

Conférence de presse du 2 avril 2012

Seul le texte prononcé fait foi

Dangereuse évolution du «whistleblowing»

Thomas Daum, directeur de l'Union patronale suisse

L'affaire Hildebrand (BNS) a rallumé le débat sur les dénonciateurs «whistleblowers». Les controverses sur la divulgation et la transmission des données bancaires personnelles du chef de la BNS ont déclenché une discussion générale sur la légitimité d'une violation de secrets protégés par la loi ou par contrat. Comme au lendemain du jugement frappant deux collaboratrices de la ville de Zurich pour violation du secret de fonction, des voix se sont élevées ici et là en vue de renforcer la protection juridique des travailleurs révélant publiquement des abus commis dans leur entreprise. Cette sympathie sans réserve pour les «informateurs» appelle néanmoins de sérieuses réserves.

Atteinte aux rapports de confiance entre employeurs et travailleurs

Les adeptes d'une protection spéciale pour les «whistleblowers». ne se soucient pas en priorité de protéger les travailleurs livrant des informations internes à l'entreprise. Ils encouragent le «whistleblowing» surtout parce qu'ils y voient le moyen d'étaler sur la place publique des illégalités ou autres «abus» avec l'aide d'insiders détenteurs de secrets. Ce but est censé justifier le moyen, en l'occurrence la trahison du secret par le travailleur. Nous disons, quant à nous, qu'en plus de violer d'éventuelles obligations légales au secret, le dénonciateur attaque un aspect essentiel des rapports de travail. Il trahit la confiance entre employeur et employé sans laquelle aucune collaboration fructueuse dans ce cadre n'est possible. Ce lien de confiance est d'ailleurs garanti par la loi. Ainsi dans l'article 328 CO, le législateur fixe le devoir d'assistance de l'employeur à l'égard du travailleur et dans l'article 321a CO, il précise l'obligation de loyauté et de confidentialité qui incombe au travailleur.

La sphère de confiance entre l'employeur et le travailleur est donc une valeur juridique protégée, dont le non-respect ne peut être justifié par un intérêt public prépondérant que dans des cas exceptionnellement graves. C'est aussi la ligne de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, selon lequel le travailleur reste tenu à l'obligation du secret même en cas de violation du droit pénal si un intérêt supérieur digne de protection ne justifie pas la violation de cette obligation. La découverte d'un simple cas d'abus ne constitue nullement un motif suffisant. Le Tribunal fédéral exige en outre du dénonciateur d'un cas grave qu'il s'adresse d'abord à son employeur, puis aux autorités, enfin aux médias ou au public dans les situations extrêmes.

Relativisation risquée des principes de l'Etat de droit

Pour en arriver à ce stade, il faut toutefois placer très haut les obstacles à franchir, compte tenu du caractère particulièrement délicat de toute intervention dans la sphère des rapports de confiance protégés. Les défenseurs du «whistleblowing» non qualifié sapent un acquis important de l'Etat de droit moderne et libéral, dans lequel l'application du code civil incombe aux entités juridiques concernées et où seul l'Etat est habilité à poursuivre des actes véritablement délictueux. Commencer à relativiser ce principe, c'est glisser dans la pratique de la délation pure et risquer de finir dans la «justice», ou la vengeance personnelles. De même, l'Etat de droit libéral établit une distinction très nette entre la

sphère publique et la sphère privée, dans laquelle il ne s'autorise à intervenir que dans des cas exceptionnels clairement définis. Pour les employeurs, il n'est pas acceptable que leurs collaborateurs soient instrumentalisés à des fins de mise en accusation publique. Ils entendent mener leurs entreprises comme des collectivités respectueuses de la confidentialité, ne pas voir en leurs employés des agents de l'Etat en puissance ou être sacrifiés à des intérêts sociétaux définis arbitrairement.

Dangereuse incitation pour les travailleurs

Inciter les travailleurs à jouer les dénonciateurs en leur accordant une protection spéciale, c'est courir le risque de leur faire croire qu'ils ont le droit de juger, alors que ce droit ne leur appartient pas. Dans bien des cas, ils ne connaissent pas tous les tenants et aboutissants d'une affaire ni ne possèdent les compétences requises pour pouvoir évaluer correctement des événements prétendument "suspects" dans une entreprise. Si l'on ne dispose pas d'une parfaite connaissance des faits ni d'aucune responsabilité d'action, il n'est pas facile de juger de la légalité ou de l'illégalité de nombreuses actions d'une entreprise. Par contre, les dommages résultant de la divulgation d'une information par une personne qui n'a pas qualité pour juger peuvent être considérables, et sont souvent irréparables une fois qu'ils ont été occasionnés. Ce ne sont pas seulement l'atteinte à la réputation de l'entreprise ou les dommages matériels qu'elle doit supporter qui sont en jeu. Les intérêts des collaborateurs et des clients aussi sont menacés, comme l'ont montré l'affaire Hildebrand et celle du Service social de la Ville de Zurich dont il a été question plus haut.

La légalité du comportement d'une entreprise relève de la responsabilité de la direction

Les chefs sont responsables de la légalité du comportement de l'entreprise. Ils en répondent donc à l'égard du code civil, ou en droit pénal le cas échéant. Organiser la «compliance» fait partie des tâches essentielles d'une direction d'entreprise et appelle des mesures différentes en fonction de la situation. Dans les grandes entreprises en particulier, la mise sur pied de processus de notification et les bureaux de notification indépendants sont un instrument adéquat en matière de compliance. S'il est organisé de la sorte et s'il est intégré dans la culture d'entreprise, le «whistleblowing» est un instrument tout à fait positif. Il sert les intérêts de l'entreprise et, surtout, se déroule dans le cadre de la relation de confiance entre employeurs et employés. Il se distingue en cela foncièrement du régime de délation dans les rapports de travail auquel aboutirait une protection légale spéciale des «whistleblowers».

Une tentative maladroite de réglementation

Le projet de révision partielle du droit du travail que le Conseil fédéral a mis en consultation en 2009 sous le titre «Protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur» montre bien le caractère discutable d'une réglementation légale du «whistleblowing». Le texte mis en consultation avait en substance la teneur suivante:

Le travailleur peut signaler à l'autorité compétente des faits répréhensibles mettant en jeu l'intérêt public si l'employeur ne prend pas de mesures effectives dans un délai raisonnable ou si les circonstances permettent de penser que l'employeur ne prendra pas de mesures effectives dans un délai raisonnable, si la poursuite des actes visés risque d'être entravée ou en cas d'urgence. Si l'autorité compétente n'entreprend pas les démarches requises dans un délai raisonnable ou si des circonstances particulières permettent de penser qu'elle ne les entreprendra pas, le travailleur peut porter les

faits répréhensibles à la connaissance du public. Le congé donné par l'employeur à l'employé en raison d'un signalement conforme aux présentes dispositions est abusif.

Ce texte est une dangereuse incitation au «whistleblowing».

- Il appartiendrait au dénonciateur de décider s'il se trouve en présence de faits répréhensibles mettant en jeu l'intérêt public. En est-il capable? Peut-il juger, en droit et dans les faits, avec une certitude suffisante, si une entreprise ou des collaborateurs de celle-ci violent des obligations de droit public ou de droit privé et si l'intérêt public est en jeu? Le terme ouvert de «faits répréhensibles» n'incite-t-il pas à substituer des normes de droit contraignantes au sentiment de justice individuel?
- Il appartiendrait aussi au dénonciateur de décider si l'employeur agit dans un délai raisonnable et, le cas échéant, s'il prend des mesures efficaces. Doit-il ainsi pouvoir dicter le rythme de son initiative à l'employeur? Doit-il pouvoir porter des faits devant une autorité et aller à l'encontre de la volonté d'un employeur qui déciderait de ne pas agir mais qui ne pourrait pas en communiquer les raisons pour préserver les intérêts légitimes de l'entreprise ou de tiers?
- Il appartiendrait au dénonciateur de juger si la poursuite des actes visés devant l'autorité risque d'être entravée. En est-il capable sur la base d'une probabilité suffisante?
- Le dénonciateur pourrait même juger si l'autorité compétente sollicitée entreprend les démarches requises dans un délai raisonnable et, s'il estime que non, décider d'informer l'opinion publique. Si par exemple un procureur général renonce à ouvrir une procédure sur la base de considérations juridiques qui échappent au «whistleblower», ce dernier peut comprendre la disposition de protection comme une invitation à porter un événement sur la place publique.

A ce dernier stade au plus tard, tous les clignotants doivent passer au rouge. Le projet de loi attribue en effet au travailleur une compétence de décision qu'il ne peut assumer. S'il commet une erreur de jugement, non seulement il menace son emploi, mais il peut aussi surtout occasionner des dommages souvent irréparables.

De toute évidence, le projet du Conseil fédéral a été relégué au fond d'un tiroir. Compte tenu des problèmes que soulève une réglementation spéciale sur le «whistleblowing», c'est là qu'il devrait rester.