

Les faiblesses de la législation canadienne sur la protection des dénonciateurs

Analyse de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* (LPFDAR)

Publié par IRIF:

Initiative pour la réforme de l'imputabilité fédérale

Au sujet de IRIF

IRIF (Initiative pour la réforme de l'imputabilité fédérale) fait la promotion de l'intégrité et de la responsabilité au sein du gouvernement en donnant aux employés le pouvoir de s'exprimer sans crainte de représailles lorsqu'ils ont connaissance d'actes répréhensibles. Nous appuyons les lois et les pratiques de gestion qui assurent une protection efficace des dénonciateurs et donc la liberté d'expression professionnelle en milieu de travail.

IRIF est un organisme de bienfaisance canadien enregistré, dirigé par des bénévoles et financé par des dons personnels. IRIF ne sollicite ni n'accepte de fonds provenant des gouvernements ou des entreprises.

82, avenue Strathcona
Ottawa (Ontario)
K1S 1X6
Téléphone : 613-567-1511
Site Web : fairwhistleblower.ca

Table des matières

Introduction.....	0
Sommaire	2
À ceux qui ont l'intention de dévoiler la vérité : sachez que ce ne sera pas facile	4
Première partie : Les principaux problèmes.....	6
1) La portée de la <i>Loi</i> est très étroite	6
La protection contre les représailles offerte aux membres des Forces canadiennes, du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et de la GRC est limitée ou inexistante.....	6
Les actions fautives commises par le gouvernement et auxquelles le secteur privé est mêlé ne peuvent pas faire l'objet d'enquêtes en bonne et due forme	7
La <i>Loi</i> ne s'applique pas du tout aux écarts de conduite du secteur privé	7
2) Le nombre de voies (permettant de demander une enquête ou d'exercer un recours) a diminué plutôt qu'augmenté.....	9
Tous les moyens d'accès aux tribunaux normaux sont bloqués	9
Les employés, quels qu'ils soient, ne jouissent que d'une mince protection contre l'intimidation et le harcèlement	10
Dans la plupart des cas, il est strictement interdit de porter les faits à la connaissance du public ou de les révéler aux médias	11
3) Les actes répréhensibles, aux termes de la <i>Loi</i> , excluent la plupart des situations bien réelles.....	12
Définition restrictive du terme « actes répréhensibles »	12
Motifs juridictionnels expliquant le refus de donner suite à une divulgation	13
Autres motifs vagues et subjectifs de refuser de donner suite à des divulgations	13
4) Les dispositions en matière d'enquêtes et de mesures correctives sont faibles	14
Le commissaire est restreint à une approche réactive et fragmentée.....	14
Il n'existe pas de mécanisme fiable pour corriger les actes répréhensibles ou discipliner les fautifs.....	14
5) La plupart des plaintes de représailles seront probablement rejetées	15
Court délai pour déposer une plainte.....	16
Raisons définitionnelles pour le rejet d'une plainte.....	16
Le commissaire n'a pas besoin de déférer un cas au Tribunal	16
Les dénonciateurs non gouvernementaux n'ont effectivement aucune protection	17
6) Il est peu probable que le tribunal protège quiconque	18
Fardeau de la preuve quasi impossible	18
Manque d'aide juridique.....	18
Pas d'accès aux tribunaux.....	19
Pénalités et réparations inadéquates	19
7) Le processus tout entier est enveloppé d'une atmosphère de secret impénétrable	20
Accès à l'information.....	20
Classification erronée des documents.....	20
Audiences secrètes	21
Les décisions n'ont pas à être déposées à la Cour fédérale	21
Ordonnances de non-publication.....	21
8) La stratégie juridique est inique et mal conçue.....	21
La <i>Loi</i> est lourde, complexe et coûteuse	21
Les résultats obtenus par le CISP	23
Divulgations d'actes répréhensibles.....	23
Plaintes de représailles	25
Deuxième partie : Prochaines étapes – Élaboration de solutions	27
Autres sources de renseignements	29

Introduction

Le présent document représente la première étape d'un processus public conçu de manière à réaliser un consensus sur la manière de remettre en état la législation canadienne sur la protection des dénonciateurs, la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* (LPFDAR). Les gouvernements successifs ont fait un si piètre travail dans ce dossier – en ignorant les conseils des experts et en faisant par conséquent des bévues – que nous ne pouvons pas leur laisser entièrement cette tâche. Cette fois, il est essentiel que la meilleure expertise disponible s'applique. Heureusement, la plupart des experts mondiaux dans ce domaine travaillent pour des organisations non gouvernementales (ONG) qui sont prêtes à fournir leurs conseils gratuitement : une précieuse ressource dont nous avons l'intention de tirer parti.

Dans ce premier document, nous souhaitons mettre l'accent sur ce qui ne va pas dans le système actuel, afin d'assurer la compréhension des nombreux problèmes graves. L'étape suivante consistera à convenir de solutions pratiques et à les exprimer clairement. Nous croyons que ce système est dans un tel état que d'importants correctifs s'imposent : on n'y arrivera pas par de simples rafistolages.

Certaines des solutions sont relativement simples et évidentes et elles ont déjà été suggérées par IRIF et par des organisations telles que la Government Ethics Coalition¹. Une série de quinze modifications en bonne et due forme existe déjà; elles ont été proposées en 2006 par le Sénat après un examen de la législation et la mise en lumière d'un grand nombre des problèmes. (Malheureusement, le gouvernement a rejeté toutes ces modifications.)

Toutefois, certaines des solutions ne sont pas évidentes et nécessitent une décision stratégique quelconque ou une déviation radicale par rapport au cadre actuel. Voici un exemple :

Couverture du secteur privé

Un système qui protège le gouvernement, mais non les employés du secteur privé ressemble à un vélo dont l'une des roues est carrée. Par exemple, comment notre approvisionnement alimentaire peut-il être sûr si les inspecteurs gouvernementaux (qui n'effectuent que des visites occasionnelles) sont protégés contre des représailles lorsqu'ils signalent des problèmes alors que les inspecteurs et les employés de l'usine qui y travaillent tout le temps ne le sont pas?

Le Royaume-Uni a promulgué la protection des dénonciateurs pour tous les employés il y a plus d'une décennie. Cette protection a connu beaucoup de succès, mais elle faisait fond sur un puissant système en place pour la protection des droits de tous les employés, peu importe leur lieu de travail. Or, il n'existe au Canada aucun système du genre sur lequel faire fond.

De plus, les sociétés se sont opposées vigoureusement aux efforts d'étendre la protection des dénonciateurs à leurs employés. Compte tenu de l'influence politique considérable des sociétés au Canada, ce groupe d'intérêts pourrait bloquer les réformes proposées et il est possible qu'il n'y ait pas du tout de

réformes. C'est le sort qu'a connu une initiative législative hâtive par le *Government Accountability Project* aux États-Unis.

C'est pourquoi nous croyons qu'il est important de s'engager dans une discussion réfléchie et bien informée au sujet de la manière de réparer le système actuel en tenant compte de ce qui est permis dans notre appareil judiciaire, de ce qui peut être mis en vigueur de façon pratique et de ce qui peut être navigué avec succès dans notre système politique.

Dans les versions futures du présent document, nous approfondirons ces problèmes et les solutions possibles.

Sommaire

Durant la promulgation de la LPFDAR en 2006, le gouvernement a prétendu qu'il allait offrir une protection « à toute épreuve » pour les dénonciateurs et qu'elle serait le « mont Everest » de la protection des dénonciateurs. La réalité est tout à fait différente.

Lorsque IRIF a témoigné au Parlement, nous avons prédit l'échec de la législation, mais nous n'avions jamais imaginé à quel point. L'effet combiné d'une législation défectueuse et d'une administration inopportune a créé un système qui en trois ans n'a pas révélé un seul écart de conduite ni protégé un seul dénonciateur contre des représailles. La commissaire nommée pour protéger les dénonciateurs a démissionné couverte de honte à la suite d'un rapport du Vérificateur général condamnant son comportement. La crédibilité de tout le système est présentement ruinée : une remise en état complète s'impose.

Nous avons publié le présent document en 2007, en fonction d'une analyse de la législation avant son entrée en vigueur. À l'époque, nous avons mis les fonctionnaires en garde contre les pièges et les avons enjoint d'utiliser ce nouveau régime avec précaution. Après avoir observé l'application pratique de la *Loi*, nous avons cerné de nombreux autres problèmes, et le comportement de l'ancienne commissaire a illustré de manière dramatique comment une législation défectueuse facilite une mauvaise administration. Notre conseil aux dénonciateurs demeure à peu près le même : n'utilisez pas ce système sans d'abord comprendre complètement son fonctionnement et les pièges éventuels. Portez en outre une attention spéciale aux antécédents de l'agence responsable – le Commissariat à l'intégrité du secteur public du Canada (CISP).

Notre message changera-t-il avec la nomination d'un nouveau commissaire? Probablement pas : la *Loi* doit faire l'objet de changements majeurs avant que quiconque puisse avoir la certitude que le système fonctionnera efficacement.

L'approche fondamentale de la *Loi* – créer un nouveau processus quasi judiciaire complet seulement pour les dénonciateurs – est peu judicieux et suspect, donnant lieu à un régime opaque, dépourvu de responsabilité, scellé hermétiquement de nos tribunaux et des médias. L'expérience démontre que les organismes de surveillance constitués de cette manière sont invariablement protecteurs de l'établissement et indifférents ou même hostiles à l'égard des dénonciateurs.

Cette stratégie est coûteuse et excessive, elle a donné lieu à la création de deux nouvelles agences qui ont dépensé des millions de dollars et n'ont rien accompli d'utile. Non seulement a-t-elle entraîné le gaspillage d'importantes sommes de deniers publics, mais elle constitue une occasion manquée d'adopter des méthodes efficaces et économiques.

Le texte de la *Loi* est un fouillis compliqué. Il crée un labyrinthe de dispositions complexes, pleines d'ambiguïtés, d'exceptions et de répétitions, que personne ne peut prétendre comprendre complètement. Il se détache nettement de la brièveté, de la simplicité et de la précision que nous trouvons dans la législation sur les dénonciateurs qui s'est révélée efficace.

À l'examen de la *Loi*, article par article, nous trouvons que chaque élément est défectueux. Elle ignore les pratiques exemplaires, les décennies d'expérience dans d'autres administrations et les conseils d'experts de renommée internationale qui ont été appelés à Ottawa pour témoigner.

Dès le début, nous avons exprimé de graves inquiétudes au sujet de la manière dont la *Loi* a été administrée par la commissaire à l'intégrité du secteur public, et nous avons mis en doute son efficacité en 2008 et demandé qu'elle soit remplacée en 2009. Le récent rapport du vérificateur général expose la conduite flagrante de la commissaire et confirme certaines des préoccupations, mais en délaisse d'autres.

Même si la commissaire n'avait pas été une patronne abusive, ne s'était pas engagée dans des représailles contre certains membres de son personnel et n'avait pas rejeté des causes sans l'application régulière de la *Loi* – en d'autres mots, même si elle avait agi de manière tout à fait correcte, la *Loi* actuelle lui aurait quand même permis de mener une stratégie de « prévention » en grande partie bidon et d'exclure des enquêtes, d'où la destruction de la capacité d'enquête de son commissariat tout en établissant un cadre substantiel d'avocats qui étaient probablement poussés à défendre les malfaiteurs plutôt que les dénonciateurs.

Rien dans la *Loi* n'oblige un futur commissaire à adopter une stratégie différente. En fait, la *Loi* dans son état actuel assure que la plupart des cas seront rejetés pour des subtilités, que peu de cas feront l'objet d'une enquête et que peu de dénonciateurs ne prévaudront dans des cas de représailles.

En outre, la *Loi* n'offre aucun mécanisme crédible pour assurer que les malfaiteurs, y compris les haut-placés, seront punis adéquatement. L'expérience démontre que signaler les écarts de conduite au Parlement ne donne pas de résultat. Une protection bien conçue des dénonciateurs protège l'intérêt public en offrant un puissant effet dissuasif – les malfaiteurs éventuels voient les risques et y réfléchissent à deux fois. Sans un moyen robuste et fiable d'administrer des sanctions, il n'y a pas d'effet dissuasif.

Le résultat est que le présent régime ne fonctionne pas – en fait, il a causé beaucoup de tort. Ce n'est pas le refuge qui a été promis aux employés honnêtes. Plutôt que de dissuader les malfaiteurs, il les a sûrement enhardis avec la certitude que les témoins de leurs écarts de conduite peuvent facilement être réduits au silence.

Le régime a également facilité les représailles contre des douzaines de personnes disant la vérité et qui ont eu le courage de se présenter comme témoins en croyant qu'elles seraient protégées. Un grand nombre de ces personnes nous ont fait part des représailles brutales qu'elles endurent maintenant et qui ont mis fin à leur carrière. Leur vie est en ruine et la protection « à toute épreuve » qui leur avait été promise s'est évaporée. Il n'y a pas de refuge sûr pour elles.

Dans le reste du présent document, nous approfondirons les problèmes résumés plus haut. Il est clair que ce système défectueux nécessite une réforme majeure et IRIF contribuera au débat en faisant connaître les propositions précises conçues pour créer un système efficace.

À ceux qui ont l'intention de dévoiler la vérité : sachez que ce ne sera pas facile

Votre patron insiste pour que vous supprimiez certaines données importantes de vos rapports, pour que vous éditiez vos constatations d'audit, que vous approuviez des transactions non conformes aux règles ou que vous fermiez les yeux et fassiez comme si l'acte répréhensible dont vous avez été témoin ne s'était jamais produit. Si certains de ces actes se résument à un mauvais usage des deniers publics, d'autres peuvent affecter la vie de nombreux Canadiens, notamment ceux qui concernent la qualité des aliments ou de l'eau, les médicaments contaminés ou un réacteur nucléaire qui fuit.

Le problème, c'est que vous vous sentez obligé de parler – autant pour conserver votre santé mentale et votre estime personnelle que pour protéger l'intérêt public –, mais vous ne savez pas trop comment vous y prendre et vous craignez les conséquences négatives qui risquent de se produire.

Vous devez savoir que le fait de révéler des vérités gênantes pour les personnes au pouvoir est en soi un acte dangereux qui peut sérieusement nuire à votre carrière, miner votre bien-être et celui de votre famille et même mettre en jeu votre santé physique et mentale.

C'est en tout cas ce qu'ont vécu certains de ceux qui ont refusé de fermer les yeux sur des actes répréhensibles, de les tolérer ou d'y prendre part : plusieurs ont dû affronter leurs supérieurs, qui niaient l'existence de problèmes, et ont subi de graves représailles, conçues pour les réduire au silence, les punir et les discréditer. Aussi, avant de faire quoi que ce soit, vous *devez* vous armer de connaissances, et vous renseigner entre autres sur ce que d'autres personnes ont vécu; sur les lois pertinentes qui s'appliquent à votre situation; sur la possibilité d'obtenir de l'aide juridique (de la part de votre syndicat, par exemple) dans la bataille à venir, et ainsi de suite.

Le site Web de IRIF (fairwhistleblower.ca) fournit une foule de renseignements utiles aux dénonciateurs canadiens, ainsi que des liens vers d'autres ressources pertinentes. En complément au présent document, nous vous suggérons de lire une autre publication de IRIF, intitulée *The Public Servants Divulgence Protection Act Explained*, qui résume en termes simples les principaux processus créés par la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*.

Essayer d'attirer l'attention sur des actes répréhensibles est en soi dangereux et ceux qui le font subissent souvent des représailles sans fin, généralement orchestrées par leurs supérieurs. La crainte de telles représailles réduit la plupart des dénonciateurs potentiels au silence, car ils craignent, avec raison, pour leur carrière, leur gagne-pain et les conséquences possibles sur leur famille. C'est ce qui explique que, dans plusieurs cas de scandales, *personne* ne s'est manifesté et ce, même si plusieurs étaient au courant de ce qui se passait et que des innocents ont souffert de la situation.

Tant que la loi n'offre pas de protection efficace à ceux qui osent dire la vérité, nous ne pouvons blâmer ceux qui choisissent de garder le silence plutôt que de devenir, eux et leur famille, des victimes du système, surtout lorsqu'il y a peu de chances que la dénonciation entraîne de véritables changements.

Nous espérons que le présent document aidera les dénonciateurs à déterminer la meilleure ligne de conduite à adopter pour protéger l'intérêt public sans pour autant s'attirer des ennuis, ni à eux ni à leurs proches. Nous espérons également qu'il incitera le législateur à mettre en œuvre d'importantes réformes plutôt que de simplement tenter de rafistoler un système défectueux.

Première partie : Les principaux problèmes

La *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles* étant un texte législatif complexe, certains des défis qu'affrontent les dénonciateurs sont d'ordre technique. Nous expliquons ci-dessous, en langage de profane, quelques-uns des problèmes les plus graves de cette loi.

1) La portée de la *Loi* est très étroite

La LPFDAR ne s'applique qu'aux fonctionnaires fédéraux, soit à un mince segment de la main-d'œuvre canadienne. Et sa portée est encore rétrécie du fait que :

- a) certains organismes gouvernementaux importants sont exclus de l'application de la *Loi*, en tout ou en partie (les Forces canadiennes, des organismes de sécurité et la Gendarmerie royale du Canada (GRC));
- b) les actions fautives commises par le gouvernement mais auxquelles le secteur privé est mêlé ne peuvent pas faire l'objet d'enquêtes en bonne et due forme;
- c) rien dans la *Loi* ne porte sur les actions fautives commises dans le secteur privé.

La protection contre les représailles offerte aux membres des Forces canadiennes, du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) et de la GRC est limitée ou inexistante

Les Forces canadiennes et le SCRS sont complètement exclus de la *Loi* – les employés, actuels ou anciens, ne bénéficient d'aucune protection contre les représailles.

L'expérience montre que les comportements problématiques sont nombreux dans les organisations responsables des questions de sécurité nationale et cela pour deux raisons :

- a) elles sont plus vulnérables à la mauvaise gestion et aux véritables écarts de conduite parce qu'elles peuvent dissimuler une grande partie de leurs activités. Il leur est donc facile de cacher les actes répréhensibles;
- b) dans ces organisations, il est très facile d'appliquer des mesures de représailles contre les dénonciateurs. La méthode la plus simple consiste à leur retirer leur habilitation de sécurité. Cette mesure, presque impossible à contester, peut instantanément faire perdre à une personne toute possibilité d'obtenir un emploi dans le domaine qu'elle a choisi et ce, jusqu'à la fin de ses jours.

La GRC, bien que couverte en principe par la LPFDAR, en est en fait exclue puisque ses membres ne peuvent pas directement présenter une plainte pour représailles au commissaire : ils doivent d'abord épuiser toutes les procédures internes de la GRC [paragraphe 19.1(5)]. Mais la GRC a tendance à utiliser ces procédures internes, qui peuvent durer très longtemps, pour punir les dénonciateurs (ainsi que quiconque n'a pas la cote auprès de ses supérieurs). Il est donc peu probable qu'un employé de la GRC obtienne un jour une quelconque protection contre les représailles en vertu de la LPFDAR, même plusieurs années après les événements.

Le cas du cpl Robert Read illustre bien le fait que la GRC peut exercer des représailles contre ses propres membres. Robert Read, un ancien membre de la GRC âgé de 26 ans, était en charge de l'enquête sur la corruption gouvernementale à laquelle aurait été mêlé le haut-commissariat canadien à Hong Kong. Lorsqu'il en est venu à la conclusion que ses supérieurs sabotaient son enquête, il a fait part de ses soupçons aux niveaux supérieurs de la chaîne de commandement puis, en dernier recours, il en a informé les

Février 2011

médias. Un comité d'examen externe de la GRC a donné raison à Read, critiqué la GRC et ordonné qu'elle réintègre Read dans ses fonctions, ce que la GRC a simplement refusé de faire. Read a porté en appel les décisions judiciaires qui lui étaient défavorables, d'un tribunal à l'autre, jusqu'à la Cour suprême du Canada. En mai 2007, cette dernière refusait d'instruire son appel.

Les actions fautives commises par le gouvernement et auxquelles le secteur privé est mêlé ne peuvent pas faire l'objet d'enquêtes en bonne et due forme

Le commissaire à l'intégrité du secteur public n'a pas le pouvoir de « suivre l'argent à la trace » ni de « suivre la piste » (des éléments de preuve) et il doit abandonner toute enquête qui mène à l'extérieur du secteur public [article 34]. Par conséquent, dans tous les cas où des sous-traitants jouent un rôle, même à leur insu, ou sont simplement témoins, la capacité d'enquêter du commissaire est paralysée dès le départ.

Lorsqu'on repense aux grands scandales qui ont fait les manchettes au cours des dernières décennies – le scandale du sang contaminé, l'escalade des coûts du registre des armes à feu ou le scandale des commandites –, on constate que le secteur privé a joué un rôle majeur dans chacun d'entre eux. À une époque où les partenariats public-privé de toutes sortes sont en vogue, et où une grande partie des travaux gouvernementaux sont exécutés par des entrepreneurs, on peut considérer qu'il s'agit là d'une lacune flagrante de la *Loi*.

La *Loi* ne s'applique pas du tout aux écarts de conduite du secteur privé

En vérité, personne n'a jamais prétendu que la LPFDAR visait autre chose que les actes répréhensibles commis au sein du gouvernement fédéral. Les Canadiens doivent toutefois reconnaître qu'il s'agit d'un tout petit pas vers un système de protection du public contre les fautes commises par les institutions.

Il a été largement démontré que les entreprises du secteur privé – dans le domaine de l'alimentation, des produits pharmaceutiques ou des ressources naturelles – peuvent causer de graves dommages à la santé et à la sécurité du public et à l'environnement, et que la surveillance réglementaire de ces entreprises est souvent insuffisante. Les employés du secteur privé sont terrorisés à l'idée de prendre la parole – même dans des secteurs comme celui de l'aéronautique, où leurs propres vies sont en danger – en raison des représailles qu'ils subissent presque invariablement par la suite, et qui ont en général pour effet de mettre fin à leur carrière. Cette situation coûte des vies.

Dans le témoignage qu'il a livré en juin 2009 au comité parlementaire chargé de faire la lumière sur l'éclosion de la bactérie *listeria*, IRIF a déclaré que la protection des dénonciateurs devrait être étendue à toutes les personnes qui travaillent dans le secteur de l'alimentation.

« Si nous ne créons pas un système de protection efficace des dénonciateurs qui œuvrent de près ou de loin dans le secteur de l'alimentation – depuis les fonctionnaires qui établissent les politiques et surveillent les entreprises jusqu'aux gestionnaires et aux travailleurs des chaînes de production –, des Canadiens continueront de mourir sans raison, parce que le système d'approvisionnement alimentaire est victime de défaillances qui pourraient être évitées. » [traduction]

C'est exactement ce qu'a fait le gouvernement américain en décembre 2010, en adoptant les mesures de protection des dénonciateurs les plus musclées de tous les temps, qui comprennent notamment le droit à un procès devant jury, à l'intention des travailleurs du secteur alimentaire.

D'autres pays ont protégé les employés du secteur privé en promulguant des lois visant des secteurs particuliers (comme on l'a fait aux États-Unis) ou s'appliquant à tous les secteurs sans distinction, comme la loi sur les dénonciateurs adoptée par le Royaume-Uni. Cette loi couvre tous les employés, tant du secteur public que privé, et elle fonctionne efficacement depuis plus de 10 ans. De son côté, le Canada n'arrive toujours pas à protéger correctement ses 400 000 fonctionnaires fédéraux, sans parler des 17 millions d'employés canadiens auxquels il devrait également accorder une protection.

2) Le nombre de voies (permettant de demander une enquête ou d'exercer un recours) a diminué plutôt qu'augmenté

Pour avoir quelque chance de gagner leur cause, les dénonciateurs doivent avoir la possibilité de choisir quelle voie de recours ils utiliseront, y compris l'accès aux tribunaux. Mais l'approche retenue par les dernières administrations consiste plutôt à forcer les dénonciateurs à recourir à un processus administratif unique (défini par la LPFDAR) et à leur interdire tous les autres recours possibles. En empêchant les dénonciateurs d'utiliser d'authentiques recours juridiques, on en fait des citoyens de seconde zone.

Exemples :

- a) tous les moyens d'accès aux tribunaux normaux sont bloqués;
- b) les employés, quels qu'ils soient, ne jouissent que d'une mince protection contre l'intimidation et le harcèlement;
- c) dans la plupart des cas, il est strictement interdit de porter les faits à la connaissance du public ou de les révéler aux médias.

Tous les moyens d'accès aux tribunaux normaux sont bloqués

Les fonctionnaires n'ont plus le droit de poursuivre leur employeur en justice. Ce droit leur a été enlevé en 2003 par l'article 236 de la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*.

Cette disposition, importante et lourde de conséquences, a été adoptée sans tambour ni trompette peu après que Joanna Gualtieri ait eu gain de cause dans un conflit de compétence entourant ses allégations concernant des représailles que lui auraient fait subir ses supérieurs. Les avocats du ministère de la Justice ont déclaré que M^{me} Gualtieri n'avait pas le droit d'aller devant les tribunaux, que son seul recours consistait à déposer une plainte – une affirmation absurde, puisque cela signifiait que M^{me} Gualtieri devait demander aux personnes mêmes qui l'ont harcelée de faire enquête sur elles-mêmes.

La Cour d'appel de l'Ontario a unanimement donné raison à M^{me} Gualtieri. Mais le gouvernement, plutôt que de porter l'affaire en appel à la Cour suprême du Canada, où il aurait probablement perdu, a simplement réécrit la loi et interdit à ses employés de recourir aux tribunaux. Certains avocats parlent désormais de la « disposition Gualtieri », établie pour empêcher quiconque de tenter d'obtenir justice devant les tribunaux, comme M^{me} Gualtieri l'a fait.

Par la suite, d'autres décisions judiciaires, notamment l'arrêt Vaughan (CSC 2005), ont confirmé ce refus de l'application régulière de la loi dans le cas des dénonciateurs, les forçant ainsi à recourir au système de règlement des griefs, où leurs plaintes sont souvent réglées par les gestionnaires mêmes qui orchestrent des représailles à leur endroit. Cet état de fait a de nouveau été confirmé par la Cour d'appel de l'Ontario, en 2009, lorsqu'elle a conclu que, même en tant que dénonciateur, Ian Bron n'avait aucun droit d'accès aux tribunaux et que le processus de règlement des griefs constituait son seul recours.

Utiliser le système de règlement des griefs dans le but d'obtenir une décision quant à une affaire de représailles, c'est un peu comme appeler un conseiller matrimonial à la suite

d'un cambriolage à domicile. Des décennies d'expérience, ici et ailleurs, démontrent sans le moindre doute que cela ne fonctionne pas. Dans presque tous les cas, le processus de règlement de griefs aboutit à la conclusion que le dénonciateur méritait toutes les représailles qu'on lui a fait subir.

Les employés, quels qu'ils soient, ne jouissent que d'une mince protection contre l'intimidation et le harcèlement

Il semble que plusieurs des savants juges canadiens ne comprennent pas que l'intimidation et le harcèlement personnel, bien qu'ils soient sujets à grief, ne sont pas arbitrables en vertu du droit du travail fédéral et des conventions collectives. Et un grief ne peut pas constituer un recours judiciaire légitime lorsque la personne accusée d'avoir commis une faute ou le ministère fautif se jugent eux-mêmes.

Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'on assiste à une épidémie de cas d'intimidation et de harcèlement dans la fonction publique, comme le démontre le Sondage auprès des fonctionnaires fédéraux, réalisé tous les trois ans. Le sondage de 2009 révèle que les niveaux de harcèlement atteignent un sommet jamais égalé, 28 % des employés affirmant avoir été victimes de harcèlement au cours des deux années précédentes. Dans certains ministères, la proportion de fonctionnaires qui déclarent avoir subi du harcèlement atteint 40 % et même plus.

Et pourtant, le gouvernement semble dormir aux commandes – ou pire encore. Entre 2004 et 2007, l'Agence de la fonction publique du Canada a publié des statistiques annuelles par suite de la mise en œuvre de la *Politique sur la prévention et le règlement du harcèlement en milieu de travail* du Conseil du Trésor. Ces statistiques révèlent que la situation s'est progressivement aggravée jusqu'en 2008, année où l'Agence a simplement cessé de publier ces rapports.

La généralisation du harcèlement en milieu de travail est un problème qui touche tous les fonctionnaires, et non pas uniquement les dénonciateurs. Mais ces derniers sont assurément le groupe le plus vulnérable à cet égard puisqu'ils courent un risque élevé de subir des représailles de la part des gestionnaires accusés d'actes fautifs. Or l'intimidation et le harcèlement sont des armes de choix, aujourd'hui, pour les gestionnaires qui veulent punir des employés ou s'en débarrasser (pour une raison ou une autre) sans qu'on leur demande de rendre compte de leurs actes.

Les représailles de ce genre ne doivent pas être prises à la légère. Avec le temps, elles finissent par avoir des conséquences terribles; elles sont souvent à l'origine de graves atteintes psychologiques, comme le trouble de stress post-traumatique, dont la personne souffre jusqu'à la fin de sa vie. Elles entraînent des changements mesurables dans le cerveau et des symptômes dévastateurs tels les cauchemars, les flashbacks, les crises de panique, l'insomnie, la dépression clinique et les pensées suicidaires. Ces blessures psychologiques constituent un lourd fardeau, surtout pour les personnes qui ont aussi perdu leur emploi, leur carrière, leur réputation et leur gagne-pain par suite des représailles qu'elles ont subies.

Dans la plupart des cas, il est strictement interdit de porter les faits à la connaissance du public ou de les révéler aux médias

Selon de nombreux experts, la seule manière de dénoncer efficacement les actes répréhensibles, lorsque l'utilisation des « voies internes officielles » ne donne rien, consiste à s'adresser aux médias, afin qu'ils les divulguent publiquement. Encore une fois, l'examen des grands scandales qui ont marqué le Canada confirme cette affirmation. Dans chaque cas, sans exception, c'est le travail inlassable des médias qui a conduit au dévoilement d'actes répréhensibles alors que la réaction officielle de l'administration se limitait à remettre à plus tard et à minimiser, occulter et cacher les faits.

Les dénonciateurs doivent donc avoir le droit de révéler publiquement ce qu'ils savent lorsque les autres méthodes de divulgation ne fonctionnent pas. Mais la loi l'interdit expressément, sauf dans les rares cas où la divulgation interne n'a manifestement rien donné ou lorsque le processus traîne en longueur depuis des années.

Cette interdiction de communiquer avec les médias – surtout au sujet d'actes fautifs commis par le gouvernement – est une atteinte au droit constitutionnel à la liberté d'expression des Canadiens.

3) Les actes répréhensibles, aux termes de la Loi, excluent la plupart des situations bien réelles

Toutes les lois sur la dénonciation comprennent des critères de filtrage destinés à éviter que l'on gaspille des ressources en enquêtant sur des futilités – mais il est important de ne pas placer la barre trop haut. Les dénonciateurs sont de simples témoins qui ne voient habituellement qu'une petite partie du tableau, mais lorsque des violations apparemment mineures sont soumises à une enquête en bonne et due forme, on s'aperçoit souvent qu'elles n'étaient que la pointe de l'iceberg.

Le scandale des commandites a été découvert par le journaliste Daniel Leblanc. Au départ, il a simplement été intrigué en voyant que le gouvernement fédéral accordait une énorme place au drapeau canadien dans ses publicités diffusées au Québec, ce qui n'était pas le cas des autres annonceurs. N'ayant rien de plus consistant à se mettre sous la dent à ce moment-là, il a continué de s'intéresser à cette curiosité et ce qu'il a peu à peu découvert a fini par faire tomber le gouvernement en place.

Les opposants à une législation musclée sur la protection des dénonciateurs font souvent des conjectures apocalyptiques et affirment que, si l'on ne place pas la barre suffisamment haut, le système croulera sous un nombre incalculable de divulgations de peu d'intérêt. Cette affirmation n'a aucun sens. À notre connaissance, ce scénario apocalyptique ne s'est jamais produit sous d'autres administrations : les risques auxquels les dénonciateurs s'exposent sont tellement sérieux et effrayants que, même s'ils sont protégés par une loi solide, les gens ne font pas de dénonciations sans avoir de bonnes raisons.

En vertu de la LPFDAR, la plupart des allégations bien réelles d'actes répréhensibles sont rejetées à l'étape du filtrage et ne font donc pas l'objet d'une enquête, pour une ou plusieurs des raisons suivantes :

- a. la définition restrictive du terme « actes répréhensibles »;
- b. la préséance de tous les autres processus, réels ou éventuels (p. ex. le processus de règlement des griefs);
- c. autres motifs de refus vagues et subjectifs.

Définition restrictive du terme « actes répréhensibles »

Le CISP ne peut faire enquête sur de présumés actes répréhensibles que si ces derniers correspondent à la définition qu'en donne la LPFDAR [article 8]. Toutefois, la définition retenue dans la *Loi* pêche par omission. Ainsi, les politiques du Conseil du Trésor (comme les règles régissant l'approvisionnement qui étaient au cœur du scandale des commandites) n'en font pas nommément partie, bien qu'elles comptent parmi les principaux outils de gestion et de contrôle dans la fonction publique.

On pourra refuser une divulgation si elle ne vise que des violations aux politiques du Conseil du Trésor (ou à d'autres règles ministérielles). Le commissaire devra plutôt décider si les actes répréhensibles entrent dans l'une des grandes catégories énoncées dans la définition de l'expression « actes répréhensibles », comme « les cas graves de mauvaise gestion » – et les avocats du gouvernement qui défendront l'auteur présumé des actes répréhensibles pourra par la suite contester cette décision du commissaire.

Il vaut la peine de mentionner au passage qu'il existe un vide en matière de responsabilité par rapport à la mise en application des politiques du Conseil du Trésor. En effet, aucun organisme n'a le mandat de surveiller cette mise en application.

Il existe un vide similaire en ce qui a trait à la surveillance de l'observation des codes de conduite requise par la LPFDAR. Ce rôle pourrait être confié au CISP, mais il aurait besoin des ressources et du pouvoir nécessaires pour le remplir efficacement. Il faudrait aussi modifier son mandat et définir de façon beaucoup plus précise ses relations avec les cadres ministériels responsables des divulgations d'actes répréhensibles. Rien de tout cela n'existe à l'heure actuelle et le réseau des cadres supérieurs est en grande partie moribond, puisque seule une poignée de ministères dispose d'un système interne de divulgation qui fonctionne efficacement.

Motifs juridictionnels expliquant le refus de donner suite à une divulgation

La *Loi* permet au commissaire de refuser de donner suite à une divulgation (dans certains cas, elle l'exige) dont l'objet *est, a été* ou *pourrait être* instruit dans le cadre de quelque autre processus [articles 23 et 24].

Autrement dit, si le dénonciateur a informé *quiconque* (par exemple, les cadres supérieurs du ministère concerné, la GRC, le vérificateur général ou le Commissaire à la protection de la vie privée) de l'existence d'actes répréhensibles, le commissaire peut refuser d'examiner l'affaire pour ce motif – même si l'autre organisme ne fait absolument rien des renseignements qui lui ont été communiqués. Même si toutes les autres avenues sont bloquées (par d'autres organismes qui refusent d'agir ou qui repoussent sans cesse le moment d'agir), le commissaire peut toujours refuser d'accepter la divulgation au motif que son objet pourrait être avantageusement instruit dans le cadre d'une autre procédure.

Autres motifs vagues et subjectifs de refuser de donner suite à des divulgations

Même lorsque les actes répréhensibles présumés correspondent à la définition qu'en donne la *Loi* et qu'il n'y a aucun problème de compétence, le commissaire n'est toujours pas tenu de faire enquête. Ce dernier peut refuser de donner suite à une divulgation [article 24] pour divers autres motifs, par exemple parce qu'il croit que le divulgateur n'agit pas « de bonne foi »; parce que cela ne serait pas « dans l'intérêt public »; ou pour « tout autre motif justifié ».

Ces dispositions vagues et subjectives donnent au commissaire un énorme pouvoir discrétionnaire qui lui permet de ne rien faire. Il n'existe donc aucune garantie qu'une divulgation donnera lieu à une enquête, quelle que soit la nature ou la gravité des présumés actes répréhensibles. Il revient au commissaire de décider si les actes répréhensibles correspondent à la définition qui en est donnée dans la *Loi* et si les motifs du dénonciateur sont « purs ».

Compte tenu de ces dispositions de la *Loi*, le Commissariat ne constitue pas un refuge de dernier recours où l'on examine les cas lorsque tous les autres moyens ont échoué, mais une forteresse apparemment conçue pour empêcher les dénonciateurs d'y entrer et pour renvoyer la balle à quelqu'un d'autre.

4) Les dispositions en matière d'enquêtes et de mesures correctives sont faibles

Les lois sur la protection des dénonciateurs ont pour but de mettre au jour les actes répréhensibles et d'y apporter des correctifs, il est donc essentiel d'avoir de puissants mécanismes pour bien enquêter sur les divulgations et régler ensuite les problèmes cernés. Bien que la LPFDAR confère au commissaire des pouvoirs d'enquête étendus, elle ne fournit pas les outils nécessaires pour accomplir la tâche correctement, notamment :

- a. le commissaire n'a pas la capacité de combiner les enquêtes, d'ouvrir des enquêtes de façon autonome (sauf s'il s'agit d'une ramification d'une enquête existante), ni d'effectuer des vérifications des systèmes ou de la conformité;
- b. lorsque des actes répréhensibles sont cernés, le commissaire n'a pas le pouvoir d'ordonner des mesures correctives ni d'intenter une procédure.

Le commissaire est restreint à une approche réactive et fragmentée

Imaginez que l'on vous a confié la tâche de dénicher les actes répréhensibles dans un énorme organisme tel que le gouvernement fédéral. Quelle stratégie adopteriez-vous? Il est probable que vous considéreriez certaines des possibilités suivantes : 1) déterminer quels sont les ministères les plus à risque d'actes répréhensibles afin de leur accorder plus d'attention; 2) rechercher des modèles de divulgation et combiner les divulgations en une enquête plus étendue; 3) effectuer des vérifications des ministères à problèmes afin d'examiner leurs systèmes visant à assurer la conformité.

Le commissaire ne peut accomplir aucune de ces tâches, mais il doit se limiter à enquêter une divulgation individuelle à la fois. Le commissaire ne peut pas entreprendre une enquête sans avoir d'abord reçu une divulgation officielle de quelqu'un, même si les allégations font les manchettes des médias. Si le nombre de divulgations importantes tombe à zéro (ce qui peut se produire si l'organisme perd sa crédibilité) le commissaire est sans travail.

Il n'existe pas de mécanisme fiable pour corriger les actes répréhensibles ou discipliner les fautifs

Le commissaire doit rendre compte des constatations de toute enquête au gestionnaire ministériel concerné, et si un acte répréhensible est cerné, le commissaire peut recommander des mesures et un délai pour que le gestionnaire ministériel rende compte des mesures prises.

En cas d'acte répréhensible, le commissaire doit également faire un rapport sur le dossier au Parlement en deçà de 60 jours. Ce rapport inclut les constatations d'actes répréhensibles, toute recommandation au gestionnaire ministériel et toute observation concernant le caractère adéquat de la réponse du ministère. Le commissaire n'a pas le mandat de faire autre chose.

Ce processus peut sembler raisonnable, mais les décennies d'expérience ont démontré que de tels pouvoirs ne suffisent pas à corriger les actes répréhensibles graves de façon fiable.

Par exemple, bien que le public approuve fermement le travail du vérificateur général, les ministères ignorent invariablement les recommandations de ce dernier, d'année en année, et choisissent plutôt de résister à la brève tempête d'indignation publique qui suit chaque rapport. Ce fut le cas du scandale des commandites où le vérificateur général a fait état d'irrégularités d'approvisionnement pendant des années, et aucune mesure corrective n'a été prise. Ce n'est que lorsque le premier ministre Paul Martin a décidé d'établir une enquête publique que toute la vérité est sortie au grand jour.

Bien que le scandale ait contribué à la chute du gouvernement, le juge Gomery n'avait pas le pouvoir de discipliner ou de poursuivre les fautifs ni d'ordonner des mesures correctives. Les recommandations de mesures correctives par le juge Gomery n'ont pas encore été mises en œuvre (elles sont en grande partie ignorées dans la *Loi fédérale sur la responsabilité*), et seulement quelques-uns des nombreux participants au scandale des commandites ont été poursuivis.

Cet exemple illustre à quel point le processus traditionnel de simplement faire état d'actes répréhensibles au Parlement est inefficace. Pour combattre la corruption efficacement, d'autres pouvoirs sont également requis pour poursuivre les fautifs et ordonner des mesures correctives.

Il est également tout à fait approprié que cet organisme dispose de pouvoirs différents des autres tels que le vérificateur général qui rendent compte au Parlement, puisque l'organisme a un mandat très différent. Il s'agit essentiellement d'un organisme d'application de la loi chargé d'exposer et de décourager les actes répréhensibles graves : il devrait disposer des outils requis pour combattre les crimes et les méfaits graves qu'il découvre : des outils tels que le pouvoir d'ordonner et la capacité d'intenter des poursuites.

5) La plupart des plaintes de représailles seront probablement rejetées

Le commissaire a les moyens et la discrétion de rejeter toute allégation de représailles et de bloquer ainsi l'accès au tribunal.

Raisons juridiques de rejet d'une plainte de représailles

Comme c'est le cas pour les divulgations d'actes répréhensibles, la *Loi* exige ou permet que le commissaire à l'intégrité du secteur public refuse de statuer sur une plainte de représailles dont l'objet *est* instruit, *a été* instruit ou *aurait avantage* à être instruit dans le cadre d'un autre processus. [Article 19.3]

Par exemple, supposons que le dénonciateur a déjà présenté un grief contre les représailles apparentes par des patrons et découvre que le processus se déroule mal. Le CISP refusera d'instruire la plainte de cette personne parce qu'un autre processus (le grief) est en cours. Une fois le grief réglé, le CISP refusera de nouveau d'instruire la plainte parce qu'elle *a déjà été instruite* dans le cadre d'un autre processus. Supposons que les patrons accusés d'actes répréhensibles ont été impliqués dans le règlement du grief. Ça ne fait rien, parce que le processus des griefs fournit une réparation complète, d'après la jurisprudence. Qu'advient-il si le dénonciateur n'a pas présenté un grief? Le CISP peut encore refuser d'instruire la cause en prétendant qu'elle *aurait avantage* à être instruite dans le cadre d'un autre processus – tel un grief.

C'est une véritable impasse. Étant donné que la *Loi* permet (ou exige) que le CISP s'en remette à toute autre administration, il ne reste virtuellement rien qu'il puisse ou doive instruire : le commissaire peut refuser tout le monde.

C'est bizarre, surtout lorsque nous considérons que les griefs, les enquêtes ministérielles internes et autres ne fonctionnent presque jamais dans les cas de dénonciateurs, parce que les patrons peuvent si facilement manipuler ces processus et les transformer en représailles. C'est théoriquement la raison même pour laquelle cette loi a été créée – pour que les employés honnêtes aient un endroit sûr où aller quand tous les autres modes officiels ont échoué.

Court délai pour déposer une plainte

Les dénonciateurs ont très peu de temps pour réaliser qu'ils sont victimes de représailles et pour déposer une plainte, seulement 60 jours à partir du moment où ils ont pris conscience des représailles (ou à partir du moment où le commissaire considère qu'ils auraient dû le savoir).

Ce délai est beaucoup trop court. En pratique, les représailles sont habituellement cachées au début et les dénonciateurs pensent qu'ils ont une mauvaise passe avec leur patron actuel, pour découvrir des mois (ou même des années plus tard) que l'organisation s'est engagée systématiquement dans une campagne d'actions personnelles hostiles, y compris des évaluations négatives, des refus de promotion et leur rendre la vie difficile.

Le commissaire *peut* prolonger ce délai, mais encore une fois la *Loi* est écrite d'une manière qui met l'employé à la merci de la discrétion du commissaire.

Raisons définitionnelles pour le rejet d'une plainte

Le commissaire peut statuer que le plaignant n'est pas un dénonciateur parce qu'il n'a pas suivi les étapes exactes requises pour démontrer qu'il a fait une « divulgation protégée ». Par exemple, alerter la direction peut ne pas compter, il peut être nécessaire de soumettre par écrit une divulgation formelle au cadre supérieur ministériel chargé de s'occuper des divulgations.

Si des actions hostiles ont commencé avant cette étape formelle, aux yeux de la *Loi*, de telles actions hostiles ne peuvent pas être considérées comme des représailles pour avoir fait une divulgation, étant donné que la « divulgation officielle » n'avait pas encore été faite. Cela permet aux agresseurs de s'en tirer, pour autant qu'ils commencent leurs représailles rapidement, avant que l'éventuel dénonciateur n'ait fait de révélation officielle.

Le commissaire n'a pas besoin de déférer un cas au Tribunal

En dernier lieu, la *Loi* n'oblige pas le commissaire à déférer quelque cas que ce soit au Tribunal, peu importe les résultats de l'enquête. La *Loi* donne au commissaire une grande latitude pour justifier son refus de renvoyer le cas au Tribunal, y compris les dispositions se référant à « la bonne foi » et à « l'intérêt public ».

Les dénonciateurs non gouvernementaux n'ont effectivement aucune protection

L'une des prétentions avancées pour cette loi est qu'elle protège tous les Canadiens qui peuvent dénoncer des actes répréhensibles par la fonction publique, pas seulement les fonctionnaires. En réalité elle ne fait rien de la sorte. Pour les dénonciateurs qui ne sont pas des fonctionnaires, il n'existe pas de mécanisme efficace pour les protéger contre des représailles.

N'importe qui peut faire une divulgation au commissaire et la *Loi* stipule que les employeurs ne peuvent pas user de représailles contre les employés qui ont fait une divulgation. Mais les dénonciateurs employés dans le secteur privé ou qui sont de simples citoyens sont tout à fait seuls dans leurs efforts de chercher un remède pour les représailles dont ils sont victimes, mais sans remède, ils n'ont aucune protection.

Ne vous méprenez pas; la bureaucratie a le bras long, une longue mémoire et de nombreux moyens d'user de représailles contre les gens qui ne sont pas fonctionnaires. Elle peut ordonner sournoisement à des entrepreneurs de congédier (et mettre sur la liste noire) les employés qui soulèvent des préoccupations – ou risquer de perdre des contrats du gouvernement. Les personnes qui reçoivent des services ou des prestations d'un ministère peuvent soudainement découvrir qu'ils sont retenus. Les renseignements personnels peuvent faire l'objet d'un accès illégal et être mis en circulation pour salir et discréditer les dénonciateurs.

Ces deux dernières techniques ont été utilisées contre l'ancien combattant Sean Bruyea, dans un exemple classique de la façon dont les dénonciateurs sont traités. Vérifications fiscales agressives, surveillance importune, fausses accusations d'actes répréhensibles entraînant des enquêtes de la police, même une arrestation... Les possibilités sont innombrables et limitées seulement par l'imagination de puissants fautifs qui s'efforcent de sauver leur propre peau.

6) Il est peu probable que le tribunal protège quiconque

Au terme d'une enquête au sujet d'une plainte de représailles, le commissaire peut décider de déférer le cas au Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs (TPFD), qui entend les preuves des deux parties et rend une décision. Le Tribunal peut punir le fautif et ordonner certaines réparations pour le dénonciateur.

Cependant, le commissaire n'a pas le pouvoir de protéger les personnes qui disent la vérité contre des représailles, et le Tribunal qui est censé le faire se révélera probablement impuissant. Il y a plusieurs raisons pour lesquelles le Tribunal ne protégera probablement pas un dénonciateur.

Fardeau de la preuve quasi impossible

Le problème le plus grave est qu'il incombe au dénonciateur de prouver que des actions hostiles ont été prises en guise de représailles pour une divulgation d'acte répréhensible. En pratique, il est habituellement impossible qu'un employé puisse le prouver étant donné qu'en règle générale, les patrons engagés dans un tel harcèlement ne l'admettent pas et il est difficile d'obtenir une preuve. Or, sans une telle preuve, l'employé n'a pas de recours, pas de réparation et pas de défense contre de futures représailles.

Dans d'autres administrations plus progressives, ce choc fréquemment fatal pour les cas de dénonciation est remédié au moyen d'une disposition *d'inversion du fardeau de la preuve* : une fois que l'employé a prouvé l'existence d'un lien entre la divulgation et les actions hostiles (p. ex. un court délai entre la divulgation et une rétrogradation) c'est à l'employeur qu'il incombe de prouver que ces mesures ont été prises pour des raisons valables autres que des représailles. Même avec cette inversion du fardeau de la preuve, prouver des représailles n'est pas une mince affaire pour le dénonciateur – environ 20 % seulement prévaudront.

Manque d'aide juridique

Le second problème est le manque d'accès à un conseiller juridique. Les personnes accusées de représailles jouiront presque certainement d'une défense assurée par une équipe d'avocats du ministère de la Justice, ayant en apparence un temps et des ressources illimités, entièrement aux frais des contribuables. À moins que le syndicat n'ait convenu de défendre la cause, le dénonciateur devra payer pour un avocat. De telles poursuites sont *très* coûteuses; elles atteignent souvent des centaines de milliers de dollars. De plus, il est très difficile de trouver un bon conseiller juridique qui s'y connaît en matière de litiges contre le gouvernement (et qui acceptera d'agir). Le syndicat peut être réticent à défendre le dénonciateur – il est rare qu'un syndicat s'implique dans des causes personnelles – ou être incapable de le faire, par exemple, si le ou les intimés sont également membres du syndicat.

Le commissaire peut fournir au dénonciateur l'accès à l'aide juridique, à concurrence de 1 500 \$ (ou 3 000 \$ dans des circonstances exceptionnelles). Ce montant dérisoire n'est disponible que pour les questions antérieures au Tribunal, et il est à l'entière discrétion du commissaire.

Il n'y a pas de disposition de soutien juridique pour le dénonciateur durant le processus du Tribunal. Pourtant le ministère de la Justice dépense régulièrement des millions de

dollars à défendre l'accusé et enchevêtre le dénonciateur dans des manœuvres judiciaires pendant des années au cours desquelles les frais judiciaires s'accumulent et la santé et les relations personnelles sont endommagées par le stress d'un processus juridique abusif.

Dans le cas de Joanna Gualtieri, la spécialiste en immobilier des Affaires étrangères qui a exposé l'extravagance et l'énorme gaspillage dans l'hébergement fourni aux diplomates à l'étranger et qui a ensuite poursuivi ses patrons pour harcèlement, les avocats du ministère de la Justice ont fait traîner sa cause pendant près de 12 ans, l'ont obligée à répondre à plus de 10 500 questions durant les communications préalables. Les dossiers juridiques du ministère de la Justice pour cette cause représentent plus de 50 pieds linéaires de documents, c'est-à-dire plus haut qu'un édifice de cinq étages.

Il va sans dire que rien dans cette loi ne permet d'égaliser les chances pour autant que le muscle juridique soit en cause.

Pas d'accès aux tribunaux

En matière de rendement, ce Tribunal ne subit guère de pressions : il peut tenir ses audiences en secret, prendre tout le temps qu'il désire et il n'est même pas obligé de faire part de ses décisions à la Cour fédérale. La seule voie d'appel est le recours en révision qui ne fait qu'acheminer la question pour réévaluation si une erreur est réputée avoir été commise – le recours en révision ne peut pas ordonner une réparation pour un dénonciateur. Peu importe à quel point les actions ou les décisions du Tribunal sont suspectes, le dénonciateur n'a pas accès à l'appareil judiciaire normal de sténographes judiciaires, de règles de procédure et de juges qui peuvent se montrer impartiaux parce que leur permanence est assurée et qui peuvent autoriser une réparation pour les torts causés.

La gravité du problème est évidente à l'examen de l'expérience aux États-Unis en ce qui a trait à un arrangement semblable (un corps administratif à vocation spécifique, pas d'accès ni de droit d'appel aux tribunaux et pas de disposition d'inversion du fardeau de la preuve) : parmi les 2 000 premiers dénonciateurs à avoir soumis des plaintes de représailles, seulement quatre ont prévalu.

Ce n'est pas là le droit de se faire entendre en audience publique qui a été promis aux dénonciateurs et qu'exige la justice.

Pénalités et réparations inadéquates

S'il advient qu'un dénonciateur prévaut, quelles sanctions devraient être infligées à l'agresseur et quelles réparations devraient être à la disposition du dénonciateur? La présente loi semble banaliser la question en traitant les représailles comme des conflits de travail du genre que les griefs sont conçus pour traiter.

Mais ces représailles sont des assauts typiquement brutaux, calculés, prémédités et soutenus à l'égard d'un employé, orchestrés par quelqu'un de puissant qui tente de dissimuler des actes non éthiques et même criminels. Les incidences sur le dénonciateur sont souvent dévastatrices, marquantes et permanentes. Le châtement pour une telle agression devrait être sévère, pourtant cette loi limite la pénalité maximale au congédiement. Dans le même ordre d'idées, la *Loi* est loin d'aborder l'ampleur du tort éventuel causé au dénonciateur : l'accent porte sur la perte économique temporaire, non

sur la blessure psychologique, et la limite des dommages est arbitraire.

Comment la loi devrait-elle traiter les représailles prouvées? À peu près de la même manière que celle de la situation où un criminel matraque presque à mort un témoin de son crime – étant donné que le harcèlement peut infliger des blessures tout aussi dévastatrices et débilitantes. La victime devrait pouvoir bénéficier d'ordonnances de réparation, y compris une compensation pour les invalidités permanentes infligées. L'auteur du harcèlement devrait être personnellement responsable : ne pas être protégé par son ministère ni voir ses frais juridiques payés par les contribuables.

Le bilan est que la « protection à toute épreuve » contre les représailles que ce Tribunal est censé fournir est un processus semé d'embûches pour le dénonciateur, susceptible de languir (peut-être des années) sans aide juridique dans un système secret et sans responsabilité, avec un fardeau de la preuve (pour les représailles) qui peut rarement être satisfait et des réparations qui sont loin de compenser les dénonciateurs dont la vie a été ruinée.

7) Le processus tout entier est enveloppé d'une atmosphère de secret impénétrable

Il s'agit d'un processus extraordinairement secret et ce secret ne profite qu'aux personnes accusées d'actes répréhensibles. Il facilite le retard et l'obstruction au nom de « l'équité procédurale » et protège les ministères contre l'embarras. Il va à l'encontre de l'intérêt public et du dénonciateur.

Pratiquement tout ce qui est signalé au commissaire (ou découvert durant les enquêtes) est gardé sous le secret, à perpétuité. Les *seuls* renseignements de fond révélés au sujet d'actes répréhensibles sont ceux qui figurent dans le rapport du commissaire au Parlement. Ce rapport peut être aussi long ou aussi court que le commissaire le désire, mais dans un cas comme dans l'autre, personne n'a accès à d'autres renseignements.

Accès à l'information

La *Loi* bloque avec soin et précision toutes les avenues possibles d'accès aux détails des enquêtes du commissaire, et les place hors de portée des lois sur l'accès à l'information, pas seulement pendant quelques années, mais *à perpétuité*. C'est là un point sur lequel le commissaire n'a pas de discrétion. Ce serait apparemment pour la protection du dénonciateur, mais l'effet est de protéger les présumés fautifs – et le personnel du CISP – contre tout examen ou contestation possible.

Classification erronée des documents

Les ministères et les organismes gouvernementaux ont souvent été critiqués pour avoir dissimulé des renseignements embarrassants en classant les documents incorrectement p. ex. en invoquant le secret professionnel et/ou un document confidentiel du Cabinet. Dans d'autres administrations, ce bouclier de confidentialité peut être pénétré dans certaines circonstances afin de permettre une enquête appropriée des présumés actes répréhensibles. La LPFDAR ne le fait pas. Aux termes de cette loi, de tels renseignements classifiés ne peuvent pas être divulgués, soit par un employé dénonciateur ou par le commissaire.

Audiences secrètes

Le Tribunal peut choisir de tenir ses audiences *à huis clos* (c.-à-d. en secret) si l'une ou l'autre des parties le demande – l'accord de l'autre partie n'est pas requis. Les personnes accusées de représailles demanderont certainement des audiences secrètes tandis que le dénonciateur s'y opposera sûrement, mais probablement en vain.

Les décisions n'ont pas à être déposées à la Cour fédérale

Même lorsque le Tribunal a terminé son travail et rendu ses décisions, y compris les pénalités pour représailles et/ou des réparations pour le dénonciateur, elles n'ont pas à être déposées à la Cour fédérale de sorte qu'aucun sténographe judiciaire ne peut découvrir ce qui s'est passé. Quelle justification possible peut-on invoquer pour cette disposition? C'est tout simplement un autre élément du secret impénétrable qui enveloppe ce processus.

Ordonnances de non-publication

Quel que soit le parti au pouvoir, le gouvernement atténue invariablement la gravité des divulgations qui pourraient le mettre dans l'embarras, et tente de rassurer l'opinion publique en affirmant que les problèmes en cause n'étaient guère importants et qu'ils ont déjà été réglés. Les dénonciateurs sont généralement convaincus que le public doit tout savoir des actes répréhensibles qu'ils ont découverts, mais une fois qu'ils ont divulgué ces actes au commissaire, ils se retrouvent bâillonnés et perdent tout contrôle sur ce qu'il adviendra des renseignements qu'ils détiennent.

Et lorsque les cas de dénonciation sont réglés par le gouvernement, ils s'accompagnent systématiquement d'une draconienne ordonnance de non-publication, qui interdit à tout jamais aux dénonciateurs de parler des faits dont ils ont eu connaissance. (Incidentement, aux États-Unis, les ordonnances de non-publication ne portent que sur le quantum du règlement et ne peuvent être étendues au fond de l'affaire – en d'autres mots, à la dénonciation elle-même.)

De telles ordonnances de non-publication constituent un abus de pouvoir, puisque les deniers publics servent à intimider, à faire chanter, à soudoyer les victimes de harcèlement et à les obliger à garder le silence à tout jamais, en échange de quoi on met un terme à l'épreuve que le système judiciaire leur impose. Il ne fait aucun doute que ces ordonnances vont à l'encontre de l'intérêt public. Pourtant, la *Loi* ne fait rien pour en restreindre l'utilisation.

8) La stratégie juridique est inique et mal conçue

La *Loi* est lourde, complexe et coûteuse

Les bonnes lois sont succinctes et sans ambiguïté, et leur clarté est gage d'une application efficace. Les bonnes lois prévoient également que l'on utilise pleinement les mécanismes en place, s'ils sont efficaces, sans tenter de réinventer la roue. Or la LPFDAR est tout le contraire d'une bonne loi, à tous points de vue – il s'agit d'un énorme fouillis, complexe et dispendieux. Elle se compose d'un labyrinthe de dispositions compliquées et pleines d'ambiguïtés que peu de gens peuvent prétendre comprendre complètement.

En plus, cette loi abroge les droits en common law du dénonciateur. Plutôt que d'améliorer la protection juridique des dénonciateurs, elle réduit la protection dont ils jouissent en vertu de la common law.

Le texte de cette loi est beaucoup trop long, entre autres parce que le législateur a voulu en faire trop. À titre de comparaison, le texte de la LPFDAR est *trois* fois plus long que celui de la loi qui, depuis 1867 et avec quelques changements mineurs, définit le mandat du vérificateur général. Elle fait *trois* fois la longueur de la loi que le Royaume-Uni a adoptée en 1998 afin de protéger les dénonciateurs, ce qu'elle accomplit efficacement depuis plus d'une décennie. Et elle est *six* fois plus longue que le projet de loi d'initiative parlementaire rédigé par Joanna Gualtieri, la fondatrice de IRIF, et qui a été brièvement analysé par le Parlement en 2004 – une loi bien conçue qui visait uniquement à fournir une véritable protection aux dénonciateurs, sans exiger la création de nouveaux organismes.

À titre d'exemple de sa complexité, la LPFDAR, qui compte 60 articles, comporte pas moins de 35 renvois à la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, la plupart d'entre eux servant à expliquer les exceptions qui s'appliquent aux membres de la GRC. On peut se demander pourquoi la GRC exige un traitement aussi particulier et décrit de manière aussi exhaustive, et même en quoi toutes ces dispositions sont nécessaires.

Finalement, l'application de cette loi coûte très cher. Le budget annuel combiné des deux organismes qu'elle a créés et qui se sont jusqu'ici avérés inutiles – le Commissariat à l'intégrité du secteur public et le Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs – atteint plus de 8 millions de dollars. Au cours des trois années qui ont suivi leur création, on a gaspillé quelque 15 millions de dollars en deniers publics. Il aurait beaucoup mieux valu dépenser cet argent pour offrir une aide juridique adéquate aux dénonciateurs dans le cadre de notre système judiciaire normal.

De par sa taille et sa complexité, ce régime équivaut à un système quasi judiciaire complet et entièrement nouveau, conçu uniquement à l'intention des dénonciateurs – mais conçu pour ne pas fonctionner. Il est enfermé dans une bulle, tenu impénétrablement secret, hermétiquement coupé de notre système judiciaire normal et il est semé d'innombrables obstacles et pièges qui ne servent qu'à embrouiller les dénonciateurs, à faire en sorte que leur cause soit rejetée et à les priver de l'application régulière de la loi.

Ce système n'a rien à voir avec le refuge qui a été promis aux employés honnêtes : il ressemble davantage à une course à obstacles bureaucratique conçue pour empêcher quiconque de se rendre jusqu'au bout.

Les résultats obtenus par le CISP

On trouvera dans les pages suivantes un résumé des statistiques fournies par le Commissariat à l'intégrité du secteur public dans ses trois premiers rapports annuels. Ces statistiques sont présentées sous forme de graphiques afin d'en faciliter la compréhension.

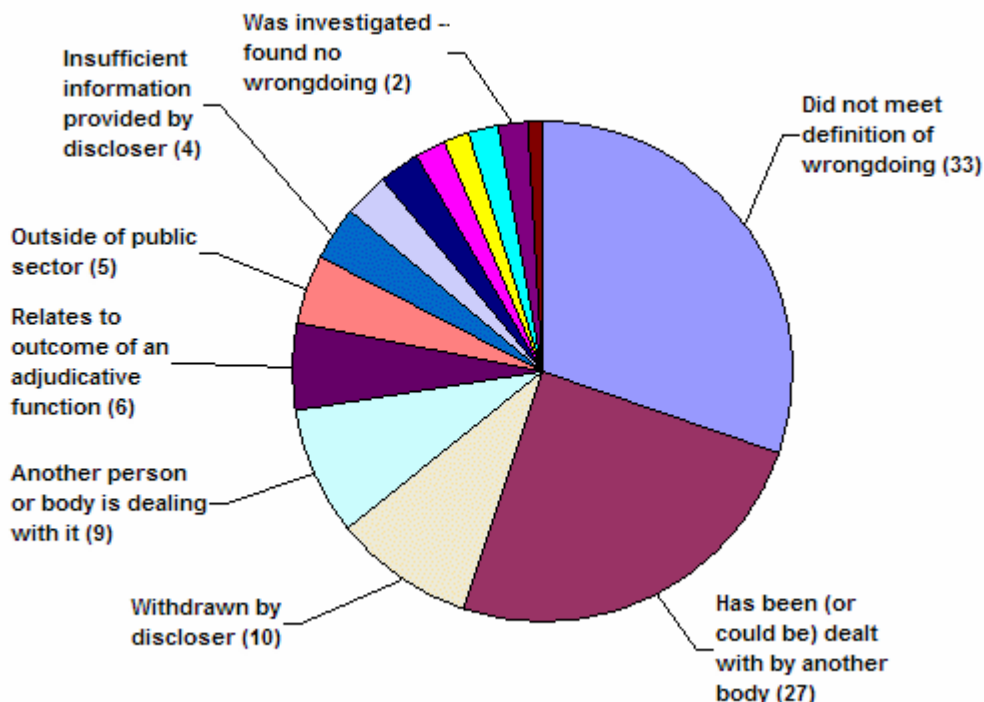
Elles témoignent de résultats décevants. Est-ce en raison de la stratégie du Commissariat ou des lacunes de la *Loi*? Selon nous, ces deux explications sont valables, mais la situation ne pourra guère s'améliorer si on ne modifie pas radicalement la *Loi*.

Les statistiques qui suivent démontrent que les faiblesses de la *Loi* – que IRIF a dénoncées dès 2007 – ont causé la faillite du système : rejet de la plupart des cas, réalisation d'un très petit nombre d'enquêtes et conclusion à l'absence d'actes répréhensibles ou de représailles.

Divulgations d'actes répréhensibles

Raisons justifiant le rejet des divulgations d'actes répréhensibles

Le graphique ci-dessous indique les raisons les plus souvent évoquées pour justifier le rejet des divulgations d'actes répréhensibles. Le graphique ne couvre que la période allant de 2008 à 2010, car le premier rapport annuel du Commissariat ne fournissait pas ce genre de renseignements.



Les renseignements fournis par le divulgateur étaient insuffisants (4)
Enquête terminée – aucun acte répréhensible constaté (2)
Ne correspond pas à la définition de l'acte répréhensible (33)
Un autre organisme y a donné suite (ou pourrait y donner suite) (27)
Retirée par le divulgateur (10)
Une autre personne ou un autre organisme en a été saisi (9)
A trait au résultat d'une fonction juridictionnelle (6)
Extérieure à la fonction publique (5)

Résultats du traitement des divulgations d'actes répréhensibles

Le graphique ci-dessous illustre l'attrition des cas (de gauche à droite) au fur et à mesure qu'ils sont soumis aux différentes étapes du processus, depuis l'allégation d'actes répréhensibles jusqu'aux conclusions d'une enquête confirmant l'existence de tels actes.

Le Commissariat n'a accepté de faire enquête que sur 9 des 170 divulgations d'actes répréhensibles reçues entre 2008 et 2010. Après trois ans d'activité, seules quatre enquêtes ont été menées à terme et aucune n'a confirmé que des actes répréhensibles avaient été commis.

Pour obtenir ce que nous considérerions comme un résultat positif, il faut franchir d'autres étapes, non illustrées ci-dessous. En effet, le Commissariat doit formuler des recommandations (non contraignantes) à l'intention du ministère concerné puis présenter un rapport de cas au Parlement qui produit une réponse (le cas échéant) après examen de ce rapport. L'expérience montre toutefois que rien ne garantit que ces démarches permettront de mettre fin aux actes répréhensibles ni que des sanctions seront imposées aux auteurs de ces actes.



Divulgations d'actes répréhensibles

2007-2010

Demandes de renseignements d'ordre général

Présentation d'une divulgation

Début de l'enquête

Fin de l'enquête

Constatation d'actes répréhensibles

Plaintes de représailles

Au cours des deux années débutant en 2008 et se terminant en 2010, le Commissariat a rejeté 18 dossiers parce que « *la plainte ne découlait pas d'une divulgation protégée* », 6 dossiers parce que les actes dénoncés « *ne satisfaisaient pas à la définition de représailles* » et 6 autres parce que le dénonciateur n'avait pas déposé sa plainte dans les 60 jours suivant le début des représailles.

Au cours de cette période de deux ans, 12 plaintes de représailles ont été rejetées parce que la commissaire considérait qu'elles avaient été traitées ou pourraient être mieux traitées par quelqu'un d'autre. Il est scandaleux que le Commissariat refuse, ne serait-ce qu'une seule fois, de traiter des représailles alléguées pour cette raison, puisque *aucun autre organisme canadien n'a le mandat de protéger les dénonciateurs*. En refusant de s'occuper de tels dossiers, le Commissariat refuse l'application régulière de la loi à des personnes qui n'ont aucun autre recours.

Pris ensemble, ces motifs de refus expliquent que le Commissariat ait bloqué la presque totalité des dossiers. En fait, seules 4 des 58 plaintes déposées ont fait l'objet d'une enquête. Et les deux enquêtes qui ont été menées à terme ont conclu qu'il n'y avait pas eu de représailles. (Les deux autres enquêtes ne sont pas encore terminées.) En trois ans, la commissaire n'a pas transmis un seul cas de représailles au Tribunal.

Raisons justifiant le rejet des plaintes de représailles

Le graphique ci-dessous indique les raisons les plus souvent évoquées pour justifier le rejet des plaintes de représailles. Le graphique ne couvre que la période allant de 2008 à 2010, car le premier rapport annuel du Commissariat ne fournissait pas ce genre de renseignements.

Le plaignant n'était pas un fonctionnaire (1)

Les renseignements fournis étaient insuffisants (1)

Plainte retirée par le plaignant (1)

Ne découlait pas d'une divulgation protégée (18)

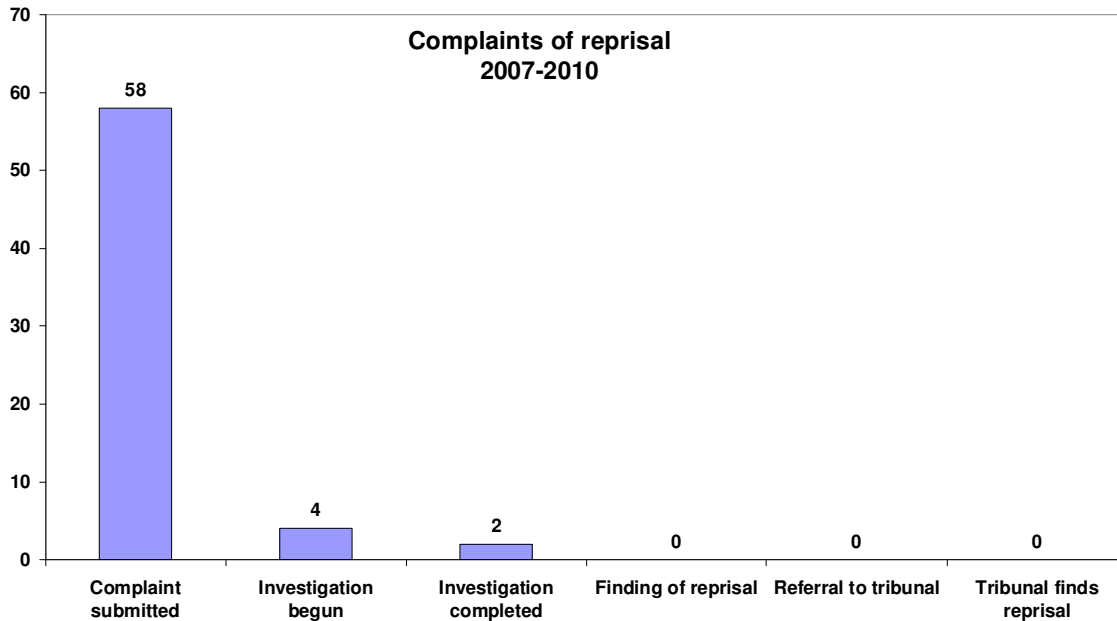
A été ou pourrait être réglée par un autre organisme (12)

Ne correspond pas à la définition de « représailles »

Non présentée dans un délai de 60 jours (6)

Après enquête, conclusion qu'il n'y a pas eu représailles (2) Résultats du traitement des plaintes de représailles

Le graphique ci-dessous illustre l'attrition des cas (de gauche à droite) au fur et à mesure qu'ils sont soumis aux différentes étapes du processus. Pour qu'un dénonciateur bénéficie de mesures de réparation, sa plainte de représailles doit traverser toutes ces étapes, jusqu'à la dernière, celle où le Tribunal détermine qu'il y a bien eu représailles.



Plaintes de représailles 2007-2010

Dépôt de la plainte

Début de l'enquête

Fin de l'enquête

Constatation qu'il y a eu représailles

Renvoi au Tribunal

Constatation par le Tribunal qu'il y a eu représailles

Des 58 plaintes de représailles reçues entre 2008 et 2010, on n'en a accepté que quatre aux fins d'enquête. Après trois ans d'activité, seules deux enquêtes ont été menées à terme et aucune n'a donné lieu à une constatation de représailles. Par conséquent, *le Tribunal chargé de statuer sur les cas de représailles n'a jamais siégé.*

Selon notre expérience, l'étape du processus la plus ardue, la plus coûteuse et celle qui exige le plus de temps, et de loin, est celle de l'audience au Tribunal. En fait, elle peut durer pendant des années. Cependant, parce que le commissaire à l'intégrité agit comme le gardien de la porte du Tribunal, personne n'a encore atteint cette étape. Tous ceux qui se sont engagés dans cette très longue course à obstacles sont tombés après avoir franchi quelques-uns des obstacles qui la parsèment.

Deuxième partie : Prochaines étapes – Élaboration de solutions

En décembre 2010, avec l'appui de Canadiens pour la responsabilité et de la Government Ethics Coalition, IRIF a entamé un processus conçu pour réaliser un consensus sur la manière de remettre en état le système de protection des dénonciateurs. Le présent document représente la première étape – définir clairement les problèmes. La prochaine étape sera de trouver des solutions.

Nous avons l'intention de nous engager avec d'autres qui souhaitent participer, y compris nos organisations sœurs aux États-Unis, au Royaume-Uni et en Australie. Nous n'allons pas réécrire la *Loi*, mais nous établirons ce que nous croyons être la meilleure stratégie pour aller de l'avant et nous préciserons les types de changements requis.

Certaines des solutions sont évidentes et des modifications pertinentes ont déjà été élaborées. Toutefois, il existe des questions où la réponse n'est peut-être pas explicite et où une réflexion consciencieuse s'impose, par exemple :

- 1. Obtenir la protection des dénonciateurs pour les employés du secteur privé**
Nous avons expliqué dans l'introduction le besoin de cette couverture (et les défis à surmonter pour la réaliser).
- 2. Proposer une approche de la False Claims Act « Loi sur les allégations fallacieuses »**
Quand proposer une législation qui fournit aux dénonciateurs les outils juridiques et les ressources financières pour poursuivre eux-mêmes les malfaiteurs (sur le modèle de *Loi sur les allégations fallacieuses*). Ceci complète les lois traditionnelles sur les dénonciateurs et s'est révélé un puissant outil pour empêcher les entreprises de frauder le gouvernement.
- 3. Fournir de multiples modes viables de dénonciation**
Ceci est important parce que, face à l'hostilité institutionnelle à l'égard des dénonciateurs, certains des modes disponibles en théorie sont souvent « hors service » à n'importe quel moment. Par exemple, étant donné que le CISP s'est vu accorder une « juridiction exclusive » des cas de dénonciation, nous avons assisté à un effondrement complet du système pendant trois ans et demi parce qu'une seule personne – la commissaire – était réticente à trouver des écarts de conduite. Aucun autre mode n'était à la disposition des dénonciateurs.
Il faut au moins que la juridiction exclusive du CISP soit éliminée. Le Tribunal devrait également être éliminé puisqu'il est certain qu'il sera bien moins efficace que notre appareil judiciaire normal. Il faut également que les dénonciateurs aient un accès direct et libre aux tribunaux (avec une aide juridique appropriée) pour se protéger contre les représailles, plutôt que d'être forcés de se fier à une tierce partie comme le CISP pour intervenir en leur nom.

Il faut que le gouvernement soit un peu plus humble cette fois. Au lieu de vanter le caractère soi-disant unique de notre solution « faite au Canada » (laquelle n'a pas marché du tout), il doit apprendre des autres et adopter des pratiques exemplaires qui ont fait leurs preuves ailleurs. La nature humaine et les tactiques des malfaiteurs sont similaires dans le monde entier et notre appareil judiciaire a beaucoup en commun avec certaines de ces autres administrations.

Nous espérons que cette fois le gouvernement choisira d'écouter les idées et tiendra compte de l'expérience des ONG et d'autres organisations qui se consacrent à la question de la responsabilité des gouvernements et des droits des dénonciateurs.

Autres sources de renseignements

1. **Législation fédérale canadienne sur les dénonciateurs – en langage clair**
Une explication concise des principales dispositions relatives aux dénonciateurs de la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, rédigée en langage clair.
http://fairwhistleblower.ca/psdpa/psdpa_explained.html
2. Tableaux et tables résumant le rendement du CISP de 2007 à 2010 :
<http://fairwhistleblower.ca/psdpa/performance>
3. Tableaux et tables résumant les raisons données par le CISP pour avoir rejeté les divulgations d'actes répréhensibles et les plaintes de représailles de 2008 à 2010 :
<http://fairwhistleblower.ca/psdpa/rejections>

ⁱ La Government Ethics Coalition est une alliance nationale coordonnée par Democracy Watch composée de plus de 30 groupes de citoyens qui comptent plus de trois millions de membres canadiens. [traduction]