

L'avis de M^e Philippe EIGENHEER
 Avocat, associé - DGE Avocats



Whistleblowing : obligation de discrétion, licenciement et mesures organisationnelles

Qu'entend-on par « whistleblowing » ? Quelle est la situation en droit suisse ? Est-il possible de licencier un « whistleblower » ? Comment limiter le risque de transmission au public ?

La présente contribution a pour objet, après avoir brièvement expliqué la notion de whistleblowing, d'analyser la situation en droit suisse – notamment sous l'angle du licenciement d'un « whistleblower » – et d'aborder quelques mesures propres à limiter le risque de transmission au public.

Monde Economique : Qu'est-ce que le « whistleblowing » ?

M^e Philippe Eigenheer : « To blow the whistle », soit lancer un coup de sifflet, est l'acte par lequel un membre d'une organisation (ancien ou actuel) révèle des pratiques illégales, immorales ou illégitimes, dont l'employeur a la maîtrise, à une personne ou à un organisme susceptible de remédier à la situation. En d'autres termes, le travailleur, whistleblower, qui a connaissance de pratiques non seulement illégales, mais également immorales, les dénonce.

Monde Economique : Quels sont les intérêts en présence ?

M^e Philippe Eigenheer : Le travailleur qui constate des irrégularités sur le lieu de travail est confronté à des intérêts divergents. La bonne marche de l'organisation, l'intérêt public au respect des lois, le débat public en démocratie et l'éthique commandent de signaler l'irrégularité. Toutefois, le signalement aux autorités et surtout à la presse, porte une atteinte aux intérêts de l'employeur qui peut être grave. De même, le signalement constitue une atteinte à la persona-

lité du collaborateur soupçonné. Le signalement peut aussi être à l'origine de tensions et de conflits sur le lieu de travail.

Monde Economique : Quand le signalement d'irrégularités sur le lieu de travail est-il légal ?

M^e Philippe Eigenheer : Actuellement, cette institution est régie par la jurisprudence, le Code des obligations ne comportant aucune disposition particulière. La jurisprudence fait dépendre la licéité du signalement d'une pesée des intérêts entre, d'un côté, la liberté d'expression reconnue au travailleur et, de l'autre, ses obligations contractuelles (notamment son devoir de fidélité et de discrétion) et l'atteinte portée aux intérêts de l'employeur.

Si la pesée des intérêts penche en faveur d'un signalement, par exemple si les irrégularités concernent des infractions pénales ou des violations du droit public, alors le travailleur devra suivre la voie hiérarchique pour sa dénonciation. À défaut de réaction de l'employeur, le travailleur pourra s'adresser à l'autorité compétente puis, en dernier recours, aux médias.

Le lanceur d'alerte doit, dans certains cas, s'adresser directement aux autorités compétentes

Le lanceur d'alerte doit, dans certains cas, s'adresser directement aux autorités compétentes, par exemple lorsque l'employé peut s'attendre à ce que son signalement ne soit suivi d'aucune action de la part de l'employeur. Un signalement direct est, en outre, possible lorsque l'employé peut conclure, sur la base de faits objectifs, que, sans une divulgation immédiate des irrégularités, les autorités pourraient être entravées dans leur travail. Enfin, il est permis d'informer directement les autorités quand une mise en danger réelle et directe de la vie, de la santé, de la sécurité ou de l'environnement de l'employé-e est à craindre.

À l'heure actuelle, un projet de codification de cette jurisprudence est pendante devant les chambres fédérales, mais n'est pas encore entré en vigueur. Depuis le 1^{er} janvier 2011, les employés de la Confédération soumis à la loi sur le personnel de

la Confédération sont tenus de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs hiérarchiques ou au Contrôle fédéral des finances (CDF), tout délit ou crime poursuivi d'office. En outre, tous les employés de la Confédération ont le droit de signaler au CDF les autres irrégularités qu'ils ont constatées ou dont ils ont eu connaissance dans le cadre de leur activité professionnelle. Le CDF prend alors les mesures nécessaires. Dans les deux cas, la nouvelle disposition de l'article 22a de la loi sur le personnel de la Confédération prévoit que la personne ayant dénoncé une irrégularité ne doit subir aucun désavantage sur le plan professionnel.

Il est important pour les entreprises de mettre en place une organisation permettant de traiter les dénonciations

Monde Economique : Quelles mesures les entreprises peuvent-elles mettre en place ?

M^e Philippe Eigenheer : Les entreprises peuvent mettre en place un mécanisme de dénonciation hiérarchique qui peut se traduire par exemple par un Ombudsman, une boîte e-mail sécurisée, une hotline, une personne de confiance ou un conseiller. Ce système de surveillance doit être très efficace afin d'atténuer, du moins partiellement, les risques de mauvaise conduite. Un système de dénonciation approprié permettra d'améliorer le taux de mauvaise conduite, de garantir un traitement interne approprié de l'incident et d'atténuer les risques de réputation.

CONCLUSION

Il est important pour les entreprises de mettre en place une organisation permettant de traiter les dénonciations qui peuvent être émises et de la porter à la connaissance de ses employés, et cela sans attendre l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du code des obligations.

Ces mesures permettront aux entreprises de limiter le risque que des comportements illégaux ou immoraux ne soient mis sur la place publique, sans même qu'elles aient eu le loisir de les traiter et d'y remédier à l'interne. ■