

Les Cahiers de droit

La gouvernance publique et le droit

Daniel Mockle



Volume 47, Number 1, 2006

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/043881ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/043881ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mockle, D. (2006). La gouvernance publique et le droit. *Les Cahiers de droit*, 47(1), 89–165. <https://doi.org/10.7202/043881ar>

Article abstract

The new model of public governance encompasses public administration (the impact of new public management) and the development of administrative organizations (i.e. the phenomenon of executive agencies), as well as governmental action in the evaluation of public policies and choices of ways and means. In light of these changes, one must reflect upon the existence of public governance within a legal framework, about the specific traits of such a framework and its relationships with the classic « legal-rational » type model that has served as the foundation for the analysis of public administration. At first sight, the response may seem vague, because both components of public governance, public management and public policies, are generally not understood as an overall coherent body, and law generally remains excluded from the fields of analysis in academic writings.

Despite difficulties linked to the vastness of the subject and the disparity of means found in public governance, several indications point towards the gradual emergence of a heterogeneous legal framework that breaks away from the public law paradigm. A new paradigm issuing from the main orientations of globalized governance (the market model, relational dimensions, horizontality and plurality of actors, efficiency, evaluation, return and cost analysis of public services) now contributes to the redirecting of public action towards a diffuse conventionalism and the appearance of alternative mechanisms that blur the lines demarcating traditional legal categories. This evolution is characterized by hybridization and the appearance of forms which do not correspond to known categories. The emergence of these new forms demonstrates that the law is no longer the pivotal element of public action. Owing to the distribution of models and mechanisms throughout the western world and beyond, this situation contributes to a reorganization of public law within the context of a convergent approach to public governance. Promoted to the rank of a scientific and managerial project, good governance distorts the classical face of good government.

This change does not, however, make the classical model obsolete. Contemporary governance illustrates the subtle interweaving of these two paradigms where the traditional configuration of public law is complemented by new mechanisms deriving from the structural and axiological constraints of globalization and neo-liberal regulatory measures.

La gouvernance publique et le droit*

Daniel MOCKLE**

Le nouveau modèle de la gouvernance publique englobe la gestion publique (impact du nouveau management public) et la conception des organisations administratives (phénomène des agences de services), ainsi que l'action gouvernementale dans l'évaluation des politiques publiques et le choix des instruments. À la lumière de ces transformations, il est indispensable de s'interroger sur l'existence d'un droit de la gouvernance publique, sur ses traits spécifiques et sur ses rapports avec le modèle classique du type « légal-rationnel » qui a servi de fondement à l'analyse de l'administration publique. De prime abord, la réponse peut paraître incertaine, car les deux composantes de la gouvernance publique, gestion publique et politiques publiques, ne sont généralement pas conçues comme un tout cohérent et le droit reste généralement exclu du champ d'analyse dans la littérature savante.

Malgré les difficultés liées à l'ampleur du corpus et à la disparité des moyens propres à la gouvernance publique, plusieurs indices montrent l'émergence graduelle d'un droit composite en rupture avec le droit public. Tributaire des principales orientations de la gouvernance mondialisée (modèle du marché, dimension relationnelle, horizontalité et pluralité des acteurs, efficacité, évaluation, rendement et analyse du coût des services publics), un nouveau paradigme contribue à infléchir l'action publique vers un conventionnalisme diffus et vers l'apparition de mécanismes de rechange qui concourent au brouillage des catégories traditionnelles du droit. Marqué par l'hybridation et l'apparition de formules peu conformes aux catégories connues, cette évolution montre que le droit n'est plus l'élément central de l'action publique. Par la diffusion de modèles et de mécanismes dans le monde occidental et même au-delà, cette situation

* Notre étude découle d'un projet de recherche subventionné par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Nous remercions Marie Carpentier, doctorante, pour son aide précieuse dans le repérage de plusieurs sources, notamment sur le thème des agences.

** Professeur, Faculté de science politique et de droit, Université du Québec à Montréal.

contribue à une recomposition du droit public dans le contexte d'une approche convergente de la gouvernance publique. Promue au rang de projet scientifique et gestionnaire, la bonne gouvernance altère ainsi la figure classique du bon gouvernement.

Ce changement ne rend pas pour autant désuet le modèle classique. La gouvernance contemporaine montre l'imbrication subtile de ces deux paradigmes où la configuration traditionnelle du droit public est complétée par de nouveaux dispositifs issus des contraintes structurelles et axiologiques de la mondialisation et de la régulation néo-libérale.

The new model of public governance encompasses public administration (the impact of new public management) and the development of administrative organizations (i.e. the phenomenon of executive agencies), as well as governmental action in the evaluation of public policies and choices of ways and means. In light of these changes, one must reflect upon the existence of public governance within a legal framework, about the specific traits of such a framework and its relationships with the classic «legal-rational» type model that has served as the foundation for the analysis of public administration. At first sight, the response may seem vague, because both components of public governance, public management and public policies, are generally not understood as an overall coherent body, and law generally remains excluded from the fields of analysis in academic writings.

Despite difficulties linked to the vastness of the subject and the disparity of means found in public governance, several indications point towards the gradual emergence of a heterogeneous legal framework that breaks away from the public law paradigm. A new paradigm issuing from the main orientations of globalized governance (the market model, relational dimensions, horizontality and plurality of actors, efficiency, evaluation, return and cost analysis of public services) now contributes to the redirecting of public action towards a diffuse conventionalism and the appearance of alternative mechanisms that blur the lines demarcating traditional legal categories. This evolution is characterized by hybridization and the appearance of forms which do not correspond to known categories. The emergence of these new forms demonstrates that the law is no longer the pivotal element of public action. Owing to the distribution of models and mechanisms throughout the western world and beyond, this

situation contributes to a reorganization of public law within the context of a convergent approach to public governance. Promoted to the rank of a scientific and managerial project, good governance distorts the classical face of good government.

This change does not, however, make the classical model obsolete. Contemporary governance illustrates the subtle interweaving of these two paradigms where the traditional configuration of public law is complemented by new mechanisms deriving from the structural and axiological constraints of globalization and neo-liberal regulatory measures.

	<i>Pages</i>
1 L'élaboration d'un nouveau paradigme	98
1.1 Le rôle prépondérant du droit dans le modèle classique	100
1.2 La recomposition des rapports droit-gestion dans le nouveau modèle.....	106
1.2.1 L'utilisation sélective du droit dans l'élaboration des mécanismes de gouvernance.....	109
1.2.1.1 Les impératifs de la nouvelle gestion publique.....	111
1.2.1.2 L'évaluation des politiques publiques et le choix des instruments.....	117
1.2.2 La rationalité juridique de la gouvernance et l'hybridation des catégories du droit.....	126
2 Les principes de la gouvernance et les organismes publics différenciés : la distinction entre le politique et l'exécution.....	134
2.1 L'élaboration des politiques : la diversité des organismes de régulation.....	135
2.1.1 La flexibilité des organismes polyfonctionnels.....	138
2.1.2 L'adaptation au paradigme de la gouvernance	141
2.2 L'expansion d'un nouveau modèle : les agences.....	147
2.2.1 Les origines et les éléments constitutifs du système des agences.....	149
2.2.2 La contribution canadienne dans l'élaboration d'un modèle international	153
Conclusion.....	159

La gouvernance, associée par raccourci sommaire à la bonne gouvernance, apparaît désormais comme la version contemporaine du bon gouvernement. Le point qui retient davantage l'attention est la substitution latente

du gouvernement (action de gouverner) par la gouvernance dans le vocabulaire politique et scientifique contemporain. La gouvernance marque pourtant une rupture. Pour mesurer l'ampleur des transformations, il suffit d'évoquer le programme iconographique de l'«allégorie du bon gouvernement» qui avait été conçue par Ambrogio Lorenzetti pour le Palais communal de Sienne en 1338-1341¹. La fresque centrale, composée à gauche par la figure de la Justice, et à droite par celle du Bien commun, présente pour cette dernière, en deux groupes latéraux de trois, les six vertus du bon gouvernement (Paix-Force-Prudence-Magnanimité-Tempérance-Justice). Elle est surmontée de trois vertus théologiques (Foi-Charité-Espérance), seule référence chrétienne dans cette fresque délibérément profane. La Justice, dont émanent balance et plateaux, est dominée par la Sagesse et préside à la Concorde. Pour la République siennoise, la représentation de ce programme, ainsi que celui de la Bonne Cité-République (fresque du mur est), et des méfaits du mauvais gouvernement—La Cité-État sous la tyrannie (fresque du mur ouest), correspondait à l'affirmation d'une mission républicaine, proprement révolutionnaire en ce xiv^e siècle.

Convoqué pour rendre cette fresque conforme aux préceptes de la bonne gouvernance, Lorenzetti recevrait désormais une tout autre commande puisque la figure du Bien commun devrait être dominée par trois vertus profanes (Efficacité-Utilitarisme-Planification) et encadrée latéralement par deux groupes de trois paradigmes dépourvus de la qualité de «vertus» et qui font appel à une hiérarchisation décroissante, chaque figure n'étant qu'une déduction de la précédente : 1) la concurrence (libre choix des acteurs publics et privés dans la prestation de services) ; 2) l'horizontalité (formes horizontales d'interaction entre ces acteurs pour la recomposition de l'action publique) ; 3) le marché (existence d'un marché de services publics-privés avec des consommateurs-clients et non des citoyens) ; 4) la contractualisation (importance accrue du conventionnalisme et des ententes) ; 5) la nouvelle gestion (gestion par programmes, objectifs et plans stratégiques) ; et 6) le rendement (indicateurs de performance et évaluation des résultats). La figure latérale de la Justice subsisterait dans ses attributs traditionnels qui ont traversé les siècles, mais elle devrait également être remaniée avec un cercle de vertus plus contemporaines (Efficacité-Accessibilité-Transparence budgétaire), l'équité n'étant plus qu'un attribut secondaire par rapport au rendement (vision tayloriste de la Justice).

Lorenzetti (1290-1348) aurait certes pu transformer la «Cour du Bien commun» en une fresque proche du fonctionnement d'une bourse

1. R. STARN, *Ambrogio Lorenzetti: le Palais communal, Sienne*, Paris, Hazan, 1995, p. 26 (itinéraire républicain).

de commerce. Ayant dépassé Giotto (1266-1337) dans la représentation concrète de l'univers médiéval, il aurait fait une allégorie digne des dimensions marchandes et cosmopolites de l'espace mondialisé qui marque notre temps². Très doué pour la peinture de son époque encore marquée par la manière byzantine de peintres comme Duccio et Simone Martini, il aurait été dans l'obligation d'intégrer des instruments de mesure afin de représenter sous forme de mécanismes et de procédés la dimension technique de la gouvernance. Le recul du temps montre néanmoins que sa conception du bon gouvernement et du bien commun n'intégrait pas la question du droit. Pas plus que le phénomène contemporain de la gouvernance, il ne pouvait prévoir la centralité du droit dans la philosophie politique des Lumières (Kant, Rousseau, Condorcet, Leibniz, Voltaire, Fichte, Montesquieu). La recomposition de cette fresque le renverrait en définitive à une commande complexe, voire contradictoire, sur les rapports ambigus du droit et de la gouvernance. L'art du gouvernement pose désormais le problème de la coexistence de deux paradigmes pour la question du droit.

Le rapport ambigu entre gouvernance et gouvernement, déjà constaté sous diverses formes³, ne peut oblitérer la spécificité de la gouvernance, ainsi que celle de la gouvernance publique. Si la gouvernance peut être « bonne » au point de saturer le discours politique et gestionnaire contemporain, ou encore « moderne »⁴ ou « démocratique »⁵, elle n'en reste pas

-
2. G. CADET, « Le marché : source du bien commun ? », dans O. DELAS et C. DEBLOCK (dir.), *Le bien commun comme réponse politique à la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 247 ; P. LEUPRECHT, « Idéologie pan-économique et bien commun », dans O. DELAS et C. DEBLOCK (dir.), *idem*, p. 1 ; J.-Y. MORIN, « La mondialisation, l'éthique et le droit », dans D. MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 81, à la page 100 (bien commun mondial).
 3. « Les notions de gouvernement et de gouvernance sont connexes. Leur domaine est le même » : P. MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, coll. « Que sais-je ? », Paris, PUF, 2003, p. 29. Cet auteur constate néanmoins que la gouvernance n'est pas synonyme de gouvernement. Dans un contexte temporel et politique, il s'agit davantage du passage du gouvernement à la gouvernance : J. DUCHASTEL, « Du gouvernement à la gouvernance. Crise ou ajustement de la régulation néolibérale », dans R. CANET et J. DUCHASTEL (dir.), *La régulation néolibérale. Crise ou ajustement ?*, Montréal, Athéna Éditions, 2004, p. 17, à la page 39.
 4. J. KOOIMAN, *Modern Governance*, Londres, Sage, 1993, p. 258-259 (définitions de gouvernance et gouvernabilité). Il est utile de préciser que J. Kooiman propose *a social-political governance* afin de suppléer aux paradigmes de l'État et du marché.
 5. J. MARCH et J. OLSEN, *Democratic Governance*, New York, The Free Press, 1995, p. 11 (*exchange conception of governance*). Cet ouvrage fondateur annonce le programme politique de la gouvernance fondé sur la collaboration des acteurs.

moins une invention de la fin du ^{xx}^e siècle⁶ qui reflète la prééminence des sciences de la gestion, plus précisément, et, du management, dans la conceptualisation des organisations publiques ou privées. Son invention « technique » précède la récupération idéologique de la pensée néo-libérale. Par l'insistance mise sur des mécanismes et des procédés qui se transforment en « outils de gouvernance⁷ », elle traduit l'existence d'une pensée globalisante dans la conception technicienne d'une gouvernabilité⁸ qui rejoint, à certains égards, la gouvernementalité de Michel Foucault (constat du passage graduel de l'État administratif à l'État de gouvernement)⁹. Sur le plan de la philosophie politique, la gouvernance semble dépossédée de son essence politique, sorte de « politique dé-politisée » où le droit est hautement instrumentalisé. Sur le plan scientifique, elle semble annoncer la primauté des « sciences du gouvernement¹⁰ », sorte de discipline nouvelle où les catégories traditionnelles — science politique, droit, gestion, philosophie politique, sociologie — apportent diverses formes de contribution à un projet politique largement tributaire des préceptes du nouveau management public et de la logique du choix des instruments de gouvernance dans l'élaboration des politiques publiques.

Si la trop grande élasticité du terme « gouvernance¹¹ » apparaît comme un défi aux catégories du droit, ce phénomène n'est pas nouveau, car le constat d'imprécision demeure un phénomène récurrent pour quelques

6. L'apparition du concept de gouvernance dans sa dimension contemporaine remonte à 1992, date de création de la Commission on Global Governance: COMMISSION ON GLOBAL GOVERNANCE, *Our Global Neighbourhood. The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 2-3 (définition de la gouvernance).
7. L.M. SALAMON (dir.), *The Tools of Government. A Guide to the New Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 9 (*new governance paradigm*).
8. CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP) (dir.), *La gouvernabilité*, Paris, PUF, 1996, p. 5 (présentation de J. Chevallier).
9. M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, t. III, Paris, Gallimard, 1994, p. 657, (cours au Collège de France, 1977-1978); C. GAUTIER, « À propos du gouvernement des conduites chez Foucault: quelques pistes de lecture », dans CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE (CURAPP) (dir.), *op. cit.*, note 8, p. 21. L'influence de Foucault a été considérable dans le monde anglo-américain: A. HUNT et G. WICKHAM, *Foucault and Law: Towards a Sociology of Law as Governance*, Londres, Pluto Press, 1994, p. 55 (*Foucault's expulsion of law*); M. DEAN, *Governmentality: Power and Rule in Modern Society*, Londres, Sage, 1999, p. 10 (*government and governmentality*).
10. J.-P. GAUDIN, *Pourquoi la gouvernance ?*, Paris, Presses de sciences po, 2002, p. 27 (gouvernance et sciences de gouvernement).
11. J. PIERRE et B.G. PETERS, *Governance, Politics and the State*, Londres, Macmillan, 2000, p. 14 (pluralité de sens pour le terme *governance*).

termes, notamment en droit public¹². Si les débats suscités par ce concept polysémique dépassent largement la question du droit et celle de l'État¹³, le droit public ne peut éluder ce flou relatif, car les politiques induites par la gouvernance sont fermes et tangibles. Réalité politique et administrative, non seulement la gouvernance, sous sa dimension de gouvernance publique¹⁴, a un impact direct sur l'apparition de catégories nouvelles pour le droit, mais elle pose à une tout autre échelle la question du droit dans le modèle de la nouvelle gestion publique et l'élaboration des politiques publiques. La recherche de «nouvelles technologies de pouvoir» montre en réalité que la gouvernance revêt une signification précise que Jacques Chevallier résume en trois axes : 1) le décloisonnement du public et du privé afin d'associer divers acteurs aux processus décisionnels ; 2) la préférence pour les solutions consensuelles ; 3) les formes horizontales d'interaction à des fins de coopération et de coordination¹⁵. La généralisation du paradigme de la gouvernance dans le monde occidental favorise une convergence des modèles et des procédés en droit public, au point qu'il serait possible d'évoquer une uniformisation latente du droit public contemporain à cette fin. Puisqu'il s'agit désormais de gouverner ou de gérer autrement, la primauté revient aux procédés et aux mécanismes, un peu comme si le gouvernement (action de gouverner) était devenu une science tributaire de modèles autonomes susceptibles d'application à tous les niveaux des institutions publiques, et ce, des collectivités territoriales aux organismes centralisés. Pour le droit administratif, la gouvernance pose de nouveaux défis qui génèrent incertitude et flottement, au point que ce champ du droit

-
12. A. ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2004, p. 167 (sur les concepts «État» et «organes d'État» en droit constitutionnel). Le même constat peut être dressé pour le constitutionnalisme qui est rarement défini dans les ouvrages de droit constitutionnel.
 13. C. BARON, «La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique», (2003) 54 *Droit et Société* 329, 341.
 14. V. SIMOULIN, «La gouvernance et l'action publique : le succès d'une forme simmélienne», (2003) 54 *Droit et Société* 307, 327 (analyse des raisons du succès de la gouvernance dans le domaine de l'action publique). Sur la promotion de nouvelles méthodes d'intervention publique et le jeu des partenariats, voir : A. CABANES, *Essai sur la gouvernance publique*, Paris, Gualino, 2004, p. 171.
 15. J. CHEVALLIER, «La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ?», *Revue française d'administration publique*, n° 105/106, 2003, p. 207. La comparaison avec le monde anglo-américain montre des constats similaires, avec toutefois une certaine ambivalence sur le rôle de l'État au fil des propositions, ce dernier pouvant être exclu ou, au contraire, en position de faire davantage avec des moyens plus raffinés : «Governance recognizes the capacity to get things done which does not rest on the power of government to command or use its authority. It sees government as able to use new tools and techniques to steer and guide»; G. STOKER, «Governance as Theory: Five Propositions», *International Social Science Journal*, vol. 50, n° 155, 1998, p. 24 (cinquième proposition).

soit plus que jamais un laboratoire, un terrain d'expérimentation, où les « règles de l'art » ne semblent pas encore déterminées avec précision¹⁶.

Sans chercher l'exhaustivité dans la recension de ces nouveaux modèles, il est possible de recenser quelques mécanismes qui traduisent les réalités de la gouvernance en droit public. Comme naguère pour le modèle de l'ombudsman dans le monde nordique, ainsi que ceux des organismes de régulation et des tribunaux administratifs (*administrative tribunals*) dans le monde anglo-américain, ces mécanismes, transposés dans un cadre juridique, deviennent des modèles exportables dans tous les systèmes de droit du seul fait de la primauté du nouveau management public (ou nouvelle gestion publique) dans le paradigme de la gouvernance. Leur expansion rejoint le phénomène plus vaste des « transferts de droit » (*legal transplants*) qui constitue un cadre théorique au même titre que la gouvernance¹⁷. Bien que tous ces modèles puissent être réduits à des mécanismes ou à des instruments de pouvoir, il est indispensable de faire un regroupement en fonction des catégories connues du droit administratif, soit les organisations et les modes d'intervention. La nouvelle gestion publique ne peut être dissociée de ce mouvement, car elle traduit également la recomposition des politiques publiques et de l'action publique. Sans vouloir ici réduire la richesse de la thématique de l'action publique¹⁸, il faut simplement faire le constat de la diversité des « instruments de gouvernance », montrer qu'il existe des liens entre catégories et mesurer la transformation, voire la dénaturation des modèles classiques. Si la reconversion du cadre institutionnel montre l'ascension inéluctable du modèle des agences, il convient d'apporter les distinctions nécessaires entre les agences de régulation et les agences d'exécution (agences de services ou de prestations). De même, pour les modes d'intervention (élaboration et application des politiques), l'apparition de mécanismes néo-juridiques montre des liens étroits entre le nouveau management public et la transformation de l'action publique.

-
16. J.-B. AUBY, « La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », (2001) *A.J.D.A.* 912, 922 (intégration du droit administratif dans des ensembles plus vastes).
 17. Pour la faisabilité et l'intérêt que représentent les transferts de droit, la référence reste le débat initial qui a opposé, dans le contexte particulier de la guerre froide, les études du professeur A. WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Édimbourg, Scottish Academic Press, 1974, p. 21, et A. WATSON, « Legal Transplants and Law Reform », (1974) 92 *Law Quarterly Rev.* 79, 80 (référence à Montesquieu), à celles du professeur O. KAHN-FREUND, « On Uses and Misuses of Comparative Law », (1974) 37 *Modern L. Rev.* 1, 6 (objections fondées sur un célèbre passage de *L'esprit des lois* de Montesquieu).
 18. J.-P. GAUDIN, *L'action publique*, Paris, Presses de sciences po/Dalloz, 2004.

Cette évolution soulève l'hypothèse d'une nouvelle configuration du droit administratif¹⁹, rendue inéluctable par la convergence des modèles et des procédés dans plusieurs pays occidentaux, ce qui favoriserait une uniformisation latente induite par ce « droit de la gouvernance ». Le paradigme de la nouvelle gouvernance publique n'ayant pas été élaboré suivant les principes traditionnels du droit public, encore faut-il clarifier l'existence de ce droit de la gouvernance, sorte de modèle supplétif en expansion. À défaut de pouvoir le présenter sous une forme exhaustive, il est possible de mesurer son impact sur deux fonctions traditionnelles de l'État, soit les fonctions législative et administrative. Si son influence est plus immédiate dans ce qui apparaît comme son objet central (gestion et exécution des politiques publiques), il oblige toutefois à revoir des concepts qui paraissaient déjà comme des acquis. Dans l'élaboration des politiques publiques, le modèle des organismes de régulation a évolué pour répondre à des exigences liées au paradigme de la gouvernance. Dans le domaine de la gestion, les agences de services²⁰ forment désormais la figure emblématique de cette recomposition de l'action publique où les dimensions de prestations, de services et de contrôle sont prépondérantes. De même, la Justice apparaît davantage sous la forme de l'appareil soumis aux impératifs du nouveau management public qui comptabilise et rationalise à des fins de rendement²¹. Comme cette tendance se manifeste clairement au sein des tribunaux administratifs²², il n'est pas indispensable, compte tenu des

-
19. En droit américain, en droit britannique ainsi qu'en droit français et en droit italien, l'impact des mécanismes et des modèles issus de la gouvernance alimente chez quelques auteurs, encore minoritaires, l'idée d'une recomposition du droit administratif. Pour le droit américain, voir : J. FREEMAN, « Private Parties, Public Functions and the New Administrative Law », (2000) 52 *Admin. Law Rev.* 813, 854 (*new directions in administrative law*). Pour le droit britannique, voir : C. HARLOW et R. RAWLINGS, *Law and Administration*, 2^e éd., Londres, Butterworths, 1997, p. 148 (*reinventing administrative law* ?); C. HARLOW, « Back to Basics : Reinventing Administrative Law », (1997) *P.L.* 245, à la page 259 (contractualisation des rapports et conception managériale du citoyen-consommateur). Pour la France, voir : J. CHEVALLIER, « L'évolution du droit administratif », (1998) *R.D.P.* 1794, et J. CAILLOSSE, « Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ? », *La Revue administrative*, n° 328, 2002, p. 343 et n° 329, p. 454. Pour le droit italien : S. CASSESE, « Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo », (2002) *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 27.
 20. Si l'expression « agences de prestations » est plus élégante, elle répond mal toutefois à la réalité des « agences d'exécution » (*executive agencies*) qui ont la responsabilité directe de la mise en œuvre de programmes dont la finalité est la sécurité alimentaire ou la sécurité des frontières.
 21. E. BREEN, « Les indicateurs de performance de la justice : un test pour la réforme des finances publiques », dans E. BREEN (dir.), *Évaluer la justice*, Paris, PUF, 2002, p. 25, à la page 37 (enjeux liés à l'élaboration des indicateurs).
 22. *Loi sur la justice administrative*, L.R.Q., c. J-3, art. 78.

limites de la présente étude, d'englober le fonctionnement des cours où la question de l'«évaluation de la Justice» est également présente, sur un mode diffus et plus discret, grâce à des expériences pilotes²³.

Bien que le fonctionnement de la Justice n'échappe pas aux objectifs de la gouvernance, l'objet de notre étude est de montrer qu'il existe une configuration du droit qui correspond à l'affirmation d'un droit de la gouvernance publique. Comme nos travaux antérieurs ont signalé que la gouvernance pouvait représenter une stratégie d'évincement du droit²⁴, il faut également réaffirmer ou montrer son ancrage dans le droit. Si cette duplicité semble constituer son essence spécifique pour le rapport au droit, il est indispensable de revoir ses postulats et ses fondements dans la perspective de la nouvelle gestion publique et de l'élaboration des politiques publiques. Entre les formes traditionnelles de l'action publique et des stratégies d'évincement du droit par des solutions de rechange, la gouvernance contemporaine traduit l'affirmation d'un nouveau paradigme.

1 L'élaboration d'un nouveau paradigme

Dans sa dimension «interne» relative à la réforme de l'État, ce droit de la gouvernance reflète une prépondérance croissante des impératifs propres au management public. À certains égards, le droit n'est plus que le support formel et instrumentaire d'un nouveau cadre de gestion promu au rang de projet politique. Sous l'égide des trois «E» (efficacité, efficience, économie), la nouvelle gestion publique tend à se confondre avec sa contrepartie privée en réduisant l'appareil d'État à la prestations de services, au point d'oblitérer ses fonctions régaliennes de formulation des politiques et de répression, pour retenir la seule dimension de l'offre de services. En s'appuyant sur un contexte plus large où la mondialisation dans sa dimension macro-économique rejoint l'assainissement des finances publiques, la gouvernance publique procède d'une volonté de réorganisation de l'État suivant des axes qui contribuent à transformer, voire à dénaturer à des

23. À l'occasion du colloque *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, tenu à l'Université du Québec à Montréal (UQAM), en octobre 2004, l'expérience pilote menée en Nouvelle-Écosse, le *Nova Scotia Judicial Development Project*, a été commentée par D. Grossemey de l'Observatoire de l'administration publique de l'École nationale d'administration publique (ENAP) : D. GROSSEMEY, «Virage client de la justice et évaluation de sa qualité», dans A. Riendeau (dir.), *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2005, p. 141, à la page 150.

En droit américain, les inhibitions ont été moindres, comme en témoigne la *Civil Justice Reform Act (CJRA)* de 1990; Pub. L. n° 101-650, 10 Stat. 509096, modifié par *Act of Oct. 6, 1997*, Pub. L. n° 105-53, 11 Stat. 1173; 28 USC, § 171-482.

24. D. Mockle, «L'évincement du droit par l'invention de son double: les mécanismes néo-réglementaires en droit public», (2003) 44 C. de D. 297.

fins techniques et instrumentales, les catégories traditionnelles du droit (la loi et le contrat dans la présente étude). Le programme politique de la gouvernance est tributaire d'un projet de recomposition gestionnaire qui touche directement ces deux axes fondateurs du droit. Pour la figure de la loi, le programme d'allégement normatif et réglementaire a favorisé une logique d'évincement du droit au profit de solutions de rechange²⁵, avec comme toile de fond la logique des outils de gouvernance. Pour le modèle du contrat, la logique de contractualisation qui alimente le partenariat et la coordination des acteurs facilite l'introduction de formules dérivées qui procèdent d'un conventionnalisme diffus²⁶. Les ententes et les contrats de performance requis par la planification stratégique découlent d'une logique de reddition de comptes qui oblige à revoir les contrats dans le prisme de l'innovation managérielle (un document-cadre est-il un contrat ?). Les catégories traditionnelles du règlement et du contrat évoluent ainsi vers des formules hybrides dans la logique des mécanismes de substitution.

La gouvernance apparaît dès lors comme un dispositif globalisant où le droit est appelé à composer avec des formules induites par le management. Si ses procédés traditionnels qui fondent l'action publique sont en quelque sorte ravalés au rang d'outils pour répondre à l'horizontalité de rapports animés par une logique de partenariat²⁷, les organisations qui incarnent cette action publique ont également évolué, quitte à générer de nouveaux modèles. Le droit de la gouvernance repose en grande partie sur l'évincement du modèle traditionnel d'administration publique. Comme le droit administratif est largement tributaire du modèle classique, il est soumis à de fortes contraintes en vue d'actualiser le nouveau modèle, au risque de devenir le vecteur d'une recomposition qui suppose l'élimination partielle du droit ou la dénaturation de ses propres fondements pour « gouverner autrement ». Plus loin que la seule question du droit administratif, c'est l'objet « droit » qui est menacé de devenir un élément secondaire, car le nouveau modèle renvoie à l'efficacité, à l'efficience, à l'éclectisme dans le choix des outils. En contrepartie, la régularité et la légalité deviennent

25. D. MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43 *C. de D.* 143, 178 (solutions de rechange à la réglementation).

26. Le conventionnalisme reflète davantage un engouement pour les techniques conventionnelles que pour le contrat à titre d'institution fondatrice du droit privé. Sur cette dimension, voir J. CAILLOSSE, *Introduire au droit*, coll. « Clefs », Paris, Montchrestien, 1993, p. 101 (vers un ordre juridique conventionnel ?). Plus en amont : A. HOLLEAUX, « Vers un ordre juridique conventionnel », *Bulletin de l'Institut international d'administration publique*, n° 32, 1974, p. 667.

27. J. BOURGAULT, « La gestion horizontale », dans J. BOURGAULT (dir.), *Horizontalité et gestion publique*, coll. « Management public et gouvernance », Québec, PUL, 2002, p. 25, à la page 26.

des éléments périphériques dont la seule fonction est d'assurer l'implantation du nouveau modèle comme en témoigne la *Loi sur l'administration publique*²⁸.

1.1 Le rôle prépondérant du droit dans le modèle classique

Dans le modèle classique du type wébérien, le droit public assure la primauté de la régularité, de la légalité, de la neutralité, de l'égalité, de l'équité et de l'intégrité par une approche universaliste qui repose en grande partie sur l'existence de règles abstraites, générales et impersonnelles. Le respect de règles et d'une procédure transparentes et publiques dépend étroitement d'un corps de fonctionnaires dont l'intégrité est assurée par des garanties juridiques liées à leur statut : stabilité, permanence, loyauté, neutralité, devoirs, responsabilités, droits politiques, promotion au mérite, échelles salariales, syndicalisation. À la différence de l'horizontalité préconisée par le nouveau modèle, l'approche traditionnelle est verticale et hiérarchique avec une forte homogénéité dans les catégories d'emploi. Ce modèle bureaucratique, contesté pour cause d'obsolescence par le nouveau management, présuppose la professionnalisation de la fonction publique, l'organisation hiérarchique, l'unité de l'appareil, la distanciation et l'autorité²⁹. Ce modèle a été préconisé au début du xx^e siècle par Max Weber, car il apparaissait alors comme la forme d'organisation la plus rationnelle, susceptible de cohérence et de rendement maximal, et universellement applicable³⁰. Systématisé comme « idéal type », le modèle classique a été érigé en modèle de référence à cause de la prééminence du droit. La domination « légale-rationnelle » dépend de la primauté du droit, tant pour l'organisation interne de l'État que pour l'action publique.

La juridicisation du modèle classique répond à un besoin de rationalisation de l'appareil administratif, au point que les propriétés constitutives de ce dernier ont été largement calquées sur celles du droit³¹. En vue d'éliminer tout élément d'arbitraire ou de favoritisme, l'existence de règles juridiques confère une dimension de prévisibilité et de calculabilité à l'action administrative, ce qui rendait, pour Max Weber, le modèle bureaucratique supérieur à toute autre forme d'organisation. Les caractéristiques essentielles de ce modèle représentent, à bien des égards, une

28. *Loi sur l'administration publique*, L.R.Q., c. A-6.01, en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2000.

29. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, 3^e éd., Paris, PUF, 2002, p. 309.

30. M. WEBER, *Économie et société*, t. 1, coll. « Recherches en sciences humaines », Paris, Plon, 1971 [1^{re} éd. : 1922] p. 294.

31. P. LEGENDRE, « La royauté du droit administratif », dans P. LEGENDRE (dir.), *La bureaucratie et le droit*, Paris, Sirey, 1974, p. 140, à la page 143.

transposition directe du droit : la division du travail largement calquée sur la répartition des compétences, la concentration de l'autorité, la hiérarchie des fonctions, la primauté de l'intérêt général et des règles, l'existence de statuts par catégorie d'emploi et de critères objectifs pour l'avancement et la rétribution des fonctionnaires, ainsi que la composition pyramidale de la haute administration. L'unité des structures, la concentration de l'autorité et le recrutement de professionnels sont à l'origine de ce modèle classique³² largement diffusé dans les pays occidentaux. Dans des monographies orientées vers la présentation de l'appareil administratif, l'analyse des structures et des exigences requises par plusieurs types de procédure constituait l'objet principal de la réflexion³³. Quelques points forts de l'approche traditionnelle méritent d'être signalés ici et rappelés pour leur qualité : la professionnalisation et l'expertise, la formation spécialisée en gestion publique, la déontologie et l'éthique professionnelle, la soumission de l'administration publique au droit, la dépolitisation relative par distanciation, la cohérence et une relative transparence par la vérification et la reddition de comptes.

Ce modèle « classique » n'a pas connu une diffusion uniforme. En France, pendant longtemps, la science administrative a été tributaire du droit administratif³⁴. La situation a considérablement évolué depuis, comme en témoignent les travaux de Gérard Timsit³⁵ qui ont pour objet d'analyse l'Administration, ainsi que ceux de Jacques Chevallier³⁶ sur la science administrative. Dans le monde anglo-américain, l'administration publique (*public administration*), à titre de « science » de l'administration publique (début du XX^e siècle), a été marquée, dès le départ, par des objectifs

32. H. FAYOL, *Administration industrielle et générale*, Paris, Dunod, 1999 [1^{re} éd. : 1918], p. 20 et suiv. (affirmation de quatorze principes généraux d'administration).

33. L. BORGEAT, R. DUSSAULT et L. OUELLET, *L'administration québécoise : organisation et fonctionnement*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1984.

34. « La vision juridique devait dominer pendant un siècle. La pénétration du droit dans le monde administratif, voué apparemment à l'arbitraire, était d'une portée tellement révolutionnaire qu'elle devait littéralement hypnotiser les théoriciens » : G. LANGROD, « La science administrative et sa place parmi les sciences voisines », dans G. LANGROD (dir.), *Traité de science administrative*, Paris/La Haye, Mouton, 1966, p. 92, à la page 104. L'influence du droit administratif est importante dans l'ouvrage de C. DEBBASCH et F. COLIN, *Administration publique*, 6^e éd., Paris, Economica, 2005.

35. G. TIMSIT, *Théorie de l'administration*, Paris, Economica, 1986, p. 372 (théorisation en fonction de concepts du type modèle et stratégie, parfois empruntés à la biologie, afin de fonder une analyse systémale de l'administration).

36. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 29, p. 67 (institution administrative) et p. 121 (espace administratif) ; J. CHEVALLIER et D. LOSCHAK, *Science administrative*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 14 (formation de la science administrative) et p. 44 (autonomie de la science administrative).

utilitaires et gestionnaires au détriment du droit, dont la place minimale, voire l'absence, reflétait le sous-développement du droit administratif. Depuis leurs origines, les revues *Public Administration* (Grande-Bretagne, 1922), *Public Administration Review* (États-Unis, 1940), *Administration publique du Canada* (1958) et *Public Administration Quarterly* (Grande-Bretagne, 1987) reflètent cette tendance³⁷, ce qui traduit des problèmes de nature épistémologique entre deux disciplines, la gestion publique et le droit (champ du droit administratif), qui restent trop éloignées par leurs objets d'analyse. Il faut toutefois retenir, pour comprendre la suite des événements, le parallélisme constant établi entre secteur public et secteur privé, entre science de l'administration publique et science de la gestion des entreprises, évolution qui permettra en définitive l'apparition de la théorie des organisations (Herbert Simon³⁸ et Talcott Parsons³⁹) après 1945 et sa prépondérance dans la littérature savante⁴⁰. Le thème de l'efficacité se manifeste ainsi très tôt dans l'organisation scientifique du travail (néo-taylorisme)⁴¹. Les impératifs propres à la gestion ont favorisé l'émergence du management comme discipline nouvelle fondée sur des champs disciplinaires distincts. Deux modèles seront désormais en concurrence, l'administration publique (*public admi-*

37. Ce simple constat ne veut d'aucune manière diminuer la qualité et les mérites de ces revues qui ont largement contribué à la compréhension du phénomène administratif, surtout par la publication d'études empiriques.

38. H. SIMON et J.G. MARCH, *Les organisations*, 2^e éd., Paris, Dunod, 1991. Dans leur analyse des organisations (processus, conflits, plans, innovations), ces deux auteurs proposent une analyse intégrée qui rend, en apparence, inutile une distinction entre le public et le privé.

39. T. PARSONS, *Structure and Process in Modern Societies*, New York, Free Press, 1960, p. 59 (théorie générale des organisations).

40. D. SILVERMAN, *La théorie des organisations*, Paris/Bruxelles/Montréal, Dunod, 1973, p. 24 (organisations comme systèmes); A. ETZIONI, *A Comparative Analysis of Complex Organisations*, New York, Free Press, 1961, p. 3 (rôle central du thème *compliance* pour une typologie des organisations); A. ETZIONI, *Les organisations modernes*, Gembloux, Duculot, 1971, p. 14 (analyse organisationnelle fondée sur l'organisation et non sur le modèle wébérien de la bureaucratie); P. BERNOUX, *La sociologie des organisations*, 3^e éd., Paris, Seuil, 1990, p. 135 (élaboration de l'analyse stratégique); P. MOESSINGER, *Les fondements de l'organisation*, Paris, PUF, 1991, p. 150 (liens entre systèmes et organisations); S. ZAN et M. FERRANTE, *Le phénomène organisationnel*, coll. «Logiques politiques», Paris, L'Harmattan, 1996, p. 86 (analyse des typologies organisationnelles en fonction de configurations structurelles indépendantes du droit); et Y. PESQUEUX, *Organisations : modèles et représentations*, Paris, PUF, 2002, p. 121 (le modèle juridique de l'organisation : la question de la gouvernance).

41. F. TAYLOR, *The Principles of Scientific Management*, New York, The Norton Library, 1967 [1^{re} éd.: 1911], p. 11 (recherche de l'efficacité maximale).

nistration⁴²) et le management public (*public management*) pour l'analyse des organisations publiques et du modèle bureaucratique⁴³.

Ce rappel est important, car, avant même l'apparition de la nouvelle gestion publique, le discours de l'efficacité a servi de fondement au management, devenu « science » de la bonne gestion ou de la gestion efficace⁴⁴. La « conception managériale » décrite par Jacques Chevallier repose sur « une finalité résolument utilitaire et clairement opérationnelle⁴⁵ » qui découle de la gestion scientifique des organisations. Déjà, l'idée que toute entreprise publique ou privée puisse être systématisée pour en mesurer les finalités et le fonctionnement avait été clairement énoncée. Si le management a évolué en fonction de modèles du deuxième et du troisième type (entreprise du troisième type⁴⁶) en vue de tenir compte de dimensions négligées (culture et contexte organisationnels, organisation des ressources humaines,

42. R.B. DENHART, « Public Administration Theory: The State of the Discipline », dans N.M. LYNN et A. WILDAVSKY (dir.), *Public Administration. The State of the Discipline*, Chatam (N.J.), Chatam House, 1990, à la page 43. L'administration publique reste un champ d'analyse très contemporain, comme en témoigne l'importante contribution sous forme d'ouvrage collectif de B.G. PETERS et J. PIERRE (dir.), *Handbook of Public Administration*, Londres/Thousand Oaks (Cal.), Sage, 2003 (49 textes).

43. L'évincement de l'administration publique par le management public, promu au rang de discipline, peut être retracé sur une base chronologique durant les années 70 et 80. L'ouvrage collectif de R. PARENTEAU (dir.), *Management public. Comprendre et gérer les institutions de l'État*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 1992, p. XVII (présentation) constituait une première dans la littérature francophone. En 1990, H.G. Rainey proposait un changement de paradigme en retraçant l'émergence du management dans la gestion publique durant les deux précédentes décennies : H.G. RAINAY, « Public Management: Recent Developments and Current Prospects », dans N. LYNN et A. WILDAVSKY (dir.), *op. cit.*, note 42, p. 157, à la page 159. Pour une analyse rétrospective de ce changement, voir J. MERCIER, *L'administration publique: de l'École classique au nouveau management public*, Québec, PUL, 2002, p. 371 (comparaison entre l'administration publique classique et le nouveau management public).

44. Beaucoup de manuels présentent les préceptes de la nouvelle gestion publique sans tenir compte de l'analyse contextuelle (culture politique, administrative, organisationnelle) et de la très grande diversité des systèmes politiques. Faute de science, il s'agirait davantage d'une rhétorique dont les lacunes ont été soulignées par C. POLLITT et G. BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 196 (*management reform as a science?*). Dans la perspective de réformes ou de transformations des modes de gestion, même Peters doit reconnaître que la théorie organisationnelle n'est pas suffisamment avancée pour introduire une approche différentielle : B.G. Peters, « Qu'est-ce qui fonctionne? Les antennes de la réforme administrative », dans B.G. PETERS et D. SAVOIE (dir.), *Réformer le secteur public: où en sommes-nous?*, Québec/Ottawa, PUL/Centre canadien de gestion, 1998, p. 59, à la page 60.

45. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 29, p. 31.

46. H. SÉRIEYX et G. ARCHIER, *L'entreprise du 3^e type*, 2^e éd., Paris, Seuil, 1988, p. 150 (thème de la qualité).

décentralisation des structures), le but ultime n'en restait pas moins la recherche de tous les facteurs favorables au rehaussement continu de l'efficacité. Cette approche est fort éloignée de la « conception juridique », où même dans le monde anglo-américain, l'administration publique reste une institution spécifique régie par d'autres impératifs que l'efficacité, notamment la régularité, la transparence, l'équité, l'éthique, la déontologie et la légalité. L'équation de la légalité et de la légitimité rationnelle joue un rôle important dans l'affirmation des principes philosophiques du droit moderne, notamment par la fonction structurante du droit pour l'organisation de l'État et de son administration⁴⁷. Le fait que l'administration publique soit largement dépendante du droit peut être expliqué par la dimension procédurale de son fonctionnement, la spécialisation de ses tâches et l'introduction du modèle polycentrique qui requiert une décentralisation effective par l'attribution de la personnalité juridique à des organisations créées par des lois attributives de compétences, dites « lois organiques ». Ce modèle est tributaire de l'État de droit et du constitutionnalisme à titre de principe justificatif. La conception classique de la fonction publique repose sur une adéquation entre le droit et l'administration, avec pour contrepartie une séparation affirmée entre la sphère administrative et la sphère politique⁴⁸.

En dépit de la spécificité indéniable du phénomène administratif, le modèle traditionnel fait l'objet de nombreuses critiques pour assurer la légitimité de la nouvelle gestion publique. Cette condamnation pour cause de désuétude, loin d'être en rupture avec les objectifs du management public, apparaît désormais comme une étape indispensable dans l'affirmation du nouveau modèle et de ses prétentions techno-scientifiques⁴⁹. Cet évincement rejoint inévitablement la question du droit, car la désuétude apparente de l'ancien modèle renvoie à l'image un peu stéréotypée du droit peu performant ou contre-productif. Les questions des règles et des règlements, de la verticalité et de la hiérarchisation des rapports (qui renvoie à la hiérarchisation pyramidale du droit) de même que du partage des compétences en fonction de champs exclusifs ne sont que quelques exemples des éléments retenus contre « l'ancien régime » dont l'obsolescence est énoncée comme une évidence par des figures dominantes du

47. S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, coll. « Thémis », Paris, PUF, 1997, p. 228.

48. H. PARRIS, *Constitutional Bureaucracy*, Londres, Allen & Unwin, 1969, p. 33.

49. Sur ces prétentions scientistes, voir D. ARGYRIADES, « Administration publique : science ou idéologie ? », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 193, p. 205.

courant *Reinventing Government*⁵⁰. Le modèle wébérien est directement visé, ainsi que l'État de droit, dans une série de critiques qui mettent en relief la distanciation et la rigidité du modèle fondé sur des règles abstraites, générales et impersonnelles⁵¹. Les bureaucraties mécanistes sont associées à l'accumulation et à la sanctification des règles⁵². La flexibilité requise par le nouveau modèle de gestion publique, avec ses impératifs d'efficacité et de performance, repose davantage sur la délégation, l'incitation et la négociation. Trop statique, l'ancien modèle reflète la stabilité et la régularité qui caractérisent le droit. Cette dimension essentielle du « modèle juridique », notamment la prévisibilité par l'élimination de toute forme d'incertitudes, devient désormais un handicap qui contribue à sa désuétude apparente. Le passéisme du modèle traditionnel ne serait au fond que celui du droit qui le structure, le fonde et le légitime, ce qui laisse augurer davantage une relative incompatibilité entre le droit et la gestion, au détriment de l'harmonisation. À titre d'exemple, gérer autrement l'administration publique, par l'atteinte d'objectifs gratifiants, serait plus attrayant pour le personnel que « le respect de règles et de procédures abrutissantes⁵³ ». En assurant le contrôle effectif des règles et de la procédure, le modèle traditionnel rejoint le programme global de primauté du droit qui se trouve au centre du dispositif juridique. Le nouveau modèle privilégie la mesure des résultats, l'autonomie opérationnelle, la flexibilité dans la gestion des ressources humaines, la primauté des services, ce qui relègue, à bien des égards, le droit à un rôle périphérique, au risque de privilégier un scénario de « dépassement du droit » par des solutions de rechange mieux adaptées aux impératifs de la nouvelle gestion.

En fin de compte, le constat est relativement simple. La disqualification de l'ancien modèle oblige à repenser la question du droit, quitte à réaffirmer les éléments qui en constituent la valeur intrinsèque pour souligner leur pertinence dans le contexte du nouveau modèle de gestion publique. La rationalité propre au management obéit toutefois à d'autres impératifs,

50. « Our thesis is simple. The kind of governments that developed during the industrial era, with their sluggish, centralised bureaucracies, their preoccupation with rules and regulations, and their hierarchical chains of command, no longer work very well... They became bloated, wasteful, ineffective. » : D. OSBORNE et T. GAEBLER, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Reading (Mass.), Addison Wesley, 1992, p. 11-12.

51. C. POLLITT et G. BOUCKAERT, *op.cit.*, note 44, p. 62.

52. C. HECKSCHER, « Defining the Post-Bureaucratic Type », dans C. HECKSCHER et A. DONNELLON (dir.), *The Post Bureaucratic Organization: New Perspectives on Organizational Change*, Thousand Oaks (Cal.), Sage, 1994, p. 14, à la page 24.

53. J. LECLERC, *Gérer autrement l'administration publique. La gestion par résultats*, 2^e éd., Québec, Presses de l'Université du Québec, 2001, p. 79.

ce qui requiert une analyse au second degré en vue de déterminer si une autre configuration devient plausible. Induite par la nature des mécanismes et la dynamique des solutions de rechange, elle laisse augurer l'émergence d'un autre rapport au droit.

1.2 La recomposition des rapports droit-gestion dans le nouveau modèle

L'évincement de l'ancien modèle est devenu une étape obligée dans la présentation de la nouvelle gestion publique. Une image stéréotypée de l'administration publique est largement répandue pour alimenter le mythe de l'inefficacité. À l'opposé de la verticalité, de la hiérarchie, de la centralisation, de la standardisation et de la spécialisation associées à ce modèle, une flexibilité largement calquée sur la « nouvelle gestion » des entreprises privées sert désormais d'argumentaire un peu rudimentaire pour une transposition de concepts largement issus de la gestion privée. En insistant sur les résultats et non sur les règles, une culture organisationnelle d'un autre type privilégie le service aux clients (le clientélisme), l'autonomie opérationnelle, l'évaluation des programmes, la qualité, l'employabilité, la responsabilisation, la créativité et l'examen des risques (la liberté managérielle), la dichotomie entre l'élaboration des politiques et leur exécution et, enfin, sur le plan des structures administratives, des unités organisationnelles disposant d'une vaste autonomie quant aux moyens. L'ouvrage fondateur *Reinventing Government*⁵⁴ a non seulement été suivi par l'administration Clinton-Gore⁵⁵, mais il a été relayé par de nombreuses études qui reposent largement sur les paradigmes du marché et de l'entreprise privée⁵⁶. En insistant sur la disqualification de l'administration publique classique, réduite à l'état de relique du passé (*the old-time religion*), G. Peters propose invariablement, pour les principales composantes du modèle classique du type wébérien, la solution du privé, plus performant et efficient, pour répondre aux impératifs de l'efficacité économique⁵⁷. Bien que des doutes aient été exprimés sur la cohérence du nouveau modèle à titre de paradigme

54. D. OSBORNE et T. GAEBLER, *op. cit.*, note 50.

55. OFFICE OF THE VICE-PRESIDENT, U.S. NATIONAL PERFORMANCE REVIEW, *From Red Tape to Results, Creating a Government that Works Better and Costs Less*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1993. Pour une analyse critique de cette évolution : L. DELEON et R.B. DENHART, « The Political Theory of Reinvention », *Public Adm. Rev.*, vol. 60, n° 2, 2000, p. 94 (*reinvention as a denial of citizenship*).

56. Afin de mesurer cet impact, voir B.A. ROCKMAN, « L'État : un rôle en évolution », dans B.G. PETERS et D.J. SAVOIE, *op.cit.*, note 44, p. 15, à la page 26 (nouvelle gestion publique, rareté budgétaire et paradigme du marché).

57. B.G. PETERS, *The Future of Governing*, 2^e éd., Kansas City, University Press of Kansas, 2001, p.4 et suiv.

ou de théorie intégrée⁵⁸, son programme politique repose sur des prémisses qui ont été critiquées⁵⁹.

En présupposant une augmentation qualitative des attentes des citoyens, réduits à des consommateurs de services gouvernementaux ou à de simples clients⁶⁰, le nouveau management public tire ses origines du courant de la «Qualité totale» que nous avons analysé⁶¹ lors de son expansion maximale vers 1990⁶², mais également de mouvances du type Public Choice⁶³ dont la parenté avec l'analyse économique du

-
58. D.J. SAVOIE, «What is Wrong with the New Public Management?», dans S.P. OSBORNE (dir.), *Public Management. Critical Perspectives*, t. I, Londres/New York, Routledge, 2002, p. 263; J.I. GOW et C. DUFOUR, «Is the New Public Management a Paradigm? Does it Matter?», *Revue internationale des sciences administratives*, vol. 66, n° 4, 2000, p. 583 (réponse nuancée).
 59. C. ROUILLARD et autres, *La réingénierie de l'État*, Québec, PUL, 2004, p. 53-55 (critique de la *reengineering*).
 60. Pour un bilan critique de cette vision induite par le nouveau management public, voir: R.B. DENHART et J.V. DENHART, «The New Public Service: Serving Rather than Steering», *Public Adm. Rev.*, vol. 60, n° 2, 2000, p. 554 (tableau comparatif des objectifs du nouveau management public et du nouveau service public).
 61. D. MOCKLE, «Zéro contentieux. L'ouverture d'une troisième voie en droit administratif par le règlement amiable des différends», (1991) 51 *R. du B.* 45, à la page 58.
 62. J. CHEVALLIER, «Le discours de la qualité administrative», *Revue française d'administration publique*, vol. 46, 1988, p. 121; O. GÉLINIER et P. PUMIR, «Qualité totale et mutation du management», dans V. LABOUCHEIX (dir.), *Traité de la qualité totale – Les nouvelles règles du management des années 90*, Paris, Dunod, 1990, p. 101; M. GUÉNAIRE, «La qualité juridique à l'intérieur de l'administration», (1990) *A.J.D.A.* 75; S. COHEN et R. BRAND, *Total Quality Management in Government*, San Francisco, Jossey-Bass, 1993, p. 10 (justifications du management de la qualité pour les organismes gouvernementaux).
 63. Les fondateurs de l'école du Public Choice ont été J.M. BUCHANAN et G. TULLOCK, *The Calculus of Consent. Logical Foundations of Constitutional Democracy*, Ann Arbor (Mich.), University of Michigan Press, 1962, p. 13 (postulat individualiste du choix). Pour une synthèse, voir: D.A. FARBER et P.P. FRICKEY, *Law and Public Choice*, Chicago/Londres, University of Chicago Press, 1991, p. 38 (analyse économique du politique et détermination économique des institutions politiques). Afin de mieux prendre la mesure des controverses suscitées par l'approche Public Choice, voir: J.L. MASHAW, *Greed, Chaos and Governance*, New Haven/Londres, Yale University Press, 1997, p. 199. Pour une justification politique de *Public Choice*, peu convaincante, voir: P. SELF, *Government by the Market? The Politics of Public Choice*, Londres/Boulder (Col.), Macmillan Press/West View Press, 1993, p. 56. L'impact du courant *Public Choice* sur le droit public a été analysé par le professeur McAuslan, notamment pour mettre en lumière le contraste entre l'approche coercitive et les approches volontaires issues du modèle du marché: P. MCAUSLAN, «Public Law and Public Choice», (1988) 51 *Mod. L. Rev.* 681, 698. Dans le champ de l'administration publique, cette influence a été plus précoce: V. et E. OSTROM, «Public Choice. A Different Approach to the Study of Public Administration», *Public Administration*, vol. 31, 1971, p. 203.

droit⁶⁴ et l'école du choix rationnel⁶⁵ a été soulignée⁶⁶. Ces courants proposent une analyse économique des rapports politiques et organisationnels, réduits le plus souvent à leur simple valeur marchande ou économique, au détriment des dimensions sociales, juridiques et démocratiques. Le calcul de l'efficacité du droit, qui forme le socle de l'analyse économique du droit rejoint, en définitive, l'évaluation des organisations. La logique de l'efficacité et du rendement réactive une conception du Politique fondée sur une analyse instrumentale du Pouvoir, les prémisses pouvant varier (le marché, les échanges, la recherche de l'intérêt) pour évaluer l'offre de services. À défaut de pouvoir présenter l'efficacité de l'ordre du marché comme seule solution de rechange, cette logique maximaliste réinvente l'État pour le présenter, et surtout l'évaluer, comme une réponse du marché à un besoin de biens publics⁶⁷. À bien des égards, la gouvernance apparaît comme le produit d'une prédétermination économique et gestionnaire dans l'analyse des institutions politiques.

Compte tenu de l'importance accordée aux moyens et de la centralisation du pouvoir exécutif induits par le nouveau management public, le paradigme du marché ne peut tout expliquer. Sur le plan de la philosophie politique, l'obsession de l'efficacité et des instruments pour mesurer le comportement de gestionnaires, de fonctionnaires et de citoyens-consommateurs, motivés et guidés par leurs seuls intérêts au détriment de la vertu

64. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 3^e éd., Boston/Toronto, Little/Brown, 1986, p. 19 (source du mouvement Law and Economics dans les travaux de Guido Calabresi et R.H. Coase). Sur ce dernier, voir R.H. COASE, *Le coût du droit*, Paris, PUF, 2000, p. 16 (présentation d'Y.-M. Morissette).

65. J.M. BUCHANAN, *The Limits of Liberty*, Chicago/Londres, The University of Chicago Press, 1975, p. 6 (*calculus of consent*). L'origine hobbesienne est explicitement reconnue par Buchanan.

66. V. VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, coll. «Corpus essais», Paris, Economica, 2002, p. 13 (application de la méthodologie économique aux institutions juridiques et politiques).

67. À titre d'exemple, voir le site officiel du GOUVERNEMENT DU QUÉBEC, *Portail Québec. Votre portail gouvernemental de services*, [En ligne], 2003, [www.gouv.qc.ca] (30 janvier 2006). Sur cette dimension, voir: P. JON, «La commercialisation de l'État: citoyens, consommateurs et émergence du marché public», dans B.G. PETERS et D.J. SAVOIE (dir.), *Les nouveaux défis de la gouvernance*, Ottawa/Québec, Centre canadien de gestion/PUL, 1995, p. 49. Le phénomène du «gouvernement en ligne», qui constitue un progrès majeur dans l'accessibilité des services, accentue paradoxalement cette tendance consumériste par un clivage entre les attentes de l'utilisateur à l'égard de l'interface informatique et les finalités endogènes du *e-Gouvernement*. Dans cette perspective, voir E. BROUSSEAU, «The Three Challenges for e-Government», dans G. CHATILLON et B. DU MARAIS (dir.), *eGovernment for the Benefit of Citizens*, Actes du colloque organisé par le Conseil d'État et l'Université Paris-I Panthéon/Sorbonne, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 243, à la page 246.

civique, renverrait, en définitive, à Machiavel et à Hobbes⁶⁸, mais également à Spinoza⁶⁹. La recherche de l'évaluation comportementale reste largement tributaire d'une conception individualiste qui présuppose un cadre neutre où les gestionnaires et les citoyens ne sont que des individus à la recherche de bénéfices et de services. La pensée néo-libérale puise dans cette conception radicalement individualiste du comportement humain un cadre propice à la réaffirmation du modèle hobbesien de l'État-Léviathan garant de l'ordre et de l'effectivité. La réactivation implicite de la vision libérale que représente la formule « Paix-Ordre-Bon gouvernement⁷⁰ » renvoie à un modèle qui présuppose l'existence d'un État susceptible d'offrir toutes les protections requises à un tout social réduit à des individus qui seraient dépourvus de tout sens civique. Comme la nouvelle gestion publique présuppose que les citoyens-consommateurs ne désirent pour eux-mêmes que des prestations et des services, la gouvernance peut privilégier des instruments et des mécanismes où l'effectivité et l'efficience deviennent des valeurs plus importantes que celles qui sont associées au droit (légitimité-légalité-régularité). Si les biens et les services priment, l'élaboration d'instruments de mesure et d'évaluation se transforme en une question de gestion plus que de droit. Dans ce contexte ajuridique de consommation de services publics, le glissement vers une gouvernance instrumentale apparaît alors plus ou moins inéluctable.

1.2.1 L'utilisation sélective du droit dans l'élaboration des mécanismes de gouvernance

Dans l'élaboration des nouveaux outils et dispositifs propres à la gouvernance publique, la question du droit revêt une importance déterminante, et quelque peu paradoxale, puisqu'il s'agit d'une recomposition fondée sur une transformation du rapport au droit. Pour l'atteinte de ces objectifs et la mise en œuvre des réformes, les impératifs d'efficacité et de légitimité requièrent, dans plusieurs pays occidentaux, l'existence de lois-cadres et de lois plus spécifiques en vue de baliser un champ d'inter-

68. L.M. JOHNSON BAGBY et J.L. FRANKE, «Escape From Politics : Philosophic Foundations of Public Administration», *Management Decision*, vol. 39, 2001, p. 628 (influence de Hobbes). Sur le thème de la nature humaine et de l'égoïsme chez Hobbes : G.S. KAVKA, *Hobbesian Moral and Political Theory*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 1986, p. 44 et suiv.

69. B. DE SPINOZA, *Tractatus Theologico-Politicus*, (Œuvres, t. III, coll. « Epithémée », Paris, PUF, 1999 [1^{re} éd. : 1670], chap. XVI, p. 505 et 507, chap. XVII, p. 541.

70. Cette formule de style dix-neuviémiste constitue un élément du préambule de l'article 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatif aux compétences des autorités fédérales en droit canadien : *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3 ; L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

vention ou d'instituer une agence de services ou de prestations. Ce renfort du droit devient toutefois plus aléatoire dans le choix des mécanismes et des procédés, car les gestionnaires sont soucieux de conserver le maximum de flexibilité afin d'instaurer une gouverne⁷¹ néo-juridique. Cette distanciation par rapport à l'objet « droit » reflète la désuétude apparente de l'ancien modèle pour gouverner « au-delà du droit », car les propriétés de ce dernier sont largement associées à l'inefficacité présumée de l'ancien modèle⁷². « Gouverner autrement » consiste à tirer une sorte de plus-value de nouveaux mécanismes calqués sur des modèles classiques (loi-jugement-contrat). Les solutions de rechange deviennent un impératif pour dépasser les limites formelles du droit et instaurer ainsi un double plus performant et efficace, notamment par le retrait de la juridicité et l'absence autoproclamée de règles de droit.

La question du droit dans le paradigme de la nouvelle gouvernance publique offre ainsi une image contrastée d'inclusion / exclusion. Cette dynamique de retrait et d'instrumentalisation ne revêt de sens que si les postulats et les visées des deux disciplines touchées, soit le droit et la gestion, sont explicités. Cette précaution méthodologique est indispensable, car le management utilise le droit au premier degré à des fins instrumentales. Le retrait du droit tout comme la reconversion de techniques issues du management en dispositions législatives relèvent du calcul et de la planification, ce qui présuppose un choix. À cet égard, l'objet « droit » apparaît avant tout comme une technique au service de la puissance de l'État, car il s'impose dans l'univers du management sous sa configuration traditionnelle de système fermé du type autopoïétique⁷³. Le système juridique détermine

71. « La gouverne constitue l'appareil dynamique central d'une polittie instituée en régime d'État » : G. BERGERON, *L'État en fonctionnement*, coll. « Logiques politiques », Paris/Québec, L'Harmattan/PUL, 1993, p. 35. Avec le recul du temps, le terme « gouverne » peut être adapté au contexte de la gouvernance où l'État collabore avec plusieurs acteurs publics et privés dans l'élaboration des politiques publiques.

72. Si la question de l'efficacité a été posée en termes explicites par l'analyse économique du droit, l'opposition entre le droit et l'efficacité est apparue en France, pour le droit administratif, au début des années 80 et reste une interrogation récurrente : J. CHEVALLIER et D. LOSCHAK, « Rationalité juridique et rationalité managériale dans l'administration française », *Revue française d'administration publique*, n° 24, 1982, p. 703 (inflexion de la rationalité juridique) ; J. CAILLOSSE, « L'administration française doit-elle s'évader du droit administratif pour relever le défi de l'efficacité ? », dans F. LACASSE et J.C. THOENIG (dir.), *L'action publique*, coll. « Logiques politiques », Paris, L'Harmattan, 1996, p. 307, à la page 309 ; J. CAILLOSSE, « Le droit administratif contre la performance publique ? », (1999) *A.J.D.A.* 195.

73. G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 1993, p. 43 ; F. OST, « Le droit comme pur système », dans P. BOURETZ (dir.), *La force du droit*, Paris, Esprit, 1991, p. 139, à la page 141 (clôture autoréférentielle du droit).

par la loi ou par l'interprétation judiciaire ce qui relève ou non du droit. Pour atteindre cette fin, la loi peut revêtir un rôle déterminant, car elle peut constituer le support des réformes de la gouvernance publique.

Pour clarifier les positions respectives du droit et de la gestion, les deux champs de la « nouvelle gouvernance publique », la gestion publique (le nouveau management public) et les politiques publiques, constituent un corpus indispensable. Le premier champ concerne de prime abord la réorganisation interne de l'État, alors que le second rejoint la problématique connue des politiques publiques. Cette distinction obéit à des impératifs de clarté pour mieux délimiter les choix institutionnels et la nature des procédés. Elle ne cherche aucunement à valider une distinction factice entre les sphères interne et externe de l'action publique. Pour contredire ce cliché un peu facile, les agences de services (*executive agencies*) montrent l'étroite imbrication entre la recomposition des modes de gestion issus du nouveau management public et l'action publique. Les agences responsables de la sécurité des frontières, tant au Canada que dans l'Union européenne, montrent en réalité que la gestion est au service des modes d'intervention.

1.2.1.1 Les impératifs de la nouvelle gestion publique

En moins de deux décennies, la gestion par programme et par objectifs s'est imposée comme l'unique modèle de référence au niveau international. Les réformes introduites en Grande-Bretagne en 1990, par le gouvernement de John Major (Next Steps), et aux États-Unis en 1993, par l'administration Clinton-Gore avec le courant Reinventing Government, ont été suivies par l'introduction progressive, mais néanmoins décisive, des préceptes du nouveau management public dans plusieurs pays occidentaux à la fin des années 90. Le Canada et le Québec ont suivi ce mouvement avant 2000. Le ralliement un peu tardif de la France avec la mise en application en 2005 de la *Loi organique sur les lois de finances* d'août 2001⁷⁴ apparaît comme la fermeture d'une vaste boucle dans laquelle s'insère un modèle relativement homogène⁷⁵. Dans le cas de la France, la résistance provenait surtout

74. *Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances*, J.O. du 2 août 2001, 12480; *Projet de loi organique modifiant la loi organique du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances*, Projet de loi n° 343 adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, 19 novembre 2004.

75. S. TROSA et B. PERRET, « Vers une nouvelle gouvernance publique ? La nouvelle loi budgétaire, la culture administrative et les pratiques décisionnelles », *Esprit*, février 2005, p. 68 (ampleur des transformations liées au nouveau management public); J.-F. STROLL, « Réforme de l'État et gestion par la performance », *Esprit*, décembre 2002, p. 193 (notion de performance définie par cinq caractéristiques).

des milieux visés (appareil d'État et haute fonction publique)⁷⁶, car, très tôt, la littérature savante avait manifesté une ouverture envers la gestion publique par objectifs⁷⁷. Le débat que suscite désormais cette réforme permet de mieux mesurer l'ampleur des transformations par rapport au modèle traditionnel⁷⁸. Sur ce point, l'évolution de plusieurs pays occidentaux, sans être identique, montre une nette convergence, avec néanmoins des attitudes contrastées par rapport au rôle du droit dans la mise en œuvre des changements. Ainsi, le décentrement du droit propre à la gouvernance contemporaine ne constitue pas un phénomène uniforme et deux modèles finissent par émerger.

Dans une perspective interne, propre au droit, le scénario de l'inclusion / exclusion constitue une réalité tangible, car une ou plusieurs réformes législatives peuvent représenter une étape indispensable pour imposer les principes du nouveau management public. En droit américain, le rapport Gore de 1993 a été à l'origine de la *Government Performance and Results Act* de 1993⁷⁹ et de la *Government Management Reform Act* de 1994⁸⁰. La même séquence a été reproduite au Québec où un rapport a précédé, en 1996, l'adoption de la *Loi sur l'administration publique* (2000)⁸¹. Cette loi-cadre a introduit la gestion par résultats de façon extensive dans le secteur public. La France présente également un cheminement du même

76. B. ABATE, *La nouvelle gestion publique*, coll. «Systèmes», Paris, L.G.D.J., 2000, p. 9 (résistance au changement).

77. P. HUSSENOT, *La gestion publique par objectifs*, coll. «Management public», Paris, Éditions d'Organisation, 1983, p. 38 (contrôle de gestion des organismes publics). Le rapport de la commission Blanc sur la réforme de l'État en 1993 était annonciateur d'une volonté de changement : C. BLANC, *Pour un État stratège, garant de l'intérêt général*, Commission «État, administration et services publics de l'an 2000», Paris, La Documentation française, 1993, p. 77 (autonomie de management pour les services) et p. 99 (évaluation des politiques publiques).

78. En vertu de la *Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances*, précitée, note 74, le budget est structuré en programmes dont l'élaboration relève de chaque ministre conformément aux politiques publiques et aux contraintes budgétaires : A. BARILARI, «La mise en œuvre de la LOLF», dans M. BOUVIER (dir.), *Réforme des finances publiques, démocratie et bonne gouvernance*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 21. Les programmes reposent sur la gestion par objectifs et l'évaluation des résultats requiert des indicateurs de performance : A. BARILARI, «Réforme de la gestion publique et responsabilité des acteurs», (2005) *A.J.D.A.* 696, 697.

79. *Government Performance and Results Act of 1993*, Pub. L. n° 103-62, 107 Stat. 285 (103rd Congress).

80. *Government Management Reform Act of 1994*, Pub. L. n° 103-356, 108 Stat. 3410.

81. *Loi sur l'administration publique*, précitée, note 28. Sur l'évolution de la réforme après 2000, voir le bilan de D. PROULX et S. BRIÈRE, «La réforme administrative au gouvernement du Québec : étude du processus de changement sur la culture organisationnelle», *Administration publique du Canada*, vol. 48, 2005, p. 53.

type avec la mise en œuvre en 2005 des dispositions de la loi organique relative aux lois concernant les finances du 1^{er} août 2001⁸². Cette loi introduit de profondes transformations des méthodes de la gestion publique par la responsabilisation des acteurs, l'existence de programmes avec des objectifs, ainsi que l'évaluation par indicateurs de performance⁸³. En contrepartie, le modèle suédois est plus complexe, car la *Loi sur l'administration publique* a été modifiée pendant les années 80, des lois-cadres ont été créées pour plusieurs agences et la gestion par résultats a été introduite de 1991 à 1993 par le gouvernement conservateur (Bildt)⁸⁴. Les lois-cadres relatives aux principes du nouveau management public sont en réalité peu nombreuses, car les véritables enjeux découlent de la pertinence du cadre législatif pour le modèle des agences d'exécution. Ces dernières représentent la matérialisation institutionnelle du nouveau management public. Un aperçu général des réformes en cours dans les États membres de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) montre que ces agences sont conçues sur mesure ou «à la pièce⁸⁵». À de rares exceptions près (États-Unis, Nouvelle-Zélande), la création d'agences ne résulte pas d'une loi générale qui aurait pour objet les critères et les modalités susceptibles d'orienter la discrétion des autorités. Il existe toutefois un net clivage entre les États qui ont recours à une loi organique ou habilitante par opposition à ceux qui confient de telles initiatives à la responsabilité directe du gouvernement ou d'un ministre. L'Amérique du Nord est un bon exemple de la première approche, avec toutefois des nuances.

Ainsi, au Canada, l'Agence canadienne d'inspection des aliments a été la première à faire l'objet d'une loi spécifique pour lui reconnaître un cadre

82. *Loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001, réformant l'ordonnance du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances* (LOLF), J.O. du 2 août 2001, 12480.

83. A. BARILARI, «Réforme de la gestion publique et responsabilité des acteurs», *loc. cit.*, note 78, 698: «C'est l'essence même de la responsabilité managériale qui est ainsi instaurée»; S. TROSA et B. PERRET, *loc. cit.*, note 75. R. HERTZOG, «Quelques aspects de la loi organique relative aux lois de finances dans ses rapports avec le système administratif», (2006) *A.J.D.A.* 531, à la page 533 (la gestion, instrument et finalité de la réforme de l'État); M. LASCOMBES et X. VANDENDRIESSCHE, «Le droit dérivé de la LOLF», (2006) *A.J.D.A.* 538, à la page 539 (mise en œuvre de la loi par voie de circulaires, de recommandations et de mémentos émanant du ministère de l'Économie et des Finances).

84. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Gestion des agences dans quelques administrations de l'OCDE*, rapport de l'Observatoire de l'administration publique de l'ENAP, Québec, Gouvernement du Québec, 2004, p. 85-86.

85. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Les autres visages de la gouvernance publique : agences, autorités administratives et établissements publics*, Paris, Service des publications de l'OCDE, 2002, p. 26.

législatif (1997)⁸⁶. Cette approche est caractéristique de l'attitude des autorités canadiennes depuis quelques années. À titre d'exemple, l'Agence des services frontaliers du Canada, instituée par décret en décembre 2003⁸⁷, a été l'objet d'un projet de loi en novembre 2004 compte tenu de l'importance de ses responsabilités et des controverses liées aux modalités de sa création (absence de transparence)⁸⁸. L'expérience des agences a toutefois été précédée de celle des « organismes de services spéciaux » qui n'ont pas été créés par voie législative⁸⁹. Au Québec, la tendance est, à peu de chose près, identique avec la création par voie législative de l'Agence métropolitaine de transport en 1995⁹⁰ et de l'Agence de l'efficacité énergétique en 1997⁹¹. Par ordre chronologique, la première agence, l'Agence d'évaluation des technologies et des modes d'intervention en santé, dont l'existence remonte à 1994, n'a pas été instituée par une loi. La formule des agences, peu connue du grand public, a eu une notoriété subite et considérable avec la création par voie législative en 2004 d'une agence controversée, soit l'Agence des partenariats public-privé du Québec⁹².

En droit américain, la *Performance-Based Organisations Act* de 1997 prévoit expressément que toute création de *performance-based organisa-*

86. *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, L.C. 1997, c. 6.

87. *Décret désignant l'Agence des services frontaliers du Canada comme ministère et le président comme administrateur général*, TR/2003-218, (2003) *Gaz. Can.* II, 3234.

88. *Loi constituant l'Agence des services frontaliers du Canada*, Projet de loi C-26 (adopté le 13 juin 2005), 1^{re} session, 38^e législature, (Can.); désormais L.C. 2005, c. 38. En droit fédéral, la création d'agences par voie législative est un phénomène contemporain. Ainsi, en 2005, l'Agence de gestion des ressources humaines de la fonction publique du Canada a été créée par la *Loi modifiant la Loi sur la gestion des finances publiques*, la *Loi sur l'École de la fonction publique du Canada* et la *Loi sur les langues officielles*, L.C. 2005, c. 15, art. 1. Une agence de développement économique a été instituée par la *Loi constituant l'Agence de développement économique du Canada pour les régions du Québec*, L.C. 2005, c. 26. Au moment de la dissolution de la 38^e législature, le 29 novembre 2005, le projet de loi C-75, *Loi concernant l'Agence de la santé publique du Canada et modifiant certaines lois*, avait été déposé : 1^{ère} session, 38^e lég., 53-54 Elizabeth II, 2004-2005, C-75. D'autres entités deviennent des organismes différenciés sur un modèle inspiré par celui des agences de services. L'organisme « Bibliothèque et Archives du Canada » en est un exemple : *Loi constituant Bibliothèque et Archives du Canada, modifiant la Loi sur le droit d'auteur et modifiant certaines lois en conséquence*, L.C. 2004, c. 11.

89. G. WAYMARK et J.D. WRIGHT, *Les organismes de services spéciaux : Vue d'ensemble du projet des organismes de services spéciaux*, Ottawa/Hull, Centre canadien de gestion/Approvisionnement et Services Canada, 1995, p. 9 (depuis l'annonce du projet des organismes de services sociaux en décembre 1989, seize organismes fédéraux avaient été ainsi désignés à des fins d'autonomie de fonctionnement tout en étant toujours intégrés à leur ministère d'attache).

90. *Loi sur l'Agence métropolitaine de transport*, L.Q. 1995, c. 65; L.R.Q., c. A-7.02.

91. *Loi sur l'Agence de l'efficacité énergétique*, L.Q. 1997, c. 55; L.R.Q., c. A-7.001.

92. *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, L.Q. 2004, c. 32.

tion ((PBO) doit faire l'objet d'un projet de loi soumis et approuvé par le Congrès. Cette loi offre l'originalité d'inclure la structure de l'entente-cadre qui doit lier l'organisation créée sur le modèle des agences de services avec le ministère responsable. Depuis 1997, au moins cinq «agences» du type PBO ont été conçues dans des champs d'intervention qui relèvent de l'éducation, du commerce, de la défense et du transport⁹³. La Nouvelle-Zélande représente un cas singulier puisque la création d'organismes de la Couronne (*Crown entities*), qui correspondent au modèle des agences, découle des dispositions de la *Public Finance Act* de 1989⁹⁴ qui impose l'existence d'une loi organique pour chaque organisme créé. Le résultat est un peu déroutant puisque les derniers chiffres publiés à ce sujet montrent l'existence de 153 lois qui correspondent à un nombre équivalent d'organismes de la Couronne (environ 76 p. 100 des employés du secteur public non commercial)⁹⁵.

Les États-Unis, le Canada et le Québec se démarquent de la tendance générale sur deux points précis. Les agences représentent une formule en nette progression tout en étant relativement peu nombreuses par rapport à l'ensemble de l'appareil d'État qui conserve ses caractéristiques traditionnelles et, ce qui est essentiel, elles sont majoritairement, à quelques exceptions près, créées par voie législative (une loi spécifique pour chaque agence). Dans les quelques États de l'OCDE où la formule des agences connaît un net succès, le contraste est très fort par l'importance numérique de ce type d'organisation et une réelle distanciation du droit. La Suède, la Grande-Bretagne et les Pays-Bas⁹⁶ forment une trilogie marquée par la reconversion massive de l'appareil d'État en agences⁹⁷ et un relatif désintérêt pour le droit, compte tenu de l'absence de support législatif. L'Australie, pour sa part, représente un cas un peu particulier puisque les autorités ont élaboré un guichet unique de prestation de services directs à

93. St.Lawrence Seaway Development Corporation (1997); Department's Student Financial Aid (1998); Patent and Trademark Office (2000); Air Traffic Performance-Based Organization (2000); Defense Commissary Agency (2004); SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *op. cit.*, note 84, p. 35.

94. *Public Finance Act* 1989, (N.-Z.) 1989/044, [En ligne], [www.legislation.govt.nz/browse_vw.asp?content=] (23 septembre 2005).

95. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *op. cit.*, note 84, p. 48.

96. Aux Pays-Bas, une seule disposition (art. 70) de la *Loi relative à la comptabilité publique*, *Bulletin des lois et des décrets royaux* 1995, n° 375, fixe les modalités de création et de gestion des agences.

97. Dans le cas de la Suède, la continuité prévaut puisqu'elle est à l'origine de la formule des agences : voir *infra*, note 232.

la population par la création de l'agence Centrelink⁹⁸ en 1997⁹⁹. Le portrait global montre néanmoins que les préceptes du nouveau management public ne font pas l'objet, sur une base systématique, de réformes législatives pour en expliciter les règles et les modalités, même lorsqu'il s'agit de créer des agences d'exécution. Dans l'affirmation des principes du nouveau management public, le droit ne constitue qu'une option.

Lorsque le recours à des dispositions habilitantes est envisagé, la loi ne constitue pas l'unique vecteur de support juridique. Par proposition de règlement du Conseil de l'Union européenne en date du 11 novembre 2003, l'Agence européenne pour la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures a été créée en vue d'atteindre les objectifs énoncés ultérieurement par le programme de La Haye de 2004¹⁰⁰. D'autres sources laissent entrevoir l'existence d'une autre agence spécialisée dans les expulsions¹⁰¹, mais il s'agit probablement de la même agence dont l'existence doit être rapprochée des missions attribuées à l'Agence des services frontaliers du Canada.

Pour mesurer le rôle du droit dans la nouvelle gestion publique, le simple fondement législatif ou réglementaire en vue de déterminer les modalités de création des agences n'offre pas un tableau exhaustif. Comme ces agences sont conçues pour transposer les modes d'intervention propres au nouveau management public, les mécanismes de gestion peuvent être programmés par le législateur sur un mode neutre. En rappelant l'existence des plans stratégiques, des programmes assortis d'objectifs, des indicateurs de performance et des déclarations de services, le législateur ne donne

98. *Centrelink*, [En ligne], 1997, [www.centrelink.gov.au/]. Sur *Centrelink*, voir R. MULGAN, «L'imputabilité publique des agences prestataires : le cas de Centrelink en Australie», *RISA*, vol. 68, n° 1, 2002, p. 51.

99. *Commonwealth Services Delivery Agency Act* (1997), Cth., Acts of Parliament of the Commonwealth of Australia, No. 31 of 1997. Voir également C. O'FAIRCHEALLAIGH, J. WANNA et P. WELLER, *Public Sector Management in Australia: New Challenges, New Directions*, 2^e éd., South Yarra, Macmillan Australia, 1999, p. 162 et suiv. (*service delivery*).

100. En mai 2002, la Commission européenne avait préconisé la création d'une instance commune des frontières extérieures chargée de la gestion de la coopération opérationnelle aux frontières extérieures des États membres : EUROPA, [En ligne], [europa.eu.int/scadplus/] (16 mai 2005). Cette priorité a été reprise dans le programme de La Haye adopté lors du Conseil européen des 4 et 5 novembre 2004 (liste de dix priorités). Pour le site officiel de l'Agence (Boarder Management Agency), voir *Europa—Justice and Home Affairs—External Border*, [En ligne], [europa.eu.int/comm/justice_home/news/information_dossiers/external_border/index_eu.htm].

101. EU Agency for the Management of Operational Cooperation at the External Borders—EU Expulsions Agency ; L. Fekete, *The Deportation Machine : Europe, Asylum and Human Rights*, Londres, Institute of Race Relations, 2005, p.9.

aucune précision sur la juridicité des moyens¹⁰². Le caractère pragmatique et fonctionnel de la nouvelle gestion publique accentue la distanciation des catégories juridiques, ce qui montre le peu d'importance accordée aux enjeux traditionnels du droit au profit des impératifs de la gestion. Il ne faut donc pas constater l'existence ou l'inexistence d'un cadre législatif pour tracer une ligne de démarcation entre le droit et le non-droit. Pour prendre la juste mesure des transformations en cours dans le choix des instruments, il convient de constater que le flottement qui caractérise les procédés du nouveau management public ne fait que rejoindre un phénomène plus global dans l'élaboration des politiques publiques. La gouvernance contribue à une ouverture ostentatoire de l'action publique vers des marges nouvelles qui permettent de gouverner « au-delà du droit » ou à la périphérie du droit. La pertinence du droit apparaît alors comme un élément secondaire pour instituer une gouvernance qui ne reprend qu'en partie certains éléments associés traditionnellement au droit (loi habilitante).

1.2.1.2 L'évaluation des politiques publiques et le choix des instruments

Ce phénomène de mise à distance du droit n'est pas vraiment appréhendé par la réflexion juridique, car la coupure entre la gestion et le droit demeure un problème récurrent. Sur l'Ancien Continent, la dissociation entre le droit et l'administration est moins évidente compte tenu de l'influence durable du modèle wébérien. Dans des systèmes marqués par la prééminence du droit administratif, cet évitement devient plus manifeste pour le choix des mécanismes et l'élaboration des politiques publiques¹⁰³. Malgré des pesanteurs culturelles, la réflexion progresse. Ainsi, en droit britannique, la compatibilité du droit et de la gestion constitue un champ de réflexion qui peut être posé sans référence obligée au contrôle judiciaire¹⁰⁴.

102. Cette dimension a été commentée dans notre étude de 2002 : D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 25, 163, ainsi que par le professeur Pierre Issalys dans la perspective plus globale de l'action publique : P. ISSALYS, *Répartir les normes. Le choix entre les formes d'action étatique*, rapport de recherche, Québec, ministère de la Justice du Québec et Société de l'assurance automobile du Québec, 2002, p. 14 (porosité nouvelle de la normativité étatique) et p. 16 (inflexion des formes juridiques de l'action étatique).

103. P. DURAN, « Piloter l'action publique, avec ou sans le droit ? », *Politiques et management public*, vol. 11, n° 4, 1993, p. 37 ; J. CAILLOSSE, « Quand l'analyse des politiques publiques se déplace côté « droit » », (1999) 42-43 *Droit et société* 511, p. 514 (désuétude du droit traditionnel) ; D. RENARD, J. CAILLOSSE et D. DE BÉCHILLON, *L'analyse des politiques publiques aux prises avec le droit*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2000, p. 30 (statut mineur du droit dans l'élaboration des politiques publiques).

104. D. FELDMAN, « The Limits of Law : Can Laws Regulate Public Administration ? », dans B.G. PETERS et J. PIERRE (dir.), *op. cit.*, note 42, p. 279, à la page 283 (compatibilité du droit et de la bonne gestion) ; K. HAWKINS, « Law as Last Resort », dans R. BALDWIN,

En Amérique, plus particulièrement au Québec, l'évincement du droit représente une problématique récente¹⁰⁵ qui peut être analysée suivant la thématique du «choix», comme le propose le professeur Issalys¹⁰⁶. La conception de nouvelles formes de réglementation, où prédominent les enjeux juridiques (élaboration et teneur des normes), peut ainsi être opposée à la recherche de techniques non réglementaires¹⁰⁷. Les «formes de l'action étatique» offrent désormais une problématique plus vaste que celle de l'infléchissement des formes juridiques de l'action étatique. La diversification croissante entre les procédés, ainsi que leur hétérogénéité, montre de toute évidence que la juridicité ne constitue qu'un enjeu secondaire, voire périphérique dans le choix des outils de gouvernance. L'approche dite du Tools Choice n'est qu'un avatar du courant Public Choice pour souligner la latitude dont disposent les autorités dans l'évaluation du moyen le plus performant en vue d'atteindre des objectifs ciblés.

Si la thématique du choix des outils de gouvernance¹⁰⁸ accentue la désuétude du droit dans l'élaboration de solutions de rechange, cette évolution ne représente pas une rupture dans le domaine des politiques publiques. En science politique, ce champ d'analyse n'a jamais été tributaire du cadre juridique de l'action gouvernementale¹⁰⁹. Dans l'immense littérature ayant pour thèmes l'action publique et les politiques publiques¹¹⁰, plusieurs disciplines sont mises à contribution pour souligner la diversité des rationalités et des impératifs, avec une prépondérance accrue de la rationalité

C. SCOTT et C. HOOD, *A Reader on Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 288 ; C. HARLOW et R. RAWLINGS, *op. cit.*, note 19, p. 150.

105. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 24, 301 (logique de rupture).

106. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 102, p. 278.

107. *Id.*, p. 59 et 175.

108. B.G. PETERS, «The Politics of Tool Choice», dans L.M. SALAMON (dir.), *op. cit.*, note 7, p. 552 ; L.M. SALAMON (dir.), *Beyond Privatization: The Tools of Government Action*, Washington (D.C.), The Urban Institute Press, 1998, p. 51.

109. À titre d'exemple, le droit est absent dans l'ouvrage de C.O. JONES, *An Introduction to the Study of Public Policy*, 3^e éd., Monterey (Cal.), Brooks/Cole, 1984. Voir également : J.E. ANDERSON, *Public Policy-Making*, 2^e éd., New York, Holt, Rinehart et Winston, 1979, p. 126 (statut secondaire du droit dans la catégorisation des politiques publiques). À la différence des auteurs américains qui considèrent une politique comme un programme d'action gouvernementale, des chercheurs français insistent sur la dimension normative : P. MULLER et Y. SUREL, *L'analyse des politiques publiques*, coll. «Clefs», Paris, Montchrestien, 1998, p. 19 (la politique comme cadre normatif de l'action gouvernementale).

110. À titre d'exemple, l'ouvrage de référence de Parsons offre une bibliographie de 34 pages constituée exclusivement de sources anglo-américaines sans référence au droit : W. PARSONS, *Public Policy. An Introduction to the Theory and Practice of Policy Analysis*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar, 1995, p. 617-651.

économique et instrumentale, ainsi que des choix stratégiques¹¹¹. Le droit reste largement absent. Un certain recul montre la différence très nette qui oppose l'approche hiérarchisée et technocratique qui régnait il y a plus de 30 ans, soit durant les années 70, par rapport aux enjeux contemporains de la gouvernance. L'ancien modèle entretenait des liens étroits avec le droit public puisqu'il reposait en grande partie sur les normes juridiques à titre de grille d'analyse (modèle légaliste)¹¹². Dans ce contexte, ce sont des actes juridiques (lois, règlements, décisions, arrêts, contrats, permis, prestations) ou des régimes institués par le droit (responsabilité civile, processus décisionnel ou législatif) qui mettaient en relief la position centrale et dominante de l'État. L'exercice du pouvoir présupposait une capacité conférée par le droit et l'existence de contrôles clairement définis par le droit administratif et constitutionnel. Sans être désuet, ce cadre correspond mal de nos jours au caractère polycentrique de la gouvernance où de nombreux acteurs plus ou moins associés sont appelés à élaborer de nouveaux dispositifs publics (codes volontaires, chartes, plans, ententes de gestion). De façon rétrospective, bien avant l'apparition de la thématique de la gouvernance, il faut néanmoins dresser le constat que le droit a été progressivement délaissé dans l'analyse des politiques publiques, tant en France¹¹³ que dans le monde anglo-américain¹¹⁴. Si la mutation des politiques publiques sous forme de négociations ou de partenariats public-privé fait encore appel à des dimensions juridiques, le droit ne peut expliquer la « construction d'un problème public transversal¹¹⁵ », notamment pour les questions environnementales ou les questions de santé publique.

La gouvernance contemporaine revêt une dimension normative (grilles d'analyse, règles, outils, prescriptions) qui concurrence directement le modèle juridique. Pour l'analyse des politiques publiques, la simple

111. G. MASSARDIER, *Politiques et actions publiques*, Paris, Armand Colin/Dalloz, 2003, p. 47 et p. 67.

112. J.D. WHYTE, « Normative Order and Legalism », (1990) 40 *U. of Toronto L.J.* 491, 495.

113. Pierre Lascoumes avait constaté en 1990 le peu d'importance attribué à la dimension juridique dans l'analyse des politiques publiques : P. LASCOUTES, « Normes juridiques et mise en œuvre des politiques publiques », *L'Année sociologique*, n° 40, 1990, p. 43. Dans l'ouvrage de P. Muller, l'analyse des politiques publiques relève avant tout de la science politique et la question du droit n'est pas vraiment posée : P. MULLER, *Les politiques publiques*, 5^e éd., coll. « Que sais-je », Paris, PUF, 2004, p. 87 et suiv. (éléments pour une stratégie de recherche).

114. En dépit de l'existence de revues comme le *Journal of Law and Policy* (1993), la rationalité juridique ne pouvait pas répondre à des impératifs fondés sur la méthodologie des sciences sociales pour une analyse plus globale des politiques publiques. Les revues du type *Journal of Policy Analysis and Management* (1981) et *Journal of Comparative Policy Analysis* (1998) illustrent mieux ce phénomène de retrait du droit.

115. J.-F. GAUDIN, *op. cit.*, note 18, p. 22.

description du processus décisionnel ainsi que le poids des échanges ou des interactions entre les acteurs ont été délaissés pour des thèmes qui convergent vers l'évaluation (efficacité) de ces politiques¹¹⁶. Le thème de l'effectivité (*compliance*) ayant été déterminant dans le monde anglo-américain pour mesurer et évaluer l'action publique¹¹⁷, il était inévitable que des instruments juridiques, plus précisément des actes juridiques, soient également évalués, non seulement sur leurs propres bases, mais également par rapport à d'autres solutions de rechange¹¹⁸. Cette comparaison des outils d'intervention est à l'origine de l'évaluation fondée sur la performance, tant pour la gestion que pour les politiques publiques¹¹⁹. Si les critères de l'efficacité et de l'effectivité sont largement connus, d'autres dimensions liées à l'équité, à la faisabilité et à la légitimité relèvent de la même quête pour atteindre la proportionnalité requise entre les moyens utilisés et les fins recherchées. Les méthodes d'évaluation¹²⁰ constituent désormais le centre d'une démarche qui génère une science normative fondée sur des jugements de valeur, des règles, des indicateurs, des préceptes. Un contre-modèle peut ainsi être opposé aux propositions normatives du droit.

La dynamique du choix des instruments ne permet plus de considérer la coercition et l'effectivité comme des acquis insurpassables dont le droit

116. Cette influence rejoint les juristes : J.M. KEYES, «Power Tools : The Form and Function of Legal Instruments for Government Action», (1997) 10 *Can. J. of Admin. L. & Practice* 133, 163 (*choosing the right instrument*). Dans la littérature propre aux politiques publiques, cette tendance n'est pas une nouveauté : C.O. JONES, *op. cit.*, note 109, p. 196 (*evaluating programs*); D.J. PALUMBO, «Politics and Evaluation», dans D. PALUMBO (dir.), *The Politics of Program Evaluation*, Londres, Sage, 1987, p. 12; M. HENKEL, *Government, Evaluation and Change*, Londres, Jessica Kingsley, 1991, p. 213 (impacts de l'évaluation); W. PARSONS, *op. cit.*, note 110, p. 542.

117. G.C. EDWARDS et I. SHARKANSKY, *Les politiques publiques : élaboration et mise en œuvre*, coll. «Management public», Paris, Édition d'Organisation, 1981, p. 227 (mise en œuvre). Voir l'ensemble des textes de l'ouvrage de S.S. NAGEL (dir.), *Policy Theory and Policy Evaluation : Concepts, Knowledge, Causes and Norms*, New York, Greenwood Press, 1990.

118. J.C. CLIFFORD et K.R. WEBB, *Droit, objectifs publics et observation des normes*, document d'étude, Ottawa, Commission de réforme du droit du Canada, 1986, p. 42 (comparaison des moyens).

119. G. ÉTHIER, «Le management public et la performance», dans M.-M. GUAY, *Performance et secteur public. Réalités, enjeux et paradoxes*, Québec, PUQ, 1997, p. 371, à la page 378 (concept de performance); L.M. SALAMON, «The New Governance and the Tools of Public Action: An Introduction», dans L.M. SALAMON (dir.), *op. cit.*, note 7, p. 1, à la page 22 (*evaluating tools*).

120. R. ANGELMAR, «Les méthodes de l'évaluation», dans J.P. NIOCHE et R. POINSARD (dir.), *L'évaluation des politiques publiques*, Paris, Economica, 1984, p. 75.

aurait le seul monopole. « Penser l'action publique¹²¹ » oblige à rationaliser le coût, à raffiner les moyens et surtout à concevoir l'action publique comme plurielle. Au Canada, il suffit d'évoquer la pluralité des moyens pour lutter contre le tabagisme afin d'en souligner la complémentarité, mais aussi les limites. Depuis trois décennies, la lutte contre l'utilisation du tabac a toujours été un objectif majeur en matière de politiques publiques compte tenu des enjeux de santé publique et du coût financier pour le système de santé. Les campagnes de prévention et de publicité ont joué un rôle tout aussi important que les moyens classiques issus de la législation : la répression par la hausse constante des taxes, la prohibition de la vente aux mineurs et l'interdiction progressive de fumer dans les endroits publics. L'évocation de ces instruments, désormais appréhendés comme outils de gouvernance, montre avec acuité leurs avantages et inconvénients. Chaque outil peut être évalué sur ses propres bases pour en montrer les limites. En dépit de la sévérité des avertissements et des mises en garde, la publicité n'atteint qu'une efficacité relative. Les interdictions issues de la législation et la hausse des prélèvements fiscaux peuvent engendrer des effets contre-productifs comme la contrebande ou la transgression. Des progrès ont néanmoins été faits compte tenu des dangers réels du tabac pour la santé publique, les autorités publiques ayant une plus grande latitude pour agir, notamment dans leurs rapports avec l'industrie du tabac. Cet exemple met en exergue la relative centralité de l'État dans un contexte où les risques sont trop grands (gouvernement des risques)¹²². La dynamique du choix des instruments est en réalité beaucoup plus complexe dans le domaine de l'environnement. Ce dernier est une bonne illustration des avantages et des inconvénients d'une stratégie fondée sur la participation et l'adhésion des acteurs, notamment les industries polluantes, en vue de déterminer des seuils convenables pour le rejet de substances toxiques, la gestion des ressources naturelles et la préservation des écosystèmes. L'élaboration des politiques publiques est infiniment plus laborieuse dans ce contexte et, surtout, un large éventail de techniques peut être envisagé sans considéra-

121. P. DURAN, *Penser l'action publique*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1999, p. 29 (effort de rationalisation).

122. C. NOIVILLE, *Du bon gouvernement des risques*, coll. « Les voies du droit », Paris, PUF, 2003, p. 26 (centralité de l'État dans la question des risques écologiques et sanitaires); B. HUTTER, « Risk Management and Governance », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *Designing Government. From Instruments to Governance*, Montréal/Kingston, McGill-Queen's University Press, 2005, p. 303, à la page 303 (origines du concept de *risk-based regulation*). Le droit public doit intégrer cette dimension. Ainsi, en France, la problématique du risque ouvre des perspectives nouvelles en droit administratif : J.-B. AUBY, « Le droit administratif dans la société du risque. Quelques réflexions », dans CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport public 2005*, Paris, Conseil d'État, 2005, p. 351.

tion particulière pour le droit : aide financière et prêts, allègements fiscaux, objectifs négociés, codes volontaires, chartes, contrats, pénalités financières, couverture par régime d'assurance et, enfin, des règlements négociés, sorte de règlements-contrats. La politique canadienne de réduction des gaz à effets de serre met en lumière la complexité des enjeux lorsque l'État ne peut agir seul avec des moyens limités¹²³. Elle traduit également l'ambivalence de l'action publique qui cherche à stimuler la croissance économique tout en ayant la responsabilité d'imposer des fardeaux supplémentaires aux industries réglementées. La lenteur des autorités canadiennes dans l'application du *Protocole de Kyoto* montre néanmoins les limites du programme politique de la « gouvernance associative » (*collaborative governance*)¹²⁴.

Au détriment d'une appréhension plus globale de l'action publique, la littérature savante a souvent livré une lecture technicienne et scientiste de ces procédés et de leur interaction (*government as a tool-kit*)¹²⁵. Depuis la parution de l'étude de référence *The Choice of Governing Instrument* en 1982¹²⁶, les outils ou instruments de gouvernance ont été systématisés¹²⁷,

123. Depuis 2005, le Canada a formulé une nouvelle politique sous forme de projet vert : *Aller de l'avant pour contrer les changements climatiques : un plan pour honorer notre engagement de Kyoto*, [En ligne], 2005, [www.changementsclimatiques.gc.ca/] (23 juillet 2005).

124. J. FREEMAN, « Collaborative Governance in the Administrative State », (1997) 1 *Un. of California in Los Angeles L. Rev.* 1 ; R. AGRANOFF et M. MCGUIRE, *Collaborative Public Management*, Washington (D.C.), Georgetown University Press, 2003, p. 43 (analyse de modèles dans le contexte urbain).

125. CC. HOOD, *The Tools of Government*, Londres, Macmillan Press, 1983, p. 115 ; B.G. PETERS, « The Politics of Tool Choice », dans L.M. SALAMON (dir.), *op. cit.*, note 7, p. 552, à la page 559.

126. M.J. TREBILCOCK et autres, *The Choice of Governing Instrument/Le choix des instruments d'intervention. Étude faite pour le Conseil économique du Canada*, Ottawa, ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982, p. 25 (efficacité technique et choix des instruments). Pour une analyse rétrospective fondée sur l'introduction de nouveaux critères : M.J. TREBILCOCK, « The Choice of Governing Instrument : A Retrospective », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *op. cit.*, note 122, p. 51, à la page 72.

127. S.H. LINDER et B.G. PETERS, « The Design of Instruments for Public Policy », dans S.S. NAGEL (dir.), *Policy Theory and Policy Evaluation : Concepts, Knowledge, Causes, and Norms*, New York, Greenwood Press, 1990, p. 103, à la page 107 (critique des essais de classification). Pour un aperçu des typologies, voir : F. VARONE, *Le choix des instruments des politiques publiques*, Berne, Verlag Paul Haupt, 1998, p. 34.

comparés¹²⁸, évalués¹²⁹, selon des paramètres fondés sur les ressources requises, le degré de coercition, les caractéristiques behavioristes des instruments retenus, le contexte institutionnel et le type d'acteurs, la nature du processus, ainsi que les types de coût, pour ne donner que quelques exemples¹³⁰. Sans être explicités, les enjeux juridiques doivent être en quelque sorte subsumés selon le moyen préconisé. Le choix du meilleur instrument serait tributaire d'une connaissance optimale de nombreux enjeux (art ou science ?)¹³¹, ce qui débouche sur des spéculations fondées sur la thèse des choix stratégiques et le type de mise en œuvre (*implementation style*)¹³². Le choix des outils de gouvernance présuppose en effet une adéquation entre la détermination des objectifs et les fins recherchées, adéquation qui permettrait de systématiser et de classer ces outils en fonction de paramètres stables du type efficacité, faisabilité, rendement, coût et, parfois, légalité. Cette tendance est désormais critiquée, car elle ne tient pas suffisamment compte des dimensions contextuelles liées aux différents styles de « modèles de gouvernance », mais également parce qu'elle ne prend pas assez en considération l'environnement politique, social et culturel¹³³. Autre élément significatif, la rationalité un peu naïve qui confère à ces outils de gouvernance une perfection intrinsèque du seul fait de leurs propriétés formelles pour atteindre des objectifs publics a été dénoncée par le professeur Roderick Macdonald grâce à l'emploi d'une métaphore fondée sur un outil polyfonctionnel : le couteau suisse. Sa critique met en lumière la pauvreté de la logique instrumentale fondée sur les seules

128. M. HOWLETT, « Policy Instruments, Policy Styles, and Policy Implementation : National Approaches to Theories of Instrument Choice », *Policy Studies Journal*, vol. 19, n° 2, 1991, p. 1.

129. R. BAGCHUS, « The Trade-off Between Appropriateness and Fit of Policy Instruments », dans B.G. PETERS et F.K.M. VAN NISSEN (dir.), *Public Policy Instruments: Evaluating the Tools of Public Administration*, Cheltenham (R.-U.), Edward Elgar, 1998, p. 46.

130. R. LANDRY et F. VARONE, « The Choice of Policy Instruments : Confronting the Deductive and the Interactive Approaches », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *op. cit.*, note 122, 106, aux pages 109-110.

131. M.M. HILL, « Tools as Art : Observations on the Choice of Governing Instrument », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *op. cit.*, note 122, p. 21, à la page 27. Cette question renvoie à un débat récurrent sur la nature du management public, comme en témoigne l'ouvrage de L.E. LYNN, *Public Management as Art, Science and Profession*, Chatam (N.J.), Chatam House Publishers, 1996, p. 143.

132. M. HOWLETT, « What is a Policy Instrument ? Tools, Mixes, and Implementation Styles », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *op. cit.*, note 122, p. 31, à la page 45.

133. S.H. LINDER et B.G. PETERS, « The Study of Policy Instruments : Four Schools of Thought », dans B.G. PETERS et Frans K.M. VAN NISSEN (dir.), *op. cit.*, note 129, p. 33, à la page 36 ; A. RINGELING, « Instruments in Four : The Elements of Policy Design », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *op. cit.*, note 122, p. 185, à la page 193 (*governance models*).

propriétés fonctionnelles d'un outil qui offre une remarquable polyvalence en vue de répondre à une multitude de situations anticipées. En dépit de son fort potentiel afin de servir un vaste éventail de besoins abstraitement définis, cet outil, dont la performance semble acquise, peut perdre toute utilité faute d'en avoir clairement anticipé les limites et faute de pouvoir répondre à l'imprévisibilité de scénarios qui en diminue l'efficacité ou la pertinence¹³⁴. La « science » des outils de gouvernance reste donc aléatoire. Fait plus problématique, la frontière entre la reproduction du discours néolibéral et le registre des études savantes est parfois très mince¹³⁵.

Dans un domaine où l'efficacité constitue le prisme à partir duquel toute politique publique doit être évaluée, il est étonnant de constater la faiblesse de ces analyses qui font l'économie de la question du droit. A.B. Ringeling en fait le constat en affirmant ceci : « The amazing thing is that practitioners of the policy sciences seems to have forgotten this consideration (legality) when they developed ideas about optimal instrument choice », tout en rappelant de fortes différences nationales sur le rôle du droit¹³⁶. Le statut mineur du droit dans le traitement des politiques publiques a également été constaté en France¹³⁷. Pour la question centrale de l'efficacité, l'évincement du droit représente une erreur fondamentale, car, contrairement aux clichés colportés sur l'inefficacité du droit, ce dernier est lié de près à la pure efficacité dans le choix des outils. Le simple fait de choisir entre une forme réglementaire ou non réglementaire pour le choix des procédés emporte des conséquences considérables que nos travaux et ceux de Pierre Issalys¹³⁸ tentent de mettre en lumière. Le même raisonnement peut être appliqué pour le choix entre des formes classiques (contrats-décisions-permis-règlements).

Cet « oubli du droit » doit être nuancé. Comme le montre notre étude, des textes récents diminuent cet écart que le professeur Charles-Albert Morand avait remarqué en 1999¹³⁹. Cependant, pour les deux disciplines

134. R.A. MACDONALD, « The Swiss Army Knife of Governance », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *op. cit.*, note 122, p. 203, à la page 225.

135. K. WEBB, « Government, Private Regulation, and the Role of the Market », dans M. MAC NEIL, N. SARGENT et P. SWAN (dir.), *Law, Regulation, and Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 240, à la page 253.

136. A.B. RINGELING, *loc. cit.*, note 133, 199.

137. D. RENARD, J. CAILLOSSE et D. DE BÉCHILLON, *op. cit.*, note 103, p. 30.

138. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 102, p. 175 (techniques non réglementaires).

139. C.-A. MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 1999. Voir également l'ouvrage collectif de J. COMMAILLE, L. DUMOULIN et C. ROBERT (dir.), *La juridicisation du politique. Leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2000. Parmi une riche moisson de contributions, voir notamment : J. CAILLOSSE, « À propos de l'analyse des politiques publiques : réflexions critiques sur une théorie sans

visées, soit le droit et la science politique, le lien entre les politiques publiques et le droit public représente trop souvent un angle mort dans la littérature savante. Cette évolution pourrait être interprétée comme le résultat conséquent du caractère inadapté de l'approche formaliste du droit, rendue caduque par l'utilisation trop exclusive du formalisme juridique et le peu d'ouverture à l'égard de la diversité de l'action gouvernementale. Ce constat d'inadéquation suscite depuis peu différents axes de réflexion. En relevant le caractère « inintelligible » de l'approche formelle, ainsi que le besoin d'adaptabilité manifesté par une approche plus proche des réalités de l'action publique, le professeur Issalys suggère d'appréhender la diversité des moyens sous l'angle de la légitimité. Contrairement à l'analyse traditionnelle de ce thème en droit, il préconise un critère justificatif fondé sur la prise en considération de la rationalité et des objectifs des acteurs : classe politique, citoyens, juristes, experts et gestionnaires. Cette pluralité requiert l'élaboration d'une procédure de légitimation susceptible de remédier à l'inadaptation du droit formel¹⁴⁰.

Sur la base du même constat (inadaptation du droit formel), nous avons tenté de mettre en lumière la « plus-value » que représente l'utilisation de procédés et de mécanismes pour gouverner « au-delà du droit » ou à la périphérie du droit. La désuétude des critères de forme et de procédure associés à la légalité et à la validité facilite l'émergence de dispositifs normatifs inclassables dans les catégories officielles du droit. Toutefois, comme ces mécanismes résultent en grande partie du droit officiel qui les institue ou les tolère à des fins de commodité administrative, ce qui, au départ, peut projeter une image d'inadaptation réapparaît sous la forme d'un double fonctionnel pour instaurer une gouverne néo-juridique dans la formulation des politiques publiques et le choix des mécanismes de gestion¹⁴¹. Vue sous cet angle, la gouvernance, dans sa dimension de gouvernance publique, dégage de nouveaux espaces par une stratégie de dépassement du droit. Si tous les acteurs peuvent en retirer certains avantages dans la perspective de la gouvernance associative (*collaborative governance*), c'est surtout l'État qui en est le principal bénéficiaire par rapport à l'objet « droit ». Loin d'être neutre, ce rapport fondé sur le principe de l'inclusion / exclusion du

droit », dans J. COMMAILLE, L. DUMOULIN et C. ROBERT (dir.), *idem*, p. 47, à la page 50 (ignorance mutuelle de deux champs disciplinaires) ; et également, P. WARIN, « Mise en œuvre des politiques publiques et production normative : angle mort de l'analyse des politiques publiques », dans J. COMMAILLE, L. DUMOULIN et C. ROBERT (dir.), *ibidem*, p. 151, à la page 157 (production normative et analyse des politiques publiques).

140. P. ISSALYS, « Choosing among Forms of Public Action : A Question of Legitimacy », dans P. ELIADIS, M.M. HILL et M. HOWLETT, *op. cit.*, note 122, p. 154, aux pages 173-174.

141. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 24, 356 (exclusion de pure convenance).

droit officiel offre le maximum de latitude aux autorités afin d'élaborer des outils de gouvernance adaptés à la logique maximaliste de l'efficacité, mais également en fonction des moyens financiers des pouvoirs publics et des limites de leur intervention. Ce type d'analyse suppose une vision critique de la gouvernance qui, au-delà du discours de convivialité entre partenaires publics et privés, engendre de nouveaux outils de pouvoir fondés sur le dépassement progressif d'un droit public rendu « inintelligible » par l'action ou l'inaction volontaire des concepteurs de politiques publiques. La logique du « choix » reste plurielle, souvent fragmentée par domaines d'intervention, et par la complexité des dispositifs pour atteindre des résultats dans des champs où l'État ne peut agir isolément.

1.2.2 La rationalité juridique de la gouvernance et l'hybridation des catégories du droit

Les deux composantes de la gouvernance publique, la gestion publique (dimension interne de réforme) et les politiques publiques (transformation de l'action publique), ne sont pas généralement abordées comme un tout cohérent. Le nouveau management public correspond à un champ spécialisé qui peut paraître éloigné de la logique instrumentaire des outils de gouvernance. Si ces deux domaines génèrent un « droit de la gouvernance », la rationalité de ce nouvel avatar du droit public reste probablement plus difficile à décoder que ses manifestations.

En dépit de la disparité des moyens, l'accent mis sur la prestation des services et la rationalisation des ressources ainsi que l'évaluation des politiques et des instruments montrent l'influence considérable du nouveau management public dans ses trois composantes, soit l'efficacité, l'efficience et l'économie. Le premier élément de transformation de la rationalité juridique repose sur l'impact majeur que représente l'évaluation. Non seulement le droit est soumis à une évaluation critique pour satisfaire aux impératifs du rendement et de l'efficacité, mais il doit également intégrer des mécanismes d'évaluation dans le contexte de la nouvelle gestion publique. Double perspective où le droit est évalué et sert également d'outil d'évaluation. Si le premier vecteur montre l'influence considérable de l'analyse économique du droit, le second laisse voir en revanche la juridicisation progressive du management¹⁴² à des fins de légitimité et de légalité dans les moyens retenus. Si la progression du nouveau management public repose sur l'élaboration d'un cadre scientifique pour les instruments de gestion, sa validité, comme dans le monde des sciences, ne peut être confirmée que

142. J. CHEVALLIER, « La juridicisation des préceptes managériaux », *Politiques et management public*, n° 4, 1993, p. 125 (« managérisation » du droit).

par l'existence d'instruments de mesure (le facteur temps, le nombre de membres du personnel, les ressources budgétaires, les résultats, la composition numérique des clientèles ciblées). Par rapport à la rationalité classique du droit, l'apparition de l'«évaluation» constitue une rupture profonde, car, dans ses attributs traditionnels fondés sur la légalité et la validité, le droit ne pouvait que refléter le principe d'ordre inhérent à tout système de classement. L'évaluation¹⁴³ requiert ainsi une capacité d'analyse des moyens d'action pour satisfaire à une forme de connaissance exacte, universelle et vérifiable. Jusqu'ici, l'universalité du droit ne pouvait trouver de véritable sens que dans la «forme» des normes abstraites, générales et impersonnelles, alors que le monde des sciences postule l'universalité sur le fond grâce à des lois scientifiques qui ne peuvent être confondues avec les lois du droit¹⁴⁴. L'intégration de l'évaluation scientifique par le droit ne peut toutefois être considérée comme une nouveauté absolue pour le droit contemporain. Outre le droit de l'environnement qui utilise les études d'impact à diverses fins, le droit de la preuve requiert souvent une expertise de nature scientifique. La gouvernance introduit néanmoins une rupture quantitative et qualitative en intégrant ces sciences du gouvernement à la gestion et à l'action publiques.

Si Hobbes est visé pour expliquer la généalogie du nouveau management public, il peut l'être à plus d'un titre pour les prétentions scientifiques de la gouvernance contemporaine, car il avait assimilé l'ordre juridico-politique à une horloge dans la préface de la deuxième édition du *De Cive* en 1647¹⁴⁵. Il faut dès lors s'interroger sur le sens du recoupement contemporain entre le droit et la gestion, car ce n'est pas la première fois que le paradigme scientifique rejoint ainsi la pensée juridique¹⁴⁶. L'hypothèse d'une conception mécanique du droit ne peut toutefois être retenue, car elle représente largement les aspirations du modèle traditionnel du type positiviste. À cette étape de l'analyse, nous ne pouvons que constater, à la

143. Dans l'analyse des transformations de la technique juridique, Jacques Chevallier constate l'importance des mécanismes et des méthodes d'évaluation sur le thème du «droit réflexif»; J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, coll. «Droit et société», Paris, L.G.D.J., 2003, p. 135. C.A. Morand caractérise davantage le droit réflexif par l'existence de programmes relationnels, thème que nous abordons comme seconde caractéristique de la gouvernance; C.A. MORAND, *op. cit.*, note 139, p. 127 et suiv.

144. P. AMSELEK, «Lois juridiques et lois scientifiques», (1987) 6 *Droits* 131, 136 (paradigme scientifico-juridique dans la pensée juridique).

145. T. HOBBS, *De Cive ou les fondements de la politique*, coll. «Philosophie politique», Paris, Publications de la Sorbonne, Sirey, 1981 [2^e éd.: 1647], p. 63.

146. A. DUFOUR, «Le paradigme scientifique dans la pensée juridique moderne», dans P. AMSELEK (dir.), *Théorie du droit et science*, coll. «Léviathan», Paris, PUF, 1994, p. 147, à la page 150 (analyse de différents types de paradigmes).

suite d'autres chercheurs, la juridicisation de certains préceptes managériaux¹⁴⁷, en notant toutefois une évolution significative vers un paradigme plus proche du monde des sciences exactes. Si la gouvernance reflète la primauté des sciences du gouvernement, le droit de la gouvernance exprime cette tendance par simple osmose.

Le second élément de transformation repose sur le caractère relationnel de la gouvernance. En délaissant de plus en plus les modes classiques du type autoritaire et unilatéral, l'État cherche à associer les acteurs directement visés par l'élaboration des politiques publiques ainsi que des organismes publics autonomes en négociant des ententes de gestion qui leur permettent de disposer d'une autonomie appréciable dans l'exécution d'objectifs pour lesquels ils peuvent être sollicités. Cette dimension relationnelle est souvent présentée sous la forme de la contractualisation des échanges et de la préférence pour des solutions consensuelles. Le modèle du contrat s'insère ainsi dans un tableau composite de l'action publique où des modes classiques d'intervention coexistent avec des formules hybrides qui diluent la formule originelle du contrat vers des relations négociées ou des pratiques transactionnelles. Il n'est guère possible de concevoir une « contractualisation systématisée des échanges¹⁴⁸ », car la gestion des risques (*risk management*) requiert parfois une réglementation très stricte pour des substances hautement toxiques ou des activités dangereuses. Le principe de précaution exige la plus grande prudence. Toutefois, ce constat plus nuancé ne veut pas nier le succès indéniable du phénomène contemporain lié au fait de « gouverner par contrat¹⁴⁹ ». La contractualisation comme technique

147. J. CHEVALLIER, *loc. cit.*, note 142, 118 (thème de l'évaluation); C.-A. MORAND, *op. cit.*, note 139, p. 108.

148. A.-J. ARNAUD, *Critique de la raison juridique*. 2. *Gouvernants sans frontières*, coll. « Droit et société », Paris, L.G.D.J., 2003, p. 70.

149. P. LASCOUMES, « Autorité, efficacité et légitimité des instruments conventionnels d'action publique », dans N. KASIRER et P. NOREAU (dir.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, 333, p. 342 (analyse contextuelle de l'action publique conventionnelle); J.-P. GAUDIN, *Gouverner par contrat : l'action publique en question*, Paris, Presses de sciences po, 1999, p. 38 (essor des politiques contractuelles); Y. FORTIN, « La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980 : hors du contrat point de salut », dans Y. FORTIN (dir.), *La contractualisation dans le secteur public des pays industrialisés depuis 1980*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 5. Ce thème n'est pas une nouveauté en droit public. Pour la France, voir : M. HECQUART-THÉRON, « La contractualisation des actions et des moyens publics d'intervention », (1993) *A.J.D.A.* 451; P. LASCOUMES, « Négocier le droit, formes et conditions d'une activité gouvernementale conventionnelle », *Politiques et management publics*, vol. 4, 1993, p. 47. Pour la Grande-Bretagne, voir : I. HARDEN, *The Contracting State*, coll. « Studies in Law and Politics », Buckingham, Open University Press, 1992; M. FREEDLAND, « Government by Contract and Public Law », (1994) *Public Law* 86, 95 (le

de gestion des affaires publiques est en effet une composante essentielle de la nouvelle gestion publique. Elle serait même un élément fondamental de la modernisation de l'action publique¹⁵⁰. Grâce à des ententes-cadres, les autorités centrales négocient avec les agences ou avec d'autres organismes des objectifs ciblés, des résultats et des mécanismes de gestion. Le nouveau management public repose dès lors sur une concertation dont la dimension conventionnelle ou négociée se confond subtilement avec la planification. Lorsque les préceptes du nouveau management public s'appliquent à tout l'appareil d'État (comme au Québec), les objectifs sont taillés sur mesure pour chaque ministère et organisme en vue de mettre en œuvre la gestion par résultats. Entre le conventionnalisme diffus et la planification dirigiste, le compromis ainsi atteint peut répondre aux exigences de la nouvelle gestion publique sans que le droit devienne pour autant plus intelligible dans la technique retenue.

L'analyse de l'efficacité et de l'effectivité du droit privé des contrats comme technique de régulation rejoint également le domaine des politiques publiques¹⁵¹. La nécessité d'inclure les acteurs publics et privés dans l'élaboration des politiques publiques, et de les y associer, est présentée comme un des traits distinctifs de la gouvernance (*collaborative governance*). Le modèle du réseau¹⁵² rejoint ainsi l'horizontalité des rapports animés par la logique de partenariat. L'horizontalité forme une dimension essentielle de la gouvernance contemporaine, tant pour la gestion publique¹⁵³ que pour les politiques publiques¹⁵⁴. Si ce phénomène accentue la place du contrat dans l'action publique, la technique contractuelle ne représente pas une nouveauté en droit public. Dans les ouvrages de droit administratif qui sont dans la mouvance romano-germaniste du droit, la présentation du régime du contrat administratif constitue une étape indispensable dans l'éventail

droit administratif britannique offre peu de règles contraignantes pour baliser l'utilisation de la technique contractuelle). P. VINCENT-JONES, « The Regulation of Contractualisation in Quasi-Markets for Public Services », (1999) *Public Law* 304, à la page 316 (lien entre régulation et contractualisation).

150. J.-P. GAUDIN, « Le sens du contrat dans les politiques publiques », *Esprit*, février 2001, p. 115 (contrat et modernisation de l'action publique).

151. H. COLLINS, *Regulating Contracts*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 56.

152. M. CASTELLS, *La société en réseaux. L'ère de l'information*, 2^e éd., Paris, Fayard, 2001, p. 575 (société en réseaux); F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 265 (l'impact de l'émergence du réseau sur la théorie du droit).

153. J. BOURGAULT, *loc. cit.*, note 27, p. 26.

154. J. PIERRE et B.G. PETERS, *op. cit.*, note 11, p. 22 et 45.

des procédés de l'action gouvernementale¹⁵⁵. Faute de nouveauté, c'est dans l'utilisation de formules de rechange et, à bien des égards, dans la dilution et l'hybridation qu'il faut chercher les manifestations contemporaines de la technique contractuelle. Outre la croissance quantitative des contrats impliquant des personnes morales de droit public, croissance qui, somme toute, reste difficile à mesurer avec des chiffres, ce sont des formules moins orthodoxes qui font la fortune du contrat comme technique de gestion et de régulation. Ce succès a toutefois un prix. Le contrat est d'abord menacé de dilution par des pratiques du type « ententes », « engagements volontaires » ou simples accords relevant d'un processus de négociations¹⁵⁶. Son existence est également rendue plus problématique du fait de la multiplication de formules que nous pourrions qualifier, faute de mieux, d'« engagements collectifs » en vue d'atteindre des objectifs et des résultats. Entre la démarche contractuelle et la formule traditionnelle du contrat, l'ambivalence est réelle¹⁵⁷. Les codes volontaires, les codes de conduite, les chartes d'usagers, les règlements négociés, la contractualisation du contrôle, les dérogations conditionnelles, les ententes sur la performance, les ententes sectorielles, les partenariats, les mesures volontaires, les normes de substitution, ainsi que la cooptation de règlements négociés ou de règles techniques par accord avec les industries réglementées, constituent autant de manifestations qui peuvent être interprétées comme une problématique d'éclatement du contrat.

Le troisième élément constitue à maints égards la synthèse des deux précédents. La gouvernance contribue à l'évincement des catégories classiques du droit. Elle génère un droit composite qui transcende la distinction public-privé, ainsi que la distinction entre les actes unilatéraux et bilaté-

155. Le Québec en offre un bon exemple: P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *L'action gouvernementale. Précis de droit des institutions administratives*, 2^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2002, p. 997 et suiv.; P. GARANT, *Droit administratif*, 5^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 383 et suiv.; R. DUSSAULT et L. BORGEAT, *Traité de droit administratif*, 2^e éd., t. I, Québec, PUL, 1984, p. 593 et suiv. Les ouvrages généraux de droit administratif dans le monde anglo-canadien et britannique n'abordent pas le thème des contrats.

156. En France, ce thème est récurrent: G. QUITANE, « L'action publique et les ambiances contractuelles », dans C. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du contrat: contractualisation et procéduralisation*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 2004, p. 27; S. ERBÈS-SEGUIN (dir.), *Le contrat, usages et abus d'une notion*, Paris, Desclée de Brower, 1999, p. 1-22 (introduction); J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », dans L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 89, à la page 91 (examen de l'évolution des procédés contractuels).

157. S. TROSA, *Quand l'État s'engage. La démarche contractuelle*, Paris, Éditions d'Organisation, 1999, p. 82 (contrat légal ou démarche contractuelle).

raux. Le décentrement relatif des politiques publiques par osmose avec des acteurs privés, de même que l'impact non négligeable de la mondialisation et le développement des institutions de marché au détriment des protections nationales (néolibéralisme), rend plus aléatoire la configuration traditionnelle du droit positif. Dans la recherche de ce qui pourrait constituer une nouvelle raison juridique, André-Jean Arnaud constate la rupture de la règle des trois unités (unité de temps, unité de lieu, unité d'action) qui a régi le droit aussi bien que le théâtre classique¹⁵⁸. Dans le même esprit, la rupture de l'unité de lieu et d'action est à l'origine des réflexions de Sabino Cassese sur l'*arena pubblica* en transposant dans une autre dimension spatiale ce droit composite (*ordinamenti compositi*) qui sert de laboratoire à l'expérimentation de formules nouvelles¹⁵⁹. En signalant la dualité croissante du *Ius Inventum* et du *Ius Positum*, Cassese met en lumière le phénomène de dépassement du droit positif¹⁶⁰. À défaut de pouvoir offrir un contre-modèle cohérent et homogène, la gouvernance accentue cette dimension composite où le droit traditionnel est pour ainsi dire « complété » par un vaste ensemble de formules de rechange qui ne peuvent plus être considérées comme un phénomène marginal. Cette tension pourrait éventuellement engendrer un effort d'assimilation et de rattrapage par le droit positif. Dans l'attente de ce dénouement, l'analyse juridique de l'action publique ne peut faire l'économie de ces nouveaux dispositifs de gouvernance¹⁶¹. Au-delà de réactions hostiles sur la dégradation des sources du droit¹⁶², la réflexion juridique est orientée vers un laborieux travail de décodage, notamment en France¹⁶³.

158. A.-J. ARNAUD, *op. cit.*, note 148, p. 90.

159. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Rome/Bari, Editori Laterza, 2003, p. 77. Le thème de l'*arena pubblica* revêt plus d'importance dans son ouvrage de 2002 : S. CASSESE, *La crisi dello Stato*, coll. « Sagittari », Rome/Bari, Editori Laterza, 2002, p. 74 (*arena pubblica: nuovi paradigmi per lo Stato*).

160. S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, *op. cit.*, note 159, p. 77.

161. Pierre Issalys suggère de prendre acte de cette situation afin de résoudre le problème de la légitimité tout en formulant des réserves sur les limites de l'approche formaliste du droit : P. ISSALYS, *loc. cit.*, note 140, 167 (*accepting the explosion in forms of public action*). Dans la littérature savante, la question de la légitimité est récurrente : M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime », (2005) *R.F.D.A.* 738, 748 (absence ou sous-représentation de partenaires essentiels).

162. F. OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc., réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », (1995) *RTD civ.*, 509.

163. P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, Economica, 2002, p. 323 (intégration du droit spontané dans les ordres juridiques) ; B. DELAUNAY, « Chartes, usagers et engagements de qualité dans le secteur public », dans Y. FORTIN (dir.), *op. cit.*, note 149, p. 147 ; V. BLÉHAUT-DUBOIS, « À l'école des chartes », (2004) *A.J.D.A.* 2431, 2433 (la charte, acte unilatéral ou contractuel ?).

Ce droit positif qui pourrait être qualifié par pure convenance de «droit classique» est altéré dans ses trois composantes classiques du jugement, de la loi et du contrat. Si les formules nouvelles induites par la gouvernance reposent sur une logique d'hybridation, cette évolution résulte en grande partie de l'élargissement de la technique contractuelle. Pour la loi (normes abstraites, générales et impersonnelles), c'est davantage le processus d'élaboration qui est rejoint par l'approche consensuelle, car la nature finalisée des programmes (normes-objectifs) ne repose pas systématiquement sur la négociation pour leur application. Cependant, comme ces objectifs sont souvent le fruit d'une action concertée entre l'État et des acteurs privés, la gouvernance projette l'image d'un conventionnalisme qui imprègne ses mécanismes et ses procédés. Ce phénomène de contractualisation des actes unilatéraux revêt une importance particulière pour répondre aux objectifs du développement durable, ce qui incite la littérature savante à segmenter la gouvernance par champ d'application. Il existe ainsi une gouvernance environnementale qui possède une rationalité propre, tout en exacerbant quelques caractéristiques de la gouvernance publique. Les mécanismes de rechange à la réglementation occupent une place grandissante : ententes, attestations, certificats d'autorisation, programmes d'assainissement, codes volontaires ; partenariats, certification. Sur le plan de la technique juridique, les codes volontaires représentent, à bien des égards, une altération de l'acte unilatéral (modèle du code) au profit de l'acte négocié, sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude si les engagements qui en découlent constituent réellement des contrats. Ils font désormais l'objet d'une littérature considérable dans le champ spécialisé de l'environnement (gouvernance environnementale)¹⁶⁴. Les approches volontaires dans les politiques de l'environnement ont été le sujet d'une vaste étude de l'OCDE en 2003 en vue de les analyser isolément, mais également dans la perspective de leur utilisation avec d'autres instruments (permis, subventions, taxes ou redevances)¹⁶⁵. Cette mixité illustre la dynamique des «outils de gouver-

164. T. DIETZ et P.C. STERN (dir.), *New Tools for Environmental Protection. Education, Information and Voluntary Measures*, Washington (D.C.), National Research Council, National Academy Press, 2002, partie III (8 textes), p. 213 et suiv. ; G.B. DOERN, «Institutional and Public Administration Aspects of Voluntary Codes», dans K. WEBB (dir.), *Voluntary Codes: Private Governance, the Public Interest and Innovation*, Ottawa, Carleton University, 2004, p. 57 ; C. CARRARO et F. LÉVÊQUE (dir.), *Voluntary Approaches in Environmental Policy*, Dordrecht (Ne.), Kluwer, Academic Publishers, 1999. INDUSTRIE CANADA, *Un cadre d'évaluation pour les codes volontaires*, Ottawa, Centre d'information d'Industrie Canada, [En ligne], 2005, [strategis.ic.gc.ca/volcodes] (15 juillet 2005).

165. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Les approches volontaires dans les politiques de l'environnement*, Paris, Service des publications de l'OCDE, 2003, p. 109 et suiv.

nance» et l'importance de la dimension relationnelle. Plusieurs mécanismes que nous avons recensés dans notre étude de 2002 montrent sur différents registres la place de la relation négociée dans la détermination des règles et des normes¹⁶⁶. Dans le même esprit, Pierre Issalys fait le constat du développement des pratiques de réglementation négociée¹⁶⁷.

Entre les actes unilatéraux et bilatéraux, le brouillage des catégories montre la désuétude relative du droit positif devant les dispositifs normatifs issus de la gouvernance. La figure du Jugement n'échappe pas à ce double mouvement où convergent la nouvelle gestion publique et la contractualisation de la procédure contentieuse. Pour la dimension du type management public, le thème discret et neutre de la «réforme de l'État» cache en réalité des mutations plus profondes vers une «justice commensurable¹⁶⁸», soumise aux impératifs de l'évaluation¹⁶⁹. Dans le monde anglo-américain, le prestige particulier de la fonction judiciaire rend moins visible cette stratégie du rendement. De façon discrète, l'appareil de la Justice n'en reste pas moins évalué compte tenu de l'ampleur de son coût de fonctionnement. Les modes non contentieux de règlement des litiges répondent aux attentes comptables pour atteindre des objectifs budgétaires. Par leur dimension relationnelle, ils s'insèrent dans ce mouvement de contractualisation de la justice¹⁷⁰ qui permet d'aboutir, pour une proportion grandissante de dossiers, au règlement contractuel du litige (transaction). Si les recherches des années 90 ont privilégié la typologie des mécanismes et l'évaluation des formules de rechange, les réflexions contemporaines évoluent davantage vers la signification et les implications des modèles processuels fondés sur la conciliation et la médiation, notamment en droit administratif¹⁷¹. Dans le contexte de la gouvernance, la médiation représente un outil de gouvernance susceptible d'offrir une solution à l'impasse budgétaire que représente le fonctionnement de l'appareil judiciaire dans sa dimension contentieuse (rôle du procès dans le règlement du litige). Du fait qu'elle constitue un procédé de gestion des conflits¹⁷², elle subit l'influence du

166. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 25, 200 (codes de conduite et codes volontaires).

167. P. ISSALYS, *op. cit.*, note 102, p. 62.

168. E. SERVERIN, «Quelles mesures pour la justice ?», dans L. CADIEU et L. RICHER, *Réforme de la justice, réforme de l'État*, coll. «Droit et justice», Paris, PUF, 2003, p. 49, à la page 62 (diversité des indicateurs).

169. E. BREEN, *loc. cit.*, note 21, 25.

170. Voir les textes regroupés sur le thème de la contractualisation de la justice dans L. CADIEU et L. RICHER, *op. cit.*, note 168, p. 185 et suiv.

171. C. GUY-ECABERT, *Procédure administrative et médiation. Inscription d'un modèle procédural dans un contexte en mutation*, Bruxelles/Zurich, Bruylant/Schulthess, 2002, p. 109 (évocation de la nouvelle gestion publique).

172. E. LE ROY, «La médiation mode d'emploi», (1995) 29 *Droit et docité* 39, 43.

nouveau management public tout en étant l'expression d'une politique publique pour le règlement négocié des différends. À ce titre, la médiation devient l'expression de la nouvelle gouvernance publique.

Composé de formules nouvelles et de droit traditionnel, le droit de la gouvernance représente un élargissement considérable du champ juridique. Il engendre aussi une tension notable entre des moyens de dépassement du droit par des solutions de rechange et l'utilisation des catégories traditionnelles du droit public. Fait également significatif, la gouvernance publique constitue un changement dans les techniques de « bon gouvernement ». Faut-il dès lors se résoudre à la considérer comme un facteur d'élargissement de la technique juridique sans que la dimension organisationnelle soit pertinente ? Comme il s'agit de « gouverner autrement », la nature des institutions pourrait sembler secondaire. Cette dimension doit également être examinée, car le phénomène des agences n'est pas étranger à la nouvelle gouvernance publique.

2 Les principes de la gouvernance et les organismes publics différenciés : la distinction entre le politique et l'exécution

La logique des outils de gouvernance représente une tentative de dépassement des contingences institutionnelles. En décrivant la « nouvelle gouvernance » comme un changement de paradigme, L.M. Salamon place cette rupture pour l'administration publique et les politiques publiques dans l'abandon de l'analyse centrée sur les agences gouvernementales au profit des *tools or technologies of public action (from agency and program to tool)*¹⁷³. De même, l'application uniforme des principes de la nouvelle gestion publique à l'ensemble de l'appareil d'État (ministères et organismes) semble retirer toute pertinence à la dimension institutionnelle puisque le nouveau management public ne serait pas tributaire d'un modèle particulier dans les organisations administratives.

Puisque la gouvernance apparaît à bien des égards comme une transformation dans les méthodes de gestion et de gouvernement, il pourrait être facile de tirer un trait sur la question des organisations pour insister davantage sur les mécanismes et les technologies de pouvoir. Ce serait une erreur, car la gouvernance constitue, tout au contraire, un cadre propice à l'affirmation d'organismes publics différenciés. En diffusant en 2002 un important rapport intitulé *Les autres visages de la gouvernance publique : agences, autorités administratives et établissements public*, l'OCDE cherche à mettre en lumière le phénomène croissant des organismes publics

173. L.M. SALAMON, *loc. cit.*, note 119, 9.

différenciés à des fins de gestion à distance¹⁷⁴. L'OCDE constate l'existence d'un débat international sur les agences, autorités administratives et établissements publics qui relèvent de la mouvance de la nouvelle gestion publique (*new public management*). Si ce rapport reflète la progression d'un nouveau modèle, celui des agences, connues également comme agences de services ou de prestations, l'expression en anglais, *executive agencies*, pose de façon plus explicite les vrais enjeux. Le terme *agency* a été traditionnellement associé dans le monde anglo-américain à un modèle spécifique : l'*administrative agency*. Comme ces organismes ont été liés à la régulation et à l'élaboration des politiques, deux modèles d'organismes différenciés peuvent désormais être mis en opposition sur le seul fondement de la tradition américaine du droit public : l'*executive agency* et la *regulatory agency*. Ce rapprochement n'est pas qu'une simple question de sémantique fondée sur le terme *agency* et, en dépit des apparences, cette similitude n'est pas limitée au droit américain.

Le projet politique de la gouvernance repose sur une séparation de plus en plus marquée entre, d'une part, l'exécution (le fonctionnement), les services et les prestations et, d'autre part, l'élaboration des politiques (le politique) qui peut relever autant des ministères traditionnels que d'organismes administratifs autonomes ayant divers statuts et fonctions¹⁷⁵. La distinction entre le politique et l'opérationnel est un présupposé qui est issu du management¹⁷⁶, et ce n'est que pour faciliter la clarification de certains principes qu'elle a été introduite en droit public américain, puis subséquemment en droit canadien. Comme cette distinction existait bien avant l'apparition de la thématique de la gouvernance, il est indispensable de revoir la question des agences pour mieux mesurer l'impact de la nouvelle gouvernance publique. Deux modèles d'agences reflètent désormais la bipolarité induite par la gouvernance.

2.1 L'élaboration des politiques : la diversité des organismes de régulation

En droit public nord-américain, les organismes de régulation ne représentent plus un élément de nouveauté ou de rupture. Les adaptations liées au paradigme de la gouvernance montrent toutefois une évolution dans

174. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *op. cit.*, note 85, p. 9-10.

175. P. AUCOIN, « Restructuration du gouvernement à des fins de gestion et de prestation des services publics », dans B.G. PETERS et D. SAVOIE, *op. cit.*, note 44, p. 241 (séparation des responsabilités opérationnelles des responsabilités politiques).

176. À titre d'exemple, voir P.J. MAY, « Policy Design and Implementation », dans B.G. PETERS et J. PIERRE (dir.), *op. cit.*, note 42, p. 223.

les techniques et les procédés, les missions et les modes d'intervention. Dans ce contexte, évoquer le «deuxième âge», voire le «troisième âge», d'un modèle qui a été largement présenté comme différent et novateur comporte plusieurs risques. Il ne s'agit en fait que de la dernière phase dans l'évolution d'un modèle qui a connu une expansion considérable au cours des années 60 et 70¹⁷⁷, cette période pouvant être classée par simple commodité comme celle du «deuxième âge» après le «premier âge» du New Deal¹⁷⁸. Cette diffusion a créé un modèle «classique» qui a fait l'objet de nombreuses publications et qui constitue un élément important pour l'enseignement du droit administratif dans le monde anglo-américain, et même ailleurs, désormais, compte tenu de son expansion. Avant d'évaluer son adaptation au paradigme de la gouvernance, il est indispensable de revenir brièvement sur la conceptualisation de cette forme d'organisation administrative. Les conditions qui ont présidé à l'élaboration de ce type d'organisme administratif, conçu comme une «solution alternative» (au sens anglais du terme), montrent l'étonnante polyvalence qui le prédestinait à l'utilisation des techniques «alternatives» de la gouvernance. Cette convergence requiert une analyse plus fine en vue de déterminer si ce type d'organisme a servi de laboratoire pour les concepts issus de la nouvelle gouvernance publique, ce qui pourrait constituer un démenti à l'idée préconçue d'une adaptation.

L'existence de nombreux organismes de régulation requiert toutefois une clarification. Comme le lien entre mondialisation et régulation est incontestable¹⁷⁹, il serait facile de les exhiber comme le mécanisme institutionnel type de la nouvelle gouvernance publique mondialisée. Ce qui pose problème pour cette assimilation, c'est la chronologie qui a présidé

177. «Congress created over 30 new agencies during this period alone, responding largely to increasing public demands that government eliminate race and sex discrimination, promote worker and consumer safety, protect individual and environmental health, and prevent consumer fraud»: J.L. MASHAW, R.A. MERRILL et P.M. SHANE, *Administrative Law. The American Public Law System*, 5^e éd., St.Paul (Minn.), Thomson/West Publishing, 2003, p. 6; C. Sunstein, *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1990, p. 25 (liste des agences par période, New Deal et années 60 et 70).

178. Ce constat requiert quelques nuances. Si des organismes majeurs (en conservant les appellations originales) du type du National Labor Relations Board (1935), ainsi que la Civil Aeronautics Authority (1938), ont été créés durant le New Deal, le modèle initial, l'Interstate Commerce Commission remonte à 1887 (Federal Trade Commission en 1914). Le Federal Reserve Board a été créé en 1913. Le système des agences n'est donc pas né avec le New Deal.

179. Le paradoxe que pose leur association a été évoqué sous forme de «difficulté dialectique» par M.-A. FRISON-ROCHE, «Définition du droit de la régulation économique», D. 2004.II.126, par. 6.

à l'émergence de ces organismes autonomes en droit anglo-américain. Le modèle de la « grande agence fédérale » du droit américain a connu son essor dans une période de dirigisme économique, celle du New Deal, pour obtenir ensuite un succès indéniable durant l'expansion maximal de l'État providence. Le modèle des « agences » est alors à ce point prégnant que des auteurs américains présentent sous le titre *Administrative Law* des monographies où le droit administratif repose entièrement sur le modèle des *agencies*¹⁸⁰. Dans d'autres ouvrages, la présentation de la U.S. Public Administration est rapidement monopolisée par la description et l'analyse du modèle de l'*administrative agency*¹⁸¹. Dans le contexte de l'économie nord-américaine axée sur la concurrence et le marché, les agences ont été largement associées à l'interventionnisme étatique, au point d'apparaître comme le fondement de l'État administratif (*administrative state*). Le Canada a suivi de près cette tendance, notamment en droit fédéral, avec le modèle de l'organisme administratif autonome¹⁸² qui s'avère un élément classique de l'architecture administrative et une rubrique incontournable dans les ouvrages de droit administratif.

En droit public américain, le recul est suffisamment important pour évoquer les « trois âges » des ces agences, celui du New Deal, celui du Welfare State et la période actuelle du Reinventing Government héritée de l'administration Clinton-Gore. Au Canada, la continuité demeure la règle. Il faut être très prudent avant d'associer les agences à la déréglementation et à la privatisation issues des formes contemporaines de la gouvernance, car, vue d'Amérique, cette affirmation est un total contresens. Tout au contraire, les tendances actuelles montrent que leur abolition (l'administration Reagan a supprimé le Civil Aeronautics Board en 1985) constitue parfois un préalable à une gouvernance du type néolibéral. L'évolution globale du droit canadien et américain laisse voir néanmoins la pérennité et la vitalité de ce modèle. Il s'insère fort bien dans le paradigme de la gouvernance qui, faute de bases juridiques pour sa propre généalogie, peut opportunément trouver des appuis en droit public anglo-américain : la

180. A.C. AMAN et W.T. MAYTON, *Administrative Law*, 2^e éd., St.Paul (Minn.), West Publishing, 2001 ; G. LAWSON, *Federal Administrative Law*, 3^e éd., St.Paul (Minn.), Thomson/West Publishing, 2004.

181. J.L. MASHAW, R.A. MERRILL et P.M. SHANE, *op. cit.*, note 177, p. 2 (place centrale du modèle des agences) ; A.E. BONFIELD et M. ASIMOW, *State and Federal Administrative Law*, 2^e éd., St.Paul (Minn.), West Publishing, 1998, p. 2 : « Administrative Law deals with the legal principles common to all administrative agencies ».

182. « Ce type d'organisation gouvernementale, largement inspiré du modèle américain, est un outil particulièrement attrayant lorsque l'État cherche à accroître son intervention sur les plans économique et social » ; COMMISSION DE RÉFORME DU DROIT DU CANADA, *Les organismes administratifs autonomes*, rapport n° 26, Ottawa, 1985, p. 5.

distinction entre l'élaboration des politiques publiques et celle de l'exécution, dite « sphère opérationnelle », d'où la distinction entre les actes politiques et les actes opérationnels¹⁸³. En dépit des controverses sur sa validité et les modalités de son application¹⁸⁴, cette distinction a marqué certaines mentalités en droit public et en gestion publique, au point de concevoir comme « quasi naturelle » une distinction de principe entre l'élaboration des politiques et leur exécution. Un constat peut ainsi être dressé. Deux modèles d'agences sont désormais présents : celui des agences de régulation (premier modèle par ordre chronologique) et celui, plus récent, en pleine expansion, des agences d'exécution.

2.1.1 La flexibilité des organismes polyfonctionnels

Sur une base chronologique, les organismes de régulation peuvent être perçus comme le modèle type de l'organisme public différencié. Par leur dissociation institutionnelle et juridique des ministères verticalement intégrés, par leur personnalité juridique et par leur autonomie administrative, ils anticipaient à bien des égards l'évolution actuelle où les organismes différenciés constituent l'une des manifestations de la gouvernance. Puisque la « dissociation » et la « différenciation » sont les caractéristiques de la gouvernance contemporaine (structure supérieure de gouvernance, dispositif de contrôle différencié, large autonomie de gestion, spécialisation des fonctions)¹⁸⁵, le rapprochement reste possible. Un examen plus attentif des agences d'exécution montre néanmoins des différences de structures et de missions¹⁸⁶. Un bref retour sur la généalogie des organismes de régulation offre au moins l'avantage de bien démarquer les deux modèles tout en illustrant la perméabilité des formules.

Le droit administratif anglo-américain requiert quelques clarifications. Hors du cercle des autorités administratives centrales (gouvernement, ministères, Conseil du Trésor), il existe une grande variété d'organismes administratifs autonomes, notamment à des fins de consultation (des

183. Cette distinction découle en partie de la *Federal Tort Claims Act*, Public Law, No. 79-601, 60 Stat. 842 (1946), c. 753, 2 août 1946, art. 421(a), qui reconnaît une immunité de principe pour l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution des lois et des règlements. Sur cette origine américaine et son importation en droit canadien, voir : J.-D. ARCHAMBAULT, *La responsabilité extracontractuelle de l'État : le politique et l'opérationnel*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1996, p. 9.

184. S. ARROWSMITH, *Civil Liability and Public Authorities*, Londres, Earlsgate Press, 1992, p. 170 (*distinction between policy and operational levels of government activity*).

185. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *op. cit.*, note 85, p. 12.

186. Voir *infra*, note 229.

conseils) ou de gestion (des régies (board), mais également des commissions ou des sociétés, car les appellations ne sont pas rigides. Ce sont toutefois les tribunaux administratifs du type anglo-américain (*administrative tribunals*) et les organismes polyfonctionnels de régulation qui ont davantage retenu l'attention. Comme plusieurs organismes aux appellations diversifiées (commission, office, agence, bureau, conseil, centre, régie, société) remplissent des fonctions juridictionnelles qui se conjuguent avec d'autres missions souvent associées à la première forme de « régulation » au sens nord-américain (contrôle, permis, surveillance, élaboration de politiques et réglementation, contrats), la littérature savante, ainsi que les cours¹⁸⁷, ont graduellement fait une distinction entre les *organismes purement juridictionnels*, lorsque ces derniers ont pour fonction exclusive de trancher des litiges, et les *organismes polyfonctionnels ou multifonctionnels de régulation*, qui peuvent, parmi de nombreuses responsabilités associées à la régulation/réglementation, remplir également, de façon accessoire, une fonction juridictionnelle. Ces derniers constituent au Canada les organismes de régulation¹⁸⁸.

Le premier modèle, plus proche du droit britannique, correspond à la notion étroite ou précise de ce que sont les *administrative tribunals* en droit canadien ou australien¹⁸⁹. Par opposition aux *courts* (cours), ces tribunaux administratifs sont les *tribunals*¹⁹⁰, désignés également comme *statutory tribunals* du fait qu'ils sont institués par une loi spécifique¹⁹¹. Le second modèle, celui de l'organisme polyfonctionnel, est issu des grandes agences du droit américain¹⁹². Dans les ouvrages de droit administratif

187. *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, (1998) 1 R.C.S. 982, 1009 (J. Bastarache). La Cour utilise comme référence l'ouvrage de P. CANE, *An Introduction to Administrative Law*, 3^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 35.

188. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 155, p. 389.

189. R.E. WRAITH et P.G. HUTCHESON, *Administrative Tribunals*, Londres, George Allen & Unwin, 1973, p. 17 (origines); J.A. FARMER, *Tribunals and Government*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1974, p. 166 (différences avec le modèle des cours); Y. OUELLETTE, *Les tribunaux administratifs au Canada*, Montréal, Thémis, 1997, p. 2 (terminologie).

190. H.W.R. WADE, « Administrative Justice in Great-Britain », dans A. PIRAS (dir.), *Administrative Law. The Problem of Justice*, t. 1, « Anglo-American and Nordic Systems », Milan, Giuffrè, 1991, p. 1, à la page 17 (*administrative tribunals*); P. GÉRARD, « Les tribunaux administratifs britanniques », (1991) A.J.D.A. 3, 12; P. GARANT, *op. cit.*, note 155, p. 117.

191. H.W.R. WADE et C.F. FORSYTH, *Administrative Law*, 9^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 905; P.P. CRAIG, *Administrative Law*, 5^e éd., Londres, Thomson/Sweet & Maxwell, 2003, p. 253.

192. L'ouvrage de référence reste celui de R. CUSHMAN, *The Independent Regulatory Commissions*, New York, Octagon Books, 1972 [1^{re} éd. : 1941], p. 146 (mise en perspective de la situation qui existait avant le New Deal).

américain, ce modèle constitue le centre de l'analyse afin d'en présenter les origines législatives (*agency-creating statute*), les pouvoirs et fonctions, la procédure, l'organisation interne et le contrôle exercé par le Congrès¹⁹³. Si en droit américain, l'expression *administrative tribunal* est peu employée en comparaison du terme *agency*, la terminologie diffère quelque peu au Canada où les tribunaux administratifs et les organismes de régulation issus du modèle des agences sont souvent associés ou confondus dans une notion extensive de l'*administrative tribunal*¹⁹⁴.

Peu importe son appellation, «agence de régulation», «organisme de régulation», «autorité de régulation», ou simplement «agence», le modèle de l'organisme administratif autonome exerçant une fonction de régulation a été graduellement dégagé et est devenu un élément d'exportation vers les autres droits occidentaux. Ces autorités de régulation ont été confondues avec la catégorie plus vaste des autorités administratives indépendantes (France)¹⁹⁵, ainsi qu'ailleurs, soit en droit italien (*autorità amministrative indipendenti*)¹⁹⁶ et en droit espagnol (*administraciones independientes*)¹⁹⁷.

193. J.L. MASHAW, R.A. MERRILL et P.M. SHANE, *op. cit.*, note 177, p. 11 (*architecture of an administrative agency*). Les controverses récentes (2005) sur l'écoute électronique sous l'administration Bush ont mis en lumière les agences qui relèvent directement de la présidence et qui n'ont pas de loi constitutive. Ainsi, la *National Security Agency* (NSA) a été créée par un mémorandum du président Truman le 24 octobre 1952 et son rôle a été redéfini par un «*executive order*» du président Reagan en 1981 : UNITED STATES INTELLIGENCE ACTIVITIES, *Executive Order 12333*, 4 décembre 1981, [En ligne], [www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1981/120481d.htm].

194. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 155, p. 389.

195. J.-L. AUTIN, «Les autorités de régulation sont-elles des autorités administratives indépendantes ?», dans *Environnements. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, 2004, p. 439, à la page 443. Sur la catégorie plus vaste des autorités administratives indépendantes, voir l'ensemble des textes dans le rapport du CONSEIL D'ÉTAT, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Études et documents du Conseil d'État, 2001, p. 253 et suiv. ; J.-L. AUTIN, «Autorités administratives indépendantes», (1997) *JCA*, fasc. 75 ; R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd., Paris, Montchrestien, 2001, p. 231 (bibliographie).

196. C. FRANCHINI, «L'organizzazione», dans S. CASSESE (dir.), *Trattato di Diritto Amministrativo Generale*, 2^e éd., t. I, Milan, Giuffrè, 2003, p. 251, à la page 310.

197. E. GARCIA DE ENTERRIA et T.-R. FERNANDEZ, *Curso de derecho administrativo*, t. I, 12^e éd., Madrid, Thomson/Civitas, 2005, p. 432 (autoridades administrativas independientes) et p. 436 (bibliografía) ; F. GARRIDO FALLA, A. PALOMAR OLMEDA, H. LOSADA GONZALEZ, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1 (Parte general), 14^e éd., Madrid, Técnos, 2005, p. 471. A. BETANCOR RODRIGUEZ, «L'expérience espagnole en matière d'autorités administratives indépendantes», dans CONSEIL D'ÉTAT, *op. cit.*, note 195, p. 411.

En conjuguant dans un seul organisme les trois fonctions traditionnelles (élaboration des normes et des politiques — contrôle administratif par divers mécanismes — règlement des différends par une procédure juridictionnelle), ce modèle présentait déjà à l'origine un grand potentiel d'adaptation et d'efficacité. Par l'utilisation d'une gamme complète de pouvoirs qui évoque les trois grandes fonctions de l'État pour le domaine qui relève de sa compétence, l'organisme de régulation reflète un « appareil d'État en miniature¹⁹⁸ ». Il faut retenir de son origine nord-américaine deux éléments qui se conjuguèrent auparavant dans les techniques d'intervention : droit public et « coordination dirigiste ». En étant des outils perfectionnés pour l'interventionnisme de l'État, les agences de régulation ont fait appel, pour leur propre champ de compétence, à tous les procédés relevant du droit administratif : consultation, règlements, énoncés de politique, directives, permis, redevances et tarifs, inspections, enquêtes, sanctions administratives, subventions compensatoires, décisions administratives ou décisions relevant d'une procédure contradictoire (procédure quasi judiciaire du monde anglo-américain). Résolument juridique, ce modèle témoignait d'une réelle polyvalence et d'une ouverture à l'égard de la participation des tiers à l'élaboration de politiques et de décisions particularisées¹⁹⁹. Dans l'utilisation d'une seule fonction (élaboration des règles et des politiques) parmi d'autres responsabilités, le choix des méthodes et des outils était déjà au programme avant même l'apparition du paradigme de la gouvernance²⁰⁰.

2.1.2 L'adaptation au paradigme de la gouvernance

Avec un peu de recul, il faut constater que cette polyvalence aura été un terreau fertile pour l'élaboration des thèses du courant Public Choice où le thème de l'interchangeabilité demeure une constante²⁰¹. En posant ouvertement la question de l'efficacité technique dans le choix des instruments d'intervention, cette école aura contribué à une réflexion critique sur la place du droit et sa relativisation dans le choix des procédés. L'influence du courant Law and Economics aura été encore plus déterminante pour la réévaluation de l'effectivité des politiques publiques et du choix des mécanismes. L'analyse économique du droit a favorisé d'emblée l'expérimen-

198. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 155, p. 391.

199. P. ISSALYS, « La régulation par un organisme administratif autonome comme modèle de contrôle et de participation », (1983) 24 *C. de D.* 838, 880 (types de participation).

200. K. HAWKINS et J.M. THOMAS, « Rule Making and Discretion : Implications for Designing Regulatory Policy », dans K. HAWKINS et J.M. THOMAS (dir.), *Making Regulatory Policy*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1989, p. 264.

201. M.J. TREBILCOCK et autres, *op. cit.*, note 126, p. 25 (efficacité technique et choix des instruments).

tation de solutions de rechange au droit, notamment par le recours à des mécanismes d'incitation et de régulation²⁰². La réorganisation des modes de gestion suppose désormais un renforcement des logiques instrumentales et l'abandon des modèles classiques au profit de mécanismes hybrides ou déjuridicisés. Ainsi, la croissance des solutions de rechange peut être interprétée comme une manifestation tangible de l'éclectisme et de la diversification des modes d'intervention en vue de favoriser les impératifs de la gouvernance et de la nouvelle gestion publique²⁰³.

Le programme politique de la gouvernance n'a rien de fortuit compte tenu de l'influence de l'utilitarisme. Si l'appareil d'État recherche l'efficacité maximale en matière de gestion, de résultats, de rendement et de contrôle effectif de ses propres services, le choix des procédés obéit davantage à une logique maximaliste qui relègue au second plan les impératifs traditionnels de légalité et de validité (modèle wébérien). Les impératifs d'efficacité, conjugués à ceux de l'effectivité des politiques publiques, peuvent engendrer deux scénarios qui influent directement sur le fonctionnement des agences de régulation.

Le premier scénario n'est pas nouveau. Il ne bouleverse pas les catégories connues du droit public. Un procédé comme la réglementation (actes réglementaires) peut être évincé au profit de catégories connues en droit administratif : contrats, prêts, avantages fiscaux, dégrèvements, permis, dérogations. Le second scénario requiert une mutation vers un autre type de droit avec divers types d'emprunt (plans d'entreprise reconvertis en plan stratégique, codes de conduite, normes de substitution, normes techniques, chartes d'usagers) où le droit officiel retire ostensiblement la juridicité de ces mécanismes pour gouverner sur un autre registre²⁰⁴. Avec un programme du type *Changing the Rules*²⁰⁵, il est possible d'intégrer à l'action gouvernementale des procédés où l'évincement du droit devient un phénomène plus apparent. Le déplacement vers la logique instrumentale des « outils de gouvernance » (*tools of government*) montre que le droit n'est qu'un élément secondaire ou périphérique²⁰⁶ dans le choix des

202. A.I. OGUS, *Regulation: Legal Forms and Economic Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 245 (instruments économiques).

203. ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *Rapport de l'OCDE sur la réforme de la réglementation*, synthèse, Paris, Service des publications de l'OCDE, 1997, p. 43 (large éventail de nouveaux instruments d'action).

204. D. MOCKLE, *loc. cit.*, note 25, 178 (solutions de rechange à la réglementation).

205. G.B. DOERN et autres (dir.), *Changing the Rules: Canadian Regulatory Regimes and Institutions*, Toronto, University of Toronto Press, 1999.

206. K. HAWKINS, *loc. cit.*, note 104, 288.

moyens d'intervention²⁰⁷. Dans cette nouvelle version des sciences du gouvernement, la gestion des recettes fiscales figure au même titre que les avantages consentis sous forme de bons (*vouchers*), les emprunts garantis ou les régimes d'assurances pour la protection de l'État. À la limite de la régulation, de la gouvernance et des politiques publiques, l'évincement du droit par les *technologies of public action* devient un élément indispensable pour réfléchir sur la question du droit.

La transformation du cadre juridique et administratif aurait pu être néfaste à ces instruments dirigistes qu'ont été les agences de la seconde génération. C'est ce que laisse entendre, à certains égards, L.M. Salamon qui range les agences et les programmes dans la rubrique «Classical Public Administration», alors qu'en contrepartie le thème des instruments (*Tool*) apparaît comme l'un des éléments du paradigme de la New Governance²⁰⁸. Sans disqualifier pour autant ce modèle historique de l'agence (*democratic public agency*), l'insistance mise sur les instruments montre davantage les transformations de l'action publique en vue d'associer d'autres acteurs publics ou privés à l'élaboration des politiques publiques. Si la nouvelle stratégie du choix des instruments demeure fondamentalement discrétionnaire et politique²⁰⁹, il en résulte une reconfiguration de l'action publique où les agences ne disparaissent pas. Si leur existence incarnait, à toutes fins utiles, l'intervention directe de l'État par organismes interposés, ce sont davantage les liens d'interdépendance et de coopération entre ces agences et les tiers (promus au rang de *third-party actors*) qui servent de base à la théorie de l'action en réseau (Network Theory)²¹⁰. Loin d'être déçues, les agences sont invitées à abandonner le modèle dirigiste du «programme» au profit de techniques qui impliquent l'adhésion et la participation des autres acteurs publics et privés par de la persuasion, de la négociation, ainsi qu'une vaste gamme de moyens qui relèvent de la contractualisation ou du conventionnalisme (*cooperative action*). Pourtant, une analyse rétrospective montre que la pluralité des acteurs caractérisait déjà l'action de ces organismes²¹¹. Ce sont donc certains moyens qui sont privilégiés et, à bien des égards, une nouvelle rhétorique sur le mode d'interaction.

207. B.G. PETERS, «The Politics of Tool Choice», dans L.M. SALAMON (dir.), *op. cit.*, note 7, p. 552, à la page 553 (absence manifeste du droit dans l'analyse du choix des instruments); T. DAINITH, «Legal Measures and their Analysis», dans R. BALDWIN, C. SCOTT et C. HOOD (dir.), *op. cit.*, note 104, p. 349, à la page 364 (*choice of instruments*).

208. L.M. SALAMON, *loc. cit.*, note 119, 9.

209. *Id.*, 11: «tool choices are fundamentally political choices».

210. J. FREEMAN, *loc. cit.*, note 124, 21.

211. K. HAWKINS et J.M. THOMAS, «Making Policy in Regulatory Bureaucracies», dans K. HAWKINS et J.M. THOMAS (dir.), *op. cit.*, note 200, p. 5.

Les théoriciens de cette « nouvelle gouvernance » tentent de dépasser les problèmes que pourrait soulever un désengagement trop marqué de l'État à la suite des expériences de privatisation ou d'abolition d'organismes qui ont marqué les années 80 (administrations Reagan et Thatcher). Comme les agences de régulation existaient déjà dans un contexte de concurrence, ce n'est pas tant leur existence qui est problématique que le type d'intervention. Le modèle de la régulation dirigiste est abandonné en partie au profit du paradigme du contrat pour lier et responsabiliser les différents acteurs dans une action publique élargie²¹². Si la reddition de comptes et le partenariat animent, à divers degrés, cette gouvernance relationnelle, la dimension technique et scientifique des champs ouverts (à titre d'exemples : télécommunication, services financiers, nucléaire, transport) à ces formes nouvelles de coopération demeure un obstacle récurrent pour un dialogue égalitaire entre des acteurs très disparates en fait de moyens et de statut. Faute de pouvoir créer de toutes pièces une égalité fictive entre des entreprises et des organisations non gouvernementales (ONG), les agences peuvent encore assurer ce relais indispensable à des fins d'information, de coordination et de pilotage de l'action publique.

Loin d'être un modèle désuet, les agences de régulation peuvent s'adapter au paradigme de la gouvernance pour les mêmes raisons qui ont présidé à leur succès initial : l'expertise technique, la polyvalence et l'expérimentation. Le thème de l'indépendance reste récurrent depuis les premières expériences²¹³. Si la littérature savante insiste sur le caractère multifonctionnel de leur mission et de leurs pouvoirs, c'est dans le dessein de montrer l'efficacité technique qui résulte de la concentration de plusieurs experts ayant une connaissance intime du secteur d'activité qui correspond à la compétence de l'agence²¹⁴. Pour des motifs de souplesse, de technicité, d'expertise, d'efficacité et d'accessibilité, ce sont paradoxalement ces organismes qui se prêtent le mieux aux expérimentations issues de la « nouvelle gouvernance ». À peu de chose près, c'est essentiellement la même rhétorique qui peut être transposée pour justifier le rôle de ces agences, notamment par l'élimination d'autres formes d'organisations (tribunaux judiciaires, *administrative tribunals*, ministères), jugées moins performantes. Enfin, en assumant des fonctions de participation dans un contexte plus neutre, elles contribuent à renouveler des formes moins

212. P. VINCENT-JONES, « Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis », (2000) 20 *Oxford J. Legal Studies* 317, 332 (*responsiveness*).

213. R.E. CUSHMAN, *op. cit.*, note 192, p. 483.

214. P. ISSALYS et D. LEMIEUX, *op. cit.*, note 155, p. 396 (pouvoirs et procédure des organismes de régulation).

connues de la démocratie politique. Ces résultats peuvent varier suivant la culture administrative et politique des droits nationaux²¹⁵.

Il ne faut pas toutefois surestimer ce potentiel d'adaptation. Les solutions retenues peuvent varier considérablement en fonction des agences. Si certaines demeurent inchangées dans leurs fonctions et pouvoirs, d'autres peuvent être révisées à la baisse dans le but d'accroître le contrôle du pouvoir exécutif²¹⁶, tout comme de nouveaux organismes peuvent être créés pour répondre à des besoins²¹⁷. Pour un seul domaine, comme celui des télécommunications, la comparaison entre systèmes nationaux montre un décalage relatif entre des agences encore conformes à la régulation du second type, par rapport à celles qui correspondent davantage aux préceptes de la gouvernance²¹⁸. Pour les télécommunications, l'exemple britannique accentuait, avant la création en 2003 de l'Office of Communications

215. À titre d'exemple, voir : M. LOMBARD, « Institutions de régulation économique et démocratie politique », (2005) *A.J.D.A.* 530, 536 (évaluation critique).

216. Au Canada, des organismes « autonomes » font désormais l'objet d'un contrôle plus direct du gouvernement : c'est le cas de l'Office des transports du Canada (*Loi sur les transports au Canada*, L.C. 1996, c. 10, art. 43-46) ainsi que de l'Office national de l'énergie (*Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. 1985, c. N-7, art. 21.1, 24.1 et 127). Pour le premier, voir M.M. HILL, « Recasting the Federal Transport Regulator: The Thirty Years' War, 1967-1997 », dans G.B. DOERN et autres (dir.), *op. cit.*, note 205, p. 57. Pour le second : G.B. DOERN, « Moved Out and Moving On: The National Energy Board as a Reinvented Regulatory Agency », dans G.B. DOERN et autres (dir.), *op. cit.*, note 205, p. 82.

217. À titre d'exemple : l'Autorité des marchés financiers (créée en 2002) au Québec (*Loi sur l'Agence nationale d'encadrement du secteur financier*, L.Q. 2002, c. 45) et l'Autorité de marché financier (créée 2003) en France : *Loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière*, J.O., 2 août 2003, 13220. Sur les initiatives de régulation des activités financières, de banque et d'assurance, voir la synthèse de J.-P. VALETTE, « La régulation des marchés financiers », (2005) *R.D.P.* 183.

218. Au Canada, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC) (créé en 1968) possède encore d'importants pouvoirs pour l'élaboration de politiques et l'attribution des permis : R.J. SCHULTZ, « Still Standing : The CRTC, 1976-1996 », dans G.B. DOERN et autres (dir.), *op. cit.*, note 205, p. 29. En contrepartie, en France, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), instituée en 1996, ne dispose pas du pouvoir réglementaire. Le décalage temporel est également un facteur puisqu'en droit américain la Commission fédérale des communications (FCC) a été créée en 1934, alors qu'au Royaume-Uni l'Office des télécommunications (OFTEL) a été institué en 1984 par la *Telecommunication Act 1984* (R.-U.), 1984, c. 12, à la suite de la privatisation de British Telecommunications (BT). Depuis 2003, l'OFTEL est désormais l'Office of Communications (OFCOM). Pour les droits nationaux du côté européen (Grande-Bretagne, France, Allemagne, Italie), voir l'étude comparative de M. THATCHER, « The Third Force? Independent Regulatory Agencies and Elected Politicians in Europe », *Governance*, vol. 18, 2005, p. 353 (tableau comparatif).

(OFCOM), la difficulté du travail comparatif par le morcellement du champ des télécommunications entre plusieurs organismes de régulation²¹⁹.

La progression des agences (organismes polyfonctionnels de régulation) dans des domaines relevant de la compétence de l'Union européenne donne la mesure des transformations en cours²²⁰. L'internationalisation du modèle de l'agence de régulation relève désormais du simple constat. Depuis 1990, et surtout de 1994 à 1999, le Conseil de l'Union européenne a créé seize agences par voie réglementaire, distinctes des autres institutions communautaires et possédant une personnalité juridique propre²²¹. Cependant, comme des agences « exécutives » figurent dans cette liste (par exemple, le Centre de traduction des organes de l'Union européenne²²²) et que des agences de services sont également en cours d'élaboration, le risque de confusion entre les deux types d'agences est réel, surtout dans la perspective de modèles hybrides comme ceux de l'Agence européenne pour la reconstruction²²³. En effet, des agences assument des responsabilités de coordination, d'information et de collecte de renseignements qui ne permettent pas de les ranger dans le modèle contemporain des agences d'exécution. L'existence de l'Observatoire européen des drogues et de la

219. Depuis le 29 décembre 2003, l'Office of Communications (OFCOM) remplace cinq organismes de régulation: la Broadcasting Standards Commission (BSC), l'Independent Television Commission (ITC), l'Office of Telecommunications (OFTEL), la Radio Authority, ainsi que la Radiocommunications Agency. Pour en savoir davantage: *Communications Act 2003*, (R.-U.), 2003, ch. 21, [En ligne], [www.opsi.gov.uk/acts/acts2003/20030021.htm]. Sur l'expérience de l'OFTEL (1984-2003), voir: M. ARMSTRONG et J. VICKERS, « Competition and Regulation in Telecommunications », dans M. BISHOP, J. KAY et C. MAYER (dir.), *The Regulatory Challenge*, Oxford, Oxford University Press, 1995, p. 283, à la page 295. Après l'adoption de la *Broadcasting Act* de 1990, un nouvel organisme de régulation avait été créé pour la télévision: l'Independent Television Commission (ITC). Sur cet organisme, également aboli en 2003, voir: M. CAVE et P. WILLIAMSON, « The Reregulation of British Broadcasting », dans M. BISHOP et autres (dir.), *idem*, p. 160, à la page 172.

220. R.D. KELEMEN, « The Politics of Eurocratic Structure and the New European Agencies », *West European Politics*, vol. 25, n° 4, 2002, p. 112 (les agences, par leur autonomie, contribuent à diminuer l'influence de la Commission européenne).

221. Ces agences représentent un élément essentiel de la construction de l'Union européenne: M. FLINDERS, « Distributed Public Governance in the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 11, n° 3, 2004, 520, p. 541.

222. Règlement, CEE, *Règlement 2965/94 du Conseil du 28 novembre 1994 portant création d'un Centre de traduction des organes de l'Union européenne*, (1994) J.O.L. 314/1; modifié par le *Règlement 2610/95 du Conseil du 30 octobre 1995*, (1995) J.O.L. 268/1.

223. Règlement, CEE, *Règlement 2454/199 du Conseil du 15 novembre 1999 portant modification du Règlement 1628/96 relatif à l'aide à la Bosnie-Herzégovine, à la Croatie, à la République fédérale de Yougoslavie et à l'ancienne République yougoslave de Macédoine, notamment par la création de l'Agence européenne pour la reconstruction*, (1999) J.O.L. 299/1.

toxicomanie (OEDT)²²⁴, ainsi que de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophones (OEPRX)²²⁵, montre que tout ne relève pas d'une ligne de partage absolue entre la régulation et l'exécution. Par contre, la plupart des agences européennes, par exemple, l'Agence européenne pour l'évaluation des médicaments²²⁶, sont clairement des agences de régulation. La littérature savante souligne la parenté avec le modèle américain des agences de régulation²²⁷.

En dépit de la diversité des systèmes nationaux et internationaux, les deux catégories issues de la régulation et de l'exécution ne peuvent être confondues²²⁸. Les agences sont créées à d'autres fins que celles des autorités de régulation.

2.2 L'expansion d'un nouveau modèle : les agences

Si les organismes de régulation (agences de régulation) ont été créés en vue d'introduire un nouveau paradigme organisationnel, c'est également le modèle de l'agence qui progresse depuis deux décennies pour transformer le cadre administratif et juridique de l'exécution des services publics. Comme c'est le monde nordique et anglo-américain qui est à l'origine de ce mouvement, il faut constater la similitude entre l'apport des préceptes issus du nouveau management public et la distinction faite en droit public entre le politique et l'opérationnel. En insistant sur l'efficacité, la meilleure prestation des services publics, la gestion par objectifs, la planification stratégique, les indicateurs de performance, ainsi que l'évaluation des résultats, le nouveau management public a instauré un mode de gestion qui ne peut trouver application que dans des organisations orientées vers des tâches d'exécution. Sa transposition vers des organismes responsables de l'élaboration des politiques (commissions) ou de caractère consultatif (conseils) semble plus qu'aléatoire compte tenu de l'inexistence d'indicateurs de

224. Règlement, CEE, *Règlement 302/93 du Conseil du 8 février 1993, portant création d'un observatoire européen des drogues et des toxicomanies*, (1993) J.O.L. 36/1.

225. Règlement, CEE, *Règlement 1035/97 du Conseil du 2 juin 1997 portant création d'un Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes*, (1997) J.O.L. 151/1.

226. Règlement, CEE, *Règlement 2309/93 du Conseil du 22 juillet 1993 établissant des procédures communautaires pour l'autorisation et la surveillance des médicaments à usage humain et à usage vétérinaire et instituant une agence européenne pour l'évaluation des médicaments*, (1993) J.O.L. 214/1.

227. M. SHAPIRO, « The Problems of Independent Agencies in the United States and the European Union », *Journal of European Public Policy*, vol. 4, n° 2, 1997, p. 276 ; M. TATCHER, « Regulation after Delegation : Independent Regulatory Agencies in Europe », *Journal of European Public Policy*, vol. 9, n° 6, 2002, p. 276.

228. Afin de clarifier ces difficultés terminologiques, Paul Craig suggère de démarquer les *regulatory agencies* des *service delivery agencies* : P. CRAIG, *op. cit.*, note 191, p. 96.

rendement. Même s'il est issu d'une culture organisationnelle distincte du droit, le nouveau management public ne peut que renforcer la distinction maintes fois contestée entre le politique et l'opérationnel. Le modèle de l'organisme administratif autonome est relayé par son double transposé dans le registre de l'exécution.

Le terme *agency* renvoie à l'existence d'un intermédiaire-mandataire responsable de l'exécution d'une mission. Le terme anglais *agent* montre mieux que le terme français l'importance accordée à l'autonomie et le choix des moyens dans le but d'atteindre des objectifs et des résultats prédéterminés. Le modèle de l'agence peut devenir une solution attrayante en vue de marquer une distanciation entre le pouvoir politique et l'appareil administratif. En ayant pour objet spécifique des missions relevant de l'exécution, ce phénomène accentue la différenciation, la fragmentation, ainsi que l'éclatement du type polycentrique au détriment du modèle centralisé incarné par les ministères. Cependant, ces organismes différenciés ne sont pas tous orientés vers des services et des prestations. Il faut éviter de reproduire l'image un peu stéréotypée de la prestation de services puisqu'il existe en droit canadien des agences orientées vers des missions de police et de contrôle. L'Agence de réglementation de la lutte antiparasitaire (1995) et l'Agence des services frontaliers du Canada (2003/2005) sont, à certains égards, des modèles hybrides. En revanche, l'Agence canadienne d'inspection des aliments (1997), l'Agence Parcs Canada (1998) et l'Agence du revenu du Canada (1999/2005) sont des agences d'exécution et de services, avec néanmoins des différences significatives entre ces approches que nous aborderons plus loin. Par leur structure et leur mode de fonctionnement, ces organismes reproduisent, à divers niveaux, le modèle contemporain des agences de services. Par contre, il existe en droit canadien des organismes qui ont pour appellation le terme «agence», mais qui ne correspondent pas au nouveau modèle des agences. Tel est le cas de l'Agence spatiale canadienne (1989) et de l'Agence canadienne d'évaluation environnementale (1995).

L'inadéquation entre les appellations et la nature des organismes est un problème récurrent en droit administratif. Ce phénomène oblige à mieux délimiter les éléments constitutifs du système des agences.

2.2.1 Les origines et les éléments constitutifs du système des agences

Le modèle de l'organisme public différencié à des fins de prestations et de services²²⁹ trouve son expression achevée dans le modèle des agences, véritable figure emblématique de la nouvelle gouvernance publique²³⁰. Peu importe son statut juridique²³¹, ce modèle est l'expression structurelle des exigences du nouveau management public. Il présente au moins cinq caractéristiques : 1) la définition claire des missions de l'agence par un document-cadre du type plan stratégique ou plan d'affaires négocié et défini avec le ministère responsable de ses travaux ; 2) la large décentralisation des responsabilités et des moyens pour le recrutement du personnel, les contrats de service et la gestion (« entrepreneurship ») ; 3) le rôle central de l'utilisateur transformé en consommateurs de services publics ; 4) l'insistance pour l'évaluation des résultats concrets des activités de l'agence, notamment par des cibles quantitatives et des indicateurs de performance, vérifiés sur une base annuelle. Les plans annuels de performance font état des résultats obtenus tout en énonçant des objectifs escomptés, et 5) le fait que les agences sont limitées à des fonctions d'exécution de la loi et, dans cette perspective opérationnelle, ne sont pas responsables de la réglementation et de l'élaboration des politiques. En créant une entité autonome sous forme d'agence, le gouvernement propose un mécanisme d'évaluation de l'impact réel de l'action publique, dans un contexte de transparence et de décentralisation des responsabilités organisationnelles (modèle idéal).

L'internationalisation progressive de ce modèle mérite un bref rappel de ces origines. Malgré l'influence de la réforme de 1988 du premier britannique John Major (Next Steps) qui a popularisé le modèle des agences, ce système apparaît désormais comme une filière qui montre l'élaboration d'un « modèle administratif » depuis son apparition en Suède, dès le XVI^e siècle. Comme pour un autre modèle suédois promis à une large diffusion, celui de l'ombudsman parlementaire, la Constitution de 1809 reconnaissait l'existence des agences (protection constitutionnelle) dans le but d'introduire une séparation entre l'élaboration des politiques et la

229. A. SCHICK, « Les agences à la recherche de principes », dans ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *op. cit.*, note 85, p. 35, à la page 43 (les agences comme instruments de la nouvelle gestion publique).

230. C. POLLITT et autres, « Agency Fever? Analysis of an International Policy Fashion », *Journal of Comparative Policy Analysis*, vol. 3, 2001, p. 279 (*ideal new public management-style agency*).

231. Voir *supra*, note 85.

mise en œuvre des programmes²³². Par souci de limiter les interventions politiques du pouvoir exécutif sur l'appareil administratif, la Suède a été la première à promouvoir cette séparation, qui peut paraître paradoxale (pour d'autres pays occidentaux), entre le gouvernement (avec les ministères) et les agences. Depuis, le canevas de base est demeuré inchangé en dépit de nombreuses réformes : les ministères et les ministres (le pouvoir exécutif) ne peuvent intervenir dans la mise en œuvre des lois par les agences.

La crise budgétaire des années 80 est à l'origine du système actuel dont il est possible de retracer l'évolution durant les deux dernières décennies²³³. Dans le contexte de la révision de la *Loi sur l'administration publique* (1982-1988), la Suède a choisi de ne pas créer une loi spécifique pour chaque agence en privilégiant des lois-cadres qui définissent le contexte et les limites de leurs activités, ainsi que la gestion par objectifs. Dans une seconde vague de réformes (1988-1998), les agences ont perdu des attributions importantes au profit des collectivités territoriales, et le cadre institutionnel a été revu pour accroître l'efficacité budgétaire et la gestion par résultats. Le portrait actuel demeure quelque peu déroutant : les sources que nous avons consultées à ce sujet révèlent l'existence d'une douzaine de ministères et de petits départements de services publics, alors qu'en contrepartie le nombre d'agences gravite autour de 300, avec pour résultat un déséquilibre des effectifs (98 p. 100 des employés de l'administration publique travaillent dans une agence) qui leur assure une nette prépondérance politique.

Si les agences disposent d'une réelle autonomie pour leur fonctionnement, elles restent en principe subordonnées au gouvernement en étant rattachées à un ministère. Pour chaque agence, le contrôle du pouvoir exécutif repose sur une « lettre de mission » qui énonce des objectifs, des tâches, des normes au niveau opérationnel et des mécanismes de reddition de comptes. Le modèle de l'agence incarne la gestion par objectifs et par résultats. Une fois la mission énoncée, les agences disposent d'une latitude considérable pour les moyens, ainsi que pour leur propre organisation. La question du statut des employés est centrale en vue d'expliquer l'attrait que représente ce modèle. En confiant en grande partie sa politique de

232. Art. 5, Constitution (*Regeringsform*) du 6 juin 1809, telle que traduite dans F.-R. et P. DARESTE, *Les constitutions modernes*, 4^e éd., t. II, Paris, Sirey, 1929, 479, p. 485. La Constitution de 1809 n'est plus en vigueur en raison de plusieurs réformes constitutionnelles subséquentes.

233. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *op. cit.*, note 84, p. 85 et suiv.; T. LARSSON, « Suède », dans l'ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *op. cit.*, note 85, p. 199 et suiv. Pour un tableau chronologique complet des réformes, voir : C. POLLITT et G. BOUCKAERT, *op. cit.*, note 44, p. 290-291.

gestion du personnel aux agences, la Suède ne dispose pas de fonction publique. Le directeur général de chaque agence reste responsable du recrutement, de la notation et du licenciement du personnel, de même que de la négociation collective. En dépit de la syndicalisation, le principe d'emploi permanent n'existe pas et les conditions d'emploi entre secteurs public et privé montrent peu de différences. La rémunération selon la performance est largement répandue, ce qui entraîne des disparités entre des agents qui occupent des fonctions similaires.

Comme un chef d'entreprise, le directeur général joue un rôle déterminant et répond de ses activités, dans la majorité des cas, devant un conseil consultatif. Ce lien apparaît comme une transposition du rôle accordé aux conseils d'administration des entreprises privées. Le directeur est nommé par décret pour une période déterminée d'une durée moyenne de sept ans et son mandat ne peut être interrompu par un changement de gouvernement. Si le directeur doit diriger l'agence en fonction des attentes gouvernementales, il possède de vastes pouvoirs à des fins de rationalisation et de productivité, notamment pour accroître l'expertise et améliorer l'implantation des politiques. Les agences offrent ainsi un cadre propice à la gestion dite « de performance ».

Si le modèle suédois montre un resserrement très net du contrôle du pouvoir exécutif (nominations, finances, énoncés de mission) sur des organisations « mandataires » largement copiées sur le modèle de l'entreprise privée, il projette paradoxalement une image d'autonomie qui rompt avec le modèle administratif traditionnel, centralisé et vertical. Tout comme en droit anglo-américain, cette orientation accentue le clivage politique/opérationnel. Pour l'essentiel, le modèle était au point bien avant la fin du ^{xx}e siècle. Il favorise une « dé-responsabilité » du pouvoir exécutif pour le fonctionnement concret des services publics, lesquels acquièrent, en contrepartie, un pouvoir non négligeable du fait de leur expertise et de leur supériorité technique.

Cette démarcation entre l'élaboration des politiques et leur application a également été reprise dans la réforme britannique des Next Steps de 1988²³⁴ qui a instauré les agences d'exécution (*executive agencies*)²³⁵. La logique initiale était du même type puisque les ministères ont été recentrés

234. K. CAINES, A. JACKSON et K. JENKINS, *Improving Management in Government: The Next Steps*, Londres, report to The Prime Minister, HMSO, 1988. Tous les documents officiels sont en ligne sur le site Web du Cabinet Office (www.cabinet-office.gov.uk/eeg/index/publications.htm).

235. R. WALL et P. WEST, « Royaume-Uni : les agences exécutives », dans ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES (OCDE), *op. cit.*, note 85, p. 229, aux pages 230 et suiv.

sur la planification et l'élaboration des politiques, alors qu'en contrepartie les tâches d'exécution et les services directs aux usagers ont été confiés aux agences²³⁶. Comme en Suède, cette réforme a transformé radicalement l'appareil d'État puisque, en 2000, 140 agences de taille variable employaient 81 p. 100 des fonctionnaires²³⁷.

Quelques différences doivent toutefois être signalées. Les agences britanniques n'ont pas la personnalité morale (elles sont associées à la Couronne)²³⁸, pas plus qu'elles ne disposent d'un conseil d'administration susceptible d'offrir les garanties complètes pour l'évaluation et la transparence organisationnelle. Le directeur de l'agence relève directement du ministre qui a la responsabilité de l'élaboration d'un document-cadre où sont énoncés les objectifs et les missions. Le ministre demeure responsable devant le Parlement pour le fonctionnement des agences qui relèvent de son ministère et le Cabinet Office doit approuver les objectifs énoncés dans le document-cadre. Une différence notable résulte également de l'effort de coordination entre ministères-agences par le système d'un plan unique triennal (2001-2004), le Public Service Agreement (PSA) qui énumère pour l'ensemble des ministères des priorités, ainsi que des finalités et des programmes, qui ont des répercussions directes sur le fonctionnement des agences. Enfin, les employés des agences restent des fonctionnaires (*civil servant*). Tout comme en Suède, ce sont les agences qui sont responsables des conditions de recrutement, de rémunération et de rapports collectifs de travail (négociation syndicale) avec leurs employés.

Puisqu'un plan d'affaires (*business plan*) doit être diffusé chaque année, la coloration affairiste de l'approche britannique pourrait alimenter un scénario de transposition directe du modèle privé vers le secteur public. Cependant, ce serait davantage un cliché, car plusieurs nuances doivent être faites. La trop grande parcellisation des champs de compétence par le système des agences a motivé le gouvernement de Tony Blair à revoir le rôle réciproque des ministères et des agences. Une nouvelle orientation a ainsi été définie en 2002²³⁹. Si les agences constituent encore un élément

236. Pour les origines et un tableau général dans un ouvrage de droit administratif, voir : P.P. CRAIG, *op. cit.*, note 191, p. 91.

237. O. JAMES, «Business Models and the Transfer of Businesslike Central Government Agencies», *Governance*, vol. 14, 2001, p. 235 ; C. TALBOT, «Executive Agencies : Have They Improved Management in Government ?», *Public Money & Management*, vol. 24, 2004, p. 111 (bilan critique).

238. «The agency will simply be regarded as part of the parent department» : P.P. CRAIG, *op. cit.*, note 191, p. 110-111 (*agencies : legal status*).

239. PRIME MINISTER'S OFFICE OF PUBLIC SERVICES REFORM (THE), *Better Government Services—Executive Agencies in the 21st Century. The Agency Policy Review—Report and Recommendations*, Londres, Cabinet Office, 2002.

important du système administratif, le gouvernement Blair a recentré l'élaboration des politiques sur les ministères et a même confié à ces derniers la prestation de certains services. En revanche, comme au Canada et au Québec, il a imposé aux ministères une culture administrative axée sur les résultats et la performance. De plus, les agences sont clairement subordonnées aux ministères. La bipolarité ministères-agences qui a caractérisé la période des Next Steps a donc perdu de l'importance, sans doute à cause de la trop grande déresponsabilisation qui en a résulté pour l'administration centrale. L'importance accordée à la responsabilité ministérielle limite désormais l'autonomie des agences. La réforme de 1988 a par ailleurs contribué à la diffusion d'un modèle qui a renouvelé la question des rapports entre l'Administration et ses usagers : la *Citizen's Charter* de 1991²⁴⁰. Sans que nous puissions épuiser toutes les ramifications de cette réforme, il faut constater qu'elle procédait d'une volonté de revoir la prestation des services publics en ciblant davantage les usagers.

En dépit de son origine suédoise, l'influence britannique dans la diffusion du modèle des agences a été déterminante²⁴¹ et elle alimente désormais, parmi de nombreux sujets, le vaste débat que représente la « troisième voie » pour la réforme de l'État²⁴².

2.2.2 La contribution canadienne dans l'élaboration d'un modèle international

Si l'élaboration d'un modèle international est manifeste, des différences importantes peuvent démarquer certains systèmes nationaux, notamment pour la place du droit²⁴³. Au-delà de ces contingences, il est essentiel d'inventorier les éléments stables et essentiels qui contribuent à différencier les agences des autres organisations. Afin de définir le concept d'agence, Colin Talbot en propose trois sous forme de tripode : *structure-performance-reregulation*²⁴⁴. Sur le plan structurel, premier élément, le démantèlement des ministères classiques apparaît comme une tendance lourde pour confier des missions spécifiques à des organisations conçues expressément à cette fin. Le deuxième élément repose sur les indicateurs de performance et l'uti-

240. R. LOVELL, « Citizen's Charter : The Cultural Challenge », *Public Administration*, vol. 70, 1992, p. 395.

241. O. JAMES, *The Executive Agency Revolution in Whitehall*, Londres/New York, Palgrave/Macmillan, 2003, p. 2.

242. A. GIDDENS et T. BLAIR, *La troisième voie*, Paris, Seuil, 2002, p. 165.

243. Voir *supra*, note 85.

244. C. TALBOT, « The Agency Idea », dans C. POLLITT et C. TALBOT (dir.), *Unbundled Government. A Critical Analysis of the Global Trend to Agencies, Quangos and Contractualisation*, Londres/New York, Routledge, 2004, p. 3, à la page 6.

lisation au sens très large de la technique contractuelle en vue de définir des objectifs. Enfin, par le troisième élément (*reregulation*), C. Talbot souligne que l'allègement des contrôles budgétaires et financiers ainsi que la liberté sur le recrutement du personnel et les mécanismes de gestion ne peuvent oblitérer l'existence de règles proprement administratives pour le fonctionnement des agences²⁴⁵. Comme ces dernières ont été créées pour matérialiser les préceptes du nouveau management public, nous pourrions proposer une définition plus concise. Les agences sont des organisations publiques créées pour une mission spécifique sur le plan de l'exécution de services et de prestations, tout en étant dégagées de plusieurs contraintes administratives et budgétaires en vue de mettre en œuvre un mode de gestion fondé sur les principes d'efficacité et d'autonomie propres au nouveau management public. Le point qui les distingue des entreprises publiques est l'inexistence d'activités industrielles et commerciales dans le but de générer des profits. La fonction opérationnelle reste cantonnée dans l'exécution du service dans un contrôle strict sous forme d'entente ou de plan avec le ministère de rattachement. Les entreprises publiques ont beaucoup plus d'autonomie pour la définition des priorités et des plans de développement.

Le modèle britannique (*UK agencification*²⁴⁶) diffère de l'approche canadienne pour la place du droit. Sans personnalité morale et parfois intégrées directement dans les structures du ministère, les agences britanniques dépendent étroitement du pouvoir exécutif. Même si le Canada offre des entités analogues à ce phénomène compte tenu de l'existence des organismes de services spéciaux²⁴⁷, la tendance récente reflète une place grandissante du droit pour établir par une loi spécifique les règles de fonctionnement propres à chaque agence. En offrant ainsi des modèles de lois constitutives, le Canada contribue à la diffusion d'un modèle plus juridicisé de l'agence (en dépit de ses origines liées à l'évolution du nouveau management public), avec un partage plus clair des responsabilités. Sur ce point, il renoue avec les exigences de transparence, de publicité et de régularité propres au droit.

Dans les créations récentes, deux agences fédérales méritent quelques commentaires pour expliciter l'approche canadienne. En droit fédéral, la *Loi constituant l'Agence des services frontaliers du Canada*²⁴⁸ représente

245. *Id.*, 12: «By regulation we mean the "standard operating procedures" and rules which are laid down within government for how public bodies must operate.».

246. F. GAINS, «Adapting the Agency Concept», dans C. POLLITT et C. TALBOT (dir.), *Unbundled Government*, *op. cit.*, note 244, p. 53, à la page 54.

247. G. WAYMARK et J.D. WRIGHT, *op. cit.*, note 89, p. 9.

248. *Loi constituant l'Agence des services frontaliers du Canada*, précitée, note 88.

la dernière avancée de ce modèle où la dimension «services et prestations» est délaissée au profit de l'exécution de la loi, ce qui contribue à rompre une image un peu facile fondée sur la simple offre de services gouvernementaux (approche consumériste). Créée par décret en décembre 2003, cette agence a fait l'objet d'un projet de loi en novembre 2004 qui a été adopté par le Parlement en juin 2005. La comparaison avec la *Loi sur l'Agence Parcs Canada*²⁴⁹ montre toutefois des différences significatives, ce qui requiert beaucoup de prudence avant de conclure à l'existence d'un modèle uniforme. Ces deux lois témoignent du fait que les agences peuvent être conçues sur mesure comme d'autres organismes publics. La *Loi sur l'Agence Parcs Canada* montre qu'il s'agit incontestablement d'une agence de services dont le mode de gestion relève du nouveau management public. Elle reste néanmoins originale, car l'attendu qui précède le texte de la loi de 1998 explicite les motifs de création de l'agence, ainsi que treize objectifs ciblés. Le personnel de l'Agence est issu du secteur Parcs Canada qui existait auparavant au sein du ministère du Patrimoine canadien. Dotée de la personnalité morale et du statut de mandataire de la Couronne, l'Agence relève du ministre du Patrimoine canadien qui en est le responsable et qui fixe les grandes orientations. Il peut, à cette fin, formuler des instructions générales ou particulières. Responsable de la mise en œuvre de la politique canadienne en matière de parcs nationaux, de lieux historiques nationaux, des aires marines nationales de conservation et d'autres lieux patrimoniaux, l'Agence peut néanmoins faire des recommandations pour la création de parcs et de zones protégées. La dimension «agence de service» apparaît clairement dans les dispositions relatives aux éléments suivants (cette liste n'est pas exhaustive) : 1) les contrats, ententes et accords ; 2) la possibilité de se procurer des biens et services, notamment des services juridiques, à l'extérieur du cadre de l'administration fédérale ; 3) le pouvoir exclusif qu'a le directeur général de l'Agence d'élaborer des normes, une procédure et des méthodes régissant la dotation en personnel ; 4) de même, le fait que le directeur général peut déterminer la classification des postes, les conditions d'emploi et de licenciement, et ce, en dépit de la *Loi sur la gestion des finances publiques* ; 5) l'habilitation du directeur général à conclure une convention collective applicable aux employés de l'Agence ; 6) la responsabilité du directeur général quant à l'élaboration d'une charte («charte de services») ; 7) la présentation que doit faire le directeur général chaque année au ministre d'un plan d'entreprise (objectifs et stratégies de gestion), qui, après approbation, est déposé sous forme de résumé devant le Parlement. Dans l'énumération de ces caractéristiques, les exigences de flexibilité contribuent à la transformation du modèle traditionnel d'administration

249. *Loi sur l'Agence Parcs Canada*, L.C. 1998, c. 31.

publique²⁵⁰. En contrepartie, des éléments de transparence administrative rendent plus lisible la politique canadienne sur les parcs nationaux et les lieux historiques. Sur une périodicité biannuelle, le directeur de l'Agence doit présenter au ministre, pour dépôt ultérieur devant le Parlement, un rapport sur l'état des parcs nationaux et autres aires protégées. De même, tous les cinq ans, il doit soumettre au ministre, pour dépôt devant le Parlement, un plan directeur pour chaque parc ou lieu patrimonial protégé. L'Agence Parcs Canada est ainsi conforme au modèle des agences, car elle est responsable de la gestion des parcs nationaux et des lieux historiques (dimension opérationnelle), le ministre ayant la responsabilité de définir les orientations (dimension « politiques publiques »).

L'Agence des services frontaliers du Canada offre une nette différence par rapport à ce modèle générique de l'agence de services. Cette agence est désormais responsable de la prestation des services frontaliers qui relevaient auparavant de l'Agence des douanes et du revenu du Canada, de l'Agence canadienne d'inspection des aliments et du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration. L'Agence des douanes et du revenu du Canada, créée en 1999²⁵¹, a été transformée en Agence du revenu du Canada²⁵². L'Agence des services frontaliers est responsable de l'application de plusieurs lois en matière de douanes et d'accise, mais également de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Sous la responsabilité du Solliciteur général du Canada, elle est dotée de la personnalité morale et du statut de mandataire de la Couronne. Avec une mission clairement axée sur l'exécution de ces lois, elle doit contribuer à l'intégration de tous les services frontaliers pour mettre en œuvre des priorités en matière de sécurité nationale et de sécurité publique. Sous réserve des instructions générales ou particulières du Solliciteur général, sa mission est limitée à l'application de la législation frontalière, ce qui rend plus difficile la transposition du modèle de l'agence orientée vers des prestations et des services. Hormis de vastes pouvoirs pour conclure des accords avec des États étrangers ou des organisations internationales, les caractéristiques déjà recensées pour l'Agence Parcs Canada sont inexistantes dans ce cas-ci. Le personnel de l'Agence des services frontaliers est fonctionnarisé en étant nommé conformément à la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique*. Dépourvue du pouvoir réglementaire et n'ayant aucune responsabilité dans l'élaboration des politiques, l'Agence des services frontaliers reste pour l'essentiel une agence d'exécution, mais sans les caractéristiques liées à l'application des préceptes du

250. B.G. PETERS, *The Future of Governing*, op. cit., note 57, p. 77 (*flexible government*).

251. *Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada*, L.C. 1999, c. 17.

252. *Loi constituant l'Agence des services frontaliers du Canada*, précitée, note 88, art. 20-28.

nouveau management public. Dans le domaine sensible du contrôle des frontières, le pouvoir exécutif a préféré une agence ayant peu d'autonomie sur le plan de la gestion et de la prestation des services. Ses responsabilités diffèrent sensiblement de la notion de prestations puisque ses missions sont orientées vers la santé et la sécurité aux frontières, l'inspection, la collecte de renseignements (projet de frontière intelligente) et diverses activités d'exécution (enquêtes, audiences, détentions et renvois). Cette agence constitue en quelque sorte la version réduite et épurée du modèle international de l'agence de services, ce qui montre en définitive la diversité des agences d'exécution. Reflets de la tendance dominante, l'Agence canadienne d'inspection des aliments (1997)²⁵³ et l'Agence du revenu du Canada (1999/2005)²⁵⁴ sont conformes au modèle offert par l'Agence Parcs Canada.

En dépit d'une volonté affirmée de réserver les tâches d'exécution aux agences, la frontière entre le politique et le fonctionnement ne peut être étanche. Déjà, l'Agence Parcs Canada offre une ouverture vers l'élaboration des politiques puisque cet organisme peut agir par des conseils et des recommandations pour les aires protégées qui sont de sa compétence ou qui pourraient être créées à la suite à ses avis. La création au Québec, en 2004, de l'Agence des partenariats public-privé²⁵⁵ rend encore plus incertaine la ligne de partage entre le politique et la dimension opérationnelle. Cette agence a été conçue à certains égards comme un « organisme-conseil » puisqu'elle a pour mission de contribuer, par ses conseils et son expertise, au renouvellement des infrastructures publiques et à l'amélioration de la qualité des services aux citoyens par des projets de partenariats public-privé²⁵⁶. Pour ces derniers, l'Agence conseille le gouvernement et offre à l'ensemble des organismes publics son expertise pour l'évaluation de la faisabilité des projets en mode de partenariat public-privé. Outre la diffusion de l'information, elle peut offrir son aide pour la négociation, la conclusion et la gestion de ces contrats. L'Agence peut également donner des avis au président du Conseil du trésor sur toute question étant de sa compétence. Sur le plan de l'exécution, le gouvernement peut confier à l'Agence la sélection d'un partenaire et la réalisation d'un partenariat public-privé. L'Agence peut également créer des filiales. Comme dans le cas des autres

253. *Loi sur l'Agence canadienne d'inspection des aliments*, précitée, note 86.

254. *Loi sur l'Agence des douanes et du revenu du Canada*, précitée, note 251 ; modifiée par la *Loi constituant l'Agence des services frontaliers du Canada*, précitée, note 88.

255. *Loi sur l'Agence des partenariats public-privé du Québec*, précitée, note 92.

256. Cette orientation reflète un compromis à la suite des polémiques concernant le dépôt du projet de loi 61 le 17 juin 2004 (sanctionné le 17 décembre 2004). Sur les critiques exprimées, voir : C. ROUILLARD et autres, *op. cit.*, note 59, p. 100.

agences de services, l'Agence a son propre personnel dont les conditions de travail sont déterminées par un règlement qu'elle doit adopter sous réserve des dispositions d'une convention collective. Elle dispose également d'un régime dérogatoire en matière de contrats par rapport aux dispositions de la *Loi sur l'administration publique*²⁵⁷. Dans la littérature savante, ce type d'agence suscitera peut-être des commentaires identiques à ceux qui ont été formulés à l'égard de l'expérience suédoise où les agences jouent un rôle important dans l'élaboration des politiques²⁵⁸.

Ce bref portrait est suffisant pour montrer que la politique québécoise en matière de partenariat public-privé dépendra largement des orientations et des modalités définies par l'Agence des partenariats public-privé du Québec. Il est donc illusoire de postuler que les agences tombent indistinctement dans le registre de l'exécution. Par contre, il faut reconnaître que le Québec suit la tendance générale en créant des agences orientées vers des tâches d'exécution : agences de développement de services de santé et de services sociaux (2003)²⁵⁹ ; Services Québec (2004)²⁶⁰, Revenu Québec (2004) et le Centre de services administratifs²⁶¹. Cette orientation est conforme à son plan de modernisation de l'État (2004-2007)²⁶². Les premières expériences dans ce domaine permettent d'observer qu'il n'y a pas de modèle unique et que le législateur reste fidèle à ses habitudes en créant des solutions ponctuelles avec un cadre de référence qui demeure malléable. Ces orientations montrent néanmoins que le Québec est désormais engagé dans le mouvement de « mondialisation des politiques managériales²⁶³ ».

En 2006, le Canada (l'administration fédérale) ainsi que le Québec ne montrent aucun signe qui pourrait augurer d'une reconversion massive de

257. *Loi sur l'administration publique*, précitée, note 28.

258. J. PIERRE, « Central Agencies in Sweden », dans C. POLLITT et C. TALBOT (dir.), *op. cit.*, note 244, p. 203, à la page 210.

259. *Loi sur les agences de développement de réseaux locaux de services de santé et de services sociaux*, L.Q. 2003, c. 21. Cette loi a été abrogée par la *Loi modifiant la Loi sur les services de santé et les services sociaux et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 2005, c. 32, afin d'insérer les dispositions relatives aux agences dans la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2.

260. *Loi sur Services Québec*, L.Q., 2004, c. 30.

261. *Loi sur le Centre de services partagés du Québec*, L.Q. 2005, c. 7.

262. SECRÉTARIAT DU CONSEIL DU TRÉSOR, *Moderniser l'État. Pour des services de qualité aux citoyens*, Québec, Conseil du trésor, 2004, p. 54. (aussi diffusé en ligne : www.tresor.gouv.qc.ca).

263. F. L'ITALIEN, « La mondialisation des politiques managériales et les transformations du mode de régulation interne des États occidentaux contemporains. Le Québec en perspective », dans R. CANET et J. DUCHASTEL, *op. cit.*, note 3, p. 349, à la page 354.

plusieurs organismes orientés vers l'exécution en agences de services. Par diverses lois, ils offrent en revanche une vision précise de ce que représente l'intégration du modèle de l'agence d'exécution dans un cadre législatif. À titre de simple constat, des différences de style et de rédaction démarquent le Québec par rapport aux agences fédérales. Bien que le système des agences ne soit pas originaire du Canada, ce modèle fondé sur l'existence de lois organiques pourrait devenir un relais pour l'expansion de cette formule.

Conclusion

Le terme «gouvernance» est sans équivoque. Il indique la priorité accordée aux méthodes et aux mécanismes de transformation de l'action publique, ainsi qu'aux modes de gestion. Peu importe s'il est analysé comme une expression nouvelle de la gouvernabilité ou comme un discours plus ou moins homogène, il connaît une large diffusion dans plusieurs disciplines. Il faut d'abord appréhender la gouvernance comme un phénomène politique et administratif qui reflète la transformation du rôle des États dans un contexte de mondialisation. Sous l'impulsion du nouveau management public, l'expansion d'un mode universel de gestion des organisations contribue à une atténuation de la spécificité étatique. De même, dans le contexte de l'élaboration des politiques publiques, de nouveaux mécanismes et dispositifs sont en voie d'être créés sans considérations particulières pour la question du droit. Le phénomène des agences, sur le plan tant de la régulation que de l'exécution, accentue le morcellement de l'appareil administratif au profit de l'État polycentrique. Si la recomposition des modes de gestion est dictée par des impératifs d'efficacité, la transformation de l'action publique reflète de nouveaux modes de légitimité et une importance accrue de rapports négociés pour inclure, le cas échéant, des acteurs non étatiques dans la mise en œuvre des politiques publiques. Si une autre façon de gouverner devient manifeste, une autre figure de l'État émerge graduellement²⁶⁴. La gouvernance publique requiert donc une réflexion sur le pouvoir, les stratégies de reconversion de l'action publique, les transformations de la gestion et la configuration de l'appareil d'État.

En dépit de sa vaste diffusion dans d'autres disciplines, le thème de la gouvernance dans sa dimension de gouvernance publique démarre plus lentement dans la littérature juridique, notamment celle d'expression

264. J. CHEVALLIER, *op. cit.*, note 143, notamment p. 64-87.

française, et les publications à ce sujet sont récentes²⁶⁵. Même du côté anglo-américain, les analyses sont largement orientées vers les nouvelles technologies de pouvoir (les outils de gouvernance) au détriment d'une réflexion plus large sur la question du droit et sur l'évolution du droit public. Cette vision instrumentale est toutefois contestée comme le montrent les études citées dans notre texte. Le désintérêt relatif des juristes découle également du phénomène de la constitutionnalisation du droit qui connaît un impact médiatique considérable (chartes et contrôle de constitutionnalité des lois). L'invisibilité des enjeux liés à la gouvernance procède ainsi de causes systémiques et non de choix rationnels. Faut-il aller plus loin en postulant l'incompatibilité? Pour reprendre un constat posé par Jacques Chevallier, «la gouvernance [...] commandée par une rationalité d'ordre politique [...] se situe à première vue dans un rapport d'extériorité au droit²⁶⁶». L'idée d'une gouvernance extérieure au droit serait ainsi le reflet d'une opposition dans la rationalité et les modes d'intervention.

De façon plus pragmatique, la gouvernance constitue un cadre plus propice que le droit formel pour trouver des solutions concrètes à des problèmes techniques et commerciaux concernant des produits, des biens et des services dont l'utilisation relève de l'accord entre des partenaires économiques, techniques, scientifiques et sociaux de même que des organismes publics. Sur ce plan, elle apporte un autre éclairage à la question de la démocratie politique en offrant un «procéduralisme conventionnaliste» plus adapté aux attentes des groupes de pression et des postulats de la théorie économique de l'efficience. Sur ce plan, elle répond davantage au fonctionnement des lobbys et des groupes d'intérêts de la démocratie américaine que des perspectives classiques de la démocratie délibérative, comme le propose Habermas avec le concept procédural de démocratie publique et transparente induit par l'État de droit²⁶⁷. Dans ce contexte de démocratie négociée, les modes de formation du droit échappent aux exigences qui rythment l'élaboration du droit formel, notamment les lois et règlements. En apparence plus convivial et plus ouvert, le projet politique de la gouvernance souffre toutefois d'un déficit de légitimité puisque les

265. L. PECH, «Le droit à l'épreuve de la gouvernance. Légitimation de la privatisation du droit?», dans R. CANET et J. DUCHASTEL, *op. cit.*, note 3, p. 51 à la page 59 (la multiplication des producteurs de droit). Voir également : P. NOREAU, «Le politique à l'épreuve du droit : les lendemains juridiques de la gouvernance», dans P. FAVRE, J. HAYWARD et Y. SCHEMEIL (dir.), *Être gouvernés. Études en l'honneur de Jean Leca*, Paris, Presses de sciences po, 2003, p. 181.

266. J. CHEVALLIER, «La gouvernance et le droit», dans *Mélanges Paul Amserek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189, à la page 191.

267. J. HABERMAS, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, p. 311.

acteurs en cause ne représentent souvent que leurs propres intérêts²⁶⁸. Son mode de fonctionnement favorise un mode particulariste de formation du droit au détriment du modèle universaliste qui est le produit de la loi et de la démocratie représentative. Cette différence peut expliquer le sentiment d'extériorité au droit, voire une incompatibilité avec l'osmose du couple droit et démocratie issu de la philosophie politique des Lumières.

Au-delà de ces enjeux dans la conceptualisation de l'action publique, la gouvernance publique ne peut être séparée du droit dans l'expression des techniques de gouvernement. C'est un simple constat, car le droit et la science politique ne peuvent être dissociés dans l'exercice du pouvoir. Il est indispensable de clarifier l'existence d'une typologie du droit qui en serait l'expression spécifique. Sur ce point, nous pouvons constater l'existence d'un droit de la gouvernance publique, avec néanmoins des réserves et des nuances.

Le droit de la gouvernance entretient un triple rapport complexe et ambigu avec l'objet « droit ». Dans un premier temps, notre étude nous a permis de constater et de souligner un ancrage important dans le droit légiféré traditionnel, notamment pour la nouvelle gestion publique. À des fins de légitimité et de transparence, la loi a servi dans plusieurs droits nationaux de moteur pour imposer les préceptes de la nouvelle gestion publique. Son rôle est encore plus manifeste quand elle offre un cadre structuré et cohérent pour la création des agences, notamment les agences d'exécution. La loi sert à formuler en termes explicites les impératifs du nouveau management public, quitte à promouvoir la culture du rendement et de l'évaluation. Dans un deuxième temps, c'est encore ce droit, que nous pourrions qualifier par pure convenance de « droit traditionnel », qui sert comme vecteur d'expansion de la logique de concertation propre à la gouvernance contemporaine. Si le constat d'une contractualisation croissante de l'action publique est un fait largement reconnu, le procédé du contrat connaît une diffusion considérable, au point d'infléchir d'autres catégories associées aux actes unilatéraux. Tant pour la gestion (négociation des objectifs et des documents-cadres) que pour les politiques publiques (codes volontaires, chartes d'usagers, règlements négociés), la figure classique du contrat est

268. La question de la légitimité représente une vaste problématique avec des réponses divergentes ou contrastées comme en témoignent ces deux articles : C. LAFAYE, « Gouvernance et démocratie : quelles reconfigurations ? », dans L. CARDINAL et C. ANDREW (dir.), *La démocratie à l'épreuve de la gouvernance*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2001, p. 57, à la page 64 (la gouvernance en panne de démocratie ?) ; J.-G. BELLEY, « Gouvernance et démocratie dans la société neuronale », dans L. CARDINAL et C. ANDREW (dir.), *idem*, p. 153, à la page 155 (la gouvernance comme processus collectif d'apprentissage).

réactivée dans des proportions qui dépassent largement ce qui avait été anticipé pour la technique contractuelle à titre de mode normal de l'action gouvernementale. Si les fonctions du contrat sont multiples, comme le montrent les travaux de Jean-Guy Belley²⁶⁹, le conventionnalisme diffus de l'action publique pose sans équivoque la problématique de l'hybridation et des formules de substitution.

Si l'allégement réglementaire ou l'évincement du droit commencent à être mieux connus, cette dimension montre en revanche que la gouvernance repose sur un programme plus ambitieux. Outre le fait que le droit n'est plus indispensable dans l'élaboration de nouveaux dispositifs normatifs, la gouvernance peut assigner au droit une fonction purement instrumentale pour instaurer une gouvernance néo-juridique. La loi peut devenir le support formel d'instruments (codes, plans, chartes, engagements) dont la nature juridique reste indéterminée, sorte de mode neutre où par simple imitation ou cooptation de formules issues des trois composantes classiques du Jugement, de la Loi et du Contrat, des solutions de rechange deviennent les moyens privilégiés de dépassement du droit. Le « gérer autrement » du nouveau management public trouve également sa contrepartie dans le « Gouverner autrement ». Le nouveau modèle montre que le droit n'est plus le support exclusif de ces nouvelles technologies de pouvoir largement calquées sur les catégories traditionnelles du droit. Ce retrait du droit semble plus relever du calcul stratégique par domaines ou champs d'intervention que de l'élaboration d'une « alternative » globale au droit. Comme le droit de la gouvernance est un terrain fertile pour des solutions de rechange, il peut donner l'illusion que la gouvernance relève d'un autre droit ou d'une imitation du droit. En réalité, il n'existe aucune possibilité de dissocier le droit public des succédanés qui servent de formules de rechange au droit. Ces formules déjuridicisées sont le pur produit du droit officiel afin que l'État, plus précisément le pouvoir exécutif et la haute administration, puissent disposer des outils nécessaires pour gouverner à la périphérie du droit ou « au-delà » du droit. Sur ce plan, la gouvernance peut être interprétée comme un cadre plus propice à des choix stratégiques dégagés en partie des contingences du droit. Le titre choisi par Christopher Pollitt et Colin Talbot pour leur ouvrage paru en 2004, *Unbundled Government*²⁷⁰, est révélateur des tendances contemporaines sur la reconfiguration de l'État et la question du droit.

269. J.-G. BELLEY, *Le contrat entre droit, économie et société*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1998.

270. C. POLLITT et C. TALBOT (dir.), *op. cit.*, note 244.

Pour ces caractéristiques essentielles, le droit de la gouvernance publique apparaît comme un approfondissement d'une rupture entamée avec le modèle de l'État providence. Les prétentions scientifiques de la gouvernance contemporaines dans l'évaluation de l'action publique ont été précédées par celles de la logique assurantielle et du calcul des probabilités propres à l'État social²⁷¹. Comme l'État providence reste encore une réalité tangible dans plusieurs États occidentaux, il s'agit davantage de juxtaposition de paradigmes que de simple rupture. D'autres objectifs animent désormais le choix des instruments et des politiques, car les États occidentaux, dans un contexte de mondialisation, de concurrence et d'ouverture des marchés, n'ont plus les moyens financiers pour agir seuls. La coopération et l'horizontalité des rapports deviennent des éléments incontournables de la gouvernance associative. Mais ici également, cette nouveauté n'est que relative, compte tenu de l'importance du thème de la consultation et de la participation dans la réalité de l'État providence et de l'État interventionniste. Ce sont également ces deux modèles, celui de l'État providence et celui de l'interventionnisme étatique qui ont servi de laboratoires à l'expérimentation de formules nouvelles sur le plan de la technique juridique. Ainsi, la planification et la régulation ont émergé au cours des dernières décennies du xx^e siècle²⁷².

Fait plus significatif, l'émergence d'un droit composite marqué par l'hybridation des catégories traditionnelles ne peut occulter l'importance quantitative et qualitative des mécanismes officiels de production du droit dont la configuration formelle reste inchangée (lois, règlements, permis, prestations, subventions, contrats administratifs). Tous les éléments traditionnels du droit public sont encore fonctionnels. Dans cette perspective marquée par la continuité, la gouvernance constitue une stratégie d'élargissement des mécanismes, des dispositifs, des choix, quitte en fin de compte à dépasser les frontières du droit pour des impératifs d'efficacité ou dans le but de trouver des solutions de rechange. Nous avons constaté dans des travaux antérieurs l'existence de mécanismes néo-réglementaires qui servent de terrain d'expérimentation pour un double fonctionnel qui est largement le produit du droit officiel. C'est donc entre l'émergence d'un nouveau paradigme propre à la gouvernance publique et la pérennité du modèle classique d'administration publique qu'évoluent actuellement les modes de gestion et la conception des politiques publiques.

271. F. EWALD, *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986, p. 219.

272. C.-A. MORAND, «Régulation, complexité et pluralisme juridiques», dans *op. cit.*, note 266, p. 615, aux pages 616-617 (passage progressif de la réglementation à la régulation).

Cette complémentarité devient moins évidente lorsque sont privilégiés les nouveaux mécanismes comme objet d'étude. Ces derniers apparaissent comme la preuve tangible d'une solution de rechange au droit. À titre d'exemple, le nouveau management public a contribué à l'élaboration d'un nouveau paradigme (le management du type professionnel, la flexibilité propre à la réorganisation du monde du travail, le service aux consommateurs, la spécialisation, l'efficacité, les objectifs stratégiques, la planification et l'évaluation du rendement) qui trouve son expression achevée dans le modèle des agences d'exécution. Ces dernières apparaissent désormais comme une solution de rechange à la privatisation en transposant dans le monde des organisations publiques un modèle largement calqué sur la nouvelle gestion des entreprises. Cette formule est devenue un générique susceptible d'être exporté vers tous les continents²⁷³. La gouvernance publique génère ainsi un modèle international qui contribue à la convergence des droits nationaux. Comme ces agences de services sont avant tout un produit du management, et que plusieurs solutions de rechange dans le champ des politiques publiques relèvent également du monde de la gestion, leur exportation dépend de la nature du *policy transfer*²⁷⁴. La gouvernance étant indissociable de la question du droit, l'intégration graduelle de ces modèles par le droit les transforme en outils pour des transferts de droit (*legal transplants*). Le droit de la gouvernance contribue ainsi à l'uniformisation latente des modèles institutionnels et des mécanismes de l'action publique. À défaut d'uniformité, la convergence des modes de « bonne gouvernance » découle du simple constat.

La question des agences n'est qu'une illustration du droit de la gouvernance. Les deux caractéristiques essentielles en seraient la flexibilité et la rationalisation scientifique de l'action administrative. Si la flexibilité renvoie à un thème fondamental pour comprendre le fonctionnement des organisations et le droit du travail²⁷⁵, elle trouve également de nombreuses illustrations dans le phénomène du droit négocié et des instruments plus souples qui servent de substituts fonctionnels à la réglementation. « Gouverner autrement » consiste à dégager une marge de manœuvre que ne peut offrir le modèle classique, critiqué pour sa rigidité. La rationalisation permet de dépasser le droit traditionnel par des instruments d'analyse beaucoup plus performants, susceptibles de proposer une mesure objective dans l'élaboration des outils et des politiques. Le modèle « légal-rationnel » est en partie évincé au profit d'un modèle technique et scientifique intégré au droit. La

273. C. POLLITT et autres, *loc. cit.*, note 230, 279.

274. O. JAMES, *loc. cit.*, note 237, 241 (*international transfer*).

275. G. STANDING, « Globalization, Labour Flexibility and Insecurity: The Era of Market Regulation », *European Journal of Industrial Relations*, vol. 7, 1997, p. 15.

gouvernance juridique doit désormais composer avec une gouvernance scientifique (les sciences du gouvernement).

Si le droit de la gouvernance publique est devenu un paradigme ou un modèle, une vision globale de la gouvernance publique montre également la pérennité de l'ancien modèle. Les acquis liés à l'émergence de l'État de droit et d'une administration publique façonnée par le droit ont été proprement révolutionnaires, au point d'évincer à la fin du XIX^e siècle le paradigme élaboré par Lorenz von Stein (1815-1890) sur la science administrative²⁷⁶. Loin de représenter une rupture de ce type, l'évolution actuelle montre l'imbrication des deux paradigmes de la gouvernance publique et de l'administration publique. En dépit de cette réalité, le paradigme de la gouvernance contribue à projeter une image de rupture, car le droit n'est plus l'élément central de l'action publique.

Afin de revoir le programme iconographique de l'«allégorie du bon gouvernement», Lorenzetti devrait, en définitive, composer avec une commande complexe où les préceptes de la bonne gouvernance seraient combinés avec les attributs traditionnels du droit. Cette démarche n'a de sens que si le commanditaire cherche à représenter une vision globale où la totalité de l'action publique n'est pas cooptée par une régulation néolibérale. Pour offrir ce tableau réaliste du «bon gouvernement», dégagé du réductionnisme induit par l'interprétation néolibérale de la «bonne gouvernance», il est indispensable de rappeler que l'action publique est conditionnée par des droits et libertés reconnus par de véritables chartes et déclarations, à l'échelon tant national qu'international. Le constitutionnalisme et la dynamique des droits et libertés sont des réalités essentielles pour comprendre notre époque, au même titre que le nouveau management public ou la transformation des politiques publiques. À cet égard, Lorenzetti devrait résoudre un problème dont la nature est plus épistémologique que politique. Comme le montre notre étude, une partie des difficultés liées au décodage de la gouvernance publique résulte de l'imperméabilité réciproque du droit et de la gestion, simple reflet de la compartimentation trop rigide des champs disciplinaires.

276. L. VON STEIN, *Die Verwaltungslehre* (Science de l'administration), Stuttgart, J.G. Cotta, 1866-1884, 8 vol. Pour une introduction à l'œuvre de Lorenz von Stein, voir E. FORSTHOFF, *Traité de droit administratif allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1969, p. 96. Pour von Stein, l'État était l'«État social», ce qui présupposait une fusion entre le principe de l'administration sociale et les finalités de la science de l'administration. Même si von Stein accordait une place importante au droit et à l'État de droit, il n'avait pas fait de ces éléments le centre de sa construction théorique. Malgré le fait qu'elle puisse paraître désormais bien lointaine, son œuvre marque une étape importante de la théorie de l'État fondée sur la notion d'État social. Voir E.W. BÖCKENFÖRDE, *Le droit, l'État et la constitution démocratique*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2000, p. 148 et suiv.