Liberté d'expression, dénonciations et chartes canadiennes des droits

Le dénonciateur est celui, ou celle, qui révèle des fautes ou des négligences dans le secteur public ou privé. La reconnaissance, par les instances gouvernementales, de ce genre d'intervention soulève des questions fort intéressantes pour les personnes responsables de la protection des droits au Canada. Le présent article reprend une communication prononcée à la conférence des ombudsmen canadiens à Québec.

par Inger Hansen

Permettez-moi d'abord de vous donner quelques précisions au sujet de mes fonctions. Le mandat du commissaire à l'Information est énoncé dans la *Loi sur l'accès à l'information*. Nommé par le Parlement, le commissaire dispose des mêmes pouvoirs d'enquête que les ombudsmen provinciaux. Quiconque a eu recours aux dispositions de la Loi peut déposer ou faire déposer une plainte pour non-respect de la *Loi sur l'accès à l'information*. Le commissaire peut aussi prendre l'initiative d'une plainte. Seul le gouvernement fédéral peut être mis en cause.

Plusieurs provinces ont leur propre loi sur la liberté d'information ou sur l'accès à l'information et la protection de la vie privée. De plus, l'ombudsman du Nouveau-Brunswick, celui de Terre-Neuve et celui du Manitoba sont habilités à instruire les plaintes concernant l'accès à l'information. Le Québec et l'Ontario ont chargé des commissions dotées de pouvoirs de décision et des commissions consultatives de traiter les plaintes de cette nature, et leur ombudsman ne s'occupe pas directement du dossier de l'accès à l'information.

Notre commissariat n'a pas encore eu l'occasion d'invoquer l'une ou l'autre des dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* relativement à une plainte déposée en vertu de la *Loi canadienne sur l'accès à l'information*. Cela ne m'a toutefois pas empêchée de réfléchir longuement aux questions soulevées ici. J'ai acquis la conviction que les droits inscrits dans les chartes touchent de près tous les ombudsmen au Canada.

Inger Hansen est commissaire à l'Information.

Bien que les principes que je me propose d'énoncer soient d'application générale, je limiterai mes propos au droit à la liberté d'expression énoncé à l'alinéa 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

> 2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes : ...b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communications ;

Par ailleurs, dans une société démocratique, les droits ne peuvent toutefois être absolus ; il se peut qu'on doive circonscrire leur exercice à l'intérieur de certaines limites pour protéger les droits d'autrui ou pour tenir compte de telle autre valeur constitutionnelle. Par exemple, la liberté de parole doit être limitée par des lois sur la diffamation ou la propagande haineuse. C'est pourquoi l'article 1 prévoit que les droits garantis par la Charte peuvent être restreints par des règles de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Toute restriction à l'égard d'un droit garanti doit ainsi découler d'une règle de droit et servir un but social valable. De plus, il faut pouvoir prouver qu'elle satisfait à ces critères.

Ainsi, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les libertés et droits fondamentaux ne sont pas absolus : ils peuvent être restreints par « des règles de droit dont la justification puisse se démontrer dans une société libre et démocratique ».

Le problème qui me préoccupe est le phénomène ancien de la dénonciation auquel on a donné un nouveau nom en anglais : *whistleblowing*. Le dénonciateur dont je veux parler est celui qui révèle des fautes ou de la négligence dans le secteur public ou privé. La notion se retrouve déjà dans le *Civil Service Reform Act* des États-Unis. Ici, au Canada, le vérificateur général a proposé récemment la mise en place d'une ligne

téléphonique pour la dénonciation anonyme des détournements de deniers publics. D'autre part, à la Chambre des communes, des députés ont recommandé – notamment après l'accident ferroviaire de Hinton – l'adoption d'une loi visant à protéger les personnes qui dénoncent de bonne foi des actes qui menacent la santé et la sécurité publiques.

Cette question soulève au moins deux problèmes : d'une part, le mobile du dénonciateur peut être douteux ; d'autre part, même si l'accusation est fondée, la personne s'expose à des conséquences néfastes en révélant certains faits. Il peut même arriver qu'une révélation soit illégale.

Certains ombudsmen ou leurs représentants ont eu affaire à des personnes qui craignaient des représailles à la suite du dépôt d'une plainte. En pareil cas, l'ombudsman peut prendre l'initiative de la plainte ou opter pour la voie systémique et mettre en branle une enquête. Il arrive que des preuves suffisantes permettent d'alléguer qu'il y a entrave au travail de l'ombudsman.

Nous savons tous qu'il faut une grande force de caractère pour compromettre sa carrière dans la fonction publique en accusant publiquement ses supérieurs ou le gouvernement en place. Pour une personne réfléchie, la décision de dénoncer un méfait n'est pas prise à la légère.

Les fonctionnaires sont censés faire preuve de loyauté envers leur employeur. Ils sont censés être « apolitiques », et leur liberté de parole est plus limitée que celle de leurs concitoyens.

Jusqu'à une époque récente, il était généralement admis que les fonctionnaires n'avaient pas le droit de travailler pour des candidats politiques. Cela leur était interdit par la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* :

> « 32.(1) Il est interdit à tout sous-chef et, sauf selon que l'autorise le présent article, à tout employé
>
> a) de travailler pour ou contre un candidat à une élection à la Chambre des communes, à la Législature d'une province ou au conseil du territoire du Yukon ou des territoires du Nord-Ouest, ou de travailler au nom d'un tel candidat, ainsi que de travailler pour ou contre un parti politique... »

Des fonctionnaires, dont aucun n'occupait le rang de sous-ministre, ont contesté cette disposition au regard de la Charte. La Cour fédérale en a jugé le libellé vague, ambigu, imprécis et non raisonnable du fait qu'elle laissait la décision à la discrétion de l'employeur. La Cour a conclu que cet alinéa était nul et sans effet.

Il se peut, bien sûr, qu'un projet de modification de la *Loi sur l'emploi dans la fonction publique* soit déposé d'ici aux prochaines élections. Je tiens à souligner, par ailleurs, que la décision de la Cour au sujet de l'alinéa 32(1)(a) ne modifie en rien le principe selon lequel la fonction publique doit être neutre au plan politique. Le principe à retenir pour nos besoins est que la Cour a statué que les limites apportées aux droits inscrits dans la Charte doivent être exprimées en des termes nets.

La *Loi sur les secrets officiels*, que nous avons héritée de la Grande-Bretagne, limite également la liberté de parole des fonctionnaires. Permettez-moi d'en paraphraser rapidement une seule disposition :

Commet une infraction quiconque communique, utilise ou retient quoi que ce soit se rapportant à un endroit prohibé ou à quelque chose en cet endroit qui y est utilisé (par exemple, un établissement du ministère de la Défense), ou qui lui a été confié par une personne détenant une fonction relevant de Sa Majesté, ou qu'il a obtenu alors qu'il était assujetti au code de discipline militaire au sens de la *Loi sur la défense nationale*, ou quiconque ne prend pas les précautions voulues en vue de la conservation d'une telle chose.

Essentiellement, l'infraction visée consiste à communiquer une information sans y être autorisé et d'une manière préjudiciable à la sécurité ou aux intérêts de l'État, c'est-à-dire du Canada.

Parallèlement, le gouvernement a pris certaines initiatives visant à accroître l'ouverture de l'administration, dont l'adoption de la *Loi sur l'accès à l'information* est la plus importante, de mémoire récente. La nouvelle politique sur les communications, mise en place par la Conseil du Trésor en 1988, affirme que la communication est essentielle à la poursuite des objectifs du gouvernement, et que celui-ci doit

1. fournir au public des renseignements sur ces politiques, programmes et services qui soient à la fois exacts, complets, objectifs, actuels, précis et compréhensibles ;

2. prendre en compte les préoccupations et vues du public dans l'établissement des priorités, l'élaboration des politiques et l'exécution des programmes ; et

3. faire en sorte que son administration soit visible et responsable visi-à-vis du public qu'elle sert.

La *Loi sur l'accès à l'information* elle-même a été conçue pour encourager les fonctionnaires à communiquer librement des renseignements. En effet, le paragraphe 2(2) de la Loi pose ce qui suit :

« (2)La présente loi vise à compléter, et non à remplacer, les modalités d'accès aux documents de l'administration fédérale ; elle ne vise pas à restreindre l'accès aux renseignements que les institutions fédérales mettent normalement à la disposition du grand public. »

Les fonctionnaires qui agissent en toute bonne foi sont protégés contre les poursuites au civil et au criminel s'ils communiquent des renseignements en application de la *Loi sur l'accès à l'information*. D'autre part, à condition d'agir dans les limites de leurs pouvoirs, ils ne trahissent pas ainsi leur serment d'office et de discrétion.

L'inconvénient c'est que beaucoup de fonctionnaires semblent ignorer la mesure dans laquelle ils sont autorisés à communiquer des renseignements. Bon nombre d'entre eux considèrent les dispositions et politiques dont je viens de parler comme ambiguës, vagues et contradictoires.

On imagine sans mal les obstacles qui peuvent venir entraver la communication de renseignements. Des sanctions subtiles peuvent être imposées pour décourager les futures dénonciations ; l'étendue des pouvoirs des fonctionnaires de communiquer tel ou tel genre de renseignement peut être mal interprétée. La carrière de fonctionnaires aussi bien fédéraux que provinciaux peut être facilement compromise dans cette ère d'ouverture dans l'administration.

Mais, direz-vous peut-être, qui appuie le fonctionnaire qui découvre des situations dangereuses attribuables au gouvernement ? Qui soutient celui qui veut dénoncer les fautes commises par des collègues ? Qui conseille le fonctionnaire qui obtient des preuves qu'un ou plusieurs de ses supérieurs se rendent coupables d'actes criminels ou d'abus de pouvoir ? Qui vient défendre la personne dont l'intégrité et le sens moral ne lui permettent pas de garder le silence ? Qui ? Parfois personne.

Le droit à la liberté d'information entre-t-il en ligne de compte ici ? Les ombudsmen ont-ils un rôle à jouer ?

Si l'État décide de prévoir des sanctions criminelles dans le but de limiter d'une manière légitime la liberté d'expression individuelle, c'est aux avocats et non aux ombudsmen qu'il appartiendra d'intervenir. Si un individu évincé pour avoir fait une révélation exerce le recours que lui donne la procédure de grief ou intente une poursuite civile pour renvoi injustifié, l'ombudsman ne peut que suivre l'affaire avec intérêt. D'autres voies de recours peuvent s'offrir aussi dans les cas relatifs aux langues officielles et aux droits de la personne, en particulier au traitement injuste.

Mais, que faire pour remédier aux autres mesures administratives qui peuvent être prises pour réduire un dénonciateur au silence ? Comment aider les dénonciateurs qui n'ont pas nécessairement eu la possibilité d'un recours judiciaire ? Eux aussi peuvent être victimes de harcèlement ou perdre des chances d'avancement. La liberté d'expression peut-elle être invoquée en leur faveur ? Cela est-il du ressort de l'ombudsman ? L'ombudsman a-t-il ou devrait-il avoir le pouvoir d'intervenir quand l'État fait injustement taire un dénonciateur ?

Conviendrait-il d'élargir le rôle de l'ombudsman afin qu'il puisse venir en aide au « dénonciateur » ? Les lois qui confèrent leur mandat aux ombudsmen devraient-elles contenir des dispositions permettant à un éventuel dénonciateur de se confier à eux sans craindre de représailles ? Devrait-il appartenir à l'ombudsman de déterminer si la communication des informations en cause servirait l'intérêt public ?

Voyons quelles initiatives ont été prises ou préconisées en vue de remédier au dilemme du dénonciateur. En Suède, les fonctionnaires peuvent signaler les méfaits du gouvernement aux médias. Pour autant que je sache, il est défendu à ces derniers de publier le nom de ces fonctionnaires.

La *Whistleblower Protection Act of 1989*, aux États-Unis, protège au niveau fédéral les personnes qui dénoncent les actes illégaux, le gaspillage et la corruption, et l'*Office of Special Counsel* est chargée de protéger les dénonciateurs contre les pratiques interdites en matière d'emploi. Certains États ont adopté des lois analogues. Le Vérificateur général du Canada a proposé la mise en place d'une ligne spéciale pour dénoncer les fraudes. Selon lui, une telle ligne existe aux États-Unis et permet au gouvernement américain d'économiser de 20 à 50 $ pour chaque dollar consacré à assurer le service téléphonique sans frais et à vérifier les indications anonymes reçues.

Le mandat confié dans la *Loi sur l'accès à l'information* au commissaire à l'Information constitue un bon exemple du rôle législatif d'informateur. Le commissaire est expressément autorisé à communiquer au Procureur général du Canada tout renseignement touchant une infraction aux lois du Canada ou d'une province qui aurait été commise par un cadre ou un employé d'une institution gouvernementale, si, de l'avis du commissaire, il existe des preuves d'une telle infraction.

Comme vous le savez, le gouvernement fédéral n'a pas d'ombudsman général, mais cela importe peu dans le contexte de la recommandation que je mets de l'avant. S'il existait un tel ombudsman, mes propositions s'appliqueraient aussi bien à lui.

J'estime que les ombudsmen du Canada sont dans une position idéale pour résoudre le dilemme du dénonciateur. Indépendants du gouvernement, ils ont l'expérience et les ressources nécessaires pour distinguer les mégalomanes des personnes qui présentent en toute bonne foi des indications plausibles de méfaits au sein de l'administration. Ils ont l'habitude de faire fonction d'intermédiaires pour le mieux-être de la société. Ils possèdent les connaissances et les compétences qu'il faut pour dissuader les dénonciateurs qui s'imaginent des choses ou qui interprètent mal les faits ou la loi.

Il est probable que, interprétant leur mandat dans son sens le plus large et agissant à titre officieux, les ombudsmen prennent déjà certaines de ces initiatives.

Je proposerais que leur soit conféré le mandat législatif de recevoir les informations de la part des dénonciateurs, de protéger, lorsqu'il y a lieu, l'identité de ces derniers et de rendre publiques ou de communiquer à qui de droit les informations reçues, tant au sein de l'administration qu'à l'assemblée législative dont ils sont les mandataires. Les ombudsmen devraient aussi être habilités à enquêter sur les plaintes touchant les sanctions ou le harcèlement subis par les dénonciateurs lorsque ceux-ci ne disposent d'aucun autre recours pratique.