



*Protection contre les représailles,
votre droit, notre mission.*

La dénonciation et les représailles

les principes de base

Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs Canada

février 2012

On examine dans le présent document la définition ordinaire de dénonciation ainsi que sa définition en droit. Les opinions présentées dans ce document ne représentent pas nécessairement celles du Tribunal ou de ses membres. Ce document est fourni à titre informatif seulement.

Table des matières

Qu'entend-on par dénonciation?	2
• Le sens ordinaire	2
• La dénonciation dans le contexte juridique.....	2
• Les sources du droit	3
○ La jurisprudence - avant la Charte.....	3
○ La jurisprudence - apres la Charte.....	6
○ La loi en matière de dénonciation.....	8
Qu'entend-on par représailles?	11
• Le sens ordinaire	11
• Les représailles dans le contexte juridique.....	11
○ La Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles.....	10
○ Les décisions du Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs.....	11
Conclusion.....	14

La dénonciation et les représailles

les principes de bases

Qu'entend-on par dénonciation?

Le sens ordinaire

La dénonciation, dans son sens ordinaire, a été définie comme suit :

[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.¹

La dénonciation dans le contexte juridique

Des termes tels que « **divulgation faite dans l'intérêt public** » ou « **divulgation d'actes répréhensibles** » sont utilisés d'ordinaire au lieu de « dénonciation » dans les lois et les décisions des tribunaux.

Il existe un principe bien établi selon lequel les fonctionnaires ont un devoir de loyauté envers le gouvernement du Canada. C'est pourquoi les fonctionnaires sont tenus de faire preuve de modération dans leurs déclarations contre la politique du gouvernement.² Ce devoir a été examiné dans plusieurs décisions rendues par les tribunaux, lesquelles sont analysées ci-dessous. En résumé, ce devoir concerne l'importance et la nécessité d'avoir une fonction publique impartiale et efficace.³

¹ Janet P Near et Marcia P Micelli «Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing» (1985) 4 Journal of Business Ethics 1 à la page 4.

² *Fraser c Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455 [Fraser], paragraphe 43 (disponible à : <http://scc.lexum.org/fr/1985/1985rcs2-455/1985rcs2-455.html>).

³ *Ibid.*, paragraphe 21.

Les cours ont souvent dû statuer sur l'équilibre à établir entre le droit à la liberté d'expression (article 2(b) garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne* (la *Charte*)⁴ et le devoir de loyauté. Comme Ralph Nader l'a exposé, [TRADUCTION] « dans quelles circonstances un employé doit-il décider que la loyauté à la société [...] doit l'emporter sur la loyauté à une organisation et à ses politiques [...] et ensuite donner suite à cette décision en informant des personnes de l'extérieur ou des personnes chargées de l'application de la loi? ». ⁵

Bien qu'il soit difficile de répondre à cette question, il existe un consensus : le devoir de loyauté n'est pas absolu, et la violation de ce devoir est effectivement justifiée dans certaines circonstances. Il a donc incombé aux tribunaux canadiens d'établir quelles sont ces circonstances.

Les sources du droit

Dans le domaine juridique, la question de la dénonciation peut être examinée en fonction de deux sources importantes : la loi et la jurisprudence. Le développement du droit en matière de dénonciation est exposé ci-dessous, et ce, tant du point de vue de la loi que de la jurisprudence.

a) La jurisprudence – avant la Charte

Bien que le droit en matière de divulgation d'actes répréhensibles constitue un domaine relativement nouveau, le dialogue des tribunaux sur la capacité d'un employé de protéger le

⁴ *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [Charte].

⁵ Ralph Nader, « An Anatomy of Whistle Blowing », *Whistle Blowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*, éd. préparée par Ralph Nader, Peter J. Petkas et Kate Blackwell, New York, Grossman, 1972, 3 à la page 5.

public par la divulgation d'actes répréhensibles a commencé il y a plusieurs décennies. En 1981, J.M. Weiler, alors arbitre, s'est penché sur la question générale de la divulgation des actes répréhensibles dans le contexte du secteur public. Dans la décision *Re Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employees Union*, J.M. Weiler a affirmé ce qui suit en ce qui concerne l'équilibre devant être établi entre la liberté d'expression et le devoir de loyauté :

[TRADUCTION]

Lorsqu'il s'agit de la critique publique de l'employeur, l'obligation de fidélité n'impose pas un bâillon absolu à un employé qui l'empêcherait de faire des déclarations qui pourraient critiquer son employeur. Un employé n'est pas tenu dans toute circonstance de suivre le conseil de Cervantes, « une bouche fermée n'avale pas de mouches ». L'obligation de fidélité ne veut pas dire que les Daniel Ellsberg et Karen Silkwood de ce monde doivent rester silencieux lorsqu'ils découvrent que des actes répréhensibles ont été commis sur les lieux de leur travail. Ni l'intérêt public ni les intérêts à long terme de l'employeur n'y gagneront si ces employés, de peur de perdre leur emploi, sont trop intimidés pour informer les personnes qui peuvent apporter une solution aux actes répréhensibles qui sont commis sur les lieux de leur travail.⁶

En 1985, la Cour suprême du Canada a établi l'assise de la défense de dénonciation dans l'arrêt *Fraser*.⁷ La Cour suprême a reconnu l'importance de la liberté d'expression, mais elle n'a pas conclu, en définitive, que la défense de « dénonciation » pouvait être invoquée avec succès dans cette affaire.

⁶ *Re Ministry of Attorney General, Corrections Branch and British Columbia Government Employees Union* (1981), 3 LAC (3d) 140, pages 162 et 163.

⁷ *Fraser*, *supra* note 2.

La Cour suprême a cerné trois situations où un fonctionnaire peut estimer que la liberté d'expression l'emporte sur le devoir de loyauté et peut faire une divulgation portant sur des actes répréhensibles commis par d'autres fonctionnaires :

- 1) si une personne a accompli des **actes illégaux**;
- 2) si la politique en place **met en danger la vie, la santé ou la sécurité de personnes**;
- 3) si la divulgation du fonctionnaire n'avait aucun effet sur son **aptitude à accomplir d'une manière efficace ses fonctions ni sur la façon dont le public perçoit cette aptitude.**⁸
[emphasis ajoutée]

Afin de déterminer s'il y a eu un tel effet, les tribunaux examinent la possibilité que le fonctionnaire ait été empêché d'accomplir tant son travail précis que tout autre travail au sein de la fonction publique. Dans certaines circonstances, on peut conclure par déduction qu'il y a eu empêchement sans preuve directe.⁹

En plus des catégories exposées ci-dessus, les tribunaux, depuis l'arrêt *Fraser*, ont cerné d'autres facteurs pertinents pour établir si ces principes sont respectés dans une situation donnée; les voici :

⁸ *Ibid.*, 2, paragraphe 41.

⁹ *Ibid.*, paragraphe 48.

- Le *fond* des critiques (le contenu des critiques);
- Le *contexte* des critiques (la fréquence ainsi que la tribune ou le média utilisé);
- La *forme* des critiques (la façon dont les critiques ont été formulées);¹⁰
- Le *poste et la visibilité* du fonctionnaire;¹¹
- La force de la preuve du fonctionnaire en lien avec une allégation;¹²
- La question de savoir si le fonctionnaire a pris des mesures pour établir les faits avant de formuler publiquement ses critiques;¹³
- La question de savoir si le fonctionnaire a soulevé le problème à l'interne et a utilisé les mécanismes internes avant de formuler publiquement ses critiques;¹⁴
- La question de savoir si les critiques formulées publiquement étaient uniquement fondées sur un désaccord quant à une politique;¹⁵ et
- L'attribution de *motivations illégitimes*.¹⁶

Si la divulgation d'actes répréhensibles en question n'appartient pas à l'une des trois situations, et en tenant compte des facteurs pertinentes, le fonctionnaire pourrait faire l'objet de sanctions disciplinaires, il pourrait notamment être congédié.

b) La jurisprudence – après la Charte

Les faits dans l'affaire *Fraser* se sont produits avant que la *Charte* n'entre en vigueur. Avant la Charte, la liberté d'expression a simplement été qualifiée de valeur profondément enracinée

¹⁰ *Fraser, supra*, note 2, paragraphes 48 et 50 (*n.b.* Le fond, le contexte et la forme sont tous abordés dans ces paragraphes).

¹¹ *Ibid.*, paragraphe 38.

¹² *Read c P.G.*, 2005 CF 798, paragraphe 100 (disponible à : <http://canlii.ca/t/1pccr>).

¹³ *Haydon c Canada (Conseil du Trésor)* [2004] C.F. 749, [2005] 1 R.C.F. 511, par. 63 [*Haydon n° 2*], confirmée par la Cour d'appel fédérale, 2005 CAF 249 (disponible à : <http://canlii.ca/t/11470>).

¹⁴ *Haydon c Canada*, [2001] 2 C.F. 82 [*Haydon n° 1*], par. 120; *Haydon n° 2, ibid.*, par. 47; *Read, supra*, note 10, paragraphe 123 (disponible à : http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/2000/t-199-99_15866/t-199-99.html).

¹⁵ *Stenhouse c Canada (Procureur général)*, 2004 CF 375, [2004] 4 R.C.F. 437, paragraphe 39 (disponible à : <http://canlii.ca/t/1hw00>).

¹⁶ *Chopra c Canada (Conseil du Trésor)*, 2005 CF 958, [*Chopra n° 2*], paragraphe 44 (disponible à : <http://canlii.ca/t/1lsp3>).

dans notre système démocratique. Lorsque la *Charte* a été adoptée, le droit à la liberté d'expression a été officiellement consacré à l'article 2 :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

c) liberté de réunion pacifique;

d) liberté d'association.¹⁷ [emphase ajoutée]

Par conséquent, à compter de ce moment-là, il a fallu tenir compte de la *Charte* et du droit à la liberté d'expression consacré à l'article 2 dans tout débat concernant la dénonciation, la liberté d'expression et le devoir de loyauté. Il a aussi fallu tenir compte de l'article premier de la *Charte*. En règle générale, les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être que très rarement violés, et toute restriction à un droit garanti par la *Charte* doit respecter les limites dans le cadre d'une société démocratique. L'article premier de la *Charte* prévoit le critère que les tribunaux doivent appliquer afin d'établir si un droit garanti par la *Charte* peut être violé. Voici ce que prévoit cette disposition :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés de la personne* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. **Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.**¹⁸ [emphase ajoutée]

Dans la décision *Haydon n° 1* qui a été rendue après l'adoption de la *Charte*, la Cour fédérale s'est penchée sur le devoir de loyauté et sur le droit à la liberté d'expression dans le contexte de la *Charte*. La Cour fédérale a affirmé ce qui suit :

¹⁷ *Charte, supra*, note 4, article 2.

¹⁸ *Ibid.*, article premier.

[...] l'obligation de loyauté en common law, telle qu'elle est exprimée dans l'arrêt *Fraser*, respecte suffisamment la liberté d'expression qui est garantie par la *Charte* et constitue donc une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.¹⁹

Il est donc maintenant établi que le devoir de loyauté constitue, de façon générale, une limite raisonnable au droit à la liberté d'expression. Autrement dit, il est généralement accepté que le devoir de loyauté justifie une violation du droit à la liberté d'expression; cependant, il y a des exceptions.

Les principes établis dans l'arrêt *Fraser* sont toujours appliqués par les tribunaux pour déterminer si le droit à la liberté d'expression ne devrait *pas* être limité par le devoir de loyauté.

Les tribunaux ont été saisis de plusieurs autres affaires portant sur la question de savoir s'il y avait eu dénonciation. Voici l'analyse que les tribunaux ont d'ordinaire effectuée dans ces affaires : s'il était conclu qu'il y avait eu dénonciation, la question suivante était de savoir si la dénonciation constituait une limite raisonnable au sens de la *Charte*. De nombreux facteurs ont été examinés dans ces affaires, notamment les suivants :

- le contenu et l'exactitude des critiques ou la véracité des renseignements;
- le caractère sensible des renseignements;
- la façon dont les critiques ont été rendues publiques;
- la mesure dans laquelle la réputation de l'employeur et sa capacité d'exercer ses activités ont été compromises;

¹⁹ *Haydon n° 1*, supra note 14, paragraphe 89. Cette conclusion a par la suite été citée dans la décision *Haydon n° 2*, supra note 11.

- l'intérêt du public à connaître les renseignements.

Des questions portant sur les représailles et la dénonciation peuvent être soulevées dans diverses situations de fait et circonstances. Voici quelques exemples :

- fournir des renseignements sur des enquêtes de la GRC à un écrivain dans une affaire de fraude alléguée en matière d'immigration²⁰
- fournir des renseignements à un journaliste qui écrit un livre sur les gangs de motards²¹
- faire des commentaires selon lesquels un interdit imposé par un ministère constituait une manœuvre politique plutôt qu'une mesure pour protéger la santé publique²²
- attribuer des motifs discutables à un ministre et à son ministère²³
- divulgation par un représentant syndical concernant les pratiques de gestion liées à la frontière.²⁴

c) *La loi en matière de dénonciation*

La première **loi fédérale** qui a abordé de façon exhaustive la question de la dénonciation et des représailles est la **Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles**.²⁵ La Loi a été adoptée en 2007. Bien que les principes établis dans l'arrêt *Fraser* et dans la décision *Haydon* aient été consacrés dans la Loi, cette dernière fournit aussi un cadre très exhaustif en lien avec les dénonciations, les représailles et les moyens de faire une divulgation d'actes répréhensibles.

²⁰ *Read, supra* note 10.

²¹ *Stenhouse, supra* note 15.

²² *Haydon n° II, supra* note 13.

²³ *Chopra, 2005 CF 958, supra* note 16.

²⁴ *King c Conseil du Trésor (Agence des services frontaliers du Canada) 2008 CRTFP 64* (disponible à : <http://canlii.ca/t/21zqd>).

²⁵ *Loi sur protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, LC 2005, c 46* [la Loi].

L'article 8 de la Loi prend pour assise les circonstances énoncées dans l'arrêt *Fraser* et définit « actes répréhensibles » de la façon suivante :

- l'usage abusif des fonds ou des biens publics;
- les cas graves de mauvaise gestion dans le secteur public;
- le fait de causer – par action ou omission – un risque grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaine ou pour l'environnement;
- la contravention grave d'un code de conduite établi en vertu de la Loi;
- le fait de sciemment ordonner ou conseiller à une personne de commettre un de ces actes répréhensibles.

En plus d'élargir la définition d'« actes répréhensibles », la Loi :

- renforce la « défense de divulgation » dont il est question dans les affaires mentionnées ci-dessus;
- confirme qu'il faut tenir compte du devoir de loyauté des fonctionnaires ainsi que de la primauté de la liberté d'expression;
- crée le **Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs** (le Tribunal). La création du Tribunal fait en sorte que le commissaire peut désormais présenter une demande au Tribunal pour qu'il décide si des représailles ont été exercées si « l'instruction de la plainte par le Tribunal est justifiée » (paragraphe 20.4(1)).
- permettre au tribunal d'ordonner la prise des mesures de réparation à l'égard du plaignant ainsi que d'ordonner des sanctions disciplinaires à l'encontre de toute personne qui, selon lui, a exercé les représailles.

Comme le Tribunal l'a affirmé dans la décision *El-Helou c Service administratif des tribunaux judiciaires (2011-TP-01)* :²⁶

La Loi crée un vaste régime de protection des divulgateurs au sein du secteur public; grâce à ce régime, les divulgations peuvent être effectuées à différents moments et à différents échelons : à **l'interne**, à savoir à un supérieur hiérarchique ou à l'agent supérieur du ministère ou de l'organisation (article 12); à **l'externe**, à savoir au commissaire (article 13), ou, s'il n'y a pas suffisamment de temps pour faire la divulgation d'une infraction grave à une loi fédérale ou d'un risque imminent, grave et précis, la divulgation peut être faite publiquement (paragraphe 16(1)).²⁷ [emphasis ajoutée]

Qu'entend-on par représailles?

Le sens ordinaire

L'*Oxford Dictionary* définit « représailles » comme étant [TRADUCTION] « un acte de vengeance ».²⁸

Les représailles dans le contexte juridique

a) La Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles

La Loi définit « représailles comme suit (art. 2) :

²⁶ *El-Helou c Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2011 TP 1 [*El-Helou n° 1*]. (disponible à : <http://www.psdpt-tpfd.gc.ca/CasesAffaires/2011-01/Documents/El-Helou%20-%20Décision%20interlocutoire%20sur%20la%20compétence%20du%20Tribunal.pdf>)

²⁷ *Ibid.*, paragraphe 47.

²⁸ *Online Oxford Dictionary*, consulté le 21 octobre 2011 : <http://oxforddictionaries.com/definition/reprisal>.

L'une ou l'autre des mesures ci-après prises à l'encontre d'un fonctionnaire pour le motif qu'il a fait une divulgation protégée ou pour le motif qu'il a collaboré de bonne foi à une enquête menée sur une divulgation ou commencée au titre de l'article 33 [L'article 33 permet au commissaire de commencer une enquête sur un acte répréhensible divulgué²⁹] :

- a) toute sanction disciplinaire;
- b) la rétrogradation du fonctionnaire;
- c) son licenciement et, s'agissant d'un membre de la Gendarmerie royale du Canada, son renvoi ou congédiement;
- d) toute mesure portant atteinte à son emploi ou à ses conditions de travail;
- e) toute menace à cet égard.

Comme le Tribunal l'a mentionné dans la décision *El-Helou c Service administratif des tribunaux judiciaires (2011-TP-02)*³⁰ : « La définition de représailles est libellée d'une telle façon qu'une multitude de questions subtiles visant diverses formes plus ou moins graves de représailles peuvent être examinées. »

b) Les décisions du Tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs

Comme il a été mentionné précédemment, la Loi a créé le Tribunal, et il lui incombe de statuer sur les plaintes de représailles que lui renvoie le commissaire.

²⁹ L'article 33 de la Loi est ainsi libellé :

33.(1) Si, dans le cadre d'une enquête ou après avoir pris connaissance de renseignements lui ayant été communiqués par une personne autre qu'un fonctionnaire, le commissaire a des motifs de croire qu'un acte répréhensible – ou, dans le cas d'une enquête déjà en cours, un autre acte répréhensible – a été commis, il peut, s'il est d'avis sur le fondement de motifs raisonnables que l'intérêt public le commande, faire enquête sur celui-ci, sous réserve des articles 23 et 24; les dispositions de la présente loi applicables aux enquêtes qui font suite à une divulgation s'appliquent aux enquêtes menées en vertu du présent article.

Exception

Lorsqu'il fait enquête aux termes du paragraphe (1), le commissaire ne peut utiliser des renseignements confidentiels du Conseil privé de la Reine pour le Canada visés par le paragraphe 39(1) de la Loi sur la preuve au Canada ou des renseignements protégés par le secret professionnel liant l'avocat à son client en cas de communication de tels renseignements.

³⁰ *El-Helou c Service administratif des tribunaux judiciaires*, 2011 TP 02, paragraphe 79 [*El-Helou n° 2*].

Comme le Tribunal l'a noté dans la décision *2011-TP-01* : « Le Tribunal reconnaît qu'il doit jouer son rôle afin de s'assurer que ce nouveau régime ne soit pas "affaibli" ». ³¹ Dans la même décision, le Tribunal souligne que c'est la demande présentée par le commissaire qui lui confère compétence. ³²

Cependant, une fois que la demande a été renvoyée au Tribunal, ce dernier exerce pleinement une fonction décisionnelle et il détient les pleins pouvoirs d'enquête. Il incombe au Tribunal de décider si des représailles ont été exercées au sens de la Loi. Cette fonction décisionnelle révèle l'importance d'entendre les parties.

Dans la décision *2011-TP-02*, le Tribunal a affirmé que « [c]ela est confirmé par plusieurs dispositions de la Loi qui révèlent l'importance capitale accordée au fait que les parties doivent être entendues ainsi que par le droit du Tribunal de mener une audience dans le cadre de laquelle les juges détiennent les pouvoirs d'enquête accordés aux juges nommés par le fédéral ». ³³ Il convient de souligner que le Tribunal, dans les instances dont il est saisi, fait l'audition complète de la preuve, et qu'il ne s'agit pas d'un simple contrôle de l'examen du commissaire. Il convient aussi de souligner que, lorsque le Tribunal rend une ordonnance en matière de représailles, l'employeur ou toute autre personne peut demander que cette ordonnance soit déposée auprès de la Cour fédérale pour garantir son caractère exécutoire. ³⁴

³¹ *Ibid*, paragraphe 51.

³² *Ibid*, paragraphe 81 et 82.

³³ *Ibid, supra* 11, paragraphe 31.

³⁴ *Ibid*.

Conclusion

Le présent document fournit un bref aperçu du domaine de la dénonciation et des représailles ainsi que du rôle du Tribunal dans ce domaine du droit. Pour obtenir de plus amples renseignements sur ces questions ou sur le Tribunal même, veuillez consulter le [site web du Tribunal](#).