
L'État néolibéral, son environnement juridique et les cultures de transparence et d'imputabilité : une étude de l'écosystème canadien

NATHALIE DES ROSIERS¹

Doyenne à la Section de droit civil de la Faculté de droit
de l'Université d'Ottawa

RÉSUMÉ

Utilisant la métaphore de l'écosystème, l'auteure suggère que la philosophie néolibérale a déstabilisé le système normatif de la fonction publique. La « gouvernance à distance » et les délégations vers le marché et la société civile que préconise la philosophie néolibérale ont ébranlé l'équilibre qui pouvait exister entre les règles juridiques et les valeurs organisationnelles au sein de la fonction publique canadienne. L'auteur oppose les règles et les valeurs de la fonction publique « classique » à celles des secteurs privé et communautaire pour

ABSTRACT

Using an ecological metaphor, the author explores how neo-liberalism has affected the functioning of the public sector in Canada and she suggests that it has been destabilized. Delegation of responsibilities to the markets and to communities brings new forms of governance which make the classical rules less appropriate. The author contrasts the rules, values and incentive structures of the public, private and voluntary sectors to stress the differences between them. She concludes by urging a new focus of research in public law and the development of research

1. Je remercie Sarah Churchill-Joly pour son assistance dans la recherche et la rédaction du présent texte.

suggérer que des tensions existent et qu'il est approprié de proposer de nouvelles avenues de recherche en droit public et de développer davantage le droit du secteur à but non lucratif. *in the law of the voluntary sector.*

SOMMAIRE

Introduction.....	544
Partie I — La déstabilisation du système normatif de la fonction publique canadienne.....	548
1. La version « classique » du système normatif de la fonction publique canadienne.....	548
a) Les principes juridiques : la primauté du droit.....	548
b) Les valeurs organisationnelles : la reddition de comptes procédurale.....	552
2. L'effet déstabilisateur de la pensée néolibérale.....	554
Partie II — À la recherche d'un nouvel équilibre.....	556
1. La nécessaire adaptation du droit public.....	556
2. La « publicisation » du privé.....	557
3. La responsabilisation du communautaire et le développement d'un droit du secteur à but non lucratif....	559
Conclusion	560

INTRODUCTION

C'est le botaniste anglais Arthur Tansley qui, le premier, a proposé le terme « écosystème » pour bien faire ressortir comment la vie biologique émerge de rapports entre les êtres vivants et l'environnement et qu'elle mérite le mieux d'être étudiée dans son aspect d'interdépendance et de connectivité².

2. Voir une chronique de la vie et de l'œuvre du botaniste Arthur Tansley, « Sir Arthur Tansley », F.R.S. (1958) 46 *Journal of Ecology*, p. 1-8. Voir aussi H. GODWIN, « Sir Arthur Tansley: The Man and the Subject », (1977) 65 *Journal of Ecology*, p. 1-26.

On affirme donc qu'« un écosystème désigne l'ensemble formé par une communauté d'êtres vivants (ou biocénose) et de son environnement géologique, pédologique et atmosphérique (le biotope). Les éléments constituant un écosystème développent un réseau d'interdépendances permettant le maintien et le développement de la vie »³. L'écosystème recherche un état d'équilibre et de stabilité entre ses éléments.

J'ai décidé d'utiliser la métaphore de l'écosystème parce qu'elle capte bien le phénomène que je veux décrire ici : un système de règles juridiques, de normes éthiques et de valeurs peut être en équilibre mais cet équilibre peut être déstabilisé par des facteurs externes, telle une philosophie politique. Ma thèse est que le fragile équilibre qui existait peut-être⁴ pour garantir l'intégrité de l'appareil juridique de la fonction publique canadienne est en mutation en raison des forces vives de la philosophie néolibérale. D'une certaine façon, ma thèse est que même si le rapport Gomery est adopté⁵, il est loin d'être suffisant pour l'avenir de la gestion des affaires publiques, parce qu'il n'aborde pas les forces interactives qui agissent maintenant sur la fonction publique canadienne. Cela ne faisait pas d'ailleurs partie de son mandat.

Le travail présenté ici ne cherche pas à cerner seulement les règles de droit applicables aux fonctionnaires fédéraux, mais aussi leur interaction avec d'autres systèmes normatifs d'organisation humaine et de valeurs sous-jacentes. Le cadre théorique de mon approche en est essentiellement un d'analyse

3. « formé par une association ou communauté d'êtres vivants (ou biocénose) et son environnement géologique, pédologique et atmosphérique (le biotope). Les éléments constituant un écosystème développent un réseau d'interdépendances permettant le maintien et le développement de la vie. », *Encyclopédie Wikipedia*, [En ligne]. <http://fr.wikipedia.org/wiki/%C3%89cosyst%C3%A8mr#D.C3.A9finition.>, (Page consultée le 30 juin 2006).

4. T. BURMAN, « Up the Skirt or in the Till: Top Ten Scandals of Canadian Political History », 2005 *CBC News Online*, [En ligne]. <http://www.cbc.ca/news/background/cdngovernment/scandals.html>, (Page consultée le 30 juin 2006).

5. *Loi prévoyant des règles sur les conflits d'intérêts et des restrictions en matière de financement électoral, ainsi que des mesures en matière de transparence administrative, de supervision et de responsabilisation, Loi fédérale sur la responsabilité*, Projet de loi C-2, 1^{re} session, 39^e législature (Can.). À l'époque de la rédaction de cet article, le projet de loi n'avait pas encore été adopté.

du droit en action, de son ancrage et influence sur le comportement des humains, ici, les fonctionnaires fédéraux⁶.

La pensée néolibérale amène deux types de délégation, une intentionnelle et bien connue des marchés⁷ (partenariat public-privé, privatisation de certains services, contrats de consultant, embauche de gens à contrat plutôt que de façon permanente). L'autre délégation se fait vers la collectivité et s'opère davantage par défaut⁸. L'état néolibéral ne désire pas avoir le monopole du développement du bien commun et croit aussi que le secteur à but non lucratif est un « partenaire » important de la réalisation du bien commun⁹. De plus, le secteur à but non lucratif qui a toujours œuvré pour répondre aux besoins des plus démunis se voit conférer inévitablement un rôle accru en raison même du désengagement de l'État et de la recrudescence des besoins des populations défavorisées. La philosophie néolibérale apparaît donc comme une philosophie

6. Voir pour différentes perspectives sur les approches interdisciplinaires de l'étude du droit : P. NOREAU, « La norme, le commandement et la loi : le droit comme objet d'analyse interdisciplinaire », dans *Politique et sociétés*, n° 19, n° 2-3, 2000, p. 153-177; R.A. MACDONALD, *Lessons of Everyday Law*, Montréal, McGill-Queen's Press for the School of Policy Studies, Queen's University and the Law Commission of Canada, 2002, xiv, 283 pages; N. DES ROSIERS, « Peut-on apprivoiser le droit vivant? Enjeux de la réforme du droit », dans N. KASIRER et P. NOREAU, (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, p. 259-267.

7. Les définitions du néolibéralisme abondent. J'adopte ici celle utilisée par Eric Helleiner, « Alternatives to Neo-Liberalism? Towards a More Heterogeneous Global Political Economy », dans R. STUBBS et G.R.D. UNDERHILL, *Political Economy and the Changing Global Order*, 3^e éd., Toronto, University of Oxford Press, 2005, à la page 77 : le néolibéralisme est associé à des « liberal policies that free up markets forces, both at the international and domestic levels to a much greater degree than at any point in the post 1945 era ».

8. D'une certaine façon, la délégation au secteur communautaire s'effectue dans un contexte de désengagement de l'État dans les programmes sociaux et de la présence accrue de bénévoles, groupes communautaires ou groupes religieux qui répondent à l'absence de services gouvernementaux.

9. « Le ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien a ouvert un Centre d'entreprise des femmes dans chacune des quatre provinces de l'Ouest canadien. Ces centres à but non lucratif aident les femmes à lancer et à agrandir leurs entreprises. Chaque centre offre une gamme de services commerciaux pour répondre aux besoins particuliers des femmes entrepreneures de l'Ouest canadien. », Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil privé, *Guide des initiatives fédérales à l'intention des autochtones vivant en milieu urbain*, Ottawa, Ministère de la Diversification de l'économie de l'Ouest canadien, 1997. [En ligne]. http://www.pco-bcp.gc.ca/default.asp?Language=F&Page=publications&Sub=aborguide_archive&Doc=1-2_f.htm, (Page consultée le 29 juin 2006).

de réduction de l'appareil gouvernemental, principalement au profit à la fois du secteur privé mais aussi du secteur communautaire. Elle a certainement été appliquée avec plus ou moins de force au Canada et a certainement façonné les nombreux développements décrits ici. Selon moi, la philosophie néolibérale a, à l'occasion, perforé la paroi du terrarium de l'écosystème public canadien et dans certains cas, elle a fait carrément éclater les parois. Les règles traditionnelles qui entouraient l'exercice de la profession de fonctionnaire ont donc été bousculées. L'écosystème est donc en état de « régression écologique »¹⁰ : il doit se réadapter.

On pourrait voir les scandales récents comme des signes de stress du système. Ils sont évidemment le fruit d'erreurs humaines, voire de malhonnêteté et de fraude, mais je les interprète ici de façon large pour en faire des indices du déséquilibre ou de la régression écologique du système.

Le présent article ne fustige ni n'excuse le néolibéralisme¹¹. Il vise davantage à expliquer pourquoi un resserrement des règles de droit administratif ou de reddition de comptes de l'appareil étatique n'est pas suffisant pour répondre aux enjeux que posent le néolibéralisme. Mon propos concerne donc l'étude du phénomène néolibéral et de ses effets sur les cultures de la fonction publique.

Mon propos se divise en deux parties : dans un premier temps, je tenterai de dresser un tableau de l'effet déstabilisateur de la pensée néolibérale sur l'appareil de la fonction publique canadienne en présentant la conception juridique classique de l'organisation gouvernementale et des valeurs qui l'animent pour l'opposer aux ordres normatifs des secteurs privé et sans but lucratif. Dans un deuxième temps, je tenterai de suggérer certaines pistes de recherche pour mieux adapter notre système à cette nouvelle réalité.

10. « L'écosystème est un système naturel qui tend à évoluer vers son état le plus stable, dit climax. On parle de régression écologique lorsque le système évolue d'un état vers un état moins stable. », *Encyclopédie Wikipedia, loc. cit.*, note 2, (Page consultée le 29 juin 2006).

11. Pour un tour d'horizon des effets dévastateurs du néolibéralisme, voir M. BERNARD, *L'utopie néolibérale*, Montréal, Éditions du Renouveau québécois, 1997.

PARTIE I — LA DÉSTABILISATION DU SYSTÈME NORMATIF DE LA FONCTION PUBLIQUE CANADIENNE

Dans le cadre de cette partie, je présente tout d'abord une description des principes organisateurs de l'exercice du pouvoir par le gouvernement au Canada pour bien illustrer comment l'ensemble des règles reflètent une certaine conception de l'État, conception qui sera sérieusement transformée par le néolibéralisme.

1. LA VERSION « CLASSIQUE » DU SYSTÈME NORMATIF DE LA FONCTION PUBLIQUE CANADIENNE

Dans le modèle classique¹², la pierre angulaire du système est la primauté du droit. La primauté du droit exige que l'appareil démocratique opère dans un cadre juridique reconnu et légitimé : les règles constitutionnelles doivent avoir été suivies pour justifier l'exercice du pouvoir. À ce grand principe de la primauté du droit, s'ajoutent d'autres principes comme la responsabilité ministérielle et la neutralité de la fonction publique¹³.

a) Les principes juridiques : la primauté du droit

La primauté du droit s'articule essentiellement de deux façons : une légitimité basée sur le respect des règles (tous sont soumis à l'autorité de la loi) et un désir de traiter également

12. La description qui suit se veut générale et même caricaturale. Elle s'inspire des principes bien établis de l'administration publique et du droit administratif canadiens. P. GARANT, *Le droit administratif*, 5^e éd., Cowansville, Édition Yvon Blais, 2004; voir aussi pour une terminologie différente mais une conceptualisation identique des principes de réglementation et d'opération de l'appareil étatique : « The Tools of Regulation », dans AUSTRALIAN LAW REFORM COMMISSION, *Principled Regulation, Report 95, Federal Civil & Administrative Penalties in Australia*, Sydney, Australian Law Reform Commission, 2002, p. 208-221.

13. Voir les termes utilisés dans le préambule de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22 : « Attendu (...) que la fonction publique a contribué à bâtir le Canada et continuera de le faire dans l'avenir tout en rendant des services de haute qualité à sa population; (...) qu'il demeure avantageux pour le Canada de pouvoir compter sur une fonction publique non partisane et axée sur le mérite et que ces valeurs doivent être protégées de façon indépendante ». La *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, a été sanctionnée le 7 novembre 2003, et est entrée en vigueur le 31 décembre 2005, voir TR/2005-122.

tous les citoyens (tous sont égaux devant la loi). La légitimité vient donc du respect des règles constitutionnelles : les fonctionnaires organisés hiérarchiquement mettent en œuvre les vœux du Parlement sous la surveillance du ou de la ministre qui en est responsable devant le Parlement. Les fonctionnaires sont protégés dans leur rôle de gardiens de la primauté du droit¹⁴. L'intégrité de la fonction publique passe par le respect des règles de droit et des processus qui les soutiennent, par exemple les processus de nomination ou de sélection de candidats aux postes dans la fonction publique¹⁵. De plus, les fonctionnaires ont l'obligation de traiter équitablement les citoyens : les rapports entre les fonctionnaires et le public seront donc caractérisés par des règles permettant la juste compétition entre les citoyens pour l'allocation des contrats et une tentative de minimiser l'influence des personnes ayant un accès privilégié aux décideurs, par exemple en contrôlant ou au moins identifiant les lobbyistes.

La conception classique identifie le Parlement comme détenteur d'un monopole sur le développement du droit et des politiques publiques, monopole qu'il transfère à la fonction publique dans un cadre d'exécution : c'est l'exécutif et l'appareil de la fonction publique qui administrent les programmes. Les fonctionnaires doivent s'assurer que les règles établies par le Parlement pour la mise en œuvre des programmes ont été respectées, que ce soit les préceptes constitutionnels, les lois en vigueur ou les règlements.

La vision traditionnelle n'ignore pas les interactions constantes entre le secteur public et les secteurs privé ou communautaire mais elle les conceptualise comme accessoires, stylisées et un peu marginalisées. En effet, dans la conception traditionnelle du droit public, la fonction publique a des rapports avec le secteur privé dans le cadre de l'achat de

14. C. SIMARD et L. BERNIER, *L'Administration publique*, Québec, Éditions du Seuil, 1992, p. 65-84. Notons que le juge Gomery suggère que les fonctionnaires ne sont pas suffisamment protégés et recommande une Charte de la fonction publique pour protéger les fonctionnaires qui voudraient s'opposer, entre autres, à des directives illicites ; voir COMMISSION D'ENQUÊTE SUR LE PROGRAMME DES COMMANDITES ET LES ACTIVITÉS PUBLICITAIRES, *Rétablir l'imputabilité, Recommandation 2*, Ottawa, Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, 2006, p. 75.

15. Voir la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 12 et 13, *supra* note 13.

fournitures et services, mais cette relation est contrôlée, réglementée et surtout elle est conçue comme exceptionnelle et accessoire à un autre but. Elle sert à permettre à la fonction publique de bien jouer son rôle. Il faut du papier, on en achète, il faut des électriciens, on en engage, il faut aller à Régina, on se procure un billet du transporteur aérien privé qui dessert la région. Les règles du Conseil du trésor doivent être suivies et elles devraient donc permettre une compétition exempte de corruption dans l'allocation des contrats publics¹⁶ : pour un contrat de moins de 25 000 \$, le ministère peut sélectionner son fournisseur, mais pour un montant plus élevé, il doit lancer un appel d'offres. Il s'agit là de l'expression du principe de l'égalité de traitement des citoyens : pour les contrats d'envergure, les citoyens ont le droit de pouvoir entrer en compétition de façon juste et d'être traités de façon égalitaire : l'allocation des contrats doit se faire selon le processus rigide de l'appel d'offres.

16. Voir les articles 5 et 6 du *Règlement sur les marchés de l'État (F-11 — DORS/87-402)*, disponible sur Internet, <http://lois.justice.gc.ca/fr/F-11/DORS-87-402/texte.html>, (Page consultée le 1^{er} septembre 2006), qui se lisent comme suit :

5. Avant la conclusion d'un marché, l'autorité contractante doit lancer un appel d'offres de la façon prévue à l'article 7.

6. Malgré l'article 5, l'autorité contractante peut conclure un marché sans lancer d'appel d'offres dans les cas suivants :

- a) les cas d'extrême urgence où un retard serait préjudiciable à l'intérêt public;
- b) les cas où le montant estimatif de la dépense ne dépasse pas selon le cas :
 - (i) 25 000 \$,
 - (ii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché portant sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance de la construction, de la réparation, de la rénovation ou de la restauration d'un ouvrage,
 - (iii) 100 000 \$, s'il s'agit d'un marché que doit conclure le membre du Conseil privé de la Reine pour le Canada responsable de l'Agence canadienne de développement international et qui porte sur la prestation de services d'ingénieurs ou d'architectes ou d'autres services nécessaires à la planification, à la conception, à la préparation ou à la surveillance d'un programme ou projet d'aide au développement international;
- c) les cas où la nature du marché est telle qu'un appel d'offres ne servirait pas l'intérêt public;
- d) les cas où le marché ne peut être exécuté que par une seule personne.

Voir aussi l'équivalent pour la province de Québec : *Règlement sur les contrats d'approvisionnement, de construction et de services des ministères et des organismes publics*, R.R.Q., 2000, c. A-6.01, r. 0.03, art. 11(3).

Dans cette conception classique, le travail est fait par le fonctionnaire et le secteur privé ne fait que soutenir et habilitier cet exercice. S'il y a trop de travail, on engage d'autres fonctionnaires qui sont dignes de confiance parce que soumis au même régime éthique et hiérarchique. Mis à part des projets de grande envergure où les partenariats public-privé sont envisagés, l'essentiel du travail du fonctionnaire se fait donc dans un cadre organisé et soutenu par des règles assez strictes qui sont différentes de celles qui animent le secteur privé.

De même, le rapport entre le secteur public et le secteur communautaire est conceptualisé comme marginal : en effet, les relations entre la fonction publique et la société civile apparaissent comme stylisées : elles s'opèrent par la voie de la ministre et de son lien avec le Parlement, et éventuellement par le processus d'élection qui exprime et traduit les vœux du public. Il n'est donc pas nécessaire, ni même approprié, dans ce cadre classique pour les fonctionnaires d'avoir des contacts avec le public sauf dans un cadre prescrit par la loi et pour exécuter les vœux du Parlement. À l'occasion, il peut y avoir des consultations avec différents secteurs de la société afin d'aider le ou la ministre à réfléchir aux solutions à un problème mais ces consultations se font selon un mode caractérisé par l'écoute de doléances ou d'opinions. En général, l'information est contrôlée par la fonction publique¹⁷. Encore une fois, les fonctionnaires chercheront à assurer un traitement équitable des citoyens, tentant de réfréner ceux et celles qui revendiquent des rapports privilégiés avec la fonction publique. L'aspiration, qui n'est pas toujours respectée, est d'une fonction publique neutre qui n'a pas de préférences et qui veille à ce que les règles soient respectées. Encore une fois, cette neutralité et ce désir de traiter équitablement tous les citoyens entrèrent en conflit avec les valeurs organisationnelles des secteur privé et communautaire où la neutralité ou

17. On notera à ce propos que des obligations de consulter sont de plus en plus imposées par les tribunaux et c'est un peu à reculons que la fonction publique accepte cette nouvelle responsabilité parce qu'elle ne correspond pas aux valeurs jusqu'alors soutenues par le système juridique. Voir *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511.

le devoir de traiter équitablement ne sont pas des principes porteurs de conséquences juridiques.

La grande différence entre la conception classique du rôle de la fonction publique et celle inspirée de la philosophie néolibérale réside dans la centralité du rapport entre le secteur public et le secteur privé ou communautaire : l'État providence se voit essentiellement au centre du rapport, tandis que l'État néolibéral se voit en périphérie. Le rapport au secteur privé ou communautaire est accessoire et marginal dans la conception classique, mais central et essentiel pour la philosophie néolibérale. C'est ce déplacement du rôle des secteurs privé et communautaire de la périphérie au centre du développement de la politique publique qui cause le déséquilibre. Dans la prochaine section, nous décrivons comment l'opposition des principes organisateurs crée une déstabilisation des règles et surtout de leur application mais auparavant, il faut ajouter une petite note sur les valeurs organisationnelles promues par les principes juridiques exposés.

**b) Les valeurs organisationnelles :
la reddition de comptes procédurale**

Les principes juridiques de reddition de comptes procédurale et d'égalité de traitement pour les citoyens, qui sont associés à la primauté du droit et dont nous avons discuté plus haut l'importance, auront des conséquences dans les valeurs et caractéristiques de l'organisation du travail au sein de la fonction publique. C'est le but de la présente section : les principes juridiques sont traduits dans un contexte opérationnel et produisent certaines caractéristiques organisationnelles que je décrirais comme une gestion essentiellement conservatrice des risques et une transparence marquée par une certaine rigidité procédurale.

Traditionnellement, on décrit la culture générale d'opération de la fonction publique comme une de gestion conservatrice des risques : le fonctionnaire est invisible et doit, dans la mesure du possible, protéger le ou la ministre. La valorisation vient donc surtout d'avoir évité tout embarras pour le ou la ministre et d'avoir bien suivi les règles prescrites.

Essentiellement, la responsabilité et la reddition de comptes de la fonction publique sont articulées autour d'une

imputabilité de *processus* : est-ce que les règles du Conseil du Trésor ont été suivies? Est-ce que la décision prise l'a été dans le cadre défini par la loi? Est-ce que le programme rejoint les gens auxquels il était destiné? Une fonction publique qui opère dans un monde de primauté du droit conçoit donc la plus grande maladresse comme étant celle d'excéder sa juridiction. C'est d'ailleurs l'erreur cardinale sanctionnée par le droit administratif¹⁸.

Je noterais aussi que la transparence est typiquement vue comme une valeur du secteur public, contrairement aux secteurs privé et communautaire qui peuvent opérer dans la confidentialité, l'anonymat, voire l'obscurité. Cependant, il est important de reconnaître que la transparence du secteur public est une transparence des *processus* décisionnels plutôt que de la substance des décisions. En fait, dans le cadre de l'évaluation de la *Loi sur l'accès à l'information*¹⁹, on note que face à la possibilité d'une divulgation éventuelle et possible d'une note de service ou de la teneur de leurs propos, les fonctionnaires ont cessé d'écrire et donc qu'ils résistent à la divulgation de la substance des discussions et se cantonnent davantage dans une divulgation et la transparence des *processus*.

Pour résumer, l'écosystème classique fonctionne dans un cadre de contrôle : contrôle de l'information et des contacts avec le public, les secteurs communautaire et privé. Il s'agit essentiellement d'une reddition de comptes et d'une transparence de *processus*. Les règles de droit sous-tendent une culture de gestion plus conservatrice axée sur une reddition de comptes de *processus* : pour que les décisions aient une valeur juridique, elles doivent avoir été prises par la bonne personne (le principe de *Delegatus non potest delegare* — celui qui reçoit un pouvoir par délégation ne peut lui-même en déléguer l'exercice — qui exprime bien l'idée de la hiérarchie et du contrôle exercé sur les acteurs et les *processus*²⁰), suite au

18. P. GARANT, *op. cit.*, note 12, p. 482-484.

19. « Pour sa part, le Commissaire à l'information critique ce qu'il perçoit être une culture de secret fortement enracinée dans les institutions fédérales, ainsi qu'un manque d'engagement par rapport aux principes de la loi. », Groupe d'étude de l'accès à l'information — Rapport par A. DELAGRAVE, *Accès à l'information : comment mieux servir les Canadiens*, Ottawa, Ministère de la Justice Canada, 2002, p. 3.

20. P. GARANT, *op. cit.*, note 12, p. 219-220.

bon processus et dans le cadre législatif établi. La lenteur des procédures est un mal qui se justifie compte tenu que la légitimité vient de la rigueur du processus.

2. L'EFFET DÉSTABILISATEUR DE LA PENSÉE NÉOLIBÉRALE

Arrive donc la pensée néolibérale dans cet environnement juridique : elle débute par une critique virulente de l'État omniprésent et omnipuissant, mais surtout inefficace²¹. Cette inefficacité est perçue comme un mal en soi²² et non comme le prix à payer pour assurer la légitimité ou la primauté du droit. L'avènement des gouvernements néolibéraux marquent donc une tentative d'incorporer au sein de l'organisation gouvernementale des principes et des valeurs du secteur privé. On exige donc que l'efficacité du secteur privé soit transférée au secteur public. Le public doit être « privatisé ». Il ne s'agit pas simplement d'obtenir les biens et services pour faire le travail mais de carrément donner à d'autres le travail et de déléguer complètement l'accomplissement des tâches. Dans ce cadre, s'il y a besoin de personnel, il ne s'agit plus d'engager un fonctionnaire additionnel, mais bien de contracter avec une firme externe qui fera le travail. S'il y a besoin d'opinions ou de recherches, l'expertise ne se retrouve pas à l'intérieur du gouvernement mais bien à l'extérieur et on engagera un consultant. Le bon gestionnaire public n'est plus seulement celui ou celle qui a formé une bonne équipe mais la personne qui sait engager les bons consultants et conclure des partenariats productifs.

Or, le secteur privé et, à moindre échelle, le secteur communautaire n'opèrent pas dans le même cadre juridique : il y a donc conflit de normes et conflit de valeurs. Dans la présente section, je décris brièvement le choc des cultures qui se présente dans ce contexte.

On pourrait décrire le secteur privé comme opérant dans un cadre juridique marqué par la liberté contractuelle et par des valeurs axées sur une reddition de comptes de *résultats*

21. E.P. MANNING et The Hon. M. HARRIS, « Rebalancing and Revitalizing Canadian Governance », 7 juin 2006, *The Globe and Mail*, p. 5.

22. Voir J.G. STEIN, *The Cult of Efficiency*, Toronto, House of Anansi/Canadian Broadcasting Corporation, 2001, 307 p.

plutôt que de processus. Évidemment, le secteur privé prend des risques (selon les secteurs, 50 % des nouvelles entreprises fermeront leurs portes après un an)²³. De plus, le secteur privé ne se préoccupe pas d'offrir une égalité des chances aux citoyens d'entrer en relation contractuelle avec lui. Une entreprise privée ne doit pas discriminer au sens des lois de protection des droits de la personne, mais elle peut développer des mécanismes de sélection de ses cocontractants qui reflètent leurs relations passées et futures, la confiance que les partenaires ont entre eux ou même leurs affinités personnelles. Lorsqu'on tente de transposer cette flexibilité dans le processus public d'allocation des contrats, on se rend compte que le processus d'appel d'offres a beaucoup de difficulté à incorporer des critères de type qualitatif ou même un aspect de stratégie à long terme. Il ne fonctionne qu'avec des critères de comparaison assez rigides, objectifs et fixés à l'avance. Il est impossible d'adapter ce système à un contexte plus flexible où les partenaires doivent avoir confiance entre eux et où la compétition peut éliminer des contractants ayant une mauvaise réputation ou étant difficiles à gérer, ce qui serait évidemment possible dans le secteur privé. Dans ce contexte, puisque les règles sont mal adaptées au développement d'une relation à long terme basée sur la confiance, il est tentant d'ignorer carrément les règles du Conseil du Trésor. C'est entre autres ce qui s'est passé dans le scandale des commandites²⁴.

Le rapport avec le communautaire est tout aussi porteur de contradictions. Le secteur communautaire fonctionne avec l'apport de bénévoles qui opèrent avec moins de restrictions que le secteur public. La sélection des partenaires, employés, bénéficiaires est certes soumise aux lois qui empêchent la discrimination mais permettent toujours d'établir des critères de sélection qui reconnaissent leur identité : les groupes religieux offrent généralement des services aux membres de leur congrégation ou dénomination religieuse, et même les organismes non gouvernementaux qui opèrent dans le domaine social sont libres de s'associer avec des groupes qui partagent

23. J. BALDWIN, L. BIAN, R. DUPUY et G. GELLATY, *Taux d'échec des nouvelles entreprises canadiennes : Nouvelles perspectives sur les entrées et les sorties*, Statistiques Canada, 2002, p. 75.

24. Voir le Rapport Gomery, *supra*, note 14.

leurs opinions ou avec lesquels ils ont des affinités politiques. Les règles de la primauté du droit du secteur public ne permettent évidemment pas une telle sélection.

Dans la mesure où la diversité des systèmes normatifs entre le secteur privé et le secteur public, ou entre le secteur communautaire et le secteur public opéraient en coexistence, les problèmes et les conflits étaient moins préoccupants. Cependant, lorsqu'il ne s'agit plus de respecter la différence mais de se « convertir », c'est-à-dire d'adopter des modes de fonctionnement inspirés du modèle privé dans le secteur public, de « privatiser » le public, les dérapages deviennent prévisibles. Puisque les règles se révèlent inadaptées, peu pertinentes, mais n'ont pas changé, elles sont simplement ignorées : il n'y a donc plus de respect de la règle de droit.

PARTIE II — À LA RECHERCHE D'UN NOUVEL ÉQUILIBRE

Face à cette transformation des valeurs et de la mesure du succès, l'écosystème est en état de choix : l'ancien équilibre entre les règles juridiques, éthiques, l'organisation humaine et les valeurs est fragilisé.

Tel qu'argué plus haut, le contrôle étatique est en voie de devenir difficile à maintenir dans un cadre où la gouvernance se fait à distance. Il faut donc miser sur une adaptation des règles à ce nouveau contexte, et c'est le but de cette dernière section.

Je décrirai brièvement trois adaptations qui me semblent nécessaires dans ce cadre d'adaptation de l'écosystème : un nouvel examen de la compartimentalisation entre le droit privé et le droit public (la nécessaire adaptation du droit public), une élaboration d'un modèle plus « contractuel » de la gouvernance (la « publicisation » du privé) et le développement d'un droit du secteur à but non lucratif qui corresponde à ces nouveaux besoins.

1. LA NÉCESSAIRE ADAPTATION DU DROIT PUBLIC

Il est temps de revoir la compartimentalisation étanche faite entre le privé et le public dans notre droit : cette conceptualisation comporte des dangers de centrer le débat sur la mauvaise question. Les définitions, par exemple, fonctionnaire

ou consultant, employé ou entrepreneur, agente de sécurité privée ou policière, organisent entièrement le cadre juridique applicable, même lorsque les échanges entre les deux secteurs sont développés de telle manière à rendre les lignes de démarcation invisibles. Ce dépassement de la distinction public-privé invite à la création et à l'élaboration de normes juridiques qui transcendent cette conceptualisation un peu surannée. Une telle réinvention des règles a déjà fait l'objet d'études et recommandations²⁵. Elle n'est pas sans défis puisqu'elle ne peut se faire seulement en adaptant le droit public mais aussi en projetant les valeurs publiques sur les secteurs privé et communautaire, en « publicisant » le secteur privé.

2. LA « PUBLICISATION » DU PRIVÉ

Les valeurs de transparence et d'imputabilité doivent être au cœur des réformes du droit de l'entreprise. On voit d'ailleurs un mouvement plus généralisé pour reconnaître des devoirs de reddition de comptes des entreprises. Par exemple, le Pacte mondial de l'Organisation des Nations Unies²⁶ invite les entreprises à adopter un code éthique reconnaissant leurs responsabilités envers les travailleurs et l'environnement, entre autres choses, et surtout à s'obliger à expliquer et évaluer leur performance. C'est donc une tentative d'incorporer, dans l'organisation même des entreprises, des obligations pour le « bien public » qui rappellent un peu les pouvoirs étatiques d'ordonner et superviser²⁷ la performance des entreprises dans la poursuite d'objectifs d'intérêt public. Dans un contexte d'absence de la présence étatique ou de réduction des effectifs voués à la supervision, il est nécessaire de transférer ces obligations aux secteurs privé et communautaire.

25. Voir, entre autres, COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *New Perspectives on the Public-Private Divide*, Vancouver, U.B.C. Press, 2002.

26. Voir le site des Nations Unies sur le Pacte mondial : [En ligne]. <http://www.unglobalcompact.org/Languages/french/index.html>, (Page consultée le 30 août 2006).

27. La version anglaise de cette expression est « command and control ». Cette description est utilisée dans les écrits pour décrire un rôle actif du gouvernement dans l'élaboration de normes et le suivi auprès des acteurs privés. Les auteurs, tel Lester M. Salamon, visent donc le développement de nouveaux outils pour remplacer cette façon d'agir dans un contexte néolibéral. Voir L.M. SALAMON, *New Tools of Government*, Cambridge, Harvard University Press, 2002, Introduction.

Beaucoup s'inquiètent de la pertinence de ce transfert et de la capacité réelle des entreprises de poursuivre le bien commun sans contrôle étatique²⁸ mais le mouvement doit être noté. Selon moi, il appartient à l'État d'utiliser une pléiade de moyens pour maintenir la pression sur les entreprises pour qu'elles se conforment à leurs obligations éthiques et juridiques. Deux méthodes sont particulièrement aptes à cette pression indirecte : le contrat de services (ou le marché entre l'État et le secteur privé) et la délégation d'un rôle de supervision à d'autres groupes ou agents sociaux.

Comme nous l'avons vu, la réglementation actuelle des contrats publics vise à assurer, dans la mesure du possible, l'accès égal des « citoyens » (entreprises ou personnes physiques) au marché lucratif des contrats gouvernementaux. Elle pourrait être adaptée pour permettre la mise en œuvre d'autres objectifs : l'obéissance aux normes environnementales, aux normes du travail ou du droit de la personne.

Le contrat devient ainsi un outil primordial de gestion. Il constitue un outil de gouvernance précieux et doit comprendre une certaine forme d'autorégulation. Il nous reste encore beaucoup à apprendre sur ce régime contractuel à vocations multiples. C'est un secteur qu'il faut absolument investir : des contrats-types doivent être élaborées qui imposent davantage que des normes de paiement et critères de qualité. Le contrat doit inclure des mécanismes pour la mise en œuvre du bien commun et les contractants devraient entrer en compétition sur la base de leur capacité de remplir ces objectifs tout autant que sur le prix à payer.

De plus, il s'agira de bien savoir déléguer le rôle de supervision de ces obligations contractuelles. L'État néolibéral ne veut plus avoir le monopole du contrôle de l'imputabilité et il doit permettre, accepter et valoriser l'intervention d'autres outils de reddition de comptes : la presse, les organismes non gouvernementaux, les groupes de pression et les citoyens eux-mêmes. Il doit donc soutenir les efforts de ces groupes pour devenir de meilleurs gestionnaires d'information et de suivi.

28. Voir, entre autres, S. WOOD, « Green Revolution or Greenwash? Voluntary Environmental Standards, Public Law and Private Authority in Canada, » dans COMMISSION DU DROIT DU CANADA, *New Perspectives on the Public-Private Divide*, *supra*, note 25, p. 120 suiv.

Il faut que les acteurs hors gouvernements soient capables d'assumer des fonctions autrefois assumées par les fonctionnaires publics. C'est le dernier chantier à entreprendre.

3. LA RESPONSABILISATION DU COMMUNAUTAIRE ET LE DÉVELOPPEMENT D'UN DROIT DU SECTEUR À BUT NON LUCRATIF

Les recherches sur le droit du secteur à but non lucratif fait piètre figure à côté du droit public ou du droit privé. Ce n'est qu'occasionnellement que les Facultés de droit offrent un cours sur les développements dans ce secteur et à part quelques ouvrages de grande qualité²⁹, il a été laissé beaucoup de côté, surtout par le secteur juridique. Or, c'est un secteur en pleine expansion dans un contexte néolibéral³⁰. Les études pluridisciplinaires sur le sujet menées, entre autres, par l'Université John Hopkins³¹, indiquent que le secteur est marqué par la diversité, diversité de capacités financières et même de capacités de ressources humaines.

Il est temps que le secteur soit étudié à fond du point de vue juridique. On sait que la partie II de la *Loi sur les corporations canadiennes* doit être revue³², mais l'étude juridique doit dépasser cette refonte et aborder aussi celles du financement par le secteur public et de l'octroi du statut d'organisme charitable. Il s'agit en effet de veiller à équiper le secteur communautaire et à but non lucratif pour qu'il puisse assumer le rôle que l'État néolibéral lui confère.

29. J. REKART, *Public Funds, Private Provision: The Role of the Voluntary Sector*, Vancouver, U.B.C. Press, 1993; D. SHARPE, *A Portrait of Canada's Charities*, Toronto, Canadian Centre for Philanthropy, 1994; M.H. HALL, « Trends in Charitable Donations: 1984–1992, » *Canadian Centre for Philanthropy Research Bulletin*, 1 (October) 1994.

30. B. DRAINIE, *Raconter notre histoire: Présenter la valeur de la philanthropie et le secteur bénévole*, document de recherche (2001). [En ligne]. <http://www.vsi-isbc.ca/fr/awareness/reports.cfm> (Page consultée le 22 août 2006).

31. Voir The Comparative Nonprofit Sector Project. [En ligne]. <http://www.jhu.edu/~cnp/> (Page consultée le 22 août 2006).

32. S.R.C. 1970, c. C-32. Voir L'Initiative sur le secteur bénévole et communautaire du gouvernement fédéral. [En ligne]. http://www.vsi-isbc.ca/fr/regulations/corporations_act.cfm (Page consultée le 30 août 2006), et le document de discussion sur la question de la refonte de la loi et l'élaboration d'une nouvelle loi sur les sociétés à but non lucratif [En ligne]. <http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/incilp-pdci.nsf/fr/cl00303f.html> (Page consultée le 30 août 2006).

CONCLUSION

L'écosystème de la fonction publique est en état de régression — selon la logique biologique, il doit s'adapter ou mourir. Le présent article visait à définir comment l'encadrement juridique de la fonction publique canadienne répond mal aux nouvelles demandes de l'État néolibéral qui doit gouverner « à distance ». La philosophie néolibérale a ébranlé l'application des normes traditionnelles du droit administratif canadien, normes structurées autour du monopole de l'État dans la mise en œuvre de la primauté du droit et de caractéristiques organisationnelles telles que la gestion conservatrice des risques, la reddition de comptes de processus et le traitement équitable de tous les contribuables. La place plus grande que prennent les secteurs privé et communautaire dans la poursuite d'objectifs publics a déstabilisé le fonctionnement de l'appareil de la fonction publique. Ce n'est donc pas surprenant que des crises de légitimité, des scandales ou des erreurs sérieuses surviennent. Pour minimiser le risque de ces dérèglements, il ne suffit pas de renforcer les règles traditionnelles d'imputabilité, mais bien d'aller plus loin et de développer et peaufiner des outils juridiques supplémentaires : le contrat comme mécanisme de régulation, et le contrôle et la supervision par personnes interposées. De plus, il faudra « publiciser » le droit privé en y incorporant des obligations d'imputabilité sur des questions jusqu'alors laissées au bon vouloir des sociétés commerciales (les droits des travailleurs, les normes de l'environnement, le rapport à la communauté). Finalement, il y a aussi lieu de réfléchir sérieusement au droit des sociétés à but non lucratif qui auront de plus en plus de grandes responsabilités et demanderont donc un droit à la mesure de ces obligations.

Nathalie Des Rosiers
Faculté de droit
Section de droit civil, bureau 203
Université d'Ottawa
OTTAWA (Ontario) K1N 6N5
Tél. : (613) 562-5902
Télec. : (613) 562-5121
nathalie.desrosiers@uottawa.ca