

Carlos Jaïco Carranza / Sébastien Micotti

Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation

De nombreux cas d'actes illicites, immoraux ou contraires à l'intérêt public (corruption, tromperie, atteintes à l'environnement, etc.) peuvent être constatés par des employés ou fonctionnaires sur leur lieu de travail. S'agissant d'actes qui le plus souvent ne font pas de victimes directes, le rôle du dénonciateur (*whistleblower*) apparaît crucial. Alors que la problématique du whistleblowing est désormais bien connue en droit anglo-saxon, le droit suisse n'offre à ces personnes qu'une protection insuffisante, voire inexistante. La question est particulièrement sensible en droit bancaire, compte tenu du secret bancaire. Le présent article veut ainsi montrer quelles sont les limites et les lacunes du régime suisse en la matière, par une approche transversale, s'étendant aux domaines du droit privé, pénal, public et de procédure (y compris des aspects moins étudiés comme la protection de la personnalité, le droit de la concurrence, le blanchiment d'argent, etc.). Enfin, l'article discute aussi la motion Gysin (« Protection pour les personnes qui découvrent des cas de corruption »), récemment adoptée et amendée par le Chambres.

Catégorie(s) : Droit du travail ; Droit pénal économique (LCD, loi sur les cartels, loi sur les banques, loi sur les bourses)

Proposition de citation : Carlos Jaïco Carranza / Sébastien Micotti, Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation, in : Jusletter 7 janvier 2008

Table des matières

- I. Introduction
 - A. La notion
 - 1. La définition
 - 2. Les intentions du whistleblower
 - a. L'intérêt de l'employeur
 - b. L'intérêt public
 - c. Les intérêts de nature personnelle
 - 3. L'obligation de dénonciation
 - a. L'obligation de nature contractuelle
 - b. L'obligation résultant de la loi
 - aa. L'obligation de fidélité du travailleur
 - bb. Le blanchiment d'argent
 - cc. L'obligation de dénoncer des collaborateurs de l'Etat
 - dd. Le droit de procédure cantonal
 - c. Synthèse
 - B. L'effet pervers
 - 1. Droit civil (en particulier droit du travail)
 - a. Licenciement ou harcèlement
 - b. Action en justice pour violation du devoir de fidélité (art. 321a CO)
 - c. Autres conséquences civiles
 - d. Constat d'insuffisance du régime actuel en droit positif
 - 2. Droit pénal
 - a. Le droit de fond
 - b. La position du dénonciateur sous l'angle procédural
 - C. La protection des données
 - 1. Le droit européen
 - 2. Le droit suisse
 - a. Le statut de la personne visée
 - b. Les droits du whistleblower
 - D. Pourquoi protéger le whistleblower ?
 - 1. Les différents intérêts en jeu
 - 2. Les risques inhérents au whistleblowing
- II. Aspects choisis de la problématique dans le domaine bancaire
 - A. L'échec de la mise en place d'une réglementation
 - B. Le whistleblowing à un organe interne : service de « compliance » ou « audit committee »
 - 1. Le compliance office
 - 2. Le comité d'audit
 - 3. Le whistleblowing externalisé
 - 4. La punissabilité de l'entreprise
 - 5. La directive « MiFID »
 - C. Whistleblowing et secret bancaire
 - 1. Les fondements et la portée du secret bancaire
 - 2. Application au whistleblowing
 - D. La procédure de dénonciation à la CFB et la qualité de partie
 - 1. La problématique
 - 2. Absence de qualité de partie de lege lata
 - 3. Suggestions de lege ferenda
- III. Les nouvelles perspectives – la motion Gysin et le mandat au Conseil fédéral
 - A. Le contenu du mandat législatif
 - B. Remarques
 - 1. La modification du Code des obligations
 - 2. Le rôle du dénonciateur et sa protection
 - 3. Les conditions de la dénonciation – l'exemple du droit britannique
 - 4. Le principe de la proportionnalité
 - 5. La nature et le régime de la sanction
 - a. Encadrer ou punir ? – Le caractère dissuasif de la sanction
 - b. La réparation du dommage
 - c. L'introduction de sanctions pénales ?
 - 6. Les collaborateurs de l'Etat
 - 7. Confidentialité plutôt qu'anonymat

- a. Principales faiblesses de la dénonciation anonyme
- b. Le régime de la confidentialité de la dénonciation
- c. Le lien avec le principe de la proportionnalité

IV. Conclusion

I. Introduction

A. La notion

1. La définition

[Rz 1] *To blow the whistle* signifie littéralement *lancer un coup de sifflet*, tel un arbitre ou un agent de police. Dans le monde anglo-saxon, cette expression imagée désigne l'acte par lequel une personne, active au sein d'une entité privée ou publique (ci-après : « l'entreprise ») 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. Nous utiliserons ci-après le terme générique d'« irrégularités » (la doctrine anglaise parle de « *wrongdoing* »). Cette personne est ainsi qualifiée de « dénonciateur », ou « donneur d'alarme » en dépit de la connotation négative qui s'attache à ces termes en français. L'allemand utilise généralement le terme « *Hinweisgeber* », plus neutre. La terminologie anglo-saxonne s'est cependant d'ores et déjà intégrée au langage courant et est largement utilisée par la doctrine¹. Nous en ferons de même.

[Rz 2] Le *whistleblower* a en principe connaissance d'informations importantes et privilégiées. Il est souvent témoin direct des omissions, des agissements illégaux ou manœuvres illicites de son employeur². Son rôle est important, car il vise à attirer l'attention sur des actes qui le plus souvent ne causent pas de victimes directes, susceptibles de porter plainte ou d'ouvrir une action en justice. Tel est notamment le cas en matière de fraude, de corruption, d'atteintes à l'environnement, de violation des règles de sécurité protégeant le public, etc.

[Rz 3] Ainsi, « *whistleblowing* » se traduit notamment par

¹ Pour la doctrine suisse, voir les contributions récentes suivantes : ZORA LEDERGERBER, *Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung*, Zurich 2005, avec de nombreuses références ; SILVIA HUNZIKER, *Whistleblowing*, in DANIEL DÉDÉYAN ET ALII (éd.), *Vertrauen, Vertrag, Verantwortung*, Festschrift für Hans Caspar von der Krone, Zurich, 2007, p. 163 ss ; DANIEL JOSITSCH, *Whistleblowing und Korruptionsbekämpfung*, in WOLFGANG WOHLERS (éd.), *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht*, Zurich 2007, p. 97 ss ; DOMINIQUE PORTMANN / HERBERT WOHLMANN, *Whistleblowing*, RSJ 103(2007), p. 179 ss ; ADRIAN VON KAENEL, *Whistleblowing*, RSJ 103(2007), p. 309 ss. A notre connaissance, aucune étude en français n'a cependant été publiée à ce jour en Suisse sur ce sujet.

² Le terme est compris dans son acception la plus large, étant rappelé qu'il peut exister entre le dénonciateur et l'entité, publique ou privée, au sein de laquelle il constate des irrégularités, des relations juridiques présentant de nombreuses variantes, en dehors du contrat de travail (art. 319 ss CO), notamment des rapports de mandat (art. 394 ss CO) ou de droit public.

« alarme interne ». Cette expression n'est que partiellement exacte. Certes, nous le verrons, le dénonciateur est supposé annoncer les dysfonctionnements constatés avant tout à son employeur, éventuellement *via* son supérieur hiérarchique ou – s'il existe – le service compétent désigné à cet effet (« *compliance office* », ombudsman, etc.). Toutefois, il y a aussi *whistleblowing* lorsqu'un collaborateur tire la sonnette d'alarme en s'adressant à l'extérieur, que ce soit en divulguant ses informations à une autorité, à la police, ou au public par un canal médiatique, par exemple.

[Rz 4] Il se peut que le dénonciateur choisisse d'emblée de s'adresser à l'externe, soit parce qu'il existe une autorité ayant le pouvoir d'intervenir ou d'enquêter sur les irrégularités en cause, telle une autorité de surveillance – soit parce qu'il craint d'être la cible de représailles de l'employeur ou estime que ce dernier n'agira pas convenablement. Mais il se peut aussi que le dénonciateur commence par agir à l'interne, avant de passer à un échelon supérieur, au vu d'une réaction de l'employeur qu'il juge inappropriée (inaction, dissimulation des éléments de fait, représailles à son encontre).

[Rz 5] Ce qui est vrai, c'est que l'origine de l'alarme, elle, est toujours interne, en cas de *whistleblowing*, car cette expression ne s'applique pas à une personne extérieure à l'entreprise, tel un journaliste. La question est parfois délicate s'agissant d'une personne liée par un rapport de mandat (en particulier avec une clause d'exclusivité) avec l'entité qu'il dénonce³. Il est usuel de distinguer soigneusement entre le *whistleblowing* (alarme interne selon une procédure instituée par l'entreprise) et les procédures formalisées (légal) de dénonciation à une autorité. Nous ne croyons pas à cette distinction, qui, si elle se justifie pleinement sous l'angle purement formel, ne trouve pas de fondement en pratique lorsqu'il s'agit d'analyser les problèmes rencontrés par le dénonciateur (« l'effet pervers » notamment – cf. ci-dessous, point I.B.). Certes, en cas de dénonciation à une autorité, selon une procédure formalisée par la loi, le *whistleblower* jouit d'une position plus claire : il n'a pas de doute sur la voie à suivre et, souvent, dispose de critères légaux pour déterminer s'il se trouve dans un cas de dénonciation ou non. Toutefois, la plupart des écueils analysés ci-après n'en demeurent pas moins.

2. Les intentions du whistleblower

[Rz 6] Les intentions du dénonciateur, qu'il s'adresse à l'interne ou à l'externe, peuvent être de différentes espèces.

³ Le droit britannique considère que ce type de mandataire est également concerné et doit être protégé au même titre que le dénonciateur lié par un contrat de travail. Il en va différemment cependant du juriste d'entreprise, qui lui, échappe à la protection légale du *whistleblower* au Royaume-Uni, dans la mesure où il est en principe soumis au secret professionnel, comme un avocat indépendant. Nous y reviendrons.

a. L'intérêt de l'employeur

[Rz 7] En premier lieu, le dénonciateur est censé agir dans l'intérêt (quoique non exclusif) de l'employeur. Il informe ce dernier que ses intérêts sont lésés ou menacés. L'alarme est alors conçue comme un acte de loyauté : d'une part, elle donne à l'employeur l'occasion de préserver son image, avant que les faits ne parviennent à la connaissance du public ; d'autre part, elle permet d'éviter les suites pénales des irrégularités dénoncées – si elles le sont à temps⁴. Compris dans ce sens, le *whistleblowing* est un aspect de la politique de qualité de l'entreprise, d'ailleurs mis en avant par certains groupes.

[Rz 8] Si l'organisation de l'employeur comporte effectivement une procédure interne d'alarme (annonce des dysfonctionnements et irrégularités), et que celle-ci s'avère à la fois efficace et respectueuse du dénonciateur, ce dernier sera en principe amené à utiliser cette voie plutôt que de s'adresser directement au public, avec les risques que cela comporte. L'inverse est également vrai. Le simple sentiment chez le dénonciateur que son acte ne sera pas suivi d'effets (ou éventuellement suivi d'un « effet pervers », cf. ci-dessous, chiffre I.B.) poussera celui-ci à divulguer ses informations au dehors de l'entreprise – s'il n'opte pas tout simplement pour le silence.

b. L'intérêt public

[Rz 9] Le *whistleblower* agit aussi, bien souvent, dans le souci de préserver un intérêt public (dénonciation de corruption ou de fraude, blanchiment, atteintes à l'environnement, etc.) ou un intérêt privé de tiers qu'il juge prépondérant (risque pour la santé d'autrui, atteintes au patrimoine, etc.). En effet, l'irrégularité dénoncée peut être le fait de certains membres de l'entreprise, agissant à l'insu de la direction (au sens large) – ou au contraire découler d'une politique suivie par l'entreprise et dont les conséquences paraissent néfastes au dénonciateur. Dans ce dernier cas, la question de la loyauté du donneur d'alarme envers son employeur apparaît alors plus délicate, puisqu'un autre type d'intérêt entre en jeu.

c. Les intérêts de nature personnelle

[Rz 10] Enfin, les motifs du dénonciateur peuvent être plus personnels. Il se peut, d'une part, qu'il agisse dans le but de se protéger lui-même contre le risque d'accusation de

⁴ Rappelons que depuis 2003, le droit suisse connaît la punissabilité de l'entreprise (art. 102 et 102a CP). L'imputabilité d'une infraction à l'entreprise suppose notamment un manque d'organisation appropriée de celle-ci, permettant de découvrir la ou les personne(s) physique(s) responsables des faits. Il n'est pas excessif de soutenir, comme l'ont fait certains auteurs, que l'absence d'une procédure de *whistleblowing* ou d'alarme interne puisse remplir cette condition notamment lorsque des faits constitutifs de corruption ou autre infraction du même genre auraient pu ainsi être découverts à temps. En ce sens, voir A. von KAENEL, op. cit. (note 1), p. 313 et les références citées.

complicité (même par omission⁵) des actes qu'il dénonce, en particulier lorsque les faits apparaissent susceptibles de constituer une infraction pénale. Ainsi en est-il par exemple de l'employé d'une banque ou d'une fiduciaire qui, s'il occupe une position suffisamment importante, pourrait se voir reprocher d'avoir couvert ou collaboré à une activité délictueuse telle que des actes de blanchiment d'argent, de gestion déloyale, etc.

[Rz 11] D'autre part, le *whistleblower* est parfois motivé par un désir de revanche ou de vengeance contre un ou plusieurs de ses collègues ou supérieurs.

[Rz 12] Ces diverses motivations du *whistleblower* peuvent naturellement se combiner. Le plus souvent (dans les cas sous lettres b. et c. ci-dessus), le *whistleblower* ne pourra échapper à l'étiquette de « traître » à son employeur – l'allemand connaît le terme plus imagé de « Nestbeschmutzer », qui indique d'ores et déjà implicitement les conséquences auxquelles doit s'attendre ce dernier : l'expulsion du nid ! C'est en effet de cette qualité supposée de traître que découlent les diverses formes de représailles dont se plaignent régulièrement les dénonciateurs. C'est ce que nous appelons « l'effet pervers » de la dénonciation (cf. ci-dessous point I.B.).

3. L'obligation de dénonciation

[Rz 13] Il est des cas dans lesquels le *whistleblower* agit en étant tenu juridiquement – et non seulement moralement – de le faire⁶. Cependant, même obligatoire, la dénonciation de certaines situations contraires au droit ne permet pas à son auteur d'échapper automatiquement à tout effet pervers, au sens discuté ci-dessous. Pour cette raison, nous ne croyons pas devoir excepter du champ de la présente contribution les cas de dénonciation obligatoire.

[Rz 14] L'obligation de dénonciation peut résulter d'un rapport contractuel (ci-après, a) ou de la loi (b).

a. L'obligation de nature contractuelle

[Rz 15] Elle est d'origine contractuelle notamment lorsque le collaborateur est amené à signer lors de son engagement

un code de conduite ou charte éthique⁷, faisant en principe partie de son contrat de travail, et lui imposant de divulguer certains types d'irrégularités observées dans le cadre de sa fonction. Dans ce cas, la divulgation de l'irrégularité supposée se fera en principe à l'interne. La violation de cette obligation constitue une violation du contrat au sens de l'art. 97 CO, et peut donc donner lieu à une action en dommages-intérêts positifs.

[Rz 16] Son observation rigoureuse n'est cependant pas sans poser également certains problèmes. En effet, le contenu du code de conduite n'est pas toujours assez clair pour que le travailleur, s'il ne dispose pas d'une formation ad hoc, soit à même de discerner dans tous les cas s'il se trouve en face de faits justifiant, voire imposant une divulgation, ou d'indices (suffisants) en ce sens. Or, les conséquences pour le dénonciateur peuvent déjà pour ce motif être fâcheuses, si le code ne prévoit pas de protection en cas d'alarme s'avérant non fondée. Certes, l'anonymat est en principe prescrit au regard de la législation américaine – ce qui ne va pas sans poser de nombreux problèmes ailleurs, notamment dans les Etats membres de l'Union européenne (UE) ainsi qu'en Suisse, sous l'angle de la protection des données (voir plus bas, point I.C. 1. et 2.). La dénonciation anonyme ne permet par ailleurs pas d'assurer une protection suffisante à son auteur, à plus d'un titre. Même si elle s'adresse à un organe prévu à cet effet, il est peu probable que, notamment en cas d'enquête interne suite à l'alarme, le *whistleblower*, c'est-à-dire la source de la « fuite », ne soit pas identifiable par les personnes concernées (c'est en principe un collègue du même service, une personne à qui on aura confié une certaine mission la mettant en mesure d'accéder à certaines données, etc.)⁸. Mentionnons encore à ce stade que même justifiée et imposée par un règlement d'entreprise ou un code de conduite, l'alarme interne présente toujours le risque d'entraîner un « effet pervers » (cf. ci-dessous, point I.B.), lorsqu'elle déplaît au(x) supérieur(s) du dénonciateur ou met en cause une personne disposant de fait du pouvoir de mettre celui-ci en difficulté⁹.

[Rz 17] Enfin, à supposer que le contrat de travail, le code de conduite et autres règles interne à l'entreprise, de nature

⁵ La complicité par omission est en effet concevable; elle suppose que le complice ait eu l'obligation juridique d'agir (cf. ATF 118 IV 309 consid. 1c, et les références).

⁶ Au contraire, il est des cas dans lesquels il existe une interdiction générale de donner l'alarme. On pense essentiellement ici à la situation des personnes soumises au secret professionnel (art. 321 CP), qui, si elles viennent à prendre connaissance d'irrégularités juridiques ou éthiques dans le cadre de leur profession ne pourront tout simplement pas divulguer une telle information. La situation est plus complexe au Royaume-Uni, où le *in-house lawyer* (juriste d'entreprise, mais titulaire du brevet d'avocat et rattaché à un barreau) se trouve partagé entre un devoir moral, voire légal, de dénonciation et une interdiction de divulguer découlant des règles de déontologie et du secret professionnels. Voir à ce sujet les recommandations émises par le Corporate Governance Committee of the Commerce & Industry Group, organe spécialisé de la Law Society britannique (disponibles sur le site www.cigroup.org.uk).

⁷ La loi étasunienne Sarbanes-Oxley Act 2002, adoptée à la suite des scandales financiers Enron, WorldCom, etc., fait notamment obligation à toute société cotée en bourse aux Etats-Unis (New-York Stock Exchange, NYSE, Nasdaq), quel que soit son Etat de rattachement, et à ses filiales à l'étranger, ainsi qu'aux sociétés de révision actives pour elles, d'introduire un tel code de conduite, comprenant entre autres un système d'alarme interne sous couvert d'anonymat. Au sens de la loi, cependant, l'alarme n'apparaît pas obligatoire. Le code de conduite peut par contre naturellement le prévoir.

⁸ Il sera question plus bas (voir point III. B. 7.) de manière plus détaillée du principe de l'anonymat en regard de celui, préférable, de la confidentialité.

⁹ Notamment par des actes de harcèlement, etc. – voir point I.B. « L'effet pervers ».

contractuelle ou reposant sur le pouvoir d'instruction de l'employeur, soient rédigés de manière à offrir un régime d'alarme efficace et complet, encore faut-il que celui-ci soit appliqué. La doctrine fait justement remarquer¹⁰ que tel n'est souvent pas le cas, ce que la pratique des auteurs ne fait que confirmer.

b. L'obligation résultant de la loi

[Rz 18] Lorsque la loi confère un caractère obligatoire à la dénonciation ou divulgation de certaines irrégularités, c'est le plus souvent à une autorité désignée à cet effet que celle-ci doit avoir lieu. Il peut s'agir d'une instance supérieure pourvue du pouvoir hiérarchique (lorsque le cas concerne un secteur de l'administration publique) ou d'une autorité de contrôle, disposant d'un certain pouvoir d'investigation ou de sanction dans le secteur concerné, voire d'une autorité totalement indépendante – notamment le Ministère public.

[Rz 19] Ce n'est pas le lieu de se livrer à un examen exhaustif des cas de dénonciation obligatoire. Quelques exemples parmi ceux qui nous paraissent les plus frappants seront seuls évoqués ci-après.

aa. L'obligation de fidélité du travailleur

[Rz 20] En certaines circonstances, la doctrine estime que le devoir de fidélité du travailleur, ancré à l'art. 321a CO (cf. ci-dessous, point I.B. 1. b.) lui commande un comportement actif en faveur de la sauvegarde d'intérêts légitimes de son employeur. Peut notamment relever de cette obligation d'agir le fait de dénoncer des irrégularités commises au sein de l'entreprise et susceptibles de porter préjudice à celle-ci. Les difficultés qui se posent à cet égard, tant dans le champ d'application personnel et matériel de cette obligation, que quant à son existence même, seront discutés plus bas (point I.B. 1. b.).

bb. Le blanchiment d'argent

[Rz 21] Aux termes de l'art. 9 al. 1 LBA, tout intermédiaire financier (au sens de l'art. 2 al. 2 et 3 LBA) a l'obligation d'informer le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent – dès lors qu'il sait ou présume, sur la base de soupçons fondés, que les valeurs patrimoniales impliquées dans une relation d'affaires ont un rapport avec une infraction au sens de l'art. 305bis CP (blanchiment) ou sont des valeurs dont une organisation criminelle (art. 260ter ch. 1 CP) peut disposer, ou qu'elles proviennent d'un crime de toute autre manière. La violation de cette obligation est sanctionnée par l'art. 37 LBA.

[Rz 22] L'obligation d'annoncer lesdits soupçons pèse sur l'intermédiaire financier en tant que tel. Lorsque l'intermédiaire est une personne agissant à titre individuel (art. 2 al. 3 LBA), il est relativement aisé de déterminer à qui il incombe concrètement de saisir le Bureau de communication (MROS

– pour Money Laundering Reporting Office Switzerland). Mais l'intermédiaire financier a le plus souvent des employés ou collaborateurs – ceci est surtout vrai dans le cas des établissements visés par l'art. 2 al. 2 LBA. A l'interne, il appartient à l'intermédiaire financier de déterminer qui (quel service, ou quelles personnes) est responsable, voire qui a le droit, de procéder à la communication au Bureau LBA. Cette tâche incombe souvent aux organes de contrôle, de *compliance* ou de révision. A noter que les art. 21, 23 et 27 LBA imposent à leur tour une obligation semblable de saisir l'autorité pénale à l'autorité de surveillance, au MROS et aux organes d'autorégulation.

[Rz 23] L'art. 305^{ter} al. 2 CP introduit en outre un droit de communiquer, parallèlement à l'obligation découlant de l'art. 9 LBA¹¹. En principe, seules les personnes habilitées à représenter l'intermédiaire financier à l'extérieur sont fondées à exercer ce droit, car il s'agit d'un acte de représentation. Il en va différemment de l'art. 305^{ter} al. 1 CP (obligation de dénoncer), qui s'applique à toute personne qui, à l'intérieur de la structure de l'intermédiaire financier, est appelée à s'occuper concrètement d'une identification au sens de la loi.

[Rz 24] Ainsi, il n'est pas exclu que le champ d'application personnel de l'art. 305^{ter} al. 1 CP soit plus large que le cercle de personnes chargées, en vertu des directives internes, de la communication au sens de l'art. 9 LBA. Pour cette raison, les collaborateurs d'un intermédiaire financier qui ne sont pas officiellement chargés de s'adresser au Bureau de communication, mais qui se considèrent comme potentiellement soumis à l'art. 305^{ter} al. 1 CP, soit parce qu'ils participent à une opération financière au sens de cette disposition, soit parce qu'ils ont constaté un manquement d'identification du cocontractant par un autre organe de l'établissement, seront tentés de divulguer les éléments de soupçons en leur possession, de manière à échapper au risque d'une sanction pénale.

[Rz 25] Parallèlement, l'art. 8 LBA impose aux intermédiaires financiers de prendre les mesures organisationnelles nécessaires pour empêcher le blanchiment d'argent ; ils doivent notamment veiller à ce que leur personnel reçoive une formation suffisante et à ce que des contrôles soient effectués.

cc. L'obligation de dénoncer des collaborateurs de l'Etat

[Rz 26] De manière générale, il n'existe pas, pour les

¹⁰ Notamment: D. PORTMANN / H. WOHLMANN, op. cit. (note 1), p. 179.

¹¹ Les destinataires de la communication sont actuellement les autorités suisses de poursuite pénale ainsi que le MROS (pour Money Laundering Reporting Office Switzerland – art. 23 LBA). Afin de rendre le dispositif suisse de communication plus cohérent et d'augmenter son effectivité, le projet de loi fédérale sur la mise en œuvre des recommandations révisées du GAFI (disponible sur le site www.efd.admin.ch, non encore publié à la FF) prévoit que les communications faites sur la base du droit de communiquer seront à l'avenir adressées à une seule et même entité nationale centralisée, soit le MROS, qui est déjà le destinataire unique des annonces de soupçons découlant de la mise en œuvre de l'obligation d'annoncer au sens de l'art. 9 LBA.

collaborateurs de l'Etat au plan fédéral (le terme de fonctionnaire a disparu avec l'adoption de la LPers) un devoir de dénoncer les irrégularités constatées dans le cadre de leur fonction ; au contraire, c'est un devoir de réserve qui prévaut dans l'administration. L'art. 20 LPers impose d'ailleurs à chaque collaborateur une obligation de défense des « intérêts légitimes de son employeur ». Parallèlement, il n'existe pas non plus de procédure de protection du dénonciateur.

[Rz 27] Le Contrôle fédéral des finances (CDF) fait exception : il est désormais possible de porter à sa connaissance des cas ou des indices de fraude ou de corruption. Le CDF vérifie ces informations à l'occasion de ses révisions et les examine de plus près lorsqu'elles semblent plausibles. Le cas échéant, il dénonce le cas à l'autorité de poursuite pénale. Par principe, l'origine de ces informations sera traitée confidentiellement. Selon le CDF, une telle procédure présenterait l'avantage de rendre superflue la question de la protection des dénonciateurs (appelés « informateurs ») contre des représailles. Des inconvénients dans l'élucidation des cas de corruption ne devraient se produire que rarement, puisqu'un examen approfondi pourrait en général garantir d'autres moyens de preuve indépendants, rendant inutile un témoignage des personnes ayant donné la première indication. La procédure choisie correspond à la pratique des lignes téléphoniques ouvertes aux dénonciations (« *whistleblowing-hotlines* »). Elle tient compte du fait qu'en Suisse le statut de la fonction publique ne connaît pas d'obligation générale de dénoncer pour les agents publics et instaure un climat propice à la communication sans encourager un esprit délateur indésirable¹². En l'état actuel, le CDF estime qu'en l'absence de normes de protection efficace du dénonciateur, « la prudence est de mise » et recommande aux informateurs de faire leurs dénonciations de manière anonyme s'ils craignent d'apparaître dans la suite de la procédure¹³.

[Rz 28] Les arguments du CDF et la procédure mise en place nous semblent justes ; ils méritent toutefois d'être nuancés. L'absence totale de représailles n'est en particulier pas aussi certaine qu'il y paraît. Il est vrai par contre que le CDF possède les moyens de mener des investigations approfondies lui permettant dans bien des cas de recueillir l'information nécessaire par lui-même, même sans donner l'impression d'agir sur dénonciation. Un avantage encore : cette procédure dispense naturellement le *whistleblower* de s'adresser d'abord à l'interne.

[Rz 29] Les cantons, par contre, connaissent parfois¹⁴ un

tel devoir de dénonciation, mais qui se limite en principe à l'annonce d'infractions à caractère pénal, sans s'étendre *expressis verbis* à d'autres types de faits illicites ou immoraux¹⁵. Un devoir de dénoncer de tels faits peut par contre se déduire du devoir de fidélité général du fonctionnaire¹⁶. La jurisprudence et la doctrine ont d'ailleurs depuis longtemps rapproché l'obligation de dénoncer pesant sur l'employé de l'Etat et le devoir de divulgation à l'employeur tel qu'il découle, en droit privé, de l'art. 321a al. 1 CO¹⁷. Ce devoir général de dénoncer trouvera ses limites dans le devoir de réserve qui s'impose au personnel de l'Etat (voire dans certains cas, un secret de fonction – découlant lui aussi du devoir de fidélité, lorsqu'il n'est pas inscrit dans la loi) et qui interdit en principe la divulgation de faits internes ou d'informations recueillies dans le cadre de fonctions officielles. Si dénonciation il y a, celle-ci se fera donc d'autorité à autorité¹⁸.

[Rz 30] En résumé, la situation n'est ainsi pas fondamentalement différente de celle du dénonciateur dans le secteur privé. Le *whistleblower* de la fonction publique risque de plus d'être soumis à des mesures propres à son statut de collaborateur de l'Etat : l'autorité hiérarchique peut ouvrir une enquête, prendre des sanctions d'ordre disciplinaire (blâme, suspension de l'activité avec ou sans rémunération, fin des rapports de service pour faute grave et rupture des rapports de confiance etc.), tout aussi incisives, sinon plus, que celles rencontrées dans le secteur privé. On peut encore remarquer que là également, le dénonciateur ne sait pas toujours vers qui se tourner, notamment lorsque la voie hiérarchique pose problème. Le cas de l'Office des poursuites genevois illustre ce point : à l'interne, le dénonciateur aurait été bien en peine de décider à qui adresser une dénonciation sachant qu'à une

¹² Rapport du Conseil fédéral sur la prévention de la corruption (en réponse au postulat « Prévention de la corruption » de la Commission des affaires juridiques du Conseil national 30 juin 1999) du 16 juin 2003, p. 8.

¹³ MICHEL HUISSOUD, Fraude et corruption : les auditeurs s'intéressent aux dénonciateurs, disponible sur www.efk.admin.ch/pdf/fraude_et_corruption_T1.pdf.

¹⁴ Il sortirait du cadre du présent article de passer en revue, de manière exhaustive, les 26 législations cantonales.

¹⁵ A titre d'exemples, cf. notamment l'art. 11 du Code de procédure pénale genevois (CPP/GE; « Toute autorité, tout fonctionnaire ou officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit devant être poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur le champ le procureur général ») ou l'art. 62 de la loi fribourgeoise sur le personnel de l'Etat (LPers/FR : « Le collaborateur ou la collaboratrice qui, dans le cadre de l'exercice de sa fonction, constate ou éprouve des soupçons sérieux au sujet d'un fait punissable et préjudiciable aux intérêts de l'Etat est tenu-e de le signaler... » [al. 1]). ROBERT HAUSER / ERHARD SCHWERI / KARL HARTMANN, Schweizerisches Strafverfahren, 6ème éd., Zurich 2005, § 73 n° 5, indiquent que Bâle Ville, Bâle Campagne, St-Gall et Zurich notamment connaissent une règle similaire.

¹⁶ Cf. en ce sens, et avec des références, FRED HENNEBERGER / SARAH SUDJANA, Öffentlicher Dienst im Wandel: Zur Entwicklung der kollektiven und individuellen Rechte und Pflichten des Bundespersonals, in ZBI 2007 p. 57-82 (77).

¹⁷ Cf. notamment ATF 118 IV 309 consid. 1d et les références.

¹⁸ Le Tribunal fédéral a récemment admis qu'il n'était pas arbitraire de considérer que la procédure pénale ouverte contre un collaborateur de l'Etat sur dénonciation d'un juge du tribunal administratif peut être assimilée au cas où l'autorité pénale se saisit d'office, par opposition à la dénonciation d'un tiers (arrêt 2P.96/2006, in SJ 2007 I 78, affaire genevoise). L'annonce d'irrégularités étant faite d'autorité à autorité, il n'y aurait pas « divulgation » des faits, comme on l'entend en matière de *whistleblowing*.

certaine période plus d'une trentaine de collaborateurs ont été l'objet d'une enquête administrative.

dd. Le droit de procédure cantonal

[Rz 31] Il arrive que le droit cantonal fasse obligation à toute personne d'informer l'autorité de poursuite pénale de la commission de certains types de délits, particulièrement graves. Ainsi à Genève, le code de procédure pénal (RS/GE E 4 10) dispose à son art. 10 une « dénonciation obligatoire » pour les particuliers, libellée comme suit : « La dénonciation est obligatoire pour toute personne qui a connaissance d'un crime contre la vie et l'intégrité corporelle, le patrimoine, la liberté, les mœurs, l'Etat et la défense nationale, ou créant un danger collectif, sauf s'il s'agit d'infractions poursuivies seulement sur plainte » (al. 1). L'alinéa 2 réserve les dispositions sur le secret professionnel. Il va sans dire que cette disposition est dépourvue de sanctions, sauf en cas de réalisation de l'infraction visée à l'art. 305 CP (entrave à l'action pénale).

c. Synthèse

[Rz 32] De manière générale, l'obligation de dénoncer résultant de la loi ou du contrat indique en principe le destinataire de la dénonciation (autorité(s), employeur) et règle parfois une partie de la procédure. Elle n'est jamais générale, mais toujours axée sur un certain type d'irrégularités, définies soit par le champ de compétence de l'autorité recevant la dénonciation, soit par la nature des intérêts pour lesquels la dénonciation obligatoire est instituée ou encore en fonction du titulaire des intérêts que la divulgation est censée protéger. Sauf dans le cas de l'art. 305^{ter} CP, le non respect de l'obligation de dénoncer n'entraîne pas de sanctions. Elle est cependant susceptible d'engager la responsabilité (civile ou disciplinaire) de celui sur qui elle pèse. Nous avons vu plus haut que l'existence d'une obligation de dénoncer peut entrer dans la motivation du *whistleblower* de lancer l'alarme. Force est cependant de constater que la dénonciation obligatoire, quel que soit son aménagement de cas en cas, ne contient jamais de réelle protection de son auteur contre les conséquences directes et indirectes de son acte.

B. L'effet pervers

[Rz 33] On parlera d'effet « pervers » de l'alarme lorsque les conséquences avérées ne sont pas celles attendues par le dénonciateur (à savoir une amélioration de la situation dénoncée, un changement de la politique de l'employeur, un remède aux irrégularités, etc.).

[Rz 34] Le dénonciateur peut rencontrer le silence de l'employeur, mais il peut aussi, et c'est plus grave, être l'objet de diverses formes de représailles. Peu importe à ce stade qu'il ait agi par loyauté envers l'entreprise, par souci des intérêts publics, par crainte pour ses intérêts personnels, ou même par esprit de vengeance dans un conflit avec son employeur, ses supérieurs directs ou ses collègues.

[Rz 35] Essentiellement, les conséquences négatives du *whistleblowing* peuvent se regrouper en trois catégories, sur le plan civil et pénal. Elles peuvent être d'une part internes à l'entreprise – le dénonciateur faisant alors face à un licenciement injustifié ou des actes de harcèlement au travail (ci-dessous chiffre 1. a.) ; elles peuvent également prendre la forme d'une procédure judiciaire, sur le plan civil (chiffre 1. b. et c.) ou sur le plan pénal (chiffre 2).

1. Droit civil (en particulier droit du travail)

a. Licenciement ou harcèlement

[Rz 36] Confronté à une situation de *whistleblowing* qu'il juge contraire à ses intérêts, l'employeur aura tendance à percevoir le dénonciateur comme un élément non maîtrisable, facteur de risques ou de mauvaise ambiance de travail, et en tous les cas nuisible à son image. Il pourra réagir par la mutation de l'intéressé, par son renvoi dans les délais légaux ou tout simplement son renvoi immédiat pour « perte de confiance ». Des motifs censés justifier a posteriori le licenciement peuvent du reste être occasionnés dans le chef du dénonciateur en mettant ce dernier sous pression, de toutes sortes de manière. Qu'il suffise de penser aux exemples les plus évidents, tout en rappelant qu'il peut en exister bien d'autres, au gré des circonstances : harcèlement, discrimination et isolement, privation de possibilités d'avancement et/ou de formation, diminution de salaire, rétrogradation des fonctions ou des responsabilités, déplacement, surcharge systématique de travail tendant à provoquer un surmenage (*burn-out*). De telles situations sont des facteurs de baisse de productivité, absence d'insertion professionnelle et d'identification à l'entreprise, voire, si le climat est suffisamment détérioré, d'une perte de la confiance qui préside aux rapports de travail, ou même de faute du travailleur, etc.

[Rz 37] De plus, dans un environnement hostile, ou mis sous pression, le dénonciateur pourrait être conduit à démissionner de son propre mouvement. Dans ce cas, encore devrait-il être attentif à la teneur du certificat de travail qui lui sera remis. Dans tous les cas, il est probable que son étiquette de « traître » continue de lui coller tacitement à la peau et l'entrave dans la recherche d'un nouvel emploi. En effet, même si l'alarme était justifiée, rares seront les employeurs prêts à prendre le risque de se trouver confrontés à leur tour à une divulgation potentiellement contraire à leurs intérêts. Des systèmes de *black-listing* (ou listes noires) circulant entre employeurs d'une même branche ont été mis en lumière aux Etats-Unis ; rien ne permet de penser qu'il en aille différemment ailleurs¹⁹.

[Rz 38] Par ailleurs, les conséquences néfastes de la dénonciation pour son auteur ne sont pas exclusivement le fait de l'employeur au sens strict. Premièrement, le dénonciateur, une fois stigmatisé, sera facilement isolé par ses collègues,

¹⁹ S. HUNZIKER, op. cit. (note 1), p. 181 et note 78, et les références citées.

voire traité en paria. Deuxièmement, il arrive aussi, en particulier dans de plus grandes structures, que la dénonciation vise les actes irréguliers de certains collègues ou supérieurs hiérarchiques directs (cadres intermédiaires). En ce cas, le *whistleblower* risque fort de se trouver confronté à l'hostilité de ces derniers, et pâtira, s'il continue à travailler en leur compagnie ou sous leurs directives, de leurs représailles. N'ayant pas le pouvoir de le licencier, les collègues ou cadres concernés agiront par exemple de manière à ce que le dénonciateur soit amené à démissionner ou apparaisse à l'employeur comme inapte à remplir sa tâche. Le harcèlement peut donc être «horizontal» et non seulement «vertical».

b. Action en justice pour violation du devoir de fidélité (art. 321a CO)

[Rz 39] Le dénonciateur, en sa qualité de travailleur²⁰, doit respecter un devoir général de fidélité qui lui impose de sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de son employeur (Treuepflicht; art. 321a al. 1 CO). Le travailleur a de plus l'interdiction de révéler à des tiers des faits pouvant nuire à la renommée ou au crédit dont jouit l'entreprise, et cela même s'il s'agit de faits avérés (devoir de discrétion, Geheimhaltungspflicht – art. 321a al. 4 CO). L'obligation de discrétion s'applique en principe également aux actes punissables ou illicites de l'employeur (p. ex. violations de contrats, actes de concurrence déloyale, fraudes fiscales)²¹. En outre, elle s'étend non seulement aux faits que l'employeur a expressément qualifiés de secrets, mais aussi à tous ceux dont il apparaît, selon les circonstances, que l'employeur veut interdire la divulgation ; l'intérêt légitime au maintien du secret est présumé, et il appartient au travailleur de prouver le cas échéant l'absence de légitimité.

[Rz 40] Le principe du *whistleblowing* est-il compatible avec le respect du devoir de fidélité, et le cas échéant jusqu'à quel point ?

[Rz 41] Il est admis en doctrine que des intérêts privés (c'est-à-dire de tiers) ou publics prépondérants peuvent justifier une certaine forme de communication d'irrégularités. Il y a lieu alors de respecter une gradation des moyens de divulgation. En effet, le travailleur doit s'adresser en premier lieu à son supérieur ou, s'il existe, à un service interne ad hoc, pour que l'employeur ait la possibilité de régler le problème à l'interne. Ce n'est qu'à défaut de réaction de l'employeur que le travailleur peut ensuite s'adresser à l'autorité compétente. Celle-ci est censée être à même de remédier à la passivité de l'employeur sans que le renom de l'entreprise n'en

pâtisse. Si l'autorité n'intervient pas à son tour, le travailleur peut alors, *ab ultima ratione*, porter les faits à la connaissance du public²². Le Tribunal fédéral fait sien ce mode de divulgation en cascade, le rattachant directement au principe de la proportionnalité²³.

[Rz 42] Le devoir de fidélité, ainsi compris, peut même en certains cas commander au collaborateur d'annoncer (à l'interne, évidemment) des dysfonctionnements dans l'intérêt de son employeur (cf. ci-dessus, point I.A. 3. b. aa.). Cependant, cela ne va pas sans difficultés pratiques, parfois insurmontables. Parce qu'il ne dispose pas de critères matériels et juridiques fiables, et qu'il ne connaît souvent qu'une partie des faits à la base de l'irrégularité constatée, le travailleur n'est dans bien des cas pas en mesure d'estimer avec un degré suffisant de certitude si l'intérêt de son employeur lui dicte ou non d'agir, notamment lorsqu'il ignore qui sont exactement les personnes de l'entreprise impliquées, ou jusqu'à quel niveau hiérarchique celles-ci sont au courant des faits ; il ignore donc quel pourra être l'accueil réservé à son acte. Le choix de la personne ou du service interne qui doit être saisi de la dénonciation pose également problème – notamment lorsqu'il y a lieu de craindre que ce dernier n'ait pas les moyens concrets de réagir, ou lorsque son intégrité n'est pas garantie.

c. Autres conséquences civiles

[Rz 43] Lorsque le dénonciateur est partie à un contrat de travail, il court en outre le risque de se voir réclamer le paiement d'une clause pénale, en cas de violation de certains intérêts de l'employeur, si le contrat le prévoit. Plus concrètement, le fait même que le contrat contienne une telle clause pénale aura pour effet (c'est bien celui qui est recherché) de dissuader encore le travailleur de donner l'alarme à l'extérieur.

[Rz 44] Lorsque les parties sont liées par un rapport de mandat, le *whistleblower* en qualité de mandataire est soumis à un devoir de diligence qui rejoint largement le devoir de fidélité du travailleur. Les conséquences d'une divulgation par le mandataire d'irrégularités dans le chef du mandant sont sensiblement les mêmes qu'en cas de contrat de travail – à ceci près que le mandat est par principe résiliable en tout temps, le mandant ne pouvant être actionné pour renvoi abusif (art. 336 et 337 CO)²⁴. Par contre, le mandataire est susceptible d'être poursuivi en justice pour violation de ses devoirs.

d. Constat d'insuffisance du régime actuel en droit positif

[Rz 45] De toute évidence, le droit positif suisse n'offre pas au *whistleblower* une protection digne de ce nom contre les effets indésirables de son acte.

²⁰ A noter que selon la nouvelle loi fédérale sur le personnel de la Confédération, les collaborateurs de l'Etat sont soumis en principe aux règles du CO, par analogie (art. 6 al. 2 LPers, RS 172.220.1); il en va de même désormais dans les cantons.

²¹ MANFRED REHBINDER, *Berner Kommentar*, vol. VI/2/2/1, Berne 1985, n° 13 ad art. CO 321a; ADRIAN STAHELIN, *Zürcher Kommentar*, vol. V/2/c, n° 56 ad art. CO 321a.

²² M. REHBINDER, *op. cit.* (note 21), n° 3 ad art. CO 321a.

²³ ATF 127 III 310.

²⁴ C'est sous réserve de la résiliation en temps inopportun et du dommage qui en découlerait, cf. art. 404 al. 2 CO.

[Rz 46] En cas d'alarme interne, si celle-ci déplaît à l'employeur pour une raison quelconque, le dénonciateur court le risque d'un licenciement ou de toute autre mesure de rétorsion, voire d'être attaqué en justice.

[Rz 47] En cas de procédure judiciaire initiée par le *whistleblower* (notamment en invoquant un cas de renvoi abusif au sens de l'art. 336 CO²⁵), le montant de l'indemnité accordée au dénonciateur correspond actuellement à six mois de salaire au maximum. Or, le *dommage* subi par le dénonciateur est souvent bien plus important qu'une simple perte salariale momentanée et n'inclut pas que des éléments purement économiques. S'il est licencié, le dénonciateur devra faire face aux conséquences d'un mauvais certificat de travail ; amené à saisir le juge, il devra assumer seul les frais y relatifs, même en cas de succès, la juridiction des prud'hommes n'octroyant pas de dépens dans certains cantons, comme Genève (l'art. 343 al. 3 CO ne dispense stricto sensu que de l'avance des frais de justice) ; il supportera également les pertes de temps et d'énergie liées à la procédure judiciaire qui peut s'avérer longue et démoralisante ; etc. Devoir conduire une telle procédure entrave par ailleurs aussi le dénonciateur licencié dans sa recherche d'un autre emploi.

[Rz 48] La difficulté pour le travailleur consistera en outre à démontrer avec le degré de vraisemblance suffisant que l'origine de son licenciement ou des mesures de harcèlement dont il fait l'objet réside bien dans son acte d'alarme. Les prud'hommes devront également être convaincus que la chaîne de causalité naturelle et adéquate avec le dommage qu'il allègue n'a pas été interrompue par d'autres éléments. Ces différents points seront d'autant plus délicats à établir que l'employeur prendra soin de « diluer » dans le temps le licenciement ou la mise sous pression de son collaborateur, et d'invoquer d'autres motifs à sa décision.

[Rz 49] S'agissant de cas de harcèlement, au sens large, à son encontre, le dénonciateur peut avoir recours à l'art. 328 CO, qui pose l'obligation pour l'employeur de veiller à la protection de la santé physique et psychique du travailleur – autrement dit, la protection de sa personnalité. L'employeur est à la fois tenu de s'abstenir de tout acte portant atteinte à la personnalité de son employé et de mettre en œuvre les mesures nécessaires à ce que les autres travailleurs en fassent de même. Toutefois, force est de constater que les écueils déjà évoqués ci-dessus surgissent également pour le demandeur en cas d'action en justice²⁶. S'y ajoute le fait que l'indemnité prononcée sur la base de l'art. 328 CO ne se cumule en principe pas avec une indemnité pour résiliation

abusive du contrat de travail, si cette dernière est accordée – cela même si le travailleur a été licencié après une période de harcèlement, sauf cas de particulière gravité.

[Rz 50] En cas d'alarme vers l'extérieur, le dénonciateur se rend en principe responsable d'une violation du devoir de fidélité et de discrétion ; il peut d'une part être licencié avec effet immédiat, et d'autre part être l'objet d'une action de l'employeur en dommages-intérêts et paiement d'éventuelles clauses pénales. Nous avons vu plus haut quelques-uns des écueils qui se dressent sur la route du dénonciateur. L'invoquant d'un intérêt public prépondérant n'est pas propre à garantir le dénonciateur contre l'issue défavorable de la procédure qui lui est intentée. Outre la difficulté notoire à le démontrer²⁶, il faut rappeler l'impossibilité de poser des critères concrets *a priori* lorsqu'intervient une pesée des intérêts.

[Rz 51] S'agissant du devoir de divulguer et du respect du principe de proportionnalité, seuls véritables arguments en faveur de l'employé, il faut relever les problèmes suivants.

[Rz 52] D'abord, il ne faut pas perdre de vue que le *whistleblower*, s'il doit toujours s'adresser d'abord à l'interne, avant de gravir les échelons suivants, risque fort de se retrouver dans bien des cas confronté à des mesures de rétorsion de son employeur ou des ses supérieurs directs rendant illusoire l'appel ultérieur à l'autorité ou au public. Ensuite, il n'est pas difficile d'imaginer l'ambiance de travail de l'employé entre le moment de la dénonciation interne et le passage à l'échelon supérieur, lorsque la première mesure s'avère inefficace, voire contre-productive : discrédit, harcèlement, rétrogradation de la fonction, discrimination de toutes formes. L'expérience montre que cela reste vrai même lorsque le travailleur s'est adressé à un service censé compétent tel qu'un *compliance office* ou un directeur des ressources humaines, etc.

[Rz 53] Par ailleurs, il est probable que l'employeur soit tenté de dissimuler les faits ou les preuves pertinentes entre le moment de l'alarme interne et celui de la divulgation (même licite) à l'extérieur. Même en cas d'inaction (apparente) de l'employeur suite à la divulgation, et donc d'absence d'effet pervers pour son auteur, ce dernier ignore en principe après quel délai il est habilité à s'adresser à l'extérieur.

[Rz 54] Quant à saisir une autorité de la problématique rencontrée, cela impose encore que le dénonciateur soit à même d'identifier celle supposée compétente. Si l'on peut s'accorder à penser qu'une erreur dans le choix de l'interlocuteur ne porte pas à conséquences, aussi longtemps que l'alarme est faite à une autorité (et non par exemple au public ou aux médias), la situation se corse lorsque la loi ne désigne aucune instance compétente pour recevoir ou pour traiter la plainte. Lorsqu'il n'existe pas d'autorité disposant des moyens

²⁵ Même en respectant les délais de congé, le licenciement pourrait être qualifié d'abusif (art. 336 CO) si le travailleur parvient à démontrer que la raison du licenciement se trouve en fait dans sa « conception du monde » – notion qui peut englober la divulgation d'irrégularités au sein de l'entreprise, pour des motifs d'éthique professionnelle notamment, cf. ATF 127 III 86, consid. 2a, et les réf., et surtout le récent arrêt de la juridiction des prud'hommes genevois du 31 mai 2007, cause C/22703/2006-4.

²⁶ La question de l'application d'un tel argument a par exemple été laissée indécise dans l'affaire de l'employée d'EMS, alors même que la santé des pensionnaires était en cause (ATF 127 III 310), au motif que la gradation des moyens de divulgation n'avait de toute manière pas été respectée.

d'investiguer et cas échéant d'intervenir concrètement auprès de l'employeur, le *whistleblower* se retrouve dans une impasse.

[Rz 55] Enfin, que doit faire le dénonciateur lorsqu'il s'adresse à une autorité certes compétente et disposant en principe des moyens d'action appropriés, mais que celle-ci se refuse à lui communiquer sa décision, voire tient secrète la suite éventuellement donnée à son alarme ? Cette situation est en principe la règle, le dénonciateur comme le plaignant n'ayant en droit administratif pas la qualité de partie à la procédure qu'il initie. Ce dernier n'aura tout simplement pas la possibilité de savoir si l'autorité saisie investigate discrètement ou si elle n'entend pas donner suite. Il se trouve alors dans l'incapacité de savoir s'il peut ou doit s'adresser au public, s'il sera le cas échéant protégé en invoquant un intérêt prépondérant – qu'il n'est parfois pas à même d'apprécier correctement – ou si son acte sera contre-productif pour l'enquête de l'autorité.

[Rz 56] Par souci de complétude, précisons que le *whistleblower* lié par un mandat ne dispose tout simplement pas des moyens de protection (d'ailleurs insuffisants) du droit du travail et ne peut qu'invoquer l'existence d'un intérêt public prépondérant.

2. Droit pénal

a. Le droit de fond

[Rz 57] Le *whistleblower* potentiel risque par ailleurs de faire l'objet d'une dénonciation ou d'une plainte pénale suite à sa dénonciation. Ceci est surtout vrai en cas de divulgation externe à l'entreprise, soit pour diffamation ou pour atteinte à la personnalité des personnes visées par la dénonciation, soit pour violation d'un secret d'affaires ou du secret bancaire, notamment.

[Rz 58] L'art. 173 CP, qui punit la diffamation, précise en son chiffre 2 que « l'inculpé n'encourra aucune peine s'il prouve que les allégations qu'il a articulées ou propagées sont conformes à la vérité ou qu'il avait des raisons sérieuses de les tenir de bonne foi pour vraies »²⁸. Le *whistleblower* sera vraisemblablement condamné s'il n'est pas à même de démontrer la réalité des faits qu'il divulgue. Or, il ne fait aucun doute que dans bien des cas, l'employé n'est à même que de recueillir des *indices* des irrégularités dénoncées – lesquels ne seront pas suffisants à l'aune des exigences de la preuve de la vérité sur le plan pénal. Attendre du dénonciateur qu'il ne tire la sonnette d'alarme que lorsque les faits seront avérés est de toute évidence contre-productif, voire dangereux.

[Rz 59] Même lorsque le dénonciateur sait que les faits qu'il divulgue sont vrais, le manque de preuves tangibles est donc susceptible de conduire à sa condamnation pour diffamation. En d'autres termes, seul le dénonciateur en possession de moyens lui permettant de faire la preuve de la véracité des faits divulgués pourrait agir sans être inquiété sous cet angle.

[Rz 60] Le *whistleblower* ne pourra, là encore, pas se considérer à l'abri de toute suite pénale de son geste, si la collecte des éléments de preuve pose à son tour un problème de légalité. La problématique est particulièrement sensible dans les domaines où il existe une obligation légale ou contractuelle²⁷ de dénoncer certaines irrégularités, tels que les cas de blanchiment d'argent – les intermédiaires financiers étant tenus d'instruire leurs collaborateurs en ce sens, mais ceux-ci ne pouvant le plus souvent recueillir de preuves documentaires, celles-ci étant couvertes par le secret bancaire (art. 47 LB, 43 LBVM – cf. plus en détails, point II. C.) ou le secret commercial (art. 162 CP)²⁸ – voire le secret de fonction (art. 320 CP) si le dénonciateur est membre de la fonction publique²⁹.

[Rz 61] Si le dénonciateur s'est adressé à l'autorité de poursuite pénale, il se pourra que la ou les personnes visées réagissent par une plainte pour dénonciation calomnieuse, voire pour induction de la justice en erreur (art. 303 et 304 CP). Sans doute, le *whistleblower* sera-t-il libéré de ces chefs d'accusation ou bénéficiera-t-il au moins d'un non lieu s'il ne peut être démontré qu'il agissait sciemment – l'élément subjectif de l'infraction faisant alors défaut.

[Rz 62] Quoi qu'il en soit et de toute évidence, le *whistleblower*, s'il est visé par une telle plainte pénale, devra subir les désagréments de la procédure qui s'y attache et qui ne doivent pas être sous-estimés. Le simple fait d'être cité par l'autorité d'instruction, puis amené à se défendre (et partant à s'assurer les services d'un avocat), peut s'avérer être une expérience pénible et coûteuse.

[Rz 63] De même, peut-on argumenter que le dénonciateur ne commet aucune infraction pénale lorsqu'il n'existe pas d'intérêt suffisant (digne de protection) de la personne visée à la préservation du secret. Cependant, force est de constater que le *whistleblower*, même s'il dispose des connaissances juridiques suffisantes, se trouve dans une situation d'incertitude d'autant plus grande qu'il n'a en général pas de critères définitifs lui permettant de se savoir protégé ou non. La question est particulièrement délicate lorsque les irrégularités dénoncées constituent des faits plus contraires à

²⁷ Tel est le cas dans un certain nombre d'établissements financiers, où les collaborateurs sont invités à signer lors de leur engagement un code d'éthique ou code de conduite, faisant en principe partie de leur contrat de travail.

²⁸ On se souviendra de l'affaire Adams / Roche, de 1978 (ATF 104 IV 175, JdT 1980 IV 10). Stanley Adams, collaborateur de Hoffmann-La Roche, avait alors transmis à la Commission des Communautés européennes des documents internes, considérés comme secrets, ayant trait à la structure cartellaire de Roche. M. Adams avait été condamné à douze mois d'emprisonnement avec sursis et à l'expulsion du territoire suisse durant cinq ans, du chef de violation des art. 162 et 273 CP.

²⁹ Dans une moindre mesure, puisque cela suppose la réalisation d'un état de fait plus précis, une violation de l'art. 293 CP (divulgation de débats officiels couverts par le secret) est envisageable.

l'éthique qu'au droit. Ce n'est donc en principe qu'après avoir passé à l'acte que la réponse lui sera donnée.

[Rz 64] Relevons d'emblée que si le dénonciateur s'adresse à un avocat pour obtenir les informations nécessaires à prendre la décision de dénoncer ou non, il commet déjà une potentielle violation de son secret commercial ou bancaire ; il ne devrait en principe pas être inquiété, l'homme de loi étant lui-même soumis au secret professionnel (art. 321 CP). Mais dans tous les cas où le *whistleblower* s'adresserait à une personne ou institution non soumise à ce même secret professionnel, cette simple prise d'information serait susceptible de constituer une infraction aux art. 162/320 CP.

[Rz 65] Or, ce risque d'être poursuivi pénalement aura pour effet de décourager le dénonciateur potentiel d'agir – ou permettra à l'employeur de le museler avant qu'il n'agisse à l'extérieur. Une telle situation est évidemment contraire à la motivation même du *whistleblowing*, conçu d'abord comme un moyen de protéger les intérêts de l'employeur et au-delà, ceux du public. Il n'appartient pas au dénonciateur d'instruire lui-même le procès de son employeur ou de ses collègues, cela n'étant ni justifié, ni réaliste, ni encore moins souhaitable. Le dénonciateur ne doit ni ne peut être conçu comme un détective interne³⁰.

[Rz 66] Bien entendu, il ne s'agit pas de favoriser les cas de dénonciation (même interne) dictés par un sentiment de revanche ou de malice, notamment lorsqu'un collaborateur pourrait avoir des raisons de chercher à nuire à son employeur ou à certains collègues ou supérieurs directs. Un climat de délation ne peut être que néfaste à tous points de vue.

[Rz 67] Il n'en demeure pas moins essentiel pour le bon fonctionnement du *whistleblowing* que le dénonciateur ne soit pas découragé d'agir parce qu'il pourrait se voir accusé de le faire dans son propre intérêt. Peu important à notre avis les motifs qui poussent le dénonciateur à tirer la sonnette d'alarme – aussi longtemps que celui-ci n'introduit pas une dénonciation sans aucun fondement, dans la pure et simple intention de nuire à autrui. Aussitôt qu'il y va de la défense d'un intérêt public, même non exclusivement, le *whistleblower* devrait être protégé, au plan civil et au plan pénal. Ceci demeure vrai, même s'il retire aussi un avantage personnel de son action. En particulier, il serait souhaitable de protéger par principe les dénonciations faites sur des soupçons raisonnablement fondés et étendre la protection du dénonciateur dans de tels cas à un régime d'immunité pénale – au moins provisoire ; celle-ci pourrait prendre la forme d'une suspension des poursuites pénales contre le dénonciateur, permettant à ce

dernier d'agir librement et sans contraintes, en attendant que les suites de la dénonciation lui permettent le cas échéant de faire la preuve du bien-fondé de son acte (cf. le régime de la preuve de la vérité admis par l'art. 173 ch. 2 CP)³¹.

b. La position du dénonciateur sous l'angle procédural

[Rz 68] Au vu de ce qui précède, et des risques encourus, le *whistleblower* pourrait tout naturellement être tenté de se mettre à l'abri en recourant à une procédure d'annonce à l'autorité qui garantit son anonymat. Outre que la dénonciation anonyme pose de nombreux problèmes tant à l'autorité, à la personne visée qu'au dénonciateur lui-même (voir plus bas, à différents endroits), elle ne va pas sans difficultés pratiques et dogmatiques sur le plan de la procédure pénale.

[Rz 69] Premièrement, il convient de clarifier la position du *whistleblower* dans une éventuelle procédure pénale ouverte suite à l'alarme (externe) lancée par ce dernier. Son rôle et ses droits dans la procédure sont différents selon qu'il apparaît d'une part comme dénonciateur, et d'autre part comme témoin. Il ne revêt en principe jamais la qualité de plaignant au sens des art. 30 ss CP, puisque le régime de *whistleblowing* suppose précisément une infraction sans «lésé» au sens du code pénal («opferloses Delikt») ou à tout le moins une infraction³² dont le dénonciateur n'est pas la victime directe.

[Rz 70] Au stade de la simple dénonciation à l'autorité pénale, il est naturellement loisible au *whistleblower* de demeurer anonyme. Pour la doctrine moderne, l'autorité pénale est tenue d'entrer en matière même en cas de dénonciation anonyme³³ – même si l'expérience semble montrer, comme le souligne von Kaenel, que le traitement de telles dénonciations est souvent moins diligent. Ceci est surtout vrai du fait de l'impossibilité ou de la grande difficulté pour l'autorité d'enquête de vérifier les faits dénoncés et de chercher à obtenir de plus amples renseignements de la part du dénonciateur. Pour palier ce problème, cette même doctrine soutient l'idée que l'autorité pénale puisse garder secrète l'identité d'un dénonciateur connu d'elle, une fois qu'elle entre en matière³⁴. Cela n'est naturellement possible qu'aussi longtemps que la dénonciation sert de base et de moteur à l'action de l'autorité, sans toutefois revêtir de qualité probatoire dans la procédure d'instruction pénale.

[Rz 71] En effet, la situation est radicalement différente dès

³⁰ Une telle tâche relèverait par contre, dans un système bien compris, de la compétence d'un organe ad hoc, tel qu'un *compliance office*, un comité de surveillance, voire un ombudsman, etc., organe censé recevoir et traiter les dénonciations avec tout le pouvoir d'enquêter dans l'entreprise. Ce n'est qu'à cette condition, nous semble-t-il, que d'une part le dénonciateur peut espérer être protégé, et que d'autre part l'alarme ne serait pas donnée en vain. Nous y reviendrons plus bas.

³¹ Les auteurs ont déjà exprimé cet avis dans l'article paru à la PJA 8/2007, p. 981 ss, précité (note 26); l'aspect crucial de cette problématique justifiait toutefois qu'on y revînt.

³² Il ne s'agira pas de n'importe quelle irrégularité ou immoralité au sens défini au début de cette contribution, dès lors que le *whistleblower* s'adresse à une autorité pénale, mais bien d'une infraction ou de soupçons suffisants en ce sens.

³³ D. JOSITSCH, op. cit. (note 1), p. 106 et les références citées; A. VON KAENEL, op. cit. (note 1), p. 313 et les références citées.

³⁴ Voir les références chez D. JOSITSCH, op. cit. (note 1), p. 106, note 34.

lors que l'autorité d'instruction ou de répression entend utiliser la dénonciation (ou certains de ses éléments) à charge des personnes visées par l'enquête. Une fois la dénonciation versée au dossier, l'identité de son auteur ne peut plus être tenue secrète, en vertu du droit d'accès au dossier de chacune des parties³⁵. Selon la formule retenue par le projet de code de procédure pénale suisse (art. 99 al. 1, 1ère phrase) : « les parties peuvent consulter les dossiers d'une procédure pénale pendante, au plus tard après la première audition du prévenu et l'administration des preuves principales par le ministère public »³⁶. Il ne peut y être fait exception que de manière temporaire et « lorsque cela est nécessaire pour assurer la sécurité de personnes ou pour protéger des intérêts publics ou privés au maintien du secret » (art. 106 al. 1 lit. b applicable par analogie, par renvoi de l'art. 99 al. 1, 2e phrase). Cette formulation trouve son fondement dans les art. 6 § 1 et 3 CEDH ainsi que 9 et 29 al. 2 Cst.

[Rz 72] Le témoin, quant à lui, ne peut pas être mis au bénéfice de l'anonymat, sinon aux conditions restrictives des articles précités. Seuls des intérêts prépondérants et particulièrement dignes de protection sont susceptibles de justifier la conservation de l'anonymat du témoin, tels que la sauvegarde de la personnalité et de l'intégrité physique et psychologique de ce dernier ; l'anonymat est encore envisageable lors de lutte contre la criminalité organisée et le terrorisme ou en cas de délits à caractère sexuel. De tels domaines d'exception doivent cependant être d'interprétation stricte, du fait de la diminution notable des droits de la défense qui en découle. Force est de constater que le plus souvent, la situation du *whistleblower* n'entre pas dans les catégories susmentionnées ni la menace qui pèse sur lui n'atteint un degré de gravité justifiant une telle exception au principe de la procédure contradictoire.

[Rz 73] Enfin, indiquons pour être complets que la récente loi fédérale sur l'investigation secrète (LFIS), entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2005, prévoit à son art. 23 des mesures de protection de l'identité de l'agent infiltré ; toutefois, son champ d'application est limité à un agent nommé à cet effet et ne s'étend à notre sens pas au simple particulier, devenu « informateur » par le biais d'une dénonciation basée sur le principe du *whistleblowing*.

C. La protection des données

1. Le droit européen

[Rz 74] Le *whistleblowing* est susceptible de poser un certain nombre de difficultés relatives à la protection des données et de la sphère privée des personnes concernées

par la dénonciation. Un bref détour par le droit européen s'impose, dans la mesure où ce dernier offre un éclairage sur la question.

[Rz 75] En effet, la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, en son art. 29, a établi un groupe de travail baptisé «Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel», ou «Groupe de travail ARTICLE 29», ayant pour mission d'analyser la compatibilité des dispositifs d'alerte professionnelle avec les règles relatives à la protection des données – en particulier sous l'angle de l'obligation d'introduire une procédure de *whistleblowing* anonyme en conformité avec le Sarbanes-Oxley Act étasunien³⁷.

[Rz 76] Ce Groupe de travail a publié un avis sur la question³⁸. En effet, le fonctionnement des mécanismes de *whistleblowing* repose, selon le Groupe de travail, dans la grande majorité des cas sur le traitement de données à caractère personnel (c'est-à-dire la collecte, l'enregistrement, le stockage, la diffusion et la destruction de données relatives à une personne identifiée ou identifiable), tant et si bien que les règles de protection des données sont d'application³⁹.

[Rz 77] Reconnaisant le caractère légitime du « système d'alarme professionnelle » au regard de la protection des données, l'Avis recommande de donner la préférence aux « signalements confidentiels » par rapport aux dénonciations anonymes. En outre, du point de vue de la protection des données, les dispositifs d'alerte professionnelle devraient être axés sur les droits de la personne concernée, sans préjudice des droits du dénonciateur; un équilibre des intérêts devant être établi entre les droits des parties concernées, y compris les besoins légitimes de l'employeur en matière d'enquête.

2. Le droit suisse

a. Le statut de la personne visée

[Rz 78] Sous l'angle du droit suisse, la loi sur la protection des données (LPD) vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (art. 1). Il y a traitement des données, au sens de la loi, lors de toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la

³⁵ Si par contre la dénonciation était anonyme, il est difficile voire exclu de lui reconnaître une force probante à charge des personnes visées. Elle ne figurera donc vraisemblablement pas au dossier.

³⁶ FF 2006, p. 1373 ss, 1402.

³⁷ Voir ci-dessus, note 7.

³⁸ Avis 1/2006 relatif à l'application des règles de l'UE en matière de protection des données aux mécanismes internes de dénonciation des dysfonctionnements dans les domaines de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit, de la lutte contre la corruption et la criminalité bancaire et financière, disponible sur http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2006/wp117_fr.pdf. Le Groupe de travail considère que la protection du dénonciateur relève du droit des Etats membres et – au stade actuel de son développement – échappe au droit de l'UE.

³⁹ Avis précité (note 40), p. 6.

modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données (art. 3 lit. e). La situation est donc essentiellement la même que sous l'angle du droit communautaire et les remarques du Groupe de travail peuvent être largement transposées à la Suisse. Il importe en outre de mentionner deux choses.

[Rz 79] D'une part, la personne concernée par la collecte de données doit pouvoir faire usage de son droit d'accès à ces données (art. 8 et 9 LPD), ce qui suppose qu'elle en soit informée. Il n'y a à notre sens pas (encore) de traitement de données au sens de la loi suisse du simple fait qu'une dénonciation revêtant un caractère personnel parvient à un organisme (interne ou externe à l'entreprise) ; mais l'organe chargé de recevoir et de traiter de telles dénonciations est susceptible quant à lui de remplir les caractéristiques d'un « maître de fichier » au sens de légal (art. 3 lit. i LPD). C'est donc cet organe qui devra assurer à la personne concernée le droit d'accès à son dossier et l'en informer conséquemment. Il faut réserver le cas où la dénonciation comportant une transmission de données provient elle-même d'un « fichier » au sens de la loi, particulièrement lorsque l'alarme est lancée par un collaborateur de l'Etat faisant usage de données personnelles récoltées par l'administration (fédérale) ou d'un collaborateur d'un maître de fichier privé. L'art. 19 LPD impose des conditions strictes à la communication de données (base légale formelle ou nécessité de ces données pour l'accomplissement de la tâche du destinataire ; absence d'intérêt privé légitime s'opposant à la communication).

[Rz 80] D'autre part, l'accès au dossier implique que l'intéressé puisse connaître à la fois l'ensemble des données collectées à son sujet et le but (ainsi que, le cas échéant, la base légale) de cette collecte. Cependant, aux termes de l'art. 9 al. 1 lit. b LPD, le maître du fichier peut refuser, limiter ou différer l'accès aux données lorsque les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent. Tel pourrait parfaitement être le cas des intérêts du dénonciateur, lesquels justifieraient en tout cas une limitation temporaire de l'accès au fichier, de manière à permettre le traitement de la dénonciation au moins aussi longtemps que nécessaire pour établir si la dénonciation est fondée. Parallèlement, le *whistleblower* jouirait ainsi d'une protection (provisoire) contre l'effet pervers de l'alarme (cf. ci-dessus, point I.B.). Il s'agit donc bien – et c'est manifestement possible sous l'empire de la LPD – d'assurer un juste équilibre des intérêts du dénonciateur, du dénoncé et de l'organe chargé du traitement du cas.

b. Les droits du *whistleblower*

[Rz 81] Le dénonciateur lui-même peut faire l'objet d'un traitement de données et, partant, faire usage de son droit d'accès au fichier. En effet, notamment lorsque le *whistleblower* occupe une position de travailleur ou de collaborateur de la collectivité publique, il est d'usage qu'un dossier soit constitué à son sujet, comprenant les principaux documents relatifs à son activité (contrat de travail, cahier des charges, documents

de candidature, évaluations périodiques, etc.). Si l'intéressé procède à une alarme interne, non anonyme, il va en principe de soi que son dossier en portera trace. Il en va de même si et dans la mesure où une suite est donnée à la dénonciation, que celle-ci soit positive ou négative – voire même en l'absence de suite tangible (p. ex. en cas de choix interne et non communiqué de ne pas agir ou de geler provisoirement la plainte). Le droit d'accès du *whistleblower* à son dossier constitue donc un moyen pour celui-ci d'obtenir, dans une certaine mesure, des indications sur la manière dont l'alarme a été reçue et perçue à l'interne ; mais il constitue surtout un moyen de se protéger en cas de réaction négative.

[Rz 82] Rappelons enfin qu'en droit suisse, la violation des dispositions sur la protection des données est susceptible d'entraîner des suites pénales (art. 35 LPD).

D. Pourquoi protéger le *whistleblower* ?

1. Les différents intérêts en jeu

[Rz 83] La protection de celui qui dénonce les irrégularités dont il a connaissance relève essentiellement de la politique législative. La dénonciation peut servir l'intérêt public, même si elle procède parfois d'une conjonction d'intérêts privés. Dans certains domaines, tels que les délits « sans victimes » (corruption, etc), le droit suisse ne connaissant pas l'*actio popularis*, seule une dénonciation venant de l'intérieur de l'entité en faute est susceptible de remédier à la situation avant qu'il ne soit trop tard. De plus, on s'accorde à penser qu'il n'est ni souhaitable ni réaliste de doter l'Etat, à quelque niveau que ce soit, d'un appareil de contrôle *a priori* de toute activité susceptible de causer ce type d'atteinte à un intérêt public.

[Rz 84] La doctrine a montré – jusqu'ici essentiellement sous l'angle de la lutte contre la corruption dans le domaine public et privé – l'importance d'un système d'alarme efficace et précoce (l'allemand permet la création du terme « Frühwarnsystem »), qui n'interrompt pas la communication d'informations de la base de l'entreprise à son sommet⁴⁰. Il en va de la confiance du public dans les institutions ou dans les acteurs de l'économie, et du bon fonctionnement des marchés – mais aussi de l'intérêt bien compris des entreprises. La tendance (internationale) à imposer des lignes « éthiques » à la conduite de l'entreprise se renforce continuellement depuis une décennie au moins. De nombreux instruments internationaux en témoignent d'ailleurs⁴¹.

⁴⁰ En ce sens surtout A. VON KAENEL, op. cit. (note 1) p. 311 et 317.

⁴¹ Pour notre propos, citons : la convention de l'ONU contre la corruption, contenant certaines règles (non contraignantes) sur le *whistleblowing*, à laquelle la Suisse se prépare à adhérer ; la convention de droit civil du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la corruption, contenant des règles contraignantes sur la question (l'adhésion de la Suisse n'est pas à l'ordre du jour) ; la convention de droit pénal sur la même question, ratifiée par la Suisse ; etc.

[Rz 85] Le droit suisse n'est pas exempt de dispositions relatives à la corruption, publique ou privée. S'agissant du secteur public, les nouveaux art. 322^{ter} – 322octies CP, introduits le 1^{er} mai 2000, étendent notamment la punissabilité de la corruption d'agents publics aux agents étrangers⁴². En ce qui concerne le secteur privé, le 1^{er} juillet 2006 a vu l'introduction du nouvel art. 23 LCD (en relation avec l'art. 4a al. 1 lit. a et b LCD), s'appliquant à la corruption active et passive, et dont l'adoption constitue la transposition et mise en œuvre de la convention de droit pénal du Conseil de l'Europe sur la corruption⁴³. La violation de la LCD est susceptible d'entraîner des sanctions pénales, on le sait.

2. Les risques inhérents au *whistleblowing*

[Rz 86] Le *whistleblowing* n'est pas exempt d'aspects moins souhaitables. On n'en présentera ici que quelques-uns.

[Rz 87] Une atmosphère de délation pourrait s'installer dans l'entreprise en cas de régimes (trop) favorables aux dénonciateurs. Par ailleurs, il existe le risque qu'un collaborateur puisse être instrumentalisé, voire corrompu, de façon à déstabiliser son entreprise, notamment par le fait de lancer de fausses nouvelles. La manipulation peut du reste venir de l'extérieur comme de l'intérieur de l'entreprise concernée. La technique dite de « l'enfumage » consiste ainsi pour l'employeur à utiliser un employé de façon à ce qu'une alerte soit par exemple déclenchée sur une filiale, concentrant l'attention sur celle-ci, pendant que dans une autre filiale ou dans la société mère se commettent des actes répréhensibles ou contraires à l'éthique.

[Rz 88] Il n'est pas non plus à exclure que l'alarme soit utilisée, voire organisée, comme une occasion de se débarrasser d'un salarié, d'un dirigeant ou cadre intermédiaire devenu indésirable⁴⁴. La personne concernée aura d'autant moins de chances d'échapper au piège ainsi tendu que la protection juridique de cette dernière est à ce stade encore plus embryonnaire que celle du dénonciateur lui-même.

⁴² A noter qu'au sens de ces dispositions est un « agent » toute personne remplissant - même occasionnellement - une fonction au service de la collectivité. A titre d'exemple, la doctrine cite l'ingénieur privé mandaté par l'Etat pour organiser la mise au concours et la passation d'un marché public - MARK PIETH, Basler Kommentar zum StGB, 2e éd., 2007, n° 9 ad art. 322ter CP.

⁴³ Voir parmi d'autres, MARK PIETH, Die Strafbarkeit der Privatbestechung als neue Herausforderung an die Anwaltschaft, Revue de l'Avocat 5/2007, p. 195 ss. Il faut remarquer avec cet auteur que l'inscription dans la LCD du délit de corruption privée a pour conséquence d'élargir considérablement le champ des potentiels « plaignants », en ce sens que ce ne sont pas les seules victimes pénales des faits qui sont légitimées à agir, mais bien plutôt tout concurrent, client, ou encore groupements de consommateurs, associations économiques, etc. Or, ces derniers peuvent précisément être amenés à saisir la justice par le biais d'une alarme venue de l'intérieur de l'entreprise participant à la corruption (*whistleblowing*!).

⁴⁴ En particulier pour éviter de verser à l'intéressé certaines indemnités contractuellement prévues en cas de départ ordinaire ou dans les délais (relativement brefs en droit suisse).

[Rz 89] Mentionnons encore que le fait pour un travailleur sentant venir le vent, en raison d'une menace de licenciement le concernant, d'invoquer à tort ou à raison un cas de *whistleblowing* dans le but de porter le conflit avec son employeur à un niveau supérieur et de tenter par là d'obtenir une protection supplémentaire – ou de rechercher là un moyen de pression – est un risque réel et déjà constaté⁴⁵.

II. Aspects choisis de la problématique dans le domaine bancaire

A. L'échec de la mise en place d'une réglementation

[Rz 90] La Commission fédérale des banques (CFB) avait émis l'intention d'introduire dans le cadre de la réglementation du contrôle interne des établissements soumis à sa surveillance une procédure de *whistleblowing*. Un projet de circulaire avait été mis en consultation en 2005, englobant notamment cette question⁴⁶. Ce texte a été fraîchement accueilli. Lors de la procédure de consultation, l'Association suisse des banquiers (ASB) a notamment rejeté le projet de circulaire dans son ensemble. L'ASB a considéré qu'il n'était pas nécessaire de créer une nouvelle réglementation, mais préférable de régler ces questions par le biais « de solutions modulables, adaptées à la structure des différents établissements (auto-réglementation ou règles internes des banques), et non par une réglementation indifférenciée de la CFB »⁴⁷. En ce qui concerne plus précisément le *whistleblowing*, l'ASB a motivé son rejet par son « effet néfaste sur la culture interne ainsi que sur le climat de travail au sein des établissements bancaires » et sa crainte pour le respect de la protection des données⁴⁸. De plus, l'ASB invoquait l'existence « de nombreuses autres alternatives et instruments plus efficaces »⁴⁹ aussi bien dans le domaine de la gestion du risque et du contrôle interne que dans celui de la procédure de *whistleblowing*. Toujours est-il que l'ASB n'a pas indiqué concrètement à quelles autres alternatives elle se réfère, ce que l'on ne peut que regretter⁵⁰. D'autres établissements ont par

⁴⁵ C. JAÏCO CARRANZA / S. MICOTTI, op. cit. (note 26), p. 986, note 21 et les références citées.

⁴⁶ Projet de Circulaire de la CFB « Surveillance et contrôles internes », point 44. Cf. ALESSANDRO BIZZOZERO / JEAN-CHRISTOPHE PERNOLLET, Le projet de circulaire CFB sur le contrôle et la surveillance interne, in CHRISTIAN BOVET / LUC THÉVENOZ (éd.), Journée 2005 de droit bancaire et financier, p. 101 ss, 114.

⁴⁷ Communiqué de l'ASB du 3 août 2005.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Les recherches et questions des auteurs à l'ASB et à la CFB n'ont pas permis d'éclairer ce point, l'une et l'autre se référant à leurs communiqués et documents officiels respectifs. On ignore donc aussi par conséquent quels sont les arguments de l'ASB qui auront en définitive fait reculer la CFB. Dans l'intérêt d'un débat approfondi de la question, il serait pourtant

contre admis, lors de la consultation, avoir introduit un régime de *whistleblowing* et en reconnaître l'opportunité comme instrument de gestion⁵¹.

[Rz 91] Pour l'heure, la CFB a renoncé à introduire une telle procédure de dénonciation interne d'irrégularités au sein des établissements soumis à sa surveillance ; elle a motivé ce choix par le fait que le Parlement débat actuellement de la problématique (cf. ci-dessous, point III). C'est ainsi que la nouvelle circulaire « Surveillance et contrôle interne » de la CFB, mise en vigueur le 1^{er} janvier 2007, ne traite plus de cette question⁵². Force est donc de constater que, quelle que soit par ailleurs la pertinence des arguments soulevés par l'ASB contre une réglementation « indifférenciée » sur le *whistleblowing*, celle-ci aura bel et bien lieu, à un niveau différent – cette institution s'inscrivant bientôt dans le droit commun. Il serait étonnant d'ailleurs que le législateur n'intégrât pas dans sa réflexion les motifs qui avaient présidé à la rédaction du projet de circulaire de la CFB en 2005.

[Rz 92] A. von Kaenel fait judicieusement remarquer que la loi sur les banques (LB) contient d'ores et déjà une disposition (l'art. 3 al. 2 lit. a LB⁵³), sur la base de laquelle le juge ou l'autorité de surveillance pourrait le cas échéant fonder une obligation des banques d'introduire et d'appliquer (!) un régime interne de *whistleblowing*, comme élément d'un contrôle correct et complet de la gestion de l'entreprise et du respect de la garantie d'activité irréprochable (art. 3 al. 2 lit. c LB). Un régime de fonctionnement qui découragerait l'alarme

interne plutôt que de la favoriser pourrait ainsi, à l'égard de cette disposition légale, conduire à une condamnation de la banque⁵⁴.

B. Le whistleblowing à un organe interne : service de « compliance » ou « audit committee »

1. Le *compliance office*

[Rz 93] A l'interne, c'est généralement le rôle du *compliance office* de vérifier que la législation – notamment celle relative à la tenue des comptes et à la révision, voire celle contre le blanchiment d'argent – est respectée et d'être à l'écoute des employés qui constateraient diverses violations légales ou éthiques. Le but est bien sûr de sécuriser l'image de l'entreprise auprès du public, en visant à lui assurer un comportement aussi irréprochable que possible. Le *compliance officer* est en quelque sorte le garant de l'éthique de l'entreprise⁵⁵. Le mouvement a démarré aux Etats-Unis⁵⁶ et s'étend en Europe, comme l'atteste, par exemple, le programme de formation qu'élabore la Fondation Genève Place Financière⁵⁷. En Suisse, notamment, il est devenu monnaie courante pour les grandes sociétés, spécialement bancaires ou d'assurance, de se doter de tels organes internes, ainsi que d'une procédure d'alarme⁵⁸. Nombre d'entre elles y sont d'ailleurs tenues par le Sarbanes-Oxley Act nord-américain⁵⁹ ; les autres, si elles relèvent de la législation bancaire

utile de prendre en compte également ces éventuelles alternatives. Nul doute cependant que l'ASB ne manquera pas d'en faire état dans le cadre de la consultation de la modification de la législation fédérale en préparation. A. BIZZOZERO / J.-Ch. PERNOLLET, op. cit. (note 48), p. 114, considèrent que « la mise en place d'un code d'éthique et de déontologie, et la garantie d'un libre accès à la fonction *compliance* sont suffisantes ». Nous ne pouvons pas partager cet avis, qui ne trouve guère écho en pratique. La circulaire CFB avait non seulement pour but d'instituer un régime de *whistleblowing*, mais encore de protéger le dénonciateur, ce que ne garantit pas assez, sinon pas du tout, la simple existence d'un service de *compliance* et la rédaction de lignes éthiques.

⁵¹ JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Private Banking Governance, RDS 126(2007) I 235 ss, 240. Le Professeur ZUFFEREY, vice-président de la CFB, indique même que certains établissements bancaires, dotés d'une procédure de *whistleblowing*, ont externalisé celle-ci à des prestataires de services spécialisés dans le *compliance* (ibidem).

⁵² Circ.-CFB 06/6 Surveillance et contrôle interne, du 27 septembre 2006, disponible sur www.ebk.admin.ch/f/regulier/rundsch/2006/RS_066_f.pdf. J.-B. ZUFFEREY, op.cit. (note 53), p. 240, précise que l'intention de la CFB était avant tout de « connaître l'accueil du marché à cette proposition, mais n'entendait pas l'imposer comme un standard désormais acquis au sein de la branche » ni « en faire une affaire de principe ».

⁵³ Disposition dont la teneur est la suivante : « L'autorisation est accordée lorsque les conditions suivantes sont réunies : (...) lorsque son but social ou l'importance de ses affaires l'exige, la banque doit instituer d'une part des organes de direction et, d'autre part, des organes préposés à la haute direction, à la surveillance et au contrôle, en délimitant les attributions de chacun d'entre eux de façon à garantir une surveillance appropriée de la gestion. » (nous soulignons).

⁵⁴ A. VON KAENEL, op. cit. (note 1), p. 314.

⁵⁵ La fonction *compliance* consiste à vérifier la conformité des actes de gestion de la société aux prescriptions légales et réglementaires et aux directives internes, ainsi que le respect des règles déontologiques en usage sur le marché concerné (cf. J.-B. ZUFFEREY, op. cit. (note 53), p. 243).

⁵⁶ Avec le Sarbanes-Oxley Act (SOx) – cf. note 7. De nombreuses autres raisons militent pour écarter une procédure fondée sur l'anonymat du dénonciateur (risques d'usage abusif ou à des fins de vengeance personnelle, risque de manipulation par de fausses dénonciations internes, malveillantes ou instiguées par un concurrent, absence de possibilité pour le collaborateur visé par la dénonciation de se défendre efficacement, etc.). L'anonymat fragilise encore la position du *whistleblower*, dans la mesure où il n'aura guère les moyens de se plaindre de ce que le *compliance officer* n'intervient pas (assez) efficacement ni ne pourra démontrer le cas échéant le lien de causalité entre une forme de rétorsion et l'introduction de sa plainte.

⁵⁷ La Swiss Association of Compliance Officers (SACO, www.compliance-officers.ch) n'est à ce jour pas un organisme de nature à jouer un rôle indépendant lors du traitement des cas problématiques de dénonciation, ni supposé acquiescer un tel rôle.

⁵⁸ On remarquera toutefois qu'il ne sert à rien de se doter d'un code d'éthique interne, lorsque celui-ci n'est concrètement pas appliqué et reste uniquement un instrument de papier, comme le font remarquer D. PORTMANN / H. WOHLMANN, op. cit. (note 1), p. 179, ou (à propos de la punissabilité de l'entreprise) M. PIETH, op. cit. (note 45), p. 198.

⁵⁹ Cf. note 7. La consultation du projet de circulaire de la CFB (cf. ci-dessus point II. A.) a montré que d'aucuns reprochaient justement à la CFB l'introduction d'une mesure calquée sur le Sarbanes-Oxley Act, d'ailleurs passablement contesté de ce côté de l'Atlantique. Cf. J.-B. ZUFFEREY, op. cit.

suisse, doivent également instituer un tel service en vertu de la Circulaire 06/6 de la CFB (chiffres 97 à 112), qui prévoit que la fonction *compliance* fait intégralement partie des tâches que la direction opérationnelle doit assumer. Chaque établissement est ainsi tenu de disposer d'un organe jouissant d'un droit illimité d'accès à l'information interne.

[Rz 94] La principale faiblesse du système d'une dénonciation interne provient de la place du *compliance office* dans l'organigramme de l'entreprise et de l'étendue réelle des pouvoirs qui lui sont reconnus⁶⁰, voire même de la manière dont, concrètement, cet organe pourra exercer de tels pouvoirs. Il ne fait aucun doute qu'un tel service puisse se révéler utile et efficace en présence de dénonciations visant par exemple le comportement irrégulier d'un collègue, voire d'un cadre inférieur – si le *compliance office* prend effectivement les mesures que l'on peut attendre de lui. Cependant, à mesure que la ou les personnes visées par la dénonciation se situent plus haut dans la hiérarchie de l'entreprise, l'efficacité de l'action du *compliance office* aura tendance à s'estomper, tout comme ses moyens d'action. Le *compliance office* souffre structurellement et par nature d'un manque de véritable indépendance au sein de l'entreprise, à mesure que la dénonciation « vise plus haut ».

[Rz 95] Aux termes de la récente Circulaire 06/6 de la CFB, l'établissement désigne un membre de la direction comme responsable de la fonction de *compliance* et fait ainsi en sorte que cette dernière puisse accéder librement à la direction (chiffre 102). En outre, la fonction de *compliance* peut constituer un département avec d'autres fonctions internes, par exemple avec le service juridique ou le contrôle des risques, sauf s'il existe un risque de conflit d'intérêts (chiffre 104) ou être assurée dans le cadre d'un contrat d'externalisation (chiffre 105). Dans les faits, le *compliance office* est généralement un simple service interne, que seul le droit d'accéder directement à la direction (par quoi il faut entendre le droit de communiquer en particulier les résultats d'enquêtes internes – cf. chiffre 111) distingue d'autres services subordonnés.

2. Le comité d'audit

[Rz 96] Également sensible à cette problématique, le Professeur Böckli a émis l'idée que la compétence de recevoir les plaintes des *whistleblowers* soit attribuée à un *Audit Committee* (un comité interne au sens de l'art. 716a al. 2 CO), éventuellement en confiant le soin au *compliance office* ou à un avocat extérieur de procéder à un premier tri des cas de dénonciation⁶¹. Ce comité, soumis directement au conseil

d'administration – dont il émane – dispose donc de certains pouvoirs d'investigation et jouit en principe d'une indépendance beaucoup plus considérable que le *compliance office*. Il se situe au plus haut degré hiérarchique. D'une part, donc, il évite le recours à une autorité publique et ménage ainsi la sensibilité de l'employeur, diminuant d'autant l'aspect de « trahison » de la dénonciation. D'autre part, il offre au *whistleblower* une garantie supplémentaire sur le plan de la confidentialité tout en disposant de (un peu) plus de pouvoir d'action au sein de l'entreprise⁶². Pour les établissements soumis à la LB, l'introduction d'un *audit committee* est réglementée de manière détaillée par la Circulaire 06/6 de la CFB, et paraît donc obligatoire à certaines conditions⁶³.

[Rz 97] En pratique, toutefois, seuls 10% des établissements sont assujettis à l'obligation d'instaurer un comité d'audit. De plus, la Circulaire a opté pour un régime de « *comply or explain* », les établissements choisissant de ne pas se conformer à ses prescriptions pouvant justifier leur position dans le rapport annuel ; c'est précisément le cas pour le comité d'audit.

[Rz 98] Or, force est de constater que ce n'est pas seulement dans les plus grandes structures – soit celles tenues de se doter d'un comité d'audit – que le *whistleblowing* mérite d'être institué et le dénonciateur potentiel d'être protégé. De plus, pour que le système fonctionne, il serait nécessaire que la responsabilité du comité d'audit (ou du conseil d'administration dont il émane) puisse être engagée lorsqu'il agit (ou omet d'agir) dans le cadre du traitement des dénonciations. Cette obligation supplémentaire – avec une augmentation de la responsabilité – risque d'être mal accueillie par les sociétés de concernées.

3. Le *whistleblowing* externalisé

[Rz 99] Enfin, certains établissements bancaires suisses – comme c'est également le cas en Allemagne – ont choisi de confier la charge du *whistleblowing* à des prestataires de services spécialisés, extérieurs à l'entreprise, qui recevront et traiteront les plaintes. La Circulaire CFB 06/6 le prévoit d'ailleurs expressément (chiffre 105 *in fine*). Cette voie nous paraît remarquable et présenter de nombreux avantages. L'indépendance de ces services est ainsi mieux garantie,

comité d'audit serait bien inspiré de s'adjoindre en tout cas les services d'un avocat lorsqu'il est chargé de la fonction *whistleblowing*, puisque, constitué essentiellement pour la supervision des états financiers et des risques, il ne dispose pas forcément des compétences personnelles nécessaires au traitement de cette tâche supplémentaire lorsque le *whistleblowing* ne porte pas sur une question financière et/ou comptable.

⁶² A titre d'exemple, l'UBS a choisi cette voie, confiant le soin à un *audit committee* de recevoir et traiter les dénonciations internes de violations de la loi, des règlements et lignes éthiques en matière de comptes, comptabilité et révision.

⁶³ Les chiffres 32 ss de la Circulaire posent des conditions alternatives : total du bilan supérieur à 5 milliards de francs ; volume des dépôts supérieur à 10 milliards de francs ; fonds propres exigibles supérieurs à 200 millions de francs ; cotation à la bourse.

(note 53), p. 240.

⁶⁰ Il ne faudrait pas négliger non plus l'aspect financier important que la mise en œuvre de ces réglementations – notamment sur le blanchiment d'argent ou l'Accord sur les fonds propres (connu désormais comme Bâle II) adopté par le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire – coûte aux institutions bancaires.

⁶¹ PETER BÖCKLI, *Audit Committee*, Zurich 2005, n° 141 ss. A notre avis, le

ou à tout le moins l'image d'indépendance est renforcée aux yeux des collaborateurs ; la confidentialité des plaintes est également mieux conservée ; la responsabilité de la société qui loue ses services à la banque peut sans aucun doute être engagée ; cette solution peut s'appliquer à des établissements trop petits pour se doter d'une structure interne ad hoc telle qu'un comité d'audit ; la professionnalisation qui en découle permet d'escompter un traitement (et un tri) plus efficace des cas de divulgation ; etc.

[Rz 100] Toutefois, l'externalisation du *whistleblowing* ne résout pas tous les problèmes. En particulier, même à supposer que le prestataire de services dispose contractuellement d'un pouvoir d'enquête au sein de l'entreprise mandante, il n'aura en principe jamais les moyens d'agir spontanément à l'intérieur de celle-ci pour remédier aux irrégularités dénoncées si ces dernières s'avèrent fondées, mais pourra tout au plus formuler des recommandations à l'intention de la direction.

4. La punissabilité de l'entreprise

[Rz 101] Rappelons pour finir que les art. 102 ss CP ont introduit la punissabilité de l'entreprise en droit suisse. L'imputabilité d'une infraction à l'entreprise suppose notamment un manque d'organisation appropriée, laquelle aurait permis de découvrir la ou les personne(s) physique(s) responsables des faits, ou de prévenir la commission de cette infraction. Or, il n'est pas exclu que l'absence d'une procédure de *whistleblowing* ou d'alarme interne (même externalisée) puisse remplir cette condition objective de la punissabilité, notamment lorsque des faits constitutifs de corruption ou d'une autre infraction du même genre auraient pu ainsi être découverts à temps. R. Geiger, dans sa récente thèse, s'exprime en ce sens ; il va même jusqu'à considérer, notamment dans le secteur bancaire qui lui sert d'exemple, que la responsabilité pénale de l'entreprise peut être engagée aussi bien lors de carence dans la structure de l'entreprise que dans l'absence de mise en place d'une *culture d'entreprise* appropriée, la promotion d'une véritable éthique professionnelle auprès des collaborateurs de tous niveaux (Geiger rattache l'incombeance d'introduire une culture d'entreprise à l'art. 3 al. 2 lit. c LB, qui fonde l'obligation de bonne réputation et d'activité irréprochable)⁶⁴.

[Rz 102] Un parallèle peut être tiré avec l'art. 3 al. 2 (lit. a) LB, en vertu duquel, comme nous l'avons vu plus haut, la banque pourrait se voir reprocher, en cas d'absence de mise en place d'une procédure ad hoc de découverte et de prévention des irrégularités liées à son fonctionnement, de manquer à ses obligations et de ne pas (ou plus) remplir les conditions de l'autorisation.

5. La directive « MiFID »

[Rz 103] Une fois encore, un détour par le droit européen s'impose. Approuvée le 30 avril 2004 par le Parlement et le Conseil européens, la directive sur les marchés d'instruments financiers (2004/39/CE « Markets in Financial Instruments Directive » / MiFID) est entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2007 dans les 30 Etats membres de l'Espace économique européen (EEE) – dont fait notamment partie le Liechtenstein. La Suisse, qui a refusé d'adhérer à l'EEE en 1992, n'est bien entendu pas directement soumise à la MiFID. Il n'en demeure pas moins que ses effets s'y font d'ores et déjà sentir, dans la mesure où les nouveaux standards de la MiFID sont susceptibles de certaines implications pour les entreprises suisses, particulièrement les établissements bancaires, par effet de contagion. En particulier, les filiales de banques suisses dans l'UE seront pour leur part automatiquement soumises à la MiFID (« effet Groupe » de la directive) ; à l'inverse, si les filiales de banques de l'UE en Suisse ne sont pas tenues de la respecter, elles le feront dans de nombreux cas en pratique, ne serait-ce que par l'uniformisation des pratiques internes ; enfin, les banques domiciliées en Suisse et ayant un fort courant d'affaires transfrontalier avec des pays de l'UE devront appliquer la directive dans la plupart des domaines qu'elle recouvre.

[Rz 104] Pour ce qui intéresse le présent article, il convient de relever ce qui suit. La réglementation européenne touche à la gouvernance d'entreprise avec les mesures relatives au contrôle interne, à la gestion des risques et à la compliance. Une des nombreuses conséquences est d'imposer à tout prestataire financier de se doter désormais de règles à *tous les échelons*, assurant entre autres, la détection et l'évitement de tout conflit d'intérêts ou d'atteinte aux intérêts des clients, actuels et potentiels (la notion de conflit d'intérêts est particulièrement large et trouve application également au niveau du groupe dont le prestataire fait éventuellement partie ; elle recouvre aussi les conflits d'intérêts entre clients), mais aussi la détection et la gestion des risques pour le client.

[Rz 105] Concrètement, il est attendu que le prestataire financier se dote notamment de procédures comptables et administratives saines, de mécanismes de contrôle interne, de techniques efficaces d'évaluation des risques et de dispositifs efficaces de contrôle et de sauvegarde de ses systèmes informatiques. Au nombre des « procédures de contrôle interne » figurent naturellement toutes formes d'audits internes, mais il n'est pas exclu qu'un mécanisme de détection et prévention des risques et/ou des conflits potentiels d'intérêts soit assuré par la mise en œuvre d'un régime ad hoc de *whistleblowing*. L'avenir – c'est-à-dire essentiellement les textes de transposition de la directive dans les Etats membres, mais aussi la pratique judiciaire ou extrajudiciaire réservée par la MiFID – permettra de dire si cette intuition était fondée.

⁶⁴ ROMAN GEIGER, Organisationsmängel als Anknüpfungspunkt im Unternehmensstrafrecht, Zurich 2006, p. 159 ss, qui précise que le droit australien va expressément dans ce sens. Voir aussi ci-dessus, note 4 ; A. VON KAENEL, op. cit. (note 1), p. 313 et les références citées.

C. Whistleblowing et secret bancaire

[Rz 106] Le secret bancaire peut s'avérer, dans bien des cas, un obstacle sérieux pour le *whistleblower*, si celui-ci est amené à devoir produire des preuves de ce qu'il avance.

1. Les fondements et la portée du secret bancaire

[Rz 107] Le secret bancaire découle d'abord du droit civil, notamment du lien contractuel par lequel le banquier s'engage à garder le secret sur la situation personnelle de son client. La sphère personnelle du client est également protégée par les dispositions générales du Code civil (CC) sur la protection de la personnalité (art. 27 ss, les aspects patrimoniaux de la personnalité étant aussi compris le champ de ces dispositions⁶⁵), ainsi que par la législation sur la protection des données. Sa violation est pénalement sanctionnée⁶⁶. De toute évidence, si le dénonciateur était amené à fournir la preuve de la vérité des soupçons ou irrégularités constatés par lui à l'interne, il se verrait non seulement assigné devant la justice civile – pour violation de l'obligation de diligence envers les intérêts de son employeur – mais encore, même s'il ne viole pas ces intérêts, il se trouverait presque automatiquement confronté à une sanction pénale.

[Rz 108]] La question de savoir si le secret bancaire est opposable au juge civil est cruciale. Comme l'art. 321 ch. 4 CP, l'art. 47 ch. 4 LB réserve « les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant l'obligation de renseigner l'autorité et de témoigner en justice »⁶⁷. On a pu écrire que l'art. 47 ch. 4 ne réserve que les cas où le droit institue une véritable *obligation* de témoigner, laquelle doit résulter clairement et explicitement de la loi⁶⁸. Toutefois, même à suivre cet argument, dans la mesure où rien ne s'opposerait à l'aménagement d'un huis clos et d'un carottage des données sensibles en cas d'accès du public à la décision de justice concernée⁶⁹, il apparaît que le juge civil est suffisamment

armé pour garantir que le sens et le but du secret bancaire soient respectés tout en ordonnant la production des moyens de preuve prétendument couverts par ce dernier.

[Rz 109] Même si le texte légal ne le prévoit pas, il est admis que le dépositaire du secret est à même de lever ce secret en tout ou partie et d'autoriser ainsi la banque à dévoiler certaines informations⁷⁰. Contrairement à ce que prévoit l'art. 321 ch. 3 CP, toutefois, le secret bancaire ne saurait être levé par décision d'une autorité supérieure ou de surveillance. Toujours contrairement à ce qui prévaut en matière de secret professionnel de l'avocat notamment, le banquier une fois délié de son secret par le client n'a pas le pouvoir de refuser de livrer l'information concernée, en sa possession, si cela lui paraît contraire aux intérêts bien compris de son mandant⁷¹. Autrement dit, la banque n'est pas le « maître du secret » au sens où on l'entend en matière de secret de l'avocat⁷².

[Rz 110] Par ailleurs, le secret bancaire ne peut être invoqué sans restrictions face à l'autorité de surveillance (la CFB, laquelle est d'ailleurs exempte du champ d'application de la LTrans et dont les collaborateurs sont soumis au secret de fonction de l'art. 320 CP⁷³). De manière générale, l'activité de la CFB serait rendue impossible si les établissements soumis à sa surveillance lui opposaient systématiquement le secret bancaire. Cependant, la CFB devra faire preuve de proportionnalité dans l'accès aux données qu'elle réclame et dans leur utilisation⁷⁴.

2. Application au whistleblowing

[Rz 111] Une affaire récente offre un exemple de l'impasse dans laquelle peut se trouver le *whistleblower* en milieu bancaire.

[Rz 112] Une directrice commerciale bancaire avait été

⁶⁵ Voir notamment HELENA GLASER TOMASONE, *Amtshilfe und Bankgeheimnis*, Zurich 1997, p. 80 et les références citées.

⁶⁶ L'art. 47 ch. 1 LB punit en effet toute personne qui, « en sa qualité de membre d'un organe, d'employé, de mandataire ou de liquidateur de la banque, de chargé d'enquête ou de délégué à l'assainissement nommé par la Commission des banques, ou encore de membre d'un organe ou d'employé d'une institution de révision agréée, aura révélé un secret à lui confié ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi ». L'art. 43 LBVM contient une règle similaire, bien que ne visant pas la violation du secret commise par négligence.

⁶⁷ La LB, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1935, est antérieure au code pénal de 1937, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1942. Ceci explique que le secret bancaire figure non pas dans le CP (il aurait pu être introduit dans l'art. 321), mais dans une autre loi.

⁶⁸ En ce sens, notamment H. GLASER TOMASONE, *op. cit.* (note 67), p. 96 et les références citées.

⁶⁹ En droit genevois, les art. 5 al. 3 et 20 al. 3 de la loi sur l'information au public et l'accès aux documents (LIPAD) le permettent. La loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 (LTrans), ne s'applique par contre pas aux procédures judiciaires (art. 3) ni – notamment à la CFB (art. 2 al. 2 *in fine*).

⁷⁰ ADRIANO MARGIOTTA, *Das Bankgeheimnis – Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses ?*, Zurich 2002, p. 91 et 93 ss et les réf., qui admet également que le secret soit levé par acte concluant (p. 101 ss). Le Projet de code de procédure civile suisse (FF 2006 7019 ss) requiert que la personne soumise au secret en soit déliée par écrit (art. 163 al. 1 lit. b *in fine*).

⁷¹ La responsabilité du banquier sur la base du devoir de diligence général découlant du mandat reste bien entendu réservée. Ainsi, la banque doit à notre sens avoir dûment et complètement informé son client, avant d'accepter que ce dernier ne la délie de son secret.

⁷² Le projet de code de procédure civile suisse (FF 2006 7019 ss) dispose en effet que « A l'exception des avocats et des ecclésiastiques, le tiers [...] délié par écrit de l'obligation de garder le secret a le devoir de collaborer, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité » (art. 163 al. 1 lit. b *in fine*).

⁷³ On fera remarquer que le fait pour la CFB d'être à son tour soumise au secret n'entraîne pas à lui seul la levée, même partielle, du secret qui incombe à la banque. La révélation d'informations couvertes par le secret bancaire à une personne (avocat) ou un organisme (CFB) soumis au secret reste une violation de celui-ci.

⁷⁴ MICHEL AUBERT, JEAN-FRANÇOIS BÉGUIN, PAOLO BERNASCONI ET ALII, *Le secret bancaire*, 3e éd., Berne 1995, p. 259 s.

licenciée par un groupe financier international pour avoir, selon sa version, refusé de couvrir des opérations de blanchiment d'argent sous la férule de cadres intermédiaires et pour avoir dénoncé ceux-ci à l'interne, notamment au *compliance office* ou à l'organe en tenant lieu. Ayant saisi la juridiction des prud'hommes, l'ex-employée avait conclu au caractère abusif de son congé. La banque défenderesse avait alors opposé le secret bancaire à la production de certaines pièces probantes et à la comparution de clients voire de certains cadres intermédiaires comme témoins. La demanderesse se voyait ainsi privée de la possibilité de faire la preuve de la véracité de ses dires, non seulement sur la question des raisons véritables de son licenciement, mais aussi et surtout sur le bien-fondé des accusations portées contre la banque relatives aux soupçons de blanchiment d'argent et de violation de la LB⁷⁵. Une telle situation est d'autant plus regrettable qu'elle n'est selon toute apparence pas rare.

[Rz 113] Le refus de la banque défenderesse de produire les moyens de preuve nécessaires à la résolution du litige l'opposant à son ancienne employée devrait à notre sens pouvoir être analysé sous l'angle de l'art. 47 ch. 4 LB, avec les éventuelles dispositions de procédure cantonale relatives au témoignage en justice. Le tribunal reste à notre avis libre d'ordonner la production de moyens de preuves (en droit genevois, la procédure civile prévoit cette faculté ; le fait allégué par la partie adverse pouvant être tenu pour avéré, en cas de refus sans motif légitime⁷⁶), ou d'entendre comme témoins les organes supérieurs de ladite banque, lesquels ne pourront opposer le secret bancaire à leur convocation, l'audience fût-elle publique. Le juge procédera le cas échéant à une pesée des intérêts.

[Rz 114] Le projet de procédure civile fédérale⁷⁷ vient confirmer cette analyse. Dans son Titre 10 relatif à la preuve, le projet contient un article 160 qui instaure un droit de refus de collaborer d'une partie « ... lorsqu'elle pourrait se rendre punissable de la révélation d'un secret au sens de l'art. 321 CP » (lit. b); dans la même veine, l'art. 163 al. 1 réserve le droit pour tout tiers de refuser de témoigner, « ... dans la mesure où il pourrait de ce fait se rendre punissable de la révélation d'un secret selon l'art. 321 CP », à l'exception des réviseurs (lit. b). Il n'est fait aucune mention explicite du secret bancaire ni de l'art. 47 LB. Ce dernier tombe toutefois dans le champ de l'art. 163 al. 2 du projet, qui dispose que

« les titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'exigence de la manifestation de la vérité ». Il est remarquable que le (futur) droit de procédure fédéral traite différemment les personnes soumises au secret professionnel d'une part et bancaire d'autre part. Non seulement le juge opérera une pesée des intérêts en présence, pour déterminer si le secret mérite d'être maintenu, ou dans quelle mesure il le sera, mais le fardeau de la preuve (même sous l'angle de la vraisemblance) de l'intérêt au maintien du secret reposera sur celui qui l'invoque. La pesée des intérêts n'a donc pas lieu d'office et il appartiendra à la banque d'apporter les éléments qu'elle estimera nécessaires à la conviction du juge.

[Rz 115] Toutefois, il convient de mentionner que l'article 153 du projet contient une sorte de clause de sauvegarde, en ce qu'il dispose à son tour que « 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 ». Cette disposition institue à notre sens la faculté pour le juge, une fois la pesée des intérêts effectuée, de corriger les effets indirects de la levée du secret, notamment en ce qui concerne la divulgation d'informations hors le cadre strict de la procédure en cours. Un carottage des pièces devrait ainsi être possible, ou un interrogatoire des témoins à huis clos.

D. La procédure de dénonciation à la CFB et la qualité de partie

1. La problématique

[Rz 116] Supposons maintenant que l'employée licenciée ait non seulement annoncé la découverte ou le soupçon d'actes de blanchiments de la part de ses collègues ou supérieurs directs à l'interne (au *compliance office*, s'il existe, ou à un supérieur hiérarchique), mais également informé la CFB, sur la base d'indices concrets, et que cette dernière ait ouvert une procédure informelle⁷⁸. Une fois licenciée, pour un motif qu'elle estime abusif car fondé sur son acte d'alarme, la dénonciatrice pourra certes faire état de sa dénonciation à la CFB, mais sans que cela ne lui soit d'aucune aide si elle ne peut ni la documenter ni surtout obtenir de cette autorité la confirmation de la tenue d'une procédure informelle et de ses éventuelles suites. Nous n'avons guère de difficulté à nous accommoder de cette situation aussi longtemps que la procédure demeure informelle, car cette étape est nécessaire à la CFB, dans son fonctionnement, son issue est incertaine et il s'agit en quelque sorte d'un premier filtre aux dénonciations

⁷⁵ Dans la cause discutée ici, les prud'hommes genevois ont tranché en faveur de l'ex-employée, sans se prononcer directement sur la question liée aux accusations de blanchiment d'argent ni sur le secret bancaire, en considérant que la raison véritable du licenciement résidait en fait dans une « conception du monde » différente de l'ex-employée et de l'établissement, notamment sur la question de l'interprétation de certaines règles éthiques.

⁷⁶ Art. 186 al. 2 LPC. Savoir si le secret bancaire constitue un tel motif légitime dépend d'une pesée des intérêts.

⁷⁷ FF 2006 7019 ss. Une analyse des 26 procédures cantonales – appelées à disparaître – dépasserait largement le cadre de la présente contribution.

⁷⁸ La CFB ne communique formellement à la banque l'ouverture d'une procédure (dite « contraignante »), par voie décisionnelle, que dans un deuxième temps, s'il y a lieu. Au stade de la procédure informelle, les parties ne sont pas nécessairement informées, et le CFB peut sans autres mettre fin ou suspendre la procédure.

adressées à l'autorité. Il y a cependant lieu de se montrer plus critique en constatant que la situation reste inchangée en ce qui concerne le *whistleblower* alors même qu'une procédure formelle (contraignante) serait ouverte. Ces dernières considérations nous amènent à traiter de la problématique de la qualité de partie du dénonciateur devant la CFB.

2. Absence de qualité de partie *de lege lata*

[Rz 117] Selon l'art. 71 PA, applicable par analogie à la dénonciation à la CFB⁷⁹, chacun peut dénoncer en tout temps à l'autorité de surveillance les faits qui appellent dans l'intérêt public une intervention d'office contre une autorité (al. 1) ; le dénonciateur n'a cependant aucun des droits reconnus à la partie (al. 2) ; conformément aux principes généraux du droit administratif, du reste, le dénonciateur n'a tout simplement pas du tout la qualité de partie⁸⁰.

[Rz 118] Pour bénéficier de cette qualité, le dénonciateur manque en effet d'un intérêt digne de protection. Le Tribunal fédéral a précisé ainsi la portée de cette notion, dans une affaire où le demandeur fondait sa qualité sur le fait qu'il était porteur de parts au sens de la législation sur les fonds de placement (LFP) : « ... le demandeur doit encore démontrer que son intérêt est particulier, direct et actuel. Lorsqu'un requérant exige que la Commission fédérale des banques [...] prenne [des] mesures, il doit au moins rendre vraisemblable que ses droits en tant que porteur de parts sont concrètement mis en danger ou ont été violés et, partant, qu'il a un intérêt digne de protection à ce que les mesures sollicitées soient ordonnées. »⁸¹ L'existence d'un intérêt digne de protection a été niée en l'espèce. *A contrario*, la qualité de partie du plaignant ou dénonciateur est susceptible d'être admise lorsque la plainte vise à faire constater la violation de droits de l'intéressé ou à faire prendre une mesure protégeant ses droits.

[Rz 119] Le *whistleblower* ne pouvant prétendre à la titularité et à la protection d'aucun droit à ce stade, la procédure de dénonciation à la CFB restera donc en principe sans aucune suite tangible pour lui.

[Rz 120] Quelles que soient les raisons de ce choix (notamment ne pas favoriser la dénonciation pour des motifs égoïstes), l'absence totale des droits attachés à la qualité de partie a des effets regrettables pour le *whistleblower*. Les conséquences de cette procédure sont susceptibles d'avoir un impact d'autant plus considérable sur la volonté de dénoncer des violations à la loi (la CFB n'ayant pas de pouvoirs en

matière d'irrégularités éthiques) que le dénonciateur verra qu'au moins un résultat, positif ou négatif, découle de sa dénonciation. Or, tel n'est pas le cas en l'état actuel du droit.

3. Suggestions *de lege ferenda*

[Rz 121] Il ne s'agit pas, bien sûr, de donner au *whistleblower* la satisfaction de voir son employeur sanctionné, suite à son acte d'alarme et son éventuel licenciement ou harcèlement. Si tel devait être le cas, il en serait informé dans la même mesure que le public en général, ni plus ni moins. Au contraire, la qualité de partie et l'accès au dossier qui en découle, si elle est judicieusement encadrée (et donc pas forcément absolue), viendrait corriger certains des effets pervers de la dénonciation. Faute de pouvoir documenter les raisons objectives de son acte – notamment lorsque le secret bancaire s'y oppose – au moyen des résultats de l'enquête ouverte par l'autorité, le dénonciateur se voit privé de toute défense utile aussi bien au plan civil que pénal. Il en ira de même si le *whistleblower*, après s'être adressé à la CFB, devait se trouver contraint d'agir lui-même notamment aux prud'hommes pour faire constater l'existence de mesures de rétorsion à son encontre.

[Rz 122] Il nous paraît donc que le dénonciateur devrait se voir reconnaître la qualité de partie, au moins *dans une certaine mesure*, utile à la préservation de ses intérêts dans les procédures parallèles qui peuvent être ouvertes contre lui suite à son acte (juridictions du travail ou pénale). En effet, s'il est incontestable que le *whistleblower* ne peut pas prétendre que la voie de la dénonciation à la CFB ait en elle-même pour but la sauvegarde de ses droits ni que ceux-ci soient directement affectés par la décision que prendra le CFB (cf. ci-dessus), il n'en demeure pas moins que ses droits sont manifestement en cause si l'on considère le processus de *whistleblowing* dans son ensemble, c'est-à-dire du premier signal d'alarme à l'éventuel «effet pervers» et à l'étape judiciaire civile ou pénale qui s'ensuit (cf. ci-dessus, point I.B. 1 et 2.). A titre de comparaison, mentionnons que le projet de code de procédure pénale suisse unifiée (CPP)⁸² prévoit à son art. 103 al. 2 que le dénonciateur ayant la qualité de partie et donc le droit d'accéder au dossier pénal lorsqu'il est directement touché dans ses droits et « dans la mesure nécessaire à la préservation de [ses] intérêts ». Il conviendrait d'interpréter cette disposition en ce sens que l'atteinte directe aux droits du dénonciateur inclut aussi celle qui peut avoir lieu dans des procédures parallèles.

[Rz 123] Concrètement, il conviendrait d'aménager pour le moins un certain droit d'accès du dénonciateur au dossier de

⁷⁹ Cela même si la CFB n'est pas une autorité de surveillance à proprement parler en ce sens qu'il n'existe aucun lien de subordination entre elle et les organismes (qui ne sont pas des autorités) soumis à son contrôle ; ATF 120 Ib 351, consid. 5 = Bulletin CFB 28/1995, p. 25.

⁸⁰ URS ZULAUF, Procédure devant la CFB (« enforcement ») : Drame en cinq actes et épilogue, in CHRISTIAN BOVET / LUC THÉVENOZ (éd.), Journée 2006 de droit bancaire et financier, p. 165 ss, 178 s.

⁸¹ ATF 120 Ib 351, 354 ss.

⁸² FF 2006 1373, Message du Conseil fédéral FF 2006 1057. Voir Jean-Marc Verniory, L'accès au dossier en procédure pénale, SJ 2007 II 125 ss, 143 s. Comme on l'a dit, la conception soutenue ici part cependant d'une compréhension large de l'expression « touché dans ses droits », puisqu'elle s'étend aux droits objets de procédures parallèles et formellement distinctes – ce qui n'est pas le cas de l'art. 103 al. 2 du projet de CPP.

l'instruction (s'il y en a une) de l'affaire portée par lui devant la CFB, en particulier lorsque l'intéressé indique à la Commission qu'il est amené à devoir se défendre ou justifier son acte dans une procédure où il est partie, ou avant d'entreprendre lui-même une telle procédure contre son ancien employeur. Un tel accès au dossier devrait permettre également de sauvegarder le secret bancaire, puisque précisément cela aurait pour effet d'éviter au *whistleblower* la tentation de se servir spontanément de documents protégés par ce secret ; il lui suffirait de renvoyer le juge civil ou pénal à la CFB, ou de produire (ou requérir que fussent produites) les pièces essentielles. En cas de production de pièces essentielles, celles-ci pourraient être anonymisées, le cas échéant après que la banque concernée aura pu s'exprimer sur l'aspect secret de leur contenu – un tel régime existe en matière d'utilisation de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat, en procédure pénale.

[Rz 124] La nouvelle loi fédérale instituant une autorité fédérale intégrée de surveillance des marchés financiers (AUF-IN, ou selon l'appellation d'ores et déjà consacrée «FINMA» pour Finanzmarktaufsicht)⁸³, aurait pu offrir l'occasion d'une discussion plus approfondie du rôle du *whistleblower* au sein du monde de la finance, et des moyens que la collectivité publique veut se donner pour le protéger⁸⁴. Le texte (art. 22 al. 2) prévoit certes que, dans l'intérêt public, une communication d'informations peut être faite à des tiers en cours de procédure, mais à condition d'apparaître comme une nécessité, dictée par le droit de la surveillance. C'est dire que la pratique devrait rester restrictive et ne pas présenter de changements par rapport à celle de la CFB actuellement. La communication d'informations dans l'intérêt public ne concerne d'ailleurs pas véritablement le dénonciateur, et se prête donc mal à la prise en compte de sa situation particulière, qui n'est justement pas celle du public.

III. Les nouvelles perspectives – la motion Gysin et le mandat au Conseil fédéral

A. Le contenu du mandat législatif

[Rz 125] Les parlementaires Remo Gysin d'une part et Dick Marti d'autre part ont chacun récemment introduit une motion

visant à inscrire dans la loi la protection du *whistleblower*. En dépit des doutes émis par le Conseil fédéral, les Chambres ont adopté la motion Gysin, en précisant sa portée. Le mandat législatif donné au Conseil fédéral par le Parlement a reçu le contenu suivant⁸⁵ :

1. *Les conditions auxquelles des personnes qui révèlent dans l'entreprise des actes illicites – de corruption par exemple – dont elles ont eu connaissance (dénonciateurs ou « whistleblowers ») sont protégées contre des licenciements abusifs ou d'autres formes de discrimination, doivent être réglées explicitement dans le code des obligations (contrat de travail). Les dénonciateurs ne peuvent révéler les faits dont ils ont connaissance à l'opinion publique qu'en dernier recours.*
2. *Dans le même contexte, est à examiner si la sanction dans le droit en vigueur – indemnité jusqu'à six mois de salaire (art. 336a, al. 2, CO) – est suffisante pour prévenir de manière effective que l'employeur ne recoure à un licenciement abusif. Si cela n'est pas le cas, des sanctions plus sévères sont proposées.*
3. *Les dénonciateurs dont les rapports de travail relèvent du droit public doivent bénéficier d'une protection équivalente à ceux dont les rapports relèvent du droit privé. Le secret de fonction et les compétences cantonales sont à prendre en compte.*
4. *La question de l'obligation de communiquer à l'autorité compétente des soupçons concrets de commission d'un acte pénalement réprimé dont des employés de la Confédération ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction est à examiner.*

[Rz 126] La teneur de ce mandat législatif appelle de notre part un certain nombre de remarques. Celles qui suivent ne prétendent toutefois pas à l'exhaustivité.

B. Remarques

1. La modification du Code des obligations

[Rz 127] Premièrement, la tâche du législateur se limitera – pour l'heure – à une modification du Code des obligations.⁸⁶ Le champ de l'intervention du législateur est donc volontairement limité. Le droit suisse ne se dotera pas d'une véritable loi sur les dénonciations dans l'intérêt public, comme cela se rencontre dans les pays anglo-saxons⁸⁷. Il s'agit à ce stade,

⁸³ FF 2006 2829, Message du Conseil fédéral FF 2006 2741.

⁸⁴ La loi a été adoptée par les Chambres le 7 juin 2007 et devrait entrer en vigueur en 2009. La LAUFIN est avant tout un texte visant à réorganiser le système de la surveillance sans introduire de modifications substantielles des compétences des organes concernés (et regroupés). Cf. JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, La nouvelle loi fédérale sur la « FINMA », un compromis entre les attentes et la réalité, in *Annuaire 2006 de l'Association suisse du droit public de l'organisation*, p. 43 ss.; CHRISTIAN BOVET, De la CFB 2007 à la FINMA 20..., in CHRISTIAN BOVET / LUC THÉVENOZ (éd.), *Journée 2006 de droit bancaire et financier*, p. 197 ss.

⁸⁵ Texte remanié, proposé par le Conseil des Etats le 22 mars 2006, et adopté par le Conseil national le 22 juin 2007.

⁸⁶ Les chiffres 1 et 2 du mandat législatif l'indiquent expressément ; le chiffre 3, selon lequel les dénonciateurs soumis au droit public devront bénéficier de la même protection que ceux soumis au droit privé, ne fait que renforcer cette analyse.

⁸⁷ Ou encore comme le proposait la thèse de Z. LEDERGERBER (op. cit., note 1, p. 144 ss) – bien que nous ne puissions nous ranger à l'ensemble de ses suggestions de fond.

modestement, de définir dans le droit privé les conditions de la protection des *whistleblowers*, dans un premier temps, puis d'évaluer le régime de la sanction (civile) qui s'y attache.

[Rz 128] Il faut cependant se garder de voir là une limitation excessive du mandat législatif, qui conduirait à ne reconnaître que *pro forma* l'existence du dénonciateur et son intérêt à une protection légale. Au contraire, si les conditions de sa protection sont adéquatement définies, de manière à permettre à chacun de décider en pleine connaissance de cause quand, auprès de qui, sous quelle forme et pour quel(s) motif(s) une dénonciation est protégée, le dénonciateur potentiel sera en mesure de régler son comportement de manière appropriée. Il en va de même de l'employeur ou de toute personne concernée par la dénonciation et susceptible de prendre des mesures à l'encontre de son auteur. Enoncer clairement les conditions du *whistleblowing*, qui supposeront d'inévitables choix politiques, c'est en même temps encadrer son auteur dans une procédure qui devrait à elle seule permettre d'éviter en grande partie les effets pervers de la dénonciation.

[Rz 129] Actuellement, on s'accorde à penser que le régime du CO est largement insuffisant à protéger le dénonciateur (cf. ci-dessus, point I.B. 1. d.). Le droit du travail est essentiellement axé sur la sauvegarde des intérêts de l'employeur (art. 321 CO) ; les art. 336 et 328 CO n'offrent d'une part qu'une indemnité minime au dénonciateur en comparaison avec l'étendue réelle de son dommage et, d'autre part, ne s'appliquent qu'*a posteriori* – une fois que le mal est fait. Enfin, ces dispositions n'ont pas d'effet dissuasif manifeste.

[Rz 130] Au surplus, le dénonciateur n'a pas forcément ni uniquement la qualité de travailleur au sens des art. 319 ss CO. Un indépendant peut très bien se trouver dans une situation de dépendance économique ou de fait par rapport à la personne ou à l'entité qu'il dénonce. Certes, l'indépendant ne pourra pas être licencié, et difficilement harcelé. Les conséquences économiques peuvent cependant être graves pour lui, notamment dans la mesure où un certain nombre d'indépendants travaillant sur mandats sont *de facto* quasiment inféodés à un mandant déterminé. Il conviendrait que le législateur ne le perde pas de vue.

2. Le rôle du dénonciateur et sa protection

[Rz 131] Le Parlement est désormais conscient de l'importance du rôle du *whistleblower*, dans une certaine mesure à tout le moins ; le texte ci-dessus mentionne expressément les cas de corruption. Le souci de combattre la corruption est certes tout à fait légitime ; il est au centre de la conception du dénonciateur telle qu'elle se rencontre actuellement en Europe (hors les pays anglo-saxons, qui connaissent une notion plus étendue). Il n'est qu'à se référer aux titres des contributions sur le sujet, citées notamment à la note 1, ci-dessus, qui lient pour la plupart le *whistleblowing* à la lutte anti-corruption. Mais au-delà de la corruption, l'éventail des intérêts susceptibles d'être sauvegardés est beaucoup plus large. La dénonciation

peut être souhaitable dans tous les cas d'infractions sans victimes directes, susceptibles de porter plainte (atteintes à l'environnement, etc.). Plus généralement, le législateur serait bien inspiré de reconnaître le principe de la légitimité de la dénonciation chaque fois qu'un bien juridique protégé est susceptible d'être lésé.

[Rz 132] Cette orientation est révélatrice du caractère essentiellement «public» des intérêts en jeu, considérés comme susceptibles d'être protégés par la divulgation d'indices sérieux ou de soupçons concrets d'irrégularités. En Suisse en particulier, la pratique de la dénonciation dans le secteur privé, et visant à protéger d'autres biens juridiques que l'intérêt public, n'a pour l'heure pas soulevé un grand intérêt en faveur du *whistleblower* – exception faite de quelques affaires fort médiatisées en leur temps, mais demeurées sans suites au plan législatif. On pense entre autres aux affaires du type de celle de «Christoph Meili», «Stanley Adams», etc.⁸⁸ – ou plus récemment à l'affaire publiée aux ATF 127 III 310, où il a été jugé que le fait pour une employée d'EMS d'alerter les médias des mauvaises conditions de séjour des pensionnaires violait l'art. 321 CO.

[Rz 133] Parallèlement, les Chambres ont pris conscience de la nécessité de garantir une protection concrète au dénonciateur, dans la mesure où l'on souhaite qu'il puisse remplir effectivement son rôle. Ces deux aspects sont indissociables. La protection du donneur d'alarme revêt donc une double finalité : d'une part servir l'intérêt public à un régime d'alarme interne – notamment dans les cas d'infractions sans victimes directes – et d'autre part sauvegarder l'intérêt privé du dénonciateur ; l'un n'allant guère sans l'autre. Il en découle que le régime actuel n'est *a priori* pas jugé suffisant et c'est en effet l'avis soutenu ici. Il est heureux que le législateur fédéral ait pris en compte non seulement le licenciement du dénonciateur comme conséquence de sa divulgation, mais également d'autres formes de représailles, plus ou moins directes (harcèlement, surcharge de travail systématique, privation de promotions, marginalisation, incitations à démissionner, mauvais certificats de travail, etc.). Celles-ci sont nombreuses et ne proviennent pas toujours de l'employeur lui-même, mais aussi de collègues ou de «cadres intermédiaires», tels que des supérieurs hiérarchiques directs, notamment lorsque ces derniers sont directement concernés par les irrégularités divulguées. Ici aussi, il conviendra que le projet du Conseil fédéral en tienne compte, s'il ne veut pas passer à côté d'une partie importante du problème.

3. Les conditions de la dénonciation – l'exemple du droit britannique

[Rz 134] Le Conseil fédéral est invité à préciser quelles sont

⁸⁸ L'HEBDO du 19 octobre 2006 contient un rapide panorama des affaires qui ont marqué la presse suisse. Dans la plupart des cas, c'est bien la défense de l'intérêt public, sous une forme ou une autre, qui semblait motiver le dénonciateur.

les conditions auxquelles la divulgation peut avoir lieu tout en bénéficiant de la protection légale. Nous avons vu plus haut les raisons pour lesquelles il convient de circonscrire clairement les conditions de la dénonciation. Cela passe naturellement par une définition claire de la notion même de *dénonciateur*. Ce faisant, le Conseil fédéral sera bien inspiré de regarder du côté du droit britannique, et du *Public Interest Disclosure Act (PIDA) 1998* en particulier. Cet acte législatif a en effet le mérite considérable de définir très précisément les conditions de la divulgation à plusieurs égards.

[Rz 135] Constitue une «divulgation admissible», au sens du paragraphe 43B(1) de la loi britannique sur le travail,⁸⁹ celle qui contient des renseignements qui tendent à prouver, *selon la conviction raisonnable* qu'en a le divulgateur, que s'est produit ou se produira un acte criminel, un manquement à une obligation juridique, une erreur judiciaire, un danger pour la santé ou la sécurité d'une personne, un dommage à l'environnement, une dissimulation délibérée de renseignements tendant à démontrer l'existence de l'une ou l'autre des cinq situations susmentionnées. Il en découle que la divulgation doit être faite de *bonne foi* quant à la véracité de ses informations et *sans que le dénonciateur espère en tirer un avantage personnel* (par. 43C et 43G), à moins qu'il ne s'agisse pour le *whistleblower* potentiel d'une démarche visant à *obtenir un avis juridique* (par. 43D). Sur ce dernier point, le droit britannique a très bien vu le besoin du (futur) dénonciateur d'être clairement et complètement informé de ses droits et obligations, mais aussi des conséquences – souvent imprévues pour lui – que son acte peut engendrer. Une disposition telle que le paragraphe 43D ERA 1996 mérite à tous égards de trouver un écho dans les travaux parlementaires en cours en Suisse.⁹⁰ Par contre, nous sommes de l'avis que la condition de la bonne foi du *whistleblower* quant à l'existence des irrégularités qu'il dénonce devait être soigneusement distinguée de celle de l'absence d'avantage personnel à la dénonciation, et cette dernière exigence abandonnée. Le fait qu'un collaborateur dénonce une atteinte à l'environnement ou à la sécurité du public, pour prendre un exemple, nous paraît sans rapport avec l'existence éventuelle d'un conflit personnel entre le dénonciateur et son supérieur, si l'atteinte ou le risque d'atteinte est avéré. Au contraire, il est permis de croire que, souvent, c'est lorsque le climat interne de l'entreprise s'est d'ores et déjà dégradé entre les personnes concernées que la dénonciation sera faite.

⁸⁹ Employment Rights Act (ERA) 1996, dont les par. 43A ss ont été nouvellement introduits par le PIDA 1998 (par. 1).

⁹⁰ Ceci suppose que le dénonciateur se soit adressé à une personne (ou un organisme) qui n'est pas un avocat au barreau, car dans ce cas, le secret professionnel et le principe de la confidentialité de la relation avocat – client mettent en principe ce dernier à l'abri de fâcheuses conséquences. Il faut rappeler cependant que le fait de divulguer des informations couvertes par un éventuel secret (professionnel, bancaire ou d'affaires) à une personne elle-même tenue au secret n'en constitue pas moins une violation de celui-ci.

[Rz 136] Dans le même temps, le législateur suisse ne devra pas perdre de vue les critiques émises à l'égard du régime britannique.⁹¹ Définir avec précision les conditions de la dénonciation peut s'avérer un exercice périlleux. La problématique de la diffamation en offre un exemple frappant. S'il forme une dénonciation sans disposer des moyens de preuve adéquats (le *whistleblower* n'a souvent que des soupçons, ou ne peut utiliser certains documents déterminants couverts par le secret professionnel ou bancaire, etc.), le dénonciateur court très certainement le risque de se voir poursuivi pénalement. Cela montre à quel point une définition précise des conditions formelles et matérielles de l'admissibilité de la divulgation est nécessaire à garantir la protection du dénonciateur, au civil et au pénal. En particulier, pour éviter ce dernier écueil, il serait souhaitable de protéger par principe les dénonciations faites de bonne foi sur des soupçons raisonnablement fondés et étendre la protection du dénonciateur dans de tels cas à une forme d'immunité pénale (cf. ci-dessus, point I.B. 2. a. *in fine*).

4. Le principe de la proportionnalité

[Rz 137] Le principe de la divulgation graduelle («par échelons»), dégagé du principe de la proportionnalité par la doctrine et la jurisprudence,⁹² devrait désormais être inscrit dans la loi (annonce au public en dernier recours). Tout en reconnaissant le bien-fondé de cette solution, nous appelons le législateur à la prudence au regard de nombreuses difficultés rencontrées en pratique dans les Etats anglo-saxons connaissant déjà un régime de protection du dénonciateur privé.

[Rz 138] Le respect de la proportionnalité devrait précisément permettre d'éviter les inconvénients d'une application trop schématique du principe du «dernier recours», souvent contre-productive s'il devait conduire à obliger le *whistleblower* à toujours s'adresser à l'interne en premier lieu. La révélation des faits à l'opinion publique est expressément envisagée et réservée par le texte des Chambres. Ceci est un point crucial. L'expérience montre qu'on ne saurait guère concevoir de *whistleblower* interne exclusivement, sans courir le risque que ce dernier soit tout simplement muselé dans de nombreux cas. La faculté, sinon le droit, du dénonciateur de s'adresser en définitive au public (on pense notamment par le canal médiatique) devrait permettre non seulement à ce dernier de se faire entendre si d'aventure son cri d'alarme ne devait pas être suivi d'effets au sein de l'entreprise, mais

⁹¹ En particulier DAVID LEWIS, Whistleblowing and the Law of Defamation : Time for statutory Privilege?, Web Journal of Current Legal Issues 3/2005 (<http://webjcli.ncl.ac.uk/2005/issue3/rwf/lewis3.rtf>). Différents aspects critiques de la PIDA sont présentés chez C. JAÏCO CARRANZA / S. MICOTTI, (op. cit., note 26), p. 984 s., 991 et passim. Le PIDA 1998 était sans doute trop récent pour que la thèse de Z. LEDERGERBER, op. cit. (note 1), qui présente en détails le système britannique, pût en tenir compte. Il convient aujourd'hui de se montrer plus nuancé.

⁹² ATF 127 III 310.

devrait également concourir à renforcer préventivement la protection du *whistleblower* – et de l'intérêt public, puisque c'est censément dans cet objectif qu'agit le dénonciateur.

[Rz 139] Il nous est permis de croire que, dans un certain nombre de cas du moins, l'employeur renoncera à prendre des mesures de représailles contre le dénonciateur s'il sait que ce dernier peut, à certaines conditions, en appeler licitement à l'opinion publique. La situation actuelle, qui n'exclut pas ce principe, sans pourtant en avoir encore fait application (à notre connaissance du moins, il n'existe pas d'arrêt le consacrant dans un cas d'espèce), y gagnera en clarté et prévisibilité, pour toutes les parties. Il ne faut au surplus pas sous-estimer l'influence psychologique du texte légal sur le citoyen, qu'il soit employé ou employeur.

[Rz 140] Concrètement, il faudra que le dénonciateur (potentiel) soit à même de savoir dans quelles circonstances et à quelles conditions il lui est possible de passer «à l'échelon supérieur». Doit-il se heurter à un refus de recevoir sa plainte, à une fin de non-recevoir ? Combien de temps doit-il attendre une réaction au premier échelon, avant de passer outre ? Que doit-il considérer comme une réaction appropriée ? Quelle réaction doit-il adopter en cas de péril en la demeure ? Il est bien évident que la jurisprudence sera, quoi qu'il en soit, amenée à préciser de cas en cas les contours des réponses à apporter à ces questions. Il appartient toutefois au législateur de poser un cadre clair.

[Rz 141] Sur ce point encore, un regard – critique – vers le droit britannique s'impose. En vertu du PIDA 1998, et de son texte d'application, le *Public Interest Disclosure Order 1999*, la divulgation des faits directement à un échelon supérieur ou extérieur à l'entreprise est possible, à certaines conditions (sorte de divulgation «sautante»). L'auteur de la divulgation sautante devra être raisonnablement convaincu qu'il s'exposerait à des représailles de la part de son employeur, s'il s'adressait à l'interne ; ou, si aucune personne ni organisme n'a été désigné en rapport avec l'irrégularité à signaler (compliance office, ombudsman, etc.), le *whistleblower* doit être raisonnablement convaincu que la divulgation à l'employeur risque d'entraîner la destruction ou la dissimulation des éléments probants.⁹³ Enfin, lorsque l'irrégularité concerne le domaine de la santé et de la sécurité ou de l'environnement, le dénonciateur est autorisé par principe à s'adresser directement à un membre d'une autorité compétente en la matière. Le système retenu plus récemment par le législateur japonais s'y apparente, en instituant une procédure complexe de

dénonciation/divulgation à plusieurs niveaux.⁹⁴ Sans entrer dans le détail, ce système apparaît de prime abord un peu trop lourd, peu maniable pour le *whistleblower*, qui n'est pas toujours assisté d'un homme de loi.

[Rz 142] D'une manière générale, les solutions retenues en Grande-Bretagne constituent une manière particulièrement nuancée et pratique de mettre en œuvre le principe de la proportionnalité. Il restera au législateur suisse de prendre, s'il va dans la direction souhaitée ici, les mesures nécessaires à l'aménagement judicieux de la question de la *preuve* du risque de représailles ou de la destruction des éléments clés, en ne soumettant pas celle-ci à un standard trop élevé pour ne pas rendre la «dénonciation sautante» totalement illusoire.

[Rz 143] Au surplus, le principe de la proportionnalité est étroitement lié à la question de la confidentialité, dont il sera question plus bas (cf. point III. B. 7. c.).

5. La nature et le régime de la sanction

[Rz 144] Corollaire indispensable d'une protection efficace du *whistleblower*, un régime de sanction doit être mis en place. Notre cinquième remarque concerne son aménagement. Les Chambres ont – à juste titre – considéré que la sanction que connaît le droit actuel (l'indemnité d'un maximum de six mois de salaire, prévue par l'art. 336a al. 2 CO) pourrait ne pas être nécessairement suffisante. Nous sommes convaincus qu'elle ne l'est en réalité pas du tout, mais demeure essentiellement symbolique. Le Conseil fédéral a ainsi reçu le mandat de proposer des sanctions «plus sévères».

[Rz 145] Il a été relevé que la sanction attachée à l'art. 336a CO (le versement de l'équivalent de six mois de salaire) revêt un double aspect, soit réparateur d'une part, et punitif d'autre part – ce qui viendrait justifier le caractère forfaitaire du montant, certes modulable par le juge en fonction des circonstances, mais non calculé sur la seule base du dommage invoqué.

[Rz 146] Cela étant posé, il importe de relever essentiellement trois points.

a. Encadrer ou punir ? – Le caractère dissuasif de la sanction

[Rz 147] D'abord, l'avis soutenu ici est favorable à un encadrement du dénonciateur plus encore qu'à un arsenal de sanctions contre l'employeur. Sans doute, le droit britannique prévoit-il un régime d'indemnité civile que les juridictions du travail pourront allouer en équité sans limites vers le haut ; et le droit états-unien instaure également à certaines conditions des sanctions pénales.⁹⁵ Toutefois, il est permis de douter de

⁹³ De plus, le *whistleblower* devra dans ces cas avoir préalablement divulgué une bonne partie de cette même information à son employeur ou à une personne ou un organisme désigné. Nous ne sommes pas convaincus du bien-fondé de cette cautèle du législateur du Royaume-Uni qui complique la procédure et met le dénonciateur dans une position très inconfortable, celui-ci devant décider quels sont les éléments qu'il garde « au chaud » pour l'instance supérieure.

⁹⁴ Loi n° 122 du 18 juin 2006, Whistle-Blower Protection Act, Kouektiiuhousya-Hogo-Ho.

⁹⁵ Notamment en cas de non respect de l'obligation faite à l'employeur de prévoir un système de dénonciation interne efficace.

l'efficacité réelle (et surtout préventive) d'un système qui reposerait uniquement sur un régime de sanctions *a posteriori*. Seule une indemnisation beaucoup plus importante⁹⁶ serait susceptible d'avoir le cas échéant un caractère dissuasif pour l'employeur, et donc un effet protecteur du *whistleblower*.⁹⁷

b. La réparation du dommage

[Rz 148] S'agissant du *dommage* que peut dans certains cas subir le dénonciateur, il paraît évident qu'il est bien plus important qu'une simple perte salariale momentanée (six mois au maximum, art. 336a CO). Il est renvoyé aux développements qui précèdent, sous point I.B. 1. d. Quant à l'indemnité allouée au dénonciateur qui, une fois licencié, ne retrouvera à vues humaines plus d'emploi dans sa branche d'activité, au vu de sa réputation de «traître», on voit bien les raisons pour lesquelles elle apparaît dérisoire.⁹⁸ Il n'y a qu'à mentionner le fait que le certificat de travail, même susceptible d'être corrigé par décision judiciaire, demeure notamment un obstacle à l'avenir de l'ex-employé.

[Rz 149] Inévitablement, donc, une indemnisation plus importante du *whistleblower* lésé (assumant un caractère de sanction) passerait par l'introduction d'un barème plus ou moins forfaitaire de pénalités. Plusieurs problèmes ne seraient pas écartés pour autant. Le versement d'un même montant au dénonciateur n'aurait manifestement pas le même effet selon la taille de l'employeur, par exemple ; or, l'allocation d'un montant différencié s'avérerait fort épineuse, tant dans les critères à mettre en œuvre pour sa détermination que par le fait que le dénonciateur, qui subit les mêmes conséquences négatives attachées à son acte d'alarme, serait dédommagé différemment selon la taille ou les moyens financiers de son employeur.

[Rz 150] Une autre faiblesse manifeste de l'art. 336a CO est d'exclure – sauf en cas d'exceptionnelle gravité – l'invocation cumulative d'autres chefs de responsabilité de l'employeur (art. 328 ou art. 49 CO, etc.). Or, rien ne justifie que tel soit le cas dès lors que le futur régime de protection du dénonciateur ne devrait plus se fonder uniquement sur la réparation du dommage découlant du licenciement supposé abusif, mais

s'étendre à toute conséquence en lien de causalité avec un cas de dénonciation licite.

c. L'introduction de sanctions pénales ?

[Rz 151] Pour ce qui est d'un régime de *sanctions pénales* contre l'employeur, personne physique ou morale, en dépit d'un effet dissuasif indubitablement renforcé, il ne résoudrait pas la question. Outre que ce serait là l'introduction d'un corps étranger dans le droit suisse, qui par tradition s'y refuserait, le recours au juge pénal n'offrirait toujours qu'un mode de réaction *a posteriori*. D'ailleurs, l'arsenal pénal suisse actuel permet déjà aux autorités de répression d'intervenir dans un deuxième temps lorsque l'activité de l'employeur comporte un aspect pénal.

[Rz 152] Une *procédure* accompagnant le dénonciateur «dès ses premiers pas» nous paraîtrait devoir être préférée. Elle aurait l'avantage d'encadrer la divulgation des faits constitutifs d'irrégularités (ou supposés tels) en amont de toute mesure de représailles, voire en amont de la divulgation elle-même, et de constituer en même temps un garde-fou nécessaire à la réputation des entreprises. On l'aura compris, l'avis exprimé dans le présent article se rallie à l'adage « mieux vaut prévenir que guérir ».

6. Les collaborateurs de l'Etat

[Rz 153] Les chiffres 3 et 4 du mandat législatif se rapportent aux collaborateurs de l'Etat, soit en premier lieu aux employés de la Confédération – les compétences cantonales étant nécessairement réservées. Le législateur a bien vu que le problème qui se pose sans le secteur privé n'épargne pas le secteur public. La formulation du texte est symptomatique à cet égard : une « protection équivalente » doit être assurée aux collaborateurs de l'Etat (ch. 3).

[Rz 154] Formellement, une modification du Code des obligations se prête mal à l'introduction d'une réglementation dans le secteur public. Certes, la LPers renvoie, pour les aspects qu'elle ne règle pas explicitement, aux dispositions du CO, qui s'appliquent alors à titre de droit public supplétif. Toutefois, non seulement il ne peut pas être question d'intégrer au CO une obligation générale de dénoncer (qui ne vaudrait du reste que lorsque le CO s'appliquerait à titre de droit public supplétif), mais de manière générale, un point aussi crucial que la notion même de *whistleblowing* (notamment en ce qui concerne la circonscription des conditions personnelles, matérielles et temporelles de la licéité de la divulgation, et le mécanisme de protection du dénonciateur) en matière de droit de la fonction publique ne saurait faire simplement l'objet d'un simple renvoi général au CO.

[Rz 155] Sur l'obligation de dénoncer des irrégularités susceptibles d'être pénalement sanctionnées, le statut du collaborateur de l'Etat se distingue de celui du *whistleblower* actif dans le secteur privé. En effet, il n'existe pas dans ce dernier domaine d'obligation de dénoncer pesant directement sur

⁹⁶ La législation britannique ne plafonne pas l'indemnisation, mais laisse le tribunal prononcer en équité (ERA 1996, par. 124 et 128).

⁹⁷ Il est admis que l'indemnité de l'art. 336a CO poursuit une double finalité, punitive et réparatrice, se distinguant des dommages-intérêts classiques en ce que le travailleur n'a pas à démontrer son dommage. Elle s'apparente dès lors à une peine conventionnelle. Cependant, dans la plupart des cas, cette indemnité reste purement symbolique, le maximum étant fixé à six mois de salaire. Un régime optant plus clairement pour une introduction de la notion anglo-saxonne de *punitive damages* pourrait être envisagé.

⁹⁸ La suggestion de DAVID LEWIS (Five years of the Public Interest Disclosure Act in the UK : are whistleblowers adequately protected ?, Web Journal of Current Legal Issues, 5/2004, <http://webjcli.ncl.ac.uk/2004/issue5/dlewis5.html>), selon laquelle le *whistleblower* devrait pouvoir invoquer en justice un grief tiré de la discrimination à l'embauche du fait de son étiquette, sur le modèle du régime qui prévaut en matière de discrimination à l'embauche en raison du sexe, ne nous paraît ni réaliste ni souhaitable.

tout un chacun. Seule la position de garant (Garantenstellung) pourrait, de cas en cas, fonder une telle obligation. Par ailleurs, le dénonciateur du secteur privé peut être indirectement sujet à une obligation de donner l'alarme lorsque, par sa passivité, il courrait le risque de se voir accuser de complicité d'actes constitutifs d'infractions pénales, qu'il a découverts dans son activité – et auxquels il a peut-être été conduit à participer, en vertu du pouvoir d'instructions (Weisungsrecht) de son employeur. La position de l'employé de l'Etat, qui se trouve dans un rapport particulier avec la collectivité, entraîne la faculté pour le législateur de lui imposer une obligation générale de dénoncer, dans les cas que la loi énumérera. A l'inverse, le collaborateur de l'Etat est soumis au principe général régissant l'activité de l'administration, le secret de fonction.⁹⁹

[Rz 156] Nous avons vu plus haut (ci-dessus, point I.A. 3. b. cc.) que les cantons connaissent parfois un tel devoir de dénonciation, limité à l'annonce d'infractions à caractère pénal, et qu'un devoir de dénoncer de tels faits peut par contre se déduire du devoir de fidélité général du fonctionnaire.

[Rz 157] Le législateur fédéral sera bien inspiré de tenir compte des règles existant au plan cantonal et de leur mise en œuvre ainsi que de l'efficacité des régimes respectifs. Il n'est pas ici le lieu de se livrer à une telle étude comparative ; nul doute cependant que la législation fédérale en préparation y gagnera en pertinence.

7. Confidentialité plutôt qu'anonymat

a. Principales faiblesses de la dénonciation anonyme

[Rz 158] L'anonymat du dénonciateur est consacré, aux Etats-Unis, par le *Sarbanes-Oxley Act 2002 (SOx)*, qui impose aux sociétés concernées d'introduire une telle procédure pour les dénonciations internes¹⁰⁰. Cette procédure a la faiblesse d'ouvrir la porte à toute sorte de dénonciations irréfléchies ou de pure chicane, voire de dénonciations calomnieuses – du moins c'est l'impression qu'elle donne d'emblée.¹⁰¹ De manière générale, la procédure de dénonciation ou alarme anonyme dessert clairement l'image – et partant la crédibilité – du *whistleblower*.

[Rz 159] De plus, le dénonciateur doit, dans notre esprit, avoir

mûrement réfléchi son choix avant de lancer l'alarme. Il convient de le responsabiliser aux conséquences tant pour lui que pour l'employeur – ou la personne dénoncée. Pour cela, il importe que le cadre légal soit suffisamment précis pour lui permettre de se déterminer en connaissance de cause et avec une prévisibilité suffisante des suites de son acte, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'anonymat.¹⁰²

[Rz 160] Dans le même temps, la personne visée par une dénonciation a le droit de savoir par qui elle est mise en cause, ne serait-ce que pour pouvoir présenter ses arguments. En cas d'enquête sur les irrégularités révélées, qu'elle se déroule à l'interne ou sur l'intervention d'une autorité ou tout autre organisme étranger à l'entreprise visée, il ne faut pas perdre de vue que dans de nombreux cas, sinon toujours, la source de l'alarme sera directement ou indirectement dévoilée. Une procédure n'est donc vraiment anonyme qu'à son début. Enfin, nous l'avons déjà relevé en traitant du système de *compliance office* interne à l'employeur, la dénonciation anonyme peut être classée sans suites sans que son auteur n'ait le moyen de s'y opposer. D'une part, il ne pourra plus garder son anonymat s'il intervient, mais surtout, il n'aura guère la faculté de démontrer que la dite dénonciation a bel et bien été formulée (par lui). Plus grave encore, si l'employeur ne réagit pas, le dénonciateur anonyme se verra privé du moyen d'établir ce fait, s'il est amené à justifier les raisons qui l'auront conduit à donner l'alarme à un échelon supérieur (cf. ci-dessus).

b. Le régime de la confidentialité de la dénonciation

[Rz 161] Le régime de la confidentialité évite les écueils susmentionnés, tout en assurant au *whistleblower* un meilleur niveau de protection – sans être toutefois totale, bien entendu.

[Rz 162]] Au stade de la dénonciation interne, il n'est pas aisé d'assurer une procédure parfaitement confidentielle, tout en garantissant son efficacité. Le service de dénonciation (compliance office, ou autre) connaîtra forcément l'identité du dénonciateur. Que celle-ci reste confidentielle à l'égard tant de la direction que des personnes visées fait cependant problème. Plus encore, on ne voit guère quels seront concrètement les moyens du dénonciateur de résister à ce que son identité soit dévoilée, ou de se plaindre d'une violation de la confidentialité à l'interne, ou enfin d'obtenir réparation de ce fait. Même en contraignant les employeurs à introduire dans leur réglementation interne une procédure de ce type, qui satisfasse à ces divers éléments, il nous semble illusoire d'espérer en contrôler l'application concrète. En confier le soin aux tribunaux supposerait que le *whistleblower* assignât

⁹⁹ Le secret de fonction n'est pas toujours inscrit dans la loi (l'art. 22 LPers le mentionne, sans en définir la notion ni les contours), mais il découle en tout cas du devoir général de fidélité. Cf. THIERRY TANQUEREL, Le secret de fonction, in THIERRY TANQUEREL / FRANÇOIS BELLANGER (éd.), L'administration transparente, 2002, p. 43 ss, 48. En droit cantonal, à titre d'exemple, l'art. 9A de la loi genevoise relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux (LPAC, RS/GE B 5 05) impose le secret de fonction à tous les membres de la fonction publique, et rappelle que sa violation tombe sous le coup de l'art. 320 CP.

¹⁰⁰ Cf. note 7 ci-dessus.

¹⁰¹ Il n'existe pas, à notre connaissance, d'étude permettant de savoir si tel est le cas en pratique, et dans quelle mesure le cas échéant.

¹⁰² Le législateur genevois a du reste résolument opté pour un régime bannissant la dénonciation anonyme aux autorités. La loi de procédure administrative genevoise (LPA/GE, RS/GE E 5 10) contient ainsi depuis le 4 avril 2006 un nouvel art. 10A, libellé comme suit : « Toute personne peut porter à la connaissance des autorités des faits susceptibles d'entraîner l'ouverture d'une procédure administrative. Toutefois, l'autorité ne donne aucune suite aux dénonciations anonymes. » Il reste difficile de déterminer quels seront les effets concrets d'une telle disposition.

son employeur pour violation de la procédure de dénonciation avant même d'en connaître l'issue – ou qu'il en attendît les conséquences néfastes, pour se voir éventuellement reprocher d'avoir tardé à agir.

[Rz 163] Ces quelques réflexions, non exhaustives, nous permettent de croire que la confidentialité (et ses avantages) ne sera assurée que dans la mesure où le dénonciateur est habilité à s'adresser à un organe extérieur et indépendant de l'organigramme de l'employeur. Bien entendu, en cas de dénonciation « par échelons », soit d'abord à l'interne, puis seulement dans un deuxième temps et en l'absence de résultats, à l'externe (principe de proportionnalité), la confidentialité promise par l'organisme externe ne sera plus qu'un vain mot.

c. Le lien avec le principe de la proportionnalité

[Rz 164] Concilier le principe de la proportionnalité (« échelons ») avec celui de la confidentialité est un exercice périlleux. Il doit cependant être tenté, étant évident qu'il ne peut être question d'abandonner l'un au profit de l'autre. Privé de l'un de ces deux éléments clés, le régime de protection du *whistleblowing* serait incapable de fonctionner.

[Rz 165] Or, il faut rappeler que la notion de *whistleblowing* n'est pas totalement inconnue du secteur public fédéral. Nous avons vu ci-dessus le régime de dénonciation mis en place par le Contrôle fédéral des finances. Nul doute que l'expérience que le CDF aura acquise en la matière, jusqu'à l'élaboration d'un projet de loi fédérale, enrichira utilement ce dernier. La particularité est ici de prévoir une voie de dénonciation directement à une autorité, par ailleurs compétente pour enquêter dans le domaine concerné. Il est ainsi permis de penser que, dans les domaines où il existe déjà une autorité disposant d'un pouvoir de contrôle ou d'enquête, il serait possible d'instaurer une voie formalisée de dénonciation confidentielle et de renforcer la position du dénonciateur (en lui reconnaissant la qualité de partie, au moins dans une certaine mesure). Il n'est en effet peut-être pas possible ni souhaitable de prévoir une seule et même procédure de dénonciation (et de protection du dénonciateur) valable indistinctement pour tous les domaines d'activités, par essence infiniment variés.

[Rz 166] Les objections à la thèse qui précède sont cependant nombreuses – et légitimes. Signalons-en quelques-unes. La multiplication des procédures implique un risque d'éclatement des conditions de la dénonciation licite, voire de la notion même de dénonciateur, qui serait préjudiciable à la protection de l'intéressé. D'inévitables difficultés surgiront aussi en relation avec le choix, de cas en cas, de l'autorité et de la voie à suivre, en particulier lorsque les irrégularités en cause concernent potentiellement plusieurs domaines. Pire encore, que devrait faire l'employé hésitant entre un cas de dénonciation interne préalable et un cas de dénonciation externe directe ?

IV. Conclusion

[Rz 167] Le droit suisse positif méconnaît la notion même de *whistleblowing*, héritée il est vrai du monde anglo-saxon. Ce nonobstant, il s'agit d'une réalité qui ne peut ni ne doit être évacuée du discours juridique. En effet, le *whistleblower* potentiel ou avéré souffre d'une absence cruelle et flagrante de protection – alors même que l'utilité, sinon la nécessité de son fonction est maintenant largement admise. Il faut saluer la prise de conscience du Parlement, qui se traduit par son entrée en matière sur les motions qui lui ont récemment été soumises. Une intervention du législateur paraît effectivement d'autant plus nécessaire que le *whistleblowing* «sauvage» n'est pas dénué d'effet moins souhaitables, voire néfastes.

[Rz 168] C'est donc bel et bien d'une réglementation claire plus encore que d'un régime de protection dont le secteur privé et public a besoin. Il nous d'ailleurs est permis de croire que l'un entraîne l'autre. Au vu des problèmes discutés plus haut, et sans prétendre à l'exhaustivité, il est possible de formuler les propositions suivantes :

1. La notion et les conditions d'une dénonciation légitime et protégée d'irrégularités doivent être définies avec précision. Il s'agit de donner au dénonciateur un cadre légal clair lui permettant de prendre sa décision. Celui-ci deviendrait alors un véritable « auxiliaire de la justice »¹⁰³. Une fois posé, ce cadre légal devrait faire l'objet d'une large diffusion parmi les milieux concernés.
2. En cas de crainte de représailles, la dénonciation devrait être possible à un organe externe (FINMA, ombudsmann), tant pour des motifs de confidentialité que d'indépendance dans le traitement de la dénonciation (régime de « dénonciation sautante »). L'anonymat ne devrait pas être retenu.
3. L'organe recevant les dénonciations devrait avoir un véritable pouvoir d'investigation ; il serait habilité entre autres à saisir le juge pénal, sans que cela ne puisse entraîner ni justifier aucune conséquence négative pour le *whistleblower*, qui doit alors jouir d'une immunité – à tout le moins temporaire (chiffre 5).
4. La qualité de partie dans la procédure administrative qui s'ensuit (devant l'autorité traitant la dénonciation) serait reconnue au dénonciateur pour lui permettre de sauvegarder ses droits tant au niveau civil que pénal s'il se trouve en litige avec son employeur ou la personne dénoncée.
5. Toute poursuite pénale à l'encontre du *whistleblower* devrait être suspendue jusqu'à l'issue de l'investigation

¹⁰³ Selon l'expression adoptée par le Professeur NICOLAS QUÉLOZ. A notre avis, le *whistleblower* remplit une fonction d'intérêt public et mérite d'avoir un statut protégé.

menée par l'organe sous chiffre 2. La possibilité doit être donnée au dénonciateur d'agir de manière libre et sans aucune contrainte. A l'issue de cette enquête, il sera en principe en mesure de faire la preuve de la vérité (art. 173 ch. 2 CP). Cette preuve doit être considérée comme fournie déjà lorsque le dénonciateur peut démontrer qu'il avait des raisons suffisantes de croire à une irrégularité, même si celle-ci n'est en fin de compte pas avérée¹⁰⁴.

6. En cas de demande d'indemnité aux prud'hommes, en plus d'un montant de base de six mois de salaire, une indemnité pour tort moral et une indemnité pour atteinte à l'avenir économique devraient être envisagées cumulativement, cette dernière étant fixée sur la base des possibilités pour l'employé de se réinsérer dans le marché du travail compte tenu de son âge, sa formation, son milieu professionnel ou la position occupée précédemment. L'indemnité pourrait revêtir un véritable caractère de « *punitive damages* ».
7. Dans cette même logique, il conviendrait d'allouer des dépens au dénonciateur, compte tenu du fait que la complexité des affaires ne permet plus de justifier la fiction selon laquelle le plaideur est censé agir seul devant les prud'hommes (Genève).

Carlos Jaïco Carranza, cand. dr. iur., MBA, Fribourg Sébastien Micotti, avocat, Genève

Les opinions soutenues dans le présent article n'engagent que leurs auteurs. Une présentation générale des problèmes liés au whistleblowing, et mettant l'accent sur le droit comparé et la critique du droit du travail suisse, a été publiée par les mêmes auteurs in PJA 8/2007, p. 981 ss, sous le titre Whistleblowing, Problèmes et perspectives.

* * *

¹⁰⁴ Encore une fois, nous sommes convaincus qu'il ne doit pas appartenir au dénonciateur de se muer en détective.