



Observatoire de
l'administration
publique
ENAP

Télescope, juin 2000, volume 7, numéro 2

Le devoir de divulgation - Le Whistleblowing

une éthique de la loyauté

Jacques Bec

Introduction

Ce *Télescope* traite du devoir de divulgation (*whistleblowing*) et de la protection des divulgateurs (*whistleblowers*). Il poursuit le triple objectif de cerner le concept de divulgation organisationnelle en général, de décrire ce phénomène dans le secteur gouvernemental, soit dans un contexte d'éthique publique, et de présenter l'encadrement juridique dont il est l'objet dans quelques pays de l'OCDE. Les pays retenus sont : le Canada (fédéral, Ontario et Colombie-Britannique), les États-Unis (fédéral, Texas et Californie), l'Australie (fédéral) et la Grande-Bretagne. Quelques éléments de réflexion sont présentés en guise de conclusion.

1. Définition de la divulgation (*Whistleblowing*)

Tenter de donner une définition du *whistleblowing* n'est pas une mince tâche. Divers auteurs se sont intéressés à la question⁽¹⁾. Near et Miceli proposent la définition suivante : " le fait que des membres de l'organisation rendent publiques des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, qui sont de l'autorité de leur employeur, à des personnes ou à des organisations dont l'action peut changer la situation "⁽²⁾. Pour Kernaghan, il s'agit " d'une divulgation au public, par des employés du secteur public, d'information concernant des méfaits gouvernementaux "⁽³⁾. Kernaghan et Langford, qui ont fait une réflexion importante sur l'éthique rattachée à un emploi d'État, proposent la définition suivante : " une divulgation ouverte ou cachée à des personnes hors de l'organisation, d'information confidentielle concernant un acte répréhensible qu'un collègue ou un supérieur a commis, envisage de commettre ou laisse commettre "⁽⁴⁾ au sein d'une organisation gouvernementale.

C'est toutefois la définition de Peter B. Jubb qui nous est apparue la plus intéressante. Jubb distingue six éléments rattachés au *whistleblowing* à savoir : l'acte de divulgation, l'auteur, le sujet, la cible, le récipiendaire et le résultat (souhaité ou obtenu). Le *whistleblowing*, selon Jubb, est donc " un acte de dissidence d'accusation publique à l'encontre d'une organisation et qui nécessite d'être déloyal à l'égard de cette organisation "⁽⁵⁾. C'est un acte, précise-t-il, " de divulgation délibéré et libre, posé par une personne qui a un accès privilégié à

l'information d'une organisation, [et] qui rend publique une illégalité ou une mauvaise action grave, passée, actuelle, ou présumée, [...] à une entité externe ayant le pouvoir de corriger la situation "⁽⁶⁾.

2. Un dilemme éthique

Il est apparu important d'exposer d'entrée de jeu les éléments d'ambiguïté et de dilemme éthique rattachés au *whistleblowing*. Pour Jensen⁽⁷⁾ : " L'éthique serait la préoccupation humaine concernant le degré de justesse impliqué dans des choix de conduite intentionnels et volontaires, touchant des valeurs morales telles que la justice, la bonté et la vérité et qui sont porteurs d'une capacité d'atteindre d'autres personnes d'une façon significative ". L'éthique fait donc appel à la notion de valeur et à des valeurs sur lesquelles il n'est pas facile de s'entendre.

Il convient de situer le *whistleblowing* dans le cadre d'action général de l'éthique d'un serviteur de l'État. Selon l'Institut d'administration publique du Canada, certains principes doivent guider la fonction publique⁽⁸⁾. Ces principes sont :

- l'imputabilité (chacun est responsable de la qualité de son travail devant ses supérieurs et ultimement devant l'assemblée);
- le service au public (il s'agit de traiter le citoyen avec courtoisie, équité et efficacité);
- la primauté de l'intérêt public;
- la neutralité politique;
- l'usage de droits politiques, sous réserve du principe précédent et tel que prévu par la loi;
- l'évitement des conflits d'intérêts;
- la confidentialité (non divulgation d'information confidentielle);
- l'abstention de discrimination et de harcèlement.

Bowie et Duska considèrent que " l'obéissance, la confidentialité et la nécessité d'éviter les situations de conflit d'intérêts constituent trois piliers de la loyauté organisationnelle "⁽⁹⁾. La loyauté pourrait être considérée comme l'obéissance à la hiérarchie et aux principes de l'organisation ainsi qu'au contrat social implicite qui lie les parties. Il est clair que le problème posé par la loyauté consiste à choisir à qui ou à quoi donner cette loyauté. À la limite, une fonction publique loyale à l'extrême commettra les pires horreurs parce qu'elle en a reçu l'ordre. À l'autre extrémité, une fonction publique à la loyauté molle mènera la nation au chaos et l'État à l'anarchie. La véritable loyauté se situe quelque part entre les deux, en fonction de la culture des peuples et de leurs lois.

Un divulgateur fait donc face à un conflit entre trois principes, à savoir : le principe du respect de l'intérêt public, celui de la confidentialité de l'information et celui de la loyauté à l'égard de l'organisation et de ses valeurs profondes. Or, ce genre de conflit surgit de plus en plus fréquemment⁽¹⁰⁾ dans nos sociétés plus

complexes aux cultures et aux valeurs plus diversifiées, voire opposées, et donc plus exposées aux paradoxes.

Un divulgateur sérieux est généralement perçu comme quelqu'un de courageux. Toutefois, " le courage n'est pas une vertu, mais une qualité commune aux scélérats et aux grands hommes "⁽¹¹⁾. La bonté d'un divulgateur se rattache donc plutôt à sa motivation profonde. Un divulgateur peut cependant être motivé par la vengeance ou par la jalousie tout en étant un divulgateur efficace et vrai, c'est-à-dire que son action entraîne une correction de l'erreur organisationnelle pour le plus grand bien des citoyens. L'inverse est également possible. L'humanité apparaît ainsi dans toute sa complexité, capable du pire et du meilleur. Une analyse morale plus poussée de la question ne ferait que nous confirmer l'abondance et la profondeur des paradoxes et des ambiguïtés dans ce domaine.

Le divulgateur qui réussit possède certaines caractéristiques. Il a, au préalable, beaucoup de crédibilité et il est sérieux. Il occupe en général une position de pouvoir au sein de l'organisation et il dénonce à visage découvert, ce qui augmente sa crédibilité⁽¹²⁾. Il est généralement considéré comme ayant une haute moralité. La divulgation est justifiable aux yeux de la société et du divulgateur si la situation dénoncée leur est plus odieuse que l'acte de dénonciation⁽¹³⁾. Dans tous les cas de figure, la pression qui s'exerce sur le divulgateur est énorme, le prix à payer élevé et il est nécessaire de le protéger des représailles.

3. Les modes d'encadrement du *whistleblowing*

Comment encadrer la divulgation et protéger le divulgateur de représailles? Un certain nombre d'avenues s'ouvrent, dont certaines sont bien antérieures à l'accentuation du phénomène. Ces avenues sont :

- **Le droit civil** puisqu'il y a parfois un lien contractuel particulier entre le divulgateur et son employeur. De plus, certains droits font partie du Code civil si bien que des poursuites peuvent être entreprises tant par l'organisation, par les personnes dénoncées que par le divulgateur.
- **Le droit criminel** qui pourvoit notamment aux cas graves de représailles (menace de mort par exemple) ou à des cas de vol (par effraction par exemple) de documents de la part du divulgateur.
- **Le droit administratif** que l'on retrouve dans certaines directives ou décrets qui sont promulgués généralement en vertu d'une loi cadre qui ne mentionne pas, la plupart du temps, le *whistleblowing* et qui peuvent être rattachés aux prérogatives d'un ministère ou d'un gouvernement.
- **Le droit du travail** qui revêt deux possibilités. D'abord, il y a une loi générale des relations de travail qui peut se situer dans un cadre privé ou public, généralement dans le cas de travailleurs non couverts par une convention collective. Ensuite, se trouve une convention collective entre un syndicat et un employeur et qui pourvoit à ces questions.

- **Une loi spécifique** qui peut se situer dans un cadre sectoriel (par exemple, une loi sur la police ou sur le secteur nucléaire). Elle peut également couvrir le phénomène dans un cadre plurisectoriel, mais portant exclusivement sur la divulgation (par exemple, une loi sur le *whistleblowing* dans le secteur public), ou bien définir le rôle d'un avocat-conseil ou d'un ombudsman dévolu à cette fin.
- **Une loi plus générale** dont le *whistleblowing* fait partie. C'est le cas d'une loi générale sur la fonction publique dont la divulgation constitue une section.

Il arrive que plusieurs modes se combinent (par exemple une loi spécifique et un recours en poursuite civile ou criminelle). Examinons maintenant comment certains pays, États ou provinces ont traité cette question.

4. Le Canada

4.1 Le gouvernement fédéral

" La loi canadienne ne protège pas les dénonciateurs et n'incite pas à la dénonciation dans le secteur public "⁽¹⁴⁾. Il y a eu toutefois plusieurs tentatives de présenter une loi dans ce sens, dans le passé. C'est ainsi qu'en décembre 1992, le député libéral de Mille-Iles, Jean-Pierre Bélisle, a présenté le projet de loi 194 sur la divulgation d'activités injustifiées⁽¹⁵⁾. Ce projet est mort au feuillet. Par ailleurs, en 1993, dans un document intitulé " Les libéraux et la fonction publique " le Parti libéral, alors en campagne électorale, proposait que " les fonctionnaires qui dénoncent des comportements illégaux ou contraires à l'éthique doivent être protégés. Un gouvernement libéral introduira un projet de loi à cet effet, lors de la première session du nouveau parlement "⁽¹⁶⁾. Il y a enfin le projet de loi S-13 (Loi sur la dénonciation dans la fonction publique) présentement inscrit au feuillet du Sénat canadien, mais à l'égard duquel le gouvernement libéral ne s'est pas commis⁽¹⁷⁾.

En fait, le gouvernement fédéral a plutôt adopté une approche administrative *ad hoc* quand des problèmes internes graves d'éthique publique ont été révélés au public. On se rappellera les scandales de la Somalie et les cas de harcèlement sexuel et de comportements initiatiques douteux dévoilés au sein de l'armée canadienne. Le gouvernement a alors institué un poste d'ombudsman à la Défense relevant du ministre de la Défense nationale et indépendant de la chaîne de commandement⁽¹⁸⁾. Toutefois, le supérieur de l'ombudsman est aussi le patron politique de l'armée qui a fait l'objet de dénonciations. Cela apparaît comme un conflit d'intérêt à caractère structurel. D'ailleurs, " tout récemment, le ministre limitait les interventions de l'ombudsman à des événements postérieurs au 15 juin 1998 c'est-à-dire aux principaux scandales ayant touché l'armée. Cela représentait la moitié des dossiers déjà ouverts "⁽¹⁹⁾.

4.2 L'Ontario⁽²⁰⁾

La loi sur la fonction publique ontarienne, mise à jour le 6 février 1998, contient une section (la section IV) entièrement dévolue à la protection des divulgateurs⁽²¹⁾. Cette section a été votée par l'Assemblée ontarienne, mais n'a jamais été promulguée. Cependant, vu sa pertinence pour notre propos, nous avons jugé bon d'en faire état⁽²²⁾. Les employés couverts sont ceux du gouvernement de l'Ontario à l'exclusion des avocats du gouvernement. L'objet de la loi est de deux ordres :

- protéger les divulgateurs d'actions fautives graves commises par le gouvernement;
- prévoir un moyen de rendre publiques ces allégations.

Une action fautive grave du gouvernement est définie par au moins une des situations suivantes :

- contrevenir à une loi ou à un règlement;
- effectuer de façon délibérée une mauvaise gestion;
- gaspiller les fonds publics;
- commettre un abus de pouvoir;
- mettre en danger la santé ou la sécurité des personnes;
- mettre en danger l'environnement.

Le divulgateur bénéficie d'un conseiller accompagnateur. Il s'agit d'un avocat-conseil rattaché à l'assemblée législative et qui ne peut être poursuivi pour des actes commis de bonne foi dans l'exercice de ses fonctions. Il conseille le divulgateur potentiel quant à l'évaluation de la gravité de la faute appréhendée et quant au cheminement optimal à suivre. Ce dernier bénéficie de l'immunité de poursuite s'il dévoile des informations à l'avocat-conseil. Les devoirs de l'avocat-conseil l'amènent à juger du sérieux du dénonciateur et de l'aspect fautif grave de la situation dénoncée. Il devra, dans les cas sérieux, exiger une enquête dans des délais fixés. Cette enquête sera faite par l'organisme mis en cause, lequel devra faire part de toute autre action fautive découverte dans le cadre de l'enquête ainsi que des mesures correctives implantées, le tout dans un rapport écrit transmis à l'avocat-conseil par le dirigeant de l'organisme. L'avocat-conseil peut rendre le rapport public, s'il juge que c'est dans l'intérêt public de le faire, et dans le respect des personnes concernées, de leur vie et de leur sécurité physique. La protection du divulgateur qui fait affaire avec l'avocat-conseil est assurée contre toute mesure de représailles.

Le divulgateur bénéficie donc de l'appui d'un avocat-conseil indépendant tout au long du processus. Ce dernier élimine les cas futiles et pourvoit au processus de divulgation publique en protégeant le divulgateur et en permettant à l'institution concernée d'enquêter elle-même et d'apporter les nuances et les correctifs nécessaires. Il s'agit là d'un compromis pratique par rapport à la situation où l'avocat-conseil conduit l'enquête lui-même. Enfin, l'avocat-conseil présente annuellement au président de l'assemblée un rapport sur ses activités.

4.3 La Colombie-Britannique

La Colombie-Britannique ne dispose pas d'une loi particulière sur la divulgation dans le secteur public. Elle a cependant une loi spécifique portant sur la divulgation d'informations concernant la pollution causée par l'entreprise, tant privée que publique (*Whistleblower's Protection Act*)⁽²³⁾. À l'égard du secteur public, elle a plutôt procédé par directives émises en vertu du pouvoir de réglementation défini dans la loi de la fonction publique de la province⁽²⁴⁾. Cette loi ne concerne donc pas le devoir de divulgation comme tel. Elle permet cependant à la *Public Service Employee Relation Commission (PSERC)* de suggérer des directives au ministre de la fonction publique lequel a pouvoir de les émettre. C'est dans ce cadre qu'ont été promulguées deux directives⁽²⁵⁾ touchant le devoir de divulgation. Ces directives s'appliquent aux employés du gouvernement provincial, à l'exclusion des avocats et des fonctionnaires nommés par le lieutenant gouverneur du Conseil. En vertu de la première, les employés ont le devoir de rapporter une action fautive grave qui est définie comme :

- une illégalité;
- une mauvaise utilisation des fonds ou des actifs publics;
- un danger grave pour la santé ou la sécurité publique;
- un danger grave pour l'environnement.

Le divulgateur ne bénéficie pas d'accompagnement. Il doit faire appel au dirigeant de l'organisme présumément fautif lequel ne doit pas user de représailles à son égard, ni lui imposer de mesures disciplinaires. Il y a donc une protection de principe à l'égard des divulgateurs. Il s'agit là d'un premier niveau d'appel. L'enquête est interne à l'organisation. Par ailleurs, le divulgateur, s'il n'est pas satisfait, peut porter appel auprès de la *PSERC*, sauf s'il est soumis à une convention collective. Il porte alors appel en vertu de la deuxième directive qui a pour but de régler les litiges touchant les conditions de travail, notamment les mesures disciplinaires et le harcèlement. Cela constitue une forme d'appel ultime et conséquemment de protection pour un divulgateur.

En résumé, les positions de principe sont grosso modo les mêmes qu'en Ontario. Toutefois, le divulgateur, qui n'est pas accompagné, ni conseillé, doit loger une plainte officielle à l'égard de ses propres patrons, ce qui peut rendre sa protection d'autant plus difficile que le commissaire, principal juge d'un appel, est dépendant du gouvernement. Notons enfin que les processus de plainte et d'appel sont clairement définis en termes de procédures et de délais. Par ailleurs, rien n'est prévu pour rendre publique la situation ou pour faire état des activités de la *PSERC*.

5. Les États-Unis⁽²⁶⁾

Les États-Unis ont pris des initiatives en cette matière depuis presque vingt ans, tant au niveau fédéral qu'à celui des États. Ce phénomène traduit un souci de protection contre le despotisme que l'on retrouve dans la Constitution américaine, notamment dans le premier amendement, si bien que le divulgateur est souvent considéré comme un héros par la société américaine, mais pas nécessairement par l'administration. D'autre part, il y a plusieurs lois touchant la divulgation dans les domaines public et privé. Les Américains ont été particulièrement sensibles à la divulgation appliquée aux organismes qui gèrent le secteur nucléaire. Nous présenterons d'abord la situation au gouvernement fédéral avant d'aborder celle des États du Texas et de la Californie.

5.1 Le gouvernement fédéral

Dans la foulée du *Ethics in Government Act* et du *Civil Reform Act* de 1978, le gouvernement américain adoptait une loi en vue de protéger les divulgateurs, le *Whistleblower's Protection Act* ⁽²⁷⁾, le 10 avril 1989. Le Congrès affirmait alors, dans le préambule de la loi, que :

- les divulgateurs qui suivent le cadre de la loi servent l'intérêt public en éliminant la fraude, le gaspillage, les abus et les dépenses gouvernementales inutiles;
- protéger les divulgateurs sérieux constitue un progrès majeur vers une fonction publique plus efficace⁽²⁸⁾.

Cette loi a été mise à jour depuis et on la retrouve dans le *United States Code Annotated* ⁽²⁹⁾. La protection des divulgateurs est assurée par deux organismes dont l'un, le *Merit System Protection Board (MSPB)*, est en quelque sorte un tribunal d'appel des décisions de l'autre, l'*Office of Special Counsel (OSC)* : les deux sont indépendants de l'exécutif. Le *MSPB* est un conseil de trois personnes nommées pour sept ans par le président, en accord avec le Sénat. Il a pouvoir d'enquête et de jugement, de révision des directives ou règlements en matière de gestion de personnel ainsi que de recommandation à l'*Office of Personnel Management*. Il a pouvoir d'un juge pour mener ses enquêtes, pour protéger ses témoins et pour assurer un suivi d'exécution de ses sentences. Il fait rapport annuellement de ses activités auprès du congrès et du président.

L'OSC, bureau de l'avocat-conseil, agit à titre de protecteur des divulgateurs, d'enquêteur des plaintes et de réviseur des lois et règlements de l'*Office of Personnel Management*. Le divulgateur est donc accompagné dans sa démarche. Par ailleurs, l'avocat-conseil a des pouvoirs d'enquête qui correspondent à celui d'un juge. Il est nommé pour cinq ans par le président avec l'accord du Sénat.

Les objets de divulgation sont sensiblement les mêmes que dans la loi ontarienne :

- violation d'une loi ou d'un règlement;
- mauvaise gestion flagrante;
- grave gaspillage de fonds publics;
- abus d'autorité;
- danger pour la santé ou la sécurité du public.

L'avocat-conseil porte un jugement sur le sérieux et sur la recevabilité de la plainte d'un divulgateur et l'en informe. Si le divulgateur n'est pas d'accord, il peut en appeler au *MSPB*. Les employés couverts par la loi sont ceux du gouvernement fédéral, à l'exception des avocats, des syndiqués et des employés informés des secrets touchant les affaires étrangères et la sécurité nationale. Le divulgateur est protégé. S'il subit des représailles (démission, transfert, etc.), l'avocat-conseil peut exiger qu'elles cessent et peut aussi imposer des sanctions disciplinaires à l'égard des persécuteurs. Enfin, tout cet appareillage ne prive pas un divulgateur de ses recours de citoyen en matière de justice.

5.2 Le Texas

La loi texane sur le sujet est le *Texas Whistleblower Act* ⁽³⁰⁾, adoptée le 15 juin 1995. Elle couvre le secteur public en général, c'est-à-dire les employés au service de l'État ou d'un gouvernement local. Les objets de divulgation se rapportent à une violation de la loi. Il est interdit de suspendre un tel divulgateur ou d'user de représailles contre lui. Le divulgateur devra faire rapport à l'organisme chargé de l'application de la loi qui a été présumément enfreinte.

Le divulgateur n'est pas accompagné durant le processus. S'il subit des représailles, il peut poursuivre son employeur pour divers dommages mais le fardeau de la preuve lui échoit. Il a 90 jours pour porter plainte à la suite de l'infraction constatée. Pour poursuivre, en vertu de cette loi, un employé doit d'abord avoir épuisé les recours établis par l'employeur à cet égard. Si la cause est importante (des dommages reconnus de plus de 10 000 \$), l'avocat général devra faire rapport au vérificateur général lequel devra enquêter sur la situation dénoncée par le divulgateur dans un délai de 90 jours suivant le rapport de l'avocat général. Le fardeau de la preuve appartient au divulgateur.

Rien n'est prévu pour protéger l'identité du divulgateur, non plus que pour amener l'employeur à se corriger autrement que via un organisme chargé du respect de la loi, sauf si les dommages sont importants. Enfin, l'avocat général n'est pas indépendant de l'exécutif.

5.3 La Californie

La Californie a amendé, le 26 mai 1999⁽³¹⁾, son *California Whistleblower Protection Act* ⁽³²⁾. Sauf si interdit par la loi, un fonctionnaire a le devoir de dénoncer les activités gouvernementales inappropriées dont il a connaissance. Est jugée inappropriée une activité qui constitue :

- une violation d'une loi ou d'un règlement, incluant des cas de corruption, de malversation, de pots-de-vin, de vol de la propriété gouvernementale, de réclamations frauduleuses, de fraude, de contraintes abusives, de poursuites malicieuses, de mauvais usage de la propriété gouvernementale et d'omission d'accomplir son devoir;
- un gaspillage économique;
- un abus d'autorité, une grossière inconduite, une incompétence ou une inefficacité;
- une menace à la santé ou à la sécurité publique.

Les employés concernés sont ceux nommés par le gouverneur, travaillant pour une agence d'État ou à l'emploi de l'Université de Californie.

User de représailles, de chantage ou de l'influence indue à l'encontre du droit et du devoir de divulguer est interdit et constitue un crime. Il existe une procédure de dénonciation de représailles, notamment, via une déclaration assermentée au conseil d'État du personnel (*State Personnel Board*) (*SPB*). Si le *SPB* constate des représailles, il transmet le dossier au vérificateur général ou à l'avocat général, lequel peut éventuellement rendre publique la faute de l'agence. L'employé a le droit de poursuivre au civil après avoir suivi la procédure du *SPB*. Il existe également un processus de divulgation d'actes inappropriés et un accompagnement du divulgateur via le vérificateur général ou l'avocat général du gouvernement. Ce processus protège l'identité du divulgateur. Enfin, l'Université de Californie doit nommer un officier indépendant chargé de recevoir les plaintes des divulgateurs. Il est à noter que le vérificateur général est indépendant de l'exécutif, ce qui n'est pas le cas de l'avocat général.

6. L'Australie

L'Australie est une fédération de sept États. Au moins deux États et un territoire ont une législation portant sur la divulgation publique. Il s'agit de l'État du *Queensland* ⁽³³⁾, de celui de *South Australia* ⁽³⁴⁾ et du territoire de la capitale nationale (*l'Australian Capital Territory*) ⁽³⁵⁾. Par ailleurs, le gouvernement fédéral australien a adopté, en décembre 1999, une nouvelle loi de la fonction publique qui comprend des articles sur le *whistleblowing* ⁽³⁶⁾.

Le but de cette loi est :

- d'instaurer une fonction publique apolitique et efficace;
- d'établir le cadre légal d'un emploi public efficace et juste en matière de gestion et de leadership;
- de définir les pouvoirs des directeurs d'agence, du commissaire de la fonction publique (*Public Service Commissioner*) (*PSC*) ainsi que du commissaire à la protection du mérite (*Merit Protection Commissioner*) (*MPC*);
- de définir les droits et obligations de la fonction publique australienne.

Cette loi fournit également un cadre au processus de divulgation. Une divulgation d'intérêt public concerne toute infraction au code de conduite de la fonction publique australienne. Tout employé de la fonction publique australienne, à l'exception des directeurs d'agence, peut divulguer une infraction réelle ou présumée au code de conduite.

Le code de conduite comprend treize articles se référant :

- au comportement (courtoisie, prudence, diligence, intégrité, etc.);
- au respect des lois australiennes et de tout règlement;
- au respect de la confidentialité des communications avec un ministre;
- à l'exigence de déclaration et d'évitement de conflit d'intérêt potentiel;
- à l'utilisation correcte des fonds publics;
- à la nécessité de donner des informations véridiques.

La divulgation n'est donc pas rattachée, du moins par la loi, au caractère grave de l'infraction au code de conduite. De plus, chaque directeur d'agence est tenu de rendre publique une procédure équitable de divulgation d'infractions au code de conduite. Les règlements existants⁽³⁷⁾, reconduits par la nouvelle loi, établissent que le divulgateur peut s'adresser d'abord, en principe, au directeur d'agence ou bien au commissaire de la fonction publique ou au commissaire à la protection du mérite. Le divulgateur est alors protégé de toute mesure de représailles. L'enquête est faite par l'officier à qui est divulguée la faute présumée. Toutefois, si le divulgateur est insatisfait, il peut faire appel successivement aux deux commissaires, lesquels peuvent enquêter eux-mêmes.

Le divulgateur n'est accompagné que s'il fait affaire avec les commissaires. Ceux-ci sont tenus de faire rapport annuellement de leurs activités au ministre et au Parlement. Le directeur d'agence est dépendant de l'exécutif en ces matières. Par ailleurs, le commissaire de la fonction publique et celui de la protection du mérite sont nommés par le gouverneur général pour cinq ans et ne peuvent être destitués que si chaque chambre du Parlement le demande. De plus, comme le MPC est le surveillant du PSC, le processus est raisonnablement indépendant de l'exécutif.

7. La Grande-Bretagne

La Grande-Bretagne s'est dotée d'une loi sur la divulgation d'intérêt public (*Public Interest Disclosure Act*) en 1998⁽³⁸⁾. Elle fait partie de la loi des droits de l'emploi de 1996 (*Part IVA of the Employment Rights Act 1996* ⁽³⁹⁾). Il s'agit d'une loi générale du travail qui s'applique au secteur public à l'exclusion toutefois des employés des services secrets et du renseignement. L'objet de la loi est de protéger les personnes qui divulguent de l'information dans l'intérêt public. Une information est qualifiée de " divulgable " lorsqu'il y a (ou qu'il est raisonnable de le croire) :

- offense criminelle;
- illégalité;
- injustice;
- danger pour la santé ou pour la sécurité du public;
- danger pour l'environnement.

Il faut noter, curieusement, qu'une information ne peut être qualifiée de "divulgable" si le divulgateur commet une faute en la divulguant. Le divulgateur n'est pas accompagné. Il n'y a pas non plus de procédures globales de dénonciation. Toutefois, certaines balises sont posées. La loi précise que la divulgation doit être faite à l'employeur ou à son représentant ou à une instance appropriée ce qui peut signifier un ministre ou son représentant désigné par le secrétaire d'État, des ombudsmen britanniques⁽⁴⁰⁾ ou le vérificateur général (*auditor general*). Ces deux derniers cas sont prévus lorsque des représailles sont vraisemblables, ce qui assure une forme d'indépendance à l'officier qui reçoit la plainte et une certaine sécurité au divulgateur. Par ailleurs, rien n'est prévu en ce qui concerne les mesures correctives à prendre à la suite des remarques d'un divulgateur, ni en ce qui concerne le caractère public des divulgations et leur traitement.

Le divulgateur doit être de bonne foi, agir raisonnablement et ses allégations doivent être vraies et sérieuses. Il ne peut subir de représailles. Sinon, il peut se plaindre au tribunal de l'emploi, lequel peut lui accorder une indemnité. Il est expressément mentionné qu'on ne peut congédier un employé pour la raison qu'il est un divulgateur.

Conclusion

Cette étude comparative montre que les approches concernant le devoir de divulgation diffèrent sensiblement d'un pays à l'autre (voir le tableau synthèse en annexe). On trouve cependant partout le souci d'un compromis acceptable entre la loyauté et la nécessité de faire corriger des situations réellement dangereuses pour l'État et pour la démocratie.

Nous remarquons que de telles lois existent surtout dans les États démocratiques d'inspiration anglo-saxonne, à savoir les pays de tradition britannique tels le Canada, l'Australie et la Grande-Bretagne où on retrouve en quelque sorte l'influence de la *magna carta*, ainsi qu'aux États-Unis où le citoyen se méfie d'un pouvoir qui n'est pas contrebalancé (le *check and balance* de la constitution américaine). Cette approche est moins dans la tradition latine. La France, par exemple, ne prévoit qu'un timide devoir de remontrance⁽⁴¹⁾ qui remonte d'ailleurs au temps des rois, malgré les nombreuses affaires qui y éclatent.

La divulgation pose des problèmes graves de conscience et de jugement. La disponibilité d'un conseiller éthique indépendant permet donc au fonctionnaire

troublé de mieux surmonter le problème de valeurs auquel il fait face. Elle permet aussi à l'organisation de s'assurer d'une meilleure adhésion de ses employés aux règles qu'elle promeut en matière d'éthique. Des problèmes de plus en plus complexes confrontent les sociétés et leur administration publique, ce qui rend les questions éthiques de plus en plus nombreuses et épineuses. Cela a comme conséquence une augmentation du recours au *whistleblowing*⁽⁴²⁾. Devant ce phénomène, la tendance est de considérer, à l'image du Congrès américain, que le *whistleblowing* est une autre façon de contrôler la mauvaise conduite des organisations et d'augmenter ainsi leur imputabilité⁽⁴³⁾.

Dans un tel contexte de complexification de l'action de l'État où, conséquemment, la probabilité de divulgation augmente, deux questions se posent :

1. Doit-on privilégier une notion stricte de la loyauté qui minimise le phénomène de divulgation et d'ajustement des distorsions de l'appareil public, avec toutefois le risque de divulgations périodiques beaucoup plus importantes et coûteuses sur les plans politique, organisationnel et financier?

Ou bien...

2. Doit-on favoriser une approche plus souple à la loyauté laquelle, assortie d'un encadrement législatif du phénomène de divulgation qui le rend plus sérieux, protège adéquatement le divulgateur, dépolitise le processus et apporte ainsi plus rapidement et efficacement des correctifs aux " dysfonctions " organisationnelles, tout en assurant une plus grande imputabilité?

La réponse à ces questions appartient à chaque entité politique, laquelle, à la lumière de sa culture, de son histoire et de ses institutions, doit en soupeser les avantages et les inconvénients dans le meilleur intérêt des citoyens et de la gouverne des affaires publiques.

Références

Bowie, N.E. and R.F. Duska. *Business Ethics*, 2nd ed. Prentice Hall, Englewood Cliffs New Jersey, 1990.

Chambers, A. " Whistleblowing and the Internal Auditor ", *Business Ethics: A European Review* 4, 1995, p. 192-198.

Chiasson, M., H. G. Johnson and J. R. Byington. " Blowing the Whistle: Accountants in Industry ", *CPA Journal*, February, 1995, p. 24-27.

Courtemanche, G. " The Ethics of WhistleBlowing ", *Internal Auditor*, February, 1998, p. 36-41.

Dandekar, N. (1990). " Can Whistleblowing be Fully Legitimated? A Theoretical Discussion ". Reprinted in White, T. I., *Business Ethics A Philosophical Reader* (Macmillan, New York), 1993, p. 556-568.

De Maria, W. " Rejoinder ", *Australian Journal of Public Administration* 54, 1995, p. 471-474.

De Maria, W. *Unshielding the Shadow Culture*, Department of Social Work and Social Policy, University of Queensland, 1994.

Graham, J. W. " Principled Organizational Dissent: A Theoretical Essay ", *Research in Organizational Behavior* 8 (JAI Press, Greenwich CT), 1986, p. 1-52.

Notes

¹ Citons notamment Bowie & Duska, Chambers & De Maria, Dandekar, Graham, Johnson, Courtemanche, Chiasson (cf références) dont il serait trop long d'expliciter les travaux dans le cadre des limites de cette étude. ([retour au texte](#))

² NEAR, Janet P. and Marcia P. MICELI. " Effective Whistle-Blowing ", *Academy of Management Review*, vol. 20, n° 3, July 1995, p. 680. ([retour au texte](#))

³ KERNAGHAN, Kenneth. " Whistle-blowing in Canadian governments : ethical, political and managerial considerations ", *Optimum*, vol. 22, n° 1, 1991-1992, p. 34. ([retour au texte](#))

⁴ KERNAGHAN, Kenneth, et John W. LANGFORD. *The Responsible Public Servant*, Halifax, The Institute for Research on Public Policy/Toronto, The Institute of Public Administration of Canada, 1990, p. 94. ([retour au texte](#))

⁵ JUBB, Peter B. " Whistleblowing : A restrictive definition and interpretation ", *Journal of Business Ethics*, vol. 21, n° 1, 1999, p. 77. ([retour au texte](#))

⁶ *Ibidem*, p. 80. Il évoque également quelques questions de fond connexes au sujet dont la motivation du divulgateur pas toujours nette, si une divulgation autorisée en est bien une, et enfin sur la nécessité du caractère externe de la divulgation. ([retour au texte](#))

⁷ Jensen, J. Vernon. " Ethical Tension Points in Whistleblowing ", *Journal of Business Ethics*, 6, 1987, p. 321-322. ([retour au texte](#))

⁸ *Op. cit.* KERNAGHAN, Kenneth, et John W. LANGFORD, p. 203-207. ([retour au texte](#))

⁹ BOWIE, Norman E., et DUSKA, Ronald F., *Business Ethics*, 2nd édition, Englewood Cliffs, New Jersey 07632, Prentice Hall, 1990, p.70-72. ([retour au texte](#))

¹⁰ *Op. cit.* NEAR, Janet P. and Marcia P. MICELI, p. 703. ([retour au texte](#))

¹¹ COMTE-SPONVILLE, André. *Petit Traité des grandes Vertus*, 2^e édition, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 60. ([retour au texte](#))

¹² *Op. cit.* NEAR, Janet P. and Marcia P. MICELI, p. 690-693. ([retour au texte](#))

- ¹³ LAFRAMBOISE, H.L. "Vile Wretches and Public Heroes : The ethics of Whistle Blowing in Government", in Kenneth Kernaghan ed., *Do Unto others : Ethics in Government and Business*, Institut d'Administration Publique du Canada, Toronto, 1991, p. 76. ([retour au texte](#))
- ¹⁴ Institut professionnel de la fonction publique du Canada, dialogues parlementaires. " Rompre le silence : le droit de savoir : le droit de dire : le droit d'entendre ", 1994, p. 8. ([retour au texte](#))
- ¹⁵ Roy, Johanne. " Le silence des agneaux " *Enjeux*, vol. 4 n° 2, Spécial temps des fêtes, décembre 1995, p. 2. ([retour au texte](#))
- ¹⁶ *Ibidem*. ([retour au texte](#))
- ¹⁷ Deuxième session, trente-sixième législature, 48 Élisabeth II 1999, Sénat du Canada Projet de loi S-13 première lecture le 2 décembre 1999, L'honorable sénateur Kinsella. ([retour au texte](#))
- ¹⁸ La Salle de presse, Le ministre de la défense annonce la nomination du premier ombudsman (page consultée le 21-09-1998) Adresse URL : http://www.dnd.ca/FR/archive/1998/jun98/ombudsman_n_f.htm ([retour au texte](#))
- ¹⁹ Toupin, Gilles. " Eggleton limite le mandat de l'ombudsman de la défense – André Marin est contraint d'abandonner la moitié des dossiers déjà ouverts ". *La Presse*, Montréal, 17 juin 1999, p. B1. ([retour au texte](#))
- ²⁰ Les provinces canadiennes ne disposent pas, pour la plupart, de mesures spécifiques à l'égard du *whistleblowing*. ([retour au texte](#))
- ²¹ ONTARIO. " Loi sur la fonction publique ", Lois refondues de l'Ontario de 1990, 6 février 1998, chapitre P-47. ([retour au texte](#))
- ²² Par ailleurs, face aux événements de Walkerton, le gouvernement ontarien vient tout juste de présenter, le 12 juin 2000, un amendement à la loi des enquêtes publiques (*An act to amend the Public Inquiries Act*) en vue de protéger les divulgateurs tant des secteurs privé que public qui agissent dans le contexte d'une Commission d'enquête. L'opposition parviendra-t-elle à faire promulguer un cadre plus général? Voir " Walkerton : les dénonciateurs doivent être protégés ", *Le Devoir*, 12 juin 2000, p. A-8. ([retour au texte](#))
- ²³ British Columbia Government Code Bill M 202 –1994 Whistleblower's protection Act (page consultée le 27-01-1999) Adresse URL : http://www.legis.gov.bc.ca/1994/1st_read/mem202-1.txt ([retour au texte](#))
- ²⁴ British Columbia Government Code Minister of Finance and Corporate Relations Public Service Act (RSBC 1996) Chapter 385 (page consultée le 18-06-1999) Adresse URL : http://www.qp.gov.bc.ca/bcstats/96385_01.htm ([retour au texte](#))
- ²⁵ PSERC Standards of Conduct – Directive 5.4 (page consultée le 14-06-1999) Adresse URL : <http://www.pserc.gov.bc.ca/policy/pmp/poliees/05-4soc.html>
PSERC Public Service Employee Relations Commission Dispute Resolution – Excluded Employees – Policy Directive 16.2 (Page consultée le 18-06-1999) Adresse URL : <http://www.pserc.gov.bc.ca/policy/pmp/Am1/16-02dispute.htm> ([retour au texte](#))
- ²⁶ Les États américains ont légiféré sur cette question, tant sur les plans privé que public. " Onze États ont promulgué des lois visant à protéger les employés du secteur public et du secteur privé. Il s'agit des États suivants : le Connecticut, Hawaï, la Louisiane, le Maine, le Michigan, le

Minnesota, le New Hampshire, le New Jersey, New York, l'Ohio, et le Rhode Island. Il y a toutefois un nombre considérable d'États qui ne protègent que les employés des gouvernements des États et des gouvernements locaux. Ce sont les États suivants : l'Alaska, l'Arizona, le Colorado, le Delaware, la Floride, l'Illinois, l'Indiana, l'Iowa, le Kansas, le Kentucky, le Maryland, le Missouri, la Caroline du Nord, l'Oklahoma, l'Oregon, la Pennsylvanie, la Caroline du Sud, le Tennessee, le Texas, l'Utah, l'État de Washington, la Virginie de l'ouest et le Wisconsin. " Law office of Bradley Scott Weiss A qui Tam litigation Law Firm Whistleblower Law Government Code chapter 554. Protection for reporting violation of the law (Page consultée 20-08-99) Adresse URL : <http://capitol.tlc.state.tx.us/statutes/codes/GV000124.html> (retour au texte)

²⁷ United States Codes Public Law 101-12 (S.20), April 10, 1989 Whistleblower's Protection Act of 1989 USC 1201 SEC.2 Findings and Purpose (a) Findings- The congress finds that –(3). (retour au texte)

²⁸ *Ibidem.* (retour au texte)

²⁹ *United States Code Annotated Title 5 Government Organizations and Employees # 702 to 2100.* Comprising all laws of a general and permanent nature under arrangement of the Official Code of the Laws of the United States with Annotations from Federal and States Courts, articles 1201 à 1222; p. 330 à 405. (retour au texte)

³⁰ Texas Workforce commission Texas whistleblower Act Chap. 554. Protection for reporting violations of law (page consultée le 19-02-98) Adresse URL : http://www.oag.state.tx.us/AG_Publications/pdfs/98traps.pdf (voir page 79 du document pdf) (retour au texte)

³¹ Bill number : SB 951 amended in assembly May 26, 1999 (page consultée le 15-07-99) Adresse URL : http://www.leginfo.ca.gov/pub/bill/sen/sb_0951-1000/sb_951_bill_19991020_status.html(retour au texte)

³² California Whistleblower Protection Act : Government Code section 8547-8547.12 (page consultée le 15-07-99) Adresse URL : http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/waisgate?WAI_SdocID=931034558+0+0+0&WAI_Saction=retrieve
De plus, la Californie a voulu encadrer d'une façon serrée les cas de poursuite judiciaire que pourraient entreprendre des individus à l'égard de leur propre organisation, dans le cas précis de réclamations de fraudes qui entraîneraient des coûts pour le gouvernement. Il s'agit de la loi sur les réclamations de fraudes (*False Claim Act*). Cette loi présente la particularité que le divulgateur qui poursuit au nom du peuple peut avoir droit à entre 25 à 50 % des dommages obtenus des contrevenants. Il y a donc récompense financière à la divulgation. (retour au texte)

³³ Whistleblowers Protection Act 1994- Queensland (page consultée le 16-06-1999) Adresse URL : <http://www.transparency.de/documents/source-book/c/cvF/f6.html> (retour au texte)

³⁴ South Australian Consolidated Acts Whistleblowers Protection Act 1993 (page consultée le 16-06-1999) Adresse URL : http://www.austlii.edu.au/au/legis/sa/consol_act/wpa1993322/index.html (retour au texte)

³⁵ ACT Consolidated legislation Australian Capital territory Public Interest Disclosure Act 1994 (page consultée le 09-09-1999) Adresse URL : http://www.austlii.edu.au/au/legis/act/consol_act/pida1994295/ (retour au texte)

³⁶ Australia Public Service Act 1999 No. 147, 1999 An act to provide for the establishment and management of the Australian Public Service, and for other purposes (page consultée le 05-04-2000) Adresse URL : <http://scaletext.law.gov.au/html/comact/10/6059/top.htm> (retour au texte)

Droit civil	X	0**	0	X	X	X	X	0
Droit criminel	0	0	0	0	X	X	X	0
Droit administratif (directive)		X	X					
Droit du travail	X							X
Loi spécifique	X			X	X	X	X	X
Partie d'une loi plus générale (ex. Fonction publique)	X	X			X	X	X	X
Arrimage avec d'autres lois (accès à l'information...)	X							

CARACTÉRISTIQUES	Canada			États-Unis			Australie	Grande-Bretagne
	Ont.*	C.-B.	Féd.	Tex.	Cal.	Féd.		
3. Qui peut divulguer?								
Militaires et employés de l'armée			X					
Employés du gouvernement (loi de la fonction publique)	X	X		X	X	X	X	X
Employés d'un gouvernement local				X				
Employés d'agence d'État					X			
Employés de l'Université de Californie					X			
Exclusion								
Tout employé non militaire			X					
Avocats du gouvernement	X	X				X		
Nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil		X						
Syndiqués (couverts par convention collective)						X		
Employé informé du secret des Affaires étrangères						X		X
Sécurité nationale (Défense)						X		X

CARACTÉRISTIQUES	Canada			États-Unis			Australie	Grande-Bretagne
	Ont.*	C.-B.	Féd.	Tex.	Cal.	Féd.		
4. À qui divulguer?								
Ombudsman			X				X	X
Conseiller (dédié)	X							
Organisme ou officier dédié					X	X		

L'organisme concerné (possibilité de correction)	X	X			X		X	
Ombudsman			X				X	X
Un organisme ou un officier spécifique					X	X	X	X
Le divulgateur				X				X

CARACTÉRISTIQUES	Canada			États-Unis			Australie	Grande-Bretagne
	Ont.*	C.-B.	Féd.	Tex.	Cal.	Féd.		
7. Y a-t-il des mesures de protection contre les représailles?								
NON			X	X				
Identité non protégée			X	X				
OUI si le processus est respecté	X	X		X	X	X	X	X
Immunité de poursuite	X							
Déclaration de principe	X	X		X	X	X	X	X
Droit criminel								
Droit civil	X				X	X	X	
Droit du travail	X	X						X
Via un commissaire (fonction publique)		X				X		
Sanction au persécuteur					X	X	X	
Le persécuteur est un criminel					X		X	

* Il convient de rappeler que la loi ontarienne a été votée en chambre, mais non promulguée.

** 0 signifie que ce recours demeure même s'il n'est pas spécifiquement mentionné dans la loi ou l'acte administratif concerné.

École nationale d'administration publique, Québec