

Rapport de synthèse

Suzanne Comtois

Volume 36, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027174ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027174ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Comtois, S. (2006). Rapport de synthèse. *Revue générale de droit*, 36(4), 855–873.
<https://doi.org/10.7202/1027174ar>

Résumé de l'article

La transparence et l'imputabilité des autorités publiques sont au centre des préoccupations du droit administratif et de l'administration publique. Malgré les différences observées, une prémisse commune se dégage des interventions des experts français, belges et canadiens, à savoir que la population a le droit de demander des comptes aux autorités publiques et que celles-ci ont le devoir de répondre de leur administration. Les problèmes identifiés et discutés dans le cadre de ce colloque ne portent donc pas tant sur l'opportunité d'obliger les agents publics à rendre compte que sur les moyens d'y arriver, d'y arriver efficacement pourrait-on préciser.

Rapport de synthèse

SUZANNE COMTOIS

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke

RÉSUMÉ

La transparence et l'imputabilité des autorités publiques sont au centre des préoccupations du droit administratif et de l'administration publique. Malgré les différences observées, une prémisse commune se dégage des interventions des experts français, belges et canadiens, à savoir que la population a le droit de demander des comptes aux autorités publiques et que celles-ci ont le devoir de répondre de leur administration. Les problèmes identifiés et discutés dans le cadre de ce colloque ne portent donc pas tant sur l'opportunité d'obliger les agents publics à rendre compte que sur les moyens d'y arriver, d'y arriver efficacement pourrait-on préciser.

ABSTRACT

Transparency and accountability are central concerns to both administrative law and public administration. Despite the differences, the interventions of the experts from France, Belgium and Canada, reveal a premise common to the three countries: the right of the population to demand public authorities to account for their administration, and the duty of these authorities to do so. Therefore, the issues discussed during the conference do not focus so much on the opportunity of making public authorities accountable as on the ways to efficiently promote transparency and accountability in different settings.

SOMMAIRE

Introduction.....	856
1. La transparence et la reddition de comptes	857
— L'insuffisance du cadre juridique actuel.....	857
— La nécessaire actualisation du principe de la responsabilité ministérielle.....	859
— Le lien de confiance entre les citoyens et leurs dirigeants....	861
2. Le financement des partis politiques et la réforme électorale	862
3. La nomination des commis de l'État et/ou des juges	865
— La nomination des grands commis de l'État.....	865
— La nomination des juges	867
— Le concours.....	867
— La nomination à la discrétion du chef de l'exécutif.....	868
4. Adjudication et exécution des contrats administratifs de marchés publics de biens et services	870
Conclusion	872

INTRODUCTION

Le thème de ce colloque tripartite, la transparence et la reddition de comptes par les pouvoirs publics, soulève des enjeux qui sont au centre des préoccupations du droit administratif et de l'administration publique.

Ce thème général et chacun des sous-thèmes : *Financement des partis politiques et réforme électorale*, *Nomination des commis de l'État et/ou des juges* et *Adjudication et exécution du contrat administratif*, ont fait l'objet d'une communication par des experts français, belges et canadiens. Ces présentations, d'une qualité exceptionnelle, ont permis de mettre en relation les trois modèles étudiés et de découvrir d'autres perspectives sur des problématiques qui, bien qu'elles se situent aux frontières entre le droit administratif, les sciences politiques, l'économie, la philosophie politique, le

« public management » et les finances publiques, méritent une attention particulière des juristes.

Il m'incombe maintenant de mettre en application les enseignements reçus pour tenter de rendre compte des points principaux qui ont retenu notre attention au cours de ces deux journées. Après avoir identifié les préoccupations principales évoquées sur chacun des thèmes étudiés, je tenterai de dégager les points de convergences et de faire voir, le cas échéant, les foyers de tensions sous-jacents aux positions exposées.

1. LA TRANSPARENCE ET LA REDDITION DE COMPTES

En contrepartie du devoir qui lui incombe de payer des impôts, le contribuable s'attend légitimement à savoir comment les argents sont dépensés. Tant en France, qu'en Belgique et au Québec, il semble acquis, au niveau du discours à tout le moins, que la population a le droit de demander des comptes aux autorités publiques et que celles-ci ont le devoir de répondre de leur administration. Partant, les questions soulevées par les conférenciers ne portent pas tant sur l'opportunité d'obliger les agents publics à rendre compte que sur le degré de transparence requis ou les moyens d'y arriver « efficacement ».

Des interventions de la doyenne Nathalie Des Rosiers et des professeurs Séguin, Le Pourhiet, Delpérée et Paquet, trois constats retiendront notre attention : l'insuffisance du cadre actuel, la nécessité de revoir l'interprétation du principe traditionnel de la responsabilité ministérielle et la nécessité de refaire le lien de confiance entre les citoyens et leurs dirigeants.

L'INSUFFISANCE DU CADRE JURIDIQUE ACTUEL

Le premier constat est qu'en dépit des moyens modernes, on a le sentiment de régresser. Il existe certes des règles relatives à la reddition de comptes, mais elles sont soit insuffisantes et faciles à contourner, soit assorties de trop nombreuses exceptions ou tout simplement mal appliquées ou pas appliquées du tout. D'où la nécessité de réformer le

cadre actuel et de « rendre plus rigoureuse la reddition de comptes des gouvernements »¹.

Pour illustrer l'insuffisance des redditions de comptes des pouvoirs publics, M. Séguin insiste sur l'inintelligibilité de chiffres apparaissant dans le budget du gouvernement du Québec. Il prend comme exemples la façon de calculer le montant de la dette et celui des immobilisations. Dans l'un et l'autre cas, l'ex-ministre des Finances reproche au gouvernement de vouloir masquer la réalité, notamment, en soustrayant de la dette certains actifs (confondant ainsi la question à savoir si on a une dette et celle de savoir si on a la capacité financière d'y faire face) ou en ne déclarant pas, au chapitre des immobilisations, les emprunts effectués pour financer les grandes infrastructures. Ce manque de transparence et de rigueur, conclut l'auteur, empêche le lecteur de comprendre les documents produits et, de ce fait, permet au gouvernement d'échapper à son obligation de rendre compte.

M^{me} Le Pourhiet évoque, pour sa part, l'échec des tentatives visant à améliorer la transparence et la responsabilité des plus hautes autorités de l'État en France, qu'elle illustre aussi par deux exemples percutants : l'affaire du sang contaminé et la poursuite intentée contre le président Chirac pour des actes accomplis antérieurement à son entrée en fonction. Selon l'auteure, la volonté d'améliorer la reddition de comptes s'est traduite en France par une multitude de textes de toutes sortes (lois, règlements, projets de lois, rapports) qui ont en commun de se tromper de cible. Ces réformes, qui tendent généralement à proposer des remèdes institutionnels à un mal politique et moral, ratent leur cible, car les pouvoirs ne sont pas là où on le croyait, la répartition réelle des pouvoirs étant décalée des textes constitutionnels et juridiques. Il en résulte, selon l'auteure, une culture de l'irresponsabilité que semble favoriser les nouveaux modes de gouvernance.

La doyenne Nathalie Des Rosiers abonde dans le même sens en rappelant qu'« [U]ne culture de transparence et d'imputabilité au sein de la fonction publique est le produit d'un ensemble de facteurs dont l'environnement juridique n'est qu'un élément ». Il ne suffit pas de changer les règles pour

1. Conférence de M.Y. SÉGUIN.

changer les mentalités et les mœurs. Pour réussir, la réforme doit s'accompagner de changements plus subtils, aux paliers supérieurs, notamment dans l'exercice de pouvoirs discrétionnaires, telles les nominations, promotions ou allocations budgétaires. C'est par ce genre de choix, fondés sur des principes, que l'on pourra espérer, s'il y a lieu, changer la culture et les valeurs. Enfin, s'inspirant de la métaphore de l'écosystème, M^{me} Des Rosiers insiste sur la nécessité d'adapter les mécanismes traditionnels de transparence et d'imputabilité aux réalités changeantes.

M. Delpérée s'interroge, quant à lui, sur l'aptitude du système politique belge à mettre sur pied des mécanismes de contrôle qui permettent d'intervenir au moment où le mal se produit, plutôt qu'*a posteriori*. Il estime, à cet égard, que le gouvernement et les élus, tout en conservant leur capacité de définir les objectifs collectifs et d'en contrôler la réalisation, auraient intérêt à collaborer davantage avec des experts du système institutionnel. Joignant sa voix à celle des conférenciers précédents, l'auteur s'inquiète enfin de la forme collégiale que semble prendre la responsabilité politique. Il y voit un moyen commode d'échapper à la responsabilité, car si tous les élus sont en théorie responsables, aucun ne l'est concrètement.

LA NÉCESSAIRE ACTUALISATION DU PRINCIPE DE LA RESPONSABILITÉ MINISTÉRIELLE

Le deuxième constat qui se dégage des interventions portant sur le thème général transparence et reddition de comptes porte sur le caractère désuet du principe traditionnel de la responsabilité ministérielle et sur la nécessité d'en revoir l'interprétation. Les auteurs ne s'entendent toutefois pas sur les formes que cela doit prendre.

Au Québec, par exemple, l'« imputabilité directe des fonctionnaires devant le Parlement est une option envisagée depuis déjà plus de 25 ans, mais qui continue à susciter des réserves. » En effet, cette avenue a été recommandée dès 1979 par la Commission Lambert, puis par la Vérificatrice générale du Canada en 2003 et maintenant par la Commission Gomery. Expressément prévue dans la nouvelle *Loi sur l'administration publique* adoptée par l'Assemblée nationale

en 2000, elle est, semble-t-il, « timidement » pratiquée au Québec depuis quelques années².

Cette forme de resserrement de l'imputabilité qui vise à rendre les haut fonctionnaires directement responsables devant le parlement, ne fait toutefois pas l'unanimité. Tant aux plans idéologique que pratique, on note en effet une tension entre les partisans du droit et les partisans du nouveau management. Pour les premiers, le droit, dont le droit administratif, doit jouer un rôle central dans l'action gouvernementale³. Ils cherchent, dans le droit, la manière de remédier aux dysfonctionnements de l'État. Les propositions contenues dans le deuxième rapport du juge Gomery, visant à renforcer la supervision parlementaire des dépenses gouvernementales par un encadrement juridique plus strict, s'inscrivent dans cette tendance⁴.

Les partisans du nouveau management favorisent au contraire un affaiblissement du rôle du droit, présenté comme une entrave à l'efficacité, au profit de formules plus flexibles, induites par le management. Le professeur Paquet met en garde contre le risque que « la croisade pour toujours davantage de transparence et des liens de contrôle toujours plus sévères ne mène à des résultats désastreux »⁵. Il cite, à titre d'exemple, les effets pervers de l'application de la *Loi sur l'accès à l'information* qui aurait incité certaines administrations à ne pas laisser de traces écrites dans des dossiers controversés. « Ce dont on a besoin (conclut l'auteur) n'est pas davantage de transparence ou de reddition de comptes, mais une transparence et une reddition de comptes d'une autre sorte »⁶. Des imputabilités multiples et douces qui, si je comprends bien, se situent en marge du droit.

2. L. BERNARD, *La Presse*, 9 février 2006.

3. Sur ces questions voir notamment D. MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », 47 *Les Cahiers de droit* 89.

4. Juge GOMERY, « 2^e rapport—Rétablir l'imputabilité », Rapport de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires, 1^{er} février 2006.

5. G. PAQUET, « Le palimpseste de l'imputabilité », p. 5. Voir aussi *La Presse*, Montréal, mardi 7 mars 2006, p. A 13 sur les critiques formulées par des personnalités publiques à l'égard du deuxième rapport Gomery.

6. G. PAQUET, « Le palimpseste de l'imputabilité », p. 5.

LE LIEN DE CONFIANCE ENTRE LES CITOYENS ET LEURS DIRIGEANTS

Enfin, le troisième constat se dégageant des points de vue exprimés par les conférenciers des trois juridictions porte sur l'importance, voire l'urgence, de reconstruire le lien de confiance entre les citoyens et leurs dirigeants. Là non plus, les moyens d'y arriver ne font cependant pas l'unanimité.

Pour certains observateurs, dont le professeur Séguin, il faut insister davantage sur la transparence, obliger les autorités publiques à justifier leurs décisions, recourir à des procédés participatifs qui favorisent la recherche délibérative de consensus, responsabiliser les acteurs, identifier et sanctionner, le cas échéant, les responsables des fautes. D'autres, dont le professeur Paquet, remettent en cause l'accentuation des exigences de transparence et de reddition de comptes qu'ils voient plutôt comme un obstacle à la bonne gouvernance. Ce dernier craint en outre qu'un contrôle accru ne serve à alimenter le cynisme des citoyens face à la classe politique. Il donne pour exemple la crise de confiance à l'égard des dirigeants qui résulterait d'une généralisation abusive des inconduites révélées dans le cadre des travaux de la Commission Gomery chargée d'enquêter sur le scandale des commandites⁷. À son avis, l'on fait fausse route en cherchant des responsables impossibles à identifier. L'action gouvernementale, observe-t-il, est complexe et implique une chaîne d'intervenants parmi lesquels il est illusoire de chercher un coupable. Il nous invite à accepter qu'il n'y ait pas nécessairement de coupables « individuels », mais plutôt un système qui connaît parfois des ratés, plus adéquatement corrigés par des mécanismes plus souples. Ce que sont ces mécanismes et leur efficacité relative restent à voir.

La responsabilisation des autorités est aussi la voie choisie dans d'autres pays. En France notamment, à défaut d'autres remèdes, les citoyens ont recherché la responsabilité pénale des plus hautes autorités de l'État, mais sans succès comme l'illustrent les deux exemples étudiés. Il en ressort que la responsabilité pénale, si elle demeure une avenue

7. Juge GOMERY, « 1^{er} rapport—Qui est responsable? », Rapport de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires, 1^{er} novembre 2005.

nécessaire, ne convient pas à toutes les situations. D'où l'intérêt de disposer d'un éventail de structures et de mécanismes de reddition de comptes s'appuyant sur des logiques diverses, notamment l'encadrement de la gestion publique par des processus rigoureux, l'inclusion dans ce cadre de principes éthiques et déontologiques, la responsabilité personnelle et collective des hauts fonctionnaires et des ministres devant le parlement, la responsabilité politique, professionnelle, administrative, civile et pénale. Par leur action combinée, toutes ces institutions et ces logiques d'imputabilité ont le potentiel d'encadrer l'action gouvernementale et de faire en sorte que les choix difficiles soient faits d'une manière transparente, responsable et justifiée.

2. LE FINANCEMENT DES PARTIS POLITIQUES ET LA RÉFORME ÉLECTORALE

L'argent, que l'on en parle ou non⁸, joue un rôle considérable en politique. D'où l'unanimité du constat sur la nécessité de mettre en place un cadre réglementaire en matière de financement électoral, aux fins de promouvoir le respect des principes démocratiques.

En adoptant des législations pour contrer les abus dès les années 1960 et 1970, le Québec et le Canada ont été des chefs de file en matière d'assainissement du financement des partis politiques. Des interventions législatives analogues sont apparues en France et en Belgique, vers la fin des années 1980. L'indignation du public, suite à des scandales, aurait, semble-t-il, compté pour beaucoup dans la volonté politique d'assainir le financement des partis politiques. Amendées à plusieurs reprises pour en élargir le champ d'application, ces législations marquent un net progrès par rapport à la situation qui prévalait antérieurement.

Les conférenciers de ce panel : M. Jean-Pierre Kingsley, Directeur général des élections du Canada, ainsi que les professeurs Verdussen et Gicquel, respectivement de Belgique et de France, ont exposé et commenté le modèle de financement

8. En France, il s'agirait semble-t-il d'un sujet tabou. Voir J.-É. GICQUEL « La transparence du financement de la vie politique en France : une situation juridique en clair-obscur », p. 3.

des partis politiques appliqué dans leur pays. Ils se sont aussi attardés aux mécanismes et aux structures susceptibles d'en assurer la mise en œuvre.

Le droit du financement, comme en témoignent les exposés, est un droit technique. Je ne reviendrai pas ici sur les dispositifs de contrôle qui encadrent le financement public et privé des partis politiques, par des plafonds, interdictions, droit de dotation, déclaration de patrimoine, tenue obligatoire de dossiers, obligation de rapport, vérification des comptes, accès aux documents, sanctions, etc.

Au-delà de son caractère technique, le droit du financement sert des valeurs fondamentales de démocratie. Comme l'ont fait valoir de façon convaincante les trois conférenciers, les dispositifs législatifs tentent, par des choix difficiles, parfois controversés⁹, de minimiser le jeu des forces économiques au profit des principes de liberté, d'égalité, d'accessibilité, d'équité, de transparence et d'imputabilité.

L'un des objectifs, affirme M. Kingsley, est d'assurer une certaine égalité des chances des citoyens désireux de se présenter au suffrage. Le financement public direct des partis politiques, ajoutent les professeurs Gicquel et Verdussen, est essentiel pour préserver la séparation entre les sphères publique/privée et ainsi favoriser l'indépendance des « mandataires politiques ». Le système de financement reposant sur l'État, croit-on, assure aux candidats une plus grande liberté d'action. Il permet en outre, écrit le professeur Verdussen, de promouvoir l'idée de démocratie. Il se demande d'ailleurs si cette finalité ne pourrait pas être invoquée pour exclure du bénéfice de ce financement public « les partis qui, en raison de leur message ou de leurs agissements — ou ceux de leurs membres —, doivent être considérés comme racistes ». Au terme de son analyse, il conclut qu'une telle mesure pourrait être jugée légitime, car le comportement qu'elle sanctionne — i.e. le message d'exclusion — est incompatible avec l'idée de démocratie. De tels groupes et les candidats qui les représentent pourraient ainsi participer à l'élection et éventuellement être élus, mais ils seraient privés de dotation. En d'autres

9. C'est le cas notamment de l'interdiction faite aux personnes morales de contribuer aux campagnes électorales qui a été contestée devant les tribunaux canadiens par des groupes qui invoquent l'atteinte à la liberté d'expression.

mots, leur liberté d'expression serait respectée, mais ils ne seraient pas financés par l'État.

Des limites à la transparence subsistent bien sûr dans les trois modèles étudiés. Ainsi, l'existence d'un régime adéquat d'accès aux documents, pourtant jugé essentiel à la transparence et à l'imputabilité, ne se retrouve pas dans tous les modèles étudiés. En France, notamment, un sérieux problème d'accès aux données administratives persiste. Ce manque de transparence permet aux partis politiques d'échapper aux règles d'imputabilité en empêchant le contribuable de faire les liens nécessaires pour comprendre, par exemple, l'interrelation entre les contributions politiques versées à un parti et les contrats gouvernementaux subséquentement octroyés. Au Canada, par contre, la triangulation est possible car les citoyens ont un accès relativement complet aux données administratives sur le site du DGE. Mais d'autres problèmes, tels les contributions occultes ou déguisées non autorisées, demeurent difficiles à sanctionner. Malgré leurs déficiences, les législations introduites dans les trois juridictions étudiées comblent un vide juridique et marquent un progrès en posant des limites au pouvoir de l'argent dans la vie politique. De plus, ces systèmes sont perfectibles, et, comme l'illustrent les réformes en cours, des efforts continuent d'être déployés pour améliorer la transparence et la rigueur du financement de la vie politique. Jusqu'où iront ces réformes? Opéreront-elles une transformation du rôle des partis politiques dans la démocratie contemporaine? Iront-elles même jusqu'à en proposer la disparition? Cela reste à voir. Il reste aussi à voir quelles suites seront données aux projets de réformes dont ont parlé le ministre Pelletier et la professeure Eltis, et dont l'objectif est d'améliorer l'exercice du droit de vote et le respect du choix démocratique des électeurs par la modernisation de la *Loi électorale*, la révision du mode de scrutin ou l'encadrement juridique des cas de transfuge. Au-delà des soupçons de partisanerie généralement associés à ce genre d'exercice, les dispositifs proposés sont susceptibles d'aider à combler le déficit démocratique dont se plaignent les électeurs qui appuient des candidats appartenant des partis politiques voués à rester dans l'opposition, et à rétablir le lien de confiance entre l'électorat et la classe politique.

3. LA NOMINATION DES COMMIS DE L'ÉTAT ET/OU DES JUGES

Qui nomme les juges et les grands commis de l'État? Selon quelles modalités? Existe-t-il un processus formel de recrutement? Qui est nommé? La liberté de choix dont dispose le pouvoir politique est-elle encadrée par des exigences procédurales, par des normes de fond? La compétence professionnelle est-elle une exigence? Que disent les textes? Sont-ils suffisamment précis pour encadrer adéquatement la discrétion dont dispose le pouvoir politique dans la nomination des juges et des grands commis de l'État? Quelles contraintes ces textes imposent-ils? Admettent-ils des exceptions? Le processus de nomination des juges canadiens et les réformes entreprises garantissent-ils l'indépendance de la magistrature? Souffrent-ils d'un manque de transparence? Voilà les questions principales soulevées dans les exposés des conférenciers : les professeurs Petit, Marchand, Andersen, Renders et Grammond, ainsi que la journaliste Josée Boileau et M. David Gourdeau, commissaire à la magistrature fédérale.

Après de savantes mises en contexte historiques, les conférenciers des trois pays ont fait état du cadre dans lequel s'effectue la nomination des juges et des grands commis de l'État, ainsi que des critiques dont sont l'objet ces processus. Se dégage de ces interventions une tendance à vouloir encadrer législativement le pouvoir de nomination des juges et des grands commis de l'État. Le type et le degré de contraintes imposées au pouvoir politique varient toutefois considérablement d'un pays à l'autre. Les limites imposées diffèrent également selon la nature de la fonction exercée.

LA NOMINATION DES GRANDS COMMIS DE L'ÉTAT

En France, écrit le professeur Petit, le large pouvoir discrétionnaire dont disposait le pouvoir politique dans la nomination des grands commis de l'État a généralement été remplacé par le procédé du concours, mode de nomination jugé plus apte à privilégier la compétence et à assurer l'égalité d'accès aux postes publics. Cette règle comporte toutefois d'importantes exceptions. L'une d'elles concerne les hauts

fonctionnaires dont les fonctions se situent à la jonction de l'administration et du politique. Parce qu'elles supposent l'existence d'une convergence de vues des titulaires avec les orientations des autorités politiques, ces nominations sont faites à la discrétion du pouvoir exécutif. Qui nomme? Les règles, nous dit l'auteur, sont complexes et les réponses nuancées. Qui est nommé? La liberté de choix, pour les raisons mentionnées plus haut, caractérise la nomination des grands commis de l'État. Il se pourrait bien, ironise l'auteur, que les chances d'une personne s'améliorent si elle compte parmi ses amis, un grand homme. Cependant, la liberté de choix n'est pas absolue. Au cours des dernières années, observe l'auteur, il y a eu renforcement du cadre juridique dans lequel s'exerce ce pouvoir de nomination. Outre les exigences procédurales, il existe des conditions de fond, liées notamment à l'exigence d'une compétence professionnelle, qui pourraient être contrôlées judiciairement, bien que la portée pratique de ce contrôle semble restreinte. Enfin, en marge des textes législatifs, des impératifs d'efficacité de même que le poids de certaines traditions administratives limitent la liberté de choix du pouvoir politique. Ces limites, selon l'auteur, ne semblent toutefois pas suffisantes pour contrer le phénomène de la politisation accrue de la haute fonction publique qui se manifeste depuis 1974, et qui fait en sorte qu'un changement de gouvernement emporte dans son sillage un changement des grands commis de l'État.

Élargissant la problématique, le professeur Renders se livre, pour sa part, à un examen minutieux des différents textes qui, en Belgique, régissent la désignation de « l'ensemble des hauts fonctionnaires, tous susceptibles de se révéler être un jour des grands commis de l'État ». Son examen l'amène à conclure que le degré de précision des textes ne constitue pas le gage absolu de la transparence qui doit caractériser le recrutement des personnes appelées à diriger l'Administration publique. Certaines clauses précises, constate-t-il, annulent l'application de grandes garanties, alors que des textes relativement laconiques consacrent parfois en quelques mots des garanties d'objectivité majeures¹⁰. Au surplus, le degré

10. D. RENDERS « Belgique : La nomination des grands commis de l'État », p. 27.

d'objectivité d'une procédure de recrutement n'est pas nécessairement le reflet des qualités susceptibles d'être reconnues au titulaire du poste¹¹. L'éthique des personnes appelées à servir l'État, observe l'auteur, est tout aussi indispensable que la règle de droit. L'État belge ne peut être transparent que s'il fait preuve d'éthique.

LA NOMINATION DES JUGES

Bien qu'ils aient en commun l'objectif de recruter des magistrats compétents et indépendants, le mode de nomination des juges en France diffère sensiblement des modèles qui prévalent au Canada ou en Belgique.

Le concours

En France, le recrutement des juges des juridictions de droit commun de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif se fait généralement par concours. Des principes communs aux deux ordres sont complétés par des règles de recrutement propres à chacun. Chaque ordre de juridiction organise son ou ses concours. Au terme du processus de sélection, les décrets de nomination sont signés par le président de la République. Les magistrats judiciaires appartiennent à un corps unique et bénéficient d'une école de formation, l'ENM, alors que les juges administratifs se divisent en deux corps distincts et sont formés directement par le Conseil d'État.

Le recrutement des juges, observe le président du tribunal administratif de Rennes, est complexe en raison notamment de la diversité des statuts des magistrats et des besoins quantitatifs. Il en résulte une pluralité de concours et de modes de recrutement. Malgré cette complexité, conclut l'auteur, l'impartialité est respectée et les nominations restent empreintes de la neutralité indispensable.

Pour ce qui est des qualifications requises, on s'interroge, de ce côté de l'Atlantique, sur la composition du Conseil constitutionnel français, formé pour moitié de non-juristes provenant du milieu parlementaire. Alors que certains estiment

11. *Id.*, p. 28.

indispensable que les juges appelés à interpréter les textes constitutionnels soient juristes, d'autres croient au contraire que la sensibilité des hommes politiques peut s'avérer pertinente à l'interprétation de ce type particulier de textes.

La nomination à la discrétion du chef de l'exécutif

À la différence de la France, où le recrutement des juges se fait par concours, en Belgique et au Canada, les juges sont choisis par le chef de l'exécutif. Le pouvoir discrétionnaire de ce dernier est parfois tempéré par l'obligation de choisir parmi des candidats apparaissant sur une liste établie par un comité consultatif.

Ce processus suscite dans les deux pays « de nombreuses critiques reliées à son manque de transparence et à son caractère partisan »¹². Pour contrer ce risque de politisation de la magistrature, des réformes ont été entreprises dans les deux pays. En Belgique, des incidents récents (l'affaire Dutroux et la marche qui a suivi) ont suscités une réforme destinée à dépolitiser les nominations et à améliorer la qualité du recrutement. Au Canada, si l'on s'entend généralement sur la qualité des personnes nommées, l'on demeure méfiant à l'égard d'un processus jugé trop politique et n'offrant pas suffisamment d'accès à ces hautes fonctions. Cependant, comme l'attestent les conférenciers canadiens, la timide réforme mise en œuvre pour la première fois en 2005 offre, à cet égard, bien peu d'amélioration. La réforme, déplore le professeur Grammond, aurait dû remettre en cause la prémisse selon laquelle l'exécutif fédéral a le pouvoir absolu de nommer les juges des cours supérieures et proposer d'encadrer législativement l'exercice de ce pouvoir. Un processus plus transparent, qui implique les provinces, s'impose à son avis en raison des pouvoirs accrus dont disposent les juges depuis l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* en 1982, notamment le pouvoir d'invalider des lois qui violeraient des droits fondamentaux¹³.

12. Voir S. GRAMMOND, « Transparence et imputabilité dans le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada » et R. ANDERSEN, « La nomination des juges en Belgique ».

13. S. GRAMMOND, « Transparence et imputabilité dans le processus de nomination des juges de la Cour suprême du Canada », p. 4.

La réforme entreprise, semble-t-il, vise une autre cible. Sous la force de l'influence américaine, la réforme, qui ne touche d'ailleurs que les juges du plus haut tribunal du pays, cherche plutôt à rendre les juges davantage « imputables ». Cette orientation, soutient le professeur Grammond, est critiquable, d'abord en raison du manque de pertinence de l'objectif poursuivi, ensuite en raison de l'inaptitude du moyen proposé à favoriser l'atteinte de cet objectif. Les juges doivent-ils être imputables au sens où ce terme est habituellement appliqué au gouvernement? Et dans l'affirmative, comment y arriver? Selon l'auteur, une telle exigence entre en conflit avec l'indépendance et l'impartialité attendues des juges. De plus, même en admettant que l'idée d'imputabilité puisse être adaptée à la fonction judiciaire, le moyen proposé par la réforme, i.e. la comparution publique du candidat, ne permet pas d'atteindre cet objectif. D'autres théories, articulées autour du thème du dialogue, sont, à son avis, plus prometteuses pour aider à combler le « déficit démocratique » invoqué pour justifier la réforme.

À l'instar du professeur Grammond, la journaliste Josée Boileau lie la demande de transparence et d'imputabilité au rôle accru que sont appelés à jouer les juges dans l'application des chartes. Dans ce contexte où la légitimité est un enjeu, le caractère hautement politique et le secret entourant la nomination des juges encouragent, observe-t-elle, la méfiance et les préjugés. Et les correctifs proposés, à son avis, n'y font rien. Même réformé, le processus de nomination des juges de la Cour suprême demeure largement secret. On ne sait rien, par exemple, du nombre de candidats qui ont postulé, du nombre de candidats retenus sur la liste ou de leur identité. La réforme, conclut-elle, si elle a pu, dans une certaine mesure, contribuer à humaniser les juges, offre peu pour améliorer la transparence. Les citoyens ont encore « l'impression que les juges tombent du ciel ».

Commentant le processus de nomination applicable aux juges de la Cour fédérale, M^e David Gourdeau, commissaire à la magistrature fédérale, insiste sur la confidentialité qui doit caractériser un tel processus. Ce souci, à son avis nécessaire pour protéger les intérêts des candidats non retenus, justifie, voire impose, de restreindre l'information portée à la

connaissance du public. Le caractère occulte du processus serait, en quelque sorte, le prix à payer pour s'assurer d'attirer des candidats de qualité à ces hautes fonctions. Le peu de transparence du processus, soutient-il, sert un objectif légitime et ne devrait pas être une source de méfiance. Les préoccupations des citoyens sont, croit-il, adéquatement prises en compte par les comités consultatifs qui font un travail très rigoureux pour s'assurer des qualifications et aptitudes des candidats proposés, comme en fait foi la qualité des nominations issues de ce processus.

4. ADJUDICATION ET EXÉCUTION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS DE MARCHÉS PUBLICS DE BIENS ET SERVICES

Les communications présentées sur ce thème ont permis de cerner les principes et les enjeux fondamentaux de la transparence et de la reddition de comptes dans un contexte caractérisé par l'accentuation du recours au procédé contractuel dans l'action gouvernementale. Un contexte donc, qui contribue à rendre plus distant le contrôle exercé par le Parlement.

En France, observe le professeur Guiheux, les exigences de transparence ont été considérablement renforcées. Le principe d'égalité de traitement entre les candidats qui y est généralement reconnu, interdit la discrimination entre concurrents et assure la transparence des règles du jeu, de façon à ce qu'elles puissent être connues de chacun d'eux. Ce principe est assorti de procédures de contrôle qui en assurent la mise en œuvre. L'égalité résultant de l'application de ces règles est-elle réelle ou formelle? Impossible de répondre, conclut l'auteur, en raison des trop nombreuses dérogations. Dans une multitude de cas, la loi crée en effet des discriminations légales qui portent atteinte au principe d'égalité des chances et conduit à une inégalité de sélection. De plus, les procédures de contrôle existantes, parfois trop circonscrites, empêchent un contrôle réel du processus. Il en ressort, en bref, une législation inutilement complexe qui laisse place à l'arbitraire.

Au Canada, il n'existe pas comme en France de régime distinct pour les contrats administratifs, mais l'encadrement juridique (découlant d'une pluralité de sources dont les principes du

droit civil, les lois ou réglementations particulières et les règles de droit pénal) est analogue. Comme en France, le champ des marchés publics suppose l'égalité devant l'activité contractuelle de l'administration publique, mais ce principe admet ici aussi une multitude de dérogations.

Dans l'ombre du récent scandale sur les commandites et la publicité gouvernementale, le professeur Garant s'interroge sur les moyens susceptibles de mieux assurer la transparence et l'imputabilité d'un type particulier de contrats : les contrats « sensibles » dans lesquels le choix du cocontractant exige une appréciation de la qualité plutôt que de la quantité, et implique un élément de confiance personnelle. Prenant appui sur les conclusions du rapport Gomery¹⁴, il observe que le problème, à cet égard, n'est pas tant l'absence de règles, mais leur irrespect, et le non-fonctionnement des mécanismes de contrôle. Par exemple, bien qu'elle soit en principe encadrée, la dérogation à l'obligation de recourir à la procédure d'appel d'offres, soutient-il, est devenue une règle quasi universelle. Au terme de son analyse, l'auteur rappelle le danger de se soustraire à l'application des règles et, reprenant en cela les conclusions du professeur Renders et de la doyenne, il insiste sur la place centrale que doivent jouer l'éthique et les valeurs dans l'action gouvernementale.

Le droit européen, écrivent les professeurs Deom et Nihoul, encadre, par des règles détaillées (peut-être même trop détaillées), la conclusion et la mise en concurrence des contrats qualifiés de « marchés publics de travaux, de fournitures et de services ». Par contre, l'exécution des marchés échappe à l'encadrement européen, malgré l'importance des enjeux que ces questions soulèvent en pratique. Le silence des textes sur ces problématiques, observent les auteurs, confère aux autorités de larges marges d'appréciation susceptibles de laisser place à l'arbitraire.

Deux grands principes sont au centre des directives réglementant la passation des marchés publics : la concurrence et la

14. Juge GOMERY, « 1^{er} rapport—Qui est responsable? », Rapport de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires, 1^{er} novembre 2005.

neutralité. Et le champ d'application de la réglementation consacrant ces principes tend à s'accroître à toute prestation onéreuse commandée.

En pratique, les considérations qui animent la volonté de concurrence des autorités publiques se rapprochent des exigences liées à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires dans la prise de décisions, à savoir, la publicité, la transparence, la motivation, la non-discrimination et la prévention des conflits d'intérêts. Enfin, la neutralité empêche, en principe, « de préférer » des entreprises candidates. Mais depuis une quinzaine d'années, sous l'impulsion de la jurisprudence des États et de la Cour de justice des Communautés européennes, le débat est ouvert sur la possibilité d'utiliser les marchés publics pour servir des objectifs autres que la concurrence. Si tel était le cas, l'admissibilité dans les documents de marchés de clauses sociales, environnementales ou éthiques pourrait faire perdre au droit européen, une partie de sa neutralité.

CONCLUSION

Le contexte global de changement du rôle de l'État s'est accompagné d'une transformation des procédés et des formes juridiques qu'utilise l'action gouvernementale. Les problèmes nouveaux, auxquels l'Administration publique est ainsi confrontée, imposent d'adapter les mécanismes traditionnels de transparence et d'imputabilité au nouvel environnement caractérisé par l'autonomie de gestion et la délégation de pouvoirs à des acteurs non étatiques. Le défi est de trouver une manière de le faire sans renier les principes fondamentaux.

Comme le révèlent les interventions des conférenciers français, belges et canadiens, on ne peut, à cet égard, que constater l'insuffisance du cadre juridique actuel : trop nombreuses dérogations aux principes, faible accès à l'information, insuffisance des contrôles externes, financiers et autres, vastes immunités de poursuite, manque d'intégration au cadre juridique de principes éthiques et déontologiques, quasi-absence d'obligation de justifier certains choix difficiles, etc. Les dispositifs législatifs instaurés pour promouvoir la transparence et la reddition de comptes sont toutefois perfectibles et « au regard du passé, des étapes décisives ont été

franchies »¹⁵. Dans les trois modèles étudiés, il existe un éventail de structures et de mécanismes de reddition de comptes obéissant à des logiques d'imputabilité diverses qui, par leur action combinée, ont le potentiel d'encadrer l'action gouvernementale, de prévenir le risque d'arbitraire et d'aider à refaire le lien de confiance avec les citoyens.

Suzanne Comtois
Faculté de droit
Université de Sherbrooke
2500, boul. de l'Université
SHERBROOKE (Québec) J1K 2R1
Tél. : (819) 821-8000 poste 62504
Télec. : (819) 821-7578
suzanne.comtois@usherbrooke.ca

15. J.-É. GICQUEL, « La transparence du financement de la vie politique en France : une situation juridique en clair-obscur », conclusion.