

00.000

**Révision partielle du code des obligations (protection en cas
de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)**

Rapport explicatif relatif à avant-projet

du ...

1 Présentation de l'objet

1.1 Contexte

1.1.1 Problématique

Le signalement de faits répréhensibles constatés sur le lieu de travail engendre plusieurs conflits d'intérêts. Au niveau de l'organisation concernée tout d'abord: la bonne marche de l'organisation, ainsi que l'éthique, commandent que ces faits soient révélés. La discrétion est en même temps un devoir bien établi dans les rapports de travail. Ces faits peuvent discréditer des collègues, des supérieurs ou l'employeur lui-même.

Au-delà de l'organisation concernée, les intérêts de la collectivité s'opposent à ceux de l'employeur. En effet, si l'intérêt public est en jeu, la révélation aux autorités ou au public sert les intérêts de la collectivité, mais nuit à l'organisation, qui subit une atteinte à sa réputation. Ce conflit se retrouve dans l'ordre juridique. L'intérêt à la révélation se heurte en effet à diverses obligations légales qui protègent l'organisation concernée et les particuliers (devoir de fidélité dans le secteur privé ou la fonction publique, secret commercial, secret bancaire).

Le signalement n'est également, en lui-même, pas toujours positif. S'il est trop encouragé, il risque de favoriser des dénonciations abusives et la délation, qui n'ont d'autre but que de nuire à autrui.

Ces problèmes sont connus des organisations et des solutions volontaires existent déjà. En effet, dans les entreprises privées comme dans les organismes publics, la mise en place d'un système de contrôle interne, qui vise notamment à vérifier que les activités de l'entreprise sont conformes au droit¹, est un principe de bonne gouvernance aujourd'hui bien établi². La communication de faits répréhensibles par les salariés est également admise comme un moyen de découvrir des actes non conformes aux règles. Des procédures internes ont été développées à cet égard pour éviter les conflits potentiels. Un service interne - voire externe - qui reçoit directement les signalements peut ainsi être désigné et une procédure de traitement du cas signalé définie. Ces procédures internes sont aujourd'hui en place dans un certain nombre d'entreprises et d'autres organisations.³ Elles remédient aux inconvénients liés à la voie hiérarchique, si par exemple le supérieur du salarié est concerné par le signalement. Les intérêts de la personne qui dénonce les faits et ceux de l'auteur présumé d'actes répréhensibles peuvent aussi être garantis.

¹ Cette tâche est couramment désignée par l'anglicisme *compliance*.

² Voir par exemple, le «Code suisse de bonne pratique pour le gouvernement d'entreprise», juillet 2002 et 2007, ch. 19 et 20 et l'art. 39 de la loi fédérale du 7 octobre 2005 sur les finances de la Confédération (LFC; RS 611.0).

³ Le personnel de la Confédération par exemple peut s'adresser au Contrôle fédéral des finances. Selon une étude datant de 2005, 42% des plus grandes entreprises suisses ont institué une procédure de whistleblowing (KPMG et Institut für Rechnungswesen und Controlling de l'Université de Zurich, Le contrôle interne dans la pratique suisse actuelle, p. 55, http://www.kpmg.ch/library/publikationen_studien/fr/13218.asp). La SWX Swiss Exchange s'est également récemment dotée d'une «plateforme d'information et d'annonce» (Communiqué de presse du 28.8.2008).

Ces mesures volontaires n'éliminent toutefois pas tous les problèmes. Que ce soit dans le secteur privé ou public, les conflits potentiels ne se résolvent pas toujours de manière adéquate. Le salarié qui signale un fait répréhensible peut être confronté à l'hostilité de son entourage et met en jeu sa carrière professionnelle. Il risque d'être licencié ou de subir d'autres sanctions sur le plan professionnel, ou même d'être poursuivi pénalement. Plusieurs exemples en témoignent, dont certains sont devenus célèbres.⁴ Ces situations montrent que le salarié est confronté à des questions délicates et à un choix difficile. Il ne trouvera ainsi pas toujours une solution adéquate à l'intérieur de l'organisation. Toutes n'ont pas institué de service compétent ou de procédure de signalement, ne laissant au salarié que l'option de la voie hiérarchique. Les faits visés peuvent concerner directement son employeur, rendant le recours à un service interne risqué. Le salarié ne sera par ailleurs souvent pas sûr qu'un acte illicite a été commis, soit parce qu'il n'a que des soupçons, soit parce qu'il n'est pas certain que les faits qu'il a constatés sont répréhensibles. Peut-il alors révéler le fait constaté ou doit-il se taire? En cas de signalement, doit-il recourir aux procédures internes à l'organisation, avec les risques que cela comporte, ou alerter les autorités ou le public?

1.1.2 Motion Gysin (03.3212) Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption

M. le Conseiller national Remo Gysin a déposé la motion le 7 mai 2003. Le 13 juin 2005, le Conseil national donne suite à la motion. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats, dans son rapport du 21 février 2006, propose une version amendée de la motion. Cette nouvelle version précise le mandat législatif donné au Conseil fédéral en fixant notamment un cadre aux modifications législatives éventuelles. Le Conseil des Etats l'adopte également le 22 mars 2006 et le Conseil national y adhère le 22 juin 2007.

Dans sa réponse du 10 septembre 2003, le Conseil fédéral a tout d'abord proposé le rejet de la motion. Il reconnaissait l'existence du problème et la gravité du phénomène de la corruption. Mais un renforcement de la protection contre les licenciements, et notamment leur nullité, aurait entraîné une réforme trop fondamentale du droit suisse du travail et aurait porté une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle. Le droit actuel offre par ailleurs, de l'avis alors exprimé par le Conseil fédéral, une protection adéquate dans ces cas. Dans un deuxième temps, le 10 mars 2006, le Conseil fédéral s'est rallié à la motion dans sa version modifiée.

⁴ Les cas suivants ont par exemple donné lieu à des licenciements ou des poursuites pénales: en 1967, les soupçons de vol et d'infractions au code de la route sanctionnées avec complaisance dans la police zurichoise (ATF 94 IV 68; L'Hebdo, 19 octobre 2006); en 1992, deux fonctionnaires révèlent un cas de corruption lié au traitement des boues d'épuration de la ville de Zurich (L'Hebdo, 19 octobre 2006; voir ATF 129 III 320); en 1997, Christoph Meili sauve des documents en rapport avec les fonds en déshérence et les rend publics (voir par exemple, La Liberté, 11 novembre 2006, p. 3); plus récemment, la révélation de la présence d'amiante par des temporaires (Beobachter, 1.9.2006, p. 26), de fausses dates de péremption de produits alimentaires (L'Hebdo, 19 octobre 2006), d'une campagne d'un office fédéral contre une initiative populaire (NZZ am Sonntag, 20.8.2006) ou de la présence de fichiers pédophiles (Le Temps, 9 juillet 2008). La problématique se retrouve dans la gestion des comportements parfois illicites de la clientèle des hôtels qui peuvent être remarqués par des employés (Le Temps, 22 juillet 2008). Les célèbres cas de signalements en relation avec les falsifications comptables des sociétés Enron et Worldcom n'ont pas donné lieu à des licenciements mais à des réactions hostiles dans l'entreprise (Time, 22 décembre 2002).

La motion Gysin demandait dans sa version d'origine une protection efficace contre les licenciements injustifiés et autres discriminations à tous les «whistleblowers» (dénonciateurs). Ceux-ci sont définis comme les personnes qui informent leur employeur ou l'opinion publique d'un cas de corruption ou d'un acte illicite qu'ils ont découverts sur leur lieu de travail. La version définitive adoptée par le Parlement précise le mandat législatif. Elle comporte quatre points. Le premier demande que les conditions de la protection des personnes qui révèlent des actes illicites soient explicitement réglées dans le code des obligations. L'opinion publique ne doit être alertée qu'en dernier recours. Le second demande que l'indemnité maximale de 6 mois de salaire prévue à l'art. 336a, al. 2, CO soit examinée et des sanctions plus sévères proposées si elle ne constitue pas une protection effective contre un licenciement abusif. Le troisième demande qu'une protection équivalente soit prévue pour les rapports de travail de droit public. Le quatrième enfin demande l'examen de l'obligation de dénoncer des infractions pénales pour les employés de la Confédération.

L'interpellation Gysin Remo (02.3763) Lutte contre la corruption en Suisse (plus particulièrement le ch. 3) et la motion Marty (03.3344) Mesures de protection des «whistleblowers», du 19 juin 2003, transmises comme postulat par le Conseil des Etats le 2 octobre 2003 sont également à mentionner dans ce contexte.

1.1.3 Droit en vigueur

Une loi spéciale réglant tous les aspects du signalement n'existe pas en droit suisse. Le droit en vigueur apporte cependant des réponses aux problèmes qui se posent en la matière. Les règles pertinentes relèvent de domaines juridiques variés (droit du travail, droit pénal, protection des données). Elles visent spécifiquement le signalement de faits répréhensibles (obligations de dénoncer) ou sont plus générales et nécessitent d'être concrétisées (obligation de fidélité du travailleur). Les normes existantes peuvent être réparties selon trois buts réglementaires principaux: régler les procédures internes de signalement, régler l'obligation ou le droit de signaler et protéger la personne qui signale d'éventuelles mesures de représailles.

1.1.3.1 Procédures internes de signalement

Obligation d'instaurer une procédure interne

En droit des sociétés, l'existence d'un système de contrôle interne doit être vérifiée et prise en compte par l'organe de révision (art. 728a, al. 1, ch. 3, et 2, CO). La mise en place d'une procédure interne de signalement n'est pas exigée. Une telle obligation n'est également pas la règle dans le secteur public. Il n'y a donc pas d'équivalent à la disposition introduite aux Etats-Unis par la loi Sarbanes-Oxley. Des entreprises suisses cotées en bourse aux Etats-Unis et les filiales suisses de sociétés américaines sont cependant soumises à cette loi. Elle exige que des procédures permettant de signaler des faits inhabituels en matière de comptabilité et d'audit soient établies.⁵

L'art. 102, al. 2 du code pénal suisse (CP)⁶ prévoit la punissabilité directe des entreprises en rapport avec certaines infractions (criminalité organisée, financement du terrorisme, blanchiment d'argent et corruption), si elles n'ont pas pris «toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires» pour empêcher ces infractions.

⁵ Sarbanes-Oxley Act of 2002, sec. 301, m. 4. Le droit américain est présenté au ch. 1.6.3

⁶ RS 311.0

On peut se demander si la mise en place d'une procédure de signalement fait partie de telles mesures. Une telle interprétation a été avancée dans la doctrine, en rapport avec la corruption en particulier⁷. Mais une pratique bien établie à cet égard n'est actuellement pas à constater.

En matière bancaire, la circulaire de la Commission fédérale des banques «Surveillance et contrôle interne», du 27 septembre 2006⁸ ne prévoit pas la mise en place d'une procédure de signalement, contrairement au projet, qui avait été critiqué sur ce point⁹. Il comprenait en effet un ch. 44 prévoyant l'instauration d'une procédure de signalement pour les établissements tenus d'avoir un Comité d'audit.

Exigences relatives à une procédure interne de signalement

Les exigences se rapportent principalement à la protection des données. La question est devenue d'actualité dans l'Union européenne suite aux procédures internes de signalement mises en place pour se conformer aux exigences de la loi Sarbanes-Oxley. Un avis du Groupe de travail «Article 29» sur la protection des données, l'organe consultatif européen à la protection des données, a ainsi été adopté le 1^{er} février 2006 sur la question.¹⁰ Il admet notamment que l'utilisation de telles procédures répond à un intérêt légitime de l'employeur et il pose un certain nombre de conditions à respecter. Il relève en particulier que les signalements anonymes doivent rester exceptionnels, car ils ne garantissent pas le caractère loyal de la collecte de données et peuvent encourager les signalements abusifs.¹¹ Mais il affirme la nécessité de garantir la confidentialité des signalements.¹²

Ces questions se posent également en droit suisse. L'art. 328b CO concrétise le principe de proportionnalité énoncé à l'art. 4, al. 2 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)¹³. Il autorise les traitements de données qui portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi. La nécessité de découvrir d'éventuels faits répréhensibles entre dans ce cadre. L'art. 5, al. 1, LPD requiert de s'assurer que les données traitées sont exactes. Une vérification auprès de l'auteur du signalement pourrait être nécessaire de ce fait et romprait l'anonymat éventuel du signalement. La confidentialité est quant à elle prévue à l'art. 8, al. 1, de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi sur la protection des données (OLPD)¹⁴.

1.1.3.2 Obligation et droit de signaler des faits répréhensibles

L'obligation et le droit de signaler relèvent de normes diverses. L'obligation de fidélité du travailleur entre tout d'abord en ligne de compte, comme règle générale

⁷ FORSTER, Matthias, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, thèse Saint-Gall, 2006, p. 237.

⁸ Disponible sous <http://www.ebk.admin.ch/f/regulier/rundsch/index.html>

⁹ Le projet est disponible sous <http://www.ebk.admin.ch/f/archiv/2005/regulierungsprojekte2005.html> et les prises de position sous <http://www.ebk.admin.ch/f/regulier/stellungnahmen.html>.

¹⁰ 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 (00195/06/FR, WP 117).

¹¹ Avis 1/2006, ch. IV, 2, iii

¹² Avis 1/2006, ch. IV, 5, ii

¹³ RS 235.1

¹⁴ RS 235.11

applicable à tous les rapports de travail. Des dispositions de droit pénal qui protègent divers secrets s'y superposent. Les lois spéciales peuvent enfin prévoir l'obligation ou la faculté de signaler pour des domaines particuliers. Nous distinguons ici le signalement interne, effectué à l'intérieur de l'organisation et le signalement externe, adressé à une autorité extérieure ou au public, notamment par le biais des médias.

Obligation de fidélité du travailleur

En l'absence de disposition spéciale, c'est l'obligation de fidélité du travailleur qui déterminera si une obligation ou un droit de signaler un fait répréhensible existe, à l'interne ou à l'extérieur de l'organisation. Selon l'art. 321a, al. 1, CO, le travailleur doit «sauvegarder fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur». L'obligation de fidélité fonde plusieurs obligations accessoires qui sont déterminées pour certaines par la loi et qui sont pour le reste concrétisées par la jurisprudence et la doctrine¹⁵. La concrétisation du devoir de fidélité dépendra de chaque cas concret. Un simple collaborateur ne sera par exemple pas tenu aux mêmes exigences de loyauté qu'un cadre¹⁶. L'obligation de fidélité peut être aménagée conventionnellement par les parties.

L'obligation de fidélité est ainsi à l'origine des règles applicables en cas de signalement interne. Une obligation de signaler est ainsi reconnue dans certains cas. Différents points de vue existent sur les situations donnant lieu à une telle obligation. La jurisprudence les relate sans trancher la question sur le plan du droit des obligations.¹⁷ Les critères retenus pour admettre l'obligation sont la gravité de l'acte signalé ou les fonctions dirigeantes ou de surveillance exercées par l'employé. La jurisprudence reconnaît cependant une position de garant sur le plan pénal dans le champ de compétence du collaborateur et pour les actes de ses subordonnés, à l'exclusion d'actes de collaborateurs de même rang ou de supérieurs.¹⁸ La procédure à suivre à l'interne pour effectuer le signalement devra correspondre aux directives en vigueur dans l'organisation (art. 321d CO). Le travailleur suivra donc la voie hiérarchique ou s'adressera à un service désigné pour recevoir des signalements. Le travailleur peut cependant s'adresser directement à l'employeur si son obligation de fidélité et les intérêts de l'employeur le requièrent. Ainsi, le travailleur qui constate que son supérieur a un comportement qui peut constituer une infraction pénale ne peut être tenu de suivre la voie hiérarchique. Il peut s'adresser directement à l'employeur. Si celui-ci a mis en place une procédure de signalement, celle-ci doit être suivie, à moins que des circonstances particulières ne justifient de s'en écarter.

Le droit de signaler à l'interne n'est en soi pas problématique du point de vue de l'obligation de fidélité. On ne peut en principe pas reprocher à un travailleur de signaler des faits répréhensibles à l'interne. Comme en cas d'obligation de signaler, la voie à suivre pour effectuer le signalement devra correspondre en principe aux voies prescrites dans l'organisation.

Le signalement externe quant à lui est plus strictement délimité dans le cadre de l'obligation de fidélité. L'obligation de ne pas révéler des faits destinés à rester confidentiels, comme les secrets de fabrication ou les secrets d'affaires (art. 321a, al. 4, CO) pose une limite claire à cet égard. Le signalement externe ne sera admis qu'à

¹⁵ ATF 113 IV 68, cons. 6a

¹⁶ ATF 130 III 28, cons. 4.1; 127 III 86, cons. 2c

¹⁷ ATF 113 IV 68, cons. 6b

¹⁸ ATF 113 IV 68, cons. 6e et 7

titre exceptionnel. La jurisprudence et la doctrine dominante étendent en effet le devoir de discrétion à des actes illicites, n'admettant le signalement externe qu'en présence d'un intérêt prépondérant et du respect du principe de proportionnalité.¹⁹ Il résulte en particulier de ce dernier principe que le travailleur doit s'adresser à l'employeur avant de signaler les faits constatés à une autorité. L'opinion publique ne sera alertée qu'en dernier recours, si l'autorité reste inactive et si les circonstances le justifient. Le Tribunal fédéral, s'il envisage la dénonciation directe à l'autorité, ne précise pas les circonstances qui la rendent admissible²⁰. L'obligation de fidélité vis-à-vis de l'employeur n'impose par contre aucune obligation de signaler à l'externe. Celle-ci ne peut résulter que de dispositions spéciales expresses.

La situation est similaire dans les rapports de droit public. Le personnel fédéral est soumis à une obligation de fidélité en vertu de l'art. 20, al. 1, de la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)²¹. Il est également tenu au secret en vertu des articles 22, al. 1, LPers et 94 de l'ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers)²². Une obligation de dénoncer ne sera donnée sur cette base que dans certains cas. Elle se détermine au vu des circonstances de chaque cas d'espèce, en fonction notamment de la gravité de l'acte et de la position de l'employé, et se fera prioritairement à l'interne en suivant la voie hiérarchique²³. Un droit de dénoncer existe aussi à certaines conditions, le secret de fonction étant limité dans la même mesure que l'obligation de discrétion en droit privé²⁴. Au sein de l'administration fédérale, le Contrôle fédéral des finances est compétent pour recevoir les signalements. Les mêmes principes s'appliquent à la fonction publique dans les cantons²⁵. Les obligations de dénoncer aujourd'hui prévues dans les lois de procédure pénale cantonales²⁶ seront abrogées avec l'entrée en vigueur du Code de procédure pénale suisse (CPP), du 5 octobre 2007²⁷. L'art. 302, al. 1, CPP prévoit une obligation de dénoncer pour les autorités pénales qui ne sont pas chargées de la poursuite. L'art. 302, al. 2, CPP laisse la Confédération et les cantons régler la question pour les autres autorités.

Obligations de garder le secret protégées par le droit pénal

La personne qui signale un fait répréhensible pourra enfreindre une obligation de garder le secret protégée pénalement. L'art. 162 CP punit ainsi d'une peine privative de liberté de trois ans au plus, celui qui aura révélé un secret de fabrication ou un

¹⁹ ATF 127 III 310, cons. 5a; contra: Geiser, Thomas, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Berne 1983, p. 264-266; Wickihalder, Urs, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers unter Abgrenzung zur zulässigen Verwertung von Berufserfahrung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Berne 2004, p. 25-26

²⁰ ATF 127 III 310, cons. 5a et 5b

²¹ RS 172.220.1

²² RS 172.220.111.3

²³ Rapport du Conseil fédéral du 16 juin 2003 sur la prévention de la corruption, FF 2003 4648, ch. 9 et, sous l'ancien droit, la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation Nabholz (89.384) Statut des fonctionnaires. Devoir de dénonciation, BO CN 1989 1761 et le rapport du Professeur Kurt Eichenberger, Bericht über Fragen einer Denunziationspflicht von Bundesbeamten bei Fehlverhalten eines Departementsvorstehers, février 1989, ch. 5, d à f.

²⁴ ATF 115 IV 75, cons. 4a; 94 IV 67, cons. 2

²⁵ P. ex., arrêt du 20 avril 1994 du tribunal administratif de Schwytz, in Hänni, Peter, Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz, Zurich 2002, p. 115 ss, cons. 4c

²⁶ Voir le rapport explicatif relatif à l'avant-projet d'un code de procédure pénale suisse, juin 2001, p. 198.

²⁷ FF 2007 6583. L'entrée en vigueur est prévue au 1^{er} janvier 2011.

secret commercial qu'il était tenu de garder, légalement ou contractuellement. L'art. 273 CP (Service de renseignements économiques) et l'art. 6 de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)²⁸ concernant la violation des secrets de fabrication ou d'affaires sont également à mentionner dans ce contexte. Un membre d'une autorité ou un fonctionnaire sont de même passibles de peines analogues pour violation du secret de fonction (art. 320 CP), comme tout employé exerçant une profession soumise au secret professionnel (art. 321 CP). Dans le domaine des services financiers, l'art. 47 de la loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (LB),²⁹ et l'art. 43 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières (LBVM)³⁰ règlent spécialement la violation du secret. Les peines prévues par ces deux dispositions ont été renforcées dans la loi du 22 juin 2007 sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LFNMA).³¹

Ces règles ne sont pas absolues. Les obligations de renseigner et de témoigner prévues par la loi sont notamment réservées aux art. 321, ch. 3, CP et 47, al. 4, LB. Le droit de signaler des faits répréhensibles pourra également être admis sans fondement légal exprès sur la base des faits justificatifs généraux du droit pénal. La jurisprudence reconnaît ainsi une exception au secret de fonction au titre de la sauvegarde d'intérêts supérieurs,³² à condition que le signalement réponde à un intérêt prépondérant et qu'il respecte le principe de la proportionnalité. Il en va de même pour le secret professionnel, le cas échéant avec l'autorisation de l'autorité supérieure ou de surveillance (art. 321, ch. 2, CP).³³ Le signalement externe n'est donc possible qu'après avoir épuisé toute possibilité à l'interne et la révélation à l'opinion publique ne doit être utilisée qu'en dernier recours. Ainsi, que ce soit à titre d'exception aux secrets pénalement protégés ou à l'obligation de discrétion selon l'art. 321a, al. 4, CO, le signalement est admis selon les mêmes critères. Une appréciation différente dans chaque cas n'est cependant pas à exclure au vu par exemple d'intérêts spécifiques protégés par le droit pénal.

Lois spéciales

Une obligation ou un droit de signaler peut aussi figurer dans des lois spéciales. Il s'agit alors souvent de reconnaître, dans un domaine particulier, une exception au secret de fonction ou au secret professionnel. Ces exceptions sont expressément réservées aux art. 321, ch. 3, CP et 47, al. 4, LB pour le secret professionnel, mais peuvent sans autre déroger, à titre de lois spéciales, au secret d'affaires et au secret de fonction. Le législateur reconnaît alors expressément un intérêt prépondérant à la révélation et détermine les destinataires auxquels elle peut être adressée.

Des obligations de dénoncer pour les autorités sont ainsi prévues dans le secteur bancaire et financier (art. 23^{er} LB; art. 35, al. 6, LBVM; art. 21, 23 et 27 LBA³⁴; art.

²⁸ RS 241

²⁹ RS 952.0

³⁰ RS 954.1

³¹ FF 2007 4397, Annexe, ch. 15

³² ATF 94 IV 68, cons. 2; 114 IV 44, cons. 3b; 115 IV 75, cons. 4b.

³³ Les avis divergent sur la nécessité d'une telle décision: voir Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Berne 2008, § 59, n. 26.

³⁴ Loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier; RS 955.0

38, al. 3, LFINMA) ou la législation sur le matériel de guerre (art. 18, al. 2, LCB³⁵; art. 40, al. 2, LFMG³⁶). La législation fiscale admet les exceptions au secret fiscal mais se contente de renvoyer à d'autres dispositions spéciales éventuelles (art. 55, al. 2, let. a, LTVA³⁷; art. 39, al. 1, LHID³⁸; art. 110, al. 2, LIFD³⁹). Une obligation de communiquer à charge des particuliers est prévue à l'art. 9, al. 1, LBA. Les intermédiaires financiers doivent, en cas de soupçons fondés, signaler des infractions pénales en matière de blanchiment. Les avocats et les notaires en sont exemptés (art. 9, al. 2, LBA). L'art. 305^{er}, al. 2, CP prévoit un droit de communiquer en cas d'indices de soupçon d'infraction en matière de blanchiment. Un droit de communiquer des infractions commises contre un mineur figure également à l'art. 364 CP, en dérogation au secret professionnel et au secret de fonction. A moins que la loi ne le prévoit, une obligation ou un droit de communiquer n'implique pas nécessairement un droit de signaler directement aux autorités. Les règles internes de l'organisation sont à prendre en compte.

L'art. 54 de la loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (LTr)⁴⁰ instaure une obligation d'agir de l'autorité en cas de dénonciation mais ne règle pas le droit de dénoncer. L'idée sous-jacente était que quiconque est de toute manière libre de s'adresser à l'autorité compétente⁴¹. La problématique de la dénonciation par les travailleurs n'a donc pas été considérée, ce qui peut encourager les dénonciations anonymes par crainte de représailles. La question de l'obligation de traiter les dénonciations anonymes est controversée dans le cadre de cette disposition⁴².

1.1.3.3 Protection contre des mesures de représailles

Le travailleur qui signale des faits répréhensibles s'expose à des sanctions. Il risque le plus souvent le licenciement⁴³. Mais d'autres mesures de rétorsion sont aussi possibles: diminution ou suppression de la gratification, mutation, refus d'avancement, actes de harcèlement.

Licenciement

Le congé donné dans le délai est susceptible d'être abusif au sens de l'art. 336 CO. La liste des motifs de l'al. 1, let. a à e n'a pas un caractère exhaustif. Le congé ne peut être annulé mais peut donner lieu à une indemnité d'un montant de six mois de salaire au maximum (art. 336a, al. 1, CO). Le congé peut également être donné avec effet immédiat pour de justes motifs, conformément à l'art. 337, al. 1, CO. A défaut de justes motifs, le licenciement par l'employeur reste valable mais donne lieu au paiement du salaire jusqu'à la fin du délai de congé et à une indemnité de six mois

35 Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires et des biens militaires spécifiques; RS 946.202

36 Loi fédérale du 13 décembre 1996 sur le matériel de guerre; RS 514.51

37 Loi fédérale du 2 septembre 1999 régissant la taxe sur la valeur ajoutée; RS 641.20

38 Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes; RS 642.14

39 Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct; RS 642.11

40 RS 822.11

41 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 30 septembre 1960 concernant un projet de loi sur le travail dans l'industrie, le commerce et l'artisanat, FF 1960 II 885, 986

42 Favorable: Rehbindler/Müller, Arbeitsgesetz, 5e éd., Zurich 1998, n. 2 ad art. 54 LTr; défavorable: Moreillon, in Geiser/von Kaenel/Wyler (éds.), Arbeitsgesetz, Berne 2005, n. 7 ad art. 54 LTr.

43 Voir ci-dessus, ch. 1.1.1, note 4

de salaire au maximum (art. 337c, al. 1 et 3, CO). L'art. 10, 1, de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)⁴⁴ fait exception à ces règles. La résiliation suite à une réclamation fondée sur la LEg est en effet annulable.

Le signalement qui ne répond pas aux conditions de l'intérêt prépondérant et de la proportionnalité constitue une violation de l'obligation de fidélité et de discrétion. Le licenciement dans le délai ne sera donc pas abusif dans ce cas. Le licenciement avec effet immédiat ne sera justifié que si la violation de l'obligation de fidélité et de discrétion est particulièrement grave au vu du cas d'espèce ou s'il a été précédé d'un avertissement en cas de violation moins grave⁴⁵. La jurisprudence a admis que l'alerte aux médias sans avertir l'employeur au préalable ni attendre la réaction de l'autorité qui avait été avertie est un élément décisif à prendre en compte dans l'appréciation des justes motifs⁴⁶.

Un licenciement ordinaire suite à un signalement qui respecte l'obligation de fidélité et de discrétion pourra être considéré comme abusif. Le signalement n'est pas explicitement réglé dans les motifs de l'art. 336, al. 1, let. a à e, CO. Mais, outre que la liste n'est pas exhaustive, le licenciement dans ce cas s'apparente à un congé-représailles réglé à l'art. 336, al. 1, let. d, CO. Il sera donc abusif sur la base de cette disposition si le travailleur fait valoir le caractère justifié d'un signalement au regard de l'obligation de fidélité ou si des faits signalés constituent des prétentions découlant du contrat de travail. A défaut, le caractère abusif pourra se fonder sur l'interdiction générale de l'abus de droit que l'art. 336 CO concrétise⁴⁷. Le congé donné suite au signalement d'un cas de harcèlement sexuel par ailleurs dénoncé au Procureur général a ainsi été jugé comme abusif selon l'art. 336, al. 1, let. d, CO.⁴⁸

La jurisprudence reconnaît, dans le cadre de l'art. 336 CO, que le motif abusif ne doit pas être le seul motif du licenciement mais qu'il doit avoir été déterminant.⁴⁹ Le travailleur doit prouver le caractère abusif du licenciement. Le motif réel du licenciement étant un élément subjectif, le fait doit être établi avec une haute vraisemblance et la preuve apportée par indices⁵⁰. La preuve que le motif avancé dans la motivation - que le travailleur peut requérir selon l'art. 335, al. 2, CO - est faux n'est pas suffisant.⁵¹ Encore faut-il prouver l'existence d'un motif abusif. Si un travailleur qui a signalé un fait répréhensible est licencié en raison de prestations insuffisantes, il devra établir le caractère causal du signalement dans le licenciement. La preuve que ses prestations ont été suffisantes ne suffira pas.

La même analyse peut être appliquée aux rapports de travail dans le secteur public. La résiliation ordinaire est ainsi possible en cas de violation d'obligations légales ou contractuelles importantes (art. 12, al. 6, let. a, LPers), ce qui comprend l'obligation de fidélité et le secret de fonction. La résiliation immédiate est également possible si la continuation des rapports de travail n'est plus possible, ce qui correspond à la définition des justes motifs au sens de l'art. 337, al. 2, CO (art. 12, al. 7, LPers). Contrairement au secteur privé, le licenciement ordinaire ou immédiat qui est

⁴⁴ RS 151.1

⁴⁵ P. ex., ATF 130 III 213, cons. 3.1; 127 III 351, cons. 4a

⁴⁶ ATF 127 III 310, cons. 5a

⁴⁷ ATF 131 III 535, cons. 4.2; 132 III 109, cons. 2

⁴⁸ Arrêt du TF du 22 mai 2006, 4C.60/2006, cons. 7

⁴⁹ P. ex., arrêt du TF du 4 novembre 2003, 4C.262/2003, cons. 3.1

⁵⁰ ATF 125 III 277, cons. 3c; 130 III 699, cons. 4.1

⁵¹ ATF 121 III 60, cons. 3c

infondé est annulable par l'employé (art. 14, al. 1 à 3, LPers). Il pourra être réintégré dans son emploi ou se voir proposer un autre emploi pouvant être raisonnablement exigé de lui. Ces règles sont destinées à être assouplies dans le cadre de la révision en cours de la loi sur le personnel, mise en consultation le 19 septembre 2008. La réintégration demeure possible mais ne constitue plus la règle.⁵²

Autres mesures

Le droit en vigueur ne sanctionne pas les autres mesures de représailles. Plusieurs d'entre elles peuvent cependant constituer une atteinte à la personnalité du travailleur, protégée par l'art. 328 CO. Certaines mesures sont en elles-mêmes attentatoires à la personnalité. Pour d'autres, le caractère fondé du signalement au regard de l'obligation de fidélité et de discrétion ainsi que l'adéquation de la mesure en cas de violation de ces obligations seront pris en compte. Le harcèlement psychologique ou des propos dénigrants portent ainsi toujours atteinte à la personnalité du travailleur. Il en va de même de l'assignation à des tâches ou à un poste qui ne correspondent pas aux qualifications d'un travailleur.⁵³ Le travailleur qui a signalé un fait répréhensible et qui est discriminé par le refus d'une gratification accordée de manière indifférenciée à ses collègues, est également protégé.⁵⁴ L'employeur doit aussi, au cas où la personne qui signale des faits répréhensibles rencontre l'hostilité des collègues, prendre des mesures pour apaiser le conflit.⁵⁵ La protection de la personnalité constitue enfin une limite au droit de l'employeur de donner des instructions selon l'art. 321d CO. Le travailleur n'est pas tenu d'exécuter des instructions qui portent atteinte à sa personnalité.⁵⁶

Contestation des mesures de représailles

Le travailleur qui signale des faits répréhensibles devra agir sur le plan civil pour contester des mesures prises à son encontre dans le cadre de la relation de travail. Il pourra aussi être confronté à des poursuites pénales, s'il est lié par une obligation de garder le secret. La preuve du bien-fondé du signalement sera à cet égard déterminante. Or, son employeur ou d'autres personnes peuvent opposer une obligation au secret qui leur incombe pour refuser de témoigner ou produire des documents. Les intérêts en présence sont pris en compte dans les lois de procédure pénale ou civile. Des restrictions au droit de refuser de témoigner et de collaborer sont ainsi prévues aux art. 170 à 173 CPP et 163 du projet de code de procédure civile suisse (P-CPC).⁵⁷

1.1.4 Lacunes du droit en vigueur et besoin de légiférer

1.1.4.1 Obligation de signaler

Contrairement au droit de signaler, l'obligation de signaler ne pose pas de problème particulier dans le secteur privé. Le droit en vigueur apporte des réponses suffisantes. L'obligation de signaler à l'employeur, sous l'angle de l'obligation de

⁵² Révision de la loi sur le personnel de la Confédération (LPers) - Rapport explicatif relatif au projet soumis à consultation, ch. 3.1.11

⁵³ ATF 110 II 172, cons. 2a; arrêt du Tribunal des prud'hommes de Olten-Gösigen, JAR 1984, 99.

⁵⁴ ATF 129 III 276, cons. 3.1

⁵⁵ ATF 132 III 115, cons. 5.1

⁵⁶ ATF 132 III 115, cons. 5.2

⁵⁷ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841

fidélité, peut continuer à être déterminée dans chaque cas selon les critères reconnus. Une obligation générale de signaler aux autorités pour tout le secteur privé n'a pas lieu d'être examinée. Son introduction pour des domaines particuliers dans des lois spéciales suffit.

La question se pose de manière différente dans le secteur public pour ce qui est des infractions pénales. Une telle obligation existe déjà dans certains cantons et le code de procédure pénale l'introduit pour les autorités pénales fédérales (art. 302 CPP). Les autres autorités fédérales y sont également soumises pour certaines en vertu de lois spéciales. Une obligation générale s'impose ici dans une plus grande mesure, notamment en rapport avec les délits de corruption et les évolutions internationales en la matière. Nous renvoyons à ce sujet au message du 10 septembre 2008 relatif à la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP).⁵⁸

1.1.4.2 Conditions du droit de signaler

Le droit en vigueur apporte des réponses aux conditions du signalement. Elles interviennent au niveau des règles générales par la concrétisation de l'obligation de fidélité et de discrétion ainsi que des limites posées aux obligations de garder le secret. Elles interviennent d'autre part au niveau des réglementations spécifiques à des domaines particuliers.

La structure législative actuelle présente des inconvénients. La concrétisation des règles générales peut faire l'objet d'appréciations diverses et dépend par définition des circonstances du cas concret. En résultent un manque de clarté et de prévisibilité qui, au vu du dilemme auquel est confronté le travailleur qui découvre des faits répréhensibles et des conséquences que leur signalement peut avoir pour lui, rend la situation actuelle insatisfaisante. Un arbitrage au niveau de la loi s'avère par ailleurs nécessaire pour déterminer l'importance à donner au signalement par rapport à l'obligation de discrétion et de fidélité.

Manque de clarté

Le droit de signaler a trouvé une première délimitation à l'ATF 127 III 310. Il est ainsi admis comme exception à l'obligation de discrétion. Le rattachement à l'obligation de discrétion est à première vue évidente. Mais elle ne va pas sans poser de problèmes. Tout d'abord, l'obligation de discrétion au sens de l'art. 321a, al. 4, CO n'intervient que pour des faits couverts par le secret. S'il ne comprend pas de tels faits, un signalement interne ou externe, ne serait plus couvert par cette disposition. Ce problème pourrait être résolu en rattachant les conditions du signalement de manière générale à l'obligation de fidélité. Mais celle-ci a justement été concrétisée à l'al. 4 pour ce qui est de l'obligation de discrétion.

L'avis dominant consistant à englober les actes illicites dans l'obligation de discrétion n'est pas non plus des plus cohérents. Cette obligation couvre en effet des secrets d'affaires ou des informations internes à l'entreprise destinées à rester confidentielles. L'inclusion d'actes illicites dans cette catégorie est pour le moins ambiguë. Il est certes clair que l'employeur n'a pas intérêt à ce que soient révélés des actes illicites commis dans l'entreprise, mais cet intérêt ne reflète pas le sens premier de la norme. Ce point de vue est corroboré par l'art. 321a, al. 1, CO qui définit

⁵⁸ FF 2008 7371

l'obligation de fidélité comme la sauvegarde des intérêts *légitimes* de l'employeur. La condition des intérêts légitimes vaut aussi pour l'obligation de discrétion, tant pendant la durée des rapports de travail qu'après leur fin⁵⁹.

Même si les conditions de fond du signalement ne sont pas contestées, une réglementation légale contribuerait toutefois à clarifier la situation actuelle. Les destinataires de la norme disposeront ainsi de règles facilement identifiables et dont la portée est clairement établie.

Manque de prévisibilité

Un certain manque de prévisibilité est inhérent à une structure législative où des principes généraux doivent être concrétisés dans chaque cas concret. Il est nécessaire dans la mesure où des solutions adaptées aux différentes situations qui se présentent dans la pratique doivent être développées. Les critères posés par la pratique pour déterminer l'admissibilité d'un signalement sont adéquats. Ils sont de plus similaires dans le cadre de l'art. 321a, al. 4, CO et en droit pénal. Le besoin de règles divergentes est par ailleurs satisfait de manière ponctuelle par l'édiction de dispositions particulières dans les lois spéciales.

Toutes les questions n'ont toutefois pas trouvé de réponse. S'agissant particulièrement du droit de signaler, l'ATF 127 III 310 ne définit pas l'intérêt supérieur qui permet de déroger à l'obligation de discrétion. Il ne définit pas non plus les circonstances qui justifieraient un signalement externe direct. Or, ces deux questions sont centrales dans la problématique du signalement. La prise en compte des circonstances différentes de chaque cas d'espèce n'empêche pas l'adoption de règles plus précises. Celles-ci seront au mieux définies dans la loi. Attendre que la jurisprudence se développe signifie en effet que des licenciements ou d'autres sanctions surviennent pour être contestés devant les tribunaux. Il est préférable d'éviter autant que possible de tels conflits en adoptant une réglementation légale qui pose les conditions du signalement.

L'intérêt au signalement nécessite un arbitrage législatif

Le manque de clarté et de prévisibilité reflètent le problème de fond central. L'intérêt au signalement, et en particulier celui de la collectivité, n'a pas fait l'objet d'une décision législative claire qui en fixe les règles générales. Il n'est reconnu qu'en tant qu'exception à l'obligation de fidélité et de discrétion, le cas échéant aux obligations de garder le secret, ou à titre ponctuel dans des lois spéciales pour des domaines particuliers. Cette situation n'est pas satisfaisante au regard de la problématique du signalement. Celle-ci voit se confronter les intérêts divergents de l'employeur, du travailleur et de la collectivité. Le travailleur qui découvre des faits répréhensibles se trouve au centre de ces conflits d'intérêts. Le conflit est aggravé par l'absence de règles qui permettent de déterminer les cas où un signalement est admis de ceux où il ne l'est pas. L'ignorance des règles applicables et l'incertitude par rapport à la légitimité du signalement incite le travailleur dans la plupart des cas au silence, par peur des conséquences - souvent graves - qui peuvent en résulter. Cela peut aussi mener à des actions disproportionnées, telles que la divulgation des faits découverts directement aux médias. Une réglementation claire qui prend en compte tous les intérêts en présence contribuera à éviter les conflits résultant d'une mauvaise gestion des signalements. Les limites posées au signalement éviteront aussi d'encourager la

⁵⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 21 juin 2007, 4C.69/2007, cons. 3.3.3

délation au sein de l'organisation avec tous les inconvénients qui en découlent. Une intervention législative dans des lois spéciales n'est à cet égard pas suffisante. La problématique du signalement est inhérente à tout rapport de travail et nécessite des règles générales. Les critères posés dans le droit en vigueur ne doivent pas pour autant être négligés. Une réglementation législative peut s'appuyer sur eux.

1.1.4.3 Sanctions contre les représailles

Le licenciement suite à un signalement peut être sanctionné dans le cadre des règles générales sur le licenciement abusif et le licenciement avec effet immédiat. Le caractère abusif du licenciement ordinaire peut être déduit de l'art. 336, al. 1, CO dans sa teneur actuelle. Une clarification peut cependant être utile à ce niveau.

La sanction du licenciement abusif ou immédiat injustifié ne peut être qualifiée de lacunaire sans remettre en question les orientations générales du droit du travail. La nullité du licenciement n'est en effet prévue en droit suisse que de manière exceptionnelle (art. 10 LEg). L'indemnité maximale de 6 mois résulte elle aussi d'un choix de fond effectué par le législateur⁶⁰. La question est discutée ci-dessous en rapport avec le signalement (ch. 1.2.5). La situation est différente pour les rapports de travail dans le secteur public, car la réintégration du travailleur est prévue (art. 14 LPers pour le personnel de la Confédération, la réintégration demeurant possible selon le projet de révision en cours de la LPers).

Les autres mesures de représailles relèvent pour l'essentiel de la protection de la personnalité. Un besoin de légiférer n'est reconnaissable que dans les rares cas où la mesure de représailles ne constitue pas une atteinte à la personnalité du travailleur.

1.2 Solutions étudiées

1.2.1 Réglementation des procédures internes de signalement

Ce point ne fait pas partie du mandat de la motion Gysin. Il mérite cependant d'être examiné, car il a fait l'objet de discussions, particulièrement dans le cadre de la mise en conformité avec la section 301 de la loi Sarbanes-Oxley⁶¹. Une obligation légale d'instaurer une procédure interne de signalement et les conditions de ces procédures internes pourraient ainsi être proposées.

Une réglementation générale à cet égard ne s'impose pas. Les procédures internes sont certes des moyens efficaces de découvrir des faits répréhensibles dans l'organisation. Une obligation générale ne se justifie cependant pas. La manière dont le contrôle interne est mis en œuvre relève du choix de chaque organisation. Une procédure interne de signalement pourrait ne pas être adaptée dans chaque cas et engendrer des coûts inutiles pour beaucoup d'entreprises et de collectivités publiques.

⁶⁰ BO CN 1985 1128 ss. L'art. 336, al. 3 du projet du Conseil fédéral prévoyait une indemnité maximale équivalente à 12 mois de salaire (Message du 9 mai 1984 concernant l'initiative populaire « pour la protection des travailleurs contre les licenciements dans le droit du contrat de travail » et la révision des dispositions sur la résiliation du contrat de travail dans le code des obligations, FF 1984 II 574, 658)

⁶¹ Voir ci-dessus ch. 1.1.3.1

1.2.2 Loi spéciale

La motion Gysin demande une réglementation dans le code des obligations. Elle demande cependant également une réglementation équivalente dans la fonction publique. L'adoption d'une loi spéciale regroupant les rapports de travail dans le secteur privé et le secteur public peut donc se poser, à l'instar de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes. Dans ce dernier cas, l'adoption d'une loi spéciale avait pour fondement principal de régler la question de l'égalité pour tous les rapports de travail, dans le secteur privé comme pour le personnel fédéral, cantonal et communal⁶². Comme exposé ci-dessous, le présent projet renonce à régler la question pour la fonction publique cantonale. L'adoption d'une loi spéciale ne s'impose donc pas.

Le présent projet confirme donc l'option prise dans la motion Gysin (ch. 1 et 2), consistant à modifier le code des obligations. La réglementation pour la fonction publique fédérale est examinée ci-après.

1.2.3 Réglementation pour la fonction publique fédérale et cantonale

L'examen du droit en vigueur montre que la situation législative est comparable dans le secteur privé et la fonction publique. Une réglementation différenciée est cependant justifiée sur le fond. La nécessité d'une obligation générale de signaler se pose ainsi de manière bien plus claire dans la fonction publique, ce que reflète le mandat de la motion Gysin (ch. 4). Le droit de signaler peut également faire l'objet de règles différentes quant à ses conditions et à ses sanctions. Certes, les limites au secret de fonction sont actuellement aussi définies selon les critères de l'intérêt prépondérant et de la proportionnalité. Une mise en œuvre différente de ces principes dans la loi n'est cependant pas à exclure.

Fonction publique fédérale

L'obligation générale de signaler doit être réglée dans la LPers, car l'introduction d'une telle obligation n'est pas envisagée pour le secteur privé. Deux options se présentent par contre pour le droit de signaler. Les conditions du droit de signaler n'étant pas réglées dans la LPers, la modification du code des obligations peut s'appliquer à la fonction publique fédérale par le renvoi de l'art. 14, al. 3, let. a, LPers et le renvoi général de l'art. 6, al. 2, LPers. Les conditions du droit de signaler seront alors identiques dans le secteur privé et la fonction publique fédérale. L'autre option consiste à introduire une réglementation différenciée dans la LPers.

Le projet opte pour cette deuxième option. Il est en effet cohérent de régler l'obligation et le droit de signaler dans leur ensemble dans la LPers. Les règles seront ainsi plus clairement identifiables que par le jeu des renvois au code des obligations. Le droit de signaler peut aussi s'analyser différemment dans la fonction publique pour deux raisons: une approche plus restrictive que dans le secteur privé peut se justifier suivant l'importance accordée au secret de fonction. Toutefois, l'obligation de fidélité dans la fonction publique ne sert pas l'intérêt d'un employeur

⁶² Message du 24 février 1993 concernant la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (loi sur l'égalité) et l'arrêté fédéral relatif à une modification de l'ordonnance concernant l'attribution des offices aux départements et des services à la Chancellerie, FF 1993 I 1163, ch. 155

privé mais d'institutions publiques et donc finalement, l'intérêt public. Une approche plus large du droit de signaler peut donc aussi être justifiée, car le signalement sert également l'intérêt public. L'existence d'une obligation de signaler peut également amener à un examen différencié du droit de signaler. Tout fait soumis à une obligation de signaler n'est en effet logiquement plus soumis au droit de signaler. La différence est également marquée sur le plan de la protection contre les représailles, puisque la réintégration suite à un licenciement injustifié est plus usuelle dans le secteur public. Tous ces points pourront être mieux pris en compte avec une réglementation unifiée de l'obligation et du droit de signaler dans la LPers. L'application subsidiaire des règles du code des obligations pourra toujours être conservée sur des points qui seraient à régler de la même manière.

Sur le plan formel, les modifications proposées en rapport avec l'obligation et le droit de signaler pour le personnel fédéral ont été séparées du présent projet et intégrées au projet de loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération⁶³.

Fonction publique cantonale

Si, sur le fond, la réglementation de l'obligation et du droit de signaler se pose de la même manière dans les cantons, la compétence de la Confédération pour régler les rapports de travail dans les cantons doit être examinée.

Cette compétence revient en premier lieu aux cantons. La Confédération peut cependant édicter de la législation de droit public s'appliquant aux cantons dans le but de protéger les travailleurs (art. 110 Cst). La législation de droit privé (art. 122 Cst.) ne s'applique par contre pas à la fonction publique cantonale, à moins d'un renvoi de la loi cantonale sur le personnel ou d'une lacune à combler.

A l'instar de la loi sur l'égalité entre femmes et hommes, l'adoption d'une loi spéciale comportant une partie de droit public permettrait d'englober la fonction publique cantonale. Cette option ne s'impose cependant pas ici de la même manière que pour la loi sur l'égalité. Dans ce dernier cas en effet, l'application uniforme du principe de l'égalité entre hommes et femmes justifiait l'adoption d'une loi s'appliquant à tous les rapports de travail. Certes, des conditions identiques du signalement amènent à favoriser la poursuite pénale ou d'autres actes illicites de la même manière dans tous les cas. De même, la motion requiert une protection équivalente dans les rapports de droit public et de droit privé. Mais elle réserve le secret de fonction que les cantons restent compétents de régler librement. Ils sont mieux à même de déterminer les besoins de leurs administrations respectives. Ils doivent donc pouvoir rester libres d'évaluer l'étendue du secret auquel ils veulent soumettre leurs employés.

Une législation fédérale qui ne s'applique pas à la fonction publique cantonale servira toutefois très probablement de modèle aux cantons et déterminera les pratiques et règles cantonales. Le présent projet renonce donc à régler l'obligation et le droit de signaler dans la fonction publique cantonale. Le DFJP a également soumis les recommandations du Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) aux cantons et les a invités à les examiner⁶⁴.

⁶³ FF 2008 7431

⁶⁴ Voir ci-dessous ch. 1.6.1

1.2.4 Obligation de signaler dans le secteur privé et dans le secteur public

La motion Gysin pose principalement la question du droit de signaler: dans quels cas un employé peut-il signaler un fait répréhensible, le cas échéant à l'externe, et de quelle protection légale doit-il bénéficier dans ces cas? La question de l'obligation de signaler est différente. A l'interne, elle ne résulte pas de la pesée entre l'obligation de fidélité et de discrétion et l'intérêt au signalement mais de la détermination des cas où l'obligation de fidélité impose le signalement. A l'externe, elle constitue une injonction aux destinataires de l'obligation et exclut toute prise en compte de l'obligation de fidélité et de discrétion. Elle se pose principalement dans l'intérêt de la poursuite pénale.

La motion Gysin ne la pose qu'en relation avec la fonction publique fédérale pour des infractions pénales. Plus précisément, c'est l'introduction d'une obligation générale de signaler qui se pose. En effet, le droit en vigueur prévoit déjà une obligation de signaler à l'interne, au cas par cas par application de l'obligation de fidélité ou, à l'externe, dans des domaines particuliers. Cela vaut tant dans le secteur privé que dans le secteur public.

L'obligation de signaler dans le secteur privé est réglée de manière satisfaisante dans le droit en vigueur. Il n'est pas justifié de s'écarter du mandat de la motion Gysin et de prévoir une obligation générale. Une telle obligation peut toujours être introduite dans des lois spéciales si un besoin existe dans des domaines particuliers. L'obligation de fidélité peut également être concrétisée ou étendue conventionnellement.

La situation est différente dans le secteur public s'agissant en particulier de la poursuite d'infractions pénales. La question du signalement dans la fonction publique fédérale étant traitée dans un projet distinct, nous renvoyons aux propositions et aux explications faites dans ce projet⁶⁵.

1.2.5 Sanction plus sévère en cas de licenciement abusif ou injustifié

Dans le droit en vigueur, un licenciement suite à un signalement conforme à l'obligation de fidélité et de discrétion sera considéré comme abusif ou injustifié, par application des règles générales du droit du travail. Les sanctions du licenciement seront donc les mêmes que pour tout autre licenciement abusif ou injustifié. La nécessité de remettre en question ces principes pour protéger les travailleurs qui signalent des faits répréhensibles a été examinée conformément au mandat de la motion Gysin (ch. 2).

Le travailleur qui découvre des faits répréhensibles sur son lieu de travail choisira souvent de se taire par peur d'éventuelles représailles. Le licenciement est la mesure principale à prendre en compte à cet égard. Des faits qu'il aurait été légitime de signaler peuvent ainsi rester secrets. L'intérêt à sanctionner plus sévèrement le licenciement doit être examiné dans ce contexte.

Dans les rapports de droit public, la réintégration, déjà prévue par le droit en vigueur, constitue la sanction la plus sévère contre le licenciement abusif ou injustifié. Elle permet à l'employé de conserver sa place de travail ou de se voir

⁶⁵ Voir ci-dessus ch. 1.1.4.1.

proposer une autre fonction. L'employé dispose donc d'une protection suffisante contre les conséquences d'éventuelles représailles. Cette protection doit d'autant plus être accordée s'il existe une obligation de signaler. Dans ce cas en effet, l'obligation de fidélité ou de discrétion ne peut justifier un éventuel licenciement. Bien au contraire: l'employé, s'il ne se conforme pas à son obligation de signaler, risque d'être sanctionné. Des mesures de représailles contre un comportement conforme à l'obligation de signaler doivent donc être strictement sanctionnées. Nous renvoyons à cet égard aux solutions proposées dans le projet de loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération⁶⁶.

Dans les rapports de droit privé, les indemnités prévues aux art. 336a, al. 1 et 2, et 337c, al. 3 CO reflètent des prises de position de principe du législateur pour les rapports de travail du secteur privé. La première consiste à sanctionner le licenciement par une indemnité et non par la nullité et la seconde à prévoir une limite maximale à l'indemnité, fixée à six mois de salaire.⁶⁷

A première vue, l'annulabilité du licenciement permettrait de maintenir le travailleur qui signale des faits répréhensibles dans son emploi, levant ainsi sa crainte de perdre son poste de travail et favorisant le signalement légitime. Plusieurs raisons plaident cependant en défaveur d'une telle mesure. L'annulation du licenciement a un caractère exceptionnel en droit privé du travail. Son introduction doit répondre à des raisons impérieuses. L'indemnité prévue dans le droit en vigueur a déjà une fonction préventive contre des licenciements abusifs ou injustifiés. L'art. 10 LEg répond ainsi à une volonté législative claire de faire appliquer le principe constitutionnel de l'égalité dans la relation de travail. Le cas du signalement n'est pas comparable. Le signalement, s'il doit être reconnu comme un droit à part entière du travailleur, se rattache à l'obligation de fidélité et doit être protégé au même titre que toute autre prétention découlant du contrat de travail si elle est invoquée. La même conclusion s'impose en comparaison aux autres cas d'application de l'art. 336 CO. Par ailleurs, le signalement, s'il n'est pas légitime, ne doit pas être encouragé. La nullité du congé constitue à cet égard trop absolue en regard du risque de signalements infondés ou clairement disproportionnés. Leurs auteurs devraient être maintenus à leur place de travail tant que le caractère justifié du licenciement n'a pas été clarifié. Le cas traité à l'ATF 127 III 310, où les dysfonctionnements chez l'employeur ont été divulgués directement au public, est significatif à cet égard. Cette sanction est d'autant plus déséquilibrée que le signalement est réglé pour tout fait répréhensible. Il peut s'agir de cas peu graves qui, même s'ils doivent également faire l'objet d'une protection, ne justifient en rien une mesure si incisive.

L'augmentation de l'indemnité en cas de licenciement suite à un signalement légitime a également été examinée. La liberté de licencier est alors respectée dans son principe, le licenciement étant valable dans tous les cas. Le législateur a fixé le maximum légal de l'indemnité à six mois en étant bien conscient de l'effet dissuasif que doit avoir la sanction, en particulier pour l'employeur. Il avait également en vue que la grande majorité des destinataires seraient des petites et moyennes entreprises et qu'une limite trop élevée pourrait encourager les prétentions téméraires. Une remise en cause fondamentale du montant de l'indemnité, qui s'appliquerait à tout

⁶⁶ Message du 10 septembre 2008 relatif à la loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (loi sur l'organisation des autorités pénales, LOAP), FF 2008 7371

⁶⁷ BO CN 1985 1128 ss; BO CE 1987 346 s.

licenciement abusif ou injustifié, est à écarter d'emblée dans le cadre de ce projet. Elle ne peut être envisagée qu'en relation avec la problématique du signalement. Or, les raisons évoquées ci-dessus en relation avec l'annulation du licenciement amènent à mettre le signalement légitime sur le même niveau que les autres motifs de licenciement abusif. La nécessité d'éviter les signalements infondés ou clairement disproportionnés et le caractère général de la réglementation, qui regroupe tant des cas graves que moins graves, vont également dans ce sens. Ces raisons sont de la même manière valables en cas de licenciement immédiat sans justes motifs.

L'importance du signalement n'est pas sous-estimée de ce fait. La réglementation des conditions du signalement et la reconnaissance explicite du caractère abusif du licenciement donnent un cadre clair aux travailleurs qui découvrent des faits répréhensibles. Les cas dans lesquels un intérêt prépondérant existe seront ainsi déterminés dans la loi. La priorité donnée au signalement à l'employeur par rapport au signalement externe sera également explicitement énoncée comme le caractère abusif du licenciement. La sanction du droit en vigueur constitue à cet égard une solution équilibrée qui déploie un effet préventif sans favoriser les signalements et les prétentions exagérés et les conflits qui en découlent.

Ces considérations ne valent pas pour la fonction publique, qui connaît la réintégration comme sanction d'un licenciement sans motifs valables ou sans justes motifs. Celle-ci peut donc être maintenue contre des licenciements suite à un signalement. Elle est d'autant plus nécessaire lorsque l'employé agit conformément à son obligation de signaler.

1.2.6 Sanction des autres mesures de représailles

Une interdiction d'autres mesures de représailles pourrait venir compléter la protection accordée en vertu de l'art. 328 CO. Elle ne devrait toutefois pas valoir uniquement dans les cas de signalement. Il ne serait en effet pas compréhensible d'introduire une telle règle dans les cas de signalement alors que des représailles pour d'autres motifs ne sont pas prohibées. Le présent projet s'en tient donc à la protection découlant du droit de la personnalité du travailleur. Celle-ci couvre déjà les mesures principales, comme le harcèlement, l'affectation à des tâches qui ne correspondent pas au profil du travailleur et l'inégalité de traitement dans une certaine mesure. La motion Gysin (ch. 2) se limite par ailleurs au licenciement, qui reste la mesure la plus grave qui peut être prise.

Une autre option a été choisie pour la fonction publique fédérale. Nous renvoyons à cet égard au message du 10 septembre 2008 relatif à la loi sur l'organisation des autorités pénales⁶⁸.

1.3 Les changements proposés

Le présent projet se concentre sur les rapports de droit privé. Il propose donc une modification du code des obligations. Les propositions qui concernent la fonction publique fédérale seront toutefois appelées.

⁶⁸ FF 2008 7371

1.3.1 Modification du code des obligations

Conditions du signalement (art. 321a^{bis} et 362)

Conformément au mandat de la motion Gysin (ch. 1), cette nouvelle disposition règle les conditions du signalement dans le code des obligations. Elle s'applique donc aux rapports de droit privé, sauf renvoi ou comblement d'une lacune en droit public.

La place des nouvelles règles montre clairement qu'il s'agit de concrétiser l'obligation de fidélité dans la loi. La réglementation prévue s'appuie sur le droit en vigueur. Les critères de l'intérêt prépondérant et de la proportionnalité sont ainsi maintenus et précisés. La disposition règle le signalement interne à l'employeur (al. 1) ainsi que le signalement externe, à l'autorité et à l'opinion publique (al. 2 et 3). Le signalement doit être effectué de bonne foi. Le secret professionnel et les lois spéciales sont réservés (al. 4; voir ch. 1.4 ci-dessous).

Les dispositions réglant le signalement externe sont ajoutées à la liste des dispositions de droit relativement impératif. Les parties ne pourront ainsi pas prévoir de conditions plus strictes du signalement.

Licenciement abusif (art. 336, al. 2, let. d)

Le licenciement dans le délai suite à un signalement conforme à l'art. 321a^{bis} P-CO est explicitement déclaré comme abusif. Cette solution reflète la situation actuelle. Le licenciement avec effet immédiat est également injustifié vu que l'obligation de fidélité est respectée. Une réglementation explicite n'est cependant pas nécessaire.

La modification a été introduite à l'al. 2, car les rôles sont clairement distribués en cas de signalement. Celui-ci est le fait d'un travailleur et le licenciement celui de l'employeur, qui réagit au signalement.

Réserve du secret professionnel et des lois spéciales

Le secret professionnel et les règles spéciales sont réservés.

Le secret professionnel protège un intérêt spécifique à la confidentialité et a une portée qui dépasse le cadre des rapports de droit du travail. La réserve prévue garantit l'intérêt des particuliers à la confidentialité pour les professions soumises au secret et assure une application identique du secret professionnel, indépendamment du statut de salarié ou d'indépendant de la personne soumise au secret. La situation est exposée plus en détails ci-dessous (ch. 1.4).

La solution proposée ne s'applique pas si une loi spéciale règle la question du droit ou de l'obligation de signaler. Les solutions actuelles ou futures adoptées pour des domaines particuliers seront donc toujours possibles, qu'elles soient plus larges ou plus restrictives.

1.3.2 Fonction publique fédérale

Le projet de loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération⁶⁹ propose un nouvel art. 22a LPers. Celui-ci prévoit une obligation de dénoncer les crimes et délits poursuivis d'office (al. 1) et un droit de signaler les autres irrégularités au Contrôle fédéral des finances (al. 2). Le licenciement en

⁶⁹ FF 2008 7431

raison d'un signalement conforme à l'art. 22a P-LPers est annulable et l'employé peut être réintégré (art. 14, al. 1, let d, P-LPers). Tout autre désavantage sur le plan professionnel est également prohibé (art. 22a, al. 5, P-LPers). Nous renvoyons pour les détails au projet susmentionné.

1.4 Justification et appréciation de la solution proposée

La solution proposée répond au mandat de la motion Gysin qui est ainsi réalisé. Les raisons qui la justifient sont exposées en détail dans l'examen du besoin de légiférer (ch. 1.1.4) et l'exposé des solutions étudiées (ch. 1.2). Les grandes lignes de la solution proposée sont ici rappelées et les effets sur le droit pénal examinés.

Régler le signalement dans la loi

Une réglementation légale pallie au manque de clarté et de prévisibilité résultant de la situation actuelle. Celle-ci se caractérise par une superposition, d'une part, de règles générales découlant de la concrétisation de l'obligation de fidélité et de discrétion et des exceptions générales du droit pénal et, d'autre part, de règles spécifiques prévues dans les lois spéciales. La pratique actuelle a posé les critères du signalement légitime mais des questions importantes restent encore sans réponse (existence d'un intérêt prépondérant, licéité du signalement externe direct). Le caractère abusif d'un congé-représailles doit aussi être prévu dans la loi.

Respect des critères développés dans le droit en vigueur

La solution proposée se base sur les critères de l'intérêt prépondérant et de la proportionnalité. Ils sont bien établis et permettent de prendre en compte l'intérêt public au signalement tout en préservant celui de l'employeur. L'obligation de fidélité et de discrétion n'est ainsi pas fondamentalement remise en cause. Les signalements infondés ou clairement disproportionnés ne sont également pas encouragés.

Respect des principes actuels du droit du travail

La solution proposée s'inscrit dans le cadre général du droit du travail en vigueur. Le licenciement suite à un signalement légitime est en particulier sanctionné selon les règles des art. 336ss et 337ss CO. Le signalement légitime est ainsi reconnu comme un motif de licenciement abusif, au même titre que tout autre motif. Une protection plus étendue contre le licenciement, spécifique au signalement, n'a pas été prévue.

Effet sur les règles pénales protégeant le secret

La solution proposée dans le code des obligations n'a pas été explicitement intégrée au code pénal, comme exception aux secrets protégés pénalement. Ces secrets sont déjà aujourd'hui sujets à exception en cas de signalement sur la base des faits justificatifs généraux du droit pénal. L'art. 321a^{bis} P-CO sera ainsi pris en compte comme fait justificatif prévu par la loi en vertu de l'art. 14 CP. Cette disposition énonce qu'un acte autorisé ou ordonné par la loi n'est pas punissable. Le signalement conforme à l'art. 321a^{bis} P-CO ne sera donc pas punissable par application de l'art. 14 CP. Cet effet de l'art. 321a^{bis} P-CO en droit pénal est adéquat du point de vue de la protection du signalement. Une coordination entre le droit du travail et le droit pénal est en effet nécessaire. Il ne serait pas cohérent qu'un signalement soit licite et admis

d'après la réglementation proposée en droit du travail et le travailleur protégé, mais que des poursuites pénales puissent être engagées contre lui en raison de ce même signalement. En principe donc, les choix législatifs effectués en rapport avec l'obligation de discrétion vaudront aussi en droit pénal. A titre d'exemple, le secret de fonction (art. 320 CP) sera limité d'autant par l'obligation et le droit de signaler prévus pour la fonction publique fédérale. Le recours à l'art. 14 CP ne sera même parfois pas nécessaire. Le secret d'affaires et le secret commercial protégés à l'art. 162 CP doivent ainsi découler d'une obligation légale ou contractuelle, l'obligation de discrétion de l'art. 321a, al. 4, CO étant ici la première concernée. La limite que pose l'art. 321a^{bis} P-CO à l'obligation de discrétion aura donc un effet direct sur l'application de l'art. 162 CP.

La prise en compte de l'art. 321a^{bis} P-CO en droit pénal peut cependant ne pas être indiquée si la protection du secret a une portée spécifique par rapport à l'obligation de discrétion du droit du travail. C'est le cas du secret professionnel protégé à l'art. 321 CP, 47 LB et 43 LBVM. Il fait de ce fait l'objet d'une réserve à l'art. 321a^{bis}, al. 4, P-CO. Elle a pour effet d'exclure l'application de l'art. 14 CP en relation avec l'art. 321a^{bis} P-CO aux employés soumis au secret professionnel.

L'art. 321a^{bis}, al. 1 à 3, P-CO ne sera par conséquent pas applicable aux employés soumis au secret professionnel. Tout signalement ne leur est toutefois pas interdit pour autant. Conformément à la situation actuelle, c'est la pratique qui concrétisera les principes généraux, en mettant en balance l'intérêt au signalement et l'intérêt à la protection du secret professionnel. La prise en compte du secret professionnel pourra avoir pour résultat d'admettre le signalement à des conditions plus strictes.

La réserve relative au secret professionnel se justifie car celui-ci soumet certaines professions à un secret spécifique, qui n'est pas corrélié à un contrat de travail et à l'obligation de discrétion qui y est prévue. Il s'agit bien plus en général de relations relevant du contrat de mandat. Dans ce cas, la protection de la relation de confiance avec les clients pourra amener à une acceptation plus stricte du droit de signaler. L'application de la solution proposée ne sera donc pas toujours indiquée à titre d'exception relevant de l'art. 14 CP. Elle peut même s'avérer problématique. L'application des faits justificatifs généraux n'est ainsi pas unanimement reconnue en l'absence de l'autorisation écrite de l'autorité supérieure ou de surveillance prévue à l'art. 321, ch. 2 CP. A supposer qu'elle le soit, l'application de l'art. 321a^{bis} P-CO n'interviendrait que si le professionnel est soumis à un rapport de travail, à l'exclusion des mandataires. Ne bénéficieraient ainsi de l'art. 321a^{bis} P-CO que les employés au sens des art. 47 LB et 43 LBVM et non les mandataires par exemple.

1.5 Corrélation entre les tâches et les ressources financières

Le présent projet se rapporte au secteur privé. Il favorisera la détection d'infractions pénales et d'actes illicites. Il facilite ainsi la tâche des autorités chargées de l'application de la loi. Il ne nécessite pas de ressources financières additionnelles.

1.6 **Droit international, relation avec le droit européen et droit comparé**

1.6.1 **Droit international**

Le signalement est reconnu en droit international dans le contexte de la lutte contre la corruption. Les signalements d'employés qui constatent des actes de corruption sur leur lieu de travail sont souvent le seul moyen de découvrir ces actes. Ils prennent donc une importance particulière dans ce contexte. La Suisse est partie à la convention du 21 novembre 1997 de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales⁷⁰. Celle-ci prévoit, à son art. 12, un programme de suivi systématique afin de surveiller et promouvoir la pleine application de la convention, mené par le Groupe de travail de l'OCDE contre la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales. La convention pénale du 27 janvier 1999 du Conseil de l'Europe sur la corruption⁷¹, ratifiée par la Suisse, prévoit à son art. 22 que les personnes qui fournissent des informations concernant les infractions pénales établies par la convention doivent bénéficier d'une protection légale. Elle n'inclut cependant que les personnes elles-mêmes inculpées qui acceptent de collaborer avec la justice⁷². L'art. 24 prévoit un suivi de la mise en œuvre de la convention qui est assuré par le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO). L'art. 9 de la convention civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 sur la corruption⁷³ requiert une protection adéquate contre toute sanction injustifiée à l'égard des employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou aux autorités responsables. La Suisse n'a pas ratifié cette convention. La convention des Nations-Unies du 9 décembre 2003 sur la corruption comprend une disposition similaire à son art. 33. La Suisse envisage de ratifier cette convention⁷⁴. Le droit suisse en vigueur est conforme à l'art. 33 qui est formulé de manière peu contraignante⁷⁵.

Le Groupe de travail de l'OCDE contre la corruption a, dans son rapport d'évaluation du 24 décembre 2004 sur la situation de la Suisse, recommandé à la Suisse d'examiner les moyens d'assurer une protection effective des personnes collaborant avec la justice, notamment des travailleurs qui révèlent de bonne foi des faits suspects de corruption, de façon à encourager ces personnes à les signaler sans crainte de représailles de licenciement.⁷⁶ Dans le rapport de suivi sur la mise en œuvre des recommandations au titre de la phase 2, du 2 mai 2007, le Groupe de travail, faisant référence au travaux en cours en rapport avec la motion Gysin, observe que la recommandation a été en partie appliquée.⁷⁷

⁷⁰ RS 0.311.21

⁷¹ RS 0.311.55

⁷² Message du 10 novembre 2004 concernant l'approbation et la mise en œuvre de la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption et du Protocole additionnel à ladite convention (Modification du code pénal et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale), ch. 2.2.15.1

⁷³ STE n° 174

⁷⁴ Message du 21 septembre 2007 concernant la Convention des Nations Unies contre la corruption, FF 2007 6931

⁷⁵ *Ibid.*, ch. 2.3.2.7

⁷⁶ Ch. 146, let. c

⁷⁷ Ch. 8

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le GRECO a également, dans son Rapport d'évaluation sur la Suisse du 4 avril 2008, remarqué que l'adoption d'une législation protégeant le signalement pourrait contribuer à une meilleure détection de la corruption en Suisse, dans le secteur public comme dans le secteur privé. A cet égard, la protection contre toute forme de représailles serait souhaitable. Le GRECO recommande donc à la Suisse l'adoption d'un cadre normatif destiné à protéger efficacement les personnes qui signalent des soupçons de corruption.⁷⁸ La Suisse doit mettre en œuvre cette recommandation jusqu'au 31 octobre 2009. Le Conseil fédéral a décidé, le 3 septembre 2008, de la suite à donner aux recommandations du GRECO. Parmi elles figure la mise en consultation du présent projet. Les recommandations ont par ailleurs été envoyées aux cantons par le DFJP, qui les a invités à les examiner.

La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'affaire *Guja c. Moldova*⁷⁹, a traité de la question du signalement en relation avec la liberté d'expression. Elle a d'abord jugé que la liberté d'expression couvre la transmission d'informations et s'étend à la sphère professionnelle (ch. 51 et 52). Les conditions de la base légale et de l'intérêt public en rapport avec la confidentialité et l'obligation de discrétion ne posaient pas de problème. C'est en rapport avec la proportionnalité qu'une pesée entre les intérêts de l'employeur - public dans ce cas - et l'intérêt général à ce que des informations soient divulguées a été effectuée (ch. 69 ss). Un intérêt public prépondérant peut ainsi prévaloir sur l'obligation de discrétion, mais la divulgation au public doit avoir un caractère subsidiaire par rapport au signalement à l'employeur ou à l'autorité (ch. 73 et 74). L'exactitude de l'information et les motivations de l'employé sont également à prendre en compte (ch. 75 et 77).

1.6.2 Relation avec le droit de l'Union européenne

Les normes de droit du travail adoptées par l'Union européenne ne comprennent pas de règles sur le signalement. En particulier, la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail⁸⁰ ne proscriit les actes discriminatoires qu'en rapport avec la religion, les convictions, l'handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle (art. 1) et n'a pas pour objet des actes de représailles.

1.6.3 Droit comparé

Etats-Unis

Le *Whistleblower Protection Act* (WPA) de 1989⁸¹ protège le signalement dans la fonction publique fédérale sans se limiter à une catégorie de faits répréhensibles. Le secteur privé ne dispose pas d'une protection générale en droit fédéral. De nombreuses lois sectorielles couvrent par contre le secteur privé. La plus importante est la loi *Sarbanes-Oxley* (SOX) adoptée en 2002⁸². Elle couvre les entreprises soumises aux sections 12 et 15d du *Securities Exchange Act* de 1934⁸³, à savoir la

⁷⁸ Ch. 156, ii

⁷⁹ Arrêt du 12 février 2008, Requête n° 14277/04

⁸⁰ JOCE du 2.12.2000, L 303/16

⁸¹ Voir 5 USC § 1213 et 5 USC 2302, b, 8

⁸² Section 806, 18 USC § 1514A

⁸³ 18 USC § 1514A, a

plupart des entreprises dont le capital est ouvert au public⁸⁴. Elle vise le signalement de délits dans le domaine bancaire et financier ainsi que tout acte qui peut porter atteinte aux intérêts des actionnaires. Les lois sectorielles fédérales et régionales concernent des domaines variés, touchant par exemple la santé et la sécurité des employés, la sécurité nucléaire ou le droit de l'environnement⁸⁵. Une clause de protection des signalements a dernièrement été introduite en matière de sécurité des produits de consommation⁸⁶. A défaut de règles légales, les principes développés par la jurisprudence peuvent être invoqués.

Le droit américain du travail est régi par la doctrine dite du *at will* ou la liberté de licencier sans motif. Cette liberté a été sujette à exceptions développées par la jurisprudence. La Court suprême de Californie a ainsi admis en 1959, pour un rapport de droit privé, une exception dite de politique publique (*public policy*), qui permet d'apprécier la licéité du licenciement ou d'un acte de représailles au regard de l'intérêt public ou d'intérêts collectifs⁸⁷. Plus de quarante Etats admettent aujourd'hui cette exception et la majorité reconnaît que le signalement en est un cas d'application. Les conditions du signalement sont différentes suivant les Etats. Dans la plupart des Etats, il pourra porter sur des infractions pénales ou des actes contraires à la loi. Le signalement direct aux autorités est également admis et l'alerte aux médias n'est pas exclue. Le licenciement ou l'acte de représailles est qualifié d'acte délictuel dans la plupart des Etats. Il donne donc lieu au paiement de dommage-intérêts punitifs⁸⁸.

Les diverses lois spéciales prévoient des conditions de protection et des procédures de contestation différentes. Elles visent toutefois en général tout acte de représailles, permettent le signalement externe et garantissent la réintégration.⁸⁹ Nous nous limitons ici au *Whistleblower Protection Act* et à la loi *Sarbanes-Oxley*.

Le WPA⁹⁰ est d'application très large. Il vaut pour tous les employés, anciens employés ou postulants à un emploi. Sont exclus les services liés à la sécurité intérieure et au renseignement⁹¹. La dénonciation doit porter sur une violation de la loi, une gestion manifestement fautive, une perte substantielle de fonds, un abus de pouvoir ou un danger substantiel et spécifique à la santé ou la sécurité publique.⁹² La loi englobe volontairement «tout signalement» (*any disclosure*)⁹³. Le destinataire de la dénonciation n'est spécifié qu'en relation avec des informations confidentielles

84 Voir Sephen M. Kohn / Michael D. Kohn / David K. Colapinto, *Whistleblower Law - A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*, 2004, p. 70.

85 Voir par exemple, OSHA Fact Sheet, sous http://www.osha.gov/OshDoc/data_WhistleblowerFacts/whistleblower_protections-general.pdf, les lois de la compétence du Organisational Safety and Health Administration (OSHA).

86 Section 219, Consumer Product Safety Improvement Act, H.R. 4040 et S.2663, signé par le président le 14 août 2008.

87 *Petermann v. International Brotherhood of Teamsters*, 174 Cal. App. 2d 184 (1959)

88 Voir sur la jurisprudence, Graser, Daniela, *Whistleblowing: Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht*, Francfort-sur-le-Main 2000, p. 47ss

89 Voir OSHA Factsheet (note 85) et Graser (note 88), p. 76, 79-80, 83

90 Voir pour une présentation plus complète: CRS Report for Congress, L. Paige Whitaker, *The Whistleblower Protection Act: An Overview*, 12 mars 2007, RL 33918, disponible sous <http://openers.com/document/RL33918>

91 5 USC § 2302, a, 2, C

92 5 USC § 1213, a, 1

93 L. Paige Whitaker (note 90), p. 3-4

relevant de la défense nationale ou des affaires étrangères⁹⁴. L'employé doit pouvoir admettre raisonnablement que l'acte a été commis (*reasonable belief*).

Un acte de représailles suite à un signalement est discriminatoire. Les actes visés englobent tout acte modifiant les conditions de travail de l'employé⁹⁵, comme une promotion, un transfert, une réaffectation, une évaluation de performance ou la prescription d'un test psychiatrique. La causalité entre l'acte de représailles et la dénonciation n'est pas soumise à un critère strict. Le terme *because of* a remplacé *a reprisal for* pour supprimer la preuve de l'intention de représailles exigée à l'origine⁹⁶. Le signalement doit avoir été un facteur qui a contribué à l'acte de représailles, de manière prépondérante ou non⁹⁷. Avant cela, la preuve que la dénonciation fut le facteur prépondérant devait être apportée. L'employeur doit par contre, pour se disculper, apporter la preuve pleine (*clear and convincing evidence*) qu'il aurait agi de la même manière en l'absence de signalement.

La procédure pour contester un acte pris contre l'employé est définie. L'employé ne peut s'adresser dans la plupart des cas qu'à une autorité administrative (OSC, Office of Special Counsel) chargée de recevoir et d'examiner les plaintes relatives aux *prohibited personnel practices* (actes discriminatoires) dans l'administration fédérale⁹⁸. Dans un deuxième temps, l'affaire pourra être portée par l'OSC ou l'employé au Merits Systems Protection Board (MSPB), qui a un pouvoir de décision sur le fond. La suspension de l'acte litigieux pendant la procédure peut également être prononcée⁹⁹. Une action directe de l'employé devant le MSPB est possible dans certains cas¹⁰⁰. L'employé peut aussi recourir à des procédures arbitrales prévues dans une convention collective.

La section 806 de la *loi Sarbanes-Oxley* accorde une protection large en cas de signalement. L'employé doit pouvoir raisonnablement admettre la commission de l'acte sans avoir à l'établir. Il reste protégé même si la personne visée est innocentée dans une procédure ultérieure. Le signalement peut être adressé indifféremment à une autorité fédérale ayant un pouvoir réglementaire ou exécutif, à un membre ou à un comité du Congrès, ou à son supérieur ou à un organe dans l'entreprise chargé de poursuivre des actes répréhensibles¹⁰¹. Le système d'alerte interne institué à la section 301 de la loi ne doit donc pas être utilisé pour que la dénonciation soit protégée. La jurisprudence relative à d'autres lois dont la loi Sarbanes-Oxley ne semble pas vouloir s'écarter admet aussi la révélation aux médias, à des organisations non-gouvernementales ou aux syndicats¹⁰². Les actes de représailles prohibés comprennent tout acte discriminatoire qui a un effet sur les conditions d'emploi de l'employé. Celui-ci doit prouver que la révélation fut un facteur qui a contribué à l'acte discriminatoire, pas nécessairement de manière prépondérante. Le degré de la preuve est différent suivant les étapes de la procédure: la première requête devant le Secretary of Labor doit montrer que le lien entre la révélation et l'acte de représailles est vraisemblable (p. ex. la proximité dans le temps entre les

⁹⁴ 5 USC § 2302, b, 8, A et B

⁹⁵ 5 USC § 2302, a, 2, A

⁹⁶ L. Paige Whitaker (note 90), p. 7

⁹⁷ L. Paige Whitaker (note 90), p. 11

⁹⁸ 5 USC 1212, a, 2

⁹⁹ 5 USC § 1214 b, 1, A

¹⁰⁰ L. Paige Whitaker (note 90), p. 8

¹⁰¹ 18 USC 1504a, a, 1

¹⁰² Stephen M. Kohn / Michael D. Kohn / David K. Colapinto, *Whistleblower Law - A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*, 2004, p. 87-88 et jurisprudence citée

deux suffit).¹⁰³ Si l'affaire est portée devant le juge administratif, l'employé doit établir ce lien avec une haute vraisemblance, la preuve par indices étant admise¹⁰⁴. L'employeur peut se libérer à chaque stade en prouvant qu'il aurait pris la mesure même en l'absence de signalement. Le degré de la preuve est par contre celui de la certitude.

L'employé peut contester une mesure de représailles au Secretary of Labor (SOL).¹⁰⁵ Si celui-ci n'a pas rendu de décision finale dans un délai de 180 jours, l'employé peut porter l'affaire devant le juge, qui pourra juger à nouveau¹⁰⁶. La décision du SOL peut être portée devant le juge administratif. La décision de ce dernier peut elle-même faire l'objet d'un appel.

La *loi Sarbanes-Oxley* vise à rétablir la situation prévalant avant l'acte incriminé.¹⁰⁷ Elle prévoit donc, le cas échéant, la réintégration de l'employé. Elle prévoit aussi le paiement des arriérés de salaire et d'éventuels dommages-intérêts. Des sanctions pénales sévères sont également prévues. D'une part, le délit d'obstruction à la justice a été amendé pour inclure toute mesure de représailles, dans le cadre de l'activité professionnelle notamment, contre une personne qui a informé une autorité exécutive d'une entrave au droit fédéral¹⁰⁸. La personne est amendable et passible de 10 ans de prison au plus. D'autre part, la violation de la loi Sarbanes-Oxley est assimilée à la violation du *Securities Exchange Act* de 1934¹⁰⁹, qui prévoit des sanctions sévères. La *Securities and Exchange Commission* (SEC) peut de ce fait exercer ses pouvoirs d'investigation.

Royaume-Uni

Le Royaume-Uni a réglé le droit de signaler de manière complète, pour le secteur privé et la fonction publique, dans le *Public Interest Disclosure Act 1998* (PIDA)¹¹⁰, en vigueur depuis le 2 juillet 1999. Cette loi a été adoptée suite à plusieurs catastrophes dues à des lacunes de sécurité. Le personnel, bien que connaissant ces lacunes, craignait de les signaler par peur de représailles. La loi se base sur une jurisprudence bien établie sur la confidentialité et l'intérêt public. Les dispositions ont été intégrées dans le code du travail anglais (*Employment Rights Act 1996; ERA*)¹¹¹ dans une partie IV A: Protected disclosures.

L'art. 43B PIDA définit les actes qui peuvent être dénoncés: infraction pénale, violation d'une obligation légale, erreur judiciaire, mise en danger de la santé ou de la sécurité d'une personne, dommage ou risque de dommage à l'environnement, dissimulation d'une information relative aux actes décrits précédemment. Le travailleur doit pouvoir raisonnablement admettre la réalisation de ces actes. Le signalement n'est pas protégé si les faits signalés sont couverts par le secret professionnel et portés à la connaissance de l'employé en vue de conseils juridiques.

¹⁰³ § 1980.104, Procedures for the Handling of discrimination Complaints Under Section 806 of the Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002, Title VIII of the Sarbanes-Oxley Act of 2002, Fed. Register 68:31859-31868

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 1980.109

¹⁰⁵ 18 USC 1504a, b, 1, A

¹⁰⁶ 18 USC 1504a, b, 1, B

¹⁰⁷ 18 USC 1504a, c, 1

¹⁰⁸ 18 USC 1513e

¹⁰⁹ Sarbanes Oxley Act, Sec. 3, b, 1

¹¹⁰ 1998 Chapter 23

¹¹¹ 1996 Chapter 18

Les art. 43C à 43G PIDA définissent les destinataires possibles d'une dénonciation, qui doit être faite de bonne foi. Les art. 43C à 43F englobent les personnes à qui le signalement peut être fait sans conditions supplémentaires: l'employeur, un service mis à disposition par lui à cet effet ou à une personne responsable du domaine visé (art. 43C); un conseil juridique lors de prises de renseignements juridiques (art. 40D), à un ministre, si l'employeur a été désigné par lui (art. 43E). Le signalement externe direct n'est possible qu'auprès des personnes désignées par ordonnance à cet effet pour un domaine particulier (art. 40F).

L'art. 43G règle le signalement à d'autres personnes, à savoir des autorités non désignées ou des tiers. Des conditions additionnelles sont alors prévues. Elles tiennent tout d'abord à la personne qui signale: elle peut raisonnablement admettre la véracité des informations communiquées et ne cherche pas un avantage personnel. Le signalement à d'autres destinataires est ensuite possible si un signalement selon les art. 40C à 40F a déjà eu lieu ou si le signalement à l'employeur présente des inconvénients (mesures de représailles, destruction de preuves). Ces conditions remplies, le signalement ne sera pas automatiquement admis. Il doit être raisonnable au vu des circonstances du cas d'espèce: la personne à qui est adressée la dénonciation, la gravité de l'acte dénoncé, la rupture d'un devoir de confidentialité de l'employeur, les mesures prises par l'employeur suite à un premier signalement ou celles qu'il aurait pu raisonnablement prendre, l'utilisation ou non d'une procédure mise à disposition par l'employeur.

L'art. 43H règle le signalement d'actes extrêmement graves. Ils peuvent être dénoncés à toute personne si le signalement peut être considéré comme raisonnable au vu de la personne choisie et des autres circonstances du cas d'espèce. Le travailleur doit aussi être de bonne foi, raisonnablement croire que l'information est véridique et ne pas agir par intérêt personnel.

Toute clause restreignant ou excluant le droit de signaler est nulle (art. 43J).

Le travailleur qui effectue une dénonciation licite est protégé contre toute discrimination de l'employeur (art. 47B). Il a droit à une indemnité équitable tenant compte du dommage subi (art. 48 et 49).

Le licenciement en raison d'un signalement licite est considéré comme abusif au sens de l'*Employment Rights Acts 1996* (art. 103A). Le droit anglais sanctionne le licenciement abusif par la réintégration dans l'emploi, l'offre d'un emploi comparable ou, à défaut, par une indemnité (art. 112). La réintégration ou l'engagement à un poste comparable sont prononcés à l'appréciation du juge, si le travailleur le désire et en fonction de la faisabilité pour l'employeur et la faute concomitante éventuelle du travailleur (art. 116). La réintégration, si elle est prononcée, ne peut faire l'objet de mesures d'exécution forcée. L'employeur qui ne s'y conforme pas doit payer une indemnité à caractère pénal (art. 117).

Le *interim relief* s'applique en cas de licenciement abusif pour cause de dénonciation (art. 128). Il s'agit d'une procédure de mesures provisionnelles basée sur un examen *prima facie* du cas. Le tribunal peut, suivant les cas, ordonner la réintégration, l'affectation à un emploi comparable ou la continuation du contrat jusqu'à la fin du procès. La continuation du contrat s'applique aux prétentions contractuelles pécuniaires uniquement. Le droit anglais ne connaît pas l'exécution forcée d'une obligation non pécuniaire. Il s'agit d'un principe général de *common law*. Le juge ne

peut donc contraindre la reprise du travail par l'employé, la relation de travail étant considérée comme éminemment personnelle.¹¹²

Canada

Le Canada a adopté une loi sur la protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, le 25 novembre 2005¹¹³. Cette loi protège les fonctionnaires contre des actes de représailles consécutifs à la divulgation d'actes répréhensibles. Elle porte sur toute infraction à la loi, à une mise en danger de la vie, de la sécurité ou de l'environnement ainsi qu'à l'usage abusif de fonds ou biens publics et à des cas graves de mauvaise gestion (art. 8). Le signalement interne est prioritaire (art. 12 à 14) mais la révélation publique est prévue expressément à titre subsidiaire (art. 16). Tout acte de représailles est interdit (art. 19).

De plus, suite à l'adoption, le 29 mars 2004, d'un nouvel art. 425.1 dans le Code criminel du Canada¹¹⁴, tout employeur qui sanctionne un employé ayant révélé ou sur le point de révéler un acte qu'il croit contraire à une loi fédérale ou provinciale, à une autorité chargée de l'application de la loi en question, est passible d'une peine de cinq ans d'emprisonnement au maximum.

Pour le reste¹¹⁵, la jurisprudence a admis le signalement comme exception d'intérêt public à l'obligation de fidélité. Il est limité aux fautes graves et le signalement interne est privilégié. Une protection est également prévue dans des lois spéciales, de protection de l'environnement ou relatives à la santé et la sécurité au travail.

France

La France n'a pas de règles spéciales sur le signalement, excepté en matière de corruption. L'art. L. 1161-1 du code du travail, introduit par la loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption¹¹⁶, prévoit la nullité de tout licenciement ou acte discriminatoire à l'égard d'un travailleur qui a «relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.» Le salarié doit seulement établir «des faits qui permettent de présumer qu'il a relaté ou témoigné de faits de corruption». Pour ce qui est d'une réglementation générale, un rapport d'experts de novembre 2006 remis au ministre de l'emploi considère que le droit français du travail pourrait être complété dans cette matière mais qu'il n'y a pas d'urgence¹¹⁷.

Les conditions du signalement par un travailleur ainsi que les sanctions d'éventuelles mesures de représailles se déterminent sur la base des règles générales du droit du

¹¹² Voir à ce sujet Lang, Anna-Naomi, *Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen - Ein Vergleich des englischen, deutschen und schweizerischen Recht*, thèse Bâle 2004, p. 178-179

¹¹³ Gazette du Canada, Partie III, 25 janvier 2006, Vol. 28, n° 5; Partie II, 4 avril 2007, Vol. 141, n° 7

¹¹⁴ Lois du Canada, 2004, chapitre 3

¹¹⁵ Voir Johansen, David, *Projet de loi S-6: Loi sur la dénonciation dans la fonction publique, LS-430F, Contexte*, let. B, disponible sous <http://www.parl.gc.ca/LEGISINFO/index.asp?Language=F&query=3121&Session=11&List=ls>

¹¹⁶ JORF n° 264 du 14 novembre 2007, p. 18648

¹¹⁷ Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives, Rapport établi par Paul-Henri Antonmattei et Philippe Vivien, p. 27-29

travail. Elles ont été posées par la Cour de cassation, examinant l'existence d'une faute grave, qui justifie un licenciement sans préavis.¹¹⁸

Le signalement aux autorités est en principe admis, sans qu'il soit nécessaire d'avertir au préalable l'employeur. Le signalement ne doit pas être mensonger et le salarié ne doit pas avoir agi avec légèreté ou de mauvaise foi. Le signalement doit donc se faire de bonne foi, sans que la réalité des faits dénoncés n'ait à être établie.

La Cour a ainsi jugé qu'un employé qui dénonce à l'inspecteur du travail des faits lui paraissant anormaux, pénaux ou non, ne commet pas en soi une faute. De la même manière, ne commet pas de faute le moniteur qui dénonce des faits relevant pénalement dont les résidents de l'établissement auraient été victimes. La dénonciation à la hiérarchie de propos racistes du responsable du personnel n'est aussi pas constitutive d'une faute, si elle rentre dans le cadre des fonctions de l'employé.

Le droit français connaît la nullité de plein droit du licenciement dans certains cas: licenciement discriminatoire (art. L 1132-1 à 1132-4), licenciement en raison d'une action du salarié pour discrimination (art. L1134-4), licenciement en cas de harcèlement sexuel (art. L 1153-1 à 1153-3) ou moral (art. L 1152-1 à 1152-3). La dénonciation d'actes de discrimination ou de harcèlement est également incluse (art. L 1132-3, 1152-2 et 1153-3). Ce qui vaut pour le licenciement vaut aussi pour tout acte de représailles qualifié de discriminatoire.

Le licenciement ordinaire (ou, à plus forte raison, immédiat) qui n'est pas motivé par une cause réelle et sérieuse est considéré comme abusif. Le juge peut alors proposer la réintégration du salarié dans l'entreprise (art. L 1235-3). Si l'une des parties refuse, le salarié a droit à une indemnité de six mois de salaire minimum (*ibid.*). Le licenciement sans préavis, en l'absence de faute grave, donne droit à une indemnité distincte (art. L 1234-5). Tout licenciement, en l'absence de faute grave et après deux années d'ancienneté, donne droit à une indemnité de licenciement (art. L 1234-9). Elle équivaut, en cas de licenciement pour motif personnel, à 20% du salaire mensuel par année de service et, dès la 10^e année, à 33% du salaire mensuel (art. R 1234-2).

Le signalement en tant que tel n'étant pas constitutif d'une faute, le licenciement, abusif, permet la réintégration et, à défaut, donne droit à une indemnité de six mois de salaire au moins. En cas de dénonciation d'une discrimination ou d'un harcèlement, le licenciement ou toute autre mesure sont nuls de plein droit.

Allemagne

Le droit du travail allemand n'a pas de réglementation spéciale sur le signalement. Ce sont les règles générales du droit du travail qui s'appliquent. Une réglementation spéciale codifiant les principes jurisprudentiels est à l'étude¹¹⁹.

¹¹⁸ Cour de Cassation, Chambre sociale: Pourvoi n° 05-41504, 8 novembre 2006, Bull. 2006 N° 331, p. 321; Pourvoi n° 04-41075, 12 juillet 2006, Bull. 2006 N°245, p. 232; Pourvoi n° 97-43268, 14 mars 2000, Bull. 2000 V N° 104, p. 81.

¹¹⁹ OCDE, Allemagne: Phase 2, Rapport de suivi sur la mise en œuvre des recommandations au titre de la phase 2 sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, approuvé le 8 décembre 2005.

Les arrêts du *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) du 2 juillet 2001, du *Bundesarbeitsgericht* (BAG) du 3 juillet 2003, et du 7 décembre 2006¹²⁰, ont détaillé les règles applicables en cas de signalement d'infractions pénales.

Le travailleur est tenu à un devoir de fidélité et de discrétion. Celui-ci trouve sa limite dans l'exercice de droits constitutionnels. Un particulier qui les exerce ne doit pas subir de sanctions de droit civil de ce fait. La dénonciation pénale aux autorités par le travailleur entre dans le champ de la liberté personnelle (art. 2, al. 1, GG) en relation avec le principe de l'Etat de droit (art. 20, al. 3, GG). L'employeur bénéficie de la liberté économique. Il est libre de collaborer avec les travailleurs qui agissent dans l'intérêt de son entreprise. Son intérêt à garder secrets des actes illicites commis dans l'entreprise est également protégé.

La dénonciation pénale effectuée par l'employé doit être proportionnée. Les indices suivants sont à considérer: pertinence de la dénonciation, motivation du travailleur et dénonciation préalable interne à l'entreprise. Une dénonciation n'est ainsi pas protégée si le travailleur dénonce avec légèreté ou intentionnellement des faits erronés ou si son intention est de se venger ou de nuire à son employeur. La dénonciation préalable à l'employeur n'est pas à privilégier de manière systématique. Sa nécessité est à déterminer dans chaque cas concret. Elle n'est ainsi pas requise si le travailleur se rendrait lui-même coupable d'un acte pénalement réprimé, si l'acte est grave, si l'employeur est lui-même impliqué dans l'acte ou si une réaction n'est raisonnablement pas à attendre.

Un signalement qui répond à ces conditions n'entraîne pas de violation des devoirs contractuels. Un licenciement avec effet immédiat dans ce cas, fondé sur l'art. 626 du code civil allemand (BGB)¹²¹, ne sera donc pas valable. De même, un licenciement ordinaire sera socialement injustifié au sens de l'art. 1, al. 2 de la *Kündigungsschutzgesetz* (KSchG)¹²², car il n'est pas motivé par le comportement du travailleur. Un licenciement injustifié n'est pas valable (art. 1, al. 1, KSchG). Le salarié doit agir dans un délai de 3 semaines dès réception par écrit du licenciement (art. 4 KSchG). La KSchG ne s'applique pas pendant les six premiers mois de travail (art. 1, al. 1, KSchG). Elle ne s'applique de même pas aux entreprises de moins de cinq employés (art. 23, al. 1, 1^{ère} phrase, KSchG). Une protection minimale contre le licenciement existe en dehors de la KSchG, sur la base de l'art. 138 BGB (bonnes moeurs) et de l'art. 242 BGB (bonne foi).

Le tribunal ne prononce pas la nullité si une collaboration servant les intérêts de l'entreprise ne peut plus être exigée (art. 9, al. 1, KSchG). Une indemnité est alors versée au travailleur (*ibid*). Cette indemnité peut aller jusqu'à douze mois de salaire (art. 10, al. 1, KSchG) voire même 15 (travailleur de plus de 50 ans ayant quinze années d'ancienneté) ou 18 mois (55 ans, 20 ans d'ancienneté). La réintégration du salarié pendant le procès n'est pas prononcée avant la décision de première instance, à moins que le licenciement ne soit manifestement injustifié¹²³. Après la première instance, la réintégration est prononcée si la décision a été favorable au travailleur.

¹²⁰ Respectivement, 1 BvR 2049/00, AZR 235/02 et 2 AZR 400/05

¹²¹ Selon publication du 2 janvier 2002, BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738

¹²² Selon publication du 25 août 1969, BGBl I p. 1317

¹²³ BAG, arrêt du 27.2.1985, GS 1/84

Pays-Bas¹²⁴

L'art. 162 du code pénal prévoit une obligation de dénoncer pour la fonction publique. La loi sur le personnel du gouvernement central et des gouvernements locaux prévoit une procédure de signalement d'actes contraires à l'éthique. La personne qui utilise cette procédure de bonne foi (elle n'est pas impliquée dans l'acte de corruption) est protégée contre toute discrimination.

Les employés du secteur privé bénéficient d'une protection sur la base de l'art. 7-611 du code civil néerlandais. Le signalement de bonne foi d'un acte répréhensible (notamment selon la procédure mise en place par l'entreprise) ne constitue pas une violation des devoirs contractuels. Les entreprises doivent mettre en place des procédures internes de signalement conformément au Code de bonne gouvernance en vigueur depuis décembre 2003. Elles soumettent des rapports sur l'application du code et doivent expliquer les raisons pour lesquelles elles ne se sont pas conformées à l'une des règles.

1.7 Application

Le présent projet ne nécessite pas de dispositions d'exécution particulières. Il reviendra aux tribunaux d'appliquer les règles proposées en cas de litiges et de les concrétiser.

1.8 Classement d'interventions parlementaires

Le Conseil fédéral, par le présent projet, remplit le mandat que le Parlement lui a confié en adoptant la motion Gysin (03.3212). Cette motion pourra donc être classée conformément à l'art. 122, al. 2, LParl. Le postulat Marty (03.3344) trouve également une réponse dans le présent projet.

2 Commentaire

Art. 321a^{bis}

L'art. 321a^{bis} P-CO définit les conditions du droit de signaler. Il concrétise l'obligation de fidélité de l'art. 321a, al. 1, CO et pose les limites à l'obligation de discrétion prévue à l'art. 321a, al. 4, CO. Cette disposition reprend les critères de l'intérêt prépondérant et de la proportionnalité actuellement posés par la jurisprudence.

Cette disposition formalise la procédure du signalement, rendant d'autres manières de procéder non conformes à l'obligation de fidélité ou de discrétion. La disposition ne s'applique cependant qu'au signalement. Celui-ci consiste à dénoncer un fait, à l'employeur ou à l'extérieur. En particulier, la consultation d'une personne pour

¹²⁴ OCDE, The Netherlands: phase 2, Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions, juin 2006, <http://www.oecd.org/dataoecd/63/9/37031820.pdf>, p. 17-18

obtenir des éclaircissements sur la situation constatée n'est pas à inclure dans la notion de signalement. Le travailleur qui découvre un fait répréhensible peut en effet légitimement vouloir se renseigner sur la situation avant d'alerter l'employeur ou les autorités. La prise d'informations à cet effet n'est ainsi pas à traiter selon la réglementation proposée. L'obligation générale de fidélité et de discrétion reste cependant applicable. Le recours à une personne ou à une organisation habilitée à donner de tels renseignements, d'ordre juridique en particulier, n'est ainsi pas à proscrire. Le recours à une connaissance ou à un collègue ne sera par contre pas nécessairement admis.

L'al. 1 règle le signalement interne. Celui-ci, s'il est fait de bonne foi à l'employeur et s'il concerne des faits répréhensibles, est conforme à l'obligation de fidélité. *L'al. 1*, en relation avec les al. 2 et 3, stipule également la priorité du signalement interne sur le signalement externe. L'obligation de signaler découlant de l'obligation de fidélité n'est pas remise en cause. Elle continuera à être déterminée selon l'art. 321a, al. 1, CO ou sur la base du droit pénal, si une position de garant est reconnue.

La notion d'employeur est ici centrale puisqu'elle détermine les signalements admis sans être effectués en suivant la voie hiérarchique. L'employeur est ici à comprendre comme tout service habilité à traiter du cas dénoncé. Il pourra ainsi s'agir de la direction de l'entreprise ou d'un service qui a pour tâche de vérifier la conformité au droit des activités de l'entreprise. Le signalement à des collègues ou à des connaissances faisant partie de services voisins qui ne sont pas concernés par le fait en question n'est par contre pas conforme au devoir de discrétion. Si l'employeur désigne expressément un service ou une procédure pour recevoir des signalements, c'est cette voie qui sera déterminante. Seules des circonstances exceptionnelles permettent de s'en écarter (la personne responsable est par exemple impliquée dans le fait signalé).

Les faits répréhensibles comprennent tout fait contraire à une obligation que l'entreprise ou ses collaborateurs doivent respecter, qu'elle serve l'intérêt public ou des intérêts privés. Les infractions à la loi sont tout d'abord concernées. Un employé qui constate un cas de corruption ou la violation de prescriptions de sécurité peut en faire état à son employeur. Les engagements contractuels de l'employeur vis-à-vis de ses clients sont par exemple également visés. Les droits et obligations résultant des rapports de travail entrent également en ligne de compte. Un travailleur peut signaler un cas de harcèlement moral à l'employeur ou des atteintes à la santé du personnel, sans qu'une violation de l'obligation de fidélité ne puisse lui être reprochée.

Le signalement peut également concerner un fait dommageable du point de vue de la bonne marche de l'entreprise ou de la collectivité, sans qu'il soit sanctionné par une règle particulière. Un cas de mauvaise gestion ou une atteinte à l'environnement pourront ainsi être signalés sans qu'une loi ne sanctionne le comportement visé. Il faut uniquement que ce comportement puisse être perçu, de bonne foi, comme dommageable et qu'il faille y mettre fin ou le modifier.

Le signalement doit avoir été effectué de bonne foi. Cette condition s'apparente à la bonne foi prévue à l'art. 336, al. 1, let. d, CO, en cas de congé-représailles. Elle signifie que le travailleur n'a pas à être certain que le fait répréhensible a été ou va s'accomplir. Il doit uniquement avoir des raisons objectives de le croire. En particulier, une vérification ou une procédure ultérieure qui établit que, par exemple, aucune infraction n'a été commise, n'affectera pas la légitimité du signalement. Les motifs personnels du travailleur ne sont pas ici déterminants. Si, en effet, un acte

répréhensible est avéré, et grave de surcroît, l'intérêt à ce qu'il soit signalé ne dépend pas de la motivation du travailleur. L'abus de droit reste réservé.

L'al. 2 règle le signalement externe à l'autorité. Il établit clairement que celui-ci est en principe subsidiaire au signalement interne. Cette règle est conforme au principe de proportionnalité appliqué aujourd'hui par la jurisprudence.

Le signalement externe est limité au cas où l'intérêt public est en jeu. Un intérêt public sera nécessairement donné dès le moment où une autorité publique existe pour recevoir le signalement. Cette condition a cependant également son importance dans les cas où le recours à l'opinion publique entre en ligne de compte. Des faits qui ne touchent que des intérêts privés ne doivent pas être révélés à l'extérieur. Des violations d'obligations contractuelles de l'entreprise envers ses clients ne concernent ainsi que les rapports privés et n'ont pas à être révélés publiquement. Il en ira cependant autrement si des contrats touchent aux intérêts de la collectivité ou si, dans ce cadre, des infractions pénales sont commises.

L'intérêt public ne doit pas avoir été formellement reconnu dans la loi. Le fait répréhensible doit, à cet alinéa également, être considéré de bonne foi comme dommageable, mais uniquement, dans ce cas, à la collectivité. Cette notion devra être concrétisée par la pratique. Une limitation aux infractions légales pourrait en effet engendrer des distinctions arbitraires et dépendre par exemple de la date à laquelle de nouvelles dispositions légales entrent en vigueur.

L'al. 2 dresse une liste exhaustive des cas où le signalement externe est admis. Ils sont ainsi clairement déterminés. La cessation ou la sanction du fait répréhensible doit toujours être prise en considération en premier lieu en vue de l'application de cette disposition. Le signalement aux autorités doit être une mesure nécessaire pour atteindre ce but.

La *let. a* implique qu'un signalement a déjà été effectué à l'employeur. Celui-ci doit prendre les mesures qui s'imposent dans un délai raisonnable. Il devra clarifier la situation et établir l'existence ou non du fait répréhensible. Si nécessaire, les autorités seront également alertées. Les mesures effectives et le délai raisonnable sont à déterminer dans chaque cas, en fonction des actes signalés et des moyens à disposition. Un service désigné pour recevoir des signalements et une procédure interne ne peuvent être exigés systématiquement pour juger du caractère raisonnable du délai. Leur existence ne peut de même pas amener à exclure le signalement externe dans tous les cas. Le service désigné doit agir de manière effective. Une procédure exagérément longue pourra également justifier un signalement externe.

Les *let. b à d* prévoient les cas où un signalement direct aux autorités est autorisé. Des conditions objectives doivent rendre le signalement interne inutile ou disproportionné par rapport à l'intérêt à ce que l'acte soit révélé.

La *let. b* est une conséquence logique de la *let. a*. Si en effet, des circonstances particulières permettent de penser que le signalement interne ne donnera pas lieu à des mesures dans un délai raisonnable, le signalement direct aux autorités doit être admis. Ainsi, par exemple, si l'employeur est lui-même concerné par l'acte répréhensible, s'il en a connaissance et n'a pas réagi ou si, par le passé, aucune mesure n'a été prise dans d'autres cas de signalement. L'existence d'un service et d'une procédure internes de signalement n'excluent pas le signalement direct, mais ne permettent de l'admettre qu'à des conditions strictes. L'inefficacité de la procédure interne doit être manifeste. La *let. c* se rattache à la *let. b* et concerne le

cas particulier où des actes positifs pourraient être accomplis pour empêcher l'élucidation ultérieure de la situation. Ainsi, si des éléments de preuve risquent d'être détruits. La let. d réserve les situations d'urgence. Une réaction rapide est en effet requise dans des cas extrêmes. Il peut s'agir d'infractions très graves à la loi ou de situations où des vies sont en danger. Si les conditions des let. c et d sont remplies après qu'un signalement à l'interne a été effectué, le travailleur pourra procéder à un signalement externe sans que les conditions de la let. a ne soient remplies.

Le travailleur doit s'adresser à l'autorité compétente. Cette notion est à interpréter de manière souple. Un signalement effectué par erreur à la fausse autorité ne porte pas de conséquences. Un avis à toutes sortes d'autorités qui n'ont aucun lien avec le fait en question n'est par contre pas proportionné.

L'al. 3 règle le recours à l'opinion publique. Conformément au mandat de la motion Gysin (ch. 1), le public ne peut être alerté qu'en dernier recours. Le signalement aux autorités selon *l'al. 2* doit en effet avoir été infructueux. Comme l'employeur, l'autorité doit agir dans un délai raisonnable. Là encore, l'intérêt public à ce que les faits répréhensibles soient sanctionnés ou évités doit guider l'application de la norme. L'alerte directe à l'opinion publique est possible dans des cas tout à fait exceptionnels. Le signalement interne doit tout d'abord être exclu en application de *l'al. 2*, let. a à d. Le recours aux autorités doit de plus être clairement inutile. *L'al. 3* exige en effet des circonstances particulières qui doivent montrer que les autorités n'agiront pas. La situation est ici différente de celle de *l'al. 2*, let. b. Si l'employeur peut être impliqué dans le fait signalé, les autorités, sauf circonstances exceptionnelles, n'ont pas de raisons de rester inactives.

Le projet ne détermine pas les moyens à utiliser pour alerter l'opinion. Toute forme de diffusion de l'information ne sera pas admise. La finalité de l'alerte doit être prise en compte. Elle doit servir, comme ultime moyen, à faire respecter l'intérêt public. Les médias et des organisations concernées par le fait en question sont mentionnés à titre d'exemples. Il pourra s'agir notamment d'organisations de protection de l'environnement, d'organisations de protection des consommateurs ou encore de syndicats. Le fait de parler du fait répréhensible à des connaissances n'est par contre pas à considérer comme une manière d'alerter l'opinion. La conformité à l'obligation de fidélité devra être examinée au vu de la règle générale de l'art. 321a CO.

L'al. 4 réserve le secret professionnel et les lois spéciales. Le secret professionnel n'est pas soumis aux règles sur le signalement pour les raisons exposées ci-dessus (voir ch. 1.4). Les lois spéciales peuvent déroger aux règles introduites dans le code des obligations, qui s'appliquent à tous les rapports de travail.

Art. 336, al. 2, let. d

Cette disposition établit le caractère abusif du licenciement prononcé suite à un signalement conforme à l'art. 321a^{bis} P-CO. Comme exposé ci-dessus (ch. 1.2.5), la sanction prévue à l'art. 336a CO vaut également dans ce cas.

La concrétisation de l'obligation de fidélité affectera également l'application des art. 337 ss CO, en cas de licenciement avec effet immédiat. La pratique actuelle s'applique ici de la même manière (voir ch. 1.1.3.3). Un signalement conforme à l'art. 321a^{bis} P-CO ne constituant pas une violation du contrat, le licenciement immédiat sera injustifié dans ces cas. Toute violation de l'art. 321a^{bis} P-CO ne sera pas constitutive de justes motifs.

Art. 362, al. 1

L'art. 321a^{bis}, al. 2 et 3, P-CO est ajouté à la liste des dispositions relativement impératives. Si le signalement interne et ses modalités restent finalement du ressort de l'organisation interne de l'entreprise, le signalement externe met en jeu l'intérêt public et doit être de ce fait possible aux conditions fixées dans la loi. L'intérêt au signalement ne peut faire l'objet d'une appréciation variable qui dépendrait de la volonté des parties.

3 Conséquences

Le présent projet concerne le secteur privé. Il n'a pas de conséquences prévisibles pour la Confédération, les cantons et les communes.

Les conséquences sur l'économie ne sont pas chiffrables. Les actes illicites, de corruption en particulier, peuvent conduire à des distorsions de concurrence et à une mauvaise affectation des ressources. Leur détection, si elle est améliorée, a un effet bénéfique sur l'économie. Le présent projet ne prévoit en particulier pas d'obligation d'instaurer une procédure interne de signalement. Il n'engendre donc pas de coûts supplémentaires pour les entreprises à cet égard.

4 Lien avec le programme de la législature et le plan financier

Un «message relatif à la révision partielle du code des obligations concernant la protection contre le licenciement des personnes qui dénoncent des abus» est prévu dans le Programme de législature 2007 à 2011¹²⁵. L'ouverture de la procédure de consultation est programmée dans les Objectifs 2008 du Conseil fédéral.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

La Confédération peut édicter de la législation de droit public dans le but de protéger les travailleurs sur la base de l'art. 110 Cst. La législation de droit privé se fonde sur l'art. 122 Cst. Le présent projet ne comprend que de la législation de droit privé.

5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse

Le présent projet est compatible avec les obligations internationales de la Suisse. Il va en particulier dans le sens des recommandations émises en rapport avec la mise en œuvre des instruments internationaux adoptés en matière de lutte contre la

¹²⁵ Message du 23 janvier 2008 sur le programme de législature 2007 à 2011, FF 2008 639, 706

corruption (ci-dessus ch. 1.6.1). Le projet est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en la matière (ci-dessus ch. 1.6.2).

5.3 Forme de l'acte à adopter

Le code des obligations sera modifié par l'adoption d'une loi fédérale.

5.4 Délégation de compétences législatives

Le présent projet ne nécessite aucune délégation de compétence. Les modifications législatives peuvent être entièrement réalisées dans le code des obligations. Erläuterung der Thematik

Table des matières

1 Présentation de l'objet	2
1.1 Contexte	2
1.1.1 Problématique	2
1.1.2 Motion Gysin (03.3212) Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption	3
1.1.3 Droit en vigueur	4
1.1.3.1 Procédures internes de signalement	4
1.1.3.2 Obligation et droit de signaler des faits répréhensibles	5
1.1.3.3 Protection contre des mesures de représailles	9
1.1.4 Lacunes du droit en vigueur et besoin de légiférer	11
1.1.4.1 Obligation de signaler	11
1.1.4.2 Conditions du droit de signaler	12
1.1.4.3 Sanctions contre les représailles	14
1.2 Solutions étudiées	14
1.2.1 Réglementation des procédures internes de signalement	14
1.2.2 Loi spéciale	15
1.2.3 Réglementation pour la fonction publique fédérale et cantonale	15
1.2.4 Obligation de signaler dans le secteur privé et dans le secteur public	17
1.2.5 Sanction plus sévère en cas de licenciement abusif ou injustifié	17
1.2.6 Sanction des autres mesures de représailles	19
1.3 Les changements proposés	19
1.3.1 Modification du code des obligations	20
1.3.2 Fonction publique fédérale	20
1.4 Justification et appréciation de la solution proposée	21
1.5 Corrélation entre les tâches et les ressources financières	22
1.6 Droit international, relation avec le droit européen et droit comparé	23
1.6.1 Droit international	23
1.6.2 Relation avec le droit de l'Union européenne	24
1.6.3 Droit comparé	24
1.7 Application	32
1.8 Classement d'interventions parlementaires	32
2 Commentaire	32
3 Conséquences	36
4 Lien avec le programme de la législature et le plan financier	36
5 Aspects juridiques	36
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	36
5.2 Compatibilité avec les obligations internationales de la Suisse	36
5.3 Forme de l'acte à adopter	37
5.4 Délégation de compétences législatives	37