

# « WHISTLEBLOWING », DIVULGATION, DÉNONCIATION ... VERS UNE MEILLEURE SURVEILLANCE DES SOCIÉTÉS?

Julie Biron\* et Stéphane Rousseau\*\*

---

*Les scandales survenus en Amérique du Nord au début des années 2000 ont remis en cause la qualité de la gouvernance des sociétés ouvertes et ont suscité un certain nombre de réformes dont l'objectif était notamment d'améliorer les pratiques liées à la divulgation d'informations financières et de responsabiliser les différents acteurs. C'est dans ce contexte que ce qui est désigné comme le « whistleblowing » ou encore la dénonciation, a été introduit dans la loi Sarbanes Oxley. Le whistleblowing a suscité peu d'intérêt jusqu'à maintenant au Canada. La présente étude vise à combler cette carence en proposant une réflexion sur l'opportunité de favoriser la dénonciation dans le contexte canadien des affaires.*

---

*The scandals that rocked North America in the early 2000s raised issues about the governance of public corporations and led to a number of reforms designed to improve financial reporting and to make the various actors accountable. It is against this background that the concept of "whistleblowing" was included in the Sarbanes-Oxley Act. However, to date, there has not been much focus on whistleblowing in Canada. The purpose of this study is to address this issue by discussing the expedience of encouraging whistleblowing in a Canadian business context.*

---

## 1. Introduction

Les scandales survenus en Amérique du Nord au début des années 2000 ont remis en cause la qualité de la gouvernance des sociétés ouvertes et ont suscité un certain nombre de réformes dont l'objectif était notamment d'améliorer les pratiques liées à la divulgation d'informations financières et de responsabiliser les différents acteurs. C'est dans ce contexte que ce qui est désigné comme le « whistleblowing », l'alerte éthique ou encore la dénonciation, a été introduit dans la loi Sarbanes Oxley<sup>1</sup>. Plus récemment, à la suite de la crise financière de 2007-2008 qui a mis en lumière certaines

---

\* Professeure adjointe à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

\*\* Titulaire de la Chaire en gouvernance et droit des affaires et professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

<sup>1</sup> *Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Pub L no 107-205, 116 Stat 745 [Loi Sarbanes Oxley].

lacunes en matière de gouvernance, d'autres réformes ont été mises en œuvre, ce qui a permis au Congrès états-unien d'étayer le champ d'application des règles encadrant la dénonciation tout en cherchant à en renforcer l'efficacité.

Or, s'il existe un certain consensus en faveur de la dénonciation aux États-Unis, le whistleblowing a suscité peu d'intérêt chez les législateurs, les régulateurs et les universitaires canadiens. La présente étude vise à combler cette carence en proposant une réflexion sur l'opportunité de favoriser la dénonciation dans le contexte des affaires au Canada. En nous appuyant sur les modèles ayant été développés dans les dernières années à travers le monde, nous poserons un regard critique sur les avantages et les inconvénients liés aux différentes caractéristiques et conditions d'application de ce mécanisme afin de susciter une réflexion sur la pertinence d'introduire des règles similaires en droit canadien.

Pour ce faire, nous tenterons dans un premier temps de comprendre le rôle que peut jouer la dénonciation parmi les mécanismes de gouvernance, tout en définissant celle-ci à la lumière des règles existant aux États-Unis. Cet exercice nous permettra par la suite de mieux saisir quels sont les éléments qui participent au bon fonctionnement de la dénonciation afin de faire ressortir les avantages et les inconvénients se rattachant à ses composantes.

## *2. La dénonciation comme outil de protection des intérêts des parties prenantes*

La gouvernance d'entreprise réfère à l'ensemble des mécanismes organisationnels qui délimitent l'exercice du pouvoir en définissant l'espace discrétionnaire des personnes qui sont en position d'influencer le processus décisionnel au sein des sociétés<sup>2</sup>. Les différents mécanismes de

---

<sup>2</sup> Gérard Charreaux, *Le gouvernement des entreprises*, Collection Recherche en Gestion, Paris, Economica, 1997 à la p 1; Andrei Shleifer et Robert W Vishny, « A Survey of Corporate Governance » (1997) 52 J Fin 737 (vision financière); OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE* (2004) aux pp 11-12, en ligne : OCDE <<http://www.oecd.org/dataoecd/32/19/31652074.PDF>>. En effet, dans les sociétés où l'actionnariat est concentré, l'actionnaire ou le groupe d'actionnaires qui exercent un contrôle de fait ou de droit sur la société peut se servir de ce pouvoir pour coopter les dirigeants afin de les inciter à prendre des décisions dans leurs intérêts plutôt que dans celui de l'ensemble des actionnaires. Voir à ce sujet Ronald J Daniels et Edward M Iacobucci, « Some of the Causes and Consequences of Corporate Ownership Concentration in Canada » dans Randall K Moreck, dir, *Concentrated Corporate Ownership*, Chicago, University of Chicago Press, 2000 aux pp 81, 83-84; Stéphane Rousseau, « Le rôle des tribunaux et du conseil d'administration dans la gouvernance des sociétés ouvertes : Réflexion sur la règle du jugement d'affaires » (2004) 45 C de D 469 à la p 476.

gouvernance poursuivent essentiellement l'objectif de minimiser les risques d'abus de pouvoir et les coûts d'agence<sup>3</sup> qui nuisent à la création de valeur. Si ce contrôle s'effectue notamment par le biais d'un encadrement légal adéquat, il ne serait toutefois pas efficace si on se limitait aux contraintes imposées par le droit. Ainsi, dans le spectre des mécanismes de gouvernance complétant les mécanismes légaux, on retrouve notamment le rôle du pouvoir disciplinaire des actionnaires institutionnels, la compétition qui existe entre les sociétés d'un même secteur pour des produits ou des services vendus sur le même marché, ainsi que l'effet disciplinaire du marché financier<sup>4</sup>.

Malheureusement, les scandales financiers de la première décennie des années 2000 ont révélé des lacunes dans le système de gouvernance et ont entraîné des réformes visant à accroître la protection des investisseurs. Notamment, ces réformes ont cherché à prévenir les comportements abusifs en accentuant l'importance des mécanismes de surveillance ainsi que les régimes de sanctions. Or, l'impact des sanctions sur les comportements opportunistes ne dépend pas seulement de l'importance des peines imposées, mais également de la probabilité de détection des infractions<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Comme dans la plupart des relations contractuelles où il y a une délégation du pouvoir décisionnel, la division qui est créée entre ceux qui détiennent un intérêt économique dans la société (que l'on nomme fréquemment « propriétaires », c-à-d les actionnaires ou les commettants) et ceux qui contrôlent la société (les agents ou les dirigeants) donne ouverture à un risque d'opportunisme. Cet état de fait, qui s'explique notamment de par les intérêts divergents des commettants et des agents et qui donnent ouverture à des cas d'abus, est communément qualifié par les économistes de problème d'agence. Voir à ce sujet : Stephen M Bainbridge, *Corporation Law and Economics*, New York, Foundation Press, 2002 à la p 36; Ejan Mackaay et Stéphane Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2<sup>e</sup> éd, Montréal, Thémis, 2008 à la p 494. Cette vision, qui est à la base de la théorie des coûts d'agence et qui possède une influence indéniable sur le droit corporatif que l'on connaît, prend notamment sa source dans les travaux d'Adolf A Berle et Gardiner C Means, *The Modern Corporation and Private Property*, New York, MacMillan, 1933 à la p 6; d'autres auteurs se sont par la suite penchés sur cette question, voir notamment Michael C Jensen et William H Meckling, « Theory of the Firm : Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure » (1976) 3:4 J Fin Econ 305; Reinier Kraakman et al, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, 2<sup>e</sup> éd, New York, Oxford University Press, 2009; Iman Anabtawi, « Some Scepticism about Increasing Shareholder Power », en ligne : (2006) 53 UCLA L Rev 1 <<http://ssrn.com/abstract=783044>>.

<sup>4</sup> Raymonde Crête et Stéphane Rousseau, *Droit des sociétés par actions*, 3<sup>e</sup> éd, Montréal, Thémis, 2011 aux pp 318 et s.

<sup>5</sup> Holger Fleischer et Klaus Ulrich Schmolke, « Financial Incentives for Whistleblowers in European Capital Markets Law? Legal Policy Considerations on the Reform of the Market Abuse Regime » en ligne: ECGI – Law Working Paper No 189/2012 à la p 4 <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2124678](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2124678)>.

Dans la mesure où la surveillance directe et la détection des actes illicites effectués par les organismes publics responsables s'effectuent selon un ratio coût-efficacité défavorable<sup>6</sup>, il est nécessaire de réfléchir aux moyens pouvant améliorer les chances d'identifier les comportements répréhensibles<sup>7</sup>. Dans ce contexte, une façon de prévenir les comportements abusifs, d'accroître l'effet dissuasif des sanctions et d'améliorer la gouvernance des sociétés, consiste à faciliter la détection en faisant appel à ceux qui ont accès à l'information pertinente.

Dans cet objectif, plusieurs autorités étatiques ont adopté des règles incitant les personnes en possession d'informations clés à divulguer celles-ci afin d'accroître l'imputabilité des dirigeants et d'augmenter la transparence et l'intégrité des marchés financiers<sup>8</sup>. En effet, les règles incitant la divulgation d'information aux personnes en position d'autorité sont pertinentes en raison de l'insuffisance des mécanismes de contrôle existants. Cette insuffisance justifie d'ailleurs le choix de plusieurs États de recourir aux employés qui sont généralement les mieux placés pour dénoncer les comportements problématiques ou frauduleux.

Ce choix s'explique par la position stratégique des employés qui leur permet d'accéder à de l'information contemporaine qui n'est pas toujours aisément disponible aux « surveillants » traditionnels tel que les auditeurs, les administrateurs<sup>9</sup> et les actionnaires. L'apport des employés est singulier

---

<sup>6</sup> Notamment, les sociétés peuvent manipuler les informations transmises aux autorités responsables et donner ainsi une impression plus favorable de leurs efforts de conformité aux différentes règles auxquelles elles sont assujetties. Voir à cet égard Robert Howse et Ronald J Daniels, « Récompenser les dénonciateurs: Les coûts et les avantages d'une stratégie d'observation fondée sur des stimulants » dans Ronald J Daniels et Randall Morck, *La prise de décision dans les entreprises au Canada*, Documents de recherche d'Industrie Canada, University of Calgary Press, 1995, 621 à la p 626.

<sup>7</sup> *Ibid* à la p 622.

<sup>8</sup> Mary K Ramirez, « Blowing the Whistle on Whistleblower Protection: A Tale of Reform versus Power » (2007) 76:1 U Cin L Rev 183 à la p 185; Ben Depoorter et Jef De Mot, « Whistle Blowing: An Economic Analysis of the False Claim Act » (2006) 14 Sup Ct Econ Rev 135 à la p 136. En effet, selon un rapport de l'OCDE, les risques de corruption sont, effectivement, plus importants en l'absence de mécanismes supportant ou protégeant la dénonciation de situations problématiques par les employés ou des tiers détenant de l'information pertinente : OCDE, *Whistleblower Protection* (2012) à la p 3 en ligne : <<http://www.oecd.org/cleangovbiz/50042935.pdf>>.

<sup>9</sup> Notamment, dans les cas où les gestionnaires subalternes poursuivent des objectifs opposés à ceux fixés par les gestionnaires supérieurs parce que les gains qu'ils peuvent tirer d'un acte illicite sont supérieurs aux coûts pouvant découler de la contravention. Ces problèmes d'encadrement interne peuvent se manifester par des flux d'informations erronées entre les gestionnaires subalternes et les gestionnaires supérieurs, ce qui limite la capacité de ces derniers de surveiller efficacement les activités

puisque, tout comme la plupart des pays, le Canada possède des règles de gouvernance qui accordent des pouvoirs d'intervention aux actionnaires (et non pas aux employés), dont le plus significatif est sans doute celui qui leur permet d'exprimer leur volonté en exerçant le droit de vote rattaché aux titres qu'ils détiennent à l'égard de certaines questions<sup>10</sup>. Or, les pouvoirs de ces surveillants naturels sont restreints par l'asymétrie informationnelle qui limite la détection des comportements opportunistes et des différentes contraventions<sup>11</sup>. En faisant appel à ceux qui possèdent cette information, on fait le pari qu'en diminuant l'asymétrie informationnelle, on diminue conséquemment les coûts d'agence.

Afin de mieux comprendre cet intérêt pour la dénonciation, nous tenterons dans un premier temps de définir ce mécanisme (A), ce qui nous permettra ensuite de mieux comprendre pourquoi les États-Unis ont choisi de faire une place à ce mécanisme dans leurs efforts visant à assurer une meilleure protection des investisseurs (B).

#### A) Définition de la dénonciation

L'expression « *whistleblower* » fait référence aux policiers soufflant (« *blow* ») dans leurs sifflets (« *whistle* ») pour alerter les citoyens d'un danger ou pour les rappeler à l'ordre. Si cette expression semble avoir une connotation plutôt neutre, la perception générale est plus souvent qu'autrement négative. Que l'on parle d'informateur, d'indicateur, de coopérateur, de délateur, de dénonciateur, ou de mouchard, ces termes sont fréquemment associés à un comportement égoïste, à un manque de loyauté et à une forme de faiblesse. Certains expliquent cette perception négative en référence à des racines culturelles catholiques : le baiser de Judas ayant mené à la capture de Jésus et à sa condamnation<sup>12</sup> alors que d'autres évoquent l'histoire et des événements datant de quelques décennies<sup>13</sup>.

---

ayant cours au sein de la société et de s'assurer du respect des règles applicables. Voir à ce sujet Howse et Daniels, *supra* note 6 à la p 627.

<sup>10</sup> Henry Hansmann et Reinier Kraakman, « What is Corporate Law? » dans Reinier Kraakman et al, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, Oxford University Press, 2004, 1 à la p 2.

<sup>11</sup> Par ailleurs, la responsabilité limitée des actionnaires a pour effet de restreindre l'effet de dissuasion des amendes et des pénalités en limitant leur intérêt à exercer une surveillance des administrateurs et des dirigeants de la société. Voir Howse et Daniels, *supra* note 6 à la p 624.

<sup>12</sup> Voir Michael A Simons, « Retribution for Rats : Cooperation, Punishment, and Atonement » (2003) 56 Vand L Rev 1 aux pp 26-28.

<sup>13</sup> Pensons notamment aux collaborateurs de la deuxième guerre mondiale qui dénonçaient les juifs et collaboraient avec les occupants allemands.

Compte tenu de cette réticence, lors de l'adoption de règles ayant trait à la dénonciation, le choix du terme employé ainsi que la façon de définir cette forme de divulgation d'information sont centraux puisqu'ils permettent d'influencer les perceptions et d'établir les objectifs qui doivent être poursuivis<sup>14</sup>. Or, en dépit de l'importance de cette réflexion, peu de lois comportent une définition précise de cette notion. Malgré l'absence de définition législative, une définition se démarque dans la littérature, celle proposée par les professeurs Near et Miceli :

[t]he disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral, or illegitimate practices under the control of their employers, to persons or organizations that may be able to effect action.<sup>15</sup>

Cette définition possède l'avantage d'avoir un large champ d'application visant tant la dénonciation externe que la dénonciation interne par des membres de l'organisation actuels ou anciens. Malgré la prédominance de cette définition, d'autres auteurs ont également proposé des définitions de la dénonciation. À titre d'illustration, le professeur australien Peter Jubb a donné la définition suivante de la dénonciation :

Whistle blowing is a deliberate non-obligatory act of disclosure, which gets onto public record and is made by a person who has or had privileged access to data or information of an organization, about non-trivial illegality or other wrongdoing whether actual, suspected or anticipated which implicates and is under the control of that organization, to an external entity having potential to rectify the wrongdoing.<sup>16</sup>

Cette définition, qui donne davantage d'importance à la liberté d'expression ainsi qu'au droit à la dissidence, établit le processus de dénonciation comme étant nécessairement un geste public qui s'effectue auprès d'un organisme externe en position d'autorité.

En comparaison, le Cercle d'éthique des affaires propose une définition axée sur la dénonciation à l'interne, en suggérant qu'il s'agit d'un :

---

<sup>14</sup> Tel que la Cour Suprême du Canada le rappelait de manière laconique en 2005, l'objet des lois de protection des dénonciateurs est de mieux protéger les employés qui, non seulement ont découvert une activité illégale, mais l'ont signalée à une autorité légalement compétente ayant la capacité d'agir à cet égard. Voir *Merk c Association internationale des travailleurs en ponts, en fer structural, ornemental et d'armure, section locale 771*, [2005] 3 RCS 425 [*Merk*].

<sup>15</sup> Janet P Near et Marcia P Miceli, « Organizational dissidence: The case of whistle-blowing » (1985) 4:1 J Bus Law 1 à la p 4.

<sup>16</sup> Peter B Jubb, « Whistleblowing: A Restrictive Definition and Interpretation » (1999) 21 Journal of Business Ethics 77.

[s]ystème permettant aux salariés d'alerter leurs dirigeants ou un comité spécialement constitué, sans risque d'être personnellement inquiétés, des irrégularités ou des mauvais comportements professionnels qu'ils constatent dans l'entreprise et dont ils estiment qu'ils font courir à l'entreprise un risque sérieux sur le plan financier, juridique, technique, sanitaire, sécuritaire ou quant à sa réputation.<sup>17</sup>

Les auteurs Callan et Dehn proposent pour leur part une définition plus englobante :

[t]he option available to an employee to raise concerns about workplace wrongdoing. It refers to the disclosure of wrongdoing that threatens others, rather than a personal grievance. Whistleblowing covers the spectrum of such communications, from raising concern with managers, with those in charge of the organization, with regulators, or with the public [...] the purpose is not the pursuit of some private vendetta but so that risk can be assessed and, where appropriate, reduced or removed.<sup>18</sup>

De manière similaire, Hunton et Rose retiennent pour leur part la définition suivante :

Whistle-blowing occurs when current or former employees report alleged immoral, unethical or illegal behaviours of current or former employers to third-parties who hold the independence, capacity, authority and responsibility to effectively investigate and resolve such allegations.<sup>19</sup>

Enfin, Carranza et Micotti proposent également une définition<sup>20</sup> de la dénonciation selon laquelle l'origine de l'alarme doit être interne pour le « whistleblowing » (cette expression n'étant pas applicable à une personne à l'extérieur de l'entreprise, tel qu'un journaliste). Ces auteurs suggèrent

---

<sup>17</sup> Guillaume Eliet, « Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ? » (2005) 2 Les cahiers de l'éthique 12 à la p 14.

<sup>18</sup> Tel que cité dans David Banisar, « Whistleblowing : International Standards and Developments » dans Irma E Sandoval, dir, *Corruption and Transparency : Debating the Frontiers Between State, Market and Society*, Washington (DC), World Bank-Institute for Social Research, UNAM, 2011 en ligne : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1753180](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1753180)>.

<sup>19</sup> James E Hunton et Jacob M Rose, « Effects of Anonymous Whistle-Blowing & Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-Blowing Allegations by Audit Committee Members » (avril 2008), à la p 6 en ligne : Social Science Research Network <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1118382](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1118382)>.

<sup>20</sup> Carlos J Carranza et Sébastien Micotti, « Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation » (janvier 2008), à la p 2 en ligne : Jusletter.ch <[http://www.transparency.ch/de/PDF\\_files/Divers/Whistleblowing\\_Artikel\\_Page.pdf](http://www.transparency.ch/de/PDF_files/Divers/Whistleblowing_Artikel_Page.pdf)> : « [...] l'acte par lequel une personne, active au sein d'une entité privée ou publique, révèle des actes illicites immoraux ou contraires à l'intérêt public constatés par elle à l'intérieur de cette entité, ou des soupçons sérieux relatifs à de tels actes. ».

que l'obligation de dénoncer une situation illicite peut découler de deux sources : contractuelle ou légale. Elle est contractuelle lorsque l'employé adhère par la signature de son contrat de travail au code de conduite ou à la charte éthique de la société qui prévoit cette obligation. Elle est légale lorsqu'un texte prévoit l'obligation de dénoncer certaines situations à une autorité désignée à cet effet. Dans les deux cas, on retrouve normalement la procédure à suivre et l'autorité à qui la dénonciation doit être faite.

En résumé, ces définitions ont en commun de viser le signalement d'inconduites légales, réglementaires ou conventionnelles qui surviennent dans le cadre des activités d'une organisation. La dénonciation s'effectue par des personnes qui ne sont pas en position d'influencer le comportement de la société auprès d'autorités qui, elles, sont en mesure de réagir. Par ailleurs, la littérature suggère qu'un lien d'emploi ou un lien institutionnel est crucial dans le cadre de la définition du dénonciateur, essentiellement pour deux raisons. Tout d'abord, parce que le dénonciateur possède de l'information pertinente et digne d'intérêt en raison de sa position au sein de la société. Ensuite, les liens étroits avec l'organisation font en sorte que les personnes qui divulguent de l'information nécessitent une protection particulière et un incitatif pour aller de l'avant avec la dénonciation. En ce sens, la dénonciation complète les mécanismes de gouvernance traditionnels pour réduire les coûts d'agence.

À la lumière de ces définitions, il est possible de conclure que la dénonciation permet de promouvoir la responsabilisation en permettant la divulgation d'information par toute personne (ou seulement par les employés ou les ex-employés de la société) lorsqu'elle possède des renseignements en lien avec une situation problématique. La dénonciation peut s'effectuer à l'interne ou à l'externe de l'organisation visée que cette dernière soit publique ou privée<sup>21</sup> et est rendue possible par la présence de mécanismes assurant une protection adéquate au dénonciateur contre toutes sanctions liées à la communication qu'elle a effectuée.

En ce sens, malgré cette réticence face à la dénonciation, plusieurs dispositions ont été adoptées à travers le monde, soit à la suite de tragédies ou de scandales, soit en réponse à des problèmes spécifiques liés à l'application d'une loi<sup>22</sup> où il était évident que des employés ou des citoyens avaient connaissance des contraventions, mais craignaient de parler ou l'avaient fait sans résultat<sup>23</sup>. Par exemple, en 2002<sup>24</sup>, dans la

---

<sup>21</sup> Banisar, *supra* note 18.

<sup>22</sup> Ramirez, *supra* note 8 à la p 189.

<sup>23</sup> *Ibid* à la p 195.

<sup>24</sup> Aux États-Unis, une des plus anciennes lois en matière de dénonciation, la *False Claim Act*, a été adoptée en 1863 suite à la découverte d'abus de la part de sociétés

foulée des scandales financiers, le Congrès états-unien a adopté la loi Sarbanes Oxley<sup>25</sup> qui comporte notamment un régime qui incite les employés à dénoncer les contraventions à la législation sur les valeurs mobilières dont ils ont connaissance afin de faciliter la détection et la prévention de la fraude par les administrateurs et les dirigeants.

### B) Le modèle états-unien

Avant les années 2000, plusieurs lois visant notamment à faciliter l'application de règles environnementales, des normes de travail ou encore à assurer le bon fonctionnement des institutions gouvernementales comportaient des dispositions incitant les personnes en possession d'informations privilégiées à dénoncer les actes illicites dont ils avaient connaissance<sup>26</sup>. Malgré la présence de ce type de mécanisme dans la législation de plusieurs pays, ce sont les États-Unis qui ont relancé les discussions sur l'utilité, voire la nécessité, de mettre en place des règles facilitant la dénonciation afin d'accroître la probabilité de détecter les actes illicites et de favoriser le respect des règles dans le domaine des affaires.

En effet, c'est la loi Sarbanes Oxley qui a établi la nécessité de ne pas seulement s'en remettre à la surveillance de l'État pour accroître la probabilité de détection des contraventions à la législation sur les valeurs mobilières et pour assurer un meilleur respect de certaines lois 1). La réflexion entreprise sous la loi Sarbanes Oxley s'est intensifiée avec

---

qui vendaient des biens défectueux à l'armée durant la guerre civile. Cette loi, qui a mis en place différents recours *qui tam* pouvant être pris par les citoyens au nom du gouvernement sans égard à l'existence d'un préjudice personnel, en constitue une autre illustration. Voir J Randy Beck, « The False Claims Act and the English Eradication of Qui Tam Legislation » (2000) 78 NCL Rev 539 à la p 541.

<sup>25</sup> Ramirez, *supra* note 8 à la p197.

<sup>26</sup> Aux États-Unis, tel que mentionné précédemment, une des plus anciennes lois en matière de dénonciation est sans doute la *False Claim Act*. Selon les dispositions de cette loi, qui est toujours en vigueur malgré certaines modifications importantes, un citoyen qui découvre qu'un acte cause un préjudice à une autorité publique peut entreprendre un recours *qui tam* au nom du gouvernement, et cela, sans égard à l'existence d'un préjudice personnel. Dans l'éventualité où la personne effectuant la dénonciation gagne son recours, il peut réclamer un pourcentage de ce qui est ainsi récupéré. Malgré l'âge de cette législation, la *False Claim Act* n'est pas originale en son genre puisqu'elle est inspirée, voire empruntée, au droit anglais qui a eu cours durant plusieurs centaines d'années avant d'être abolie, en 1951, compte tenu des conflits d'intérêts inhérents à cette façon de faire. En effet, le législateur anglais a considéré que l'intérêt pécuniaire accordé aux informateurs entrain en conflit avec l'intérêt public au cœur du litige en incitant les particuliers à agir afin de s'enrichir personnellement et a décidé de privilégier une application par le biais de poursuites pénales intentée, le cas échéant, par les autorités publiques en charge des lois spécifiques. Voir Beck, *supra* note 24 aux pp 561-63.

l'adoption de la loi Dodd Frank<sup>27</sup> qui prévoit l'octroi d'incitatifs financiers afin de favoriser la dénonciation de comportements inappropriés au sein des sociétés cotées 2).

### 1) *La loi Sarbanes Oxley*

La loi Sarbanes Oxley a été adoptée par le Congrès états-unien en 2002 en réponse aux différents scandales financiers, notamment dans le but d'inciter les employés des sociétés privées à dénoncer les situations problématiques dont ils sont témoins en leur offrant une meilleure protection contre les représailles<sup>28</sup>. Pour atteindre cet objectif, la loi vise à accroître les bénéfices liés à la dénonciation en diminuant les coûts qui lui sont liés en jouant sur l'analyse coûts/bénéfices qui est généralement faite par les employés par le truchement de deux stratégies.

Dans un premier temps, l'article 301 prévoit que le comité d'audit d'une société doit établir des procédures internes<sup>29</sup> qui permettent aux employés de déposer des plaintes ou de dénoncer anonymement les situations problématiques liées à la comptabilité ou à la vérification comptable des affaires de la société. Cette obligation vise à inciter ceux-ci à communiquer l'information qu'ils possèdent en établissant un contexte favorable. En effet, cette obligation s'appuie sur l'idée que la dénonciation s'effectuera plus aisément et qu'elle sera plus acceptable aux yeux des autres s'il existe un mécanisme qui a l'approbation des dirigeants, qui est visible et permet aux employés de rapporter ce qu'ils observent<sup>30</sup>. Ce type de mesure envoie le message que les employés font partie du système de gouvernance de la société et qu'ils participent à son bon fonctionnement et n'agissent pas à l'encontre de cette dernière.

Selon le professeur Moberly, l'obligation pour les sociétés de mettre en place des mécanismes internes de dénonciation risque de susciter davantage de dénonciation de la part des employés puisque le modèle s'attaque à deux problèmes : (1) la règle du silence qui règne au sein des sociétés et (2) la tradition de filtrer ou d'entraver les dénonciations qui sont

---

<sup>27</sup> *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act of 2010*, Pub L No 111-203, HR 4173.

<sup>28</sup> Plutôt que de les laisser à la merci d'une législation étatique complexe et éparse. Voir Ramirez, *supra* note 8 à la p 198.

<sup>29</sup> La loi Sarbanes-Oxley ne prévoit pas les caractéristiques que doivent posséder les structures de dénonciation, ce qui laisse une certaine flexibilité aux sociétés qui peuvent adapter le mécanisme de dénonciation à la taille de l'entreprise.

<sup>30</sup> Richard Moberly, « Sarbanes Oxley's Structural Model to Encourage Corporate Whistleblowers » (2006) BYUL Rev 1107 aux pp 1131-32.

faites par les employés<sup>31</sup>. Moberly ajoute que les règles de la loi Sarbanes Oxley obligent les sociétés à établir un canal légitime qui permet aux employés de s'adresser directement à des administrateurs indépendants de la société ce qui réduit les problèmes d'agence qui peuvent être rencontrés lorsque les employés dénoncent les problèmes à des personnes qui occupent un poste intermédiaire dans la direction de la société, ainsi que les coûts de surveillance.

Dans un deuxième temps, la loi met l'accent sur les mesures de protection des employés afin de réduire les risques de représailles à la suite d'une dénonciation<sup>32</sup>. En ce sens, l'article 806 de la loi définit libéralement ce qui est considéré comme étant des représailles<sup>33</sup> et prévoit de nombreux

<sup>31</sup> *Ibid* à la p 1109.

<sup>32</sup> *Ibid* à la p 1108. Tel que nous l'avons évoqué, les mesures de protection contre les représailles découlant d'une dénonciation ont en effet pour objectif de motiver les employés à divulguer l'information dont ils disposent en contrôlant les coûts qui peuvent se rattacher à ce geste. Malgré cela, certains voient toutefois dans ce type de mesure un incitatif pour les employés à poser des gestes opportunistes.

<sup>33</sup> *Loi Sarbanes Oxley, supra* note 1, art 806 : « PROTECTION FOR EMPLOYEES OF PUBLICLY TRADED COMPANIES WHO PROVIDE EVIDENCE OF FRAUD.

(a) IN GENERAL—Chapter 73 of title 18, United States Code, is amended by inserting after section 1514 the following:

“§ 1514A Civil action to protect against retaliation in fraud cases

“(a) WHISTLEBLOWER PROTECTION FOR EMPLOYEES OF PUBLICLY TRADED COMPANIES—No company with a class of securities registered under section 12 of the Securities Exchange Act of 1934 (15 USC 78l), or that is required to file reports under section 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 USC 78o(d)), or any officer, employee, contractor, subcontractor, or agent of such company, may discharge, demote, suspend, threaten, harass, or in any other manner discriminate against an employee in the terms and conditions of employment because of any lawful act done by the employee—

“(1) to provide information, cause information to be provided, or otherwise assist in an investigation regarding any conduct which the employee reasonably believes constitutes a violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders, when the information or assistance is provided to or the investigation is conducted by—

“(A) a Federal regulatory or law enforcement agency;

“(B) any Member of Congress or any committee of Congress; or

“(C) a person with supervisory authority over the employee (or such other person working for the employer who has the authority to investigate, discover, or terminate misconduct); or

“(2) to file, cause to be filed, testify, participate in, or otherwise assist in a proceeding filed or about to be filed (with any knowledge of the employer) relating to an alleged violation of section 1341, 1343, 1344, or 1348, any rule or regulation of the Securities and Exchange Commission, or any provision of Federal law relating to fraud against shareholders. ».

mécanismes de réparation. Ainsi, dans l'éventualité où des représailles sont imposées à l'encontre d'une personne ayant effectué une dénonciation mettant en lumière un acte illicite, l'article 806 reconnaît le droit à cette personne de prendre un recours<sup>34</sup> pour obtenir le versement de dommages compensatoires équitables<sup>35</sup> si elle peut établir par prépondérance de la preuve que la conduite protégée constitue un facteur ayant contribué à la survenance des représailles<sup>36</sup>. De même, la loi prévoit qu'il est également possible de déposer une plainte de nature criminelle. Dans ce cadre, la loi Sarbanes Oxley prévoit que toute personne qui prend des mesures à l'encontre d'un salarié pour l'empêcher de transmettre des informations utiles peut encourir une peine de prison de 10 ans et une amende de 250 000 \$<sup>37</sup>.

Or, malgré les intentions louables et la présence d'un certain enthousiasme face aux changements proposés par la loi Sarbanes Oxley, les mesures proposées se sont avérées insuffisantes pour assurer une protection adéquate des droits des dénonciateurs ou encore, pour les inciter à dénoncer des situations qui leur paraissent discutables. Selon Blount et Markel, les dispositions de la loi Sarbanes Oxley n'ont pas eu les effets escomptés parce qu'elles n'incitent pas les détenteurs d'information à dénoncer les fraudes compte tenu du manque de protection accordée aux dénonciateurs et de l'absence d'incitatifs poussant les gens détenant de l'information à divulguer cette dernière<sup>38</sup>. Ceci s'explique, selon eux, en raison du fait que :

1. La loi Sarbanes Oxley ne comporte pas d'incitatifs financiers pour encourager les informateurs à dénoncer les fraudes perçues;
2. Le processus bureaucratique entourant la formulation d'une plainte dans les cas de représailles entraîne des délais importants

---

<sup>34</sup> Soulignons toutefois que les délais pour agir sont très courts.

<sup>35</sup> La loi Sarbanes Oxley ne prévoit toutefois pas la possibilité pour l'employé victime de représailles de demander le versement de dommages punitifs ou d'une compensation pour l'angoisse causé par la situation. Il est toutefois possible de réclamer les frais liés à la consultation d'un expert, ainsi que les frais de représentation par avocat.

<sup>36</sup> Ramirez, *supra* note 8 à la p 213.

<sup>37</sup> L'article 1107 prévoit des pénalités pour les sociétés ou les individus qui intentionnellement posent des gestes de représailles à l'endroit de dénonciateurs.

<sup>38</sup> Justin R Blount et Spencer Markel, « The End of the Internal Compliance World as We Know It, or an Enhancement of the Effectiveness of Securities Law Enforcement? Bounty Hunting Under the Dodd-Frank Act's Whistleblower Provisions », en ligne : (2012) 17 *Fordham Journal of Corporate and Financial Law* 1 à la p 9 <<http://ssrn.com/abstract=1925463>>.

avant qu'une cause ne soit entendue ce qui peut entraîner de sérieux préjudices pour le dénonciateur<sup>39</sup>;

3. Les délais de protection ne couvrant que 90 jours, ceci diminue l'efficacité de la protection accordée en cas de représailles<sup>40</sup>;
4. Le SOX ne prévoit que le versement de dommages compensatoires équitables et ne permet pas l'octroi de dommages punitifs ou de dommage pour l'angoisse causé par la situation<sup>41</sup>.

À ces justifications spécifiques, s'ajoute le fait que les dénonciateurs sont souvent peu informés des mesures de protection qui leur sont offertes. De même, lorsqu'ils sont informés de l'existence de cette protection, il leur est par ailleurs complexe de déterminer l'étendue de cette protection (par exemple, la loi Sarbanes Oxley ne s'applique qu'à certains types de dénonciations ainsi qu'à certains types d'employés).

C'est donc en réponse à ces critiques que le gouvernement états-unien a adopté la loi Dodd Frank.

## 2) *Les changements apportés par la loi Dodd Frank*

Il y a trois différences notables entre les règles relatives à la dénonciation que l'on retrouve dans la loi Sarbanes Oxley et celles que l'on retrouve dans la loi Dodd Frank. Tout d'abord, les dispositions contenues dans la loi Dodd Frank prévoient des incitatifs financiers lorsque certaines circonstances sont réunies. L'article 922 de la loi Dodd Frank prévoit qu'une récompense variant entre 10 et 30 % peut être versée<sup>42</sup> aux

---

<sup>39</sup> Le fait que les employés ont l'obligation de s'adresser à un tribunal administratif avant de s'adresser aux tribunaux alourdit le processus de réclamation. Aux États-Unis, c'est le Occupational Safety and Health Administration office (OSHA) qui recueille les plaintes en lien avec l'application de la loi Sarbanes Oxley dans les cas de discrimination subis par des dénonciateurs qui ont révélé des fraudes financières.

<sup>40</sup> En effet, il semble que le délai de 90 jours, qui est accordé pour formuler une demande, diminue l'efficacité de la protection accordée par la loi puisqu'il laisse peu de temps aux employés pour considérer leurs options, embaucher un avocat et permettre à ce dernier d'enquêter sur les mérites de la cause avant d'enregistrer une plainte.

<sup>41</sup> Blount et Markel, *supra* note 38 aux pp 9-10.

<sup>42</sup> Dans ce cadre, la loi Dodd Frank accorde un vaste pouvoir discrétionnaire à la SEC qui a le pouvoir de tripler le pourcentage applicable pour déterminer le montant de la prime devant être versée. Ce pouvoir discrétionnaire est toutefois limité par la possibilité d'en appeler devant la Cour fédérale d'appel lorsqu'il s'agit de la détermination de la prime (il n'est toutefois pas possible d'en appeler du montant versé si ce dernier se situe entre 10 et 30 %).

personnes<sup>43</sup> qui permettent à la SEC de découvrir une contravention aux règles applicables dans le domaine des valeurs mobilières si certaines conditions sont remplies<sup>44</sup>. Notamment, l'informateur doit divulguer des informations originales et qu'il croit liées à une violation possible de la législation encadrant le domaine des valeurs mobilières. De plus, ces informations doivent entraîner une sanction monétaire qui excède 1 000 000 \$.

À cet incitatif monétaire important, s'ajoute des dispositions assurant une meilleure protection des dénonciateurs contre les risques de représailles<sup>45</sup> peu importe que l'information rapportée ait donné ouverture à une enquête ou à des procédures<sup>46</sup>. Cette protection plus élevée s'avérerait nécessaire à la lumière de certaines études, dont celle menée par Dyck, Morse et Zingales en 2010<sup>47</sup> qui soulignait que les employés effectuant une dénonciation sous la loi Sarbanes Oxley faisaient face à des conséquences importantes et que peu d'entre eux avaient vu leurs démarches couronnées de succès lorsqu'ils avaient déposé une plainte en vertu de cette loi<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Le fait que la loi prévoit des incitatifs financiers (récompense pour les dénonciateurs qui ont permis de prendre un recours à l'encontre d'une société ayant commis une fraude) incite toutefois les dénonciateurs à divulguer l'information à un organisme externe.

<sup>44</sup> Il existe un formulaire de réclamation de prime, qui lui ne peut être soumis de manière anonyme (formulaire WB-APP). Ces primes se calculent sur le montant du jugement lorsque celui-ci est de plus d'un million de dollars, cela vise tant les recours judiciaires qu'administratifs.

<sup>45</sup> Voir *Implementation of the Whistleblower Provisions of Section 21F of the Securities Exchange Act of 1934*, No 34-64545 17 CFR 240.

<sup>46</sup> Selon l'étude menée par Baloria et al, 97% des 401 réponses analysées étaient favorables à cette protection étendue des droits des dénonciateurs. Certains ont même proposé de mettre en place des dispositions accordant une protection encore plus large visant notamment les personnes qui divulguent de l'information par le biais des mécanismes internes et non directement à la SEC, ainsi que la création d'un fonds d'indemnisation des dénonciateurs qui perdent leur emploi entre le moment où ils ont dénoncé une situation et la fin de l'enquête menée par la SEC. Ceci donne toutefois ouverture à la possibilité que des employés dénoncent des situations dans le seul objectif de se protéger contre une éventuelle mise à pied ou contre des sanctions disciplinaires. Voir Vishal P Baloria, Carol A Marquardt et Christine I Wiedman, « A Lobbying Approach to Evaluating the Whistleblower Provisions of the Dodd Frank Reform Act of 2010 » (1er octobre 2011), CAAA Annual Conference 2012, à la p 7 en ligne: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1923310](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923310)>.

<sup>47</sup> Alexander Dyck, Adair Morse et Luigi Zingales, « Who Blows the Whistle on Corporate Fraud? » (2010) 65 J Fin 2213.

<sup>48</sup> Baloria, Marquardt et Wiedman, *supra* note 46 à la p 7.

Ainsi, depuis le 12 août 2011, soit la date d'entrée en vigueur de la loi Dodd Frank, les employés qui souhaitent dénoncer une situation problématique peuvent contacter directement la SEC<sup>49</sup>, non seulement en cas de délits d'initié, mais également pour signaler toute contravention à la loi Sarbanes Oxley, à la Securities Act de 1934, ou à une autre loi sujette à la juridiction de la SEC<sup>50</sup>. Par ailleurs, la loi Dodd Frank permet au dénonciateur de prendre un recours privé devant un tribunal judiciaire dans l'éventualité où il subit des représailles à la suite de tout acte légalement posé qui visait à donner de l'information au SEC. Ce droit vise à réduire les délais que l'on rencontrait sous la loi Sarbanes Oxley. De plus, l'article 922 incite les employés à dénoncer les cas de fraude en donnant plus de mordant aux moyens qui peuvent être appliqués par les tribunaux dans le cas où la société ou ses agents exercent des représailles contre l'informateur. Notamment, le tribunal possède le pouvoir d'obliger la société à rétablir l'employé dans ses fonctions, à lui rembourser en double le salaire manqué plus les intérêts et à l'indemniser pour les frais du recours, les frais d'expertise ainsi que les frais reliés aux services d'un avocat.

Enfin, la dernière différence marquante entre la loi Sarbanes Oxley et la loi Dodd Frank vise le canal par le biais duquel l'information peut être dénoncée. Alors que la loi Sarbanes Oxley prévoit que l'information doit être transmise par le biais du système interne de conformité, la loi Dodd Frank prévoit plutôt la possibilité pour le dénonciateur de passer outre le système interne pour rapporter directement l'information à la SEC. Malgré cette possibilité d'effectuer une dénonciation directement auprès de la SEC, il est également possible pour le dénonciateur de rapporter les informations qu'il détient par la voie qu'il préfère, dont par l'envoi d'une simple lettre<sup>51</sup>, ou encore par le biais du formulaire TCR (Tip, Complaint or Referral)<sup>52</sup> qui peut être soumis de manière anonyme par le biais d'un avocat<sup>53</sup>.

Ainsi, si la loi Dodd Frank incorpore plusieurs des éléments qui ont assuré le succès de certains programmes de dénonciation, elle corrige également certains des problèmes observés dans les législations ayant eu un succès mitigé et ayant entraîné un nombre peu élevé de dénonciations.

---

<sup>49</sup> Sans devoir respecter une forme de communication particulière. Voir *Kramer v Trans-Lux Corp.*, 2012 WL 4444820 (Conn Dist Ct 2012) à la p 8 en ligne: <<http://courtweb.pamd.uscourts.gov/courtwebsearch/ctxc/11cv1424mtdrul.pdf>> [*Kramer*].

<sup>50</sup> Baloria, Marquardt et Wiedman, *supra* note 46 à la p 1.

<sup>51</sup> *Kramer*, *supra* note 49 à la p 7.

<sup>52</sup> En ligne: <<http://www.sec.gov/about/forms/formtcr.pdf>>.

<sup>53</sup> Dans tous les cas ce formulaire doit toutefois être signé par celui qui communique les informations.

Cette première partie nous ayant permis de définir ce qu'est la dénonciation et de la situer parmi les mécanismes de gouvernance existants, nous consacrerons la prochaine partie aux différents éléments qui doivent faire partie de la réflexion canadienne quant à l'opportunité de mettre (ou non) en place ce type de mécanisme.

### *3. L'implantation d'un système de dénonciation au Canada*

Les définitions de la dénonciation répertoriées sous-tendent généralement un processus en quatre étapes :

1. L'avènement d'une situation problématique, illégale ou non éthique;
2. L'évaluation et analyse des faits par une personne ayant connaissance de la situation afin de lui permettre de décider s'il est approprié de la dénoncer;
3. Le choix de dénoncer la situation ou de demeurer silencieux par loyauté ou négligence, ou de quitter l'organisation;
4. Dans l'éventualité d'une dénonciation, l'organisation réagit favorablement en corrigeant la situation dénoncée, privilégie la passivité, ou exerce des représailles contre le dénonciateur.

Dans ce contexte, l'implantation d'un système de dénonciation nécessite une réflexion sur ce qui est nécessaire pour inciter les personnes à divulguer l'information, ainsi que sur les mesures qui sont essentielles pour restreindre les dénonciations sans fondement et/ou fausses<sup>54</sup>. Afin d'encourager les dénonciations rapides d'information importante aux autorités responsables tout en dissuadant les dénonciations frivoles, il est nécessaire de considérer plusieurs aspects. C'est à cette tâche que nous nous emploierons dans les pages qui suivent. Pour ce faire, nous examinerons tout d'abord différents aspects qui ont suscité l'intérêt d'auteurs qui se sont penchés sur ces questions A) pour ensuite, nous attarder sur leurs avantages et inconvénients B).

#### *A) La nature des interrogations devant paver le chemin menant à l'adoption de règles favorisant la dénonciation*

Afin d'inciter les personnes qui possèdent de l'information à la partager, il est nécessaire de se poser plusieurs questions qui rendent compte de la

---

<sup>54</sup> Fleischer et Schmolke, *supra* note 5 à la p 6.

réalité propre aux acteurs impliqués. Voici une liste de points, qui ne sont pas indépendants les uns des autres, qui méritent d'être considérés :

- Le type de contravention visé par la dénonciation pour que ces dernières bénéficient des avantages découlant des règles adoptées?
- Qui sont les personnes pouvant effectuer une dénonciation protégée?
- À qui la dénonciation doit-elle être faite pour être protégée?
- Quel type de représailles est interdit?
- Souhaite-t-on adopter des règles protégeant la confidentialité de l'information communiquée ou l'anonymat du dénonciateur?
- Est-ce que les intentions (ou la bonne foi) du dénonciateur doivent être prises en considération?
- Quelle est l'étendue de l'immunité que l'on accorde au dénonciateur dans l'éventualité où il a participé à l'acte dénoncé?
- Le caractère opportun d'accorder des incitatifs financiers pour encourager les personnes qui détiennent de l'information pertinente à la communiquer.
- Souhaite-t-on obliger les employeurs à mettre en place des règles internes incitant les employés à dénoncer les situations problématiques qu'ils constatent?<sup>55</sup>

Sans avoir la prétention d'examiner chacun de ces points de manière exhaustive, puisque, tel que nous l'avons précisé, ce texte se veut exploratoire, nous proposons dans les lignes qui suivent d'analyser des points de vue différents ayant été exprimés afin de faire ressortir certains enjeux en lien avec l'adoption de règles favorisant la dénonciation.

---

<sup>55</sup> Plusieurs de ces questions sont soulevées dans le rapport de Kathleen Clark, « White Paper on the Law of Whistleblowing » (1<sup>er</sup> novembre 2012), aux pp 4-5 en ligne: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2176293](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176293)>.

1) *Quel est le type de contraventions qui doit être dénoncé et qui sont les personnes pouvant effectuer une dénonciation protégée?*

La définition de la notion de dénonciation ainsi que l'identification des personnes qui peuvent bénéficier de la protection de la loi constituent des éléments clés. En effet, en établissant une définition claire de la nature des dénonciations qui sont protégées et en précisant qui sont les personnes qui peuvent bénéficier de cette protection<sup>56</sup>, la loi accroît la confiance du dénonciateur. De même, lorsque la loi précise les infractions, les comportements ou les situations découragés, elle incite à la dénonciation en donnant davantage de certitude.

Le *Public Interest Disclosure Act*<sup>57</sup> anglais fournit une bonne illustration de la définition du type d'information protégée par la loi, des circonstances permettant d'obtenir la protection, ainsi que des personnes qui peuvent tirer profit de celle-ci<sup>58</sup>. L'article 43B de cette loi indique qu'une dénonciation protégée vise :

- (1) [...] any disclosure of information which, in the reasonable belief of the worker making the disclosure, tends to show one or more of the following-
  - (a) that a criminal offence has been committed, is being committed or is likely to be committed,
  - (b) that a person has failed, is failing or is likely to fail to comply with any legal obligation to which he is subject,
  - (c) that a miscarriage of justice has occurred, is occurring or is likely to occur,
  - (d) that the health or safety of any individual has been, is being or is likely to be endangered,
  - (e) that the environment has been, is being or is likely to be damaged, or
  - (f) that information tending to show any matter falling within any one of the preceding paragraphs has been, is being or is likely to be deliberately concealed.
- (2) For the purposes of subsection (1), it is immaterial whether the relevant failure occurred, occurs or would occur in the United Kingdom or elsewhere, and whether the law applying to it is that of the United Kingdom or of any other country or territory.
- (3) A disclosure of information is not a qualifying disclosure if the person making the disclosure commits an offence by making it.

---

<sup>56</sup> Souhaite-t-on que seules les personnes qui sont ou ont été employés de la société puisse bénéficier de la protection offerte par la loi dans l'éventualité où ils communiquent de l'information en lien avec une contravention en cours ou ayant eu lieu ou souhaite-t-on que d'autres personnes pouvant être mises en contact avec de l'information pertinente – avocat, auditeur, comptable, ou autres personnes liées contractuellement à la société ... puisse également invoquer cette protection?

<sup>57</sup> Les dispositions de cette loi font désormais partie de l'*Employment Rights Act of 1996*.

<sup>58</sup> Voir les articles 43A et 43B de la partie IVA de la loi.

(4) A disclosure of information in respect of which a claim to legal professional privilege (or, in Scotland, to confidentiality as between client and professional legal adviser) could be maintained in legal proceedings is not a qualifying disclosure if it is made by a person to whom the information had been disclosed in the course of obtaining legal advice.

(5) In this Part “the relevant failure”, in relation to a qualifying disclosure, means the matter falling within paragraphs (a) to (f) of subsection (1).

Si cette disposition possède des avantages certains, elle possède toutefois ses inconvénients. En effet, elle comporte une couverture trop large en ce qui a trait aux situations pouvant faire l’objet d’une dénonciation ce qui peut entraîner de la confusion ou faire en sorte que la personne qui souhaite effectuer une dénonciation doit consulter un juriste pour s’assurer qu’il est effectivement protégé en cas de représailles. Par ailleurs, en ciblant seulement les employés (« workers »), cette loi oblige les personnes qui ne sont pas à l’emploi de l’organisation ciblée à s’adresser aux tribunaux en ayant recours aux règles de preuve habituelles pour établir leur dommage sans bénéficier d’aucune présomption.

En comparaison, au Canada, la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d’actes répréhensibles*<sup>59</sup> prévoit une protection pour toute personne employée dans le secteur public, pour tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ainsi que pour tout administrateur général contre les représailles pouvant survenir à la suite d’une dénonciation. La loi s’applique aux actes répréhensibles commis au sein du secteur public ou le concernant, tel que :

- a) la contravention d’une loi fédérale ou provinciale ou d’un règlement pris sous leur régime, à l’exception de la contravention de l’article 19 de la présente loi;
- b) l’usage abusif des fonds ou des biens publics;
- c) les cas graves de mauvaise gestion dans le secteur public;
- d) le fait de causer — par action ou omission — un risque grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaine ou pour l’environnement, à l’exception du risque inhérent à l’exercice des attributions d’un fonctionnaire;
- e) la contravention grave d’un code de conduite établi en vertu des articles 5 ou 6;

---

<sup>59</sup> LC 2005, c 46.

- f) le fait de sciemment ordonner ou conseiller à une personne de commettre l'un des actes répréhensibles visés aux alinéas a) à e).

De son côté, la loi Sarbanes Oxley est plus spécifique sur la nature de l'information qui permettra au dénonciateur d'invoquer la protection de la loi.

Sec 301 COMPLAINTS—Each audit committee shall establish procedures for—  
 (A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and  
 (B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters.

Il est donc possible de prévoir une définition plus large couvrant de manière générale les dénonciations en lien avec des sujets variés<sup>60</sup>, ou encore une définition plus ciblée, tel que celle retrouvée dans la loi Sarbanes Oxley.

En ce qui a trait au bénéficiaire de la protection dans un contexte de dénonciation, la loi australienne fournit un exemple pertinent.

A disclosure of information by a person (the *discloser*) qualifies for protection under this Part if:

- (a) the discloser is:  
 (i) an officer of a company; or  
 (ii) an employee of a company; or  
 (iii) a person who has a contract for the supply of services or goods to a company; or  
 (iv) an employee of a person who has a contract for the supply of services or goods to a company;<sup>61</sup>

Pour sa part, la loi Dodd Frank prévoit une définition beaucoup plus libérale en indiquant que :

(6) WHISTLEBLOWER — The term ‘whistleblower’ means any individual who provides, or 2 or more individuals acting jointly who provide, information relating to a violation of the securities laws to the Commission, in a manner established, by rule or regulation, by the Commission.

Deux approches peuvent être envisagées : soit établir une liste exhaustive de personnes qui pourront invoquer la protection de la loi, soit prévoir une définition plus générale et englobante.

<sup>60</sup> Tel que ce que l'on retrouve dans la *Protected Disclosures Act* jamaïcaine.

<sup>61</sup> *Corporation Act 2001* (Cth), art 1317AA.

## 2) À qui la dénonciation doit-elle être faite pour être protégée?

Souhaite-t-on favoriser les dénonciations internes ou encore les dénonciations externes? Le cas échéant, quelle est la séquence à suivre dans l'éventualité où il est possible de s'adresser à plusieurs personnes ou à des institutions différentes pour effectuer une dénonciation? Par exemple, un employé doit-il débiter par une dénonciation interne (voie officielle) et s'adresser à l'externe seulement dans certaines situations? S'il a d'abord dénoncé la situation à l'interne ou à l'autorité désignée, mais (a) que ces personnes ont décidé de ne pas faire enquête pour vérifier la véracité des allégations, (b) ou que ces personnes ont décidé d'effectuer des vérifications, mais sans que l'enquête ne soit complétée dans des délais raisonnables, (c) ou encore, si ces personnes ont procédé à une enquête, mais ont décidé de ne pas réagir, (d) ou si elles n'ont pas fait de suivi auprès du dénonciateur dans des délais donnés, peut-il dans ces circonstances s'adresser à un organisme externe, voire aux médias et bénéficier, malgré tout, de la protection légale contre les représailles?

C'est à ce type d'interrogations que la législation en matière de dénonciation doit tenter de répondre en établissant la procédure à suivre pour dénoncer une situation frauduleuse, illicite ou douteuse en termes de conformité. Dans ce contexte, les dispositions établissant la procédure à suivre doivent maintenir l'équilibre entre la dénonciation interne et la dénonciation externe<sup>62</sup>.

Il faut reconnaître que la dénonciation interne permet aux sociétés de régler plus efficacement les situations dénoncées en effectuant les vérifications requises<sup>63</sup>. De plus, elle réduit le temps et les ressources nécessaires pour faire la lumière sur la situation problématique dénoncée

---

<sup>62</sup> Ramirez, *supra* note 8 à la p 201.

<sup>63</sup> En effet, tel qu'une décision arbitrale de la Colombie-Britannique l'indiquait : « Ce n'est ni dans l'intérêt du public ni dans l'intérêt à long terme de l'employeur que, par crainte de perdre leur emploi, ces employés soient intimidés au point de ne pas porter un acte fautif à l'attention des personnes susceptibles d'y remédier. Toutefois, l'obligation de loyauté impose à l'employé d'épuiser les mécanismes internes avant de se prévaloir des « mécanismes publics ». De tels mécanismes internes visent à faire en sorte que la réputation de l'employeur ne soit pas entachée par des accusations injustifiées, s'appuyant sur des renseignements inexacts. L'enquête interne offre un moyen approprié de faire appel à l'expérience et aux connaissances de plusieurs personnes pour régler tout problème qui pourrait ne viser qu'un seul employé. » Voir *Re Ministry of Attorney-General, Corrections Branch and British Columbia Government Employee's Union*, (1981) 3 LAC (3d) 140 au para 163 (Ce passage fût traduit par la Cour Suprême du Canada dans l'affaire *Merk*, *supra* note 14 au para 23).

au bénéfice de la société et de ses différentes parties prenantes<sup>64</sup>. De même, la dénonciation interne permet de réduire les conséquences néfastes, tel que les effets négatifs sur l'image de la société, ou encore les enquêtes par les autorités<sup>65</sup>. En effet, la dénonciation à un organisme externe est susceptible d'attirer une attention négative sur l'organisation faisant l'objet de la dénonciation et conséquemment de lui causer de graves dommages<sup>66</sup>.

Enfin, la présence de mécanismes facilitant ou encourageant la dénonciation interne participe au sentiment de loyauté des employés ce qui est susceptible de les inciter à emprunter cette voie. Par ailleurs, la dénonciation interne est généralement mieux reçue par les dirigeants puisque cela leur permet de tenter de régler une situation avant qu'un scandale n'éclate. Considérant cette perception positive des dirigeants, la dénonciation interne risque d'entraîner des conséquences moins graves pour le dénonciateur.

Dans cette perspective, certaines lois proposent plusieurs voies par lesquelles il est possible d'effectuer une dénonciation, tant à l'interne, qu'à l'externe, parfois en établissant une hiérarchie entre les différents modes de dénonciation et en accordant une protection aux dénonciateurs en fonction du respect de cette structure. Soulignons toutefois que la plupart des lois<sup>67</sup> favorisent la dénonciation à l'interne dans un premier temps, la dénonciation externe constituant généralement une option secondaire s'offrant dans

---

<sup>64</sup> En effet, l'employeur est généralement le mieux placé pour faire une enquête rapide, efficace et équitable sur une situation puisqu'il connaît la personnalité de ses employés et le contexte dans lequel ils œuvrent.

<sup>65</sup> En ce sens, la divulgation à l'interne accorde une chance à l'institution de remédier à la situation avant que celle-ci ne devienne un scandale et constitue conséquemment une formule qui est normalement privilégiée par les dirigeants des sociétés. Tim Barnett, Daniel S Cochran et Stephen G Taylor, « The Internal Disclosure Practice of Private-Sector Employers : An Initial Look at Their Relationship to Employee Whistleblowing » (1993) 12 *Journal of Business Ethics* 127 à la p 128; Marcia P Miceli, Janet P Near et Terry M Dworkin, « A Word to the Wise: How Managers and Policy Makers can Encourage Employees to report Wrongdoing » (2009) 86 *Journal of Business Ethics* 379 à la p 380; Moberly, *supra* note 30 à la p 1151.

<sup>66</sup> De ce fait, la possibilité que les employés dénoncent une situation à un organisme externe dans l'éventualité où la société n'agit pas à la suite d'une première communication d'information, peut donner un fort incitatif à la société à prendre sérieusement ses responsabilités en matière de dénonciation. Voir Tim Barnett, « A preliminary Investigation of the Relationship Between Selected Organizational Characteristics and External Whistleblowing by Employees » (1992) 11:12 *Journal of Business Ethics* 949 à la p 950.

<sup>67</sup> C'est l'approche qui a été retenue notamment en Nouvelle-Zélande ainsi qu'au Queensland en Australie.

l'éventualité où la dénonciation interne s'est avérée infructueuse ou impraticable dans les circonstances<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> En effet, la majorité des lois consultées considère qu'il est préférable que les employés aient recours aux mécanismes internes existants avant de recourir à des mécanismes externes, à moins qu'il n'existe des motifs raisonnables de ne pas procéder ainsi. Par exemple, il peut être raisonnable de ne pas avoir recours aux mécanismes internes, si cela serait futile, ou dans l'éventualité où les procédures internes mises en place par un employeur sont injustes, ou si l'employé risque de subir d'importants préjudices s'il dénonce une situation problématique en utilisant la procédure interne, ou si l'employé craint que sa dénonciation soit utilisée pour détruire ou cacher la preuve relative à la situation dénoncée. Par ailleurs, la plupart des lois consultées ne protègent pas les dénonciateurs s'ils se sont adressés aux médias (sauf dans certaines situations exceptionnelles). Par exemple, en Angleterre, on accorde une protection aux dénonciateurs qui se sont tournés vers les médias pour dénoncer une situation dans certains cas spécifiques. Voir par ex *Employment Rights Act 1996* (R-U), c 18, art 43G :

- (1) A qualifying disclosure is made in accordance with this section if—
  - (a) the worker makes the disclosure in good faith,
  - (b) he reasonably believes that the information disclosed, and any allegation contained in it, are substantially true,
  - (c) he does not make the disclosure for purposes of personal gain,
  - (d) any of the conditions in subsection (2) is met, and
  - (e) in all the circumstances of the case, it is reasonable for him to make the disclosure.
- (2) The conditions referred to in subsection (1)(d) are—
  - (a) that, at the time he makes the disclosure, the worker reasonably believes that he will be subjected to a detriment by his employer if he makes a disclosure to his employer or in accordance with section 43F,
  - (b) that, in a case where no person is prescribed for the purposes of section 43F in relation to the relevant failure, the worker reasonably believes that it is likely that evidence relating to the relevant failure will be concealed or destroyed if he makes a disclosure to his employer, or
  - (c) that the worker has previously made a disclosure of substantially the same information—
    - (i) to his employer, or
    - (ii) in accordance with section 43F.
- (3) In determining for the purposes of subsection (1)(e) whether it is reasonable for the worker to make the disclosure, regard shall be had, in particular, to—
  - (a) the identity of the person to whom the disclosure is made,
  - (b) the seriousness of the relevant failure,
  - (c) whether the relevant failure is continuing or is likely to occur in the future,
  - (d) whether the disclosure is made in breach of a duty of confidentiality owed by the employer to any other person,
  - (e) in a case falling within subsection (2)(c)(i) or (ii), any action which the employer or the person to whom the previous disclosure in accordance with section 43F was made has taken or might reasonably be expected to have taken as a result of the previous disclosure, and

### 3) *Obligation pour les sociétés de mettre en place des règles internes facilitant la dénonciation*

La dénonciation fait appel à l'exercice du pouvoir de supervision des administrateurs. Considérant que les sociétés préfèrent généralement que les personnes qui possèdent de l'information pertinente aient recours aux mécanismes internes lorsqu'elles effectuent une dénonciation et que le législateur privilégie également ce choix, existe-t-il des moyens qui incitent naturellement les dénonciateurs à procéder de cette façon<sup>69</sup>?

En réponse à cette question, nombreux sont ceux qui proposent<sup>70</sup> qu'une des façons d'y arriver consiste à développer des politiques et des procédures internes facilitant la dénonciation de manière confidentielle ou anonyme. Selon ces observateurs, il est possible d'inciter les personnes à privilégier les mécanismes internes par l'adoption de politiques qui énoncent notamment l'obligation pour toutes personnes de privilégier la dénonciation interne, les mécanismes auxquels elles peuvent avoir recours pour effectuer une dénonciation, les procédures d'enquête interne, ainsi que les mesures de protection dont bénéficie le dénonciateur qui effectue de bonne foi une dénonciation<sup>71</sup>.

---

(f) in a case falling within subsection (2)(c)(i), whether in making the disclosure to the employer the worker complied with any procedure whose use by him was authorised by the employer.

(4) For the purposes of this section a subsequent disclosure may be regarded as a disclosure of substantially the same information as that disclosed by a previous disclosure as mentioned in subsection (2)(c) even though the subsequent disclosure extends to information about action taken or not taken by any person as a result of the previous disclosure.

<sup>69</sup> Question que s'est notamment posée Miceli, Near et Dworkin, *supra* note 65 à la p 383.

<sup>70</sup> Moberly, *supra* note 30 aux pp 1131, 1138; Barnet, Cochran et Taylor, *supra* note 65 à la p 128. C'est notamment l'avenue qui est privilégiée par la loi Sarbanes Oxley qui prévoit à son article 301 une obligation pour le comité d'audit de mettre en place une procédure pour la réception et le traitement des dénonciations : « Each audit committee shall establish procedures for— “(A) the receipt, retention, and treatment of complaints received by the issuer regarding accounting, internal accounting controls, or auditing matters; and “(B) the confidential, anonymous submission by employees of the issuer of concerns regarding questionable accounting or auditing matters. » On peut toutefois reprocher à cet article de ne pas imposer d'exigences spécifiques sur le contenu de ces procédures, notamment sur le traitement qui doit être accordé à l'information rapportée et le type de réponse qui doit être donné au dénonciateur et les délais pour le faire.

<sup>71</sup> À titre d'illustration, la loi Sarbanes Oxley requière que les sociétés ouvertes mettent en place une procédure permettant de soumettre de manière confidentielle des informations en lien avec des pratiques douteuses.

En effet, une des préoccupations importantes et légitimes des dénonciateurs découle de la crainte que la dénonciation n'entraîne aucun changement et que la situation divulguée se perpétue<sup>72</sup>. Il va de soi qu'un employé ne souhaite pas assumer les risques liés à une dénonciation, s'il sait que son geste n'entraînera pas les changements souhaités. Une des façons de diminuer cette appréhension consiste à faire valoir l'importance de la contribution des employés pour assurer le bon fonctionnement et la surveillance de la société<sup>73</sup>. En établissant un cadre qui balise le processus de dénonciation, la société envoie le message que la communication par les employés des informations qu'ils possèdent est importante, légitime et valorisée.

En outre, des études suggèrent que les employés suivent souvent le modèle éthique établi par la direction des sociétés et que l'acceptation sociale de ce type de démarche participe à accroître les chances de dénonciation<sup>74</sup>. En ce sens, l'adoption de politiques claires constitue une façon de réduire les conséquences néfastes liées à une dénonciation externe, tout en incitant les employés à briser la règle du silence.

Par ailleurs, la présence de politiques et de directives claires définissant le type de situations qui doit être rapporté et la nature des informations devant être dévoilée est particulièrement importante surtout si la société préserve l'anonymat des employés dénonciateurs. Dans ce dernier cas, puisqu'il est impossible d'interroger le dénonciateur pour obtenir des informations supplémentaires, les politiques doivent aspirer à un juste équilibre entre la quantité d'information qui doit être divulguée afin de permettre la vérification de l'information et le caractère réaliste des exigences imposées. Effectivement, s'il est difficile d'obtenir les

---

<sup>72</sup> Terrence D Miete et Joyce Rothschild, « Whistle Blowing and the Control of Organization Misconduct » (1994) 64:3 Sociological Inquiry 322 aux pp 333-37.

<sup>73</sup> En effet, des études ont démontré que les actions posées au sein des organisations possèdent une influence. Par ailleurs, la structure, ainsi que la taille des sociétés influencent le type d'encouragement qui doit être mis en place pour inciter les employés à dénoncer les situations problématiques qu'ils perçoivent. De ce fait, une variété d'approches peut fonctionner. Voir Moberly, *supra* note 30 aux pp 1144, 1166.

<sup>74</sup> Ramirez, *supra* note 8 à la p 225: « Management can avert most of the fear by demonstrating honest behaviour in its leadership and by conveying an expectation of honest behaviour to employees through meaningful training, rewarding ethical conduct and appropriate whistleblowing activity, responding to whistleblowing activity, responding to whistleblower complaints with action on the issue and feedback to the whistleblower, and disciplining those who commit wrongdoing or retaliate against those who report it. » Une étude australienne récente va également dans ce sens. Voir Peter Roberts, Alexander J Browns et Jane Olsen, « Whistling While they Work – A Good Practice Guide for Managing Internal Reporting of Wrongdoing in Public Sector Organisation », *Australian National University (ANU) Press* (septembre 2011).

informations requises pour effectuer une dénonciation recevable, cela risque d'avoir un effet dissuasif sur les employés qui auront l'impression que le fardeau de preuve exigé est difficile, voire impossible, à atteindre.

De même, l'encadrement de la dénonciation et des mécanismes de protection nécessaires pour en assurer l'efficacité accroît la légitimité de ce mécanisme et fournit une structure plus prévisible pour les dénonciateurs<sup>75</sup>. En outre, l'intégration de la dénonciation dans un code d'éthique, par exemple, lui donne une plus grande visibilité et facilite sa promotion et sa mise en valeur auprès des personnes pouvant participer à l'amélioration de la gouvernance<sup>76</sup>. Aussi, en adoptant des règles garantissant la protection des dénonciateurs, on accroît leur confiance envers les mécanismes internes de dénonciation.

En établissant des politiques internes et des directives applicables aux dénonciations, la société établit explicitement son engagement à écouter les personnes qui souhaitent exprimer certaines préoccupations et à effectuer les changements requis le cas échéant. Ainsi, la mise en place de dispositifs internes visant à faciliter la dénonciation par les employés permet à la direction d'une société de jouer leur rôle et de réagir si nécessaire afin de limiter les impacts que peuvent avoir les actes abusifs ou les contraventions aux règles sur la valeur de la société.

Soulignons toutefois que les avantages découlant de l'adoption de règles établissant une procédure de dénonciation interne s'estompent lorsqu'elles ne sont pas appliquées correctement. Dans ce contexte, les règles peuvent même entraîner un climat de suspicion et de méfiance. En effet, selon certaines études, les employés sont plus enclins à dénoncer une situation problématique lorsqu'ils ont confiance dans le système mis en place au sein de la société<sup>77</sup>. Ainsi, l'expérience de ceux qui ont tenté de rapporter une situation jugée problématique à travers les mécanismes internes est aussi importante que l'existence de politique à ce sujet (une

---

<sup>75</sup> La loi peut encourager la dénonciation de situations problématiques de quatre manières. Tout d'abord, il est possible d'adopter des règles exigeant que les individus dénoncent certains types de situation. De même, il est possible d'interdire les mesures de représailles menées contre une personne qui a effectué une dénonciation et de sanctionner ceux qui les font. Il est également possible d'établir des règles imposant ou encourageant les institutions à mettre en place des mécanismes facilitant la dénonciation. Et enfin, il est possible d'accorder des incitatifs financiers pour ceux qui dénoncent certains types de situation. Voir Clark, *supra* note 55 à la p 2; voir également Fleischer et Schmolke, *supra* note 5 à la p 2.

<sup>76</sup> D'ailleurs, la reconnaissance légale de la dénonciation s'est accrue, entre 2000 et 2009, passant de 44 % à 66 % dans les pays membres de l'OCDE.

<sup>77</sup> « Blowing the Whistle on Workplace Misconduct » (décembre 2010), en ligne: ERC Ethics Resource Center <<http://www.ethics.org/whistleblower>>.

tentative insatisfaisante est susceptible de les pousser par la suite à s'adresser à un organisme externe).

Malgré les avantages de la mise en place des systèmes internes, certains ont suggéré que les politiques adoptées par les sociétés ne sont souvent que de la mise en scène destinée à satisfaire en apparence aux exigences des autorités réglementaires. Or, il existe différentes façons de réduire les conséquences liées à cette situation. Par exemple, les sociétés pourraient être tenues de divulguer de l'information en lien avec la structure mise en place pour mettre en œuvre leur politique en ce qui concerne la dénonciation et l'application de la politique, notamment en rendant public le nombre de dénonciations, leur nature, la position de l'employé ayant effectué la dénonciation, ainsi que le traitement leur ayant été accordé. En ce faisant, l'autorité responsable, les actionnaires et les employés de la société seraient à même de juger de la valeur des politiques en place. Il serait par ailleurs possible d'inciter les sociétés à mettre en place un système de dénonciation fonctionnel en réduisant la responsabilité ou les peines applicables aux sociétés qui peuvent faire la preuve qu'ils avaient effectivement des mécanismes facilitant la dénonciation.

#### 4) *Le type de représailles qui est interdit*

Une des barrières les plus importantes à la dénonciation par les employés relève de la crainte que la divulgation entraîne des représailles qui peuvent varier du harcèlement mineur sur les lieux de travail à des conséquences professionnelles et personnelles beaucoup plus importantes<sup>78</sup>. Cette crainte n'est pas sans fondement. Une récente étude menée par le National Bureau of Economics Research (NBER) a constaté qu'environ 82 % des employés interrogés ont perdu leur emploi, l'ont quitté en raison des pressions de leurs pairs ou ont perdu une part significative de leurs responsabilités à la suite de la dénonciation d'une situation problématique<sup>79</sup>.

Ce constat s'explique possiblement du fait que l'employeur, confronté à une dénonciation qu'il juge contraire à ses intérêts, a tendance à percevoir le dénonciateur comme un élément non maîtrisable qui peut constituer un facteur de risque, nuisible à son image ou encore un élément

---

<sup>78</sup> Voici quelques exemples de conséquences possibles : mort, maladie, dépression, harcèlement, menace et intimidation, perte d'emploi, pressions importantes pour obtenir la démission de l'employé, assignation à des travaux humiliants ou non sécuritaires, suspension, refus d'accorder une promotion, transfère, réassignation, surveillance accrue, non-paiement de salaires ou d'autres bénéfices dus, ostracisme, faillite, difficultés financières, stress, divorce, tentative de suicide.

<sup>79</sup> Dyck, Morse et Zingales, *supra* note 47.

susceptible d'établir un mauvais climat de travail ou ayant un effet néfaste sur la culture interne de l'entreprise<sup>80</sup>.

Dans ce contexte, la présence de lois assurant une certaine protection aux employés contre les représailles n'est pas simplement une mesure de justice individuelle, mais également un instrument qui facilite et encourage la dénonciation<sup>81</sup>. Partant, il est donc impératif qu'une loi qui comporte ce type de règles de contrôle établisse clairement quels sont les gestes qui pourront être considérés comme des mesures de représailles, tout en permettant à celui les ayant subis de demander une indemnisation ou une remise en état (par exemple en établissant s'il est possible de demander une injonction afin de récupérer son emploi)<sup>82</sup>.

À titre d'illustration, en vertu de la *Loi sur la protection des fonctionnaires*, les « représailles » sont les mesures prises à l'encontre d'un fonctionnaire parce qu'il a divulgué qu'un acte répréhensible a été commis, est sur le point de l'être, ou parce qu'il a divulgué le fait qu'il lui a été demandé de commettre un tel acte. Spécifiquement, cette loi prévoit qu'une représaille est :

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

<sup>80</sup> Carranza et Micotti, *supra* note 20 à la p 7.

<sup>81</sup> On peut notamment donner à titre d'exemple les règles de cette nature que l'on trouve dans la loi Sarbanes Oxley ou la loi Dodd Frank.

<sup>82</sup> La loi canadienne offre un bon exemple de ceci et définissant clairement le terme représailles. Voir la *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*, *supra* note 59. La loi s'applique aux actes répréhensibles commis au sein du secteur public ou le concernant, soit :

- a) la contravention d'une loi fédérale ou provinciale ou d'un règlement pris sous leur régime, à l'exception de la contravention de l'article 19 de la présente loi;
- b) l'usage abusif des fonds ou des biens publics;
- c) les cas graves de mauvaise gestion dans le secteur public;
- d) le fait de causer — par action ou omission — un risque grave et précis pour la vie, la santé ou la sécurité humaine ou pour l'environnement, à l'exception du risque inhérent à l'exercice des attributions d'un fonctionnaire;
- e) la contravention grave d'un code de conduite établi en vertu des articles 5 ou 6;
- f) le fait de sciemment ordonner ou conseiller à une personne de commettre l'un des actes répréhensibles visés aux alinéas a) à e).

Par ailleurs, il peut également être judicieux de préciser qui doit supporter le fardeau de preuve visant à établir que les représailles sont liées à la dénonciation qui a été effectuée (y a-t-il une présomption ou non? est-ce variable selon la période durant laquelle l'employé a occupé son poste?).

*5) Les règles protégeant la confidentialité de l'information communiquée ou l'anonymat du dénonciateur*

La possibilité de dénoncer anonymement une situation problématique peut faciliter et encourager la dénonciation par les employés qui craignent d'éventuelles représailles. Néanmoins, une étude récente menée par Hunton et Rose<sup>83</sup> auprès de 83 membres expérimentés de comités d'audit aux États-Unis a établi que les membres du comité d'audit accordent moins de crédibilité et allouent moins de ressources pour effectuer une enquête lorsque les dénonciations se font anonymement<sup>84</sup> ou lorsqu'elles représentent une menace pour la réputation des membres du comité.

Une des justifications invoquées pour expliquer ce constat est liée à la difficulté de vérifier la véracité de l'information transmise compte tenu de l'anonymat de la source, de l'impossibilité de s'assurer des motivations du dénonciateur, et conséquemment, des coûts plus élevés liés aux démarches devant être entreprises<sup>85</sup>. Ainsi, si les dénonciations anonymes ont des coûts moins importants pour les dénonciateurs, cela possède toutefois des conséquences sur la prévention et la détection de la fraude<sup>86</sup>. De ce fait, selon Hunton et Rose, l'article 301 de la loi Sarbanes Oxley n'entraînera pas les résultats escomptés pour prévenir la fraude<sup>87</sup>. Ce constat se justifie du fait que la réflexion ayant entouré l'adoption de cette disposition s'est effectuée en mettant l'accent sur les intentions et la volonté des employés dénonciateurs plutôt que sur l'efficacité du mécanisme proposé pour effectuer cette dénonciation<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> Hunton et Rose, *supra* note 19. Dans le même sens voir également Marcia P Miceli et Janet P Near, « Effective Whistleblowing » (1995) 20:3 *Academy of Management Review* 679 ; Marcia P Miceli et Janet P Near, « Whistle-blowing : Myth and Reality » (1996) 22 *Journal of Management* 507.

<sup>84</sup> Une dénonciation peut être anonyme lorsqu'elle est effectuée par écrit ou par voie téléphonique.

<sup>85</sup> Hunton et Rose, *supra* note 19 à la p 29. À ce sujet, voir également le texte de Terry M Dworkin, « SOX and Whistleblowing » (2007) 105:8 *Mich L Rev* 1757 à la p 1772.

<sup>86</sup> Hunton et Rose, *supra* note 19 à la p 4.

<sup>87</sup> Cette hypothèse semble être validée de par les changements qui ont été apportés aux règles encadrant la dénonciation dans la loi Dodd Frank.

<sup>88</sup> Hunton et Rose, *supra* note 19 à la p 6.

Considérant les résultats de leur recherche, Hunton et Rose suggèrent que les dénonciations sous couvert de l'anonymat devraient s'effectuer en personne auprès d'une tierce partie qui recevrait la totalité des dénonciations et qui en examinerait la véracité et la crédibilité et qui ferait rapport au comité d'audit, en divulguant le nombre de dénonciations et les démarches entreprises pour enquêter sur ces dernières<sup>89</sup>. Ceci aurait pour avantage d'inciter les personnes qui possèdent de l'information à la divulguer tout en limitant les coûts d'enquête.

*6) L'immunité accordée au dénonciateur dans l'éventualité où il a participé à l'acte dénoncé*

La question de l'immunité légale, civile et criminelle, accordée aux employés qui dénoncent une situation, particulièrement l'immunité criminelle accordée lorsque la personne a participé à l'infraction dénoncée, fait partie des incitatifs que peut prévoir la loi. En effet, le fait d'avoir à assumer les conséquences des gestes posés à la suite d'une dénonciation peut refréner l'envie du dénonciateur de les divulguer s'il a participé à leur occurrence.

De ce fait, il est nécessaire de déterminer dans quelle mesure on souhaite inciter les personnes qui ont participé à la situation dénoncée à communiquer l'information qu'elles détiennent. Sans une certaine protection, il n'y a pas de raison (sauf celui d'avoir bonne conscience) qui expliquerait pourquoi une personne qui est également responsable d'une situation choisirait de s'inculper en se dénonçant. Toutefois, le fait d'accorder une immunité pour un crime commis, mais dénoncé, entraîne des risques d'opportunisme de la part des dénonciateurs qui peuvent y voir une façon de se protéger contre les conséquences des gestes qu'ils ont posés.

Dans l'éventualité où un employé peut effectuer une dénonciation afin d'obtenir une protection personnelle contre les actes répréhensibles qu'il a lui-même commis, le mécanisme de dénonciation risque toutefois de perdre ses avantages dissuasifs et sa crédibilité. Les employés contrevenants doivent faire face à certaines conséquences, non seulement pour préserver un sentiment de justice organisationnelle, mais également, parce qu'une mauvaise interprétation des intentions de la personne dénonçant une situation peut miner le système de dénonciation mis en place.

---

<sup>89</sup> *Ibid* à la p 30.

De ce fait, il peut être pertinent d'adopter une règle qui n'est pas trop contraignante et qui laisse un pouvoir discrétionnaire à l'autorité responsable d'évaluer chaque cas selon ses caractéristiques particulières. Notamment, il peut être pertinent lors de l'évaluation d'un cas de considérer si le dénonciateur a agi comme chef de file ou plutôt comme participant passif à l'acte illicite, d'examiner sa compréhension de la situation ou encore les bénéfices qu'il a pu retirer de la situation ayant fait l'objet de la dénonciation<sup>90</sup>.

Par ailleurs, outre l'immunité offerte au dénonciateur coupable, il est également nécessaire de réfléchir à l'opportunité d'offrir une immunité couvrant les cas de bris des règles de confidentialité applicables dans un domaine particulier afin de permettre à l'employé de procéder à une dénonciation sans craindre une poursuite en ce sens<sup>91</sup>.

### 7) *Le caractère opportun d'accorder des incitatifs financiers*

Lorsque l'on s'interroge sur l'opportunité d'accorder des incitatifs financiers, il est essentiel de maintenir l'équilibre entre ce qui est nécessaire pour inciter la personne qui détient de l'information à la communiquer aux personnes en autorité et ce qui est nécessaire pour protéger adéquatement l'intérêt du public<sup>92</sup>.

Dans cette perspective, l'octroi d'incitatifs financiers peut s'avérer pertinent si les protections légales contre les mesures de représailles paraissent inefficaces ou insuffisantes<sup>93</sup> ou que les recours traînent habituellement en longueur puisque cela peut avoir pour conséquence de

<sup>90</sup> Howse et Daniels, *supra* note 6 aux pp 636-37.

<sup>91</sup> À titre d'illustration de ceci, voir *Protected Disclosure Act 2011* (Jamaïque), art 15 en ligne : <[http://www.japarliament.gov.jm/attachments/341\\_The%20Protected%20Disclosures%20Act,%202011.pdf](http://www.japarliament.gov.jm/attachments/341_The%20Protected%20Disclosures%20Act,%202011.pdf)>:

15–(1) This section applies notwithstanding any duty of secrecy or confidentiality or other prohibition or restriction on the disclosure of information under any enactment, rule of law, contract or practice.

(2) A person who makes a protected disclosure, or receives, investigates or otherwise deals with a protected disclosure, shall not be liable in any civil or criminal proceeding or to any disciplinary proceeding by reason of having made, received, investigated or otherwise dealt with that disclosure in accordance with this Act.

<sup>92</sup> Une étude a notamment démontré que l'octroi d'incitatifs financiers a un impact significatif sur les chances qu'un employé dénonce une fraude dont il a connaissance. Voir Dyck, Morse et Zingales, *supra* note 47.

<sup>93</sup> Par exemple, la compensation pouvant être réclamée en vertu des règles protégeant contre les représailles découlant d'une dénonciation ne visent pas les conséquences sociales qui peuvent survenir. Voir à ce sujet le texte de Dworkin, *supra* note 85 aux pp 1769 et s.

dissuader ceux qui possèdent de l'information pertinente de procéder à une dénonciation<sup>94</sup>.

Dans ce contexte, le fait d'accorder des incitatifs financiers suffisants permet de pallier les difficultés qui peuvent être rencontrées par les dénonciateurs qui souhaitent obtenir réparation dans l'éventualité où ils font face à des conséquences fâcheuses suite à la divulgation d'informations. Ainsi, considérant les risques élevés de représailles envers une personne qui effectue une dénonciation, en augmentant les bénéfices qui sont susceptibles d'en découler, on accroît les chances qu'un acteur rationnel privilégie cette option puisqu'il sera possible malgré tout de tirer profit de cette possibilité<sup>95</sup>. C'est d'ailleurs dans cette optique que la loi Dodd Frank a introduit à son article 922 la possibilité d'accorder des récompenses aux personnes qui permettent à la SEC de découvrir et de sanctionner une violation à la législation sur les valeurs mobilières<sup>96</sup>.

Lorsqu'on réfléchit à la possibilité d'accorder ou non des incitatifs financiers ainsi qu'à l'importance de la prime qui doit être octroyée, il est également nécessaire de considérer l'impact de ces incitatifs sur le choix des dénonciateurs d'utiliser les structures existant au sein de la société. En effet, l'importance de la prime versée aux personnes qui ont fourni de l'information pertinente à la prise d'un recours par les autorités responsables peut inciter ces dernières à s'adresser directement à cette autorité externe au détriment des mécanismes de dénonciation mis en place par les sociétés et des avantages qu'ils possèdent<sup>97</sup>. Or, cette situation n'est pas insoluble.

Par exemple, en réponse à ces préoccupations, la SEC a établi des lignes directrices qui permettent de prendre en considération différents critères pour établir le montant de la récompense devant être versé à une personne qui a communiqué des informations importantes menant à des sanctions. Ces règles établissent notamment que la somme attribuée varie en fonction de l'importance de l'information fournie, du rôle de cette information dans l'enquête ayant mené à la condamnation, et si, selon les circonstances, la personne a d'abord utilisé les mécanismes internes de conformité pour communiquer l'information qui était en sa possession. Par ailleurs, ces règles prévoient également que les sommes versées sont moindres si le dénonciateur a participé à l'abus, qu'il a tardé à communiquer l'information qui était en sa possession, ou dans les cas où

---

<sup>94</sup> Blount et Markel, *supra* note 38 à la p 9.

<sup>95</sup> Mackaay et Rousseau, *supra* note 3 aux pp 27 et s.

<sup>96</sup> Blount et Markel, *supra* note 38.

<sup>97</sup> Préoccupation notamment soulevée dans le texte de Blount et Markel, *ibid* aux pp 15 et s.

il n'a pas tenté en premier lieu de divulguer cette information par le biais des mécanismes internes existants<sup>98</sup>.

Ainsi, par un choix judicieux de la prime qu'il est possible de réclamer dans l'éventualité où l'information divulguée permet d'entreprendre des poursuites contre la société contrevenante, il est possible de participer au maintien de l'équilibre entre les mécanismes de dénonciation internes et externes. Par ailleurs, soulignons que des études ont démontré qu'une prime peu élevée ne constitue pas un incitatif suffisant pour qu'une personne ait recours aux mécanismes externes de dénonciation et que dans les cas d'importance moindre, les employés ont généralement tendance à privilégier les mécanismes internes de dénonciation.

### *B) Les avantages et les inconvénients des différents modèles favorisant la dénonciation*

Certains critiques des règles favorisant la dénonciation mettent en doute les prémisses mêmes qui justifient leur adoption, en posant l'hypothèse que les bénéfices qui découlent de ce type de règles sont moins importants que les coûts qui y sont rattachés. Notamment, ces critiques considèrent qu'il est loin d'être certain que les coûts permettent réellement d'accroître la confiance des investisseurs<sup>99</sup>. En ce sens, l'adoption de règles favorisant la dénonciation dans l'objectif de réduire les abus observés sur les marchés de valeurs mobilières ne peut se faire sans une évaluation des avantages et inconvénients qui leur sont rattachés. Bien qu'il s'agisse d'une question empirique, c'est à cet exercice que nous proposons de nous prêter dans les lignes qui suivent.

#### *1) Les coûts et avantages de la dénonciation*

La mise en place d'une nouvelle règle visant à influencer le comportement des individus nécessite préalablement une réflexion comparative des coûts découlant du changement envisagé et des avantages espérés.

Ainsi, un argument majeur invoqué en faveur de l'adoption de règles encourageant la dénonciation relève du fait que la détection de fraude par un organisme externe est complexe et coûteuse, alors que les employés oeuvrant au sein d'une société peuvent dans le cadre de leurs fonctions découvrir des situations qui n'auraient pas été détectées autrement sans occasionner de coûts importants.

---

<sup>98</sup> Fleischer et Schmolke, *supra* note 5 à la p 7.

<sup>99</sup> Voir par ex Dave Ebersole, « Blowing the Whistle on the Dodd-Frank Whistleblower Provisions » (2011) 6 Ohio St Entrepren Bus LJ 123 à la p 174.

Inversement, certains craignent que l'adoption de règles favorisant la dénonciation (soit en protégeant les dénonciateurs contre les représailles, soit en imposant l'obligation pour les sociétés d'adopter des politiques internes favorisant la dénonciation, soit en implantant un système d'incitatifs financiers) entraîne une hausse des divulgations opportunistes ou frivoles et non fondées ce qui aurait pour effet d'accroître le nombre de recours et entacherait inutilement la réputation des sociétés.

Or, est-il réaliste de prétendre que : (1) les dénonciateurs évaluent mal les faits ce qui entraîne des poursuites frivoles ou qui ne sont pas fondées, (2) que la dénonciation et les mécanismes de protection des dénonciateurs fournissent à des personnes malveillantes un outil leur permettant de formuler des allégations qui ne sont pas fondées, et (3) que des règles protégeant les dénonciateurs permettent aux employés improductifs ou inefficaces d'y recourir à mauvais escient afin d'éviter de mesures disciplinaires ou un congédiement lié à leur mauvaise performance au travail<sup>100</sup>?

En réponse à ces interrogations, certaines études ont établi que les dénonciateurs sont souvent des employés de longue date de la société, que ces derniers croient généralement agir dans le meilleur intérêt de l'organisation<sup>101</sup> et, en ce sens, agissent dans un esprit de loyauté envers l'entreprise<sup>102</sup>.

Par ailleurs, en réponse aux critiques formulées à l'encontre des mécanismes qui accordent une protection accrue aux dénonciateurs, des auteurs ont fait valoir que la dénonciation comporte un prix élevé pour les individus qui décident de divulguer certaines informations et que les mécanismes de protection ne permettent pas de compenser totalement les coûts découlant d'une intervention. Or, dans l'hypothèse où les dénonciateurs connaissent ces coûts et les répercussions négatives liées à la communication d'information, il est peu probable que ces derniers fassent un usage abusif de ces mécanismes pour diffuser une information qui ne serait pas fondée<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Robert M Bowen, Andrew C Call et Shivaram Rajgopal, « Whistle-Blowing: Target Firm Characteristics and Economic Consequences », en ligne: (2009) AAA 2007 Financial Accounting & Reporting Section (FARS) Meeting Papers à la p 1 <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=890750](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=890750)>.

<sup>101</sup> Fred C Alford, *Whistleblowers: Broken Lives and Organizational Power*, Ithaca, Cornell University Press, 2001 aux pp 79-80; Terry M Dworkin et Elletta S Callahan, « Internal Whistleblowing: Processing the Interests of the Employee, the Organization, and Society » (1991) 29:2 Am Bus LJ 267 aux pp 300-01.

<sup>102</sup> Moberly, *supra* note 30 à la p 1142.

<sup>103</sup> Bowen, Call et Rajgopal, *supra* note 100 à la p 7.

En outre, ce risque d'abus, s'il existe, peut être contré par des règles claires et complètes qui exigeraient que les dénonciations soient accompagnées d'un affidavit garantissant la véracité de ce qui est rapporté ou qui imposerait des sanctions dans les cas où les dénonciateurs soumettent sciemment de fausses informations<sup>104</sup>. De même, ces règles peuvent également exclure certaines personnes de la liste de ceux qui bénéficient de la protection de la loi ou qui peuvent réclamer une récompense monétaire afin de réduire le nombre de dénonciations frivoles. Ceci est possible, notamment, en définissant restrictivement qui peut être un dénonciateur au sens de la loi<sup>105</sup>, de manière à viser seulement les employés ou les personnes liées contractuellement à la société ou en excluant les personnes qui ont participé à l'infraction<sup>106</sup>.

Une autre critique que certains font valoir est qu'une hausse du nombre de dénonciations est susceptible d'augmenter le fardeau administratif de l'autorité responsable qui est responsable de vérifier la valeur des informations rapportées et de monopoliser des ressources qui ne seront plus disponibles pour effectuer des inspections ou d'autres vérifications pourtant nécessaires à l'application de la loi<sup>107</sup>. Or, encore ici, il semble possible de réduire ce type de risque en établissant une étape préalable à la dénonciation externe et en prévoyant que l'information soumise doit être nouvelle et liée à une infraction à la législation sur les valeurs mobilières. De même, le fardeau administratif peut être limité par la création de formulaires devant être utilisés pour effectuer une dénonciation. Néanmoins, si la présence de certaines exigences particulières limite le nombre de dénonciations frivoles, elle peut également avoir pour effet de créer des incertitudes sur l'étendue de la loi avec pour conséquence de diminuer le nombre de dénonciations.

Similairement, d'autres ont plutôt manifesté l'inquiétude que l'adoption de politiques internes ait pour effet d'accroître le nombre de dénonciation et de distraire les dirigeants de leur obligation de gérer et surveiller les activités de la société<sup>108</sup>. Or, ce problème est loin d'être insoluble si on permet aux dirigeants de déléguer certaines tâches en lien avec la vérification des informations rapportées.

---

<sup>104</sup> Cette solution ne vaut toutefois que pour limiter le nombre de dénonciations frivoles effectuées auprès d'un organisme externe et qui sont susceptibles de porter atteinte de manière plus importante aux sociétés ciblées.

<sup>105</sup> Ceci permettrait notamment d'éviter qu'il n'y ait des dénonciateurs professionnels dans l'éventualité où des incitatifs financiers sont versés.

<sup>106</sup> Fleischer et Schmolke, *supra* note 5 à la p 16.

<sup>107</sup> *Ibid* à la p 9.

<sup>108</sup> Howse et Daniels, *supra* note 6 à la p 628.

Enfin, d'autres ont soulevé le fait que l'adoption et le maintien d'une politique facilitant la dénonciation entraînerait des coûts divers<sup>109</sup> liés à la complexité de la structure à mettre en œuvre qui pourraient affecter le fonctionnement des sociétés de petite taille. Or, ici encore, il n'est pas impossible de remédier à cette situation. Une des solutions possibles consisterait, par exemple, à prévoir une certaine flexibilité dans les exigences réglementaires pour une facilité d'adaptation à la réalité économique des sociétés de petite taille<sup>110</sup>.

## 2) *Les dangers liés à l'octroi d'incitatifs financiers*

Si les règles offrant une protection contre les représailles donnent un signal favorable aux personnes qui hésitent à effectuer une dénonciation, il demeure que dans bien des cas, ces mesures de protection nécessitent la mise en œuvre d'une procédure judiciaire ou administrative qui peut être longue et coûteuse avec ultimement des résultats variables. En ce sens, l'attribution d'un pourcentage des sanctions monétaires imposées à la société contrevenante peut constituer un élément décisif incitant les personnes qui possèdent de l'information à la communiquer.

Confirmant cette logique, les études empiriques menées démontrent que les incitatifs économiques favorisent la dénonciation des situations problématiques<sup>111</sup>. En effet, ces études indiquent que l'octroi d'incitatifs financiers augmente le nombre de dénonciations, ce qui facilite la détection des contraventions à la législation<sup>112</sup>. D'ailleurs, le nombre important de dénonciations ayant été effectuées depuis l'entrée en vigueur de la loi Dodd Frank confirme ces affirmations<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Moberly fait état de coûts liés à la structure qui permet de recevoir et d'enquêter sur les informations qui sont rapportées, les coûts d'opportunité dans les cas où les dirigeants laissent tomber des opportunités par crainte d'une dénonciation, même si ultimement l'activité est légale, les coûts liés à des erreurs de jugement et les coûts liés à la responsabilité de la société. Voir Moberly, *supra* note 30 aux pp 1153-59.

<sup>110</sup> *Ibid* à la p 1166.

<sup>111</sup> Ceci contredit une des critiques formulées à l'encontre des incitatifs économiques qui affirment que ce type de mesure n'aura aucun impact sur le nombre de dénonciations effectuées. Une autre critique a trait à l'existence d'un système de récompenses qui vise à inciter les dénonciations en augmentant l'importance des bénéfices pouvant en découler lors de la comparaison des coûts et des bénéfices qu'effectue théoriquement une personne avant d'effectuer une dénonciation. Voir Depoorter et De Mot, *supra* note 8 à la p 140.

<sup>112</sup> Dyck, Morse et Zingales, *supra* note 47 à la p 2246.

<sup>113</sup> É-U, Securities & Exchange Commission, *Annual Report on the Dodd-Frank Whistleblower Program*, 2012 en ligne: <<http://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2012.pdf>>.

Toujours en lien avec l'attribution de récompenses financières, d'autres études ont soulevé le risque que cela entraîne des conséquences indésirables, notamment en faisant en sorte que les pratiques frauduleuses ne soient pas dénoncées au moment le plus propice<sup>114</sup>. En effet, si on considère que la fraude ayant cours au sein d'une société a des chances de prendre de l'importance avec le temps s'il n'y a aucune intervention visant à la stopper, on peut croire, dans l'éventualité où la prime versée est liée à l'importance de la fraude commise, qu'il est dans l'intérêt du dénonciateur d'attendre avant d'agir afin de maximiser ses bénéfices. En attendant avant de rapporter l'information pertinente, mais en dénonçant avant qu'une autre personne ou avant que l'organisme responsable ne découvre la situation, le dénonciateur maximise la valeur de la prime qui pourra lui être attribuée<sup>115</sup>. Dans ce contexte, l'attribution d'une prime peut retarder la divulgation d'information, et cela, au détriment du public investisseur qui a intérêt à ce que la contravention cesse le plus rapidement possible<sup>116</sup>.

Cette opposition entre les intérêts privés et les intérêts publics n'est toutefois pas sans issue. Il est possible pour le législateur ou l'autorité compétente de prévoir des règles qui punissent ce genre d'attitude en ajustant le montant des primes versées à la baisse dans l'éventualité où le dénonciateur a volontairement refusé de divulguer l'information qu'il possédait. Toutefois, ces règles doivent éviter d'encourager les dénonciations précipitées ce qui entraînerait d'autres effets indésirables<sup>117</sup>.

En effet, on peut croire que la plupart des personnes possèdent un sentiment de loyauté envers la société qui les emploie. Confrontée à des preuves d'actes illicites, leur première réaction pourrait être de l'incrédulité, ce qui justifierait qu'il ne saute pas trop rapidement aux conclusions sans d'abord souhaiter obtenir des preuves d'une conduite illicite<sup>118</sup>. En les obligeant à dénoncer une situation sur la base de simples soupçons, on risque donc ultimement de se priver d'information utile puisque l'on peut croire que certains préféreront s'abstenir plutôt que de faire face inutilement à des risques de représailles ou à d'autres conséquences négatives.

Par ailleurs, dans les cas où plusieurs personnes peuvent avoir accès à l'information pertinente et la dénoncer, la présence d'une disposition indiquant que la prime sera versée à la première personne qui la rapporte

---

<sup>114</sup> Depoorter et De Mot, *supra* note 8 à la p 156; Voir aussi Howse et Daniels, *supra* note 6 à la p 631.

<sup>115</sup> Depoorter et De Mot, *supra* note 8 à la p 157.

<sup>116</sup> *Ibid* à la p 158.

<sup>117</sup> Howse et Daniels, *supra* note 6 à la p 632.

<sup>118</sup> *Ibid*.

risque de diminuer les délais. Dans ce contexte, la confiance et la solidarité entre les participants à l'acte diminuent puisque chacun est susceptible de dénoncer la fraude afin d'en retirer un bénéfice privé au détriment des autres. Toutefois, pour que cela fonctionne, la prime versée doit être plus importante que les bénéfices découlant de la fraude elle-même et que les coûts privés que doit supporter le dénonciateur (perte d'emploi, d'une promotion, ...).

Enfin, certains ont manifesté des inquiétudes face à la possibilité que les incitatifs financiers amènent les employés à s'adresser à des organismes externes pour dénoncer les situations observées au détriment des systèmes internes de dénonciation. Or, les résultats d'une étude ayant été menée afin de vérifier la véracité de cette hypothèse<sup>119</sup> ont permis d'établir que les sociétés qui ont fait du lobbying contre l'adoption des nouvelles règles de dénonciation par les employés possédaient des mécanismes de dénonciation qui comportaient plusieurs faiblesses en comparaison avec des sociétés comparables n'ayant pas effectué de pression<sup>120</sup>. Ce constat contredit l'affirmation voulant que les nouvelles règles en matière de dénonciation vont affaiblir les mécanismes de conformité existants au sein des sociétés tel que les opposants le prétendaient puisque ce sont les sociétés qui possédaient un système interne déficient qui alléguaient que les nouvelles règles allaient être néfastes pour le bon fonctionnement des mécanismes internes de dénonciation. En effet, si les sociétés qui s'opposaient aux nouvelles règles avaient eu des programmes efficaces de dénonciation, cela aurait supporté le fait que les règles envisagées vont possiblement nuire au bon fonctionnement de ces derniers.

### 3) *La dénaturation des systèmes internes de dénonciation*

Certains craignent que la présence des différents incitatifs et facilitateurs amène les employés à privilégier les mécanismes de dénonciation

---

<sup>119</sup> D'ailleurs, selon les auteurs Baloria, Marquardt et Wiedman, *supra* note 46 à la p 10 : « The most contentious issue of the proposal, and the issue most frequently addressed in the comment letters, is that WBs are not required to first report misconduct through company internal compliance systems before reporting to the SEC. ».

<sup>120</sup> *Ibid* à la p 3. Ironiquement, une des sociétés qui avait jadis fait du lobbying à l'encontre de l'inclusion d'incitatifs financiers dans la loi Dodd Frank sous prétexte que cela allait affaiblir les mécanismes internes de dénonciation a récemment allégué qu'un employé qui invoquait la protection des règles anti-représailles de la loi Dodd Frank n'y avait pas droit parce qu'il avait effectué une dénonciation en utilisant les mécanismes internes de la société plutôt qu'en s'adressant directement à la SEC. La Cour fédérale d'appel a confirmé cette interprétation de la loi Dodd-Frank refusant à Asidi le droit de se prévaloir du recours prévu sous la loi Dodd Frank en cas de représailles suite à une dénonciation. Voir *Asadi v GE Energy US (LLC)*, 720 F (3d) 620 (5<sup>e</sup> Cir 2013), en ligne : <<http://www.ca5.uscourts.gov/opinions/pub/12/12-20522-CV0.wpd.pdf>>.

externes<sup>121</sup>. Ces préoccupations sont pertinentes puisqu'elles suggèrent que l'adoption des incitatifs serait contre-productive. En ce sens, il semble pertinent de s'interroger sur les conséquences qu'est susceptible d'avoir une hausse des dénonciations externes.

Tel que nous l'avons évoqué, les mécanismes de dénonciation internes contribuent de manière significative à réduire le nombre d'infractions commises, tout en limitant les conséquences sur le rendement et l'efficacité organisationnelle des sociétés ciblées<sup>122</sup>. En effet, les coûts liés à une dénonciation (fondée ou non) sont moindres lorsque cette dénonciation est faite à l'interne<sup>123</sup>, puisque dans ce cas la société visée a la possibilité d'agir pour corriger le problème avant qu'il ne soit rendu public et entraîne un scandale et des conséquences économiques négatives<sup>124</sup>. En ce sens, les règles favorisant la dénonciation interne ont l'avantage de permettre à la société de mettre en œuvre les mesures nécessaires pour corriger une situation jugée problématique qui a été dénoncée, ce qui est susceptible d'accroître la productivité de l'entreprise et de permettre aux employés de s'identifier davantage aux objectifs poursuivis<sup>125</sup>.

Les règles favorisant les dénonciations externes ont le désavantage de divulguer au public les problèmes existants au sein d'une société ce qui peut entraîner une publicité négative pour la société ou susciter des interventions gouvernementales avant que la société ait eu la chance de régler le problème. Une dénonciation externe peut également entraîner des litiges ou créer un climat de méfiance entre les employés de la société visée par la dénonciation.

Or, malgré ces conséquences négatives, selon l'étude menée par Bowen et autres<sup>126</sup>, la visibilité et la publicité d'une dénonciation ont un impact positif sur les choix subséquents de la société visée en matière de gouvernance. Ils arrivent à cette conclusion en comparant les changements effectués dans les sociétés ayant fait l'objet d'une dénonciation dans les

---

<sup>121</sup> Fleischer et Schmolke, *supra* note 5 à la p10.

<sup>122</sup> Matthias Schmidt, « Whistle Blowing' Regulation and Accounting Standards En-forcement in Germany and Europe – An Economic Perspective » (août 2003), Humboldt University Business and Economics Discussion Paper No. 29, à p 11 en ligne : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=438480](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=438480)>.

<sup>123</sup> La mise en place de mécanismes facilitant la dénonciation interne par les employés entraîne toutefois des coûts liés à la réception des informations et aux enquêtes devant être faites. Ces coûts diffèrent selon la taille de la société : ils sont plus importants lorsque la société est de petite taille.

<sup>124</sup> Schmidt, *supra* note 122 à la p 12.

<sup>125</sup> *Ibid.*

<sup>126</sup> Bowen, Call et Rajgopal, *supra* note 100 à la p 28.

médias (donc ayant obtenu plus de visibilité) par rapport aux sociétés ayant fait l'objet d'une dénonciation externe par un employé au Occupational Safety and Health Administration office (OSHA). Alors que les dénonciations rapportées dans les journaux ont été suivies par de nombreux changements en matière de gouvernance dans les sociétés qui en avaient été la cible, celles qui ont fait l'objet d'une dénonciation par un employé à l'OSHA n'ont pas mis ce type de changement en œuvre.

Par ailleurs, malgré les avantages de la dénonciation interne, ce choix ne sera pas retenu et il y a fort à parier que les personnes qui détiennent de l'information privilégieront le silence lorsque les risques liés à cette communication seront jugés trop importants. Cela sera notamment le cas au sein de petites sociétés puisque dans ce cas, il est plus facile de déterminer qui est l'employé qui a rapporté l'information et qu'il est par conséquent plus difficile de protéger son anonymat ou de le protéger contre les représailles. Cet élément n'est pas à négliger dans le contexte canadien où les sociétés sont majoritairement de petite taille.

Afin d'éviter ce problème, il est possible d'adopter une règle établissant que les employés doivent avoir recours aux mécanismes internes lorsqu'une société a établi une procédure facilitant la dénonciation par les employés, sauf s'ils ont des motifs raisonnables de divulguer l'information à l'externe. Or, comme on peut prévoir que seules les sociétés les plus importantes élaboreront et adopteront ce type de procédure, la conséquence sera de laisser une certaine discrétion aux personnes souhaitant entamer ce type de démarche dans une société de petite taille.

Enfin, tel que certains auteurs<sup>127</sup> l'ont souligné, la possibilité pour les employés d'effectuer une dénonciation auprès d'un organisme externe constitue une menace qui est susceptible de pousser les sociétés à s'assurer que leur structure de dénonciation est fonctionnelle. En outre, elle constitue une contrepartie à l'autoréglementation par les sociétés dans l'éventualité où cette dernière s'avère inefficace. En ce sens, cette possibilité de s'adresser à un organisme externe peut être perçue comme une garantie que les fraudes qui n'auraient pas été dénoncées aux autorités responsables au sein de la société pourront être détectées autrement et comme un complément nécessaire au fonctionnement des mécanismes internes de dénonciation<sup>128</sup>.

---

<sup>127</sup> Blount et Markel, *supra* note 38 à la p 19.

<sup>128</sup> Howse et Daniels, *supra* note 6 aux pp 634-35.

#### 4) *L'intégration des règles facilitant la dénonciation*

Certains<sup>129</sup> soulèvent le fait que les règles facilitant la dénonciation ne sont pas susceptibles de recevoir le même accueil qu'aux États-Unis ou en Angleterre compte tenu des différences culturelles et historiques qui existent au Canada. Ceux qui font valoir ce type d'argument invoquent que ce qui fonctionne aux États-Unis n'est pas susceptible d'entraîner le même type de résultats au Canada, voire même au Québec, où la confiance est souvent perçue comme étant une valeur centrale à toutes relations interpersonnelles<sup>130</sup>. En effet, si l'élaboration et la mise en place de ce type de règles nécessitent un contexte politique et économique favorable, la mise en application et le succès de ces règles résident dans leur acceptation sociale et dans la volonté des acteurs d'y avoir recours. En ce sens, on peut affirmer que l'adoption de règles facilitant la dénonciation est un processus qui doit prendre en considération des facteurs contextuels, individuels et organisationnels.

Si la dénonciation s'intègre dans une longue tradition aux États-Unis ou en Angleterre<sup>131</sup>, il n'en va pas de même au Canada où cette idée est plutôt nouvelle et ne risque pas d'avoir la même réception. Cette logique poussée plus loin amène conséquemment la question de la nécessité d'effectuer des investissements dans l'objectif d'élaborer un système de règle visant à faciliter la dénonciation si ultimement personne n'y a recours. Mais est-ce que ces craintes de rejet sont réellement fondées?

La *Loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles*<sup>132</sup>, adoptée à la suite du scandale des commandites, prévoit une protection pour toute personne employée dans le secteur public, pour tout membre de la Gendarmerie royale du Canada ainsi que pour tout administrateur général contre les représailles pouvant survenir à la suite d'une dénonciation.

Cette loi canadienne a donné lieu à 234 dénonciations selon le rapport 2007-2008 sur l'application de la loi, à 291 dénonciations selon le rapport 2010-2011 et à 197 dénonciations entre 2011 et 2012. Dans le contexte de la fonction publique fédérale, peut-on affirmer que cette loi est mal reçue par les employés ? Nous ne le croyons pas. Ceci nous indique toutefois

---

<sup>129</sup> Voir par ex le texte de John P Keenan, « Comparing Chinese and American Managers on Whistleblowing » (2007) 19:2 *Employee Responsibilities and Rights Journal* 85 qui aborde cette question du traitement des questions éthiques dans des contextes culturels variés.

<sup>130</sup> Fleischer et Schmolke, *supra* note 5 à la p 11.

<sup>131</sup> *Ibid* à la p 6.

<sup>132</sup> *Supra* note 59

qu'en mettant une structure incitative en place, les employés vont y recourir si nécessaire si les mécanismes de protection offerts leur offrent une garantie adéquate dans lesquels ils ont confiance.

#### *4. Conclusion*

La dénonciation constitue un mécanisme de contrôle qui ne souhaite pas se substituer aux mécanismes de gouvernance existants, mais qui s'y ajoute. Elle constitue en quelque sorte une réponse aux préoccupations des actionnaires et des autres parties prenantes dès lors que les coûts d'agence qui découlent de la relation entre les actionnaires et la direction des sociétés deviennent trop importants affectant les intérêts de la société.

En ce sens, si la surveillance s'effectue généralement par le biais de nombreux mécanismes traditionnels qui s'entrecoupent afin de diminuer les coûts d'agence, les États-Unis et d'autres pays ont choisi d'ajouter à cette liste de mécanismes des règles favorisant la dénonciation. Ce choix s'explique, tel que nous l'avons évoqué du fait que les employés possèdent généralement un avantage informationnel en comparaison avec les agents de surveillance traditionnels puisqu'ils ont des connaissances personnelles et directes de ce qui se passe au sein de la société. En ce sens, les employés des sociétés peuvent contribuer à réduire l'asymétrie informationnelle qui existe entre les actionnaires et les dirigeants des sociétés. Toutefois, la capacité des employés de participer à la surveillance et de contribuer au contrôle des abus ne signifie aucunement que ces derniers possèdent la volonté de jouer ce rôle.

Afin de légitimer la contribution des employés et les amener à comprendre que la dénonciation est encouragée et attendue parce qu'elle est avantageuse pour la société, divers dispositifs doivent être mis en place. Tel que nous l'avons exposé, plusieurs choix sont disponibles pour ce faire : la mise en place d'un cadre législatif imposant la mise en place de règles établissant un contexte propice à la dénonciation par les employés au sein même des sociétés, l'adoption d'une législation encadrant la dénonciation par les employés établissant un équilibre entre, d'une part, des règles assurant une protection des droits des employés qui choisissent de dénoncer les pratiques inappropriées ayant cours au sein d'une société et, d'autre part, des règles qui font en sorte que les ressources des employeurs et des régulateurs ne seront pas inutilement gaspillées sur des informations sans fondement, etc.

La recherche du juste équilibre n'est pas chose aisée et la réflexion qui entoure ces questions ne sont pas simples, mais elles s'avèrent nécessaires. Par ailleurs, il est crucial dans le contexte canadien que cette réflexion

tienne compte de l'environnement juridique dans lequel les sociétés opèrent ainsi que de leurs caractéristiques. La prise en considération de ces diverses réalités est certes complexe, mais incontournable, puisque, dans ce cas, le mimétisme n'est pas gage de succès.