

Carlos Jaïco Carranza / Sébastien Micotti

Les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing

Un intérêt croissant est porté à la protection de l'employé qui découvre ou soupçonne dans le cadre de son travail ou de ses fonctions des faits contraires aux mœurs, illicites ou portant atteinte à un intérêt public et souhaite les signaler (« whistleblowing »). Les auteurs discutent des projets législatifs en cours en la matière et les mettent en perspective de la jurisprudence récente.

Catégorie(s) : Droit du travail

Proposition de citation : Carlos Jaïco Carranza / Sébastien Micotti, Les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing, in : Jusletter 2 février 2009

Table des matières

- I. Le « whistleblowing », phénomène de mode ?
- II. Les projets législatifs en cours
 - A. L'avant-projet d'article 321a^{bis} CO
 - 1. Les faits susceptibles d'être signalés
 - 2. Le choix de l'interlocuteur
 - 3. Le secret professionnel et les lois spéciales
 - B. Le projet d'art. 22a LPers
- III. La jurisprudence
 - A. ATF 127 III 310
 - B. Arrêt 4A_2/2008
 - 1. Résumé des faits
 - 2. Résumé des considérants
 - 3. Commentaire
 - a. Mise en place d'une procédure de « whistleblowing » et rôle de l'avocat de la banque
 - b. Dédommagement de l'employé
 - c. Double effet pervers de l'absence de procédure claire
- IV. Conclusions

I. Le « whistleblowing », phénomène de mode ?

[Rz 1] Les médias se sont fait l'écho de nombreux cas de « whistleblowing », et l'année 2007 a été particulièrement riche en articles de presse et émissions consacrés à ce sujet. C'est peu dire que, en dépit des actualités liées à la situation des marchés, le whistleblowing est rapidement devenu un thème « à la mode », alors que la notion était presque inconnue du public avant les années 2000. Les cas recensés antérieurement avaient parfois fait grand bruit, telle l'affaire « Meili » du nom de cet employé d'UBS qui avait soustrait et diffusé des documents bancaires ayant trait à des comptes en déshérence.

[Rz 2] Toutefois, dans la presque totalité des cas, le whistleblower était considéré comme un délateur et l'étiquette de traître lui collait à la peau. « Whistleblowing » est d'ailleurs encore souvent traduit par « dénonciation », avec l'inévitable connotation négative que ce terme suscite chez le lecteur. Le vocable de « signalisation » récemment retenu par le Conseil fédéral dans son avant-projet de modification du Code des obligations (voir ci-dessous, II.A.), équivalent de la version allemande de « Meldung », témoigne d'ailleurs de la recherche d'une appellation plus neutre. Dans le langage courant, désormais, le terme anglo-saxon s'est d'ores et déjà imposé. Le Tribunal fédéral en fait même usage dans un récent arrêt, dont il sera question plus bas (III.B. ci-dessous).

[Rz 3] Parallèlement, une abondante littérature a été consacrée depuis quelque temps à cette problématique (cf. les références à la doctrine suisse sous note 1 chez C. Jaïco Carranza / S. Micotti, Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation, in: Jusletter du 7 janvier 2008). De plus en plus d'entreprises suisses, dont en particulier les banques, se dotent actuellement de procédures internes de dénonciation, soit qu'elles s'y trouvent contraintes par les législations étrangères qui leur sont applicables

(« effet groupe »), soit qu'elles y trouvent un intérêt certain en matière d'image, de qualité de leurs services et de sécurité pour leur fonctionnement interne. Cette tendance nous paraît positive ; encore faut-il que les procédures mises en place soient réfléchies et équilibrées.

[Rz 4] Pour plus de détail, le lecteur est ici prié de se référer notamment à la contribution précitée.

II. Les projets législatifs en cours

A. L'avant-projet d'article 321a^{bis} CO

[Rz 5] Sur mandat du Parlement, adopté à la suite d'une motion parlementaire, le Conseil fédéral a élaboré et mis en consultation le 5 décembre 2008 un avant-projet de loi modifiant le CO, pour une meilleure protection du « whistleblower ». Partant de l'idée que le plus souvent ces personnes risquent le licenciement, l'avant-projet prévoit d'introduire une nouvelle disposition (l'art. 321a^{bis} AP-CO) réglant les conditions auxquelles le signalement peut être effectué.

[Rz 6] Le texte proposé se fonde sur une solution graduée, respectant le principe de la proportionnalité, posée par la jurisprudence fédérale. Un travailleur qui constate ou soupçonne des « faits répréhensibles » dans l'entreprise aura le droit de les signaler. Le signalement devra être fait de bonne foi, concerner des « faits répréhensibles », notion qui reste à définir, et s'adresser à l'employeur en priorité. A ces conditions, il sera conforme au devoir de fidélité du travailleur. Si l'employeur ne prend pas de mesures effectives, et pour autant que les faits répréhensibles concernés « mettent en jeu l'intérêt public », le signalement pourra être adressé à l'autorité compétente – pour autant qu'il en existe une. Si cette dernière n'entreprend pas les démarches requises, le travailleur peut, en dernier recours, porter les faits à la connaissance du public, notamment par le canal médiatique, ou à des organisations concernées. Les règles sur le secret professionnel sont toutefois réservées.

[Rz 7] L'avant-projet considère abusif le congé donné par l'employeur à la suite d'un signalement conforme à la loi. Il prévoit dans ce cas la même sanction que pour tout autre licenciement abusif, à savoir une indemnité d'un montant de six mois de salaire au maximum. Le Conseil fédéral a par contre renoncé à proposer un régime plus sévère de sanctions civiles contre l'employeur en cas d'autres formes de représailles (licenciement, déplacement, rétrogradation de fonction, etc).

[Rz 8] Or, nous avons montré (Jaïco Carranza / Micotti, op. cit., Jusletter du 07.01.08, p. 25 n. 148 notamment) que le whistleblower se trouve souvent dans une situation plus précaire que d'autres types d'employés victimes de licenciements abusifs ; en particulier, la difficulté à retrouver du travail dans le même secteur d'activité est primordiale, car le dénonciateur est en général stigmatisé. La réintégration du

travailleur n'est cependant dans bien des cas pas praticable, car premièrement cette solution ne s'adresse qu'au travailleur licencié et deuxièmement les formes de rétorsions que celui-ci peut subir sont nombreuses et ne prendraient pas fin avec une réintégration forcée dans l'entreprise.

[Rz 9] Aussi, s'agissant d'une réintégration dans son lieu de travail, il est à prévoir que même si cette solution venait à être acceptée par le travailleur, elle ne sera forcément pas acceptée par son employeur, lequel dispose toujours des moyens de licenciement habituels. Des conditions bien particulières devront être remplies pour qu'un tel cas de figure soit accepté et acceptable. Il en découle que cette solution est rarement praticable, faisant du dédommagement économique une manière de compenser et la perte de la place de travail et les dénigrements subis, sans qu'il y ait besoin de se pencher sur la suite que les parties donneront à leurs rapports contractuels. Une réintégration est en tout cas plus envisageable dans le secteur public que dans le secteur privé.

[Rz 10] La présente contribution n'a pas pour ambition de faire un commentaire exhaustif de l'avant-projet. La procédure de consultation, qui dure jusqu'au 31 mars 2009, sera l'occasion de discuter des faiblesses éventuelles du texte proposé et de son articulation avec le projet du nouvel art. 22a de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers), traitant de la même problématique, mais avec des notions quelque peu différentes (voir ci-dessous, II.B.). Nous nous limiterons ici à la présentation de quelques aspects ayant retenu d'emblée notre attention.

1. Les faits susceptibles d'être signalés

[Rz 11] L'une des difficultés résidera dans la portée à donner à la notion, nouvelle en droit suisse, de « faits répréhensibles » – en allemand « Missstände ». Dans le langage courant, ce terme allemand est régulièrement lié au whistleblowing – notamment dans la presse – et se réfère à toutes sortes d'irrégularités, plus ou moins condamnables sur le plan moral si ce n'est en droit. La Commission fédérale des banques (actuelle FINMA) l'emploie parfois dans le contexte d'actes non conformes à l'exigence d'une activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. c de la loi sur les banques et les caisses d'épargne (LB)). L'expression française « faits répréhensibles » comporte quant à elle un caractère plus pénal, au sens non juridique du mot. Dans les deux cas, l'expression choisie semble se vouloir plus sévère et plus étroite que le terme « irrégularités » (« Unregelmässigkeiten ») employé dans le secteur public (projet de modification de la LPers ; voir ci-dessous, II.B.).

[Rz 12] Selon le rapport explicatif, les faits répréhensibles comprennent tout fait contraire à une obligation que l'entreprise ou ses collaborateurs doivent respecter, qu'elle serve l'intérêt public ou des intérêts privés, soit les infractions à la loi au sens large ; les cas de corruption ou de violation de prescriptions de sécurité ; les engagements contractuels

de l'employeur vis-à-vis de tiers ou résultant des rapports de travail (cas de harcèlement moral ou d'atteintes à la santé du personnel). Pourront aussi être signalés sans qu'une loi ne sanctionne le comportement visé, les faits « dommageables du point de vue de la bonne marche de l'entreprise » (faut-il comprendre également l'atteinte à l'image de celle-ci ou du secteur économique concerné?) ou « du point de vue de la collectivité », tels les cas de mauvaise gestion ou d'atteintes à l'environnement. Il faut uniquement, ajoute le rapport, que ce comportement puisse être perçu, de bonne foi, comme dommageable et qu'il faille y mettre fin ou le modifier.

[Rz 13] L'articulation de la notion de faits répréhensibles avec celle – peu limpide – de « faits mettant en jeu l'intérêt public » n'est pas non plus évidente. Cette dernière apparaît a priori plus étroite que celle de « faits répréhensibles », de sorte que seuls certains types de faits pourraient être signalés en dehors de l'entreprise. Il y aurait par là une limitation des cas qui peuvent faire l'objet d'une signalisation à l'échelon supérieur en cas d'inaction ou, pire, de représailles effectives ou à venir de l'employeur – ce qui apparaît d'emblée contestable. Pour les autres cas, non susceptibles d'être portés à la connaissance de l'autorité, puis *in fine* du public, le travailleur ne disposera que de la faculté d'user des moyens de droit classiques du CO en cas de mesure de rétorsion (action civile pour licenciement abusif ou pour violation de l'obligation de la personnalité du travailleur, notamment). S'il est privé de la possibilité d'en appeler à l'autorité ou au public, le travailleur se retrouve dans une situation très défavorable du point de vue des rapports de force. Il est à craindre que la portée effective de l'alinéa 1 de la disposition proposée soit très restreinte pour les cas de faits ne mettant pas en jeu l'intérêt public.

[Rz 14] De toute manière, la notion même d'intérêt public suppose une appréciation et la « mise en jeu » de tels intérêts publics requiert une balance des intérêts, de sorte que la décision appartiendra en principe à l'autorité compétente saisie du signalement, ou *in fine* au juge civil, en cas d'action de la part du travailleur. Il n'est pas certain que la terminologie allemande « Missstände, die das öffentliche Interesse berühren » soit plus explicite. Ce qui semble acquis, c'est que l'avant-projet n'a pas voulu limiter le signalement aux faits qui eux-mêmes sont « d'intérêt public », mais étendre ce droit aux cas où un intérêt public est concerné, ce que nous comprenons comme la référence à un intérêt supérieur à celui de l'employeur. L'invocation d'un intérêt supérieur, comme condition à la licéité d'une rupture du devoir de secret de l'art. 321a al. 4 CO, rejoint d'ailleurs la jurisprudence fédérale (voir ATF 127 III 310, ci-dessous, III.A.).

[Rz 15] Lorsqu'il est question d'intérêt public (ou de faits « dommageables du point de vue de la collectivité » – cf. rapport p. 33, précité), il faut selon nous comprendre que l'intérêt public suisse est seul concerné. L'actualité récente offre un exemple frappant. Imaginons que l'employé d'un intermédiaire financier souhaite signaler le fait que son établissement

permet à certains clients étrangers de se soustraire à leurs obligations fiscales de leur pays de domicile, sans que ce comportement ne soit sanctionné en droit suisse. Il paraît évident que l'employeur n'a aucun intérêt à donner suite à ce signalement et qu'aucune autorité n'interviendra faute d'illégalité. Frauder le fisc étranger peut cependant apparaître à d'aucuns comme un comportement « dommageable pour la collectivité » (étrangère) ou mettant en jeu l'intérêt public (étranger), d'où une divulgation possible au public (art. 321a^{bis} al. 3 AP-CO). Une interprétation téléologique devrait conduire à exclure la prise en compte d'intérêts publics étrangers ou essentiellement étrangers. A l'inverse, un intérêt de la collectivité au plan purement local doit impérativement être considéré comme pertinent. C'est le lieu de remarquer que la bonne foi du whistleblower ne doit pas concerner l'existence des faits signalés mais aussi la portée de ceux-ci. Il faut que le travailleur puisse de bonne foi considérer que les faits sont « répréhensibles » ou « mettent en jeu l'intérêt public » (non étranger) ou sont « dommageables pour la collectivité » (suisse).

[Rz 16] La conséquence de la difficulté à cerner la notion même d'actes susceptibles d'être divulgués ou signalés, réside dans le risque pour le travailleur d'être sanctionné (licenciement ou mesures de rétorsion de toutes formes) sans protection ou d'être débouté en justice pour avoir mal apprécié le caractère des faits ou des soupçons signalés. Il conviendrait au moins de considérer automatiquement que les faits signalés sont « répréhensibles » ou « mettent en jeu l'intérêt public » dès lors que le signalement est fait de bonne foi. Ceci renverserait également en partie le fardeau de la preuve, puisque la bonne foi se présume.

[Rz 17] Un exemple dans lequel le travailleur croit de bonne foi qu'il y a urgence (art. 321a^{bis}, al. 2 lit. d AP-CO) pourrait être tiré du cas où celui-ci soupçonne sérieusement son employeur de vouloir procéder dans les heures qui viennent à un dépôt sauvage de matières dangereuses pour la santé ou l'environnement. Au contraire l'atteinte ou le risque d'atteinte à certains intérêts publics tels que la réputation de la place financière suisse ne nécessiteraient a priori pas de mesure d'urgence.

[Rz 18] Le rapport explicatif reconnaît (p. 33) que le travailleur qui découvre un fait répréhensible peut légitimement vouloir se renseigner sur la situation avant d'alerter l'employeur ou les autorités. Cependant, il précise que la prise d'informations à cet effet n'est pas à traiter selon la réglementation proposée ; l'obligation générale de fidélité et de discrétion reste ici applicable. Dans ces conditions, l'on voit mal comment le travailleur pourra efficacement se renseigner avant de tirer la sonnette d'alarme, si ce n'est en s'adressant à une personne déjà en charge de la sauvegarde des intérêts de l'employeur et couvert également par une obligation de secret – notamment l'avocat de l'employeur lui-même (voir sur ce point l'apport de l'arrêt 4A_2/2008, ci-dessous, III.B.). Le fait de s'adresser à un syndicat ou à un avocat indépendant peut

donc en soi constituer une violation du devoir de fidélité et de garder le secret (art. 321A al. 1 et 4 CO) voire une violation du secret d'affaires ou professionnel.

2. Le choix de l'interlocuteur

[Rz 19] La notion d'employeur est volontairement vague (rapport explicatif, p. 33). L'avant-projet ne prévoit donc pas d'imposer au travailleur de passer par la voie hiérarchique au sein de l'entreprise. Lorsque le texte légal prévoit que le signalement sera fait à l'employeur, il faut entendre que l'interlocuteur sera en réalité tout service habilité à traiter du cas dénoncé, soit désigné par l'employeur, soit de par le champ de ses attributions internes. Il pourra ainsi s'agir de la direction de l'entreprise ou d'un service qui a pour tâche de vérifier la conformité au droit des activités de l'entreprise. Selon le rapport, cependant, il n'est pas nécessairement admissible que le signalement s'adresse à des collègues ou à des connaissances faisant partie de services voisins qui ne sont pas concernés par le fait en question ; il y aurait là une violation du devoir de discrétion (p. 33).

[Rz 20] Si l'employeur désigne expressément un service ou une procédure pour recevoir les signalements, c'est cette voie qui sera déterminante. Le Conseil fédéral admet cependant que des circonstances exceptionnelles permettent de s'en écarter. A titre d'exemple, le rapport cite le cas de la personne responsable désignée par l'employeur, qui serait elle-même impliquée dans le fait signalé. Cette précision prend toute son importance au vu de l'expérience pratique des auteurs de la présente contribution et du récent arrêt fédéral 4A_2/2008, discuté ci-dessous (III.B.). La pratique montre que dans bien des cas, en effet, la personne hiérarchiquement ou fonctionnellement chargée de recevoir les dénonciations est elle-même concernée – ou fait l'objet de soupçons de la part du whistleblower potentiel. De toute évidence, le signalement adressé à cette personne serait contre-productif, voire dangereux pour le travailleur.

[Rz 21] Selon nous, les critères de l'alinéa 2 de l'avant-projet doivent s'appliquer ici *mutatis mutandis* et permettre aussi au travailleur de contourner la dénonciation hiérarchique ou à l'instance ad hoc, prévue par les directives internes de l'entreprise, pour aller plus haut ou pour s'adresser à une personne ou un service (y compris externe) qui paraît approprié. Nous renvoyons ici à la notion de « dénonciation sautante » développée dans nos précédentes études (C. Jaïco Carranza / S. Micotti, op. cit., Jusletter du 07.01.2008, p. 24, n. 141 ss). Encore une fois, nous verrons ci-dessous (III.B.) l'enseignement que l'on peut tirer de la jurisprudence fédérale sur ce point.

[Rz 22] Le fait d'imposer une procédure interne unique, dont le travailleur ne pourrait s'écarter pourrait donc constituer une contrainte au travailleur, contraire à la loi, même si l'art. 362 al. 1 AP-CO prévoit que seuls les alinéas 2 et 3 de l'art. 321a^{bis} AP-CO sont relativement impératifs en faveur du travailleur.

[Rz 23] Le signalement, selon l'alinéa 2, doit être adressé à l'autorité compétente. Faut-il en conclure que le simple fait qu'il n'existerait pas d'autorité compétente ou que l'autorité saisie se déclarerait incompétente serait le critère pour déterminer si les faits signalés pouvaient effectivement l'être ? Nous nous permettons d'en douter. Si une autorité refuse de se reconnaître compétente, quelles sont les voies laissées au whistleblower ? Instinctivement, on peut penser que l'alinéa 3 de l'art. 321a^{bis} AP-CO s'appliquera, à tout le moins par analogie avec le cas dans lequel le dénonciateur est fondé à croire que l'autorité ne prendra pas les mesures nécessaires.

3. Le secret professionnel et les lois spéciales

[Rz 24] L'alinéa 4 de l'art. 321a^{bis} AP-CO mérite encore quelques réflexions.

[Rz 25] Le rapport (p. 22) présente l'art. 321a^{bis} al. 1 à 3 AP-CO comme un fait justificatif au sens de l'art. 14 du code pénal (CP), qui permettrait d'exclure la punissabilité d'un signalement conforme à la loi, même si de ce fait les secrets d'affaires et le secret commercial (art. 162 CP), notamment, pouvaient être atteints. Cependant, il arrive que la protection du secret ait une portée spécifique par rapport à l'obligation de discrétion du droit du travail. C'est le cas du secret professionnel protégé par les art. 321 CP (secret professionnel *stricto sensu*), 47 LB et 43 de la loi sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM) (secret bancaire). C'est la raison de la réserve de l'art. 321a^{bis} al. 4 AP-CO, qui doit avoir pour effet, selon le rapport, d'exclure l'application de l'art. 14 CP en relation avec l'art. 321a^{bis} AP-CO aux employés soumis au secret professionnel.

[Rz 26] Il ne fait aucun doute – et nous l'avons montré dans la contribution précitée (C. Jaïco Carranza / S. Micotti, op. cit., Jusletter du 07.01.08, p. 19, n. 106 – 115) que le secret bancaire s'oppose au whistleblowing, à tout le moins lorsqu'il implique un interlocuteur extérieur à la banque ou le recours à des moyens de preuve eux-mêmes couverts par le secret. Ces considérations valent *mutatis mutandis* pour les autres formes de secrets professionnels. Même lorsque le signalement d'irrégularités a lieu uniquement à l'interne, ce même secret fait largement obstacle à la défense des droits du travailleur dans une procédure prud'homale. Par exemple, si le travailleur entend se plaindre d'un licenciement ou de mesures de rétorsion, il ne pourra que très difficilement faire la preuve de l'existence et du bien-fondé de son signalement interne.

[Rz 27] Fait exception à ce qui précède – notoirement – le cas dans lequel les malversations dénoncées par le travailleur stigmatisé deviennent ultérieurement publiques (arrêt 4A_2/2008, ci-dessous, III.B.). Ce genre de situation n'est cependant pas la règle.

[Rz 28] Le rapport précise toutefois que tout signalement n'est pas pour autant interdit à cette catégorie de travailleurs, mais que, conformément à la situation actuelle, c'est la pratique

qui concrétisera les principes généraux, en mettant en balance l'intérêt au signalement et l'intérêt à la protection du secret professionnel. La prise en compte du secret professionnel pourra avoir pour résultat d'admettre le signalement à des conditions plus strictes – conditions que le rapport ne définit pas ni ne prend la peine de rappeler.

[Rz 29] C'est donc essentiellement par une pesée des intérêts en présence que devraient – si l'on en croit le rapport – se résoudre les questions de whistleblowing impliquant le secret professionnel. Il faut rappeler à cet égard que le Code de procédure civile fédérale (CPC), du 19 décembre 2008, actuellement soumis au référendum, prévoit à son art. 163 al. 1 lit. b que « Une partie peut refuser de collaborer : (...) lorsque la révélation d'un secret pourrait être punissable en vertu de l'art. 321 CP ». En vertu de l'alinéa 2, « les dépositaires d'autres secrets protégés par la loi [autres que ceux visés par l'art. 321 CP – cf. al. 1] peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. » Pourrait précisément tomber sous cette disposition le secret bancaire des art. 47 LB et 43 LBVM. Dès lors, selon cette conception, le juge opérera une pesée des intérêts pour déterminer si le secret mérite d'être maintenu, totalement ou partiellement et il appartiendra à la partie qui se prévaut du secret (par hypothèse, la banque) de fournir les éléments s'opposant à sa levée. L'art. 156 CPC prévoit une clause de sauvegarde, selon laquelle « le tribunal ordonne les mesures propres à éviter que l'administration des preuves ne porte atteinte à des intérêts dignes de protection des parties ou de tiers, notamment à des secrets d'affaires. », le juge pouvant donc ordonner le huis clos ou l'anonymisation des documents.

[Rz 30] Indépendamment de ces questions, les grandes lignes de la pratique, à laquelle se réfère explicitement le rapport, se dégagent d'ores et déjà de la jurisprudence et singulièrement de l'arrêt 4A_2/2008, discuté ci-dessous (III.B.).

B. Le projet d'art. 22a LPers

[Rz 31] Le mandat législatif donné au Conseil fédéral mentionnait aussi la prise en compte de la situation spécifique des employés de la fonction publique, et un éventuel devoir de signaler certains faits ou soupçons. Parallèlement, cette question fait également l'objet d'une attention particulière au niveau international. Dans son rapport d'évaluation de la situation en Suisse du 24 décembre 2004, le groupe de travail de l'OCDE contre la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales estimait que la problématique du whistleblowing semblait sous-estimée par les autorités suisses. Il recommandait donc à la Suisse « d'envisager l'établissement de l'obligation formelle pour toute autorité, fonctionnaire ou officier public fédéral, d'aviser les autorités compétentes d'indices de corruption » (recommandation n° 146 a).

[Rz 32] Le législateur a donc profité de l'élaboration de la

nouvelle loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (Loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP), pour doter la LPers d'un nouvel art. 22a et d'un art. 14 al. 1 lit. d, consacrés au whistleblowing dans la fonction publique fédérale. Au surplus, la compétence reste aux cantons pour organiser leur propre régime public.

[Rz 33] La modification de la LPers va dans le même sens que le nouvel art. 321a^{bis} AP-CO, mais lui est antérieure de quelques mois (avant-projet de fin 2007 largement amendé, puis projet publié et mis en consultation le 10 septembre 2008) ; elle inclut cependant une véritable obligation pour les collaborateurs de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances (CDF) tous les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction. Au surplus, il est aménagé un droit de signaler au CDF les « autres irrégularités » dont les employés publics ont connaissance (en allemand : « Unregelmässigkeiten »). Une réintégration au poste est prévue pour les membres de la fonction publique en cas de congé-représailles (art. 14 al. 1 lit. d).

[Rz 34] L'articulation des deux projets de loi pêche par certains aspects. Ceci est d'autant plus regrettable que les règles du CO s'appliquent par renvoi de l'art. 14, al. 3, let. a LPers aux employés de la Confédération. Une harmonisation de la terminologie aurait été souhaitable.

[Rz 35] Les notions utilisées pour décrire les faits susceptibles d'être dénoncés ou signalés varient et sont peu claires. Alors que la LPers utilisera le terme « irrégularités » (al. 4), volontairement beaucoup plus large que les « crimes et délits » (al. 1), le futur art. 321a^{bis} AP-CO parlera de « faits répréhensibles » (al. 1), voire de « faits mettant en jeu l'intérêt public » (al. 2). Comme on l'a vu, la notion de faits répréhensibles est floue et le rapport explicatif est peu utile sur ce point. La notion – commune – d'irrégularités aurait selon nous dû être préférée, en ce qu'elle recouvre aussi dans le langage courant, les questions d'entorses à l'éthique professionnelle, la déontologie et les mSurs. Les faits dits répréhensibles laissent planer une connotation pénaliste peu heureuse.

[Rz 36] Le rapport explicatif relatif à l'art. 321a^{bis} AP-CO expose qu'un aménagement plus large du droit de signaler peut se concevoir dans la fonction publique, dès lors que l'obligation de fidélité dans la fonction publique ne sert pas l'intérêt d'un employeur privé mais d'institutions publiques et donc finalement, l'intérêt public (p. 15 s.). Cependant, le rapport précise dans le même passage qu'une approche plus restrictive dans le secteur public que dans le secteur privé peut tout aussi bien se justifier, compte tenu du secret de fonction. Le message relatif à l'art. 22a LPers ne fait naturellement pas référence au projet de droit privé, pour une raison chronologique évidente. Manifestement, les travaux préparatoires ne permettent pas de savoir avec certitude si la notion d'irrégularités (droit public) doit être comprise dans une acception plus large que

celle de faits répréhensibles (droit privé). Nous pensons que tel est le cas, mais le regrettons. L'argument avancé par le rapport explicatif (devoir de fidélité accru de l'agent public) ne nous convainc pas. A l'inverse, il n'y a pas de secret de fonction entre autorités ; l'annonce d'irrégularités par un membre de la fonction publique à une autorité pénale, par exemple, s'analyse comme une saisine d'office et ne s'apparente pas au whistleblowing (arrêt 2P.96/2006, SJ 2007 I 78).

[Rz 37] Le fait que le signalement des « autres irrégularités » constatées par un employé de la fonction publique doive être adressé au CDF semble limiter de facto le champ de la notion d'irrégularités, du fait même des limites qui s'imposent aux compétences de cette autorité.

III. La jurisprudence

[Rz 38] La jurisprudence fédérale consacrée au whistleblowing est peu abondante. Elle est marquée par le souci d'affirmer le devoir du travailleur de sauvegarder fidèlement les intérêts de l'employeur (art. 321a, al. 1 et 4 CO) et repose sur le principe de la divulgation au public de faits internes à l'entreprise comme *ultima ratio*. La proportionnalité des moyens utilisés pour « sonner l'alarme » est elle aussi une constante des arrêts fédéraux. Les principales décisions se présentent comme suit.

A. ATF 127 III 310

[Rz 39] Dans l'arrêt paru aux ATF 127 III 310, les juges fédéraux ont eu à connaître du cas d'une employée d'un établissement médico-social (EMS) ayant filmé de nuit, avec l'appui de journalistes et à l'insu de son employeur, les conditions de séjour des pensionnaires. Le film avait été remis à la Télévision suisse romande pour une diffusion dans le cadre d'une émission critique.

[Rz 40] L'arrêt considère que l'employée a violé son devoir de fidélité, qui couvre non seulement les faits que l'employeur a expressément qualifiés de secrets, mais aussi tous ceux dont il apparaît selon les circonstances, que l'employeur veut interdire la divulgation. Lorsque l'activité de l'employeur cause ou risque de causer illicitement un dommage à autrui, le travailleur ne peut faire valoir un intérêt supérieur à rompre le secret que s'il respecte lui-même le principe de la proportionnalité. Ceci suppose que le travailleur interpelle d'abord l'employeur, puis qu'il saisisse l'autorité compétente, au besoin. Ce n'est que si cette dernière demeure elle aussi inactive que le travailleur pourrait, si les circonstances le justifient, s'adresser au public.

[Rz 41] La question de l'application de l'argument tiré de l'intérêt public prépondérant a par exemple été laissée indécise dans cette affaire, alors même que l'employée affirmait que la santé des pensionnaires était en cause, au motif que la gradation des moyens de divulgation n'avait de toute manière pas été respectée. Nous nous autorisons à croire que

la pesée des intérêts opérée par les juges fédéraux aurait eu une issue différente s'il y avait eu un danger avéré de mort d'homme ou d'atteinte sérieuse à la santé et à l'intégrité des pensionnaires ou en cas d'urgence. C'est d'ailleurs un souci qui est pris en compte par l'avant-projet, qui autorise le signalement « sautant » en cas d'urgence notamment alinéa 2 lettre d de l'art. 321a^{bis} AP-CO.

B. Arrêt 4A_2/2008

[Rz 42] Une seconde jurisprudence topique a été rendue le 8 juillet 2008 par le Tribunal fédéral (partiellement traduit à la SJ 2009 I 1). Cet arrêt, rendu dans le domaine bancaire, particulièrement sensible et mettant en jeu autant les devoirs de fidélité et de secret du droit du travail que les obligations spécifiques du collaborateur découlant de la législation bancaire (dont le secret bancaire de l'art. 47 LB), fait une application très intéressante des principes généraux rappelés ci-dessus (II.A.). Cet arrêt étant tout récent et n'ayant pas été expressément pris en compte par le rapport explicatif relatif à la modification du CO, précité, il convient d'en exposer les faits et les considérants essentiels avant de l'analyser. Les solutions qu'il propose, comme nous le verrons, doivent être saluées et resterons d'actualité après l'adoption des projets législatifs discutés plus haut, s'ils conservent dans les grandes lignes leur teneur actuelle.

1. Résumé des faits

[Rz 43] B. travaillait comme employé de la succursale de Lugano de la banque A., en qualité de responsable du trafic des paiements et de la caisse. Début 2005, il a constaté des irrégularités dans certains ordres de paiement effectués par C., directeur de la succursale à l'époque, en lien avec une opération financière X. Il a fait part de sa découverte à Me D., avocat chargé de représenter les intérêts de la banque dans le cadre de l'opération financière précitée. Me D. a immédiatement communiqué les informations reçues de B. à certains membres de la direction générale, lesquels les ont à leur tour transférées au directeur de succursale C. L'enquête interne de la banque n'a fait ressortir aucun élément susceptible de conforter les soupçons de B. Par la suite, la banque a été confrontée à une fuite d'informations et des lettres anonymes, au début du mois de mars. Elle a convoqué certains employés – dont B. – afin de les interroger. Lors de son interrogatoire du 3 mars 2005, il a été en particulier demandé à B. s'il avait parlé à des personnes externes à la banque de questions couvertes par le secret bancaire ; B. a répondu par la négative. Le 7 mars 2005, C. a communiqué à B. la décision de la banque de le licencier avec effet au 30 juin 2005, le libérant immédiatement de l'obligation de travailler. Le 23 novembre 2005, la presse tessinoise a annoncé l'arrestation du responsable de la succursale, suspecté de malversations aux dépens de la banque et de ses clients. Le Prêteur de Lugano, puis la Chambre d'appel civile du canton du Tessin

ont admis la demande de dommages-intérêts formée par B. pour licenciement abusif, ce que le Tribunal fédéral (TF) a confirmé.

2. Résumé des considérants

[Rz 44] La banque A., recourante, reprochait aux juges tessinois un établissement manifestement inexact des faits. Selon elle, B. avait été licencié pour avoir menti en niant avoir communiqué des informations couvertes par le secret professionnel à des tiers, et avait ainsi rompu le rapport de confiance avec la banque – et non en raison de sa dénonciation du comportement de C. à Me D. (« whistleblowing » !). Le Tribunal fédéral (TF) a estimé avec les juges cantonaux que B. avait en réalité été licencié au motif qu'il avait communiqué ses soupçons à Me D., puis qu'il avait nié avoir violé le secret bancaire en s'adressant à des tiers, les deux aspects de la question n'étant pas séparables.

[Rz 45] Considérant que Me D. ne pouvait être qualifié de tiers quelconque (le TF a volontairement rejeté l'argument fondé sur la distinction entre « personne étrangère à la banque » et « personne extérieure » à celle-ci), notre Haute Cour a jugé correcte la réponse négative de B. lors de l'interrogatoire du 3 mars 2005. En s'adressant à l'avocat, B. n'avait donc pas contribué à la fuite d'information ni violé le secret bancaire. Il a au contraire confié ses soupçons à une personne soumise au devoir de confidentialité afin que, le cas échéant, ils fussent transmis à qui de droit au sein de la direction de la banque (consid. 5 et 6).

[Rz 46] Le TF a dès lors confirmé le caractère abusif du congé. Il a considéré que B. avait adopté un comportement adapté aux circonstances, en confiant ses soupçons à la personne chargée des intérêts de la banque dans le cadre de l'opération financière touchée par les malversations ; l'avocat était une personne de confiance, soumise au devoir de confidentialité et en contact direct avec les dirigeants de la banque, et la personne sur laquelle pesaient ses soupçons était précisément le directeur de la succursale. Les juges fédéraux ont par contre considéré que la banque avait quant à elle « saboté » (sic!) les résultats de l'enquête interne en chargeant C. de s'en occuper, et manqué à ses obligations de protéger la personnalité de l'employé par rapport à son supérieur. La banque avait également failli à ses obligations lorsque, au lieu de confronter B. avec le résultat de l'enquête interne (qui innocentait C.) et lui demander de s'expliquer, elle l'avait soumis à un interrogatoire sommaire et général, laissant à penser qu'elle le croyait à l'origine des fuites – impression confirmée par les modalités du licenciement de B. par C. lui-même quatre jours à peine après l'entrevue, sans explications et avec l'obligation de quitter immédiatement les locaux de la banque, ce que l'intimé et ses collègues ont probablement pu interpréter comme un licenciement immédiat. Pour le TF, réserver un tel traitement à un employé qui pendant cinq ans avait travaillé avec sérieux, sans donner lieu à la critique et sans lui donner la possibilité de s'expliquer constituait un

comportement clairement abusif de l'employeur – ce d'autant plus que la dénonciation de C. par B. était conforme aux circonstances même si elle devait être infondée, a précisé notre Haute Cour (consid. 7).

3. Commentaire

a. Mise en place d'une procédure de « whistleblowing » et rôle de l'avocat de la banque

[Rz 47] L'arrêt discuté ici montre bien l'avantage sinon la nécessité pour la banque de se doter d'une telle procédure de dénonciation interne. Il ressort clairement du considérant 7 que c'est bien l'absence d'une voie de communication adéquate et sûre pour l'employé qui l'a conduit à s'adresser à une personne que la banque considérait comme extérieure à sa structure. C'est également l'absence d'une procédure claire de whistleblowing qui a justifié le comportement de l'employé – jugé proportionné et adéquat eu égard aux circonstances d'espèce – et partant permis de condamner la banque pour l'avoir abusivement licencié. Enfin, ce manque de marche à suivre en cas de soupçons, fondés ou non, d'irrégularités a eu pour conséquence, de l'avis même du TF, de retourner la dénonciation contre l'employé, permettant ainsi au principal responsable des malversations dénoncées de « saboter » l'enquête interne et de déguiser les faits – dans un premier temps du moins.

[Rz 48] Cette situation est loin d'être isolée. Il est plus rare toutefois que les soupçons du dénonciateur puissent encore être vérifiés, de manière à lui donner raison en fin de compte, une fois que celui-ci a été licencié ou visé par toute forme de rétorsion. Or, plus les personnes visées par un acte de whistleblowing sont haut placées dans la structure de l'entreprise, plus les risques d'étouffement de l'affaire et de conséquences nuisibles au dénonciateur sont grands. Il en va de même lorsque l'employé dénonce un supérieur direct qui est en mesure d'intercepter l'information ou de faire disparaître les éléments probants (C. Jaïco Carranza/S. Micotti, op. cit., Jusletter du 07.01.08, p. 9, n. 52 – 53). Cet arrêt en donne une éclatante confirmation.

[Rz 49] Les différentes possibilités d'organiser la procédure de dénonciation interne ont été évoquées dans nos précédentes contributions. Cette affaire concrétise l'une des voies proposées, à savoir le recours à un avocat externe. Ce choix se justifie notamment par le fait que l'avocat n'appartient pas à la structure hiérarchique de l'institution financière. Sa position et sa profession inspirent la confiance nécessaire à l'employé qui entend agir dans l'intérêt de l'entreprise sans se mettre lui-même en danger ou risquer que l'information soit détruite (comme ce fut néanmoins le cas en l'espèce, faute d'une vraie procédure formalisée). L'avocat dispose en outre des capacités nécessaires à faire le tri des informations reçues. A noter, comme l'a jugé le TF, que le secret bancaire ne fait pas obstacle à la communication d'informations à l'avocat de la banque. Celui-ci, en sa qualité de mandataire, est en

effet inclus dans le cercle de personnes tenues au secret par l'art. 47 al. 1 LB.

[Rz 50] Cela étant, la dénonciation à l'avocat n'est que la première étape de la procédure de whistleblowing. Si comme en l'espèce l'avocat ne sait que faire de l'information ou que celle-ci revient à la personne suspectée, le but ne sera pas atteint.

[Rz 51] Il convient donc pour l'institution financière de se doter d'une procédure interne permettant par la suite de diligenter une enquête propre à établir objectivement les faits dénoncés et offrant la protection nécessaire à l'employé. Ce but peut notamment être atteint en assurant la confidentialité de l'information et en confiant le soin de l'enquête à un organisme externe au service concerné – le conseil d'administration conservant en définitive seul le pouvoir de décision une fois les faits établis. Sans ce moyen, la banque ne sera pas en mesure de préserver ses propres intérêts, l'information pouvant par sa faute parvenir au public ou être interceptée, déformée ou encore laissée sans suite. La présente affaire illustre parfaitement le cas où les services internes à l'institution financière conduisent l'enquête de manière à étouffer la dénonciation ou à justifier le renvoi de l'employé au lieu de s'occuper de l'affaire dénoncée en elle-même – ce qui doit absolument être évité.

b. Dédommagement de l'employé

[Rz 52] L'arrêt discuté ici montre aussi les limites du dédommagement alloué à l'employé. Le paradoxe du système actuel – auquel l'art. 321a^{bis} AP-CO ne change rien – est que le whistleblower sera licencié pour avoir justement voulu protéger l'institution où il travaillait. La limite des dommages-intérêts à six mois de salaire au maximum (art. 336a al. 2 CO) se révèle inadaptée à la réalité économique et juridique quand on voit que la procédure « whistleblowing » peut durer, comme en l'espèce, près de quatre ans, voire souvent plus. Pendant ce temps, l'employé doit assumer les frais de sa défense et faire face à la difficulté accrue de retrouver un emploi aussi longtemps qu'il n'aura pas eu gain de cause et que le caractère abusif de son congé n'aura donc pas été définitivement établi. Le certificat de travail joue ici un rôle crucial et l'on sait combien il peut être délicat d'en obtenir un dont la teneur soit satisfaisante.

c. Double effet pervers de l'absence de procédure claire

[Rz 53] En outre, en s'en prenant au dénonciateur, l'institution financière se prive d'un employé dévoué qui cherchait à la protéger et qui était pour elle une source d'informations utile pour faire face aux irrégularités internes ; elle ternit par la même occasion sa propre image et potentiellement celle de la place financière en général, dès lors que l'affaire a de grandes chances de devenir publique. C'est un clair exemple des effets pervers de l'absence d'encadrement du whist-

blowing, non seulement pour l'employé lui-même mais aussi pour l'entreprise.

IV. Conclusions

[Rz 54] Ce n'est pas ici notre propos de faire l'analyse complète de l'avant-projet de modification du CO ou du projet de modification de la LPers. L'avant-projet de l'art. 321a^{bis} CO doit cependant être salué à plusieurs titres. La prévisibilité découlant de l'inscription du whistleblowing dans la loi est sa première – sinon sa principale – qualité. Cela répond au souhait que nous avons exprimé à plusieurs reprises. Les principes de cette nouvelle disposition sont en ligne avec la jurisprudence fédérale rendue à ce jour, et cela même si elle est encore peu abondante et que l'arrêt essentiel rendu durant l'été 2008 n'a pas expressément été pris en compte par le Conseil fédéral. Les principes de base de ce projet sont clairs à quelques nuances près, mais celles-ci sont importantes.

[Rz 55] Lorsque le rapport explicatif de l'avant-projet renvoie à la pratique, l'arrêt 4A_2/2008 nous montre dans une large mesure quelles sont les tendances majeures de celle-ci, ce qui permet d'éclairer assez utilement la lecture de la disposition légale proposée.

[Rz 56] Concrètement, la dernière jurisprudence enseigne que le travailleur qui veut tirer la sonnette d'alarme doit pouvoir s'adresser, s'il est de bonne foi, à la personne ou au service qui lui paraît raisonnablement être compétent ou adéquat pour recevoir l'information. L'avant-projet n'impose pas *stricto sensu* à l'employeur l'institution d'une procédure de whistleblowing interne, mais son absence pourra se retourner contre lui. Le travailleur ne devrait en subir aucun désagrément. Cette règle concerne aussi les personnes ou services qui ne s'inscrivent pas dans l'organigramme ou la hiérarchie de l'employeur – tel l'avocat externe de l'entreprise. La dénonciation « sautante » – soit directement à l'échelon supérieur ou alternativement à une personne non expressément désignée à cet effet, tel l'avocat externe – doit être permise et s'inscrit dans la logique même de l'avant-projet, lorsqu'il est à craindre que l'interlocuteur principal ne soit lui-même impliqué dans les faits signalés ou ait un intérêt à étouffer l'affaire.

[Rz 57] Lorsque les faits dénoncés sont susceptibles d'être couverts par le secret professionnel, seule une divulgation à une personne elle-même liée par ce secret est admissible. Il se peut que celle-ci n'ait cependant pas les moyens concrets d'intervenir. L'employeur supporte alors les conséquences défavorables pour le whistleblower. Dans l'exemple du dernier arrêt ci-dessus, on pourrait imaginer que l'avocat de la banque ait informé le dénonciateur de son absence de pouvoir pour agir *in concreto*. A teneur de l'art. 321a^{bis} al. 2 AP-CO, l'employé se serait alors par exemple tourné vers la Commission fédérale des banques, actuelle FINMA, en sa qualité d'autorité potentiellement compétente ou vers le

ministère public tessinois (le cas d'espèce présentant un aspect pénal prépondérant).

[Rz 58] L'état actuel de la jurisprudence ne permet cependant pas encore de tracer les contours des notions d'irrégularités, de faits répréhensibles et de faits mettant en jeu l'intérêt public.

Carlos Jaïco Carranza, lic. iur./MBA Sébastien Micotti, avocat

* * *