«Étude relative à la dénonciation»
ANNEXE

Commandée par le Bureau de la concurrence, Industrie Canada

Charles L. Dubin, c.r.
John Terry

30 septembre 1997

Industry Canada
Library - Queen
OCT 3 1 2014
Industrie Canada
Bibliothèque - Queen

L'HONORABLE CHARLES L. DUBIN, C.R., LL.D.

Tour Aetna
B.P. 270
Centre Toronto-Dominion
TORONTO (ONTARIO)
CANADA M5K 1N2

TÉLÉPHONE : (416) 865-7970
TÉLÉCOPIEUR : (416) 865-7380

LIVRÉ PAR COURRIER
Le 30 septembre 1997

Monsieur Don Mercer
Chef, Unité des modifications
Bureau de la concurrence
Industrie Canada
Place du Portage I
50, rue Victoria
Hull (Québec)
K1A 0C9

Monsieur,

Objet : Étude relative à la dénonciation

Dans l'étude que j'ai présentée au Directeur ainsi qu'à vous-même et à vos collègues, le 8 septembre 1997, j'ai résumé, en me fondant sur les motifs que j'avais précédemment exposés en détail, les avantages et les inconvénients que présentait pour le Bureau de la concurrence l'adoption de dispositions législatives sur la dénonciation, et j'ai examiné l'opportunité de telles mesures pour inciter les dénonciateurs à collaborer avec le Bureau.

J'ai ainsi résumé les avantages et les inconvénients.

Les avantages

1. *Le modèle législatif accorde à l'employé dénonciateur une protection claire et explicite.* À l'heure actuelle, l'employé congédié ou à qui on inflige une sanction disciplinaire parce qu'il a révélé l'acte fautif de son entreprise peut déposer un grief devant un tribunal arbitral (s'il est syndiqué), présenter

une plainte à un arbitre (s'il est visé par une loi comme le *Code canadien du travail*) ou intenter une action pour congédiement injustifié. Toutefois, beaucoup d'employés ignorent l'existence de ces recours et, par conséquent, hésitent à se plaindre. En modifiant la *Loi sur la concurrence* pour protéger l'employé dénonciateur, le Parlement indiquera clairement que l'employé est protégé s'il dénonce son employeur.

2. *Il permet la réintégration des employés et l'octroi de dommages-intérêts exemplaires.* Bien qu'un tribunal arbitral ou un arbitre puisse ordonner la réintégration d'un employé syndiqué ou d'un employé régi par une loi comme le *Code canadien du travail*, les tribunaux judiciaires hésitent à rendre une telle ordonnance dans une action pour congédiement injustifié. Une modification comme celle que propose le projet de loi C-266 ferait en sorte que les employés congédiés pour avoir simplement respecté la *Loi sur la concurrence* puissent être réintégrés. Elle permettrait en outre aux tribunaux judiciaires d'accorder des dommages-intérêts exemplaires, de sorte que l'employeur prendrait probablement l'interdiction au sérieux.

3. *Il pourrait faire une infraction criminelle de l'exercice par l'employeur de représailles contre un employé dénonciateur.* Actuellement, l'employé peut demander à son employeur de le réintégrer ou de l'indemniser. Mais l'employeur ne commet pas d'infraction s'il congédie un employé qui a communiqué des renseignements au directeur. La création d'une infraction criminelle dont la perpétration expose à des peines sévères constituerait une importante mesure de dissuasion vis-à-vis de l'entreprise qui envisage de prendre des mesures disciplinaires à l'égard d'un employé dénonciateur.

4. *Il encourage les employés à signaler les actes fautifs aux autorités compétentes plutôt qu'aux médias.* Les affaires de dénonciation soumises à l'arbitrage au Canada visent généralement des employés qui ont communiqué des renseignements au public ou aux médias, plutôt que des employés qui ont fait des déclarations à des organismes d'application de la loi. En général, il est plus judicieux pour un employé de s'adresser aux autorités chargées de l'application de la loi. Ainsi des mesures peuvent être prises rapidement, et la réputation de l'entreprise ne risque pas d'être injustement ternie par de possibles exagérations des

médias. La plupart des dispositions législatives en matière de dénonciation ne protègent que l'employé qui communique des renseignements aux autorités; cela encourage l'employé à faire des déclarations sérieuses au lieu de révélations fracassantes destinées aux médias.

5. *Si la loi renferme des dispositions protégeant la dénonciation à l'interne, elle incitera l'employé à se plaindre à l'entreprise avant de faire des déclarations au directeur ou aux médias.* Comme mentionné précédemment, les programmes de dénonciation à l'interne peuvent souvent être plus efficaces que les mesures externes. Les modifications législatives pourraient être rédigées de façon à protéger l'employé qui formule une plainte au sein de l'entreprise. Il est en outre possible d'exiger que, avant de formuler toute déclaration au directeur, l'employé fasse d'abord une dénonciation à l'interne. Cette deuxième démarche comporte toutefois le danger que beaucoup d'employés hésitent à agir ainsi s'il n'existe pas, au sein de l'entreprise, un programme de dénonciation sûr et confidentiel. La première démarche, qui protège l'employé que la dénonciation soit faite à l'interne ou à l'externe, permet davantage à l'intéressé de faire un véritable choix quant à l'avenue à emprunter.

6. *Certains auteurs canadiens ont insisté sur la nécessité d'adopter des dispositions législatives sur la dénonciation.* Bien qu'ils aient recommandé l'adoption d'une loi générale, leurs propos peuvent s'appliquer également aux mesures de protection prévues dans des lois particulières. Par exemple, Myers et Matthew Lemieux font valoir aux pp. 219 et 220 de leur article précité :

> [TRADUCTION] Étant donné l'importance de cette question pour la protection de l'intérêt public, et le fait qu'elle risque peu de devenir une question facile à régler à une table de négociation, le législateur devrait prendre les devants et adopter les dispositions législatives appropriées. **Comme la common law ne prévoit pas la réintégration dans les cas où cette mesure est opportune, le législateur doit créer un tribunal qui, en plus d'être habilité à administrer les dispositions législatives, disposerait également de vastes pouvoirs de redressement lui permettant d'accorder des dommages-intérêts pour perte de revenu, d'ordonner la réintégration et d'octroyer d'autres mesures d'indemnisation. [...] L'application**

des dispositions législatives canadiennes devrait bénéficier à tous les employés du secteur privé et du secteur public ainsi qu'à toute personne employée par l'État et ses organismes. Bien qu'il soit probable que les entreprises fassent valoir qu'il s'agit là d'une autre atteinte injustifiée à la libre entreprise, il faut se rappeler que l'auteur d'une dénonciation agit habituellement dans l'intérêt public. Il ne devrait donc pas avoir à mettre en jeu sa sécurité financière sans bénéficier de la protection de l'État. De façon générale, plus le champ d'application d'une loi est vaste, meilleure est la protection dont jouit chaque employé.

La loi devrait également prévoir le type d'actes qui serait interdit à l'employeur. Nous sommes d'avis qu'il devrait être défendu à l'employeur de prendre quelque mesure de représailles que ce soit par suite d'une dénonciation. Par conséquent, toute sanction disciplinaire devrait être interdite, y compris le congédiement. De plus, la loi devrait avoir une portée assez large pour interdire certains actes qu'un employeur pourrait qualifier de non disciplinaires afin d'échapper à l'application de la loi.

Il faudrait aussi que la loi définisse le type de conduite de l'employé qui sera protégé. Conformément à l'objet de la loi, le législateur doit s'assurer de ne pas donner aux dispositions une portée étroite au point que seul serait protégé l'employé dénonçant une très grave infraction à une loi fédérale ou provinciale. Il conviendrait donc qu'une loi visant à protéger les dénonciateurs permette non seulement la dénonciation d'actes illégaux mais également celle d'actions pouvant être qualifiées d'immorales ou de déloyales, etc. Par exemple, les rejets de produits chimiques dans l'air ou dans les réserves d'eau peuvent ne pas être illégales, à certaines concentrations. Il serait toutefois immoral qu'une entreprise procède à deux rejets afin de ramener la concentration à un niveau acceptable et fasse ainsi fi de l'objet de la législation, soit protéger la santé, la sécurité ou l'environnement. L'intérêt public qui commande que de telles pratiques soient mises au jour justifie certainement la protection du dénonciateur.

> De telles dispositions poseraient des questions auxquelles il serait difficile de répondre. De telles dispositions poseraient des questions auxquelles il serait difficile de répondre. **Premièrement, dans quelles circonstances un employé doit-il épuiser tous les recours internes avant de dénoncer une action, c'est-à-dire avant de la porter à l'attention du public? Deuxièmement, à qui l'information doit-elle être communiquée? Bien que la loi doive avoir une portée assez large pour interdire les représailles consécutives à un vaste éventail d'actions, il est également raisonnable qu'elle n'accorde aucune protection à l'employé qui fait des accusations qu'il sait fausses ou qui, de quelque autre façon, agit de mauvaise foi.** [Non souligné dans le texte original.]

Kenneth P. Swan, dans son ouvrage intitulé *Whistleblowing Employee Loyalty and the Right to Criticize: An Arbitrator's Viewpoint*, plaide également en faveur de la solution législative. Il explique (à la p. 191) :

> [TRADUCTION] **Des dispositions législatives bien conçues peuvent, en matière de dénonciation, aider à définir le genre de communications qu'il importe de protéger dans l'intérêt public et prévoir l'aiguillage des préoccupations d'un dénonciateur éventuel afin d'éviter le coût intolérable que constituerait la communication bien intentionnée, mais injustifiée, de renseignements confidentiels.** Certains aspects de cette démarche seront, bien sûr, propres au secteur public, tandis que d'autres pourront s'appliquer à une gamme plus étendue d'employeurs. Une fois définis les intérêts à protéger, il est plus facile de concevoir une structure qui protégerait les intérêts de l'employé inquiet, de l'employeur visé et du public en général.

M. Swan tire notamment la conclusion suivante (à la p. 198) :

> [TRADUCTION] Selon moi, le droit du travail actuel en matière de dénonciation est beaucoup trop imprécis pour protéger adéquatement le dénonciateur bien intentionné ou les renseignements confidentiels en la possession du gouvernement. Le nombre restreint de décisions publiées et l'exigence que toutes les décisions soient prises après la communication augmentent le

risque qu'on n'arrive jamais à trancher les questions d'ordre public en jeu.

Des dispositions législatives bien conçues visant la protection du dénonciateur pourraient faire en sorte que les renseignements concernant des actes fautifs parviennent aux autorités compétentes, y compris, en dernier ressort, la législature et le public, tout en réduisant le préjudice pouvant résulter de la communication intempestive de renseignements confidentiels et en offrant une forme d'aide à l'employé qui n'a pas de certitude ou qui peut être dans l'erreur quant à l'acte fautif qu'il pense avoir constaté. Vu les retombées favorables de l'adoption d'une loi protégeant le dénonciateur, il y a longtemps qu'on aurait dû y voir. Le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux devraient se pencher rapidement sur ces questions qui sont d'une importance fondamentale pour la fonction publique, le secteur public élargi et les employeurs privés. [Non souligné dans le texte original.]

Les inconvénients

1. *Des dispositions législatives et la common law protègent déjà l'employé qui signale au directeur le prétendu comportement anticoncurrentiel de son employeur.* Comme nous l'avons déjà mentionné, l'employé syndiqué peut présenter un grief à un tribunal d'arbitrage, l'employé régi par le *Code canadien du travail* ou une loi similaire peut soumettre une plainte à un arbitre et un autre employé peut intenter une action pour congédiement injustifié. L'employé peut en outre formuler une plainte en composant le numéro sans frais 1-800 et se prévaloir de diverses dispositions relatives à la confidentialité. On peut prétendre que, même si de nouvelles dispositions législatives permettaient l'octroi de dommages-intérêts plus élevés ou, comme le soutient Swan, accroissaient la certitude pour le dénonciateur, elles ajouteraient peu aux mesures de protection déjà existantes.

2. *Même si une loi autorisait expressément une cour de justice à ordonner la réintégration, il est peu probable que cette mesure convienne à l'employé dénonciateur.*

Comme l'explique Kenneth Swan dans son ouvrage précité (à la p. 193) :

> [TRADUCTION] Il est souvent manifeste que la confiance inhérente au lien d'emploi a complètement disparu. Peu importe qui est à blâmer, la poursuite de la relation peut tout simplement être impossible [...] on peut tirer enseignement du fait qu'un nombre important de dénonciateurs dont les démarches judiciaires ou quasi-judiciaires ont été, partiellement du moins, couronnées de succès, ne travaillent plus pour l'employeur dont ils ont critiqué la conduite.

3. *Comme il en a déjà été fait état, la situation aux États-Unis permet de conclure que les dispositions législatives particulières protégeant le dénonciateur ne sont pas très efficaces, en particulier lorsque l'employé a déjà un recours en common law.*

4. *En droit de la concurrence, la dénonciation peut ne pas servir autant l'intérêt public qu'en droit de l'environnement ou de la santé et sécurité au travail, par exemple, où la vie et la santé du public sont en jeu.* Certes, les consommateurs et l'économie en général retirent beaucoup d'avantages de l'application du droit de la concurrence, mais les infractions à ce chapitre ne compromettent pas la santé et la sécurité des Canadiens comme le ferait, par exemple, un déversement de substances chimiques toxiques ou un milieu de travail dangereux. Ces différences font qu'il peut être moins nécessaire en droit de la concurrence que dans d'autres domaines d'adopter des dispositions législatives particulières protégeant le dénonciateur.

5. *Comme toujours en matière d'application de politiques, la solution législative demande plus de temps et d'efforts que l'adoption d'une politique de protection ne comportant pas de mesures législatives.*

J'ai également résumé les avantages et les inconvénients que présenterait l'adoption d'un ensemble de politiques et de projets qui renseigneraient les employés sur les mesures de protection déjà existantes et qui encourageraient les employeurs à adopter des programmes internes de conformité. Après avoir examiné en détail le modèle non législatif, voici comment j'en ai présenté les avantages et les inconvénients :

Les avantages

1. *La démarche non législative s'appuie sur des mesures déjà existantes.* Comme aucune nouvelle disposition législative n'est nécessaire, on évite les difficultés d'ordre procédural liées à l'adoption de modifications. En fait, cette démarche ne requiert même pas de nouvelles politiques. Il s'agit plutôt de mettre sur pied un programme d'éducation pour renseigner les employés et les employeurs sur la nécessité de communiquer des renseignements, sur la façon dont on peut le faire confidentiellement, sur les mesures de protection contre les représailles dont jouit l'employé et sur les mesures encourageant l'employeur à établir un programme de dénonciation à l'interne.

2. *Cette démarche permet d'éviter le double emploi et les mesures correctives incompatibles.* Elle fait appel aux mesures en place pour préserver la confidentialité et protéger les droits de l'employé dénonciateur en matière d'emploi.

3. *Elle se fonde principalement sur la dénonciation à l'interne, laquelle, selon les études américaines, est le meilleur moyen d'encourager les employés à communiquer des renseignements.*

4. *Cette démarche, en particulier le jumelage des programmes de conformité et d'immunité, a été entreprise avec succès par la division antitrust du ministère de la justice des États-Unis.*

Les inconvénients

1. *La solution non législative renferme peu de nouvelles mesures susceptibles d'encourager à se manifester l'employé qui préfère ne pas dénoncer un acte fautif à son employeur.* Même s'ils ont l'assurance de pouvoir demander leur réintégration au moyen d'un grief ou de pouvoir intenter une action pour congédiement injustifié, beaucoup d'employés — voire la plupart, — répugneront toujours à courir le risque de communiquer la preuve d'un acte fautif en l'absence de nouvelles mesures législatives de protection ou d'une interdiction criminelle.

2. *Cette démarche ne fera qu'encourager l'entreprise à se doter d'un programme de dénonciation à l'interne; elle ne l'obligera pas à le faire.* Même la perspective de l'immunité ou d'une peine réduite ne réussira vraisemblablement pas à faire en sorte que la majorité des entreprises, en particulier les petites et les moyennes entreprises, consacrent le temps et les ressources nécessaires à la mise en place d'un programme de conformité efficace.

3. *L'accent étant mis sur la dénonciation à l'interne, il se peut que de graves infractions à la* Loi sur la concurrence *ne soient jamais mises au jour.* Pour reprendre un exemple déjà mentionné, un employé peut communiquer à ses supérieurs des éléments de preuve indiquant que des employés ou des services de l'entreprise se sont livrés au truquage des offres. L'entreprise peut prendre des mesures pour corriger la situation, ce qui mettra fin à l'affaire. Mais si une grave infraction à la Loi a été commise et que des tiers innocents en ont subi un préjudice, tenir une enquête et engager une poursuite semblent s'imposer.

4. *La démarche non législative peut ne pas paraître assez énergique ou efficace pour apaiser les craintes des consommateurs et des députés au sujet de l'établissement du prix de détail de l'essence.*

Et j'ai conclu en ces termes :

> En dépit des mérites indéniables des dispositions législatives que propose le projet de loi C-266 et que prévoient diverses lois américaines et canadiennes, nous ne sommes pas convaincus qu'elles constitueraient un atout substantiel pour le Bureau de la concurrence ni qu'elles encourageraient les dénonciateurs à collaborer avec le Bureau plus qu'ils ne le font actuellement.
>
> Nous avons énoncé les avantages principaux de la démarche législative, mais il convient de signaler que, jusqu'à présent, les dispositions législatives en cause ont donné peu de résultats dans les ressorts qui les ont adoptées.

Nous préconisons de continuer à recourir au modèle non législatif susmentionné, lequel, nous le répétons, s'appuie sur les mesures déjà existantes.

Nous estimons que la mesure qui s'impose est d'entreprendre un programme d'éducation visant à informer les employés et les employeurs de l'existence d'une obligation publique de communiquer des renseignements dans certains cas, et à renseigner les employés et le public en général sur le service de plaintes téléphoniques, sur les dispositions relatives à la confidentialité déjà applicables et sur les dispositions législatives et les règles de common law qui protègent l'employé victime de sanctions disciplinaires après avoir fait une dénonciation.

Le programme devrait également sensibiliser l'employeur à l'importance d'un programme d'immunité et d'un programme de plainte à l'interne, de tels programmes ayant été utilisés avec beaucoup de succès par la division antitrust du ministère américain de la justice.

Demande de lignes directrices sur les dispositions législatives

Lors de notre rencontre à Ottawa, on m'a demandé d'examiner les lignes directrices qu'il serait important de suivre dans la rédaction de dispositions législatives visant la dénonciation, dans l'hypothèse où le gouvernement du Canada jugerait indiqué, sur le plan des principes, d'adopter de telles dispositions en modifiant la *Loi sur la concurrence* (la Loi).

En réponse à votre requête, j'ai examiné à nouveau les dispositions du projet de loi C-266 (annexe D de l'étude), qui constituent un excellent point de départ de l'analyse de la question.

De plus, j'ai réexaminé les dispositions relatives à la dénonciation contenues dans la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, L.R.C. (1985), ch. C-15.3, la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6, le *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, la *Charte des droits environnementaux* de l'Ontario, L.O. 1993, ch.-28, la *Loi sur la protection de l'environnement* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. E-19 et la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. 0.1 (dont des extraits figurent à l'annexe A de l'étude).

J'ai réexaminé en particulier la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* de l'Ontario, L.O. 1993, ch. 38 (annexe C), qui a été édictée mais qui n'est pas encore en vigueur, et j'ai pris note des recommandations faites par Myers et Matthews Lemieux ainsi que par Kenneth Swan, *supra*.

Lignes directrices pour la rédaction de dispositions relatives à la dénonciation

Dans l'hypothèse où le gouvernement déciderait d'édicter des dispositions relatives à la dénonciation en modifiant la *Loi sur la concurrence*, ces dispositions devraient à mon avis comporter les *quatre* éléments suivants :

(i) une disposition énonçant clairement la conduite de l'employé qu'on vise à protéger (i.e. les «droits» du dénonciateur);

(ii) une disposition large interdisant à l'employeur d'exercer des représailles contre l'employé qui se prévaut de ces «droits»;

(iii) une disposition prévoyant que l'employé, contre qui l'employeur a exercé des représailles parce qu'il s'est prévalu de ses «droits» de dénonciation, peut s'adresser à un tribunal des relations du travail ou à un organisme similaire pour demander sa réintégration, des dommages-intérêts ou des dommages-intérêts punitifs;

(iv) une disposition énonçant que l'employeur qui enfreint l'interdiction visée à l'alinéa (ii) se rend coupable d'une infraction criminelle.

Le projet de loi C-226 contient également plusieurs dispositions visant à garder secrète l'identité des employés qui communiquent des renseignements au Bureau. Cependant, pour les motifs exposés ci-après, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'inclure ce type de dispositions dans les modifications envisagées.

Dans le cadre du présent addenda à mon étude, j'examinerai ci-après chacun de ces quatre éléments ainsi que la question de l'opportunité d'insérer des dispositions sur la protection de la confidentialité.

(i) un énoncé des «droits» du dénonciateur

S'agissant de la rédaction d'une modification législative visant la protection des dénonciateurs sous le régime de la *Loi sur la concurrence*, le premier point à considérer est, en ce qui concerne l'employé, le type de conduite que l'on veut protéger. Ces conduites doivent être soigneusement définies puisque c'est cette disposition qui servira concrètement à établir les «droits» des employés dénonciateurs. Diverses avenues s'offrent à qui veut ainsi définir les activités protégées.

À titre d'exemple, le paragraphe 64.2(2) du projet de loi C-266 définit l'activité protégée de la manière suivante:

> a) [...] l'employé a déclaré ou attesté à la Commission que l'employeur ou une autre personne à laquelle la présente loi s'applique y a commis ou a l'intention d'y commettre une infraction;
>
> b) [...] l'employé a refusé, ou fait part de son intention de refuser, d'accomplir un acte qui constituerait une infraction à la présente loi;
>
> c) [...] l'employé a accompli ou fait part de son intention d'accomplir un acte qu'il est tenu d'accomplir en vertu de la présente loi;
>
> d) [...] l'employeur croit que l'employé a accompli l'un des actes visés aux alinéas *a*) et *c*) ou a refusé d'accomplir l'un des actes visés à l'alinéa *b*).

Le paragraphe 28.29(1) de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* de l'Ontario est conçu dans les termes suivants :

> a) l'employé a divulgué, en toute bonne foi, des renseignements à [l'avocat-conseil désigné pour conseiller le dénonciateur] aux termes de la présente partie;
>
> b) l'employé a exercé ou peut exercer, en toute bonne foi, un droit que lui confère la présente partie.

À mon avis, une combinaison de l'article 64.2 du projet de loi C-266 et du paragraphe 28.29(1) de la loi ontarienne serait indiquée. Dans la rédaction des dispositions, il importe d'énoncer précisément les activités protégées, de façon à ce que les employés sachent exactement de quels «droits» ils peuvent se prévaloir pour communiquer des renseignements

et agir potentiellement contre leur employeur, en conformité avec la Loi. Pour définir les paramètres des «droits» de l'employé dénonciateur, je propose les lignes directrices suivantes.

La bonne foi Les modifications proposées dans le projet de loi C-266 constituent un bon modèle de définition des activités protégées des employés qui font une dénonciation. Toutefois, contrairement à l'article 28.29 de la loi ontarienne précitée et à la plupart des lois américaines analysées à l'annexe B de mon étude, les dispositions du projet de loi C-226 n'exigent pas que l'employé qui fait une dénonciation agisse *de bonne foi* ou pour des *motifs raisonnables*. C'est là, à mon sens, une omission importante qui ouvre la porte à l'abus de la part d'employés mécontents. À l'évidence, on ne devrait pas empêcher l'employeur d'imposer des sanctions disciplinaires à l'employé qui a sciemment porté une fausse accusation contre lui en dénonçant sa conduite auprès du directeur. Toute modification relative à la dénonciation devrait donc exiger que l'employé agisse de bonne foi ou en ayant des motifs raisonnables de croire que l'employeur a enfreint la Loi.

Activités en amont de la dénonciation Le paragraphe 64.2(2) proposé dans le projet de loi C-266 interdit à l'employeur d'exercer des représailles non seulement contre l'employé qui fait une dénonciation, mais également contre celui qui, contrairement au désir de l'employeur, a refusé de commettre une infraction à la Loi ou a fait une chose qu'il était tenu de faire en vertu de la Loi. Cette large définition de la conduite protégée de l'employé est conforme à la plupart des lois canadiennes et américaines que nous avons étudiées. Bien qu'il ne s'agisse pas à strictement parler de dénonciation, les activités de cette nature constituent, à mon avis, une étape cruciale dans la décision de l'employé de faire une dénonciation. En protégeant ce genre de conduite, la loi encouragerait les employés à formuler d'abord leurs plaintes sur les lieux de travail et contribuerait ainsi à empêcher les employeurs d'intimider les employés en exerçant des représailles avant même qu'une dénonciation n'intervienne. Dans la mesure où la bonne foi y préside, il convient donc d'inclure ces activités dans la sphère de protection des dénonciateurs.

Signalement d'actes de l'employeur ne constituant pas des infractions L'alinéa 64.2(2)*a*) proposé dans le projet de loi C-266 protège l'employé qui fait une dénonciation seulement lorsqu'il a déclaré ou attesté que l'employeur a commis ou a l'intention de commettre une *infraction* à la Loi. Cet alinéa ne semble pas protéger l'employé qui communique un renseignement touchant des questions visées dans d'autres parties de la Loi, telles les dispositions de la Partie VIII concernant les pratiques restrictives du commerce, les accords de spécialisation et les fusionnements. À mon avis, limiter ainsi la protection est par trop

restrictif et injuste pour les employés qui, en toute bonne foi, fournissent des renseignements au Bureau au sujet de la conduite potentiellement anticoncurrentielle de leur employeur, mais qui n'ont pas les connaissances suffisantes pour faire la distinction, dans la Loi, entre une disposition créant une infraction et une disposition ne créant pas une infraction. La modification législative devrait donc protéger l'employé qui, agissant de bonne foi ou pour des motifs raisonnables, communique des renseignements se rattachant aux activités de son employeur sous le régime de la Loi.

Dénonciation auprès des médias ou du public L'alinéa 64.2(2)*a*) proposé dans le projet de loi C-266 protège l'employé qui fait une dénonciation seulement lorsqu'il fournit des renseignements aux autorités chargées de l'application de la Loi. Cette disposition est certes critiquable en ce qu'elle ne protège pas l'employé qui fait une dénonciation auprès des médias ou du public. À mon avis, toutefois, il convient de limiter la protection aux employés qui communiquent avec les autorités chargées de l'application de la Loi. La protection doit en effet viser à favoriser l'application de la *Loi sur la concurrence*, et non à donner aux employés l'occasion d'alerter la presse, peut-être sans justification véritable. Cela contribuera également à faire en sorte que les dispositions relatives à la dénonciation s'appliquent à l'ensemble des sociétés (et non seulement aux entreprises fédérales), étant donné qu'elles relèveront clairement du pouvoir du gouvernement fédéral de veiller à l'application de la Loi en vertu de ces compétences en matière de commerce et de droit criminel, et non du pouvoir de légiférer en matière de relation de travail, lequel relève de la compétence provinciale.

Épuisement des recours à l'interne La dernière question est de savoir s'il convient que la Loi exige que l'employé épuise les recours dont il dispose au sein de l'entreprise avant de communiquer des renseignements aux autorités chargées de veiller à l'application de la Loi. Ainsi qu'il appert de la Partie II de l'étude où j'ai analysé la question en détail, nombreuses sont les décisions arbitrales au Canada où l'on a conclu clairement que l'employé devait tenter de régler la question à l'interne avant de faire une dénonciation. Ainsi qu'il appert également de la Partie III (C) et (D) de l'étude, les politiques de conformité et d'immunité au Canada et aux États-Unis encouragent les entreprises à établir des mécanismes qui permettent aux employés de formuler leurs doléances en toute confidentialité à l'interne. À mon avis, toutefois, à moins que l'entreprise n'ait établi une mécanisme efficace pour assurer le traitement confidentiel des plaintes, le fait d'exiger le signalement interne dissuadera nombre d'employés de signaler les cas de violation de la Loi. De plus, comme je l'ai dit à la p. 43 de l'étude :

> ...le fait qu'une situation puisse être signalée puis corrigée à l'interne, sans la participation des autorités publiques compétentes, peut poser un problème lorsqu'il s'agit de la perpétration alléguée d'une infraction criminelle. Supposons par exemple qu'un employé ait une preuve solide de la participation de son entreprise à un truquage des offres. Il porte le fait à l'attention de l'ombudsman de l'entreprise, qui confirme les allégations et qui aide l'entreprise à prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter toute récidive. On peut prétendre que l'affaire ne devrait pas s'arrêter là. S'il y a entorse grave à la *Loi sur la concurrence*, on peut faire valoir à bon droit que l'infraction justifie une enquête et une poursuite.

En bref, je ne recommande pas que la Loi exige de l'employé qu'il épuise les recours dont il dispose au sein de l'entreprise avant de communiquer des renseignements aux autorités chargées de l'application de la Loi.

(ii) une disposition large interdisant les représailles

Une fois qu'ont été définis les paramètres de l'activité protégée de dénonciation, la prochaine étape de toute modification législative est l'interdiction faite à l'employeur d'exercer des mesures de représailles qui entravent l'activité protégée. Les dispositions législatives fédérales et provinciales que j'ai examinées définissent toutes en termes larges les mesures de représailles prohibées.

> À titre d'exemple, la disposition pertinente du paragraphe 64.2(2) du projet de loi C-266 est ainsi conçue :
>
> Il est interdit de renvoyer un employé, de le suspendre, de le rétrograder, de le punir, de le priver de quelque privilège de son emploi, de mettre fin à son contrat, de le harceler, de le contraindre ou de lui imposer tout autre inconvénient [...]»
>
> En Ontario, le paragraphe 50(1) de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* stipule :
>
> Ni l'employeur ni une personne agissant en son nom ne doit :

a) congédier ni menacer de congédier un travailleur;

b) imposer une peine disciplinaire à un travailleur, le suspendre ou menacer d'imposer une telle peine ou de le suspendre;

c) prendre des sanctions à l'égard d'un travailleur;

d) intimider ou contraindre un travailleur; [...]

Le paragraphe 28.29(1) de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* de l'Ontario interdit à une institution ou à une personne agissant au nom d'une institution de prendre des «mesures préjudiciables en matière d'emploi» contre l'employé qui fait une dénonciation.

À mon avis, cette définition large des activités prohibées de l'employeur est celle qui convient, qu'on ait recours à une longue liste d'actes prohibés comme dans le projet de loi C-266 ou qu'on emploie un terme aussi large que «mesures préjudiciables en matière d'emploi». Comme le disent M. Myers et V.J. Matthew Lemieux dans «Whistleblowing Employee Loyalty and the Right to Criticize -- The Employee's Perspective», dans W. Kaplan, J. Sack et M. Gunderson, éd., *Labour Arbitration Yearbook* (1991) 211, à la p. 220:

> [TRADUCTION] Nous sommes d'avis qu'il devrait être défendu à l'employeur de prendre quelque mesure de représailles que ce soit par suite d'une dénonciation. Par conséquent, toute sanction disciplinaire devrait être interdite, y compris le congédiement. De plus, la loi devrait avoir une portée assez large pour interdire certains actes qu'un employeur pourrait qualifier de non disciplinaires afin d'échapper à l'application de la loi.

(iii) Les recours civils

Comme je l'ai expliqué dans l'étude, les employés qui font des dénonciations au Canada disposent déjà d'un certain nombre de recours s'ils font l'objet de représailles de la part de leur employeur. Les employés syndiqués et ceux qui sont assujettis au *Code canadien du travail* ou autres lois semblables peuvent demander leur réintégration ou des dommages-intérêts. Les autres peuvent intenter une action en justice pour demander des dommages-intérêts pour congédiement injustifié. Dans toute modification de la *Loi sur la concurrence*, il est essentiel que le tribunal

dispose d'un large éventail de redressements, dont les dommages-intérêts compensatoires, les dommages-intérêts punitifs et la réintégration.

Encore là, les dispositions du projet de loi C-266 et de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* de l'Ontario constituent de bons exemples de mesures correctives.

Les paragraphes 36(1) et 36(1.1) du projet C-266 prévoient que le tribunal peut, en plus d'octroyer des dommages-intérêts généraux :

a) ordonner à l'employeur de corriger ou d'annuler toute action qu'il a accomplie et qui est le sujet de l'action en justice;

b) condamner l'employeur à payer des dommages-intérêts punitifs à l'employé.

L'article 28.30 de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* stipule :

(4) Si, au terme de son enquête sur la plainte, la Commission est convaincue qu'une institution a contrevenu au paragraphe 28.29(1), elle décide, s'il y a lieu, de ce que l'institution peut faire ou s'abstenir de faire relativement à la contravention.

(5) La décision peut prévoir notamment une ou plusieurs des ordonnances suivantes:

a) une ordonnance enjoignant à l'institution ou à la personne agissant au nom de celle-ci de cesser d'accomplir l'acte ou les actes qui font l'objet de la plainte;

b) une ordonnance enjoignant à l'institution ou à la personne de réparer l'acte ou les actes qui font l'objet de la plainte;

c) une ordonnance enjoignant à l'institution ou à la personne de réintégrer l'employé dans son emploi ou de l'engager, avec ou sans indemnisation, ou, pour tenir lieu d'engagement ou de réintégration dans l'emploi, de lui verser, pour sa perte de gains ou d'autres avantages rattachés à l'emploi, une indemnité fixée par la Commission.

S'il est relativement facile d'énumérer les recours dont devrait pouvoir se prévaloir l'employé dont les «droits» de dénonciation ont été violés, il est toutefois plus difficile de déterminer quel organisme devrait avoir compétence pour décider s'il y a eu violation et accorder le redressement nécessaire. Il existe à cet égard plusieurs options.

Dans le projet de loi C-266, on a choisi de confier cette compétence aux cours de justice, étant donné qu'elles ont déjà, en vertu de l'article 36 de la Loi, compétence sur l'action intentée par la personne qui allègue avoir subi une perte ou des dommages par suite de la violation de la Loi. Je m'interroge toutefois sur l'opportunité de leur reconnaître compétence sur les plaintes des dénonciateurs. Les cours de justice ont toute l'expérience et l'expertise voulues pour traiter des cas de congédiements injustifiés. Mais elles ont peu d'expérience dans les cas de réintégration, et la procédure qui y est suivie peut s'avérer plus lourde et coûteuse pour les employés que la procédure des tribunaux administratifs ou celle d'autres organismes.

Une autre option serait de créer, au sein du Bureau de la concurrence, une division qui s'occuperait des plaintes des dénonciateurs ayant subi des représailles de la part de leur employeur. Outre qu'une telle division supposerait sans nul doute des coûts administratifs élevés, elle pourrait difficilement prétendre être un forum neutre étant donné que les employés dénonciateurs aideraient de fait le Bureau à faire appliquer la Loi.

En Ontario, les dispositions de la *Charte des droits environnementaux* et de la *Loi sur la protection de l'environnement* relatives à la dénonciation désignent la Commission des relations de travail de l'Ontario pour entendre les plaintes et statuer sur les redressements à accorder, alors que la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* et les dispositions non encore en vigueur de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* permettent aux employés de choisir entre la Commission des relations de travail de l'Ontario ou l'arbitrage en vertu de leur convention collective, le cas échéant.

À mon avis, la meilleure façon de procéder est de donner compétence à la Commission des relations de travail du Canada ou à un arbitre nommé en vertu du *Code canadien du travail*. On tirerait ainsi profit de l'expertise de même que de la rapidité et de l'autonomie relatives de ces institutions.

(iv) Une infraction criminelle

Le paragraphe 64.2(3) du projet de loi C-266 crée une infraction criminelle, à savoir l'exercice par l'employeur de représailles contre l'employé qui se prévaut de ses «droits» de dénonciation. Voici le texte de cette disposition :

> Quiconque contrevient au paragraphe (2) est coupable, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, soit, sur déclaration de culpabilité par mise en accusation, d'une infraction punissable d'une amende maximale de cent mille dollars et d'un emprisonnement maximal de deux ans ou de l'une ou l'autre de ces peines.

Le paragraphe 28.29(3) de la *Loi de 1993 sur la négociation collective des employés de la Couronne* de l'Ontario crée également une infraction, bien que la poursuite soit assujettie à l'autorisation de la Commission des relations de travail de l'Ontario. La disposition est ainsi formulée :

> (3) Quiconque contrevient au paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende d'au plus 5 000 $.
>
> (4) Une poursuite ne peut être entamée en application du présent article sans l'autorisation de la Commission.
>
> (5) Une requête en vue d'obtenir l'autorisation d'entamer une poursuite pour infraction au présent article peut être présentée, entre autres, par un syndicat ou une association d'employés. Si la Commission donne son autorisation, un dirigeant, un représentant ou un membre de l'entité qui a demandé l'autorisation par voie de requête peut déposer la dénonciation.

À mon avis, il est juste de considérer les représailles de l'employeur contre l'employé qui fait une dénonciation comme une infraction criminelle. Devant la perspective d'une poursuite criminelle et le risque d'encourir une forte amende voire même une peine d'emprisonnement, les employeurs prendront vraisemblablement très au sérieux, comme il se doit, de nouvelles dispositions relatives à la dénonciation. Le directeur pourrait toutefois jouer un rôle en recommandant s'il y a lieu ou non d'intenter une poursuite, comme il le fait pour d'autres infractions à la Loi.

(v) Non-nécessité de dispositions visant la confidentialité

Pour encourager les employés à communiquer au directeur du Bureau de la concurrence des renseignements concernant les actes fautifs de leur employeur, il faut leur donner une certaine assurance quant à la protection de leur identité. Le projet de loi C-266 comporte plusieurs dispositions - à l'article 64.1 - qui visent à protéger l'anonymat des employés dénonciateurs. On peut toutefois s'interroger sur la nécessité de ces dispositions compte tenu d'autres dispositions de la Loi.

À la page 15 de l'étude, j'ai ainsi analysé les dispositions existantes de la *Loi sur la concurrence* en matière de confidentialité :

> La procédure établie par la *Loi sur la concurrence* pour la réception d'une plainte et l'ouverture d'une enquête s'y rapportant comporte un certain nombre de garanties afin de préserver le caractère confidentiel de la plainte.
>
> Premièrement, le Bureau de la concurrence met à la disposition du public un numéro 1-800 grâce auquel toute personne peut formuler une plainte, sous le couvert de l'anonymat ou non, relativement à toute prétendue contravention à la Loi. Depuis l'été de 1995, ce numéro sans frais permet au citoyen de joindre le Bureau à toute heure du jour et ce, à la grandeur du Canada. Une unité spéciale a été mise sur pied afin de répondre aux appels et d'y donner suite. Selon les données recueillies jusqu'en octobre 1996, le Bureau a reçu un nombre très élevé d'appels, soit entre 900 et 1 000 par semaine, de personnes désireuses d'obtenir de l'information ou de déposer une plainte. Bien que la mesure vise tous les Canadiens, elle constitue un moyen important grâce auquel un employé peut saisir le Bureau d'une plainte sous le couvert de l'anonymat.
>
> Deuxièmement, lorsque l'employé informateur révèle son identité au Bureau, un certain nombre de dispositions de la Loi permettent de préserver le caractère confidentiel de la plainte. En effet, l'article 29 de la Loi interdit à quiconque est chargé de l'application ou du contrôle d'application de la *Loi sur la concurrence* de communiquer à une autre personne le nom d'un informateur, sauf à un organisme canadien chargé du contrôle d'application de la loi. Aussi, le paragraphe 10(3) de la Loi prévoit que les

> enquêtes du directeur sont conduites en privé. Enfin, l'employé qui communique des renseignements sur une base confidentielle dans le cadre d'une enquête du Bureau de la concurrence bénéficie du privilège accordé à l'indicateur de police.

J'ai dit aussi, à la p. 16, que

> [...] ces mesures de protection ne sont pas infaillibles. Même si l'identité de l'employé informateur n'est pas révélée, l'employeur visé par l'enquête peut deviner de qui il s'agit à partir des connaissances, des attributions ou des actes antérieurs de l'employé. En outre, si l'enquête débouche sur l'instruction d'un procès, l'employé sera appelé à la barre à titre de témoin principal, et son identité sera dévoilée.

Toutefois, même les dispositions les plus fortes et les plus larges ne pourront empêcher l'employeur de deviner l'identité du dénonciateur et d'exercer des représailles contre un dénonciateur qui témoigne au procès. Ce n'est pas en insérant de nouvelles dispositions protégeant la confidentialité qu'on pourra le mieux s'attaquer à ces problèmes, mais bien en renforçant les recours des dénonciateurs ayant fait l'objet de représailles, comme nous l'avons vu précédemment.

Mais avant tout, il me semble que les dispositions de l'article 64.1 proposé pourraient en fait affaiblir les droits existants des employés, au lieu de les renforcer. Dans l'analyse de ce nouvel article, j'ai fait observer ce qui suit, à la p. 48 de l'étude :

> Le paragraphe (3), qui autorise le directeur à dévoiler l'identité de l'informateur ayant fourni des renseignements qu'il savait faux, est une disposition déconcertante. Le privilège dont jouit l'indicateur de police n'a toujours connu qu'une seule exception, soit la nécessité d'identifier un informateur pour démontrer l'innocence d'un accusé (voir *R. v. Leipert*, [1997] 1 R.C.S. 281, à la p. 295). Le privilège dont jouit l'indicateur de police ne disparaît pas simplement parce qu'il a été établi que l'informateur a fourni des renseignements qu'il savait faux. À notre avis, les mêmes principes devraient régir la protection de la confidentialité prévue par la *Loi sur la concurrence*. Il pourrait être opportun, afin de dissuader l'employé mal intentionné, de refuser la protection contre les représailles à l'employé qui communique au directeur

> des renseignements qu'il sait faux, mais il serait draconien de refuser l'application des dispositions relatives à la confidentialité et de priver l'informateur de l'entière protection dont il bénéficierait en vertu de la common law.

En résumé, je ne crois pas qu'une disposition tel l'article 64.1 du projet de loi C-266 protégeant la confidentialité soit nécessaire. Le paragraphe 10(3) et l'art. 29 de la Loi fournissent déjà d'amples garanties de confidentialité, en plus du privilège de l'indicateur de police. Des dispositions semblables à celles des par. 64.1(1) et (2) pourraient sans danger être incluses si le gouvernement veut faire ressortir les garanties entourant la confidentialité pour inciter davantage les employés à déposer des plaintes. Toutefois, si l'on devait inclure l'art. 64.1 dans la nouvelle loi, il conviendrait, à mon avis, d'en exclure le par.(3).

Conclusion

J'espère que ces quelques observations vous seront utiles. Je serais heureux de répondre à vos questions à ce sujet. J'ajouterai toutefois, en toute déférence, que même si l'on devait retenir la voie législative, il y aurait lieu de poursuivre la démarche non législative présentement entreprise, et que j'ai examinée dans mon étude.

Charles L. Dubin

LKC
KE 9317 .D814 1997 Suppl. c.2
Dubin, Charles L
"Étude relative à la dénonciation" annexe

DATE DUE
DATE DE RETOUR

ARR McLEAN 38-296

INDUSTRY CANADA / INDUSTRIE CANADA
222089