

PARTIE II – L’EXAMEN DES POLITIQUES

PROJET DE RAPPORT DE RECHERCHE
PRÉALABLE AU FORUM D’EXPERTS SUR LES POLITIQUES

**Réglementation sur l’après-emploi
dans la fonction publique : Une analyse comparative**

*Une étude contextuelle indépendante préparée pour la Commission d’enquête concernant
les allégations au sujet des transactions financières et commerciales entre Karlheinz
Schreiber et le très honorable Brian Mulroney*

Lori Turnbull, Ph.D.

*Professeure adjointe
Département de science politique
Université Dalhousie
Halifax (Nouvelle-Écosse)*

Mars 2009

Mise en garde

La présente ébauche d’étude a été préparée pour la partie II (Examen des politiques) du mandat de la Commission. La Commission n’a pas terminé ses travaux dans le cadre de la partie I (Enquête sur les faits). Le commissaire n’a formé aucune opinion sur l’exactitude d’aucune des allégations qui ont mené à la constitution de la Commission d’enquête, non plus que des faits décrits dans le cadre d’examen antérieurs des affaires en cause. Aucun élément de la présente étude ne doit être interprété comme une prise de position sur ces questions. Elle ne présume de certains faits, le cas échéant, que pour situer les questions liées aux politiques et d’une façon qui n’a aucune incidence sur la fonction d’enquête sur les faits de la Commission.

Ce document sera communiqué aux personnes devant prendre part à l’Examen des politiques et il sera affiché sur le site web de la Commission. Après avoir été examiné lors du Forum d’experts sur les politiques qui doit se tenir en juin 2009, il sera révisé et publié de nouveau en forme finale.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction / 3

Une mise en garde au sujet des « pratiques exemplaires » / 7

Les codes d'éthique sont réactionnaires et mal conçus / 9

Les codes d'éthique ne rehaussent pas la confiance du public / 9

Les codes d'éthique minent les tentatives des politiciens de démontrer leur probité / 13

Les codes d'éthique sont inefficaces pour détecter et dissuader l'inconduite / 14

La réglementation de l'éthique peut nuire au recrutement et à la rétention / 16

La relation commerciale alléguée entre le très honorable Brian Mulroney et Karlheinz Schreiber / 17

La Loi sur les conflits d'intérêts / 18

Le Code régissant les conflits d'intérêts des députés / 21

Résumé / 22

Évaluation comparative de la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique / 24

Quels comportements et situations les règles sur l'après-emploi dans la fonction publique réglementent-elles? / 24

Influence / 25

Quête de bonnes grâces / 31

Exploitation / 33

Changement de bord / 35

Note sur la réglementation de 2009 du président Barack Obama / 37

Restrictions concernant les entités étrangères / 38

Comment les règles de l'après-emploi dans la fonction publique sont-elles appliquées? / 38

Conclusions et recommandations / 43

Introduction

La période précédant et suivant le moment où une personne cesse d'occuper une charge publique pour passer au secteur privé peut présenter des possibilités inattendues de conflits d'intérêts. Avant un tel passage, un titulaire de charge publique peut étudier les perspectives d'emploi auprès d'une entité privée. Les responsables qui se trouvent dans cette situation sont à la fois des gardiens de l'intérêt public et de simples citoyens servant leurs intérêts personnels. Il est concevable que le souci de leur propre bien-être compromette leur capacité d'exercer un jugement impartial au nom de l'intérêt public. Par exemple, seraient-ils tentés de favoriser une entité privée auprès de laquelle ils chercheraient un emploi futur? Même si l'impartialité du titulaire de charge publique n'est pas compromise, la perception qu'elle *puisse* l'être peut avoir des implications pour la confiance du public envers l'intégrité des acteurs et institutions du gouvernement. Une fois qu'un titulaire de charge publique quitte le secteur public, des questions d'éthique d'un autre ordre se posent. Par exemple, est-il acceptable que d'anciens titulaires de charge publique fassent du lobbying auprès d'anciens collègues pour le compte d'une société privée lorsque leur poste antérieur leur aurait donné accès à des renseignements susceptibles de donner à leurs clients un avantage déloyal sur leurs concurrents? De plus en plus, les gouvernements adoptent des règles codifiées sur les conflits d'intérêts afin de réglementer cette période de transition et clarifier la façon de s'y comporter de façon éthique. Au Canada, on s'attend à ce qu'avant de quitter leur poste, les titulaires de charge publique respectent des restrictions à leur comportement en tant que simples citoyens, afin de maintenir leur capacité de protéger l'intérêt public. Certains gouvernements, y compris ceux du Canada et des États-Unis, ont élaboré des lois détaillées sur l'éthique qui semblent tenter de prévoir et d'interdire toutes les formes imaginables d'inconduite. En revanche d'autres pays, comme l'Australie, ont adopté des codes de conduite qui énumèrent uniquement les transgressions les plus flagrantes et les plus répréhensibles à l'éthique.

B.A. Rosenson explique que [TRADUCTION] « en réduisant l'influence potentielle des préoccupations économiques privées sur les décisions des législateurs, les lois sur les conflits d'intérêts devraient aussi favoriser la reddition de comptes des

gouvernements et la confiance du public à leur endroit »¹. En d'autres termes, nous devrions faire confiance aux élus et aux responsables publics parce que des règles sont en place pour les empêcher d'abuser de notre confiance. Cependant, il reconnaît ensuite un thème récurrent parmi les chercheurs étudiant l'éthique en politique, à savoir que [TRADUCTION] « les lois sur l'éthique diminuent en fait la confiance du public en suscitant une perception que tous les législateurs sont foncièrement indignes de confiance et surtout motivés par le profit personnel qui peut être tiré d'une charge publique »². Oonagh Gay, auteur d'une étude comparative des règles d'éthique du Royaume-Uni, de l'Australie et du Canada, affirme que malgré la prolifération des régimes sur l'éthique des parlementaires depuis 40 ans, [TRADUCTION] « la confiance du public n'a pas augmenté »³. Considérant que la réglementation de l'éthique entraîne des coûts aussi bien que des avantages alors qu'elle ne garantit pas une plus grande confiance du public, il est vital que les gouvernements résistent à la tentation de sur-réglementer en réaction à des cas d'inconduite alléguée. Il est notoire que des réformes aux règles de l'éthique suivent souvent des scandales politiques⁴. La logique est évidente : les gouvernements veulent assurer le public qu'ils sont « intransigeants » en matière d'éthique et qu'ils pallieront la possibilité de lacunes qui auraient donné lieu à des indiscretions. Le message sous-jacent est qu'une réglementation soigneusement étudiée de l'éthique peut régler le problème de l'inconduite éthique au sein du gouvernement simplement en expliquant la différence entre ce qui est acceptable ou non et en dissuadant l'inconduite par la menace de sanctions en cas d'inobservation des règles. Les règles d'éthique ne visent pas à convaincre le public que les titulaires de charge publique sont foncièrement ou volontairement « éthiques ». Comme le soutient Rosenson, les régimes d'éthique ne réfutent pas expressément la notion qu'en l'absence de contraintes, de nombreux titulaires de charge publique se livreraient à de l'inconduite soit par ignorance, soit sciemment. La confiance du public envers le gouvernement se fonde donc sur la

¹ B.A. Rosenson, « The Costs and Benefits of Ethics Laws », dans Denis Saint-Martin et Fred Thompson, éd., *Public Ethics and Governance: Standards and Practices in Comparative Perspective. Research in Public Policy Analysis and Management Volume 14* (Oxford, Royaume-Uni : JAI Press, 2006), p. 137.

² Ibid.

³ Oonagh Gay, « Comparing Systems of Ethics Regulation », dans Denis Saint-Martin et Fred Thompson, éd., *Public Ethics and Governance: Standards and Practices in Comparative Perspective*, p. 93.

⁴ Calvin Mackenzie et Michael Hafken, *Scandal Proof: Do Ethics Laws Make Government Ethical?* (Washington, D.C. : Brookings Institution Press, 2002).

confiance dans la capacité du régime d'éthique de dissuader la corruption et de sévir à son endroit. Ce sujet est approfondi ci-après.

Les transactions commerciales et financières alléguées visées par la présente Commission se seraient produites à un moment où le régime d'éthique politique du Canada était loin d'être aussi élaboré qu'il l'est aujourd'hui. Depuis la fin du mandat du premier ministre Brian Mulroney, le gouvernement du Canada a édicté un code d'éthique pour les députés et créé une fonction de commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique (ci-après appelé simplement « commissaire à l'éthique ») chargé d'interpréter les règles et de faire enquête sur les allégations de non-conformité. Le Parlement a adopté en 2006 la *Loi sur les conflits d'intérêts* devant clarifier les normes de conduite éthique pour les titulaires de charge publique, y compris les ministres et les fonctionnaires nommés par eux. Enfin, la *Loi sur le lobbying* a été modifiée et le poste de commissaire au lobbying du Canada – chargé d'interpréter et d'appliquer la Loi – a été créé.

Le but premier de la présente étude est d'évaluer le régime canadien de l'éthique sur le plan de sa capacité à repérer, dissuader et traiter les cas de non-conformité, en portant une attention particulière aux règles sur l'après-emploi dans la fonction publique. Il faut insister sur le fait que peu importe à quel point un code de conduite est détaillé, il ne protégera jamais un système soit de la perception, soit de la réalité d'une inconduite sur le plan de l'éthique. Des comportements interdits peuvent continuer de se produire ou, même à défaut, certaines personnes resteront sceptiques. C'est dire que même si les présumés événements qui ont donné lieu à la création de la présente Commission correspondent à des infractions aux règles d'éthique actuelles, rien ne garantit qu'ils ne pourraient pas se reproduire ou que les infractions en cause seraient détectées. La législation sur l'éthique peut établir des normes et clarifier les attentes, ce qu'elle fait, mais elle ne peut offrir de garantie qu'elle sera respectée.

Le présent rapport comporte quatre sections principales. La première examine les conséquences et les implications tant positives que négatives de l'éthique réglementaire. Comme on l'a vu plus haut, il arrive souvent qu'à la suite d'une infraction à l'éthique, surtout quand elle a suscité beaucoup d'attention, les règles d'éthique soient modifiées de façon à être plus contraignantes ou plus complètes, ou que les pénalités soient accrues.

Une telle réaction peut alourdir le fardeau des titulaires de charge publique principaux et éventuellement donner l'impression que le gouvernement attache une grande importance à l'éthique et ne tolérera pas d'écarts. Il est tout à fait indiqué d'examiner l'état de la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique du Canada à la lumière de la relation alléguée entre M. Mulroney et M. Schreiber, mais il importe de faire preuve de pondération en envisageant des modifications au régime. En matière d'éthique, le Canada est déjà un des pays les plus réglementés au monde. Or, comme on le voit dans la première partie du présent document, une réglementation excessive peut nuire au recrutement et à la rétention de candidats.

La deuxième section décrit les thèmes et les enjeux soulevés par la relation commerciale alléguée que la Commission est chargée d'examiner. Si la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique qui est d'application aujourd'hui avait existé en 1993, les personnes en cause auraient été astreintes à diverses responsabilités en vertu de la *Loi sur les conflits d'intérêt*, de la *Loi sur le lobbying* et du *Code régissant les conflits d'intérêts des députés*.

La troisième section présente une analyse comparative des règles d'éthique dans l'après-emploi dans la fonction publique en vigueur au Canada, aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie. Elle vise à déterminer s'il existe ailleurs des pratiques exemplaires. Les régimes canadien et américain comportent des ressemblances évidentes : les deux pays ont adopté des mesures législatives qui interdisent explicitement aux anciens titulaires de charge publique d'exercer une influence indue à l'égard d'anciens collègues et de pratiquer le « changement de bord »⁵, entre autres. En comparaison, le Royaume-Uni est moins formaliste. Tous les anciens ministres sont tenus de consulter un comité au sujet des offres d'emploi reçues dans les deux ans après avoir quitté leur charge publique. Il n'y a pas de loi sur les conflits d'intérêts ni d'interdictions précises, de sorte que tout dépend largement du comité. Cependant, des lignes directrices visant à aider le comité dans ses délibérations insistent sur la nécessité d'éviter l'*apparence* de toute irrégularité. Aucun des autres régimes n'attache autant d'importance aux apparences. La réglementation australienne est de loin la moins contraignante. Le

⁵ Cette expression désigne souvent une situation où une personne ayant quitté une charge publique agit à l'encontre des intérêts de l'État dans une affaire à laquelle elle avait travaillé pour le compte de l'État lorsqu'elle était titulaire de charge publique.

code de conduite interdit le changement de bord dans les 18 mois après qu'un ministre quitte son poste.

La quatrième et dernière section du document présente des conclusions et des recommandations fondées sur l'analyse comparative. Les quatre pays examinés dans cette étude peuvent être classés en deux catégories selon la façon dont ils abordent la gestion des conflits d'intérêts. Le Canada et les États-Unis ont institué des régimes législatifs prévoyant des obligations et des sanctions tandis que l'Australie et la Grande-Bretagne ont privilégié des codes de conduite non législatifs – ou un « droit mou » – pour encourager à l'observation de normes d'éthique. À l'échelle internationale, le Canada est considéré comme ayant un des régimes les plus fortement réglementés en ce qui concerne les activités de lobbying. Les restrictions d'après-emploi imposées par la *Loi sur les conflits d'intérêts* et la *Loi sur le lobbying* ont une grande portée au regard des normes internationales, et le défaut d'observer les restrictions au lobbying dans l'après-emploi dans la fonction publique peut mener à de graves sanctions. Je suis d'avis qu'une réglementation plus contraignante n'accroîtrait pas la mesure dans laquelle les dispositions législatives actuelles sur l'éthique peuvent atteindre leurs objectifs. Nous n'avons pas suffisamment d'éléments de preuve pour conclure que des lois de plus grande portée ou plus punitives augmenteraient la dissuasion, ni n'existe-t-il de raisons de croire qu'elles seraient plus efficaces pour augmenter la confiance du public envers l'intégrité des acteurs et des institutions politiques. La solution de rechange à l'actuel régime législatif de l'éthique au Canada serait un retour à une véritable approche relevant du « droit mou » qui s'en remet en dernier ressort à l'observation volontaire. Une évolution dans ce sens est toutefois improbable. Elle serait interprétée comme un recul par les critiques et les membres d'un public vigilant qui pressent les gouvernements d'être « intransigeants » face à l'inconduite politique.

Une mise en garde au sujet des « pratiques exemplaires »

Avant d'entamer une analyse comparative des règles d'éthique visant expressément la période de l'après-emploi dans la fonction publique, il est utile d'examiner de façon générale l'objet et l'utilité d'une réglementation codifiée de l'éthique et sa capacité à atteindre ses objectifs. Un des objectifs de la présente étude consiste à déterminer si le

régime actuel de l'éthique est complet et s'il viserait les allégations en cause. Il est important de noter que le fait d'inscrire un acte ou une omission sur une liste d'interdictions ne garantit ni que les règles seront observées, ni que les infractions seront détectées et punies, ni d'ailleurs que la confiance du public dans l'intégrité des politiciens augmentera même en cas de taux de conformité élevé. Les codes d'éthique ont leurs limites ainsi d'ailleurs que leurs propres coûts. Malgré tout, au cours des dernières décennies, des règles d'éthique à l'intention des élus et autres titulaires de charge publique ont été rédigées et bonifiées dans de nombreux pays. Les gouvernements ont modifié leur approche de la gestion des conflits d'intérêts en réaction à des pressions tant externes qu'internes. L'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) recense et préconise des « bonnes pratiques » en matière de politiques sur les conflits d'intérêts. Son document de 2003 *Recommandation de l'OCDE : Lignes directrices pour gérer les conflits d'intérêt dans le service public* a eu un impact important sur le régime d'éthique de nombreux pays membres, y compris sur les mécanismes prévus pour gérer le passage des titulaires de charge publique dans le secteur privé à la suite de leur emploi public. Il encourage les pays membres à reconsidérer leurs politiques sur les conflits d'intérêts pour s'assurer qu'elles accordent l'attention voulue à des principes comme l'intérêt public, la transparence, l'examen et la responsabilité individuelle⁶. Divers outils institutionnels peuvent servir à la gestion des conflits d'intérêts, y compris la récusation, le dessaisissement, les fiducies sans droit de regard, la divulgation, les vérifications internes et les examens externes. De nombreux pays misent sur un éventail de telles mesures, mais seules certaines d'entre elles s'appliquent aux anciens titulaires de charge publique dans la période de l'après-emploi dans la fonction publique.

Dans cette section, j'aborde les critiques suivantes de la réglementation codifiée de l'éthique : (i) les règlements sont réactionnaires et mal conçus; (ii) les règlements n'aident pas à rehausser la confiance du public; (iii) les règlements minent la capacité des élus de démontrer leur probité; (iv) les règlements sont inefficaces pour détecter et

⁶ Organisation de coopération et de développement économiques, *Recommandation de l'OCDE : Lignes directrices pour gérer les conflits d'intérêt dans le service public* (juin 2003), en ligne : www.oecd.org/dataoecd/13/23/2957354.pdf.

dissuader la corruption; et (v) les règlements peuvent avoir des effets négatifs sur le recrutement et la rétention de candidats.

Les codes d'éthique sont réactionnaires et mal conçus

Les gouvernements sont encouragés à établir des règles d'éthique répondant aux normes et attentes internationales énoncées par l'OCDE, et les pressions en ce sens sont d'autant plus grandes en cas de soupçons d'inconduite. Les scandales politiques donnent aux partis de l'opposition et au public vigilant des raisons de critiquer le gouvernement pour l'insuffisance des règles d'éthique et de revendiquer des réformes. Il est compréhensible que les gouvernements puissent être tentés de réagir aux scandales en matière d'éthique et à leurs répercussions politiques en rendant les règles plus complètes, plus contraignantes ou plus punitives. Cependant, une telle démarche entreprise dans la précipitation ne produit pas nécessairement les meilleures politiques. Le fait que les règles aient été violées ne signifie pas nécessairement qu'elles soient déficientes. Rosenson indique d'ailleurs que si des mesures réglementaires sur l'éthique sont adoptées en réaction immédiate à un scandale et sont considérées comme étant « mal conçues », elles ne bénéficient souvent guère de l'appui des législateurs – qui peuvent dès lors être moins enclins à s'y conformer⁷. Néanmoins, il semble qu'aucun gouvernement canadien récent n'ait remis en cause les mesures législatives visant l'éthique. Michael Atkinson et Gerald Bierling expliquent que l'évolution du régime canadien de l'éthique s'est poursuivie au fil des ans [TRADUCTION] « indépendamment du parti au pouvoir... Aucun parti politique au Canada n'a sérieusement proposé d'abroger le régime actuel de l'éthique pour retourner aux pratiques d'avant 1960 »⁸.

Les codes d'éthique ne rehaussent pas la confiance du public

La recherche indique que même si les codes d'éthique varient selon leur portée, leur étendue et leur formulation, ils ont divers objectifs généraux en commun. Dennis Thompson explique qu'habituellement, les règles d'éthique [TRADUCTION]

⁷ Rosenson, « Costs and Benefits of Ethics Laws », p. 139.

⁸ Michael M. Atkinson et Gerald Bierling, « Politicians, the Public and Political Ethics: Worlds Apart », *Canadian Journal of Political Science* 38 (décembre 2005), p. 1006.

« interdisent seulement des comportements d'un domaine limité »⁹. En fixant des paramètres clairs pour délimiter ce qui constitue un comportement convenable dans la vie publique, les règles d'éthique peuvent aider à clarifier les attentes et à créer une convergence des normes parmi ceux qui sont visés par les règles¹⁰. En outre, les règles d'éthique servent également à des fins politiques plus subtiles. Lorsqu'un gouvernement établit une « infrastructure » complexe de l'éthique comprenant des règles, des sanctions et des formalités administratives, il témoigne concrètement de son engagement en faveur d'un gouvernement propre. Alan Rosenthal y voit une tentative de calmer les médias, l'opposition et le public à court terme, ainsi qu'un investissement à long terme dans la confiance du public¹¹. Cette stratégie repose sur l'hypothèse que l'inconduite des fonctionnaires et des élus contribue à un déclin de la confiance du public, et que les règles d'éthique peuvent aider à régler ce problème.

Même si les règles d'éthique visent en général les élus et les fonctionnaires en poste, il semble que le public soit aussi intéressé à la conduite des anciens titulaires de charge publique. Une inconduite de leur part pourrait donc contribuer aux perceptions qu'a le public de la corruption au sein du gouvernement. En 1997, l'Independent Commission Against Corruption (ICAC) de Nouvelle-Galles du Sud a publié un document de discussion intitulé « Managing Post Separation Employment » après qu'elle avait reçu des plaintes du public au sujet de la conduite d'anciens titulaires de charge publique¹². Les plaintes visaient le « changement de bord ». Par exemple, l'ICAC a reçu des plaintes à l'endroit d'un ancien premier ministre qui avait accepté des postes prestigieux au conseil d'administration de sociétés avec lesquelles le gouvernement faisait affaires. Il y a eu des plaintes lorsque d'anciens titulaires de charge publique ont accepté de nouveaux emplois reliés à leurs anciens postes dans la fonction publique, et qu'il a semblé que l'accès à des renseignements ou à des employés du gouvernement pouvaient être utilisés pour exercer une influence indue auprès d'anciens collègues. L'ICAC a signalé une préoccupation du public lorsque d'anciens titulaires de charge

⁹ Dennis Thompson, *Political Ethics and Public Office* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1987), p. 97.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Alan Rosenthal, « The Effects of Legislative Ethics Law », dans Saint-Martin et Thompson, éd., *Public Ethics and Governance: Standards and Practices in Comparative Perspective*, p. 166.

¹² Nouvelle-Galles du Sud, Independent Commission Against Corruption (ICAC), « Managing Post Separation Employment, Discussion Paper » (avril 1997), p. 5, en ligne : www.icac.nsw.gov.au.

publique tirent un parti personnel, comme un emploi, de leur [TRADUCTION] « connaissance intime de renseignements, programmes ou projets du gouvernement »¹³. Après avoir constitué une liste de plaintes, l'ICAC a incité le gouvernement de Nouvelle-Galles du Sud à créer un régime réglementaire pour la période de l'après-emploi. Lorsque le document de discussion a été publié en 1997, seulement un petit nombre de titulaires de charge publique étaient soumis à des restrictions quant aux genres de postes qu'ils pouvaient accepter après avoir quitté leur charge publique.

La prolifération des règlements sur l'éthique se poursuit même si les chercheurs en éthique politique entretiennent de forts doutes sur l'efficacité des codes d'éthique à atteindre leurs objectifs. Premièrement, comme l'explique Rosenthal, le but à long terme d'un régime d'éthique consiste à rétablir la confiance du public¹⁴. Même si aussi bien au Canada qu'ailleurs le public semble être en faveur de la réglementation des conflits d'intérêts et de l'éthique¹⁵, rien ne garantit qu'un régime d'éthique aide à prévenir les soupçons du public. Certains codes d'éthique précisent clairement le souhait du gouvernement d'influer sur les attitudes du public, mais d'autres sont plus discrets. L'article 3 de la *Loi sur les conflits d'intérêts* de 2006 énonce les objectifs suivants :

- a) d'établir à l'intention des titulaires de charge publique des règles de conduite claires au sujet des conflits d'intérêts et de l'après-mandat;
- b) de réduire au minimum les possibilités de conflit entre les intérêts personnels des titulaires de charge publique et leurs fonctions officielles, et de prévoir les moyens de régler de tels conflits, le cas échéant, dans l'intérêt public;
- c) de donner au commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique le mandat de déterminer les mesures nécessaires à prendre pour éviter les conflits d'intérêts et de décider s'il y a eu contravention à la présente loi;
- d) d'encourager les personnes qui possèdent l'expérience et les compétences requises à solliciter et à accepter une charge publique;
- e) de faciliter les échanges entre les secteurs privé et public.

¹³ Ibid., p. 6.

¹⁴ Rosenthal, « Effects of Legislative Ethics Law », p. 168.

¹⁵ En 2002, le premier ministre Jean Chrétien a présenté un projet de régime d'éthique prévoyant de nouvelles règles sur les conflits d'intérêts et la création d'un nouveau poste de fonctionnaire du Parlement chargé de les appliquer. Dans un sondage réalisé par Associés de recherche EKOS, 50 p. 100 des répondants renseignés sur la proposition ont estimé qu'il s'agissait d'une bonne idée. Pour de plus amples renseignements, voir Associés de recherche EKOS, « Trust and the Monarchy: An Examination of the Shifting Public Attitudes toward Government and Institutions » (30 mai 2002), en ligne : www.canadian-republic.ca/pdf_files/Ekos%20Monarchy%2005-31-02.pdf.

Ces buts sont clairs et raisonnables. Il n'est pas fait explicitement mention d'un désir de rehausser la confiance du public envers le gouvernement mais, comme l'explique Rosenson, ce serait là une conséquence logique si la loi permettait d'atteindre ses objectifs. On peut concevoir que des règles manifestement conçues pour favoriser l'intérêt public et assorties de sanctions pour dissuader l'inconduite pourraient atténuer au sein du public les soupçons de corruption. L'idée est que le public peut avoir confiance que le régime d'éthique assurera la « propreté » du gouvernement même si certaines personnes au sein du gouvernement ont des intentions douteuses. Cependant, il manque de données empiriques étayant cette conclusion. Rosenthal soutient qu'il y a [TRADUCTION] « peu de raisons de croire que la confiance du public évolue par suite de modifications aux lois sur l'éthique », ce qui porte à croire que la volonté de rendre les règles d'éthique aussi complètes que possible ne changera pas nécessairement les attitudes du public envers les titulaires de charge publique¹⁶.

Rosenthal avance que l'autre but des mesures législatives sur l'éthique consiste à [TRADUCTION] « calmer les médias, parer aux attaques partisans... et passer à d'autres dossiers législatifs ». À son avis, la stratégie est efficace pendant un certain temps, mais ensuite les médias reviennent à la charge nonobstant la profondeur et la portée de la réglementation sur l'éthique¹⁷. La disposition des médias à continuer de s'intéresser à l'éthique en politique dépend de leurs propres besoins et non de l'état des lois sur l'éthique. En d'autres termes, un régime d'éthique n'est pas une parade au scandale politique – qui n'exige d'ailleurs pas qu'il y ait un cas véritable d'inconduite. Rosenthal soutient que la couverture médiatique [TRADUCTION] « peut être tout aussi intense (et injuste) lorsqu'il y a davantage de dispositions législatives que lorsqu'il y en a moins ». Malgré cette réalité, Denis Saint-Martin prédit que les réformes de l'éthique continueront en raison de la difficulté politique à changer de cap¹⁸.

¹⁶ Rosenthal, « Effects of Legislative Ethics Law », p. 168.

¹⁷ Ibid, p. 166 et 167.

¹⁸ Denis Saint-Martin, « Path Dependence and Self-reinforcing Processes in the Regulation of Ethics in Politics: Toward a Framework for Comparative Analysis », dans Saint-Martin et Thompson, éd., *Public Ethics and Governance: Standards and Practices in Comparative Perspective*, p. 5 à 27.

Les codes d'éthique minent les tentatives des élus de démontrer leur probité

Mackenzie, Rosenthal et d'autres ont fait valoir que l'éthique réglementaire incite à une interprétation minimaliste de ce qui est « éthique » dans la vie publique. Elle le fait en encourageant une observation de base des règles plutôt qu'en favorisant la « culture de l'intégrité » dont parle Kenneth Kernaghan¹⁹. Rosenthal explique que les titulaires de charge publique – actuels ou anciens – qui sont accusés d'inconduite peuvent utiliser les lois sur l'éthique comme un bouclier. Même si un acte ou une omission va à l'encontre de ce qui est généralement considéré comme convenable, l'accusé peut proclamer son innocence s'il n'a pas enfreint une interdiction explicite²⁰. On peut présumer qu'une telle attitude ne ferait qu'attiser la frustration et la méfiance du public. Atkinson et Bierling approfondissent ce sujet en décrivant deux approches de l'éthique en politique et au sein du gouvernement. Selon la première, l'éthique dans la vie publique consiste simplement à observer les règles énoncées dans le code de conduite pertinent. Selon la seconde, l'éthique est considérée non pas comme une question de procédure mais comme le choix volontaire et réfléchi, par un gardien de l'intérêt public, de l'action morale²¹. Les électeurs veulent savoir si leurs représentants sont capables d'intégrité. Comme l'éthique est de plus en plus codifiée, les possibilités d'exercer des choix deviennent plus rares. Il n'est dès lors guère surprenant que des chercheurs doutent de la possibilité que l'éthique réglementaire rehausse la confiance du public, dans la mesure où les règles réduisent le nombre de possibilités pour les élus et les fonctionnaires de faire preuve de probité. Néanmoins, on peut soutenir que vu l'ambiguïté des règles d'éthique codifiées, au Canada et ailleurs, les titulaires de charge publique doivent encore largement exercer leur jugement. En raison du grand nombre d'autres facteurs qui entrent en jeu, il est difficile de savoir avec certitude si, et dans quelle mesure, les régimes d'éthique ont un impact sur la confiance du public.

¹⁹ Kenneth Kernaghan, « Rules Are Not Enough: Ethics, Politics and Public Service in Ontario », dans John Langford et Allan Tupper, éd., *Corruption, Character and Conduct: Essays on Canadian Government Ethics* (Toronto : Oxford University Press, 1993).

²⁰ Rosenthal, « Effects of Legislative Ethics Law », p. 169 à 171.

²¹ Atkinson et Bierling, « Politicians, the Public and Political Ethics: Worlds Apart », p. 1007.

Les codes d'éthique sont inefficaces pour détecter et dissuader l'inconduite

La mesure dans laquelle les règles d'éthique permettent de détecter ou de dissuader l'inconduite est une autre inconnue. Il y a du scepticisme aussi à ce sujet. Les gouvernements n'évoquent pas explicitement ce but comme une raison de créer ou de modifier des règlements parce que d'aucuns pourraient y voir une reconnaissance qu'il y a eu de la corruption sous leur règne. Les arguments en faveur d'un élargissement ou d'un renforcement des lois sur l'éthique seraient assurément plus convaincants s'ils étaient étayés par la démonstration qu'elles réduisent sensiblement la corruption. Un peu paradoxalement, l'éthique réglementaire a peut-être augmenté le nombre d'incidents déclarés de corruption au fil des ans, du moins dans certains ressorts, en élargissant la définition de corruption de façon à englober une plus longue liste d'actes ou d'omissions. La recherche de Mackenzie sur les titulaires de charge publique fédérale aux États-Unis accusés de corruption publique révèle que s'il y a eu 480 cas de mise en accusation et de condamnation en 1999, il n'y en avait eu que neuf en 1970²². Diverses explications de ces chiffres peuvent être invoquées, y compris l'augmentation du nombre d'activités qui constituent une infraction aux lois sur l'éthique. Des gestes qui étaient jadis acceptables sont aujourd'hui interdits. Même si le comportement et les attitudes des titulaires de charge publique n'ont pas changé, les critères utilisés pour les juger l'ont fait. Par conséquent, la comptabilisation annuelle des mises en accusation et des condamnations pour corruption ne suffit pas pour déterminer si les abus intentionnels deviennent ou non un plus grand problème.

Comme pour toute loi visant à interdire un type de comportement, il est très difficile de savoir à quel point les comportements visés sont dissuadés. Si la fréquence du comportement interdit semble avoir diminué après l'adoption de nouvelles mesures législatives, il peut s'agir d'une indication d'un effet dissuasif, ou du fait que les délinquants ont trouvé de nouvelles façons d'échapper à la détection. On peut soutenir que les règles d'éthique ont de meilleures chances de dissuader l'inconduite si la probabilité et les conséquences d'une détection de la conduite en question surpassent les avantages procurés. La création de postes de commissaire et de comités chargés de surveiller et appliquer les lois sur l'éthique peut augmenter la probabilité d'une détection.

²² Mackenzie et Hafken, *Scandal Proof: Do Ethics Laws Make Government Ethical?*, p. 102 à 107.

Un effet secondaire en est évidemment que si davantage de cas d'inconduite sont détectés, il peut sembler que la corruption devient plus fréquente alors que ce n'est pas nécessairement le cas.

En plus des postes de commissaire à l'éthique, il y a eu une multiplication de groupes de la société civile s'employant à surveiller les gouvernements et à exposer les abus de pouvoir. L'organisme Démocratie en surveillance en est un exemple au Canada. Les sanctions pour infraction aux règles de l'éthique varient d'un ressort à l'autre et selon la gravité perçue des faits. Certaines infractions exposent à d'importantes amendes voire à des peines d'emprisonnement, mais en général la sanction est politique plutôt que juridique.

En ce qui concerne les anciens titulaires de charge publique, la détection de l'inconduite, sa dissuasion et l'imposition de sanctions sont particulièrement difficiles puisque les personnes visées sont des citoyens « privés » qui ne sont pas soumis au même niveau d'examen qu'ils ne l'ont été précédemment, et qu'ils ne sont plus vulnérables à des sanctions politiques comme le renvoi du Cabinet. Par exemple, les titulaires de charge publique canadiens sont tenus de produire des formulaires de déclaration exhaustifs sur leurs intérêts financiers. Ils doivent aussi déclarer promptement les changements à leur situation au commissaire à l'éthique. Cependant une fois qu'ils quittent leur charge publique pour rejoindre le secteur privé, ils ne sont pas tenus de communiquer avec le commissaire à l'éthique à moins qu'ils ne se livrent à du lobbying au sens de la *Loi sur les conflits d'intérêts*. Si un ancien titulaire de charge publique accepte un poste auprès d'une entreprise avec laquelle il a eu des rapports importants pendant sa dernière année en poste, ce qui serait une infraction à la *Loi sur les conflits d'intérêts*, la chose peut très bien passer inaperçue. Le commissaire à l'éthique en est réduit à compter sur les titulaires de charge publique actuels et les entreprises privées pour signaler des cas d'inconduite de la part d'anciens titulaires de charge publique.

La réglementation de l'éthique peut nuire au recrutement et à la rétention

Les publications de l'OCDE qui traitent de la gestion des conflits d'intérêts reconnaissent la nécessité d'une démarche conciliant l'intérêt public et les intérêts personnels des élus et des fonctionnaires. Des règlements trop contraignants ou trop envahissants peuvent

être nuisibles. Par exemple, certains faits indiquent que les règles d'éthique dissuadent des personnes de briguer ou de conserver une charge publique²³. Rosenson a constaté que les lois sur la divulgation ont réduit le nombre de candidats dans les élections législatives primaires des États. Ces lois envahissent la vie privée en contraignant à la publication de renseignements privés – et, dans de nombreux cas, de renseignements privés du conjoint et des enfants à charge – pour qu'ils puissent être examinés et jugés en public. Rosenson craint que ces lois puissent dissuader des personnes fortunées et par ailleurs hautement qualifiées de briguer une charge publique²⁴. La perte de leur apport potentiel doit être reconnu comme un coût des lois rigoureuses sur la divulgation. Il n'en découle nullement que ces lois devraient être rejetées, mais nous devons prendre conscience de leurs coûts.

En ce qui concerne en particulier les règles sur l'après-emploi dans la fonction publique, l'ICAC reconnaît que les personnes passant d'une charge publique au secteur privé ne devraient pas être [TRADUCTION] « limités indûment dans leur choix d'emploi »²⁵. C'est surtout le cas dans les ressorts où la réduction de la taille du gouvernement et l'impartition ont fait des charges publiques un choix de carrière à court terme plutôt qu'à long terme. Le poste d'un élu a par définition un terme limité. Confronté à la possibilité d'une défaite aux urnes, un élu ne devrait pas être assujéti à des restrictions excessives au moment de formuler des projets pour son après-mandat. Enfin, comme les ensembles de compétences nécessaires au travail dans le secteur public et le secteur privé se rapprochent de plus en plus, les échanges entre les deux mondes devraient augmenter²⁶. Les restrictions dans l'après-emploi dans la fonction publique ne devraient pas être si contraignantes qu'elles dissuaderaient des personnes compétentes d'offrir leurs services au public.

Les paragraphes précédents devaient servir de mise en garde au sujet des coûts et des limites de l'éthique réglementaire. Rien ne garantit que l'interdiction d'un acte dissuadera les titulaires de charge publique de le commettre si telle est leur intention. En 2004, après avoir étudié l'incidence de la corruption au niveau des États entre 1993 et 2002, l'organisme Corporate Crime Reporter a livré cette évaluation : [TRADUCTION]

²³ F. Anechiarico et J.B. Jacobs, *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective* (Chicago : University of Chicago Press, 1996).

²⁴ Rosenson, « Effects of Legislative Ethics Law », p. 142 à 144.

²⁵ ICAC, « Managing Post Separation Employment – Discussion Paper », p. 5.

²⁶ Ibid.

« Notre examen des condamnations pour corruption publique dans les États indique qu'il semble y avoir peu de corrélation entre lois rigoureuses et intégrité. Si un responsable public entend trahir la confiance du public, les lois ne l'en empêcheront pas. »²⁷

La relation commerciale alléguée entre le très honorable Brian Mulroney et Karlheinz Schreiber

La relation commerciale alléguée entre l'ancien premier ministre Brian Mulroney et le lobbyiste Karlheinz Schreiber est l'objet principal de la présente enquête. Même si le mandat de l'enquête dépasse les détails de la relation alléguée pour viser aussi un examen systémique de la réglementation sur l'éthique dans la période de l'après-emploi dans la fonction publique, il est important de comprendre les circonstances de ce cas précis. Il présente une occasion d'évaluer la mesure dans laquelle le régime actuel de l'éthique permet de traiter des allégations de conduite contraire à l'éthique impliquant le pouvoir exécutif. Pendant la relation alléguée, le premier ministre a été successivement premier ministre, député puis ancien titulaire de charge publique. Chacune de ces situations est assortie de responsabilités précises en vertu du régime actuel d'éthique. Les événements et actions entourant la relation commerciale alléguée entre M. Mulroney et M. Schreiber, s'ils survenaient aujourd'hui, *pourraient* soulever des questions au regard de la *Loi sur les conflits d'intérêt*, la *Loi sur le lobbying* et le *Code régissant les conflits d'intérêts des députés*. Le fait que deux de ces textes, la *Loi sur les conflits d'intérêts* et le Code des députés, exigent une interprétation de la part du commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique signifie que nous ne pouvons prévoir avec certitude quelles mesures le régime d'éthique imposerait, le cas échéant. C'est le cas en particulier en ce qui concerne la *Loi sur les conflits d'intérêts*, qui est relativement récente et n'a guère été éprouvée.

Au moment d'écrire ces lignes, le commissaire à l'éthique n'était pas encore intervenu dans le cas d'une plainte portant sur la réglementation de l'emploi dans l'après-mandat prévue par la loi. Par conséquent, nous ne disposons d'aucun précédent qui aiderait à tirer des conclusions sur la façon dont les règles pourraient être interprétées. Dans la *Loi sur les conflits d'intérêts* comme dans le Code des députés, diverses dispositions contiennent des termes et des expressions qui exigent une interprétation. Par

²⁷ Corporate Crime Reporter, *Public Corruption in the United States* (Washington, DC, 2004), p. 7.

exemple, l'article 33 de la Loi interdit à un ancien titulaire de charge publique de « tirer un avantage indu de sa charge antérieure »²⁸. Il n'est pas évident de savoir ce qui constitue une infraction en vertu de cet article puisque la loi ne présente aucune définition d'un « avantage indu ». C'est dire que les règles écrites ne constituent qu'une composante du régime d'éthique; la façon dont le commissaire à l'éthique aborde les situations est aussi un facteur important.

La Loi sur les conflits d'intérêts

La *Loi sur les conflits d'intérêts* vise aussi bien les titulaires de charge publique que les anciens titulaires de charge publique. Si les règles actuelles avaient été en vigueur pendant la période des transactions commerciales alléguées entre M. Mulroney et M. Schreiber, l'ancien premier ministre aurait été soumis à des obligations en vertu de divers articles de la Loi. L'article 24 précise qu'un titulaire de charge publique, y compris un ministre, doit communiquer toute offre d'emploi de l'extérieur dans les sept jours après qu'il l'a reçue. Il est allégué que Karlheinz Schreiber a rencontré le premier ministre Brian Mulroney le 23 juin 1993 et qu'ils auraient alors conclu une entente sur un engagement de consultation pour M. Mulroney. Le terme « emploi » n'est pas défini dans la *Loi sur les conflits d'intérêt*, mais un commissaire à l'éthique pourrait juger qu'un engagement de consultation constitue un emploi. M. Mulroney était encore premier ministre à ce moment, de sorte qu'en vertu des règles d'aujourd'hui, il aurait vraisemblablement dû communiquer l'offre et son acceptation au commissaire à l'éthique. Cependant, il est possible que d'autres restrictions imposées aux anciens titulaires de charge publique par la *Loi sur les conflits d'intérêts* et la *Loi sur le lobbying* auraient interdit à M. Mulroney d'accepter l'offre de contrat de M. Schreiber.

Par voie d'affidavit souscrit en novembre 2007, M. Schreiber a allégué qu'il avait engagé M. Mulroney afin d'appuyer ses « efforts en vue de faire approuver l'établissement d'une usine de construction de véhicules blindés légers en Nouvelle-Écosse ou au Québec »²⁹. La réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique

²⁸ *Loi sur les conflits d'intérêts*, L.C. 2006.

²⁹ David Johnston, *Rapport du conseiller indépendant concernant les allégations au sujet des transactions financières entre M. Karlheinz Schreiber et le très honorable Brian Mulroney* (2008), p. 1, en ligne : www.pco-bcp.gc.ca/docs/information/publications/ria-rci/complete-complet-fra.pdf.

limite les formes d'appui qu'un ancien titulaire de charge publique peut offrir dans un cas semblable. Le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les conflits d'intérêts* indique qu'il est interdit à un ex-titulaire de charge publique « d'intervenir » pour le compte de toute personne ou entité auprès « d'un ministère, d'un organisme, d'un conseil, d'une commission ou d'un tribunal avec lequel il a eu des rapports officiels directs et importants » au cours de la dernière année de son emploi public³⁰. Pour les anciens ministres cette restriction s'applique pendant deux ans. On peut supposer que cette disposition interdirait à un ancien premier ministre d'intervenir auprès de *tout* ministère puisqu'il aurait eu des rapports « directs et importants » avec chaque ministère pendant qu'il occupait sa charge. Si la relation commerciale alléguée entre M. Mulroney et M. Schreiber avait eu lieu aujourd'hui, cette disposition aurait interdit à M. Mulroney d'intervenir auprès d'anciens collègues pour le compte de M. Schreiber sans toutefois exclure qu'il travaille pour M. Schreiber tant qu'il ne communiquait pas directement avec des titulaires de charge publique au sujet du dossier de M. Schreiber. La *Loi sur le lobbying* prévoit une restriction semblable, mais sur une période de cinq ans. La *Loi sur les conflits d'intérêts* interdit par ailleurs aux anciens ministres d'intervenir auprès d'un ministre qui faisait partie du Cabinet en même temps qu'eux³¹. Si cette règle avait existé en 1993, elle se serait appliquée à M. Mulroney du 25 juin 1993, lorsqu'il a démissionné comme premier ministre, jusqu'à juin 1995.

Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les conflits d'intérêts* interdit à un ex-titulaire de charge publique de conclure un contrat de travail avec une entité privée avec laquelle il a eu des « rapports officiels directs et importants » dans la dernière année de son emploi dans la fonction publique, ou d'accepter une nomination d'une telle entité. Cette disposition interdirait à un ancien premier ministre de conclure une telle entente avec toute entité privée avec laquelle il a travaillé en tant que titulaire de charge publique, que cette entente prévoie ou non qu'il intervienne directement auprès de titulaires de charge publique. L'application de cette disposition à une situation comme la relation alléguée entre M. Mulroney et M. Schreiber dépendrait de la mesure dans laquelle le titulaire de charge publique avait eu des « rapports officiels directs et importants » avec l'entité

³⁰ *Loi sur les conflits d'intérêts*.

³¹ *Ibid.*

privée en cause dans l'année avant sa démission. En l'espèce, les faits ne sont pas établis clairement et, quoi qu'il en soit, il reviendrait au commissaire à l'éthique de déterminer si le seuil des « rapports directs et importants » avait été franchi. Dans ses rapports, le conseiller indépendant David Johnston a résumé les 25 ans d'antécédents entre les deux hommes. Il été allégué qu'ils étaient liés en vertu de la relation entre Air Canada et Airbus. Cependant, comme M. Johnston le précise, le dossier présent vise uniquement les circonstances et les allégations entourant la somme versée par M. Schreiber à M. Mulroney en 1993. M. Schreiber a soutenu qu'en échange de ce montant, M. Mulroney devait [TRADUCTION] « aider à promouvoir le projet d'une usine de construction de véhicules blindés légers, le projet Bear Head, pour le compte du client de M. Schreiber, Thyssen AG »³². M. Schreiber était administrateur de BMI, qui contrôlait Bear Head Industries – une entreprise de lobbying constituée pour presser Ottawa d'appuyer le projet Bear Head. Le gouvernement fédéral a confirmé son appui au projet en septembre 1988, mais l'a retiré au début des années 1990 par suite d'une opposition du public et d'un examen interne.

La date à laquelle le projet a été annulé est pertinente. Selon les règles d'aujourd'hui, si le dossier avait été actif pendant la dernière année en poste du premier ministre Mulroney et si le premier ministre avait eu des « rapports officiels directs et importants » avec M. Schreiber en tant qu'« entité » au sens de la *Loi sur les conflits d'intérêts*, il n'aurait pas été autorisé à travailler ou agir pour lui à quelque titre que ce soit pendant deux ans après son emploi dans la fonction publique. On peut soutenir que comme un premier ministre a le pouvoir d'influer sur tout dossier et a des rapports avec chaque ministère, si cette règle doit s'appliquer à la relation alléguée, la disposition devrait être interprétée au sens large comme interdisant à un premier ministre dans la situation de M. Mulroney de travailler ou d'agir pour une personne dans la situation de M. Schreiber. Quoi qu'il en soit, la disposition évoquée précédemment qui interdit aux anciens ministres d'intervenir auprès d'anciens collègues du Cabinet aurait interdit à un ancien premier ministre dans la situation de M. Mulroney de *communiquer* directement avec des ministres pour les encourager à appuyer le projet.

³² Brodie Fenlon et Rhéal Séguin, « Mulroney had nothing to do with Airbus: Schreiber », *Globe and Mail* (4 décembre 2007).

Le paragraphe 34(1) de la *Loi sur les conflits d'intérêts* interdit le « changement de bord ». Il interdit à tout ex-titulaire de charge publique :

d'agir au nom ou pour le compte d'une personne ou d'un organisme relativement à une instance, une opération, une négociation ou une autre affaire à laquelle la Couronne est partie et dans laquelle il a représenté ou conseillé celle-ci.

Encore une fois, l'applicabilité de cette disposition dépend de l'interprétation du commissaire à l'éthique. Son libellé indique toutefois que si un ministre a joué quelque rôle que ce soit dans un dossier, fût-ce à titre consultatif, il lui serait interdit d'agir à l'encontre des intérêts de l'État dans ce dossier une fois passé dans le secteur privé. La Loi confère au commissaire à l'éthique le pouvoir de faire enquête sur les soupçons de non-conformité. Si le commissaire à l'éthique recevait une demande d'enquête sur une violation alléguée de cette disposition, son enquête comprendrait assurément le fait de déterminer l'étendue de la participation du ministre au dossier en cause.

Le paragraphe (2) du même article interdit à un ex-titulaire de charge publique de donner à des clients des conseils fondés sur des renseignements obtenus dans son rôle antérieur et qui ne sont pas accessibles au public. C'est-à-dire que même après avoir quitté leur charge publique, les titulaires de charge publique conservent un devoir de loyauté envers l'État. Ils ne peuvent pas utiliser des renseignements confidentiels pour procurer un avantage concurrentiel indu à une entreprise privée. Il peut être difficile de détecter les infractions à cette disposition, mais la règle vise à dissuader les ex-titulaires de charge publique d'abuser des privilèges d'une charge publique une fois qu'ils entrent dans le secteur privé.

Le Code régissant les conflits d'intérêts des députés

Le 25 juin 1993, Brian Mulroney a démissionné de son poste de premier ministre et Kim Campbell lui a succédé, mais il est resté député de Charlevoix jusqu'au 8 septembre 1993. Selon les règles d'aujourd'hui, le *Code régissant les conflits d'intérêts des députés* aurait été d'application pendant que M. Mulroney était premier ministre et après qu'il a démissionné du Cabinet, jusqu'à la dissolution du Parlement en septembre. L'article 7 du Code explique qu'à moins d'être un ministre ou un secrétaire parlementaire et dès lors qu'il se conforme au Code, un député peut occuper un emploi extérieur ou exploiter une

entreprise. Cependant, l'article 21 du Code exige que les députés remettent au commissaire à l'éthique un formulaire de déclaration décrivant leurs propres intérêts personnels ainsi que ceux des membres de leur famille. Un sommaire de ces déclarations est accessible au public pour examen. Les députés sont tenus de déclarer tout revenu de plus de 1 000 \$ gagné dans les 12 mois précédant la présentation de la déclaration ainsi que tout revenu de plus de 1 000 \$ prévu dans l'année à venir³³. En conséquence, si ces règles avaient été d'application entre le 25 juin et le 8 septembre 2003, M. Mulroney aurait dû déclarer tout revenu gagné dans l'année précédente et prévu dans l'année à venir, et en préciser la source. (La *Loi sur les conflits d'intérêts* prévoit aussi des déclarations, exigeant que les ministres en poste déclarent entre autres leurs biens, leurs dettes et leurs revenus. Même si elles avaient été d'application pendant la relation alléguée entre M. Mulroney et M. Schreiber, elles ne l'auraient pas été après la démission de M. Mulroney du Cabinet.)

En ce qui concerne le code des parlementaires, il faut noter que les députés présentent leur première déclaration dans les 60 jours suivant leur élection et, sauf changement dans leur situation, des mises à jour une fois l'an. Ils disposent de 60 jours pour déclarer tout changement important par rapport à leur déclaration. Par conséquent si un député faisait l'acquisition d'intérêts personnels entraînant un conflit au regard des exigences du Code, le commissaire à l'éthique pourrait l'ignorer pendant deux mois.

Résumé

La section précédente explique comment le régime d'éthique actuel pourrait avoir traité les allégations au sujet de la relation commerciale entre Karlheinz Schreiber et le très honorable Brian Mulroney. La question suivante figure parmi celles qui ont été soumises à la Commission : « Ces transactions commerciales et financières seraient-elles aujourd'hui assujetties à des règles ou lignes directrices en matière d'éthique? » Les lignes directrices du gouvernement canadien en matière d'éthique dans l'après-mandat sont détaillées par rapport aux normes internationales, et les événements en cause *pourraient* y avoir été assujettis. La *Loi sur les conflits d'intérêts* aurait exigé que

³³ Parlement du Canada, *Code régissant les conflits d'intérêts des députés* (2004), en ligne : www.parl.gc.ca/information/about/process/house/standingorders/appa1-f.htm.

M. Mulroney communique l'offre d'un engagement de consultation que M. Schreiber lui aurait présentée le 23 juin 1993. En outre, les exigences de divulgation contenues dans le Code des députés l'auraient obligé à déclarer les trois paiements que M. Schreiber lui aurait semble-t-il versés. Même si deux de ces paiements auraient été versés après que M. Mulroney a cessé d'être un député, les règles de divulgation des députés exigent qu'ils déclarent tout revenu de plus de 1000 \$ qu'ils prévoient recevoir dans l'année suivante. Aussi bien la *Loi sur les conflits d'intérêts* que la *Loi sur le lobbying* imposent une période de restriction pendant laquelle les ex-titulaires de charge publique doivent s'abstenir d'intervenir auprès d'anciens collègues titulaires de charge publique. La *Loi sur les conflits d'intérêts* interdit aux ex-titulaires de charge publique de travailler à quelque titre que ce soit pour des entreprises privées avec lesquelles ils ont eu des rapports « directs et importants » pendant la dernière année de leur charge publique. Cette interdiction s'applique aux ministres pendant deux ans après la fin de leur emploi dans la fonction publique.

La principale raison de conclure que les événements et circonstances en cause *pourraient* avoir été assujettis au régime d'éthique actuel est que certaines des dispositions de la *loi sur les conflits d'intérêts* sont formulées de sorte qu'elles sont sujettes à interprétation par le commissaire à l'éthique. Celui-ci dispose d'une importante latitude pour déterminer ce qui constitue une violation de la Loi. Par exemple, il lui revient de décider si les rapports officiels d'un titulaire de charge publique avec une entreprise privée sont « directs et importants », et si un ex-titulaire de charge publique a tiré un « avantage indu » de son ancienne charge publique. La façon dont le commissaire à l'éthique aborde ces questions est une variable inconnue, surtout au vu du fait qu'au moment d'écrire ces lignes, il n'y a pas eu une seule enquête concernant la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique en vigueur au palier fédéral.

Dans la section suivante, je compare les règles canadiennes sur l'après-emploi dans la fonction publique à celles des États-Unis, du Royaume-Uni et de l'Australie. J'évoque aussi les régimes d'éthique en place dans les provinces canadiennes. En ce qui concerne la réglementation de l'éthique, il semble y avoir convergence des politiques fédérales et provinciales. Même si les régimes provinciaux ont pris forme à des rythmes

différents, ils sont semblables au régime fédéral en ce qui concerne le contenu des codes d'éthique et les mécanismes d'application.

Évaluation comparative de la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique

L'analyse comparative est divisée en deux grandes sections. La première traite de la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique au Canada, aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie. Je précise quels sont les quatre types de comportement interdits par la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique, et je compare la façon dont les différents régimes d'éthique réglementent chacun d'eux. La deuxième section porte sur les mécanismes prévus par chaque régime pour administrer les règles et encourager à leur observation. J'ai structuré la partie du rapport consacrée à l'analyse comparative selon des thèmes plutôt que d'aborder successivement chaque pays. Je voulais ainsi éviter la répétition et permettre au lecteur de comparer plus facilement les composantes des régimes.

Quels comportements et situations les règles sur l'après-emploi dans la fonction publique réglementent-elles?

Dans son livre *Conflict of Interest in American Public Life*, Andrew Stark explique que les règles sur l'après-emploi dans la fonction publique visent à interdire quatre types de comportement : l'influence; la quête de bonnes grâces; l'exploitation; et le changement de bord³⁴. Dans ce contexte, l'*influence* dont il s'agit est celle qu'une fois passés au secteur privé, d'anciens titulaires de charge publique pourraient exercer auprès d'anciens collègues pour le compte de clients privés. Les cas de *quête de bonnes grâces* débutent avant qu'une personne quitte sa charge publique, par exemple en favorisant une entité privée dans l'espoir d'en être récompensé à l'avenir – peut-être par une offre d'emploi. L'*exploitation* consiste à tirer un profit personnel ou privé d'une expérience de titulaire de charge publique. Le *changement de bord* est le fait pour un ancien titulaire de charge publique d'agir dans un même dossier *contre* les intérêts de l'État alors qu'il avait auparavant agi *pour* les intérêts de l'État. Dans la présente section, j'explique plus avant

³⁴ Andrew Stark, *Conflict of Interest in American Public Life* (Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 2000), p. 96 à 104.

ces concepts en passant en revue les quatre régimes d'éthique afin de démontrer comment chacun tente de réglementer ces comportements. J'aborde aussi brièvement la réglementation que le président américain Barack Obama a mise de l'avant en janvier 2009, et je donne un bref aperçu de la réglementation américaine concernant les entités étrangères.

Influence

Les règles interdisant l'*influence* semblent reposer sur l'hypothèse qu'un ancien titulaire de charge publique représentant une entité privée pourrait exercer une influence particulière auprès d'anciens collègues, ce qui procurerait à l'entité en cause un avantage déloyal par rapport à ses concurrents. Ces règles supposent donc que le jugement de titulaires de charge publique en poste pourrait être entravé par leur vulnérabilité à des interventions de lobbying de la part d'un ancien collègue, ce qui *pourrait* signifier que l'intérêt public serait compromis pour faire suite aux demandes de l'ancien collègue. La menace perçue pour l'intérêt public réside dans la possibilité que le jugement des titulaires de charge publique actuels soit entravé. Les règles visant l'influence cherchent à parer à la possibilité d'entrave au jugement en préservant les titulaires de charge publique du problème d'éthique consistant à rester neutres face aux pressions exercées par un ancien collègue. Le public est censé être rassuré du fait que les titulaires de charge publique n'auront pas à affronter une telle situation, de sorte que leur capacité de distinguer le bien du mal ne serait pas mise en cause.

La plupart des codes d'éthique interdisent l'influence en exigeant que les anciens titulaires de charge publique s'abstiennent d'intervenir auprès d'anciens collègues pendant une certaine période, mais la longueur de la période prescrite varie. La *Loi sur les conflits d'intérêts* du Canada interdit aux ex-titulaires de charge publique d'intervenir « pour le compte ou au nom de toute personne ou entité auprès d'un ministère, d'un organisme, d'un conseil, d'une commission ou d'un tribunal avec lequel il a eu des rapports officiels directs et importants au cours de l'année ayant précédé la fin de son mandat »³⁵. Pour la plupart des anciens titulaires de charge publique, cette règle s'applique pendant un an après qu'ils ont quitté leur charge publique, mais les anciens

³⁵ *Loi sur les conflits d'intérêts.*

ministres et secrétaires d'état y sont astreints pendant deux ans. Un certain nombre de provinces du Canada ont des codes d'éthique qui interdisent aux anciens ministres et hauts fonctionnaires d'intervenir auprès d'anciens collègues, pendant des périodes variant de six mois dans le cas de l'Île-du-Prince-Édouard à deux ans dans le cas de la Colombie-Britannique. Au palier fédéral, la *Loi sur les conflits d'intérêts* interdit aux anciens ministres d'intervenir auprès d'un ancien collègue faisant encore partie du Cabinet. L'hypothèse est que l'association entre collègues au Cabinet, dans ce dernier cas, et entre collègues au sein d'un ministère, dans le premier cas, confère à un ministre qui vient de quitter ses fonctions une plus grande capacité d'influencer les décisions de son interlocuteur.

Au Canada, la *Loi sur le lobbying* fait partie du régime d'éthique visant l'influence. Elle exige que les titulaires d'une charge publique désignée s'abstiennent de devenir lobbyistes pendant cinq ans après leur emploi dans la fonction publique. Le lobbying est défini comme le fait, moyennant paiement, de ménager pour un tiers une entrevue avec un titulaire de charge publique ou de communiquer avec un titulaire de charge publique au sujet d'initiatives visant entre autres les lois, la réglementation, les politiques et les programmes du gouvernement, les subventions et contributions ou « d'autres avantages financiers » octroyés par le gouvernement ou en son nom³⁶. Ainsi pour être considéré comme un lobbyiste, une personne doit recevoir une forme de paiement. C'est là une des incongruités notables entre la *loi sur les conflits d'intérêts* et la *Loi sur le lobbying*. La première interdit aux anciens titulaires de charge publique d'intervenir auprès d'anciens collègues au sein d'un ministère pour le compte de clients privés, qu'il y ait ou non paiement. Elle comble donc une lacune possible de la *Loi sur le lobbying*. Une deuxième différence entre les deux lois est que la *Loi sur le lobbying* interdit aux titulaires d'une charge publique désignée d'intervenir auprès de *tout* titulaire de charge publique peu importe le ministère ou l'organisme en cause. La *Loi sur les conflits d'intérêts* interdit aux anciens titulaires de charge publique d'intervenir auprès d'anciens collègues avec lesquels ils ont eu « des rapports officiels directs et importants » dans la dernière année de leur charge publique³⁷.

³⁶ *Loi sur le lobbying*, 1995.

³⁷ *Loi sur les conflits d'intérêts*, par. 35(1).

Troisièmement, la *Loi sur le lobbying* interdit aux anciens titulaires d'une charge publique désignée de *communiquer* avec un titulaire de charge publique pour le compte de clients privés et payants, que ce soit pour ménager une entrevue ou pour exercer directement du lobbying. La Loi n'empêche nullement les anciens titulaires de charge publique d'accepter un poste ou une nomination auprès d'une entreprise privée; elle leur interdit uniquement d'exercer du lobbying auprès de titulaires de charge publique avant la fin d'une période de cinq ans. La *Loi sur les conflits d'intérêts* est plus contraignante : elle interdit aux ex-titulaires de charge publique d'accepter une nomination, un contrat ou un emploi de la part d'une entreprise privée avec laquelle ils ont eu des rapports dans la dernière année de leur emploi dans la fonction publique. Cependant, comme on l'a vu plus haut, la relation doit avoir été assortie de « rapports officiels directs et importants » pour que l'interdiction entre en jeu. Pour les besoins de la Loi et de son application, il incombe au commissaire à l'éthique d'interpréter ce que cela signifie, ce qui n'empêche pas les journalistes et le public vigilant de tirer leurs propres conclusions sur ce qui est convenable.

Aux États-Unis, il est interdit aux anciens hauts fonctionnaires, employés et élus des pouvoirs tant législatif qu'exécutif d'influencer d'anciens collègues. La disposition 18 USC 207 (c) interdit aux anciens hauts fonctionnaires et employés du pouvoir exécutif de communiquer avec le personnel de leur ancien ministère ou de comparaître devant eux dans l'intention de les influencer pour le compte d'une autre personne³⁸. Cette règle s'applique désormais à tous les employés pour deux ans après la fin de leur emploi dans la fonction publique, en vertu de modifications prévues par la *Honest Leadership and Open Government Act* et par les nouvelles règles édictées par l'administration du président Obama, qui sont entrées en vigueur respectivement en 2007 et en janvier 2009. Autre conséquence des modifications récentes voulues par le président Obama, il est interdit aux personnes nommées par le pouvoir exécutif qui quittent le gouvernement pour devenir lobbyistes d'intervenir auprès de [TRADUCTION] « tout responsable

³⁸ 18 USC 207.

désigné du pouvoir exécutif ou tout cadre supérieur nommé par l'Exécutif et qui n'est pas un fonctionnaire de carrière, pendant le reste du mandat du président »³⁹.

Les sénateurs sont tenus d'attendre deux ans après la fin de leur mandat avant de communiquer avec tout membre, haut fonctionnaire ou employé d'une ou l'autre des chambres du Congrès ou tout employé d'une instance législative, ou de comparaître devant eux, pour le compte d'une autre personne en vue de les influencer dans leurs fonctions officielles. Les membres et les hauts fonctionnaires de la Chambre des représentants doivent respecter les mêmes restrictions, mais seulement pendant un an⁴⁰.

On peut supposer que les législateurs américains sont soumis à ces règles pour parer à la possibilité que leur jugement soit entravé par des pressions exercées par d'anciens collègues. Comme l'expliquent Moncrief et Thompson, le Congrès américain est un organe législatif par opposition à un organe habilité à accorder ou retirer la confiance envers le gouvernement, ce qui donne à ses membres sensiblement plus de liberté et d'autonomie⁴¹. Leurs votes ne sont pas encadrés par la discipline de parti de la même façon que le sont ceux des députés canadiens, et ils ont le pouvoir de proposer des mesures impliquant des dépenses – y compris des contrats et des subventions. Ces facteurs exposent les membres du Congrès à des tentatives d'influence de la part de groupes d'intérêt, d'électeurs et de lobbyistes. Les anciens membres doivent respecter une période de restriction après leur mandat avant de pouvoir intervenir auprès d'anciens collègues, au nom de l'hypothèse que leur familiarité avec les membres en poste leur permettrait d'exercer une influence indue.

En comparaison, les membres du Parlement canadien qui ne font pas partie du Cabinet ne sont pas soumis à des restrictions quant à leurs possibilités d'emploi au terme de leur mandat. Ils ont moins de pouvoir et moins d'autonomie que leurs homologues américains, et donc sont moins exposés à une influence indue de sorte que de telles restrictions paraissent inutiles.

Au Royaume-Uni, on s'attend à ce que les ministres étudiant des options d'emploi après leur mandat demandent conseil à l'Advisory Committee on Business Appointments

³⁹ États-Unis, White House, *Executive Order – Ethics Commitments by Executive Branch Personnel* (21 janvier 2009).

⁴⁰ *Honest Leadership and Open Government Act 2007*.

⁴¹ Gary Moncrief et Joel Thompson, « Contrasting the American and Canadian Subnational Legislatures », *Canadian Parliamentary Review* 13:3 (1990).

avant d'accepter une offre. Il ne s'agit pas d'une obligation imposée par la loi, mais elle est prévue par le Code ministériel publié par le Cabinet Office⁴². Même si elle n'a pas force de loi, l'exigence est respectée « largement et de plein gré »⁴³. Le comité est un organe public indépendant et non gouvernemental composé de sept membres nommés par le premier ministre.

La seule contrainte visant expressément les genres d'emploi qu'un ancien ministre peut accepter qui soit mentionnée dans le code consiste en l'exigence de demander l'avis du comité. Chaque cas est examiné individuellement à la lumière de ses propres circonstances. Lorsque les anciens ministres consultent le comité sur des possibilités d'emploi, les réponses données par le comité sont publiées lorsqu'elles sont positives et que l'emploi en cause a été accepté. La liste des réponses est mise à jour tous les mois.

Le Code ministériel ne contient aucune règle explicite interdisant l'influence, la quête de bonnes grâces, l'exploitation ou le changement de bord comme c'est le cas au Canada et aux États-Unis. Cependant, on s'attend à ce que les membres du comité observent les lignes directrices officielles qui découragent expressément l'exploitation et l'apparence de la quête de bonnes grâces. Ces aspects sont abordés dans les sections pertinentes ci-dessous. Je veux ici souligner le fait que les lignes directrices visent l'*apparence* d'une irrégularité autant qu'une irrégularité véritable. Par exemple, les membres du comité sont appelés à examiner la mesure dans laquelle l'acceptation d'une nomination [TRADUCTION] « donnerait lieu dans le public à une préoccupation d'un degré ou d'une nature tels qu'il serait justifié de conseiller à l'ancien ministre de respecter un délai avant d'accepter la nomination ou de considérer la nomination comme étant inconvenante »⁴⁴. Les dispositions liminaires reconnaissent que s'il est important et « dans l'intérêt public » que les anciens ministres envisagent des possibilités dans le secteur privé après leur mandat, leurs projets ne doivent entraîner « aucun soupçon d'irrégularité ». Les anciens ministres doivent demander l'avis du comité sur les

⁴² Royaume-Uni, Cabinet Office, *Ministerial Code: A Code of Ethics and Procedural Guidance for Ministers* (juillet 2007), en ligne : www.cabinetoffice.gov.uk/media/cabinetoffice/propriety_and_ethics/assets/ministerial_code_current.pdf.

⁴³ Gareth Griffith, *The Regulation of Lobbying* (Nouvelle-Galles du Sud : Parliamentary Library Research Service, juin 2008), 24.

⁴⁴ Royaume-Uni, Advisory Committee on Business Appointments, *Guidelines on the Acceptance of Appointments or Employment outside Government by Former Ministers of the Crown* (décembre 2008), en ligne : www.acoba.gov.uk/media/acoba/assets/guidelines.pdf.

nominations dans les deux années suivant la fin de leur mandat. Les membres du comité sont autorisés à communiquer avec l'ancien ministre du requérant pour déterminer s'il a eu quelque relation avec l'entité privée en cause qui ferait que la nomination engendrerait des soupçons.

Les lignes directrices ne précisent pas les comportements qui équivaldraient à une « influence ». Elles visent surtout l'apparence d'une quête de bonnes grâces, où soit des offres d'emploi pourraient mettre en cause le jugement exercé par un ministre avant qu'il ne quitte son poste, soit il pourrait y avoir utilisation de renseignements à mauvais escient. Elles n'expriment aucune préoccupation précise quant à la possibilité que le jugement de ministres en poste puisse être entravé par le lobbying d'anciens collègues. Les lignes directrices interdisent surtout aux ministres de travailler pour des entreprises avec lesquelles ils ont pu être en rapport pendant leur mandat. Elles précisent que les anciens ministres devraient attendre trois mois avant de passer au secteur privé, mais ne prévoient aucune autre période de restriction. Par conséquent, les anciens ministres peuvent ne pas avoir à attendre très longtemps avant de pouvoir exercer du lobbying auprès d'anciens collègues pour le compte d'une entité privée. Toutefois, les membres du comité se sont montrés sensibles à la possibilité d'influence indue et ont de leur propre chef découragé d'anciens ministres d'exercer du lobbying auprès d'anciens collègues. Par exemple, après avoir quitté sa charge publique en juin 2007, l'ancien premier ministre Tony Blair a demandé l'avis du comité sur diverses possibilités d'emploi après son départ de la fonction publique. Une d'elles était auprès de JP Morgan Chase and Co., qui proposait à M. Blair un poste de conseiller et consultant. Le comité a indiqué à M. Blair qu'il pouvait accepter le poste [TRADUCTION] « immédiatement », mais a nuancé son approbation en ajoutant que « pendant 12 mois après avoir quitté son poste, il ne devrait pas participer personnellement au lobbying auprès de ministres ou fonctionnaires du gouvernement du Royaume-Uni pour le compte de son nouvel employeur ou de ses clients »⁴⁵. Dans son neuvième rapport, publié en 2008, le comité a mentionné un avis que le Public Administration Select Committee, relevant du Parlement, a présenté au gouvernement au sujet du lobbying : qu'il était [TRADUCTION] « inapproprié que

⁴⁵ Royaume-Uni, Advisory Committee on Business Appointments, « Advice Given on Appointments Taken up by Former Ministers: 1 April 2006 – 31 March 2008 », *Ninth Report 2006–2008*, p. 18, en ligne : www.acoba.gov.uk.

d'anciens préposés de la Couronne passent presque directement à des postes dans lesquels ils pourraient exercer du lobbying auprès d'anciens ministres ou collègues »⁴⁶. Le gouvernement a répondu en s'associant à cette préoccupation, tout en insistant que la décision de limiter l'activité de lobbying d'un ancien titulaire de charge publique devait être prise [TRADUCTION] « selon les circonstances de chaque cas »⁴⁷.

Il n'y a pas au Royaume-Uni, comme c'est le cas au Canada et aux États-Unis, de réglementation visant les entreprises d'affaires publiques pratiquant le lobbying pour divers clients, mais le Public Administration Select Committee mène présentement une enquête sur la question. Il est possible que des restrictions soient à l'avenir imposées aux activités de lobbying des anciens titulaires de charge publique, surtout si le comité s'inspire de ce qui se fait en Amérique du Nord.

Quête de bonnes grâces

Les comportements relevant de la *quête de bonnes grâces* débutent avant qu'un titulaire de charge publique ne passe au secteur privé. Ainsi, un titulaire de charge publique pourrait pratiquer du favoritisme envers une entité privée dans l'espoir d'en être personnellement récompensé par la suite. Au Canada, la *Loi sur les conflits d'intérêt* vise à y parer de trois façons. Premièrement, elle interdit à un ancien titulaire de charge publique d'accepter un contrat, une nomination à un conseil d'administration ou une offre d'emploi de la part « d'une entité avec laquelle il a eu des rapports officiels directs et importants au cours de l'année ayant précédé la fin de son mandat »⁴⁸. Le sens de « rapports importants » dépend de l'interprétation qu'en fait le commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique. Deuxièmement, elle exige que les titulaires de charge publique communiquent au commissaire à l'éthique toute offre d'emploi « ferme » dans un délai de sept jours. Les offres acceptées doivent aussi être communiquées au premier ministre ou au ministre pertinent. Le commissaire à l'éthique peut ainsi reconnaître les cas éventuels de quête de bonnes grâces avant que le titulaire de charge publique ne quitte sa charge. Troisièmement, l'article 10 de la Loi interdit aux titulaires de charge publique de

⁴⁶ Royaume-Uni, HC, Public Administration Select Committee, « The Business Appointment Rules », par. 27, HC 651 – Sixth Report of Session 2006–07.

⁴⁷ Royaume-Uni, HC, « The Business Appointment Rules: Government Response to the Committee's Sixth Report of Session 2006-07 », HC 1087 – Third Special Report of Session 2006–07, p. 2.

⁴⁸ *Loi sur les conflits d'intérêts*.

se laisser influencer dans l'exercice de leurs fonctions officielles par « des projets ou des offres d'emploi de l'extérieur »⁴⁹. Les parades à la quête de bonnes grâces visent à supprimer la possibilité que les titulaires de charge publique soient influencés dans leur rôle de gardiens de l'intérêt public par des offres d'emploi futur. On craint que leur jugement pourrait être entravé par de telles perspectives puisque leurs intérêts personnels pourraient être opposés à l'intérêt public.

Certaines provinces ont aussi des règles contre la quête de bonnes grâces. En Alberta, la *Conflicts of Interest Act* interdit aux anciens ministres d'accepter un emploi de personnes ou d'entités avec lesquelles ils ont eu des rapports importants dans leur dernière année comme membres du pouvoir exécutif. Cette restriction s'applique pendant un an après qu'ils ont quitté leur charge publique⁵⁰.

Aux États-Unis, la quête de bonnes grâces est un crime. La loi américaine interdit aux membres et employés du pouvoir exécutif de participer à des décisions gouvernementales qui pourraient toucher les intérêts d'organisations extérieures auprès desquelles elles cherchent à obtenir un emploi⁵¹. Aux États-Unis, il est admissible (et bien vu) que des responsables publics se refusent de certaines décisions et transactions gouvernementales pour s'assurer la liberté de chercher un emploi extérieur. Tant qu'ils n'ont pas des intérêts partagés qui pourraient entraver leur jugement à titre de responsables publics, ils respectent les paramètres de la règle. L'Office of Government Ethics, chargé de prévenir ou régler les conflits d'intérêts au sein du pouvoir exécutif aux États-Unis, précise ce que sont des activités de recherche d'emploi :

[TRADUCTION]

- un employé a entamé des négociations en vue d'obtenir un emploi;
- un employeur potentiel a communiqué avec l'employé au sujet d'un emploi possible, et l'employé y a réagi sans rejeter la possibilité;
- un employé a communiqué avec un employeur potentiel au sujet d'un emploi possible (à moins que le seul but de la communication soit de demander un formulaire de demande ou si la personne avec laquelle il a communiqué est

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ *Conflicts of Interest Act*, RSA 2000, ch. C-23.

⁵¹ 18 USC 208.

touché par les fonctions de l'employé uniquement en tant que membre d'une industrie).⁵²

Comme on l'a vu plus haut, le Code ministériel du Royaume-Uni exige que les anciens ministres demandent l'avis de l'Advisory Committee on Business Appointments avant d'accepter une offre d'emploi dans les deux ans après la fin de leur mandat. Les lignes directrices qui guident les décisions du comité encouragent les membres à tenir compte de la possibilité qu'une nomination donne lieu à l'apparence d'une quête de bonnes grâces. En particulier, ils doivent se demander si la personne a été, en tant que ministre, dans une situation qui pourrait [TRADUCTION] « l'exposer à la supposition que la nomination est une forme de récompense pour faveurs accordées »⁵³.

Exploitation

Il y a exploitation lorsqu'un ancien titulaire de charge publique tire des avantages ou un profit personnels ou privés de son travail dans le secteur public, qu'il y ait ou non eu influence ou quête de bonnes grâces⁵⁴. Andrew Stark explique que l'exploitation peut comprendre des éléments comme le fait de tirer parti de connaissances, de compétences ou d'un statut acquis grâce à un emploi public, en vue d'obtenir des gains financiers dans le secteur privé⁵⁵. L'exploitation est interdite même si un ancien titulaire de charge publique tire des avantages personnels de son expérience précédente sans que le jugement de titulaires actuels de charge publique risque d'être entravé⁵⁶. Comme l'explique Stark :

[TRADUCTION]

En tant que telle, l'exploitation d'une charge publique relève d'un domaine au-delà même de la zone grise du *quid pro quo* où le responsable n'est ni en mesure d'influer sur des intérêts ni redevable à des intérêts, et où le jugement d'un responsable n'est donc d'aucune façon mis en cause. Bien que l'exploitation d'une charge publique soit couramment abordée comme une question de conflits d'intérêts, elle ne suppose de fait aucun conflit d'intérêts.⁵⁷

⁵² États-Unis, Office of Government Ethics, « Seeking Other Employment », en ligne : www.oge.gov/common_ethics_issues/seeking_other_emp.aspx.

⁵³ Royaume-Uni, *Guidelines on the Acceptance of Appointments or Employment Outside Government by Former Ministers*.

⁵⁴ Stark, *Conflict of Interest in American Public Life*, p. 96.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 97.

⁵⁶ Andrew Stark, « Beyond Quid Pro Quo: What's Wrong with Private Gain from Public Office? », *American Political Science Review* 91 (mars 1997).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 119.

Même si l'exploitation n'engendre pas un risque d'entrave au jugement de titulaires de charge publique, il est logique de l'interdire pour dissuader des personnes de briguer une charge publique ne serait-ce qu'en partie en vue d'en tirer ensuite un gain personnel⁵⁸. Une autre raison de limiter l'utilisation par les anciens titulaires de charge publique des connaissances et renseignements acquis dans le secteur public est de protéger les intérêts de l'État. Les responsables publics ont accès à des renseignements confidentiels dans leur rôle de gardiens de l'intérêt public. Ces renseignements ne leur appartiennent pas. Ils ne peuvent pas ensuite les publier dans leurs mémoires ou les dévoiler dans une entrevue; on s'attend à ce qu'ils respectent une certaine loyauté envers l'État.

La partie de la *Loi sur les conflits d'intérêts* du Canada concernant l'après-mandat débute par ce qui peut être considéré comme une interdiction générale de l'exploitation : « Il est interdit à tout ex-titulaire de charge publique d'agir de manière à tirer un avantage indu de sa charge antérieure. »⁵⁹ L'expression « avantage indu » n'est pas définie clairement, et serait soumise à l'interprétation du commissaire à l'éthique. En Australie, les Standards of Ministerial Ethics exigent que les anciens ministres évitent de [TRADUCTION] « tirer avantage de renseignements auxquels ils ont eu accès en tant que ministres, lorsque ces renseignements ne sont pas généralement accessibles au public »⁶⁰.

Le Code ministériel que le premier ministre britannique Gordon Brown a introduit en 2007 impose des restrictions explicites aux anciens ministres voulant publier des mémoires fondés sur la période où ils étaient titulaires d'une charge publique. Il leur interdit tant qu'ils sont en poste de rédiger ou publier des livres sur leur expérience de ministre, ou de conclure une entente sur la publication future de leurs mémoires. Une fois qu'ils ont quitté leur poste, les anciens ministres sont tenus de remettre copie des manuscrits préliminaires au secrétaire du Cabinet, et on s'attend à ce qu'ils respectent les principes énoncés dans le rapport Radcliffe de 1976. Le rapport du Committee of Privy Counsellors sur les mémoires des ministres rédigé sous la direction de lord Radcliffe

⁵⁸ Ibid., p. 114.

⁵⁹ *Loi sur les conflits d'intérêts*, art. 33.

⁶⁰ Gouvernement d'Australie. « Standards of Ministerial Ethics » (décembre 2007), p. 5, en ligne : www.dpmc.gov.au/guidelines/docs/ministerial_ethics.pdf.

recommandait que les anciens ministres soient libres de publier des mémoires portant sur leur propre travail, mais que les renseignements touchant la sécurité nationale et les relations internationales en soient exclus. En outre, le comité recommandait que les anciens ministres évitent de publier des ouvrages qui pourraient contenir : [TRADUCTION] « de l'information sur les opinions ou attitudes de collègues au sujet de toute question gouvernementale; des avis confidentiels remis aux ministres par des responsables individuels; et des renseignements sur les membres du personnel »⁶¹. Le comité recommandait que la publication d'ouvrages relevant d'une de ces catégories soit interdite pendant 15 ans après la fin du mandat public. Les membres privilégiaient l'observation volontaire de ces lignes directrices plutôt que l'imposition d'obligations ayant force de loi.

Changement de bord

La *Loi sur les conflits d'intérêts* interdit aux ex-titulaires de charge publique d'agir « au nom ou pour le compte d'une personne ou d'un organisme relativement à une instance, une opération, une négociation ou une autre affaire à laquelle la Couronne est partie et dans laquelle il a représenté ou conseillé celle-ci ». Le paragraphe suivant cette indication interdit aux ex-titulaires de charge publique de donner à des clients privés des renseignements obtenus pendant leur mandat et qui ne sont pas accessibles au public⁶². Ces règles ne sont pas limitées dans le temps, de sorte que les ex-titulaires de charge publique ne sont jamais autorisés à « changer de bord » dans une affaire à laquelle ils ont participé directement pour le compte du gouvernement. Comme le souligne Stark, le fait d'agir pour un client privé à l'encontre de l'État est considéré comme un manque de loyauté envers l'intérêt public. Il s'agit du plus grand manquement à l'éthique de la part d'un titulaire de charge publique puisqu'il peut y avoir tout à la fois violation des règles visant l'influence, la quête de bonnes grâces et l'exploitation.

Dans les provinces du Canada, la plupart des codes d'éthique des titulaires de charge publique interdisent le changement de bord. Par exemple, la *Members and Public*

⁶¹ Royaume-Uni, HC, « Ministerial Memoirs » (Radcliffe Report), Hansard (22 janvier 1976), vol. 903 cc521-3W.

⁶² *Loi sur les conflits d'intérêts*, art. 34.

Employees Disclosure Act de la Nouvelle-Écosse prévoit que dans les six mois suivant la fin de son mandat, un député ne peut pas :

[TRADUCTION]

agir pour le compte ou au nom d'une personne ou d'une entité à l'égard d'une instance, transaction, négociation ou affaire dans laquelle un ministère est une partie si l'ancien député a, pendant son mandat, conseillé le ministère dans le cadre de cette instance, transaction, négociation ou affaire.⁶³

En Nouvelle-Écosse, les règles de l'après-emploi dans la fonction publique ont ceci d'unique qu'elles s'appliquent à tous les anciens députés. Dans la plupart des régimes parlementaires, ces restrictions s'appliquent uniquement aux anciens membres et employés de l'Exécutif ou aux personnes nommées par l'Exécutif.

Aux États-Unis, la disposition 18 USC 207 (a) interdit aux anciens membres et employés de l'Exécutif de communiquer avec [TRADUCTION] « un dirigeant ou un employé d'un ministère, d'une agence, d'un tribunal ou d'une cour martiale des États-Unis ou du district de Columbia » ou de comparaître devant eux pour le compte de toute autre personne, dans le cadre de toute affaire répondant aux critères suivants :

[TRADUCTION]

- « les États-Unis ou le district de Columbia sont une partie à l'affaire ou y ont un intérêt direct et important;
- « la personne en cause a participé personnellement et de façon importante à l'affaire à titre d'agent ou d'employé;
- « au moment de cette participation, l'affaire concernait une partie ou des parties en particulier. »

Cette règle est l'équivalent de la règle canadienne contre le changement de bord, dont il a été question plus haut.

En Australie, les Standards of Ministerial Ethics interdisent aux ministres de faire du lobbying auprès des membres du gouvernement ou du Parlement, des fonctionnaires ou des membres des forces armées, de défendre des dossiers auprès d'eux ou d'avoir des rencontres d'affaires avec eux dans le cadre de toute affaire à l'égard de laquelle ils ont eu des [TRADUCTION] « rapports officiels » au cours de leurs derniers 18 mois en

⁶³ *Members and Public Employees Disclosure Act*, 1991, SNS, ch. 4, art. 1.

poste⁶⁴. Cette règle figure aussi dans le *Lobbying Code of Conduct*. La période de restriction est donc d'un an et demi alors qu'au Canada, la restriction analogue est permanente. Les anciens titulaires de charge publique n'ont *jamais* le droit de changer de bord en agissant pour le compte d'une entité privée dans une affaire à laquelle le Canada était partie et où ils ont agi pour la Couronne ou l'ont conseillée pendant qu'ils détenaient leur charge publique. Les anciens ministres australiens seraient autorisés à faire du lobbying auprès d'anciens collègues immédiatement, pourvu que ce soit uniquement dans le cadre d'affaires auxquelles ils n'ont pas participé en tant que responsables publics. De ce point de vue, la réglementation canadienne de l'après-mandat est plus contraignante.

Note sur la réglementation de 2009 du président Barack Obama

En janvier 2009, le président des États-Unis Barack Obama a introduit de nouvelles règles pour tenter de mettre fin au phénomène de la « porte tournante » entre le secteur privé et l'Exécutif. Certains éléments nouveaux portent sur la période de l'après-emploi dans la fonction publique, mais d'autres traitent de la situation inverse : la période suivant le passage d'une personne du secteur privé au secteur public. Il est utile d'examiner ces réformes en regard de la réglementation sur l'après-emploi dans la fonction publique, parce que dans les deux cas il s'agit d'éliminer les possibilités d'entrave au jugement exercé par des responsables publics dans l'exécution de leurs fonctions. Il est maintenant interdit aux personnes nommées par l'Exécutif de participer à des affaires concernant leurs anciens employeurs ou clients dans les deux premières années suivant leur nomination. Cette règle vise à éliminer le risque que de nouveaux responsables publics soient influencés par des relations avec leurs anciens employeurs, étant entendu que tout favoritisme compromettrait leur rôle de gardiens de l'intérêt public. Les anciens lobbyistes entrant au gouvernement se voient interdire de participer à des affaires précises et à tout dossier général à l'égard desquels ils ont fait du lobbying auprès du gouvernement dans les deux ans précédant leur nomination⁶⁵.

⁶⁴ Gouvernement d'Australie, « Standards of Ministerial Ethics » (décembre 2007), p. 5.

⁶⁵ États-Unis, White House, « Executive Commitments » (2009).

Restrictions concernant les entités étrangères

Les restrictions de l'après-emploi dans la fonction publique s'appliquant aux employés qui occupaient de hautes fonctions aux États-Unis portent aussi sur leurs interactions avec des entités étrangères dans l'année suivant la fin de leur emploi public. En l'occurrence, il est interdit à ces fonctionnaires de représenter, d'aider ou de conseiller des entités étrangères en vue d'influencer les décisions officielles de responsables ou autres employés américains. Sont considérés comme des entités étrangères aussi bien les gouvernements que les partis politiques étrangers⁶⁶. Le Canada n'a pas de règle équivalente : aucune restriction d'après-mandat n'est imposée aux anciens titulaires de charge publique visant expressément leurs interactions avec des entités étrangères. Les restrictions américaines sur les relations avec des entités étrangères peuvent être considérées comme une interdiction de l'influence et du changement de bord. Il est interdit aux anciens titulaires de charge publique non seulement d'intervenir auprès d'anciens collègues pour le compte d'une entité privée, mais aussi de donner « en coulisses » des conseils destinés à aider une entité étrangère à influencer les décisions de responsables américains.

Comment les règles de l'après-emploi dans la fonction publique sont-elles appliquées?

Un des grands défis à relever pour les régimes d'éthique dans l'après-emploi dans la fonction publique est la difficulté à détecter la non-conformité de la part des anciens titulaires de charge publique une fois qu'ils sont passés dans le secteur privé. Les régimes d'éthique tant fédéral que provinciaux du Canada comptent sur les titulaires actuels de charge publique et le public vigilant pour signaler les infractions soupçonnées. Si un ancien titulaire de charge publique contrevient à la réglementation visant l'influence et le changement de bord en intervenant auprès d'anciens collègues avant la fin de la période de restriction, il incombe aux responsables et parlementaires en place d'en informer les autorités. La *Loi sur le lobbying* exige que les lobbyistes actifs s'enregistrent, et compte sur les autres lobbyistes, les membres du public ou les parlementaires pour signaler tout soupçon de non-conformité. On a déjà suggéré que le Canada adopte un système de

⁶⁶ 18 USC 207 (f).

double déclaration où à la fois le lobbyiste et le titulaire de charge publique seraient tenus de déclarer les communications entre eux, mais ce principe n'a jamais été adopté.

Le commissaire aux conflits d'intérêts et à l'éthique est chargé de conseiller les titulaires de charge publique et anciens titulaires de charge publique sur la transition entre les secteurs public et privé. Si un membre du Sénat ou de la Chambre des communes a une raison de croire qu'un titulaire de charge publique ou ancien titulaire de charge publique violé la *Loi sur les conflits d'intérêts*, il peut demander au commissaire à l'éthique de faire enquête. Le commissaire à l'éthique est aussi habilité à examiner des affaires « de son propre chef ». Au terme d'une enquête, le commissaire à l'éthique doit présenter au premier ministre un rapport énonçant les faits, son analyse de la question et ses conclusions. En même temps, il fournit le rapport à la personne visée par la plainte et il le rend accessible au public.

La Loi précise clairement les paramètres du pouvoir du commissaire à l'éthique : il peut tirer des conclusions sur la foi des résultats de son enquête, mais dans la plupart des cas il ne peut imposer une pénalité. Les infractions aux articles 22 à 27 de la Loi ayant trait à la communication de renseignements peuvent donner lieu à des pénalités monétaires maximales de 500 \$. Le commissaire à l'éthique décide de l'imposition d'une telle pénalité. Son site web explique que les pénalités monétaires sont fixées « dans le but d'encourager le respect de la Loi, et non de punir ». La seule exigence à l'égard de l'après-emploi dans la fonction publique qui relève de cette catégorie et qui soit assortie d'une pénalité monétaire est l'obligation de communiquer toute offre ferme d'emploi au commissaire à l'éthique dans un délai de sept jours. Outre les pénalités monétaires, la seule autre sanction visant un titulaire de charge publique ne respectant pas les règles de l'après-emploi dans la fonction publique prévues dans la *Loi sur les conflits d'intérêts* est une forme de mise sur liste noire. Selon l'article 41 de la Loi, le commissaire à l'éthique peut ordonner à tout titulaire de charge publique en poste de ne pas entretenir de rapports officiels avec l'ex-titulaire de charge publique qui ne s'est pas conformé à ses obligations.

Si le commissaire à l'éthique signale une violation d'une disposition du code, il revient au premier ministre de décider de toute mesure à prendre outre les pénalités monétaires (s'il en est). L'article 47 prévoit que la conclusion figurant dans un rapport du

commissaire à l'éthique est « inattaquable » mais « n'est toutefois pas décisive lorsqu'il s'agit de déterminer les mesures à prendre pour donner suite au rapport »⁶⁷. En d'autres termes, la conclusion du commissaire à l'éthique qu'il y a eu non-conformité n'entraîne pas nécessairement une pénalité tangible. C'est le premier ministre qui décide soit d'imposer une pénalité au titulaire de charge publique, soit de passer outre. La pénalité peut prendre la forme d'un renvoi du Cabinet ou du caucus. Le fait que le rapport soit accessible au public signifie que le premier ministre est soumis à une certaine pression de réprimander un titulaire de charge publique qui n'a pas respecté les exigences des règles d'éthique.

Les pénalités pour violation de la *Loi sur le lobbying* sont très lourdes. L'article 10.11 de la Loi prévoit que le titulaire d'une charge publique désignée ne peut pas se livrer à du lobbying dans les cinq ans suivant immédiatement le jour où il a démissionné de sa charge publique. La non-conformité à cette règle est considérée comme une infraction punissable par une amende maximale de 50 000 \$. Si une personne agissant comme lobbyiste omet de fournir une déclaration ou donne sciemment des renseignements faux ou trompeurs dans des documents fournis au commissaire à l'éthique, elle encourt, sur déclaration sommaire de culpabilité, une amende maximale de 50 000 \$ et un emprisonnement maximal de six mois, ou l'une de ces peines⁶⁸. Le Commissariat au lobbying du Canada applique la loi en aidant les lobbyistes à remplir les formalités d'enregistrement, puis en analysant et en vérifiant les renseignements donnés dans les déclarations. Le Commissariat surveille le contenu des médias pour y repérer des articles sur le lobbying ou les allégations de lobbying. S'il semble se produire des activités de lobbying sans enregistrement, le Commissariat adresse des avis aux personnes ou aux organisations concernées afin de leur expliquer leurs obligations. À titre de mesure supplémentaire pour encourager la conformité, le Commissariat renseigne les titulaires de charge publique sur les obligations des lobbyistes en vertu de la Loi, de sorte qu'ils puissent à leur tour encourager les lobbyistes avec lesquels ils font affaires à les observer. Le Commissariat est habilité à faire enquête sur les allégations de violation

⁶⁷ *Loi sur les conflits d'intérêts*, art. 47.

⁶⁸ *Loi sur le lobbying*, art. 14.

des règles⁶⁹. Jusqu'en mars 2008, 10 enquêtes avaient été entamées et quatre complétées⁷⁰.

Aux États-Unis, les violations des dispositions 18 USC 207 et 208, qui imposent des restrictions à l'influence, au changement de bord et à la quête de bonnes grâces, exposent à des amendes et à des peines d'emprisonnement. Au Canada, les restrictions au lobbying dans l'après-mandat imposées aux anciens titulaires de charge publique désignée sont assorties de la possibilité de pénalités légales en vertu de la *Loi sur le lobbying*. Cependant, les règles contre l'influence et l'exploitation figurant dans la *Loi sur les conflits d'intérêts* ne prévoient pas de pénalité automatique autre que la possibilité de « mise sur liste noire » en vertu de l'article 41. Comme la *Loi sur les conflits d'intérêts* ne prévoit pas de « régime de sanctions » outre les sanctions administratives pécuniaires qui s'appliquent uniquement en cas de violation des obligations de déclaration, elle peut être considérée comme relevant de fait du « droit mou » bien qu'il s'agisse d'une loi.

Au Royaume-Uni et en Australie, les régimes de l'après-emploi dans la fonction publique n'imposent pas de restrictions légales aux anciens titulaires de charge publique. Les règles figurent dans des codes de conduite plutôt que des lois, de sorte qu'il n'y a pas de pénalités légales en cas de non-conformité. Au Royaume-Uni, l'Independent Advisor on Ministers' Interests conseille les ministres sur la façon d'éviter les conflits d'intérêts et fait enquête sur les allégations de non-conformité au Code ministériel. Cependant, il peut entamer une enquête uniquement sur demande du premier ministre et il n'est pas habilité à imposer une pénalité même s'il constate une infraction. Il revient au premier ministre de déterminer des conséquences d'un cas de non-conformité. Le fait que le premier ministre décide de faire enquête ou non sur une allégation d'inconduite et, le cas échéant, d'imposer une pénalité signifie que l'éthique ministérielle est une question politique plutôt que juridique. Le premier ministre rend des comptes à la Chambre des communes pour le comportement des ministres et des fonctionnaires nommés. S'il choisit de ne pas punir un ministre après que le conseiller a conclu qu'il a violé le Code ministériel, il doit s'en expliquer devant la Chambre.

⁶⁹ Ibid., art. 10.4

⁷⁰ Commissariat au lobbying du Canada, « Étapes clés et évolution de la Loi – Étapes clés de l'évolution du Régime d'enregistrement des lobbyistes du Canada », en ligne : www.ocl-cal.gc.ca/eic/site/lobbyist-lobbyiste1.nsf/fra/h_nx00267.html.

En 2005, l'ancien secrétaire britannique de l'Intérieur David Blunkett a été accusé d'avoir violé le Code ministériel en omettant de consulter l'Advisory Committee on Business Appointments (ACBA) au sujet d'un emploi qu'il avait accepté peu de temps après avoir démissionné du Cabinet. Ses revenus provenant de l'Organization for Research and Technology ont été rendus publics en avril la même année lors de la publication du *Parliament's Register of Members' Interests*. Il était encore député et donc tenu de déclarer ses revenus extérieurs. Dans sa réponse officielle, le premier ministre Tony Blair a affirmé que comme le comportement de David Blunkett [TRADUCTION] « ne l'empêchait pas de faire son travail » de député, il n'y aurait aucune sanction⁷¹. On ignore si l'omission de consulter le comité attribuable à David Blunkett aurait été détectée n'eut été du fait qu'il était toujours député et donc tenu de déclarer ses intérêts personnels.

Les dispositions sur la mise en œuvre des Standards of Ministerial Ethics d'Australie prévoient qu'il revient au premier ministre de décider si un ministre visé par une enquête pour [TRADUCTION] « conduite illégale ou inappropriée » doit démissionner. Les ministres accusés d'une infraction criminelle sont automatiquement tenus de démissionner, comme le sont ceux dont le premier ministre estime qu'ils ont commis une violation *prima facie* des normes ministérielles. Si un ministre, y compris le premier ministre, est accusé d'une violation des normes ministérielles, [TRADUCTION] « le premier ministre peut soumettre la question à une autorité indépendante pertinente pour qu'elle fasse enquête ou pour obtenir des conseils »⁷². Si la pénalité habituelle pour non-conformité aux règles d'éthique est une demande de démission du Cabinet, la façon dont un ancien ministre serait pénalisé n'est pas claire. Il semblerait qu'en l'occurrence, le but des restrictions d'après-emploi dans la fonction publique consiste à préciser les attentes et à encourager un « bon comportement » plutôt qu'à dissuader ou punir une conduite douteuse.

⁷¹ « Blunkett accused of third breach of job code », *The Independent* (1^{er} novembre 2005), en ligne : www.independent.co.uk.

⁷² Gouvernement d'Australie, « Standards of Ministerial Ethics », p. 5.

Conclusions et recommandations

Dans un rapport qu'il a rédigé pour l'OCDE au sujet de l'intégrité publique et de l'après-emploi dans la fonction publique, Kenneth Kernaghan soutient que l'effet dissuasif d'une loi est plus puissant que celui de codes de conduite ou du « droit mou ». Il va jusqu'à affirmer que [TRADUCTION] « les codes risquent d'être particulièrement inefficaces pour réglementer les activités d'après-mandat des *anciens* responsables ». Les lois visent à « prévenir et punir l'inconduite », mais « les codes (et les énoncés de valeur) visent souvent à encourager “la bonne conduite” en déclinant principes idéalistes, formules inspirantes et prescriptions peu contraignantes »⁷³. Autrement dit, ils peuvent clarifier les buts et attentes, mais non contrôler leur réalisation. Bien que l'auteur soit plus optimiste quant aux effets dissuasifs des lois que des codes, il hésite à préconiser les unes ou les autres comme parades aux problèmes de l'après-emploi dans la fonction publique. À son avis, il n'y a pas suffisamment de preuves de l'efficacité des régimes d'éthique existants pour conclure à leur capacité de dissuader l'inconduite dans la période de l'après-emploi dans la fonction publique⁷⁴.

Les réserves de Kernaghan au sujet de l'effet dissuasif des codes de conduite ne doivent pas être comprises comme une raison de les rejeter en bloc. La dissuasion de l'inconduite n'est qu'un des objectifs des régimes d'éthique. La réglementation de l'éthique, qu'elle soit ou non consignée dans une loi, peut aider aussi bien les titulaires de charge publique que les anciens titulaires de charge publique en clarifiant les attentes. Il y a des indications que l'approche relevant du « droit mou » utilisée au Royaume-Uni a été efficace pour ce qui est d'aider les anciens ministres dans la période d'après-mandat. Le Code ministériel exige que les ministres consultent un comité consultatif sur l'emploi dans les deux premières années après qu'ils ont quitté leur charge publique. Aucune sanction légale n'est prévue pour l'inobservation de cette règle, mais comme on l'a vu plus haut, l'Advisory Committee on Business Appointments a indiqué que le système est respecté « largement et de plein gré »⁷⁵. Il n'en découle pas que le système dissuade la

⁷³ Kenneth Kernaghan, « Public Integrity and Post-Public Employment: Issues, Remedies and Benchmarks », Organisation de coopération et de développement économiques, Groupe d'experts sur les conflits d'intérêt : assurer la responsabilité et la transparence dans le service public (7 mai 2007), p. 15.

⁷⁴ Ibid., p. 14 à 16.

⁷⁵ Royaume-Uni, Advisory Committee on Business Appointments, Third Report 1999–2000, p. 11.

non-conformité, puisque les personnes qui coopèrent le feraient peut-être indépendamment de l'existence d'un régime de pénalités.

Le présent rapport a examiné deux grandes approches de la réglementation de l'éthique : le « droit mou », qui s'en remet à des codes de conduite pour encourager un comportement éthique, et le « droit dur », qui utilise des lois pour dissuader et pénaliser l'inconduite. Au Canada comme aux États-Unis, les anciens titulaires de charge publique sont soumis à des restrictions légales quant à leurs activités dans l'après-mandat, tandis que leurs collègues du Royaume-Uni et d'Australie disposent de codes de conduite non législatifs pour les aider dans cette période. L'approche législative a l'avantage d'être plus claire. Les lois sur l'éthique interdisent des actes et des omissions précises, ainsi que des situations comme les conflits d'intérêts et la mauvaise utilisation de renseignements; il est toutefois impossible de dresser une liste complète de tous les genres d'inconduite politique. De nombreux codes de conduite interdisent aussi des comportements précis, mais ils contiennent en outre des « énoncés de valeur »⁷⁶ soumis à l'interprétation d'un comité ou d'un commissaire. L'ambiguïté de telles dispositions peut faire en sorte que les codes de conduite soient plus souples que des lois. Ainsi, les codes de conduite peuvent viser une plus grande variété de transgressions que les lois tant qu'ils sont interprétés au sens large. Les lois peuvent seulement interdire ce qui est expressément défini comme une infraction. Comme le souligne toutefois Kernaghan, le droit mou accorde moins d'importance à la dissuasion et à la punition que ne le fait le droit dur; les pénalités pour violation des codes de conduite, quand elles sont prévues, sont davantage politiques que légales. Les codes de conduite permettent de définir un cadre plus vaste pour saisir différents genres d'inconduite, mais leur observation est en définitive volontaire. Les lois ont une vue plus étroite, mais elles peuvent servir à dissuader et punir la non-conformité en prévoyant des pénalités légales. Encore une fois, comme le rappelle Kernaghan, il manque de preuves de l'effet dissuasif aussi bien du droit mou que du droit dur.

Revenons sur l'approche utilisée par le Royaume-Uni à titre d'exemple de droit mou. Il n'y a pas de règles rigides limitant les genres d'emploi que les ministres peuvent accepter dans l'après-mandat. Cependant, le Code ministériel impose un devoir de consulter l'Advisory Committee on Business Appointments au sujet de toute possibilité

⁷⁶ Kernaghan, « Public Integrity and Post-Public Employment », p. 15.

d'emploi dans les deux ans après avoir quitté la charge publique. Les lignes directrices qui guident les délibérations de ce comité insistent sur l'importance d'éviter la perception ou l'apparence d'une inconduite. En conséquence, toute décision du comité dans un dossier donné dépend non seulement du fait qu'il y ait ou non violation de la loi, mais de la possibilité que les actions d'un ancien ministre éveillent des soupçons auprès du public. Si un ancien premier ministre envisageait un emploi auprès d'un lobbyiste notoire qui avait dans le passé tenté d'influencer les décisions de son gouvernement, il est très probable que les membres du comité voudraient le dissuader d'accepter l'emploi peu importe qu'une règle précise soit ou non en cause. Cette façon de faire offre transparence, ouverture et souplesse, mais certains pourraient la considérer comme étant trop intrusive et violant la vie privée des anciens ministres. Un régime d'éthique doit chercher le juste équilibre entre l'intérêt public et le bien-être personnel des titulaires de charge publique; ce juste équilibre dépend des antécédents institutionnels d'un régime et des normes de sa culture.

Avant l'adoption de la *Loi sur les conflits d'intérêts* en 2006, le Canada s'en remettait à des codes d'éthique pour gérer les conflits d'intérêts dans l'après-mandat. Il est peu probable que le Canada retourne jamais sur la voie du droit mou vu la constante évolution vers un régime d'éthique législatif. Le retour à un code de conduite pourrait être interprété comme une indication qu'un gouvernement devient laxiste en matière d'éthique. Cependant, comme la pénalité pour infraction aux règles de l'après-mandat concernant la quête de bonnes grâces et l'exploitation est politique plutôt que légale, ces règles peuvent être assimilées à une forme de droit mou. Les dispositions qui interdisent aux anciens titulaires de charge publique d'intervenir auprès d'anciens collègues sont reprises dans la *Loi sur le lobbying*, qui contient un régime de pénalités plus sévère.

Le régime d'éthique du Canada ne serait pas amélioré par la création d'une longue liste d'activités interdites; il est déjà un des plus contraignants parmi les pays de l'OCDE. Comme on l'a vu plus haut, si les allégations au sujet d'une relation d'affaires entre Karlheinz Schreiber et le très honorable Brian Mulroney étaient formulées aujourd'hui, le régime d'éthique actuel les couvrirait. Ceci ne veut pas dire que les événements allégués seraient pour autant considérés comme des violations des règles d'éthique, mais M. Mulroney aurait à s'acquitter d'un certain nombre de responsabilités y

ayant trait. En l'occurrence, il serait tenu de déclarer toute offre ferme d'emploi, de communiquer les paiements allégués, d'éviter d'intervenir auprès d'anciens collègues pendant une période de cinq ans, et de s'abstenir de travailler pour une entité privée avec laquelle il a eu des « rapports directs et importants » à titre de titulaire de charge publique dans la dernière année de son mandat.

Je conclus en rappelant les limites fondamentales des régimes d'éthique. Premièrement, l'existence de règles ne garantit pas qu'elles seront respectées. Deuxièmement, la non-conformité aux règles ne sera pas nécessairement détectée ou sanctionnée. Troisièmement, même le régime d'éthique le plus complet ne rehaussera pas nécessairement la confiance du public envers l'intégrité des acteurs et des institutions politiques. Pour ces raisons, il faut résister à la tentation de sur-réglementer.