

La Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme : commentaires inspirés de l'analyse économique du droit

Le lobbyiste opère dans un marché que l'on peut qualifier de «politique», comme il y a un marché de l'automobile, des services financiers ou encore de l'essence au détail. Ce marché politique, comme l'a autrefois qualifié l'économiste américain Gordon Tullock¹, voit évoluer comme dans tout marché, des producteurs et des consommateurs qui sont aussi influencés par le prix du produit. En réalité, le marché politique est un marché monopolistique où le seul producteur d'un bien, en l'occurrence le «bien public», est l'État², qu'il s'agisse d'une loi, d'un règlement, d'une subvention, d'un contrat de fourniture de biens ou de services, etc.

Face à ce producteur unique qu'est l'État, on retrouve plusieurs demandeurs qui sont prêts à payer un prix juste ou raisonnable pour obtenir ce qu'ils désirent. Or, le lobbyiste est un participant actif et intéressé dans ce marché puisqu'il agit comme intermédiaire, plus souvent que moins contre rémunération, que cela soit au nom d'une seule entreprise ou association ou encore pour plusieurs personnes à l'intérieur d'un cabinet. On reconnaît déjà là, une catégorisation déjà intégrée par les lois québécoise et canadienne sur le lobbyisme.

Par ailleurs, et comme dans tout marché, on observe des problèmes portant sur le prix – ou le juste prix à payer pour obtenir un bien public – ou encore sur le fonctionnement du marché, puisqu'il existe aussi des défaillances dans le marché politique. Ces défaillances du marché politique qui seront abordées subséquemment prennent diverses formes, notamment des coûts de transaction élevés ou encore des informations incomplètes, erronées ou absentes, aussi bien pour le consommateur que pour l'État.

¹ Tullock, G., *Le marché politique : analyse économique des processus politiques*, Economica, 1978

² Qu'il s'agisse de l'école dit des choix publics, de l'économie des institutions ou celle de l'analyse économique du droit, l'objectif est d'expliquer les comportements des acteurs œuvrant sur la scène politique ou bureaucratique en utilisant une approche économique. Pour un excellent exposé voir Van Overtveldt, J., *The Chicago School : How the University of Chicago Assembled the Thinkers Who Revolutionized Economics and Business*, B.2 Agate, 2007. p.287-321. Sur l'école du «public choice» voir également Richard Mueller

C'est peut être une introduction un peu longue mais néanmoins nécessaire pour démontrer que la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme* («Loi») est venue corriger, prévenir et limiter dans son application quotidienne plusieurs des problématiques évoquées.

Cela dit, il peut sembler surprenant pour un intervenant qui favorise les règles du libre-marché d'affirmer que l'intervention de l'État a amélioré la situation et a permis au marché politique d'être plus efficient. C'est pourtant ce qui s'est passé avec la Loi adoptée par l'Assemblée nationale du Québec en 2002.

Notre cabinet, Affaires gouvernementales et publiques («AGP»), a déjà eu l'occasion de discuter des bénéfices de la Loi actuelle dans un mémoire qui a été soumis en septembre 2013 à la Commission des institutions, dans le cadre des consultations sur les modifications proposées par le Commissaire au lobbyisme du Québec («Commissaire»)³. Qu'il nous soit permis de revenir sur certains d'entre eux.

1. La reconnaissance de la légitimité de la profession et son encadrement

La Loi, à son article premier, est venue reconnaître que le lobbyisme « constitue un moyen légitime d'accès aux institutions gouvernementales, parlementaires et municipales ». Si ce moyen est légitime, cela signifie également que toute personne qui souhaite retenir les services d'un lobbyiste pour planifier, organiser et formuler une demande au gouvernement a le droit de recourir à ce «moyen d'accès».

Ce n'est peut-être pas un droit comparable à un droit enchâssé dans une Charte ou une loi sur les droits et libertés de la personne mais cela demeure un droit, un droit mou (soft law) peut être mais tout de même un droit. Cela constitue un avancement majeur puisque l'Assemblée nationale, en attribuant un tel droit, vient aussi améliorer le fonctionnement du marché politique.

Pour le lobbyiste, la reconnaissance d'un tel droit ou moyen légitime a eu une conséquence immédiate. Non seulement peut-il légitimement être rémunéré pour ses services, rémunération qui a fortiori doit être dévoilée, mais le lobbyiste peut depuis lors espérer développer un certain rapport de force avec l'État et être davantage compétitif sur ce marché.

³ Affaires gouvernementales et publiques, *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme : d'hier à aujourd'hui*, Mémoire présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec dans le cadre de la Consultation sur les propositions de modifications à la *Loi sur la transparence et l'éthique en matière de lobbyisme*, septembre 2013

En revanche, il y a certes un problème d'application de ce droit qui tient davantage à sa reconnaissance par les titulaires de charges publiques. Plus précisément, le lobbyiste a peu de recours contre un titulaire de charges publiques qui, pour diverses raisons, décide de ne pas donner suite ou encore de traiter adéquatément un dossier. Tel qu'évoqué dans notre mémoire, il n'existe pas ou peu de recours contre un tel laxisme ou indifférence sinon de porter l'affaire devant le Commissaire⁴, mais celui-ci ne dispose pas de pouvoirs véritables pour sanctionner de tels comportements. Heureusement, de telles situations sont de moins en moins courantes.

2. Une transparence accrue

Une seconde contribution importante de la Loi est, toujours selon son article premier, de «rendre transparentes les activités de lobbyisme». Pour ce faire, l'instrument privilégié est celui de l'enregistrement, d'abord celui du lobbyiste puis celui de chaque mandat appelant ce dernier à exercer les différents actes de lobbyisme énumérés. Il y a certes des exceptions, notamment celles portant sur les représentations faites dans le cadre de procédures judiciaires ou d'une commission parlementaire, mais celles-ci demeurent assez limitées.

La question qui se pose est celle de la pertinence et même de la légalité de telles règles. On peut évidemment se demander si de telles règles contreviennent par exemple aux dispositions des Chartes ou lois garantissant la liberté d'expression ou la protection de la vie privée. D'ailleurs, la Cour supérieure a été récemment saisie d'un recours en inconstitutionnalité par lequel deux médecins contestent la constitutionnalité des dispositions de la Loi, évoquant la liberté d'expression, suite à l'envoi d'une lettre au ministre de la Santé et des Services sociaux, sans être inscrits au préalable et s'exposant ainsi à une sanction⁵. AGP croit de son côté que si l'obligation d'inscription peut limiter la liberté d'expression et la protection de la vie privée, ces limites sont marginales ou à tout le moins raisonnables en regard de l'objectif recherché.

Nonobstant l'aspect juridique, la question qui devrait davantage se poser est la suivante : est-ce que les dispositions sur l'enregistrement obligatoire améliorent ou non le fonctionnement du marché et est-ce que ces règles rendent le marché plus efficace? Nous croyons que toute règle permettant de produire plus d'informations sur le marché, que cela soit au bénéfice du producteur, du consommateur ou du gouvernement, doit être encouragée. Sur le strict plan économique, on doit se réjouir de compter sur un marché où l'information est disponible et circule librement puisque cela permet de favoriser une meilleure décision et ce faisant, de limiter une défaillance de marché. En cela, la participation du lobbyiste demeure importante sinon essentielle.

⁴ *Ibid.*

⁵ Sur ce point, voir Nguyen, M., *Il se défend d'avoir agi illégalement. Le Dr Barrette est accusé de deux infractions à la Loi sur la lobbyisme*, Le Journal de Québec, 15 janvier 2014

En revanche, on peut s'interroger sur la pertinence et l'utilité d'une catégorie particulière de renseignements exigés, soient celle portant sur la rémunération du lobbyiste. Pourquoi cette obligation? Qu'est-ce qui justifie cette obligation pour le lobbyiste de dévoiler sa rémunération, obligation qui n'existe pas pour d'autres professionnels tels que les avocats, médecins, notaires, ingénieurs, comptables, etc. Pourtant, le lobbyiste n'est pas payé pas des derniers publics! À quoi ou à qui peut bien servir cette information? Nous sommes d'avis que le prix des services de lobbyisme doit être fixé librement selon les règles du marché, et ce sans intervention de la part de l'État, notamment par le biais des règles de dévoilement.

Cette obligation peut presque être interprétée comme une invitation à fixer les prix ou encore à s'aligner sur les tarifs de nos concurrents? A-t-on pensé que cela pourrait causer un problème en vertu de l'économie générale de la *Loi sur la concurrence* même si une poursuite pourrait être écartée sur la base de la défense de conduite réglementée, laquelle permet d'exclure de l'application de la *Loi sur la concurrence* une activité réglementée par une loi provinciale ou fédérale⁶.

3. Correction des défaillances du marché

Une troisième contribution importante de la Loi a été de prévenir ou limiter certaines défaillances de marché. Pour les non économistes, une défaillance de marché est très certainement l'argument premier justifiant une intervention gouvernementale. Tel que l'écrit l'économiste Tyler Cowen:

«The assertion of market failures is probably the most important argument for governmental intervention. At one time or another nearly every sector of the American economy has been branded as a market failure. Such assertions are usually based upon the theory of public goods and externalities, a central part of modern welfare economics and the theory of economic policy⁷».

Mais de quoi parle-t-on dans le contexte de l'application de la Loi au marché politique québécois? Quelles sont ou seraient les défaillances de ce marché? Pour l'essentiel, on peut facilement comprendre, par exemple, qu'une activité de lobbyisme visant à convaincre le gouvernement de modifier une loi ou un règlement, de présenter un projet de développement, de demander une subvention ou de négocier et conclure un contrat public

⁶ Wakil, O., *The 2010 Annotated Competition Act*, Carswell, Toronto, 2010, p.102-103

⁷ Cowen, T., *Public Goods and Externalities : Old and New Perspectives* in Cowen, T., *The Theory of Market Failure*, George Mason University Press, Fairfax (Virginia), 1988, p.1

n'est pas gratuite. Une telle opération entraîne des coûts considérables que les économistes qualifient de «coûts de transaction», bref des coûts qui découragent une transaction⁸.

Autre défaillance importante du marché politique : l'information ou plutôt l'accès à l'information. Présenter, promouvoir et traiter d'un dossier avec le gouvernement force un lobbyiste à obtenir et interpréter une quantité importante de renseignements de toute nature. Ce qui est vrai pour le lobbyiste l'est aussi pour le titulaire de charge publique puisqu'il se doit également de maîtriser totalement son dossier avant de formuler ses conclusions et recommandations au Conseil des ministres par exemple.

Dans ce contexte, peut-on sérieusement affirmer que dans un dossier particulier, le lobbyiste ou le titulaire de charge publique possède toute l'information? Certainement pas et c'est alors qu'un échange d'information entre les parties permettra de générer une décision plus efficiente. Cela ne veut pas dire qu'une décision ne sera pas prise sur la seule base des informations gouvernementales mais si tel est le cas, celle-ci risque d'être moins acceptable pour les parties ou peut être même désavantageuse pour l'une d'elle⁹.

Enfin, une troisième défaillance est attribuable à la présence de ce qu'il est convenu d'appeler les externalités ou effets externes. De quoi s'agit-il? Un exemple vaut mille mots. C'est le cas d'un projet de développement immobilier sur un site convoité ou historique qui implique à la fois un promoteur mais aussi des groupes environnementalistes puisque le projet risque d'affecter le milieu. Il y aura donc des effets externes ou «externalités» négatives à ce projet affectant par exemple un boisé ou un terrain nécessitant des négociations ou compromis (*i.e.* compensation financière ou remaniement du projet) entre les parties, avec ou sans la participation du gouvernement¹⁰. Dans la même veine, il se peut fort bien que d'autres promoteurs attendront la résolution de ce dossier entièrement financé par ce promoteur pour présenter leurs propres projets. Ce sont des «*free riders*» ou resquilleurs qui bénéficieront de l'opération mais sans en payer le prix.

Dans le cas de ces trois défaillances, le lobbyiste peut jouer un rôle bénéfique et la Loi est venue lui permettre sinon l'encourager à le faire et ce, avec la complicité des titulaires de charges publiques. La Loi le fait de deux façons. D'une part, le lobbyiste est maintenant autorisé à jouer un rôle actif auprès de son client en vue de le conseiller et de le guider sur le marché politique. Cela n'est pas rien, pour le profane, de s'y reconnaître ou encore de s'organiser en vue de soumettre un dossier au gouvernement, notamment dans des secteurs

⁸ Ibid, p.4

⁹ La théorie de l'information symétrique et asymétrique développée par Georges Akerlof démontre le lien existant entre la qualité d'un produit vendu et l'incertitude générée par la détention d'une information sur la qualité d'un produit : Akerlof, G., *The Market for "Lemons" : Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, (1970), Quarterly, Journal of Economics, p.488-500

¹⁰ Coase, R.H., *The Problem of Social Cost : The Firm, the Market and the Law*, University of Chicago Press, Chicago, 1988, p.95-156

fortement réglementés, aussi bien à cause l'applicabilité de lois, règlements et directives, ou encore du nombre et de la variété des intervenants impliqués. Cela est évidemment sans compter les coûts associés à une telle démarche.

Le lobbyiste pourra alors jouer un rôle majeur en permettant de limiter sinon prévenir plusieurs défaillances de marché évoquées plus haut, que cela soit en recueillant et échangeant de l'information, en mobilisant à moindre coût les personnes intéressées, en identifiant les opposants ou resquilleurs, en formant des coalitions, en recherchant des consensus et en planifiant et appliquant une stratégie de lobbyisme visant à convaincre le gouvernement.

D'autre part, la Loi a également eu comme effet de permettre à un titulaire de charge publique de mieux comprendre la «demande» pour un changement législatif ou l'implantation d'un projet. Le travail du lobbyiste permet très souvent au titulaire d'avoir un accès rapide à certains renseignements mais aussi d'évaluer certaines hypothèses de travail ou options dans le traitement d'un dossier. La Loi incite d'ailleurs à ce partenariat, à cet échange de renseignements ou d'expertise et ce, au bénéfice du demandeur (client) tout comme du titulaire de charge publique et du gouvernement.

En effet, le titulaire de charge publique a aussi ses intérêts, mène sa propre carrière et est animé par ses propres valeurs et objectifs. L'économiste Georges J. Stigler a développé pour la première fois en 1971 la «théorie de la régulation économique». Stigler évoqua avec éloquence que la recherche de l'intérêt public n'est pas différente de celle de l'intérêt privé en ce que les gens d'affaires comme les titulaires de charges publiques convoitent leur propre profit ou satisfaction¹¹.

Cela dit, s'il y a cependant un objectif commun que devraient partager le lobbyiste et le titulaire de charge publique c'est celui d'en arriver à une solution optimale, que cela soit dans la rédaction d'une meilleure loi, la présentation d'un meilleur projet ou service. Cela ne sera d'ailleurs possible que par une collaboration accrue entre ceux-ci.

C'est la raison pour laquelle il est permis d'affirmer que d'un strict point de vue économique le lobbyisme, comme activité, permet de limiter, sinon de prévenir plusieurs défaillances de marché, que cela soit en favorisant la circulation ou l'échange d'informations¹², en permettant à un demandeur de mieux préparer et présenter son projet¹³, et ce faisant en

¹¹ Stigler, G-J., *The Theory of Economic Regulation : The Citizen and the State, Essays on Regulation*, University of Chicago Press, Chicago, 1975, p.137

¹² Sur ce point voir Posner, R., *Economic Analysis of Law*, 5^e ed, Aspen Law and Business, New York, 1998, p.573

¹³ Ibid, p.574

favorisant la rédaction de meilleurs textes législatifs ou la préparation de projets mutuellement acceptables à toutes les parties¹⁴.

4. Mission éducative

Comme toute loi novatrice, la Loi, ou plutôt le Commissaire, a dû se livrer au cours des années à une mission éducative à l'endroit de plusieurs clientèles sans oublier le public en général. Ce travail a largement contribué à un certain changement dans l'opinion publique certes mais aussi et surtout à l'intérieur des cercles très réservés des lobbyistes et titulaires de charges publiques. Beaucoup a été fait mais le Commissaire sera vraisemblablement amené à en faire d'avantage au cours des années à venir.

Mais s'il existe un aspect de la Loi et du travail d'éducation du Commissaire qui a commencé à porter fruit c'est quant au changement de perception du public sur la profession de lobbyiste et sur ses activités. Pendant longtemps, le lobbyisme était synonyme de corruption, trafic d'influence, manœuvre électorale louvoyante, etc. Le professionnel lobbyiste d'aujourd'hui n'a rien à faire avec cette description et ceux et celles qui pratiquent le métier respectent le cadre juridique, tel qu'en témoigne le nombre marginal d'infractions à la Loi depuis 2002. À titre d'exemple, 32 enquêtes sur signalement ont été enregistrées en 2011-2012 et 4 vérifications et enquêtes, ce qui est bien peu pour les 2797 lobbyistes enregistrés au Registre des lobbyistes¹⁵.

Encore là, le métier de lobbyiste n'offre pas plus d'occasions de commettre une infraction que d'autres professions, c'est même le contraire. Si on se fie aux statistiques, ce « succès » est principalement attribuable à la Loi. L'adoption d'un cadre juridique régissant le statut de lobbyiste, ses activités et prévoyant des peines et sanctions, a réduit les opportunités de tricher, accru les chances de faire l'objet d'une enquête et augmenté les coûts associés au non-respect des dispositions. Ce faisant, la Loi a favorisé l'efficacité économique¹⁶.

Somme toute, la Loi a fortement contribué, amélioré et facilité la pratique du lobbyisme au Québec. Certains bénéfices ont été évoqués, bénéfices qui ont été générés par la Loi, mais il reste encore beaucoup de travail à accomplir. Encore une fois, plusieurs recommandations du Commissaires abondent dans ce sens.

¹⁴ Hirshleifer, J., *Economic Behavior in Adversity*, University of Chicago Press, Chicago, 1987, p.264-265. Voir également Axelrod, R., *The Problem of Cooperation* dans Cower, Tyler, op.cit., supra, note 7, p.237-254

¹⁵ Voir AGP, op.cit, note 3, p.3

¹⁶ Pour une approche économique applicable aux crimes et autres infractions, voir Becker, G.S., *Crime and Punishment: An Economic Approach*, University of Chicago Press, Chicago, 1976, p.39-85

En terminant, trois aspects de la Loi et de la pratique mériteraient d'être améliorés.

- a) Afin de respecter l'économie générale de la Loi, les droits et obligations qui y sont prévus doivent être rééquilibrés. Le Loi ne peut fonctionner efficacement si toutes les obligations reposent uniquement sur les épaules du lobbyiste ou encore si ce dernier est exposé à un comportement rébarbatif ou arbitraire de la part d'un titulaire de charge publique. La Loi doit donc s'assurer que le titulaire de charge publique qui échange avec un lobbyiste soit tenu de permettre à ce dernier d'exécuter le mandat qu'il détient de son client. Bref, il s'agit d'une application concrète et plus précise à tout le moins du devoir d'agir équitablement. La Loi demeurera un cadre efficace dans la mesure où elle continuera à permettre aux personnes qui ont des droits ou propositions à les faire valoir auprès des instances gouvernementales. Une fois encore, la Loi est un incitatif que ne renie pas la science économique¹⁷.
- b) Les sanctions et peines prévues par la Loi doivent être renforcées afin de réduire les opportunités ou occasions de contrevenir à la Loi. Les peines ou amendes ne sont pas assez élevées. Dans le même sens, les pouvoirs et ressources du Commissaire doivent être accrus afin de lui permettre de mener à bien sa mission.
- c) Le Commissaire et tous ceux et celles impliqués dans la profession ou intéressés par son développement doivent initier le prochain grand chantier qui interpelle les lobbyistes, soit celui de la formation. Le professionnel du lobbyisme doit impérativement posséder une formation de base lui permettant de conseiller adéquatement son client mais aussi dans une perspective de protection du public. Tel qu'évoqué dans notre mémoire déposé à l'Assemblée nationale, AGP n'est pas encore à revendiquer la formation d'un ordre professionnel regroupant tous les lobbyistes. En revanche, le débat sur la formation ne peut être évité. D'ailleurs, le travail quotidien du lobbyiste exige de plus en plus de connaissances en science politique, en droit, en économie, en comptabilité, en finances et parfois même, en génie ou en architecture. C'est une réalité qui se renforcera dans le futur puisque la formation sera le maître-mot du développement économique¹⁸. Le lobbyisme ne pourra y échapper, tout comme la plupart des professions ou des métiers au Québec dont la pratique repose sur l'obtention d'une formation de base obligatoire voire même continue!

Alain Lemieux

¹⁷ Pour un témoignage en ce sens voir North C.D, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p.140

¹⁸ Voir Palacios-Huerta, I., *In 100 Years : Leading Economists Predict the Future*, MIT Press, Boston, 2013