

# Protéger l'intégrité, protéger les dénonciateurs

Mémoire au Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires

L'Association canadienne des agents financiers  
le 16 février 2017



## Table des matières

Sommaire .....	3
Introduction .....	4
1) Garantir la priorité en dotation et la protection du revenu .....	5
2) Exiger l'inversion du fardeau de la preuve dans les cas de représailles soupçonnées .....	8
3) Élargir la portée de la Loi .....	10
4) Instituer un système de récompenses pour la divulgation d'actes répréhensibles .....	12
5) Réaffecter les ressources du système de divulgation par ministère au CISP .....	15
Conclusion .....	17

## Sommaire

Le présent document brosse la perspective d'un syndicat de fonctionnaires professionnels concernant le régime de protection des dénonciateurs au sein de l'administration publique fédérale, plus précisément la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (LPFDAR)*.

Nous puisons dans les travaux de recherche et la jurisprudence à l'échelle internationale et nationale, ainsi que notre vaste expérience institutionnelle, pour formuler cinq recommandations visant à modifier la *LPFDAR* et mieux habiliter le Commissariat à l'intégrité du secteur public (CISP). Ces recommandations sont notamment :

- garantir la priorité en dotation pour la mutation à un autre ministère et la protection du revenu, dans les deux cas dès qu'une divulgation est faite au CISP;
- Inverser le fardeau de la preuve dans le cas de représailles alléguées, de sorte que le fardeau de la preuve incombe à l'intimé;
- élargir la portée de la *LPFDAR*, de sorte que les droits et les incidences de la Loi s'appliquent aux contractants, aux consultants, aux anciens employés, aux bénévoles, aux étudiants et aux clients;
- établir un régime de récompenses à l'intention des dénonciateurs dont l'information initiale aboutit au recouvrement de recettes; et
- confier le processus de divulgation exclusivement au CISP et réaffecter toutes les ressources ministérielles à ce commissariat

Ces recommandations visent à mieux protéger les dénonciateurs, à atténuer les craintes de représailles, à encourager les divulgations et à inspirer confiance dans le processus de divulgation.

## Introduction

La protection des dénonciateurs est un domaine du droit relativement nouveau; le terme dénonciateur, aussi appelé divulgateur ou donneur d'alerte, n'existe dans le lexique public que depuis 1971.<sup>1</sup> Le Canada a déjà mis en place d'importantes mesures de protection, notamment la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* et le Commissariat à l'intégrité du secteur public (CISP). Nous avons jeté des bases sur lesquelles bâtir, mais elles ne constituent pas en soi une structure; nous devons continuer à bâtir.

Des points de vue éthique et moral, il est impératif pour nous d'exposer la corruption et de garantir que ceux et celles qui s'élèvent contre des actes répréhensibles soient protégés, voire félicités. Dans ses lettres de mandat aux ministres, le Premier ministre s'est engagé à « relever la barre en matière d'ouverture et de transparence au sein du gouvernement » et déclaré qu'il est « temps de sortir le gouvernement de l'ombre pour que celui-ci soit réellement au service de la population ». Cet engagement envers l'intégrité et la transparence est admirable. Toutefois, si le Canada aborde une nouvelle ère de transparence et d'intégrité au sein du gouvernement, il doit accentuer ses efforts en vue de protéger les fonctionnaires qui, s'exposant à de grands risques, choisissent de défendre l'intégrité dans leur milieu de travail.

En raison du poste qu'ils occupent, les fonctionnaires sont les mieux placés pour observer les actes répréhensibles, soit dans les interactions de leur organisation avec d'autres secteurs, soit au sein de leurs propres organismes ou ministères. Il est crucial de modifier et d'améliorer la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* et d'élargir le mandat du Commissariat à l'intégrité du secteur public afin d'éradiquer la corruption et les actes répréhensibles et de protéger les dénonciateurs.

À cette fin, l'Association canadienne des agents financiers recommande que la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* soit modifiée de manière que :

- les dénonciateurs aient la garantie de priorité en dotation et de protection du revenu après une divulgation au CISP;
- l'inversion du fardeau de la preuve s'applique dans le cas de représailles présumées, de sorte que ce fardeau incombe à l'intimé;
- la portée de la définition de public soit élargie, de sorte que les droits et incidences de la Loi s'appliquent aux contractants, aux consultants, aux anciens employés, aux bénévoles, aux étudiants et aux clients;
- une récompense soit établie pour les dénonciateurs dont l'information initiale aboutit au recouvrement de recettes; et que

---

<sup>1</sup> Marcia P. Miceli et Janet P. Near, « An International Comparison of the Incidence of Public Sector Whistle-Blowing and the Prediction of Retaliation: Australia, Norway, and the US », *Australian Journal of Public Administration* (décembre 2013)

- l'ensemble du processus de divulgation relève du Commissariat à l'intégrité du secteur public et que le programme ministériel soit aboli et ses ressources, réaffectées au CISP.

Un vaste éventail de comparaisons de la dénonciation dans divers pays révèle clairement que, plus la culture et le régime juridique du pays soutiennent les dénonciateurs, plus les personnes sont disposées à prendre l'initiative de divulguer des actes répréhensibles.<sup>2</sup> Pour mettre fin à la corruption, à la mauvaise gestion et aux actes répréhensibles, nous devons créer une culture dans laquelle il est sûr et valorisant de défendre ce qui est juste. Le Canada est bien placé pour améliorer et faire évoluer sa loi sur la protection des dénonciateurs au pays et devenir ainsi un chef de file à l'échelle mondiale – à la condition de vouloir agir.

## 1) Garantir la priorité en dotation et la protection du revenu

### Contexte

La recherche internationale sur les dénonciateurs a révélé que la crainte de représailles constitue la principale raison pour laquelle les travailleurs s'abstiennent de divulguer des actes répréhensibles.<sup>3</sup> Ces conclusions viennent confirmer celles d'études canadiennes : dans un rapport préparé pour le compte du Commissariat à l'intégrité du secteur public du Canada (CISP) axé sur des groupes de discussion de fonctionnaires fédéraux d'Ottawa, Winnipeg, Regina, Québec et Moncton, les représailles revenaient constamment comme une conséquence redoutée et un désincitatif à la dénonciation.<sup>4</sup>

Les résultats du Sondage auprès des fonctionnaires fédéraux de 2014 ont révélé que, dans l'ensemble de la fonction publique fédérale, seulement 38 % des répondants se sentaient libres d'amorcer un recours officiel (notamment un grief, une plainte ou un appel) sans crainte de représailles.<sup>5</sup> Ces conclusions sont également confirmées par le propre sondage interne de l'ACAF auprès de ses membres, dans lequel seulement 39 % des répondants ont déclaré qu'ils étaient confiants de ne pas faire l'objet de représailles.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> « Checkmate to Corruption: Making the Case for a Wide-Ranging Initiative on Whistleblower Protection », *Internationale des Services Publics* (2016) [http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/en\\_whistleblower\\_protection.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/en_whistleblower_protection.pdf)

<sup>4</sup> « Exploration de la culture de dénonciation dans la fonction publique fédérale », *Commissariat à l'intégrité du secteur public* (2015) [http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pwgsc-tpsgc/por-ef/office\\_public\\_sector\\_integrity\\_commissioner/2016/2015-12-f/rapport.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pwgsc-tpsgc/por-ef/office_public_sector_integrity_commissioner/2016/2015-12-f/rapport.pdf)

<sup>5</sup> « Résultats du Sondage auprès des fonctionnaires fédéraux de 2014 », Gouvernement du Canada <http://www.tbs-sct.gc.ca/pses-saff/2014/results-resultats/bq-pq/00/org-fra.aspx>

Selon une étude menée au Royaume-Uni, les représailles formelles, par exemple, la rétrogradation, la réinstallation ou la réaffectation de responsabilités, sont le type le plus courant de représailles et le deuxième, la perte d'emploi.<sup>6</sup> Cependant, les conséquences de la dénonciation vont beaucoup plus loin que ces types directs de représailles. Les dénonciateurs peuvent aussi subir isolement, diffamation, contraintes ou disgrâce, exclusion et harcèlement dans leur milieu de travail.<sup>7</sup>

Les fonctionnaires prennent des risques énormes lorsqu'ils décident de divulguer des actes répréhensibles, mais il existe des mesures concrètes, utiles, que les législateurs peuvent prendre pour atténuer le stress et les souffrances des dénonciateurs, notamment la priorité en dotation et la protection du revenu (parfois appelées « réparation provisoire »).

La priorité en dotation garantirait que la priorité soit accordée aux dénonciateurs pour une mutation dans un poste similaire dans un autre ministère. Cela les protégerait d'un environnement susceptible d'être extrêmement stressant et toxique. La priorité en dotation est un régime déjà bien établi au sein du gouvernement, qui fonctionne bien. Il existe plusieurs motifs pour lesquels le fonctionnaire pourrait jouir de la priorité en dotation; élargir cette priorité aux dénonciateurs d'actes répréhensibles serait une mesure de protection des dénonciateurs à coût nul.

C'est essentiel parce que, dans bien des cas, les dénonciateurs préféreraient continuer à travailler. Les dénonciateurs sont plus susceptibles d'être des personnes au rendement supérieur, dotés d'une solide éthique, qui ont profondément à cœur leur travail.<sup>8</sup> Le fait d'être forcés d'abandonner leur poste à cause d'un climat toxique les isole et les ostracise et peut nuire gravement à leur santé mentale. C'est également préjudiciable pour la fonction publique même, car ce type d'employé motivé, à principes, est précisément le type d'employé que les ministères devraient vouloir maintenir en emploi.

La protection du revenu garantirait que le dénonciateur n'éprouve pas de difficultés financières par suite de la perte de son emploi, d'une rétrogradation, de la perte de rémunération intérimaire ou d'autres sanctions. Elle protège provisoirement le revenu du dénonciateur pendant qu'il attend une mutation à un nouveau ministère ou le résultat d'un grief de représailles.

## Recommandation

L'ACAF recommande fortement que la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* soit modifiée de manière à garantir la priorité en dotation et la protection du revenu pour les dénonciateurs.

<sup>6</sup> « Whistleblowing: The Inside Story », *Public Concern at Work and University of Greenwich* (2013) <http://www.pcaw.co.uk/files/Whistleblowing%20-%20the%20inside%20story%20FINAL.pdf>

<sup>7</sup> Jessica R. Mesmer-Magnus et Chockalingam Viswesvaran, « Whistleblowing in Organizations: An Examination of Correlates of Whistleblowing Intentions, Actions, and Retaliation », *Journal of Business Ethics* (2005) <http://bit.ly/2iLLmgF>

<sup>8</sup> Ibid.

## Justification

Plusieurs organisations et experts à l'échelle internationale font état de diverses formes de priorité en dotation et de protection du revenu qui constituent des mesures de protection des dénonciateurs généralement reconnues comme pratiques exemplaires, et il existe une jurisprudence à cet égard dans d'autres pays.

Transparency International, expert de grande renommée en matière de lutte contre la corruption et de protection des dénonciateurs, recommande dans sa liste de pratiques exemplaires que [traduction] « toute une gamme de recours doit couvrir toutes les conséquences directes, indirectes et futures de toutes représailles, en vue d'indemniser les dénonciateurs », y compris le salaire « de réparation provisoire et interlocutoire » et la « mutation à un autre service ou superviseur ». <sup>9</sup>

Dans sa résolution sur la protection des donneurs d'alerte, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe recommande que la loi sur la protection des donneurs d'alerte comprenne une disposition visant à « demander à l'employeur de remédier à la situation, y compris temporairement ». <sup>10</sup>

Dans le rapport préparé pour le compte du CISP, les fonctionnaires ayant répondu au sondage ont proposé la mutation à un autre ministère ou organisme dans les cas de représailles soupçonnées, comme moyen de réduire la crainte de représailles. <sup>11</sup>

Il existe aussi d'importants précédents de priorité en dotation dans les lois de protection des dénonciateurs d'autres pays. Aux États-Unis, en Corée du Sud et en Afrique du Sud, les dénonciateurs peuvent obtenir des mutations dans des postes comparables s'il peut être prouvé que des problèmes comme d'autre harcèlement surgiraient si la personne restait dans son poste actuel. <sup>12</sup>

Plus les préjudices pour les dénonciateurs sont graves, moins les dénonciateurs sont portés à prendre l'initiative et plus les cas de corruption et de mauvaise gestion restent sans contrôle. Des mesures comme la priorité en dotation et la protection du revenu ont pour avantage supplémentaire de favoriser une culture où l'intégrité est récompensée, non pas punie.

<sup>9</sup> « International Principles for Whistleblower Legislation », *Transparency International* (2013) [https://issuu.com/transparencymontreal/docs/2013\\_whistleblowerprinciples\\_en](https://issuu.com/transparencymontreal/docs/2013_whistleblowerprinciples_en)

<sup>10</sup> Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1729 (2010) sur la protection des donneurs d'alerte, article 6.2.5.

<sup>11</sup> « Exploration de la culture de dénonciation dans la fonction publique fédérale », *Commissariat à l'intégrité du secteur public* (2015) [http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pwgsc-tpsgc/poref/office\\_public\\_sector\\_integrity\\_commissioner/2016/2015-12-f/rapport.pdf](http://epe.lac-bac.gc.ca/100/200/301/pwgsc-tpsgc/poref/office_public_sector_integrity_commissioner/2016/2015-12-f/rapport.pdf)

<sup>12</sup> David Banisar, « Whistleblowing: International Standards and Developments », de *Corruption and Transparency: Debating the Frontiers Between State, Market and Society*, éd. I. Sandoval (Washington: World Bank Institute for Social Research, 2011) [https://www.researchgate.net/publication/228124587\\_Whistleblowing\\_International\\_Standards\\_and\\_Developments](https://www.researchgate.net/publication/228124587_Whistleblowing_International_Standards_and_Developments)

## 2) Exiger l'inversion du fardeau de la preuve dans les cas de représailles soupçonnées

### Contexte

Comme il en a été question dans le chapitre précédent, la crainte de représailles est le principal obstacle à la dénonciation. Malheureusement, cette crainte est fondée : un récent sondage auprès de plus de 10 000 travailleurs des secteurs public, privé et sans but lucratif dans 13 pays a révélé que 36 % des travailleurs qui ont constaté, puis dénoncé, des actes répréhensibles ont subi des représailles formelles.<sup>13</sup> Il ressort de cette étude qu'un gros 7 % des effectifs totaux ont besoin de protection contre des mesures de vengeance ou de représailles.

Les représailles peuvent emprunter diverses formes, notamment des mesures formelles comme la rétrogradation, la réinstallation, la réaffectation de responsabilités ou le congédiement. Mais, les représailles peuvent aussi être subtiles et extrêmement difficiles à établir. Malgré la prévalence de représailles dans les cas de dénonciation, il peut être extrêmement difficile d'en faire la preuve tant que l'employeur ne parle pas expressément de dénonciation.<sup>14</sup>

Qui plus est, la recherche a révélé que les travailleurs les plus vulnérables d'une organisation sont les plus susceptibles de subir des représailles. Les dénonciateurs qui jouissent d'un grand pouvoir au sein d'une organisation, par exemple, le pouvoir social – comme l'expertise, le respect ou le charisme – ou le pouvoir organisationnel – comme des compétences ou des connaissances précieuses propres à l'organisation – sont moins susceptibles de subir des représailles.<sup>15</sup> Autrement dit, moins le dénonciateur a de pouvoir, plus il a besoin de protection.

L'inversion du fardeau de la preuve dans le cas de représailles est cruciale pour la protection de ces travailleurs.

### Recommandation

L'ACAF recommande fortement que la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* soit modifiée de manière à prévoir l'inversion du fardeau de la preuve dans les cas de représailles. Il devrait incomber aux intimés de prouver que les mesures prises envers le dénonciateur n'ont rien à voir avec la dénonciation.

<sup>13</sup> « Global Business Ethics Survey 2016: Measuring risk and promoting workplace integrity », *Ethics & Compliance Initiative* (2016) [http://www.boeingsuppliers.com/2016\\_Global\\_Ethics\\_Survey\\_Report.pdf](http://www.boeingsuppliers.com/2016_Global_Ethics_Survey_Report.pdf)

<sup>14</sup> « Plan d'action anticorruption du G20 pour la protection des dénonciateurs », *Organisation de coopération et de développement économiques* (2011) <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>

<sup>15</sup> Marcia P. Miceli et Janet P. Near, « An International Comparison of the Incidence of Public Sector Whistle-Blowing and the Prediction of Retaliation: Australia, Norway, and the US », *Australian Journal of Public Administration* (décembre 2013)



## Justification

L'inversion du fardeau de la preuve dans les cas de représailles est un mécanisme de protection des dénonciateurs qui jouit généralement de l'appui des organismes de lutte contre la corruption et des experts en la matière, et il existe de la jurisprudence à cet égard dans les provinces canadiennes et ailleurs dans le monde. Elle a aussi fait l'objet de l'une des principales recommandations de la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires (appelée couramment la Commission Gomery).

Des rapports préparés pour le compte de l'Internationale des Services publics (ISP) et Transparency International (TI) recommandent l'inversion du fardeau de la preuve dans les cas de représailles, tout comme le Plan d'action anticorruption du G20 pour la protection des dénonciateurs.

Il existe aussi une solide jurisprudence en faveur de l'inversion du fardeau de la preuve dans les cas de représailles dans d'autres lois de protection des dénonciateurs. La *South African Public Disclosure Act*, par exemple, porte que les travailleurs ne peuvent subir [traduction] « aucun préjudice professionnel » par suite de leur dénonciation et que tout congédiement en violation de ce principe est par le fait même considéré comme un congédiement injuste ou une pratique déloyale de travail.<sup>16</sup>

De même, aux États-Unis, la *USA Whistleblower Protection Act* de 1989 établit que le fardeau de la preuve est inversé à l'employeur, sous réserve que le dénonciateur satisfasse à certaines exigences. Cette disposition s'est révélée une grande réussite et elle a accru le taux de succès des dénonciateurs depuis l'adoption de la Loi.<sup>17</sup>

Une loi adoptée récemment au Québec impose à l'employeur le fardeau de la preuve dans les cas de représailles perçues en stipulant que la rétrogradation, la suspension, le congédiement ou le déplacement d'une personne ainsi que toute autre mesure disciplinaire prise à l'égard d'un dénonciateur sont présumés être des représailles.<sup>18</sup>

Enfin, dans son rapport de la Phase 2, la Commission d'enquête sur le programme de commandites et les activités publicitaires propose l'inversion du fardeau de la preuve comme moyen d'améliorer la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* : « faire en sorte que, si un employé dénonciateur se plaint de représailles, ce soit à l'employeur de démontrer que les actes

<sup>16</sup> « Plan d'action anticorruption du G20 pour la protection des dénonciateurs », *Organisation de coopération et de développement économiques* (2011) <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>

<sup>17</sup> « Recent Trends and Best Practices in Whistleblower Protection Legislation », *Transparency International* (2013) [http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Trends\\_in\\_whistleblower\\_protection\\_legislation.pdf](http://www.transparency.org/files/content/corruptionqas/Trends_in_whistleblower_protection_legislation.pdf)

<sup>18</sup> *Loi facilitant la divulgation d'actes répréhensibles à l'égard des organismes publics*, chapitre VII

incriminés ne sont pas des repréailles ». <sup>19</sup> Cette recommandation a été formulée en 2006, mais, plus d'une décennie plus tard, on n'y a pas encore donné suite.

### 3) Élargir la portée de la Loi

#### Contexte

La *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* définit « fonctionnaire » comme étant « toute personne employée dans le secteur public, tout membre de la Gendarmerie royale du Canada et tout administrateur général ». <sup>20</sup> Cette définition exclut des protections de la Loi un grand nombre de personnes susceptibles d'avoir l'occasion d'être témoins d'un acte répréhensible dans la fonction publique et d'avoir besoin de protection si elles décident de le divulguer – notamment les bénévoles, les contractants, les consultants, les étudiants, les anciens employés et les clients, y compris le grand public.

La portée étroite de la *LFPDAR* limite non seulement les protections de la Loi, mais également ses incidences. Seuls les fonctionnaires actuels peuvent être obligés à témoigner dans des enquêtes du Commissariat à l'intégrité du secteur public (CISP). Un fonctionnaire qui peut avoir participé à un acte répréhensible ou y avoir été impliqué peut, en vertu de la Loi dans son libellé actuel, quitter la fonction publique et refuser ensuite de participer à une enquête, ce qui peut avoir pour effet de la faire piétiner sur place ou de la freiner.

Les recommandations des chercheurs universitaires et institutionnels concernant la protection des dénonciateurs, par contraste, ont sciemment tendance à utiliser une définition large du terme dénonciateur. La définition de dénonciation la plus souvent citée et la plus généralement reconnue est la suivante : [traduction] « La divulgation par un membre d'une organisation (ancien ou actuel) de pratiques illégales, immorales ou illégitimes dont l'employeur a la charge, à une personne ou à un organisme susceptible de remédier à la situation ». <sup>21</sup> Le terme universel « membre » (plutôt qu' « employé ») est utilisé et, selon cette définition, les anciens membres de l'organisation sont également compris dans les dénonciateurs.

Les chercheurs en droit recommandent eux aussi d'élargir la définition de dénonciateur. Des comparaisons de la protection des dénonciateurs dans le monde font ressortir que les protections qui s'appliquent uniquement aux divulgations par des employés permanents sont loin d'être l'idéal. <sup>22</sup> Ils mettent les législateurs en garde contre des « échappatoires » dans les lois concernant

<sup>19</sup> Brian R. O'Neal et autres, *Le rapport de la Phase 2 de la Commission Gomery – Un aperçu* (2006)

<http://publications.gc.ca/collections/Collection-R/LoPBdP/PRB-e/PRB0560-e.pdf>

<sup>20</sup> *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, L.C. 2005, chap. 46

<sup>21</sup> « Checkmate to Corruption: Making the Case for a Wide-Ranging Initiative on Whistleblower Protection », *Internationale des Services Publics* (2016) [http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/en\\_whistleblower\\_protection.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/en_whistleblower_protection.pdf)

<sup>22</sup> Paul Latimer et A.J. Brown, « Whistleblower Laws: International Best Practice », *UNSW Law Journal* (2008) [http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/40\\_latimer\\_and\\_brown\\_2008.pdf](http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/sites/default/files/40_latimer_and_brown_2008.pdf)

la protection des dénonciateurs qui en excluraient les contractuels, les employés nommés pour une période déterminée et les anciens employés.<sup>23</sup>

## Recommandations

L'ACAF recommande que le plein effet de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* soit élargi de manière à inclure les anciens employés, les consultants, les contractants, les employés nommés pour une période déterminée, les clients, les étudiants et les bénévoles. Les anciens fonctionnaires devraient également être obligés de participer aux enquêtes et aux procédures du Commissariat à l'intégrité du secteur public.

## Justification

Un consensus général chez les institutions internationales se dégage en faveur d'un élargissement de la définition de dénonciateur. Le Plan d'action anticorruption du G20 pour la protection des dénonciateurs recommande une approche « sans échappatoire » à la protection des dénonciateurs, donnant comme l'une de ses pratiques exemplaires un champ d'application qui inclut « les contractants, les employés temporaires, les anciens employés et les bénévoles ». <sup>24</sup> De même, l'Internationale des Services Publics fait valoir que « la notion de « relations de travail » aux fins de la protection des dénonciateurs doit être interprétée dans un sens plus large que les relations employeur-employé normales ». <sup>25</sup>

Pour fins de référence concernant la façon d'élargir ces protections, les législateurs canadiens peuvent examiner le libellé utilisé dans les lois de protection des dénonciateurs d'autres pays, qui adoptent une définition élargie du terme dénonciateur.

La *Public Service Act* de l'Australie, par exemple, permet d'appliquer les mesures de protection des dénonciateurs à quiconque exerce des fonctions [traduction] « dans ou pour une agence », y compris les contractants externes. <sup>26</sup> De même, la *Protected Disclosures Act* de l'Irlande définit de manière générale le terme « travailleur » comme incluant quiconque [traduction] « a conclu un marché ou travaille ou a travaillé en vertu d'un autre contrat, que ce soit expressément ou tacitement et (s'il s'agit d'expressément), que ce soit de vive voix ou par écrit ». <sup>27</sup>

La *Protected Disclosures Act* de la Nouvelle-Zélande, généralement perçue comme l'un des régimes les plus exhaustifs de protection des dénonciateurs, définit le terme employé comme incluant : un

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> « Plan d'action anticorruption du G20 pour la protection des dénonciateurs », *Organisation de coopération et de développement économiques* (2011) <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>

<sup>25</sup> « Checkmate to Corruption: Making the Case for a Wide-Ranging Initiative on Whistleblower Protection », *Internationale des Services Publics* (2016) [http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/en\\_whistleblower\\_protection.pdf](http://www.world-psi.org/sites/default/files/documents/research/en_whistleblower_protection.pdf)

<sup>26</sup> *Australia Public Service Act* (1999), article 16

<sup>27</sup> *Protected Disclosures Act* 2014, article 3

ancien employé; une personne détachée auprès de l'organisation; une personne engagée ou avec laquelle un contrat a été conclu aux fins de travailler pour l'organisation; une personne intéressée dans la gestion de l'organisation (y compris une personne qui est membre du conseil d'administration ou de l'organe directeur de l'organisation); et une personne qui travaille pour l'organisation à titre de bénévole sans contrepartie ou attente de contrepartie pour ce travail.<sup>28</sup>

## 4) Instituer un système de récompenses pour la divulgation d'actes répréhensibles

### Contexte

Un récent Global Fraud Report a constaté que, dans 32 % de cas où il y a eu fraude, un employé avait pris l'initiative de fournir de l'information ayant facilité une enquête. Dans les cas où un cadre supérieur ou intermédiaire était impliqué, ce nombre est passé à 41 %.<sup>29</sup> On a conclu que la dénonciation est le plus efficace de tous les moyens de mettre au jour des cas de fraude.<sup>30</sup>

Il n'est donc pas exagéré de dire que les dénonciateurs sont cruciaux pour l'intégrité des gouvernements partout dans le monde. Du point de vue éthique, il est de toute évidence impératif pour les gouvernements d'éradiquer la corruption et de protéger ceux et celles qui la dénoncent, mais des recherches récentes donnent à entendre que les gouvernements ont aussi un important incitatif financier à élaborer et à maintenir de solides lois de protection des dénonciateurs.

Une récente analyse en provenance des États-Unis a révélé que les avantages de la participation de dénonciateurs l'emportent sur les coûts.<sup>31</sup> Selon cette étude, les dénonciateurs ont, de 1978 à 2012, permis aux régulateurs américains d'obtenir au total 16,86 milliards de dollars en jugements additionnels contre des entreprises et des employés, qu'il aurait été impossible d'obtenir sans la participation de dénonciateurs.<sup>32</sup>

Les dénonciateurs apportent un important correctif éthique et opérationnel et un important avantage financier à leurs sociétés et gouvernements. Cependant, comme il en a été question dans les chapitres précédents, les dénonciateurs prennent, sur le plan personnel, de grands risques à

<sup>28</sup> *Protected Disclosures Act* 2000, article 3

<sup>29</sup> Kroll (2014). Global Fraud Report. New York : Kroll

<http://www.kroll.com/CMSPages/GetAzureFile.aspx?path=~%5Cmedia%5Cfiles%5Cintelligence-center%5Cglobal-fraud-report-2013-2014-english.pdf&hash=a84e800f9068acd3e3ce664e95666772c22ccf4547183e750ecf984b2041343d>

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Andrew C. Call et autres, « The Impact of Whistleblowers on Financial Misrepresentation Enforcement Actions », (décembre 2014) [https://www.kkc.com/assets/site\\_18/files/resources/the-impact-of-whistleblowers-on-financial-misrepresentation-enforcement-actions-december-2014.pdf](https://www.kkc.com/assets/site_18/files/resources/the-impact-of-whistleblowers-on-financial-misrepresentation-enforcement-actions-december-2014.pdf)

<sup>32</sup> Ibid.

divulguer des actes répréhensibles. Plus particulièrement, la divulgation entraîne souvent des ennuis financiers, notamment la perte d'emploi, la perte temporaire de revenu, ainsi que les frais afférents. Toute mesure susceptible d'inciter davantage le fonctionnaire à divulguer des actes répréhensibles et de récompenser le comportement éthique ne peut qu'être avantageux pour le Canada.

## Recommandation

L'ACAF recommande fortement que la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* soit modifiée de manière à inclure une disposition prévoyant que les dénonciateurs qui fournissent de l'information initiale menant au recouvrement de recettes se voient octroyer un pourcentage du montant recouvré.

## Justification

Il existe une solide jurisprudence en matière de récompenses pour la dénonciation en droit international et des antécédents remontant au *qui tam*, le principe de la common law anglaise.

À l'ère moderne, des itérations de ces dispositions se trouvent notamment dans la *False Claims Act* des États-Unis qui porte qu'une personne peut prendre action pour le compte du gouvernement afin de recouvrer de l'argent perdu ou dépensé indûment et d'obtenir jusqu'à concurrence de 30 % du montant recouvré.<sup>33</sup> La *Dodd-Frank Act* ordonne à la Securities and Exchange Commission de récompenser ceux et celles qui lui fournissent de l'information initiale aboutissant à des mesures de d'exécution de la loi fructueuses. Ces récompenses peuvent varier entre 10 % et 30 % des fonds recouverts.<sup>34</sup>

La Commission des valeurs mobilières de l'Ontario a récemment annoncé son propre programme de protection des dénonciateurs, qui comprend une récompense de jusqu'à concurrence de 1,5 million de dollars pour de l'information concernant la fraude comptable, les délits d'initié et la manipulation de marché, ou de jusqu'à concurrence de 5 millions de dollars si le régulateur des valeurs mobilières est en mesure de recouvrer au moins 10 millions de dollars ayant trait à l'affaire.<sup>35</sup>

La Commission anticorruption et des droits civils (ARC) de la Corée prévoit des récompenses monétaires de jusqu'à concurrence de 2 millions de dollars (\$US) pour ceux et celles qui dénoncent la corruption et dont la dénonciation aboutit à un accroissement ou à un recouvrement de

<sup>33</sup> False Claims Act, 31 U.S.C. §3729.

<sup>34</sup> « Plan d'action anticorruption du G20 pour la protection des dénonciateurs », *Organisation de coopération et de développement économiques* (2011) <https://www.oecd.org/g20/topics/anti-corruption/48972967.pdf>

<sup>35</sup> « Admissibilité aux récompenses », *Commission des valeurs mobilières de l'Ontario* <http://www.osc.gov.on.ca/fr/award-eligibility.htm>

recettes.<sup>36</sup> En vertu de l'ARC, les dénonciateurs peuvent également se voir octroyer des prix ou des certificats de reconnaissance.<sup>37</sup>

Les experts et les institutions internationales en matière de protection des dénonciateurs sont aussi en faveur de récompenses ou d'incitatifs pour les dénonciateurs. Le Plan d'action anticorruption du G20 pour la protection des dénonciateurs et les Principes internationaux de Transparency International pour la protection des dénonciateurs en font mention dans leurs pratiques exemplaires ou leurs recommandations.

De même, une étude formative canadienne portant sur les dénonciateurs du secteur privé, qui offre une analyse approfondie et très minutieuse des risques potentiels, des coûts et des inconvénients des incitatifs financiers pour les dénonciateurs, en arrive à la conclusion ultime que ces incitatifs sont [traduction] « de par leur nature, semblables à d'autres types d'instruments qui permettent de communiquer de l'information organisationnelle précieuse de manière opportune et exacte aux autorités publiques et qui, par ricochet, rehaussent la qualité du système de réglementation régissant les sociétés ».<sup>38</sup> En dernière analyse, les auteurs recommandent fortement ces mesures aux décideurs canadiens.<sup>39</sup>

Du point de vue pratique, un régime de récompenses pour les dénonciateurs pourrait contribuer dans une certaine mesure à contrer l'effet paralysant de la crainte de représailles sur la divulgation d'actes répréhensibles. S'il faut des dénonciateurs pour éradiquer la corruption, mais que ceux-ci s'exposent à des souffrances et à des difficultés financières s'ils s'exécutent, il n'est que logique de les récompenser pour faire ce qui est juste malgré les risques personnels.

D'aucuns pourraient tenter de faire valoir qu'il faut éviter d'établir un régime de récompenses à l'intention des dénonciateurs parce que cela encouragera des allégations non fondées, mais des experts de partout aux États-Unis, où des lois *qui tam* existent depuis plus de cent cinquante ans, s'entendent presque à l'unanimité pour dire que ce n'est pas le cas. Les experts ont qualifié ces craintes de diverses façons : « exagérées »<sup>40</sup>, « surestimées »<sup>41</sup> et « sans fondement ».<sup>42</sup> Le processus

<sup>36</sup> Commission anticorruption et des droits civils de la Corée, « Protecting and Rewarding Whistleblowers » [http://www.acrc.go.kr/eng\\_index.html](http://www.acrc.go.kr/eng_index.html)

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Robert Howse et Ronald J. Daniels, « Rewarding Whistleblowers: The Costs and Benefits of an Incentive-Based Compliance Strategy », dans *Corporate Decision-Making in Canada*, éd. Ronald J. Daniels, (Calgary: University of Calgary Press, 1995) [http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=law\\_series](http://repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=law_series)

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Jerod S. Gonzalez, « A Pot of Gold at the End of the Rainbow: An Economic Incentives-Based Approach to OSHA Whistleblowing », *The Employee Rights and Employment Policy Journal* (2010) <http://www.defending-science.org/sites/default/files/upload/Gonzalez-OSHA-Whistleblower-2009.pdf>

<sup>41</sup> Geoffrey Christopher Rapp, « Beyond Protection: Invigorating Incentives for Sarbanes-Oxley corporate and Securities Fraud Whistleblowers », *Boston University Law Review* (2007) <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume87n1/documents/rappv.2.pdf>

<sup>42</sup> Elletta Sangrey Callahan et Terry Morehead Dworkin, « Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act », *Villanova Law Review* (1992) <http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2777&context=vlr>

de présentation d'une allégation et d'enquête peut être coûteux, long et exiger beaucoup de connaissances techniques, ce qui décourage les fausses allégations.<sup>43</sup> On a aussi très peu à gagner d'un règlement ou d'un levier de règlement provenant d'une fausse allégation.<sup>44</sup> En dernière analyse, dans le contexte américain, la probabilité de dénonciations frivoles [traduction] « n'est décidément pas différente de toute loi civile qui crée un droit privé d'action »<sup>45</sup> et toute inquiétude concernant des fausses allégations [traduction] « ne l'emporte pas sur les importants avantages de la production d'information ». <sup>46</sup>

## 5) Réaffecter les ressources du système de divulgation par ministère au CISP

### Contexte

Le 9 février 2017, M. Luc Bégin, l'agent supérieur de l'intégrité et ombudsman à Santé Canada, a comparu devant le Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires de la Chambre afin de donner de l'information sur le Bureau de l'ombudsman, de l'intégrité et de la résolution de Santé Canada comme exemple du système de divulgation par ministère du gouvernement.

M. Bégin a déclaré qu'à son bureau, un employé à temps plein est chargé de s'occuper des divulgations, qu'il y consacre lui aussi environ 10 % de son temps et qu'on fait appel à des enquêteurs privés dans le cas des divulgations exigeant une enquête.<sup>47</sup>

<sup>43</sup> Geoffrey Christopher Rapp, « Beyond Protection: Invigorating Incentives for Sarbanes-Oxley corporate and Securities Fraud Whistleblowers », *Boston University Law Review* (2007) <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume87n1/documents/rappv.2.pdf>

<sup>44</sup> Iletta Sangrey Callahan et Terry Morehead Dworkin, « Do Good and Get Rich: Financial Incentives for Whistleblowing and the False Claims Act », *Villanova Law Review* (1992) <http://digitalcommons.law.villanova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2777&context=vlr>

<sup>45</sup> Jerod S. Gonzalez, « A Pot of Gold at the End of the Rainbow: An Economic Incentives-Based Approach to OSHA Whistleblowing », *The Employee Rights and Employment Policy Journal* (2010) <http://www.defending-science.org/sites/default/files/upload/Gonzalez-OSHA-Whistleblower-2009.pdf>

<sup>46</sup> Geoffrey Christopher Rapp, « Beyond Protection: Invigorating Incentives for Sarbanes-Oxley corporate and Securities Fraud Whistleblowers », *Boston University Law Review* (2007) <http://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume87n1/documents/rappv.2.pdf>

<sup>47</sup> Comité permanent des opérations gouvernementales et des prévisions budgétaires de la Chambre, 9 février 2017 [http://parlvyu.parl.gc.ca/XRender/en/PowerBrowser/PowerBrowserV2/20170209/-/1/26637?globalstreamId=23&useragent=Mozilla/5.0%20\(Macintosh;%20Intel%20Mac%20OS%20X%2010\\_10\\_5\)%20AppleWebKit/537.36%20\(KHTML,%20like%20Gecko\)%20Chrome/55.0.2883.95%20Safari/537.36](http://parlvyu.parl.gc.ca/XRender/en/PowerBrowser/PowerBrowserV2/20170209/-/1/26637?globalstreamId=23&useragent=Mozilla/5.0%20(Macintosh;%20Intel%20Mac%20OS%20X%2010_10_5)%20AppleWebKit/537.36%20(KHTML,%20like%20Gecko)%20Chrome/55.0.2883.95%20Safari/537.36)



Selon M. Bégin, Santé Canada compte 12 000 employés et, au cours de l'exercice 2016-2017, aucune divulgation n'a été faite au Bureau de l'ombudsman, de l'intégrité et de la résolution du ministère; l'année précédente, il y a eu huit divulgations.<sup>48</sup>

Nul ne sait au juste pourquoi il y a eu si peu de divulgations dans le cadre du système de divulgation par ministère. Cependant, M. Bégin considère comme préoccupants les Résultats du Sondage auprès des fonctionnaires fédéraux de 2014 (dont il est fait état dans un chapitre antérieur du présent document), selon lesquels seulement 38 % des répondants se sentaient libres d'amorcer un recours officiel, notamment un grief, une plainte ou un appel, sans crainte de représailles.<sup>49</sup> Ces conclusions sont également confirmées par le propre sondage interne de l'ACAF auprès de ses membres : seulement 39 % des répondants ont déclaré qu'ils étaient confiants de ne pas faire l'objet de représailles s'ils faisaient une divulgation.

La propre expérience de l'ACAF à titre de syndicat qui s'est occupé de nombreux problèmes relatifs à la divulgation révèle que le système de divulgation par ministère porte à confusion et qu'il sert dans une large mesure à protéger les hauts fonctionnaires. Ce qui est peut-être plus inquiétant encore, c'est qu'il se contente de contenir, plutôt que de mettre au jour, les actes répréhensibles. Nous avons constaté que nos membres ne font pas confiance au programme ministériel et qu'il ne saurait y avoir de divulgation sans confiance. Les gens ont besoin de croire que la personne à laquelle ils font une divulgation est indépendante, impartiale, et qu'elle peut les protéger.

La réticence des dénonciateurs éventuels à divulguer des actes répréhensibles met grandement à risque la fonction publique, les ministres qui sont peut-être inadéquatement informés des problèmes dans leurs ministères respectifs et, surtout, la population canadienne. De toute évidence, le système de divulgation par ministère tel qu'il existe à l'heure actuelle n'encourage nullement le type de déclarations que le Parlement visait lorsqu'il a adopté la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*.

## Recommandation

L'ACAF recommande que le programme de divulgation par ministère soit aboli et que les ressources ministérielles soient réaffectées de manière à renforcer le Commissariat à l'intégrité du secteur public.

## Justification

Le système actuel de divulgation par ministère encourage les dénonciateurs éventuels à divulguer les actes répréhensibles à leur supérieur immédiat. Toutefois, des études révèlent que le processus

<sup>48</sup> Ibid.

<sup>49</sup> « Résultats du Sondage auprès des fonctionnaires fédéraux de 2014 », Gouvernement du Canada <http://www.tbs-sct.gc.ca/pses-saff/2014/results-resultats/bq-pq/00/org-fra.aspx>



de divulgation ne devrait pas reposer sur les interactions entre le dénonciateur et son ministère ou organisme.<sup>50</sup> On a constaté que la participation d'institutions externes, par exemple, des organismes de réglementation ou d'exécution, accroît la sécurité et l'efficacité du dénonciateur.<sup>51</sup>

Les gouvernements doivent toujours concilier la nécessité d'offrir des services efficaces au public à un coût financier responsable. Il est prouvé que la dénonciation d'actes répréhensibles dans la fonction publique a pour avantage à la fois de réduire les coûts et d'améliorer les résultats des services.<sup>52</sup> Mais, pour que cela soit le cas, il faut dépenser sagement les ressources investies dans les mécanismes de divulgation.

Si Santé Canada est un exemple de systèmes de divulgation par ministère qui, en dernière analyse, s'en remettent à des enquêteurs tiers, les fonds consacrés à ces systèmes seraient plus utiles ailleurs. Si chaque ministère ou organisme de la fonction publique fédérale compte un seul employé spécialisé et un budget pour le recours à des enquêteurs externes contractuels, ces ressources pourraient être réaffectées au Commissariat à l'intégrité du secteur public afin de le renforcer sans coût additionnel pour le gouvernement.

Des enquêteurs formés et spécialisés qui maîtrisent les rouages des ministères, mais qui sont indépendants d'eux et qui rendent compte à un mandataire du gouvernement lui aussi indépendant d'eux, seraient nécessairement plus efficaces et inspireraient davantage confiance. Il faut apporter des changements pour s'occuper des actes répréhensibles à la source et encourager des divulgations plus efficaces et plus hâtives.

## Conclusion

Les lacunes de notre système actuel ne devraient pas décourager les législateurs canadiens. La protection des dénonciateurs reste un domaine du droit relativement nouveau. Il va de soi que notre première tentative d'établir un régime exhaustif de protection des dénonciateurs ne saurait par la même occasion être la dernière.

Parallèlement, il n'y a pas lieu de nous reposer sur nos lauriers. La crainte de représailles est encore grande et le nombre de divulgations, faible. Dans l'intervalle, les scandales de mauvaise gestion continuent de harceler le gouvernement fédéral. De toute évidence, il reste encore du travail à faire.

<sup>50</sup> « Whistleblowing: The Inside Story », *Public Concern at Work et University of Greenwich* (2013) <http://www.pcaw.co.uk/files/Whistleblowing%20-%20the%20inside%20story%20FINAL.pdf>

<sup>51</sup> Ibid.

<sup>52</sup> Marcia P. Miceli et Janet P. Near, « An International Comparison of the Incidence of Public Sector Whistle-Blowing and the Prediction of Retaliation: Australia, Norway, and the US », *Australian Journal of Public Administration* (décembre 2013)

La *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles (LPFDAR)* constituait un premier pas dans la bonne voie, mais il ne faut pas cesser d'aller de l'avant.

Le Canada peut se guider sur les travaux de recherche d'institutions anticorruption et d'experts en protection des dénonciateurs à l'échelle provinciale et internationale. On peut sensiblement améliorer notre système actuel, et le temps ne saurait être plus propice, alors que le leader du gouvernement a renouvelé son engagement à la transparence, à l'intégrité et à la franchise.

Les recommandations formulées dans le présent document ont pour objet d'améliorer la protection des dénonciateurs et le système de divulgation — plus précisément la *LPFDAR* et le Commissariat à l'intégrité du secteur public — avec efficacité et par l'utilisation judicieuse des ressources.

Notre pays et notre gouvernement se fient au courage de ces personnes qui s'exposent à de grands risques pour dénoncer des actes répréhensibles. Pour notre part, des points de vue éthique et moral, il est impératif de faire en sorte qu'on les protège, les soutienne et les encourage.