

Commissariat à l'intégrité
du secteur public
du Canada



Office of the Public Sector
Integrity Commissioner
of Canada

**EXAMEN DE LA *LOI SUR LA PROTECTION DES
FONCTIONNAIRES DIVULGATEURS D'ACTES
RÉPRÉHENSIBLES* (la Loi ou LPFDAR)**

**PROPOSITION DE MODIFICATIONS LÉGISLATIVES PRÉSENTÉES PAR LE
COMMISSAIRE À L'INTÉGRITÉ DU SECTEUR PUBLIC**

Présenté au Comité permanent des opérations gouvernementales et
des prévisions budgétaires de la Chambre des communes

Le 14 février 2017

MODIFICATIONS LÉGISLATIVES PROPOSÉES

Appuyer la dénonciation

1. Élargir la portée de la définition de l'expression « supérieur hiérarchique »
2. Conférer le pouvoir de demander et d'utiliser des éléments de preuve provenant de l'extérieur du secteur public
3. Supprimer l'élément dissuasif de « bonne foi » exigé pour faire une divulgation d'actes répréhensibles
4. Élargir les pouvoirs prévus à l'article 33 de la Loi
5. Clarifier les dispositions relatives à la confidentialité pour y inclure tout document créé en vue de faire une divulgation au titre de la Loi

Renforcer la protection contre les représailles

6. Clarifier les dispositions relatives à la confidentialité en ce qui a trait aux plaintes en matière de représailles
7. Renverser le fardeau de la preuve devant le Tribunal
8. Conférer au Tribunal le pouvoir d'accorder des mesures de réparation provisoires
9. Augmenter la somme maximale accordée pour les souffrances et douleurs
10. Conférer au Tribunal le pouvoir d'accorder des frais de justice au plaignant
11. Élargir la portée de la définition du terme « représailles »
12. Permettre aux anciens fonctionnaires de demander des services de consultation juridique
13. Clarifier la notion d'employeur intimé

Accroître la souplesse

14. Conférer au président du Conseil du Trésor le pouvoir d'augmenter la valeur monétaire maximale pour les services de consultation juridique
15. Autoriser le commissaire à déléguer ses pouvoirs décisionnels à un commissaire spécial externe lorsque les circonstances s'y prêtent
16. Accorder au vérificateur général du Canada tous les pouvoirs du commissaire lorsqu'il fait enquête au sujet du Commissariat

Modifications législatives proposées

APPUYER LA DÉNONCIATION

1. Élargir la portée de la définition de l'expression « supérieur hiérarchique »

***Proposition** : Élargir la portée de la définition de l'expression « supérieur hiérarchique », à l'article 12, afin d'inclure tout supérieur à ligne hiérarchique jusqu'à l'administrateur général, ainsi que le gestionnaire ayant compétence quant à l'objet de la divulgation.*

Selon l'article 12 de la Loi, le fonctionnaire peut faire une divulgation protégée à « son supérieur hiérarchique ». Cette disposition est très restrictive. Un fonctionnaire devrait pouvoir faire une divulgation à n'importe quel supérieur à ligne hiérarchique, y compris l'administrateur général, ou à un gestionnaire ayant compétence quant à l'objet de la divulgation. Il serait ainsi plus facile de faire une divulgation, surtout si le fonctionnaire ne se sent pas à l'aise de la faire auprès de son supérieur hiérarchique direct, pour une raison quelconque, y compris le fait que la divulgation peut concerner le supérieur hiérarchique.

2. Conférer le pouvoir de demander et d'utiliser des éléments de preuve provenant de l'extérieur du secteur public

***Proposition** : Abroger l'article 34 de la Loi.*

L'article 34 empêche le commissaire d'obtenir des renseignements auprès de sources extérieures au secteur public. L'expérience acquise au cours des dernières années montre que cette disposition peut nuire fortement au bon déroulement des enquêtes. Par exemple, lors de certaines enquêtes, le Commissariat n'a pu obtenir des renseignements pertinents auprès de fonctionnaires à la retraite. À l'heure actuelle, plusieurs provinces, telles que le Manitoba, l'Ontario, le Nouveau-Brunswick et la Nouvelle-Écosse, ont le pouvoir d'obliger une personne de l'extérieur du secteur public à leur fournir des renseignements, tout au moins dans une certaine mesure. Au Manitoba, par exemple, il est permis d'obtenir des renseignements de quiconque ne faisant pas partie de la fonction publique en vertu de la *Loi sur les divulgations faites dans l'intérêt public (protection des divulgateurs d'actes répréhensibles)* de 2006 (paragraphe 30(1)).

Par conséquent, il serait indiqué d'abroger l'article 34 de la Loi afin d'étendre les pouvoirs du commissaire de façon à lui donner les moyens d'effectuer des enquêtes approfondies.

3. Supprimer l'élément dissuasif de « bonne foi » exigé pour faire une divulgation d'actes répréhensibles

Proposition : Supprimer les mots « de bonne foi » figurant au paragraphe 2(1), à l'alinéa 19.3(1)d) et à l'alinéa 24(1)c) de la Loi.

L'expression « bonne foi » n'est pas définie dans la Loi. De plus, la détermination de la « bonne foi » soulève directement la question relative à la motivation de la personne à se manifester, ce qui ne doit pas et ne devrait pas avoir d'incidence sur l'évaluation ou la validité de la divulgation ou de la plainte en matière de représailles. La motivation n'est pas pertinente. Ce qui est pertinent, c'est la question de savoir si l'acte répréhensible a été commis ou si des représailles ont été exercées. Cette appréciation est établie à partir des faits ou des éléments de preuve, non par l'évaluation de la motivation du divulgateur ou du plaignant.

Selon la Loi, les divulgateurs et les personnes ayant déposé une plainte en matière de représailles doivent satisfaire au critère de « bonne foi ». Cela impose un niveau de complexité et un fardeau de preuve inéquitable et risque raisonnablement de causer le découragement ou la dissuasion. Il suffirait que la personne ait des motifs raisonnables de croire que les renseignements qu'elle divulgue sont véridiques. L'exigence supplémentaire de la « bonne foi » impose éventuellement un double critère : les motifs raisonnables de croire que les renseignements sont véridiques et l'établissement de la preuve que la divulgation est faite de « bonne foi ».

Il est également important de souligner que, selon un principe juridique fondamental, la bonne foi est présumée, jusqu'à preuve du contraire, et que le Commissariat n'a jamais classé ni rejeté une affaire sur le fondement de la mauvaise foi.

En 2013, le Royaume-Uni a supprimé l'exigence de « bonne foi » de la presque totalité de ses lois. De même, les États-Unis n'imposent pas le critère de « bonne foi ».

Le fait de supprimer l'exigence figurant au paragraphe 2(1) (définition d'une divulgation protégée), à l'alinéa 19.3(1)d) et à l'alinéa 24(1)c) (le pouvoir discrétionnaire du commissaire de refuser de donner suite à une divulgation ou de refuser de statuer sur une plainte s'il estime qu'elle « n'est pas faite de bonne foi »), permettrait de répondre à ces graves préoccupations et l'analyse du Commissariat pourra être axée sur le critère de l'intérêt public plutôt que sur la motivation personnelle.

4. Élargir les pouvoirs prévus à l'article 33 de la Loi

Proposition : *Modifier le paragraphe 33(1) de la Loi afin de conférer au commissaire le pouvoir de commencer une enquête sur le fondement de renseignements qu'il obtient dans le cadre d'une enquête portant sur des accusations de représailles.*

Actuellement, le paragraphe 33(1) de la Loi confère au commissaire le pouvoir de lancer une enquête distincte sur des actes répréhensibles en se fondant sur des renseignements obtenus dans le cadre d'une enquête portant sur une divulgation. Toutefois, le commissaire ne peut faire enquête sur un acte répréhensible si les renseignements sont obtenus dans le cadre d'une enquête portant sur des représailles. Le pouvoir du commissaire en vertu du paragraphe 33(1) est limité par la définition du terme « enquête » au paragraphe 2(1) de la Loi. Il serait dans l'intérêt public que le commissaire dispose du pouvoir de mener une enquête sur des actes répréhensibles dont il a pris connaissance dans le cadre d'une enquête portant sur une divulgation ou sur des représailles.

5. Clarifier les dispositions relatives à la confidentialité pour y inclure tout document créé en vue de faire une divulgation au titre de la Loi

Proposition : *Modifier l'alinéa 16.4(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information et l'article 22.2 de la Loi sur la protection des renseignements personnels afin d'autoriser le refus de communiquer les documents qui sont demandés au titre de l'une ou l'autre loi et qui contiennent des renseignements créés ou obtenus en vue de faire une divulgation d'un acte répréhensible au titre de la LPFDAR ou dans le cadre d'une enquête menée sur une divulgation au titre de cette Loi.*

Actuellement, les exceptions relatives aux renseignements créés par le Commissariat dans le contexte de divulgations aussi bien dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* que dans la *Loi sur l'accès à l'information* sont incompatibles avec celles qui sont applicables aux responsables des institutions fédérales.

Ce qui est en jeu, c'est la protection des renseignements créés ou obtenus par le Commissariat avant l'ouverture d'une enquête à l'étape initiale de l'analyse du cas. Il est essentiel de protéger les renseignements tout au long du traitement d'une divulgation par le Commissariat, et les exceptions qui s'appliquent aux responsables des institutions fédérales devraient également s'appliquer au commissaire à l'intégrité du secteur public. Les divulgateurs et les personnes qui participent aux enquêtes sur les divulgations d'actes répréhensibles devraient bénéficier du même degré de confidentialité au titre de la Loi, indépendamment du fait qu'elles choisissent de faire une divulgation à l'interne ou auprès du Commissariat.

RENFORCER LA PROTECTION CONTRE LES REPRÉSAILLES

6. Clarifier les dispositions relatives à la confidentialité en ce qui a trait aux plaintes en matière de représailles

Proposition : *Modifier l'alinéa 16.4(1)a) de la Loi sur l'accès à l'information et l'article 22.2 de la Loi sur la protection des renseignements personnels afin d'y inclure tout document demandé au titre de ces lois qui contient des renseignements créés en vue de formuler une plainte en matière de représailles ou dans le cadre d'une enquête portant sur des accusations de représailles au titre de la LPFDAR.*

Actuellement, les exceptions prévues au paragraphe 16.4(1) de la *Loi sur l'accès à l'information* et à l'article 22.2 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* ne protègent la confidentialité des renseignements obtenus ou créés par le Commissariat que dans le contexte des divulgations. Étant donné que les exceptions actuelles ne s'appliquent pas aux plaintes en matière de représailles, les renseignements personnels ou de nature délicate concernant les plaintes en matière de représailles peuvent être rendus publics au moyen de demandes d'accès à l'information, peu importe qu'une plainte en matière de représailles fasse l'objet d'une enquête ou d'un renvoi au Tribunal. Selon cette modification, les plaintes en matière de représailles et les divulgations seraient traitées de la même manière au titre de la *Loi sur l'accès à l'information* et de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Ainsi, les protections s'appliqueraient à tous les participants au processus de plainte en matière de représailles.

7. Renverser le fardeau de la preuve devant le Tribunal

Proposition : *Prévoir une disposition renversant le fardeau de la preuve devant le Tribunal afin d'en décharger le plaignant.*

Compte tenu de l'inégalité des ressources entre le plaignant et l'organisme intimé, il est beaucoup plus ardu pour le plaignant de faire la preuve de l'existence d'un lien de causalité entre les représailles alléguées et la divulgation protégée ou la participation à une enquête que pour l'organisme intimé de faire la preuve du contraire. Le fait de renverser le fardeau de la preuve une fois que l'affaire est devant le Tribunal permettrait de parvenir à un meilleur équilibre et de faire respecter l'esprit de la Loi. En termes simples, le fardeau qui incombe au plaignant d'établir que des représailles ont été exercées passerait à l'organisme intimé à qui il incomberait alors d'apporter la preuve que les représailles n'ont pas été exercées. Les défendeurs pourraient réfuter cette présomption de causalité en faisant la preuve du contraire selon la prépondérance des probabilités. La présomption n'aurait aucune incidence sur la conduite des enquêtes du Commissariat, mais elle contribuerait à rendre plus équitables les règles devant le Tribunal.

Certaines administrations ont décidé d'inclure dans leur régime de divulgation des actes répréhensibles une disposition portant le renversement du fardeau de la preuve. Par exemple, en Ontario, la *Loi sur la fonction publique de l'Ontario* prévoit l'inversion de la charge de la preuve, au paragraphe 140(13). Aux États-Unis, l'*Office of Special Counsel* (OSC) et le *Merit Systems Protection Board* (MSPB) ont eux aussi prévu une inversion du fardeau de la preuve afin d'en décharger le divulgateur.

8. Conférer au Tribunal le pouvoir d'accorder des mesures de réparation provisoires

Proposition : *Conférer au Tribunal le pouvoir d'accorder des mesures de réparation provisoires*

Le paragraphe 21.7(1) de la Loi confère au Tribunal le pouvoir d'ordonner la prise de mesures de réparation à l'égard du plaignant s'il détermine que des représailles ont été exercées. Compte tenu du temps que cela peut prendre pour qu'une enquête en matière de représailles soit clôturée et du temps nécessaire pour que l'affaire soit entendue devant le Tribunal, un plaignant pourrait attendre longtemps avant de pouvoir obtenir réparation. Dans les cas de représailles qui peuvent être considérées comme étant les plus graves, par exemple, en cas de licenciement de la personne, la situation est particulièrement difficile pour le plaignant.

Pour remédier à cette situation, il est recommandé de modifier la Loi afin d'autoriser le Tribunal à prendre des mesures provisoires en attendant qu'il rende une décision définitive sur l'affaire.

9. Augmenter la somme maximale accordée pour les souffrances et douleurs

Proposition : *Modifier l'alinéa 21.7(1)f) de la Loi en vue d'augmenter la somme maximale que le Tribunal peut accorder pour les souffrances et douleurs.*

L'alinéa 21.7(1)f) de la Loi prévoit que le Tribunal peut, par ordonnance, enjoindre à l'employeur ou à l'administrateur général compétent d'indemniser le plaignant, jusqu'à concurrence de 10 000 \$, pour les souffrances et douleurs découlant des représailles dont il a été victime.

En revanche, l'alinéa 53(2)e) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* stipule que le Tribunal canadien des droits de la personne peut ordonner à la personne trouvée coupable d'un acte discriminatoire d'indemniser jusqu'à concurrence de 20 000 \$ la victime qui a souffert un préjudice moral. En outre, le paragraphe 53(3) de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* prévoit qu'une indemnité supplémentaire de 20 000 \$ peut être accordée s'il est conclu que l'acte discriminatoire du défendeur a été délibéré ou inconsideré. C'est donc dire que, indépendamment de l'indemnisation liée aux mesures de réparation, à la perte de salaire

et aux dépenses supportées, la victime d'une discrimination peut recevoir un paiement supplémentaire maximal de 40 000 \$. Cela contraste nettement avec l'indemnité maximale de 10 000 \$ qu'une victime de représailles peut obtenir.

10. Conférer au Tribunal le pouvoir d'accorder des frais de justice au plaignant

Proposition : *Conférer au Tribunal le pouvoir d'inclure des frais de justice dans les mesures de réparation accordées au plaignant.*

La Loi n'autorise pas expressément le Tribunal à accorder au plaignant le remboursement de ses frais de justice raisonnables s'il obtient gain de cause. L'alinéa 21.7e) de la Loi stipule que le Tribunal peut lui accorder le remboursement des dépenses et des pertes financières qui découlent directement des représailles, mais ce remboursement n'est pas considéré comme englobant les frais de justice.

Bien que ces frais varient d'un dossier à l'autre, leur montant peut augmenter considérablement, lorsqu'une affaire se prolonge, ce qui, raisonnablement, risquerait de dissuader d'éventuels plaignants à se manifester.

Il est recommandé que l'alinéa 21.7e) de la Loi soit modifié pour autoriser expressément le Tribunal à pouvoir accorder une mesure de réparation prenant la forme d'un remboursement des frais de justice raisonnables qui ont été engagés. De la sorte, l'on évite au plaignant de devoir payer les frais de justice du défendeur (p. ex. l'employeur) si sa plainte est jugée sans fondement par le Tribunal. Le fait de procéder à une telle modification est susceptible d'encourager les éventuels plaignants à aller de l'avant en sachant qu'ils peuvent compter sur davantage d'aide pour faire valoir leurs droits.

11. Élargir la portée de la définition du terme « représailles »

Proposition : *Modifier l'article 2 de la Loi pour élargir la portée de la définition du terme « représailles » afin d'y ajouter les motifs de représailles suivants : (1) le dépôt d'une plainte en matière de représailles, (2) la participation à une enquête sur des représailles et (3) la participation à une enquête menée sous le régime d'une autre loi fédérale. La nouvelle définition concorderait avec celle de l'expression « divulgation protégée » qui figure au paragraphe 2(1) de la Loi.*

Tel qu'il est défini à l'article 2 de la Loi, le terme « représailles » ne vise que les situations où un fonctionnaire a fait une divulgation protégée ou a collaboré de bonne foi à une enquête menée sur une divulgation. La Loi n'offre pas de protection au fonctionnaire qui a fait l'objet de représailles parce qu'il a déposé une plainte de représailles ou qu'il a pris part à une enquête

sur des représailles ou toute enquête sur des actes répréhensibles menée sous le régime d'une autre loi fédérale. Il s'agit d'une faille considérable dans la protection contre les représailles.

12. Permettre aux anciens fonctionnaires de demander des services de consultation juridique

Proposition : *Modifier l'alinéa 25.1(1)e) de la Loi pour ajouter la mention expresse « ancien fonctionnaire »*

L'alinéa 25.1(1)e) de la Loi autorise le commissaire à accorder des fonds à un fonctionnaire qui envisage de présenter une plainte en matière de représailles. Toutefois, il est muet en ce qui concerne un ancien fonctionnaire qui envisage de déposer une plainte de représailles auprès du Commissariat.

Cette lacune, qui serait attribuable à une erreur de rédaction, entraîne la situation anormale où un fonctionnaire qui aurait été congédié par mesure de représailles ne peut pas être admissible à demander des fonds nécessaires pour obtenir des services de consultation juridique, alors qu'un fonctionnaire qui aurait fait l'objet d'une autre mesure de représailles que le congédiement serait y admissible.

La situation qui en découle est injuste et inéquitable. Par conséquent, l'alinéa 25.1(1)e) de la Loi devrait s'appliquer aussi à un ancien fonctionnaire pour assurer une application égale de la loi lorsqu'il faut déterminer si une plainte en matière de représailles peut être déposée.

13. Clarifier la notion d'employeur intime

Proposition : *Modifier l'alinéa 20.6b) afin de préciser que, si le plaignant est un fonctionnaire, l'avis doit être donné à son employeur et, s'il y a lieu, à celui qui était son employeur à l'époque où les représailles auraient été exercées. De la même façon, ce dernier devrait figurer au nombre des parties à la demande instruite par le Tribunal et, partant, être mentionné aux alinéas 21.4(2)b) et 21.5(2)b) de la Loi.*

Le commissaire doit aviser certaines personnes de sa décision de présenter une demande au Tribunal. La Loi précise qu'un tel avis doit être donné à l'employeur du fonctionnaire ou, s'il s'agit d'un ancien fonctionnaire, à celui qui était son employeur à l'époque où les représailles auraient été exercées. Des difficultés peuvent se poser, par exemple, si le plaignant a changé d'employeur après l'incident en cause.

ACCROÎTRE LA SOUPLESSE

14. Conférer au président du Conseil du Trésor le pouvoir d'augmenter la valeur monétaire maximale pour les services de consultation juridique

Proposition : Modifier l'article 25.1 de la Loi pour conférer au président du Conseil du Trésor le pouvoir de modifier, par règlement, les sommes maximales accordées au titre des services de consultation juridique.

L'article 25.1 détermine les cas dans lesquels le commissaire peut payer les frais pour des services de consultation juridique ainsi que les critères à prendre en compte pour établir le montant à payer. La Loi ne vise pas à assurer la couverture intégrale des frais de représentation par avocat.

Selon la Loi, les frais pouvant être payés au titre des services de consultation juridique ne peuvent dépasser 1 500 \$, ou 3 000 \$ s'il existe des circonstances exceptionnelles. Pour le moment, les montants prévus dans la Loi semblent adéquats en ce qui concerne les conseils juridiques (mais non la représentation par avocat). Toutefois, l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils augmentent avec le temps, pour tenir compte de la hausse du coût des services juridiques, et, par souci d'efficacité, il serait préférable de modifier la Loi afin d'autoriser le ministre à modifier les montants maximums par règlement.

15. Autoriser le commissaire à déléguer ses pouvoirs décisionnels à un commissaire spécial externe lorsque les circonstances s'y prêtent

Proposition : La Loi devrait autoriser le commissaire à déléguer ses pouvoirs et fonctions à un commissaire spécial externe.

Pour que le régime proposé par Loi soit jugé crédible, il est essentiel que le décideur soit perçu comme étant impartial et objectif. Or, il pourrait arriver que tant le commissaire que le sous-commissaire soient dans l'impossibilité d'exercer leurs fonctions relativement à un dossier de divulgation ou de représailles en raison d'un conflit d'intérêt ou d'un autre obstacle pouvant donner lieu à une crainte raisonnable de partialité de leur part. Ce pourrait être le cas, par exemple, si l'affaire concerne un ancien collègue ou une connaissance. La Loi autorise uniquement la délégation des pouvoirs décisionnels au sous-commissaire. Le commissaire devrait avoir le pouvoir de nommer un commissaire spécial temporaire pour régler de telles situations, à l'instar de celui qui est prévu à l'article 59 de la Loi sur l'accès à l'information¹.

¹ Article 59 de la LAI : Le commissaire peut, dans les limites qu'il fixe, déléguer les pouvoirs et fonctions que lui confère la loi, sauf le pouvoir même de délégation.

16. Accorder au vérificateur général du Canada tous les pouvoirs du commissaire lorsqu'il fait enquête au sujet du Commissariat

***Proposition** : Modifier l'article 14 de la Loi afin d'accorder au vérificateur général le pouvoir de recevoir les divulgations des membres du public et les plaintes de représailles qui concernent le Commissariat, et de lui conférer à cet égard les mêmes attributions et immunités qu'au commissaire.*

L'article 14 de la Loi accorde au vérificateur général du Canada le pouvoir de recevoir les divulgations des fonctionnaires qui concernent le Commissariat et lui confère à cet égard les mêmes attributions et immunités qu'au commissaire. Actuellement, la Loi n'autorise pas le vérificateur général à recevoir les divulgations des membres du public concernant le Commissariat ni les plaintes de représailles provenant d'employés ou d'anciens employés du Commissariat. La recommandation permettra de combler cette lacune.