UTILITY CONSUMER ADVOCATES (NASUCA), consulté le 1^{er} novembre, www.nasuca.org/archive/about/index.php

NATIONAL ELECTRICITY CONSUMERS ADVOCACY PANEL, www.advocacypanel.com.au/.

NEVEU, Érik, *Sociologie des mouvements sociaux*, Paris : Editions La Découverte, 4^e édition, 1^{er} mars 2005, 126 pages.

OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE (ONÉ), « Aide financière pour favoriser la participation du public au processus de réglementation », Communiqué de presse, 1^{er} octobre 2010, www.neb-one.gc.ca/clf-nsi/rthnb/nwsrls/2010/nwsrls17-fra.html .

OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE (ONÉ), *Guide du Programme d'aide financière aux participants de l'Office national de l'énergie établi en vertu de la Loi sur l'Office national de l'énergie* 2010, Office national de l'énergie, Calgary, Canada, Gouvernement du Canada, décembre 2010, www.neb-one.gc.ca/clf-nsi/rthnb/pblcprtctpn/prtcpntfndngprgrm/prgrmgd-fra.html .

OFFICE NATIONAL DE L'ÉNERGIE (ONÉ), *Options en matière d'aide financière aux intervenants*[sic], Rapport de l'Office national de l'énergie, Calgary, Canada, Mars 1996, 34 pages.

OLSON, Mancur, *Logique de l'action collective*, Paris, France, PUF, 1987, 200 pages.

ONG, Su-Wuen, « I've Got More Experts than You — Experts and the Environment Court », *New Zealand Journal Of Environmental Law*, volume 5, 2001, pp. 261-285.

ONTARIO ENERGY BOARD, « History of the OEB », 30 août 2010, www.oeb.gov.on.ca .
PUBLIC INTEREST ADVOCACY CENTER (PIAC), *Alternatives to government funding for NGOs - expanding the use of cost award powers*, Rapport non-publié, 1997, 55 pages.

RÉGIE DE L'ÉNERGIE DU QUÉBEC (RÉQ), « Frais des intervenants », 6 octobre 2010, www.regie-energie.gc.ca/regie/fraisIntervenants.html.

ROSENFELD, Harvey, « The Attack On Proposition 103 Intervenors », Consumer Watchdog, février 1998, www.consumerwatchdog.org/feature/intervenor-compensation-section-186110a-proposition-103.

SASKATCHEWAN RATE REVIEW PANEL, www.saskratereview.ca.

SAVAGE, Mark, « Comments and Recommendations on the Commission's Order Instituting Rulemaking and Investigation On behalf of Spanish Speaking Citizen's Foundation National Council Of La Raza Oakland Chinese Community Council », Rulemaking on the Commission's Intervenor Compensation Program, R.97-01-009, San Francisco, California, 31 mars 1997, 15 pages.

SERRA CAMBACERES, Antonino et Claudia COLLADO, *Diferentes modelos de participación de los consumidores en agencias regulatorias*, Programa de fortalecimiento da capacidade técnica da Participação social nos processos de regulação, Banque Interaméricaine de Développement et Institut Brésilien de Protection des Consommateurs, Buenos Aires, Argentine, Octobre 2008, 76 pages.

SOUTH DAKOTA PUBLIC UTILITIES COMMISSION, <http://puc.sd.gov>
TREASTER, Joseph B., « Car Insurance Rates Drop In New Jersey », *New York Times*, 24 august 2006, www.nytimes.com.

UTILITY CONSUMER PARTICIPATION BOARD, consulté le 21 janvier 2011 : www.michigan.gov/dleg/0,1607,7-154-28077_46646---,00.html.

VENNES, Yannick, *La représentation des consommateurs résidentiels à l'Office national de l'énergie : une avenue à explorer*, Option consommateurs, Rapport rédigé pour le Bureau de la Consommation, Industrie Canada, Mars 2002, 29 pages.

VUJISIC, Milan, « Quel avenir pour les services publics en Europe ? », Centre de ressources en économie et gestion, samedi 28 mai 2005, www.creg.ac-versailles.fr/.

WARREN, Robert B., « Notes for Presentation to CAMPUT Program on Intervenor Funding », Conférence annuelle de l'Association canadienne des membres des tribunaux d'utilité : Les marchés en transition, la réglementation en évolution, Banff, Canada, 7 mai 2003, www.camput.org/documents/Warren-paper.pdf, 19 pages.

Wikipedia, « BC Hydro », 30 décembre 2010, en.wikipedia.org/wiki/BC_Hydro.

Wikipedia, « EnergyAustralia », 26 février 2011, en.wikipedia.org/wiki/EnergyAustralia .

Wikipedia, « Public Utilities Commission », 20 février 2011, en.wikipedia.org/wiki/Public_utilities_commission.

Wikipédia, « Régie de l'Énergie du Québec », 6 avril 2010, fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9gie_de_l'27%C3%A9nergie_du_Qu%C3%A9bec.

YUKON UTILITIES BOARD, www.yukonutilitiesboard.yk.ca.

Références juridiques, règles de procédures et décisions de tribunaux administratifs

Alberta Utilities Commission Act, Ch. A-37.2.

ALBERTA UTILITIES COMMISSION (AUC), *Rule 009 : Rules on Local Intervener Costs*, 30 septembre 2008 (corrigé le 4 septembre 2009), www.auc.ab.ca.

ALBERTA UTILITIES COMMISSION (AUC), *Rule 015: Rules on Costs of Investigations, Hearings, or Other Proceedings Related to Contraventions*, 30 septembre 2008, www.auc.ab.ca.

ALBERTA UTILITIES COMMISSION (AUC), *Rule 022: Rules on Intervener Costs in Utility Rate Proceedings*, 30 septembre 2008, www.auc.ab.ca.

BRITISH COLUMBIA UTILITIES COMMISSION (BCUC), « Participant assistance / Cost Award Guidelines », version révisée par l'ordre no G-72-07, www.bcuc.com/Guidelines.aspx, 6 pages.

California Code of Regulations.

California Insurance Code.

California Public Utilities Code.

Canadian Environmental Assessment Act, L.C. 1992, c. 37.

COLORADO PUBLIC UTILITIES COMMISSION (CPUC), Decision No. C06-0149.

COLORADO PUBLIC UTILITIES COMMISSION (CPUC), Decision No. C08-0854.

Colorado Revised Statutes.

CONSEIL DE LA RADIODIFFUSION ET DES TÉLÉCOMMUNICATIONS CANADIENNES (CRTC), *Décision Telecom CRTC 78-4 : Procédures et pratiques du CRTC en matière de la réglementation des télécommunications*, 23 mai 1978.

Energy Resources Conservation Act, R.S.A. 2000.

Idaho Code.

Idaho Public Utilities Commission (IPUC), *Rules Of Procedure*, IDAPA 31.01.01., www.puc.idaho.gov/Webrules/Rules.htm.

Intervenor Funding Project Act, R.S.O. 1990.

Loi sur l'Office national de l'énergie, L.R.C. 1985, c. N-7.

Loi sur la Régie de l'énergie, L.R.Q., c. R-6.01.

Maine Revised Statutes.

Manitoba Society of Seniors, Inc. v. Greater Winnipeg Gas Co., [1982] 18 Man R.(2d). 440.

Minnesota Administrative Rules.

Minnesota Statutes.

NEW JERSEY DEPARTMENT OF BANKING AND INSURANCE, « Rate Intervenor Rules, Proposed New Rules: N.J.A.C. 11:3-17 », Proposal Number: PRN 2001-158, Division of Insurance, www.state.nj.us/dobi/pn01_158.htm.

Oklahoma Statutes.

ONTARIO ENERGY BOARD (OEB), « Practice Direction On Cost Awards », version révisée du 9 juin 2009, www.ontarioenergyboard.ca/.

ONTARIO ENERGY BOARD, E.B.O. 116.

OREGON PUBLIC UTILITIES COMMISSION, ORDER NO. 07-564.

Public Utility Regulatory Policies Act, 16 U.S.C.(1978).

Re Regional Municipality of Hamilton-Wentworth, 51 O.R. (2d) at 28.

RÉGIE DE L'ÉNERGIE DU QUÉBEC (RÉQ), « Guide de paiement des frais intervenants 2009 », juin 2009, www.regie-energie.qc.ca/.

RÉGIE DES SERVICES PUBLICS DU MANITOBA (RSPM), *Règles de pratique et de procédure*, avril 2007, www.pub.gov.mb.ca/.

Règlement sur la procédure de la Régie de l'énergie,(2006) 138, G.O., II, p. 2279.

Règles de procédure du Conseil de la Radiodiffusion et des Télécommunications Canadiennes en matière de télécommunications, DORS/79-554 (Règlement à jour en date du 26 février 2011).

Wisconsin Administrative Code.

YUKON UTILITIES BOARD (YUB), « Schedule 1: scale of costs », *Rules of practice*, Order 1995-2, 10 novembre 1995, www.yukonutilitiesboard.yk.ca.