



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

Archive ouverte UNIGE

<https://archive-ouverte.unige.ch>

Master

2019

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La protection des whistleblowers

Doess, Jonas

How to cite

DOESS, Jonas. La protection des whistleblowers. Master, 2019.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:127623>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.



La protection des whistleblowers

Travail effectué sous la direction de Madame Ursula Cassani

par

Jonas Doess

jonas.doess@gmail.com

Table des matières

1. Introduction	2
2. Le whistleblowing en général.....	4
2.1 La définition du « whistleblowing ».....	4
2.2 Les intérêts défendus par le whistleblower.....	4
3. Le whistleblower et sa protection.....	5
3.1 <i>De lege lata</i>	5
3.1.1 Les exigences découlant des conventions internationales	5
3.1.2 La protection du whistleblower en Suisse	8
3.1.2.1 Les obligations et interdictions du whistleblower	8
3.1.2.2 Les conséquences encourues par le whistleblower.....	10
3.1.2.3 La protection du whistleblower dans le secteur public.....	12
3.1.2.4 La protection du whistleblower dans le secteur privé	15
3.1.2.5 Les autres moyens de protections.....	17
3.2 <i>De lege ferenda</i>	19
3.2.1 La proposition initiale.....	19
3.2.2 Le projet remanié et simplifié.....	20
3.2.3 Les critiques et les perspectives futures	21
4. Conclusion.....	27
Bibliographie	29
Autres sources	30

1. Introduction

Il y a maintenant un peu plus de quinze ans, le conseiller national Remo Gysin déposait une motion dans l'objectif d'améliorer le cadre juridique et la protection des whistleblowers en Suisse¹. Aujourd'hui, la situation est enfin en passe de changer, du moins partiellement. Après de multiples débats sur la question, la situation des whistleblowers n'a que peu évolué dans notre pays et le sujet reste pour le moins épineux. De nombreux pays européens se sont entre-temps dotés de législations en la matière, dans le sillage des Etats-Unis qui ont légiféré sur la question en 1989 déjà. Si la Suisse affiche un retard certain dans le domaine, il serait toutefois incorrect d'affirmer que la question a été ignorée au cours des quinze dernières années. En effet, la problématique a fait l'objet d'abondantes analyses doctrinales et de nombreux articles de presse, à la suite notamment des différentes affaires, largement médiatisées en Suisse, telles que « Meili » et « Falciani », mais aussi à l'étranger avec les affaires « Snowden », « Wikileaks » ou encore « Manning ». Avec un constat général et partagé par beaucoup : la protection des whistleblowers en Suisse est encore largement lacunaire et se doit d'évoluer. L'OCDE, dans son rapport du 27 mars 2018, n'a d'ailleurs pas manqué de rappeler les manques en la matière et encourage la Suisse à adopter une législation protégeant les lanceurs d'alerte du secteur privé². Preuve que les choses bougent peu à peu, celui que l'on considérait surtout comme un traître ou « *Nestbeschmutzer* » en allemand, autrement dit celui qui salit ou pollue le nid³, est aujourd'hui plus facilement considéré comme un justicier et se voit attribuer le titre plus neutre de « lanceur d'alerte ». Du côté du Conseil fédéral, la situation évolue également ; le 20 novembre 2013, ce dernier a proposé un projet de loi et adressé son message pour mettre en œuvre la motion Gysin⁴. Après renvoi du projet par le Parlement en date du 10 septembre 2015 pour simplification, le 21 septembre 2018, le Conseil fédéral a finalement rendu un projet simplifié, ouvrant la voie à une probable législation en la matière⁵. Méfiance toutefois, ancrer le whistleblowing dans notre législation ne signifie pas nécessairement qu'il en résultera une protection suffisante pour le lanceur d'alerte. La présente contribution permettra de l'illustrer. Nous verrons également que cela implique une mise en balance de nombreux intérêts, parfois

¹ Motion, 03.3212, 7 mai 2003, « Protection juridique pour les personnes qui découvrent des cas de corruption ».

² Rapport 2018 OCDE, p. 15-18.

³ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 20.

⁴ FF 2013 p. 8547 ss.

⁵ FF 2018 p. 6163 ss.

conflictuels, qui demande une réflexion prudente sur la question⁶. Dans ce cadre-là, le type de signalement utilisé revêt une importance capitale, obligeant le lanceur d’alerte à agir avec retenue. Autre élément complexifiant encore la problématique : les nombreux domaines juridiques pouvant entrer en jeu lors d’un acte de whistleblowing, tels que la protection des données, le droit du travail, de la personnalité, des marchés publics, des sociétés ou encore le droit pénal économique⁷. Sans oublier les multiples conséquences possibles pour le whistleblower tant sur le plan civil que pénal. Bien que complexe, nous verrons que le whistleblowing est un élément essentiel pour sauvegarder l’intérêt public et assurer la transparence des domaines public et privé. Il est par ailleurs l’instrument privilégié pour démasquer les infractions ne causant pas de victimes directes, tels que la corruption, le blanchiment d’argent ou encore les atteintes à l’environnement⁸. Assurer une protection adéquate au whistleblower nous paraît ainsi aujourd’hui tout à fait indispensable.

C’est dans ce contexte que s’insère la présente contribution. Après une présentation générale du whistleblowing et des intérêts défendus par le whistleblower, nous nous attarderons sur la protection, *de lege lata*, de ce dernier. Nous commencerons par exposer les exigences découlant des conventions internationales. Nous nous concentrerons ensuite sur la protection actuelle du whistleblower en Suisse. Nous exposerons d’abord ses obligations et interdictions puis les risques encourus par ce dernier, avant de traiter de sa protection dans le secteur public et privé. Enfin, il sera fait état, *de lege ferenda*, du projet actuel de modification partielle du code des obligations et des différentes perspectives et évolutions futures envisageables de la protection.

Le but de ce travail est de mettre en exergue l’importante problématique de la protection des lanceurs d’alerte dans notre pays, l’idée étant de pouvoir synthétiser les éléments pertinents des innombrables contributions traitant de la question et d’y apporter notre point de vue, notamment sur les évolutions possibles de cette protection.

⁶ FF 2013 p. 8548.

⁷ FF 2013 p. 8556 ; VON KAENEL, III, p. 105.

⁸ JOSITSCH, p. 100 ; JOSITSCH/DRZALIC, p. 355.

2. Le whistleblowing en général

2.1 La définition du « whistleblowing »

Lancer un coup de sifflet, voici comment nous pouvons traduire littéralement *to blow a whistle*⁹. Il existe de multiples définitions plus ou moins précises du whistleblowing, nous retiendrons la définition qui nous semble être la plus complète et qui définit cette expression comme « l'acte par lequel une personne active auprès d'une entité publique ou privée révèle, [...] certains comportements et/ou omissions illicites ou contraire aux mœurs »¹⁰, ou formule « des soupçons sérieux relatifs à de tels actes »¹¹. Le whistleblower est la personne à l'origine de l'alarme et a en général « connaissance d'informations importantes et privilégiées »¹². Précisons que cela s'applique aussi aux personnes anciennement actives auprès de l'entité¹³. Ainsi, un employé divulguant par exemple un acte illicite après avoir démissionné entre également dans cette définition. La divulgation peut être faite au sein même de l'entité concernée (dénonciation interne) mais également aux autorités ou au public (dénonciation externe)¹⁴. Notons toutefois que l'origine de l'alarme reste exclusivement interne, en effet le terme whistleblowing ne s'applique pas à une dénonciation faite par une personne externe¹⁵. Un journaliste divulguant par exemple une affaire de corruption au sein d'une entreprise ne sera pas qualifié de whistleblower.

2.2 Les intérêts défendus par le whistleblower

Lorsqu'il veut dénoncer un acte, le whistleblower fait face à un éventail d'intérêts divergents qui se doivent d'être prudemment mis en balance. Dans ce contexte, il est souvent difficile de connaître les réelles motivations de ce dernier, il n'est en effet pas toujours aisé de discerner une délation d'un acte bienveillant. Il nous est toutefois possible de distinguer trois intérêts principaux : celui du lanceur d'alerte lui-même, celui de son employeur et l'intérêt public¹⁶. Notons qu'il n'est pas rare que ces différents intérêts entrent en conflit¹⁷.

⁹ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 5 ; HUG, p. 3 ; JUNGO, p. 65.

¹⁰ HUG, p. 3.

¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral A-7006/2015 du 19 octobre 2017, consid. 5.2.2 ; CARRANZA/MICOTTI, JL, N 1.

¹² CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 7.

¹³ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 9.

¹⁴ HUG, p. 3-4 ; JUNGO, p. 65-66.

¹⁵ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 8.

¹⁶ JUNGO, p. 66.

¹⁷ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 12.

Premièrement, le whistleblower peut agir dans son propre intérêt. C'est notamment le cas lorsqu'il craint d'être considéré comme complice d'actes illicites et décide en conséquence de dénoncer un acte dont il est témoin¹⁸. Il peut par ailleurs agir par vengeance ou simplement vouloir nuire à un collègue ou à un supérieur¹⁹. Il est aussi possible qu'il ne supporte simplement pas, sur le plan éthique et/ou moral, de rester passif face à tel ou tel acte et décide donc de le dénoncer pour sa bonne conscience. Il servirait l'intérêt public par la même occasion. Enfin il est aussi possible qu'il agisse par profit personnel comme dans l'affaire « Birkenfeld »²⁰.

Deuxièmement, le lanceur d'alerte peut agir dans l'intérêt de son employeur. Il peut ainsi vouloir démontrer sa loyauté en lui révélant un acte nuisant aux intérêts de ce dernier²¹. Par sa dénonciation, il contribue à la bonne marche de l'organisation mais peut aussi, dans le même temps, discréditer ses collègues ou ses supérieurs²². Il n'est donc pas rare que cet acte de loyauté soit finalement considéré comme une trahison, exposant le whistleblower à de nombreuses représailles de la part de son employeur, mais également de ses collègues ou de ses supérieurs²³.

Enfin, le whistleblower agit aussi souvent dans l'intérêt public. C'est le cas par exemple lorsqu'il permet de révéler des infractions ne causant pas de victimes directes, comme la corruption. Il sauvegarde aussi cet intérêt lorsque l'intérêt privé d'un tiers est en jeu, par exemple lorsque la santé ou le patrimoine de celui-ci est en danger²⁴. En préservant cet intérêt, le lanceur d'alerte fragilise encore davantage sa position face à son employeur qui le considérera la plupart du temps comme un délateur.

3. Le whistleblower et sa protection

3.1 *De lege lata*

3.1.1 Les exigences découlant des conventions internationales

Différentes conventions internationales ratifiées par la Suisse traitent de la question du whistleblowing. Il s'agit notamment de la Convention de l'OCDE du 17 décembre 1997 sur la

¹⁸ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 10.

¹⁹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 11.

²⁰ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 25.

²¹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 7.

²² FF 2013 p. 8552.

²³ IMBACH HAUMÜLLER, N 119.

²⁴ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 9.

lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales²⁵, la Convention pénale du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999 sur la corruption²⁶, ainsi que la Convention des Nations Unies du 31 octobre 2003 contre la corruption²⁷. Ces dernières sont entrées en vigueur en Suisse respectivement le 30 juillet 2000, le 1^{er} juillet 2006 et le 24 octobre 2009. Nous ne traiterons pas de la Convention civile du Conseil de l'Europe du 4 novembre 1999 sur la corruption, la Suisse ne l'ayant pas ratifiée.

En ce qui concerne la première nommée, son art. 12 prévoit un programme de suivi systématique permettant de veiller à la bonne application de celle-ci²⁸. Le Groupe de travail de l'OCDE a ainsi présenté le 15 mars 2018 son quatrième rapport d'évaluation sur la mise en œuvre de la Convention par la Suisse²⁹. Bien qu'elle y salue les efforts fournis par la Suisse pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers, elle critique vivement l'absence de législation visant à protéger le lanceur d'alerte : « [la] situation de la Suisse reste critique à cet égard. Les perspectives recueillies lors de la visite sur place ont fait en effet état d'une méfiance quasi-unanime vis-à-vis des lanceurs d'alerte en Suisse »³⁰. Elle considère par ailleurs que le projet législatif concrétisant la motion Gysin contient encore trop de lacunes³¹. En conséquence, la Suisse se doit de présenter d'ici le mois de mars 2019 un rapport oral, puis un rapport écrit en 2020, portant sur l'adoption d'une législation protégeant le lanceur d'alerte de manière appropriée contre toute forme de représailles dans le secteur privé³².

Concernant maintenant la Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption, celle-ci traite tant de la corruption des agents publics que de la corruption privée. Son art. 22 exige une protection légale pour les personnes fournissant des informations sur les infractions pénales traitées par la Convention³³. Elle intègre dans ce cadre un système de contrôle permettant de juger de la conformité des législations nationales avec la Convention, c'est le Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) qui assure cette tâche selon son art. 24³⁴. Dans son Rapport d'évaluation du 4 avril 2008 sur la Suisse, ce dernier estime qu'il « serait opportun que la

²⁵ RS 0.311.21

²⁶ RS 0.311.55

²⁷ RS 0.311.56.

²⁸ FF 2013 p. 8609.

²⁹ Rapport 2018 OCDE.

³⁰ Rapport 2018 OCDE, p. 15.

³¹ Rapport 2018 OCDE, p. 17.

³² Rapport 2018 OCDE, p. 5.

³³ FF 2013 p. 8609.

³⁴ FF 2013 p. 8609.

nouvelle loi aille au-delà de la seule protection contre les licenciements et améliore la protection des individus contre les diverses autres formes de représailles »³⁵. Cela permettrait d'améliorer la lutte contre la corruption dans les secteurs public et privé³⁶. Cette recommandation ne concernait malheureusement que les employés fédéraux³⁷. En 2010, le GRECO a considéré que cette dernière « a été mise en œuvre de façon satisfaisante »³⁸. De notre point de vue, il est regrettable que celle-ci ait été limitée au secteur public fédéral. Depuis cette date, le GRECO a étonnamment omis de traiter cette question dans ses rapports d'évaluation sur la Suisse.

Enfin, quant à la Convention des Nations Unies contre la corruption, le whistleblowing étant l'outil idéal pour faire face à la criminalité économique³⁹, il est logique qu'elle prévoie une protection pour les personnes signalant aux autorités compétentes des pratiques et des actes de corruption⁴⁰. Son art. 33 dispose en effet que « [c]haque État Partie envisage d'incorporer dans son système juridique interne des mesures appropriées pour assurer la protection contre tout traitement injustifié de toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, tous faits concernant les infractions établies conformément à la présente Convention ». La Suisse rechigne à respecter pleinement ces principes et se contente malheureusement du minimum syndical étant donné le caractère facultatif de l'art. 33⁴¹.

Mentionnons encore la Convention européenne des droits de l'homme⁴², entrée en vigueur en Suisse le 28 novembre 1974, et sa Cour qui s'est déjà retrouvée à de multiples reprises face à des cas de whistleblowing. Elle a abordé ceux-ci sous l'angle de la liberté d'expression en jugeant que l'art. 10 CEDH englobait la transmission d'informations ou le signalement d'un comportement supposé illicite⁴³. Ainsi, un licenciement par suite d'une plainte pénale enfreint l'art. 10 CEDH sauf si l'ingérence en question est prévue par la loi, répond à un but légitime ou est nécessaire⁴⁴. Par conséquent, pour restreindre la liberté d'expression dans le cadre d'une dénonciation, il est nécessaire de procéder à un examen approfondi de la proportionnalité.

³⁵ Rapport d'évaluation sur la Suisse, 31 mars au 4 avril 2008, N 156.

³⁶ Rapport d'évaluation sur la Suisse, 31 mars au 4 avril 2008, N 156.

³⁷ FF 2013 p. 8610.

³⁸ Rapport de conformité sur la Suisse, 26 mars 2010, N 67.

³⁹ COTTIER, p. 545.

⁴⁰ Transparency Suisse, p. 2.

⁴¹ FF 2013 p. 8609.

⁴² RS 0.101.

⁴³ FF 2013 p. 8608.

⁴⁴ FF 2013 p. 8608.

Pour terminer, sans toutefois être une exigence découlant directement d'une Convention, il nous semble important de mentionner l'influence indirecte des textes législatifs adoptés à l'international. En effet, comme c'est souvent le cas, la Suisse s'inspire de ce qui se fait à l'étranger pour légiférer dans un domaine, le message du Conseil fédéral portant sur la protection en cas de signalements d'irrégularités par le travailleur y dédie d'ailleurs un chapitre⁴⁵. Le whistleblowing n'échappe donc pas à la règle. Citons par exemple la nouvelle directive proposée le 23 avril 2018 par la Commission européenne visant à protéger les lanceurs d'alerte⁴⁶. Ce texte pourrait bien influencer indirectement la politique suisse en la matière, qui, à force de repousser la question, subira sans doute des pressions de plus en plus importantes au fur et à mesure que les Etats européens transposeront la directive dans leur droit interne. A ce propos, l'OCDE, le Conseil de l'Europe et la Cour européenne des droits de l'homme invitent déjà avec insistance la Suisse à mieux encadrer juridiquement le whistleblowing⁴⁷.

3.1.2 La protection du whistleblower en Suisse

3.1.2.1 Les obligations et interdictions du whistleblower

Il existe des situations où le travailleur a l'obligation de dénoncer un acte⁴⁸. Cette obligation peut résulter d'un contrat ou de la loi⁴⁹. Dans le premier cas, elle peut notamment résulter d'un code de conduite, d'un règlement du personnel ou d'une charte éthique signée lors de la conclusion du contrat de travail et obligeant l'employé à révéler un acte illicite ou contraire aux mœurs⁵⁰. Quant à l'obligation résultant de la loi, nous pouvons notamment citer l'obligation de fidélité du travailleur résultant de l'art. 321a al. 1 CO qui exige de ce dernier qu'il sauvegarde les intérêts légitimes de son employeur. Ainsi l'employé pourra se voir obligé d'agir en cas de découverte d'une irrégularité risquant de porter préjudice à l'entreprise⁵¹.

Inversement, il existe des situations où il est interdit de divulguer un acte illicite ou contraire aux mœurs. Tel est notamment le cas pour les employés de la fonction publique qui sont soumis

⁴⁵ FF 2013 p. 8587 ss.

⁴⁶ FF 2018 p. 6174 ; Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, 2018/0106 (COD), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52018PC0218> (12.11.2018).

⁴⁷ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 115.

⁴⁸ HALPÉRIN, p. 162.

⁴⁹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 14.

⁵⁰ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 27-28 ; HALPÉRIN, p. 163.

⁵¹ ATF 127 III 310, consid. 5a, JdT 2001 I 367 ; ATF 113 IV 68, consid. 6b, JdT 1988 IV 74 ; CARRANZA/MICOTTI, JL, N 20 ; HUNZIKER, p. 171 ; JUNGO, p. 70.

au secret de fonction (art. 320 CP) ou encore pour les personnes soumises au secret professionnel (art. 321 CP)⁵². Un devoir de discrétion est par ailleurs exigé de l'employé selon l'art. 321a al. 4 CO. Celui-ci découle du devoir de fidélité de l'employé et revient à interdire à ce dernier de révéler des faits destinés à rester confidentiels qu'il aurait découverts dans le cadre de ses fonctions⁵³, comme les secrets de fabrication et les secrets commerciaux dont la violation est réprimée par l'art. 162 CP⁵⁴. Il en découle une certaine contradiction entre le devoir de discrétion et l'obligation de fidélité⁵⁵. Le travailleur ne pourra à priori pas dénoncer des irrégularités aux autorités ou au public sans violer son devoir de fidélité⁵⁶. Ainsi, c'est seulement si des intérêts prépondérants le justifient et que l'employé respecte le principe de proportionnalité qu'il pourra envisager une dénonciation externe⁵⁷. Le whistleblower se doit donc de peser avec prudence les intérêts en jeu et sera bien avisé d'y privilégier d'abord une dénonciation interne.

Il existe également certaines obligations prévues dans la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)⁵⁸. Dans le cadre de sa fonction, le personnel fédéral se doit de dénoncer les crimes ou les délits poursuivis d'office aux autorités de poursuites pénales, aux supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances (art. 22a al. 1 LPers). Ainsi l'obligation de fidélité (art. 20 al. 1 LPers) et l'obligation de garder le secret (art. 22 al. 1 LPers) des collaborateurs de l'Etat peuvent être limitées en cas de dénonciation entrant dans le cadre de l'art. 22a al.1 LPers⁵⁹. Mentionnons aussi le devoir de dénonciation exigé des membres des autorités pénales en vertu de l'art. 302 al. 1 CPP, qui « sont tenues de dénoncer aux autorités compétentes toutes les infractions qu'elles ont constatées dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur ont été annoncées si elles ne sont pas elles-mêmes compétentes pour les poursuivre ». Selon l'art. 302 al. 2 CPP, la Confédération et les cantons se chargent de régler la question du devoir de dénoncer des membres des autres autorités⁶⁰.

⁵² CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 27 ; HUG, p. 14-15.

⁵³ HALPÉRIN, p. 166 ; MÜLLER, p. 257.

⁵⁴ FF 2013 p. 8560 ; VON KAENEL, III, p. 107.

⁵⁵ MÜLLER, p. 258.

⁵⁶ HALPÉRIN, p. 165.

⁵⁷ ATF 127 III 310, consid. 5a, JdT 2001 I 367 ; FF 2013 p. 8561.

⁵⁸ RS 172.220.1.

⁵⁹ HALPÉRIN, p. 167.

⁶⁰ AUGSBURGER-BUCHELI/PERRIN, p. 628 ; CASSANI, p. 50.

Pour terminer, notons que certaines obligations sont aussi prévues dans des lois spéciales dédiées à un domaine particulier, comme le secteur bancaire et financier⁶¹. A titre d'exemple nous pouvons mentionner l'art. 9 al. 1 de la loi fédérale du 10 octobre 1997 concernant la lutte contre le blanchiment d'argent dans le secteur financier (Loi sur le blanchiment d'argent, LBA)⁶², qui prévoit que tout intermédiaire financier a l'obligation d'informer le Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (MROS) notamment lorsque des valeurs patrimoniales ont un lien éventuel avec un blanchiment d'argent (305^{bis} CP), ou encore si ces valeurs sont des valeurs dont peut disposer une organisation criminelle (260^{ter} ch.1 CP)⁶³.

3.1.2.2 Les conséquences encourues par le whistleblower

Nombreux sont les risques auxquels s'expose le whistleblower lors d'une dénonciation. Comme nous le verrons, la personne qui désire procéder à une dénonciation a, malheureusement, tout intérêt à y réfléchir à deux fois avant d'agir. S'il décide de le faire, l'employé s'expose à toutes formes de représailles, quand l'employeur ne décide pas de rester tout simplement inactif face à la dénonciation⁶⁴. Nous pouvons distinguer les conséquences civiles, les conséquences pénales, ainsi que les autres types de conséquences.

Sur le plan civil, le travailleur, comme nous l'avons vu précédemment, a un devoir de fidélité envers son employeur (art. 321a al. 1 CO). Celui qui procède à une dénonciation alors qu'il ne devrait pas, ou au contraire omet de le faire alors qu'il aurait dû, peut ainsi être accusé de violer cette obligation et risque donc de devoir répondre du dommage causé selon l'art. 321e al. 1 CO⁶⁵. En cas de violation grave il risque même le licenciement⁶⁶. Il pourra aussi se voir reprocher une atteinte à la personnalité des personnes concernées par la dénonciation⁶⁷. Ensuite, le travailleur risque aussi de perdre son emploi, que le licenciement passe par une résiliation immédiate pour justes motifs (art. 337 CO et respectivement art. 10 al. 4 LPers pour les employés fédéraux), par un licenciement ordinaire (335 CO, respectivement art. 10 al. 3 LPers) ou par un licenciement abusif (art. 336 CO), d'un point de vue purement pratique le résultat

⁶¹ FF 2013 p. 8566.

⁶² RS 955.0.

⁶³ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 21-23 ; IMBACH HAUMÜLLER, N 76.

⁶⁴ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 34.

⁶⁵ HUG, p. 4 ; IMBACH HAUMÜLLER, N 152 ; JOSITSCH, p. 100.

⁶⁶ HUG, p. 4 ; IMBACH HAUMÜLLER, N 83.

⁶⁷ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 57.

sera le même, le travailleur aura perdu son poste⁶⁸. L'employeur peut aussi pousser son employé à la démission, en le harcelant, parfois physiquement, en le discriminant ou en l'isolant⁶⁹. Il arrive aussi que ce soit les collègues et/ou les supérieurs de ce dernier qui agissent ainsi⁷⁰. L'employeur peut par ailleurs empêcher l'employé d'évoluer professionnellement (refus de promotion et/ou de formation), diminuer son salaire, le priver de primes, réduire ses responsabilités et ses fonctions, le muter ou encore le surcharger de travail afin de le pousser au *burn-out*⁷¹. L'employeur cherche parfois par ce biais à obtenir des raisons justifiant un licenciement via l'art. 337 CO.

En ce qui concerne le volet pénal, le whistleblower peut se voir accusé de violation d'un secret de fabrication ou d'un secret commercial (art. 162 CP). Il risque aussi de se voir accusé d'infractions contre l'honneur (art. 173 ss CP), telle la diffamation (art. 173 CP), qui pourra également être invoquée par son employeur en tant que personne morale⁷². Il pourra en outre être accusé de dénonciation calomnieuse (art. 303 CP) et poursuivi pour avoir induit la justice en erreur (art. 304 CP)⁷³. Les membres des autorités et les fonctionnaires peuvent eux être punis pour la violation d'un secret de fonction selon l'art. 320 CP. Les employés dont la profession est soumise au secret professionnel le seront eux selon l'art. 321 CP⁷⁴.

Enfin, dernière conséquence de taille, à la suite de sa dénonciation, le travailleur ayant perdu son poste sera catalogué comme un traître sur le marché du travail⁷⁵. Il lui sera plus compliqué de trouver un nouveau poste dans la même branche d'activité, les employeurs ne voulant pas risquer une éventuelle dénonciation n'allant pas dans leurs intérêts⁷⁶. L'ex-employé sera également confronté aux conséquences néfastes qui découlent du chômage⁷⁷.

En conclusion, nous constatons que les conséquences auxquelles font face les lanceurs d'alerte sont innombrables et de sources multiples. En l'état actuel, le système suisse est bien davantage dissuasif pour le whistleblower qu'il ne l'est pour son employeur, de notre point de vue l'inverse

⁶⁸ HUNZIKER, p. 174 ; JUNGO, p. 71.

⁶⁹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 36 ; JUNGO, p. 71.

⁷⁰ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 38 ; IMBACH HAUMÜLLER, N 56.

⁷¹ FF 2013 p. 8567 ; CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 54 ; JUNGO, p. 74 ; RIHM, p. 62.

⁷² ATF 124 IV 262, consid. 2a, SJ 1999 I 177.

⁷³ FF 2013 p. 8566 ; CARRANZA/MICOTTI, JL, N 60 ; HUG, p. 4.

⁷⁴ FF 2013 p. 8564.

⁷⁵ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 56.

⁷⁶ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 53 ; SCHWAAB, p. 154.

⁷⁷ SCHWAAB, p. 154.

devrait être préconisé. L'employeur est clairement en position de force, et, nous le verrons, rares sont les protections en droit suisse permettant de dissuader ce dernier d'agir contre le dénonciateur.

3.1.2.3 La protection du whistleblower dans le secteur public

Nous l'avons vu, l'art. 22a al. 1 LPers oblige les membres du personnel fédéral à dénoncer « tous les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction ». Un soupçon fondé entraîne déjà cette obligation⁷⁸. L'art. 22a al. 4 LPers prévoit lui un « droit de signaler les autres irrégularités dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalées dans l'exercice de leur fonction ». Enfin, l'art. 22a al. 5 LPers prévoit que « [n]ul ne doit subir un désavantage sur le plan professionnel pour avoir, de bonne foi, dénoncé une infraction ou annoncé une irrégularité ou pour avoir déposé comme témoin ». Cet article, entré en vigueur en 2011, est ainsi relativement complet dans la mesure où il traite de l'obligation imposée au lanceur d'alerte, mais aussi de son droit et de sa protection⁷⁹. Autre spécificité, il n'impose pas une dénonciation en cascade comme c'est le cas dans le secteur privé⁸⁰. Le dénonciateur peut s'adresser, à choix, à ses supérieurs, aux autorités de poursuite pénale ou au Contrôle fédéral des finances. Il se limite donc à une dénonciation interne et proscriit toute dénonciation externe aux organes de l'Etat⁸¹.

Pour ce qui est des « autres irrégularités », le dénonciateur peut s'adresser exclusivement au Contrôle fédéral des finances⁸². Il peut le faire via n'importe quelle voie de communication, par courriel, fax, courrier ou encore par téléphone⁸³. Le Contrôle fédéral des finances va vérifier les informations fournies par le lanceur d'alerte et décider si elles justifient une dénonciation auprès de l'autorité de poursuite pénale. Cette procédure assure la confidentialité de la source des informations, ainsi le lanceur d'alerte est protégé contre toute forme de représailles, sauf s'il décide de révéler volontairement son identité⁸⁴. Revers de la médaille, le dénonciateur ne sera pas tenu informé des suites données à sa dénonciation⁸⁵. Notons que le caractère facultatif

⁷⁸ JUNGO, p. 68.

⁷⁹ TF, A-7006/2015, 19 octobre 2017, consid. 5.2.2.

⁸⁰ HALPÉRIN, p. 167.

⁸¹ TF, A-7006/2015, 19 octobre 2017, consid. 5.2.2 ; CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 44 ; HALPÉRIN, p. 167.

⁸² BETTEX, SJ, p. 163.

⁸³ BETTEX, SJ, p. 167.

⁸⁴ BETTEX, SJ, p. 167 ; COTTIER, p. 544.

⁸⁵ TF, A-7006/2015, 19 octobre 2017, consid. 5.2.2 ; COTTIER, p. 544.

de la dénonciation de ces « autres irrégularités » permet d'éviter de convertir chaque employé fédéral en un dénonciateur systématique et évite ainsi de créer une atmosphère de tension et de méfiance perpétuelles au sein de l'administration⁸⁶.

Concernant le licenciement dans le secteur public, la résiliation ordinaire est prévue à l'art. 10 al. 3 let. a LPers et est possible en cas de « violation d'obligations légales ou contractuelles importantes ». Cela inclut entre autres l'obligation de fidélité et l'obligation de garder le secret⁸⁷. L'art. 10 al. 4 LPers prévoit quant à lui le licenciement immédiat pour justes motifs. Selon l'art. 34b al. 1 let. a et b LPers, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2013, le licenciement ordinaire ou immédiat, même non justifié, ne peut normalement pas être annulé mais permet d'obtenir une indemnité équivalente à six mois de salaire au minimum et douze au maximum (art. 34b al. 2 LPers)⁸⁸. Toutefois, dans le cadre de l'art. 22a al. 5 LPers qui, nous l'avons vu, protège le dénonciateur contre toute forme de représailles, l'art. 34c LPers a été introduit et prévoit la réintégration de l'employé au poste qu'il occupait ou, si cela est impossible, dans un autre travail pouvant raisonnablement être exigé de lui. Le cas du dénonciateur est donc couvert spécifiquement par l'art. 34c al.1 let. a LPers, qui rend cette réintégration possible dès lors qu'il a été licencié après avoir dénoncé de bonne foi une infraction en vertu de l'art. 22a al. 1 LPers ou signalé une irrégularité en vertu de l'art. 22a al. 4 LPers. La bonne foi requise ici n'implique pas nécessairement que le lanceur d'alerte ait agi par altruisme, il suffit qu'il y ait un intérêt public à la dénonciation⁸⁹. Notons enfin que selon l'art. 34c al. 2 LPers, l'employé peut décider de privilégier l'indemnité de six à douze mois de salaire en lieu et place de la réintégration.

Mentionnons enfin que le Contrôle fédéral des finances a lancé en juin 2017 une plateforme web sécurisée permettant de dénoncer les infractions ou les délits poursuivis d'office, mais aussi les autres irrégularités⁹⁰. Cette plateforme est principalement destinée aux employés fédéraux, mais reste ouverte à tous. Elle vise toutefois uniquement des actes commis au sein de l'administration fédérale. Basée sur le même système, la Cour des comptes à Genève a également lancé sa propre plateforme fin 2017. Elle vise également les irrégularités au sein des entités publiques, cantonales cette fois. Les deux plateformes fonctionnent de la même manière, les données transmises sont traitées de manières confidentielles et le lanceur d'alerte peut garder

⁸⁶ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 42.

⁸⁷ FF 2013 p. 8568.

⁸⁸ FF 2013 p. 8568.

⁸⁹ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 46-47.

⁹⁰ whistleblowing.admin.ch (28.10.2018).

l'anonymat. C'est en ce sens que ces plateformes constituent une protection d'importance pour le whistleblower, en effet, si l'identité de ce dernier est inconnue, il ne peut subir de représailles. De ce point de vue, l'anonymat semble constituer la protection ultime pour le lanceur d'alerte, qui se sentira plus enclin à dénoncer un acte. Nous verrons toutefois qu'il comporte certains risques et ne permet pas, d'une part, d'obtenir des informations parfois essentielles auprès du dénonciateur, et d'autre part, de retrouver le dénonciateur qui aurait agi uniquement pour nuire aux intérêts d'une entité ou d'un privé. L'anonymat ne constitue ainsi probablement pas la meilleure solution du point de vue de la transparence, mais il restera sans doute la meilleure protection possible pour le dénonciateur tant que la loi n'évolue pas dans son sens. Les chiffres semblent d'ailleurs le confirmer : entre 2011 et 2016 en moyenne 74 dénonciations ont été adressées au Contrôle fédéral des finances chaque année, en 2017, année du lancement de la plateforme, ce chiffre a atteint 122 dénonciations, soit une augmentation de quasiment 65% sur une année⁹¹. La Cour des comptes de Genève a connu elle une augmentation de plus de 36% dans l'année suivant le lancement de la plateforme⁹².

Pour conclure cette partie dédiée à la protection actuelle du whistleblower dans le secteur public suisse, relevons qu'avant les modifications de la LPers en 2011 et 2013, la situation dans le secteur public fédéral ne présentait que très peu de différence avec le secteur privé, le dénonciateur risquait en plus de subir des mesures liées à son statut de collaborateur de l'Etat⁹³. Cette amélioration de la protection dans la fonction publique était donc tout à fait essentielle. L'évolution de la situation plus rapide dans le secteur public que privé peut s'expliquer essentiellement pour deux raisons. Tout d'abord, car le personnel fédéral vise par essence un intérêt public, les autorités étant donc plus facilement susceptibles de justifier les dénonciations, ensuite à cause des nombreuses pressions internationales exercées sur la Suisse, poussant la Confédération à agir en priorité dans le secteur public⁹⁴. Aujourd'hui, même si elle n'est pas exempte de défaut, nous pouvons affirmer que la protection du whistleblower dans ce secteur est sur le bon chemin grâce aux protections concrètes qui ont été mises en place.

⁹¹ Contrôle fédéral des finances, rapport annuel 2017, p. 72.

⁹² Cour des comptes, rapport annuel 2017/2018, p. 40.

⁹³ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 30.

⁹⁴ BETTEX, SJ, p. 163 ; CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 191-192.

3.1.2.4 La protection du whistleblower dans le secteur privé

À l'heure actuelle, le whistleblowing dans le secteur privé n'est pas traité de manière spécifique dans notre législation, ce sont donc les règles générales du code des obligations qui trouvent application⁹⁵. Le devoir de fidélité prévu à l'art. 321a CO oblige l'employé à procéder en premier lieu à une dénonciation interne, peu importe que dans le cas concret l'employé ait le droit ou l'obligation de dénoncer les faits en question⁹⁶. En effet, son employeur a le droit de réagir aux informations et de prendre les mesures nécessaires à l'interne. L'employé devra en outre respecter l'éventuelle procédure de signalement interne prévue à titre de directives par ce dernier (art. 321d CO) et devra, à défaut d'une telle procédure, suivre la voie hiérarchique⁹⁷. En agissant de cette manière l'employé ne viole pas son devoir de fidélité. Si son employeur ne réagit pas, il pourra s'adresser à l'autorité compétente⁹⁸. Enfin, c'est seulement si les procédures précédentes ont été vaines qu'il pourra dénoncer les faits au public. Cette procédure en cascade a été confirmée par la jurisprudence, notamment dans l'arrêt publié aux ATF 127 III 310, qui nous rappelle qu'elle résulte du principe de proportionnalité, que l'employé se doit de respecter⁹⁹. S'il ne le fait pas, le signalement externe violera très probablement son devoir de fidélité et justifiera de ce fait un éventuel licenciement¹⁰⁰. Nous l'avons vu, le travailleur peut même se voir exiger des dommages et intérêts selon l'art. 321e CO¹⁰¹. L'arrêt susmentionné précise par ailleurs que dans le cadre d'un signalement externe, le devoir de discrétion prévu à l'art. 321a al. 4 CO inclut les faits que l'employeur a « expressément qualifiés de secrets, mais aussi [...] tous ceux dont il apparaît, selon les circonstances, que l'employeur veut [en] interdire la divulgation ; l'intérêt légitime au maintien du secret est présumé »¹⁰². En outre, l'employé devra aussi garder le secret sur d'éventuelles infractions pénales ou administratives commises par l'employeur « à moins qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose »¹⁰³. Ainsi, il ne peut divulguer des informations qui seraient contraires à l'intérêt de l'employeur, même lorsque ces informations sont véridiques et liées à des faits répréhensibles¹⁰⁴. Il est donc fondamental que

⁹⁵ BETTEX, SJ, p. 159-160 ; HUG, p. 7 ; IMBACH HAUMÜLLER, N 152.

⁹⁶ BETTEX, SJ, p. 160.

⁹⁷ FF 2013 p. 8561 ; BETTEX, SJ, p. 160 ; JUNGO, p. 70.

⁹⁸ BETTEX, SJ, p. 160.

⁹⁹ ATF 127 III 310, consid. 5a, JdT 2001 I 367 ; HUG, p. 7.

¹⁰⁰ BETTEX, SJ, p. 161.

¹⁰¹ BETTEX, SJ, p. 161 ; HUNZIKER, p. 176.

¹⁰² ATF 127 III 310, consid. 5a, JdT 2001 I 367.

¹⁰³ ATF 127 III 310, consid. 5a, JdT 2001 I 367.

¹⁰⁴ Transparency Suisse, p. 2.

l'employé respecte ce système de dénonciation en cascade s'il veut éviter d'être exposé à un licenciement justifié par la violation de son devoir de fidélité. Le Tribunal fédéral prévoit une exception permettant de dénoncer des faits directement aux autorités, mais ne précise étonnamment pas les circonstances dans lesquelles elle serait autorisée¹⁰⁵. Cette incertitude juridique rend cette possibilité quasiment inexploitable. Laissée à l'appréciation du juge, elle est en tout cas, à notre avis, fortement déconseillée¹⁰⁶.

La question est à présent de savoir quels sont les mécanismes de protection du whistleblower pour faire face à des sanctions qu'il considère comme injustifiées. Il dispose, dans le cas d'un licenciement abusif au sens de l'art. 336 al. 1 CO, de la protection de l'art. 336a al. 1 et 2 CO. L'énumération des motifs de l'art. 336 al. 1 CO n'est pas exhaustive, le caractère abusif du licenciement peut se révéler dans d'autres situations comparables¹⁰⁷. C'est ainsi que les juges de Mon Repos ont considéré qu'un licenciement à la suite d'une dénonciation pouvait être qualifié d'abusif¹⁰⁸. Dans le cas d'un licenciement immédiat et non justifié, le whistleblower dispose de la protection de l'art. 337c al. 1 et 3 CO. Ces dispositions ne lui donnent que très peu de droits qui se résument la plupart du temps à une simple indemnité (en plus du salaire dû jusqu'à la date du licenciement)¹⁰⁹, limitée à six mois de salaire¹¹⁰. Quant à une éventuelle réparation du tort moral, l'indemnité de l'art. 336a CO comprend en principe cette dernière¹¹¹. Ainsi « [c]ette indemnité ne laisse guère de place à une application cumulative de l'art. 49 CO. Le Tribunal fédéral ne l'exclut cependant pas dans des situations exceptionnelles, lorsque l'atteinte serait à ce point grave qu'un montant correspondant à six mois de salaire ne suffirait pas à la réparer »¹¹². Dans la pratique, les chances de bénéficier de cette exception sont ainsi fortement limitées.

Par ailleurs, aucune réintégration n'est prévue pour l'instant dans la loi¹¹³. Seul le cas particulier de l'art. 10 al. 1 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi

¹⁰⁵ ATF 127 III 310, consid. 5a, JdT 2001 I 367 ; FF 2013 p. 8561.

¹⁰⁶ Rapport 2018 OCDE, p. 17.

¹⁰⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.25/2006 du 21 mars 2006, consid. 2.

¹⁰⁸ TF, 4C.25/2006, 21 mars 2006, consid. 2.

¹⁰⁹ HUNZIKER, p. 177.

¹¹⁰ BETTEX, SJ, p. 161 ; HUG, p. 7 ; JUNGO, p. 71.

¹¹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.310/1998 du 8 janvier 1999, consid. 4a, SJ 1999 I 277.

¹¹² Arrêt du Tribunal fédéral 4C.84/2005 du 16 juin 2005, consid. 5.1.

¹¹³ BETTEX, SJ, p. 161 ; HUG, p. 7.

sur l'égalité, LEg) prévoit cette possibilité dans le secteur privé et ne concerne pas les cas de whistleblowing¹¹⁴. Ainsi, le licenciement produit ses effets, qu'il soit justifié ou non¹¹⁵.

En définitive, nous pouvons constater que les moyens de protection à disposition du whistleblower dans le secteur privé sont fortement limités, plus encore qu'ils ne le sont dans le secteur public dans la mesure où aucune réintégration n'est possible. Seule une indemnité équivalente à six mois de salaire est envisageable, le montant maximum n'étant d'ailleurs quasiment jamais accordé dans la pratique¹¹⁶. Le système tel qu'il se présente n'est donc en aucun cas dissuasif pour l'employeur, qui n'hésite pas à licencier l'employé dénonciateur, que ce soit justifié ou non. Une réglementation dédiée au whistleblowing dans le secteur privé devrait enfin voir le jour prochainement, toutefois, nous le verrons, elle n'est que peu satisfaisante du point de vue du whistleblower.

3.1.2.5 Les autres moyens de protections

Outre les protections spécifiques du domaine public et du domaine privé, il existe d'autres moyens à disposition du whistleblower pour tenter de se protéger.

Notons tout d'abord qu'à l'exception du licenciement, aucun des autres types de représailles n'est spécifiquement couvert par la loi¹¹⁷. Toutefois l'employé pourra se plaindre la plupart du temps d'une atteinte à sa personnalité, notamment en cas de harcèlement, de dénigrement, ou si l'employeur l'assigne à des tâches qui n'ont rien à voir avec ses qualifications¹¹⁸. L'employeur a d'ailleurs l'obligation de respecter, mais également de protéger la personnalité de son employé (art. 328 al. 1 CO)¹¹⁹. De plus, si l'atmosphère de travail entre le lanceur d'alerte et ses collègues et/ou supérieurs s'est détériorée à la suite de la dénonciation, il doit faire en sorte d'apaiser la situation¹²⁰. Il doit en outre empêcher ces derniers de porter atteinte à la personnalité de l'employé¹²¹. Enfin, l'employé est aussi couvert par l'art. 328 CO dans le cas où il se verrait refuser une gratification à la suite de sa dénonciation alors que celle-ci a été

¹¹⁴ RS 151.1.

¹¹⁵ GIROD/CARRON, WMA, p. 170 ; HUNZIKER, p. 175 ; JUNGO, p. 71.

¹¹⁶ MÜLLER, p. 275.

¹¹⁷ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 46.

¹¹⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 4C.189/2006 du 4 août 2006, consid. 2 ; FF 2013 p. 8568 ; JUNGO, p. 72.

¹¹⁹ FF 2013 p. 8568 ; JUNGO, p. 71 ; MÜLLER, p. 270.

¹²⁰ ATF 132 III 115, consid. 5.1, JdT 2006 I 152.

¹²¹ ATF 127 III 351, consid. 4b/dd, JdT 2001 I 369.

accordée à ses collègues¹²². En cas de non-respect de cette norme, l'employé victime de représailles pourra obtenir des dommages et intérêts. Dans la pratique il est toutefois très compliqué de prouver que l'employeur ne respecte pas ses obligations¹²³. L'octroi d'une indemnité reste ainsi exceptionnel¹²⁴.

En cas d'accusation pénale, s'il ne peut se prévaloir d'une obligation ou d'un droit de dénoncer, le whistleblower pourra envisager d'invoquer un fait justificatif, celui de la sauvegarde d'intérêts légitimes, qui permet, sous certaines conditions, de justifier la commission d'une infraction¹²⁵. Dans cette optique le lanceur d'alerte devra s'assurer que son signalement est proportionné aux divers intérêts en jeu, le fait justificatif ne serait ainsi invocable que si le signalement est effectué pour sauvegarder des intérêts supérieurs¹²⁶. Il doit en outre avoir interpellé sans succès les services internes et externes compétents avant d'effectuer une dénonciation publique¹²⁷. Cette question a été traitée dans le cas de deux employées du service social de la Ville de Zurich qui, confrontées au silence de leur hiérarchie, avaient décidé d'alerter la presse concernant des dysfonctionnements existants au sein de leur service¹²⁸. A l'issue du recours au Tribunal fédéral, elles ont été condamnées pour violation du secret de fonction (art. 320 CP). Ce dernier a considéré qu'elles n'auraient pas dû s'adresser directement à la presse, car il existait d'autres moyens légaux auprès de l'administration cantonale pour effectuer le signalement¹²⁹. Or le Tribunal n'a pas non plus exclu une violation du secret de fonction, et ce même si elles avaient contacté les services nécessaires¹³⁰. Si l'on suit ce raisonnement, il serait donc impossible de s'adresser au public sans avoir à craindre de conséquences pénales¹³¹. Dès lors que le lanceur d'alerte agit dans l'intérêt public, cette situation est inacceptable¹³². À la suite de cette affaire, une initiative parlementaire a été déposée par Filippo Leutenegger en 2012 visant à légiférer sur cette question essentielle¹³³. La

¹²² ATF 129 III 276, consid. 3.1, JdT 2003 I 346.

¹²³ MÜLLER, p. 270.

¹²⁴ JUNGO, p. 72.

¹²⁵ HUG, p. 22.

¹²⁶ HUG, p. 22.

¹²⁷ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 72-73 ; JOSITSCH/BRUNNER, p. 483.

¹²⁸ Arrêt du Tribunal fédéral 6B_305/2011 du 12 décembre 2011.

¹²⁹ TF, 6B_305/2011, 12 décembre 2011, consid. 4.2 ; CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 73.

¹³⁰ TF, 6B_305/2011, 12 décembre 2011, consid. 4.4.

¹³¹ JOSITSCH/BRUNNER, p. 489.

¹³² JOSITSCH/BRUNNER, p. 489.

¹³³ Initiative parlementaire, 12.419, 15 mars 2012, « Whistleblowing. Admettre la licéité d'un acte délictueux commis au nom de la sauvegarde d'intérêts supérieurs » ; HUG, p. 10.

commission des affaires juridiques a toutefois suspendu ses travaux relatifs à cette initiative en attendant le projet remanié du Conseil fédéral concrétisant la motion Gysin¹³⁴. Affaire à suivre.

Nous pouvons mentionner enfin la plateforme de dénonciation des actes de corruption lancée en 2015 par les autorités suisses de poursuite pénale¹³⁵. À la différence des plateformes lancées par le Contrôle fédéral des finances et la Cour des comptes, celle-ci permet de dénoncer aussi bien un acte dans le secteur public que dans le secteur privé. Elle est par ailleurs uniquement destinée à révéler des actes de corruption. Pour le reste elle y est en tous points similaire, elle permet notamment d'assurer l'anonymat. Notre raisonnement sur la question s'applique donc *mutatis mutandis* à cette plateforme.

3.2 *De lege ferenda*

3.2.1 La proposition initiale

Comme mentionné dans l'introduction, une motion destinée à améliorer la protection du whistleblower a été déposée en 2003 déjà et n'a toujours pas abouti à des résultats tangibles. Toutefois, elle a permis de lancer un débat public qui a contribué à sensibiliser la population et les autorités sur la nécessité de protéger les lanceurs d'alerte¹³⁶. Elle comporte à l'origine quatre points distincts¹³⁷. Elle demande tout d'abord d'ancrer dans le code des obligations les conditions de la protection des lanceurs d'alerte contre le licenciement et les autres formes de représailles ; à ce titre le signalement au public doit être possible en dernier recours seulement¹³⁸. Deuxièmement, elle invite à examiner si l'indemnité actuelle de six mois de salaire est suffisante et propose de l'étendre¹³⁹. Ensuite, la protection accordée aux lanceurs d'alerte doit être équivalente dans les secteurs publics et privés et, enfin, il est demandé de traiter de l'obligation de dénoncer des infractions pénales constatées par les employés fédéraux¹⁴⁰. À première vue, les propositions instaurées par cette motion sont judicieuses et

¹³⁴ Rapport de la Commission des affaires juridiques relatif à l'initiative parlementaire 12.419, 25 janvier 2018, https://www.parlament.ch/centers/kb/Documents/2012/Rapport_de_la_commission_CAJ-N_12.419_2018-01-25.pdf (28.11.2018).

¹³⁵ www.luttecontrelacorruption.ch (2.11.2018).

¹³⁶ LEDERGERBER, p. 28.

¹³⁷ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 125.

¹³⁸ BETTEX, ECS, p. 492.

¹³⁹ CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 158.

¹⁴⁰ BETTEX, ECS, p. 492-493.

tendent réellement à défendre le lanceur d’alerte. Nous verrons que ce qu’il en reste aujourd’hui dans le projet de modification du code des obligations apparaît malheureusement insuffisant.

3.2.2 Le projet remanié et simplifié

Depuis 2003, deux phases de consultations se sont succédé devant les Chambres en 2008 et 2010. Sans les détailler, nous pouvons toutefois relever que les changements ont été conséquents d’un projet à l’autre, les avis étant fortement divergents. Le message adopté en 2013 sur la révision partielle du code des obligations ne fait que le confirmer, celui-ci étant bien différent des avant-projets de 2008 et 2010¹⁴¹. La proposition de texte du 20 novembre 2013 par le Conseil fédéral manque de clarté. Elle s’assimile à une véritable loi spéciale à l’intérieur du code des obligations ; il prévoit en effet la création et/ou la modification de pas moins de huit articles¹⁴². Dans le souci de donner suite aux nombreuses propositions et réactions, le Conseil fédéral s’est compliqué la tâche. C’est donc à notre avis avec raison que le Parlement a renvoyé le projet le 10 septembre 2015 pour simplification¹⁴³. Après trois ans, le 21 septembre 2018, le Conseil fédéral a finalement rendu une copie simplifiée de sa proposition de 2013¹⁴⁴. Objectif partiellement atteint selon nous ; les grands axes sont maintenus et les modifications proposées semblent à nos yeux bien trop timides et n’améliorent que de manière limitée la protection des lanceurs d’alerte. Nous pouvons relever qu’aucun renforcement de la protection contre les congés abusifs n’est prévu. En outre l’indemnité de six mois de salaire maximum ne change pas. Aucune réintégration n’est envisagée non plus¹⁴⁵. Par ailleurs, il reste totalement interdit de signaler une irrégularité directement au public, sans exception aucune. Seule vraie amélioration à notre avis, le signalement anonyme à l’employeur devient possible¹⁴⁶. Il est aussi prévu, notamment en cas de danger imminent ou dès lors qu’il est vraisemblable que l’employeur ne réagira pas au signalement, de dénoncer l’irrégularité directement à l’autorité compétente¹⁴⁷, puis, sous certaines conditions, d’effectuer en dernier recours un signalement public¹⁴⁸. L’employeur devra en outre veiller à ce que le travailleur ne soit pas désavantagé s’il

¹⁴¹ FF 2013 p. 8547 ss. ; CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 196.

¹⁴² CARRANZA/MICOTTI, PDS, p. 196-201.

¹⁴³ HALPÉRIN, p. 169.

¹⁴⁴ FF 2018 p. 6164 ss.

¹⁴⁵ BETTEX, ECS, p. 493 ; JUNGO, p. 74.

¹⁴⁶ Art. 321a^{bis} al. 2 let. b et art. 321a^{quater} al. 2 let. d P-CO ; FF 2018 p. 6170.

¹⁴⁷ Art. 321a^{quater} P-CO ; FF 2018 p. 6170.

¹⁴⁸ FF 2018 p. 6171.

a signalé une irrégularité conformément à la loi¹⁴⁹. Enfin, le licenciement à la suite d'un signalement devient expressément qualifié d'abusif¹⁵⁰. Pour le reste, le projet de modification se résume surtout à introduire dans la loi la procédure de signalement en cascade.

3.2.3 Les critiques et les perspectives futures

Pour commencer, nous pouvons constater que du point de vue de la protection du whistleblower le projet actuel s'éloigne malheureusement des propositions de la motion Gysin. La protection contre le licenciement est clairement insuffisante ; même s'il respecte la loi, le dénonciateur est toujours exposé à tout type de représailles et n'est pas assuré de retrouver un poste comparable. À ce titre le nouvel al. 3 introduit à l'art. 328 P-CO est à notre avis bien trop flou ; il prévoit simplement que l'employeur doit veiller à ce que le travailleur ne soit pas désavantagé à la suite du signalement. Quelles sont les mesures concrètes que l'employeur se doit de prendre ? Risque-t-il vraiment quelque chose s'il ne respecte pas cette obligation ? Autant de questions sans réponse, le Conseil fédéral se contentant d'indiquer que les mesures prises à la suite d'un signalement seront le plus souvent contraires à l'art. 328 CO¹⁵¹. Selon nous, cet article pourrait dans certains cas avoir un effet suite à d'éventuelles représailles, mais n'aura pas d'impact à titre préventif. Il est par ailleurs difficile pour l'employé de prouver que l'employeur n'a pas respecté les obligations découlant de cette norme. Nous partageons ainsi l'avis prônant un allègement de l'exigence de preuve à l'égard de l'employé lorsqu'il est victime d'une atteinte à sa personnalité¹⁵².

Ensuite, l'indemnité limitée à six mois de salaire en cas de licenciement abusif n'a pas évolué alors que le Conseil fédéral l'avait prévu dans son avant-projet de 2010, ce dernier s'étant finalement rétracté face à la pression des opposants¹⁵³. En plus d'être insuffisante du point de vue économique, elle ne permet pas au licencié de faire face aux nombreuses difficultés qui font suite au licenciement, notamment pour retrouver un emploi. D'autant plus quand on sait que dans la pratique l'indemnité ne dépasse que très rarement les deux ou trois mois de salaire¹⁵⁴. L'employé licencié devra en outre assumer les frais nécessaires à sa défense et à la

¹⁴⁹ Art. 328 al. 3 P-CO ; FF 2018 p. 6171.

¹⁵⁰ Art. 336 al. 2 let. d P-CO ; FF 2018 p. 6171.

¹⁵¹ FF 2013 p. 8606.

¹⁵² MÜLLER, p. 270.

¹⁵³ MÜLLER, p. 269.

¹⁵⁴ IMBACH HAUMÜLLER, N 116 ; MÜLLER, p. 275 ; Transparency Suisse, p. 3.

procédure, cette dernière pouvant parfois durer plusieurs années¹⁵⁵. Enfin, autre problème majeur, l'indemnité n'est guère dissuasive pour l'employeur¹⁵⁶. Dans ce contexte, l'instauration d'une indemnité *sui generis* spécialement destinée au whistleblower licencié abusivement nous semble être une bonne idée¹⁵⁷. Elle serait justifiée par le caractère singulier des conséquences subies par le lanceur d'alerte ayant perdu son poste et par la nécessité d'un système dissuasif pour l'employeur. À ce titre nous serions d'avis qu'il serait bon d'instaurer aussi bien un minimum, s'élevant par exemple à trois mois de salaire, qu'un maximum, limité à douze mois, comme c'est le cas dans le secteur public. Cette fourchette permettrait d'une part d'assurer une compensation financière minimum au lanceur d'alerte bien intentionné tout en évitant que ce dernier soit tenté d'agir par simple intérêt économique. Il est en tout cas clair que la limite fixée à six mois de salaire est actuellement insuffisante eu égard aux intérêts en jeu et aux risques encourus par le lanceur d'alerte¹⁵⁸.

Un autre élément qui nous semble problématique dans ce projet de modification du code des obligations est l'accès à la dénonciation au public, qui est à notre avis trop limité. Si le dénonciateur n'a pas été licencié ou n'a subi de représailles à la suite du signalement, la dénonciation directe au public n'est possible que si les autorités n'ont pas tenu informé le dénonciateur de la suite donnée à son signalement. Ainsi, même si ce dernier n'est pas satisfait de la réaction des autorités, car elle est insuffisante ou même inutile, il ne pourra pas effectuer de signalement au public. Un dénonciateur dans cette situation se retrouvera donc sans moyen de défense. Bien que la procédure en cascade soit à notre avis un moyen adéquat pour réglementer les conditions d'un signalement, elle reste toutefois un peu trop rigide à notre goût et risque trop souvent de se résumer à museler le lanceur d'alerte¹⁵⁹.

Finalement, le projet tel qu'il se présente aujourd'hui se résume surtout à cimenter ce qui était déjà prévu par la jurisprudence, sans véritablement faire évoluer la protection dans un sens positif¹⁶⁰. Il est de ce point de vue bien loin de ressembler à la protection accordée aux lanceurs d'alerte dans le secteur public.

¹⁵⁵ SCHWAAB, p. 154.

¹⁵⁶ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 16 ; IMBACH HAUMÜLLER, N 153 ; LEDERGERBER, p. 29.

¹⁵⁷ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 29.

¹⁵⁸ GIROD/CARRON, WMA, p. 171 ; HUNZIKER, p. 180 ; SCHWAAB, p. 154.

¹⁵⁹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 138.

¹⁶⁰ BETTEX, ECS, p. 493.

Outre la faible protection accordée par ce projet sur le plan civil, il nous semblait important d'aborder ses limites sur le versant pénal, notamment dans le secteur bancaire. En effet, si un lanceur d'alerte est amené à prouver ses dires, il se trouve quasiment systématiquement confronté à une sanction pénale¹⁶¹. Nous l'avons vu, nombreuses sont les dispositions pénales sanctionnant la révélation d'un secret. Dans le secteur bancaire, une telle révélation est réprimée pénalement par l'art. 47 ch. 1 de la Loi fédérale du 8 novembre 1934 sur les banques et les caisses d'épargne (Loi sur les banques, LB)¹⁶². Heureusement, le nouveau projet de loi prévoit une meilleure coordination avec le droit pénal, ce qui implique que le respect des normes du code des obligations constituera un fait justificatif légal selon l'art. 14 CP¹⁶³. Toutefois, les personnes soumises au secret professionnel ne devraient pas se réjouir trop vite, en effet l'art. 321a^{septies} P-CO introduit une exception impliquant que toute personne soumise à ce secret ne pourra pas se prévaloir d'un quelconque fait justificatif légal. Il sera éventuellement possible de se fonder sur le fait justificatif extra-légal de la sauvegarde d'intérêts légitimes¹⁶⁴, mais nous l'avons vu, la jurisprudence ne l'envisage que de manière très restrictive. Ainsi, les art. 321 CP et 47 LB notamment ne seront pas couverts par ces nouvelles normes du code des obligations. Par conséquent, les personnes soumises au secret professionnel sont et resteront confrontées à de multiples accusations sur le plan pénal. À ce titre, toute amélioration sur le plan juridique restera vaine tant que l'opinion publique suisse traitera les lanceurs d'alerte comme des traîtres à la nation. À titre d'exemple, citons Christoph Meili, ancien employé de l'UBS, qui, à la suite de ses révélations en 1997 portant sur la destruction par une banque de documents relatifs aux comptes bancaires de victimes de l'holocauste, avait dû s'exiler aux Etats-Unis pour échapper à une sanction pénale en Suisse. Autre exemple, l'employé de banque condamné pour violation du secret bancaire après avoir révélé en 2012 les transactions suspectes du président de la BNS Philip Hildebrand et de son épouse, et ce malgré le comportement éthiquement répréhensible de ces derniers. Ce ne sont que deux exemples parmi d'autres, illustrant les faiblesses de la protection sur le plan pénal également.

Sans prétendre être exhaustif, nous allons maintenant aborder différentes idées et perspectives envisageables dans le cadre de la protection des whistleblowers. Certaines ont été abordées dans le cadre de l'élaboration du projet législatif actuel, tandis que d'autres ont été tout simplement ignorées, volontairement ou non.

¹⁶¹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 107.

¹⁶² RS 952.0.

¹⁶³ FF 2018 p. 6167-6168.

¹⁶⁴ FF 2018 p. 6168.

Tout d'abord, il nous semble important de traiter de la réintégration de l'employé. Nous l'avons vu, elle est prévue dans le secteur public à l'art. 34c LPers, mais n'existe pas en droit privé. Le projet de modification partielle du code des obligations n'envisage pas de l'introduire. Comme nous l'avons constaté, les conséquences découlant d'un licenciement ne sont pas uniquement économiques, la difficulté de retrouver un emploi comparable devient une tâche terriblement ardue pour le whistleblower auquel on a collé l'étiquette de traître. La réintégration peut ainsi sembler une bonne idée. Toutefois, ce serait ignorer les nombreuses conséquences néfastes sur la relation et la confiance entre l'employeur et le dénonciateur¹⁶⁵. Ce serait particulièrement vrai dans les entreprises de petite taille où les relations entre le dénonciateur et les personnes concernées par la dénonciation sont inévitables. Il serait difficile d'envisager de rendre obligatoire une réintégration dans un tel contexte. La question pourrait se poser dans le cadre de plus grandes entreprises où l'employé pourrait être transféré dans une autre équipe ignorant tout de sa dénonciation. Cela reste un cas bien particulier et ne supprimerait pas les difficultés pratiques. Bien que la question reste ouverte, il est à notre avis difficile d'envisager une telle possibilité dans le secteur privé. D'ailleurs, si cette dernière était possible, cela n'impliquerait pas que dans la pratique elle soit effectivement exploitée. À titre d'exemple, à l'heure d'aujourd'hui, aucune réintégration n'a été effectuée sur la base de l'art. 10 al. 1 LEg (introduit en 1996); on ne voit pas de raisons qu'il en aille différemment dans le cas d'une dénonciation¹⁶⁶.

Une autre question qui nous semble importante est celle de la protection du lanceur d'alerte qui n'aurait pas été licencié à la suite de sa dénonciation, mais qui subirait quand même des discriminations de son employeur. Dans ce cadre, nous avons vu que la protection accordée par l'art. 328 CO reste limitée et peu utile en pratique¹⁶⁷. Il serait ainsi judicieux de se poser la question d'une éventuelle protection à l'image de la LEg, qui présume sous certaines conditions une discrimination de la part de l'employeur. Ce dernier se verrait obligé de justifier le fait qu'il traite différemment le dénonciateur des autres employés¹⁶⁸. Evidemment, il faudrait encore régler différentes questions, notamment la durée de cette protection et l'atteinte à la liberté contractuelle qu'impliquerait un tel principe de non-discrimination¹⁶⁹.

¹⁶⁵ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 22.

¹⁶⁶ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 21.

¹⁶⁷ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 34-35.

¹⁶⁸ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 34.

¹⁶⁹ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 34.

Abordons maintenant la question des systèmes indépendants au sein des entreprises chargés de recevoir et traiter les signalements, systèmes encouragés par l’art. 321a^{quater} al. 2 let. a P-CO. À notre avis, il serait même intéressant d’envisager d’exiger de l’employeur un tel point de contact interne, et ce, dans la mesure où la taille et les moyens de l’entreprise le permettent. Cela encouragerait la dénonciation interne et permettrait au salarié de savoir exactement auprès de qui il doit effectuer le signalement, évitant ainsi qu’il se tourne vers l’extérieur par frustration de ne pas avoir été entendu à l’interne¹⁷⁰. Il serait dès lors essentiel que ce service soit autonome et indépendant, étant donné que la pratique a démontré que même si l’employé s’est adressé au service théoriquement compétent, il subissait quand même de nombreuses représailles, notamment en cas de dénonciation au niveau supérieur¹⁷¹. L’idée est bonne mais son effet serait toutefois limité dans la mesure où seules les entreprises d’une certaine taille pourraient logiquement se doter d’un tel service. Reste ainsi ouverte la question de savoir à qui et dans quelles conditions cette obligation serait applicable. Une chose est sûre, cela permettrait de limiter les représailles à l’interne, dans un premier temps en tout cas.

Mentionnons encore la question du renversement du fardeau de la preuve dans le cadre du licenciement abusif, question souvent abordée ces dernières années¹⁷². L’idée consiste à renverser le fardeau de la preuve en cas de licenciement, dans le cas où l’employé a prouvé qu’il a été prononcé en raison de sa dénonciation¹⁷³. Ainsi s’en suivrait un allègement de la preuve pour le dénonciateur qui n’aurait plus à prouver le caractère abusif du licenciement, a contrario l’employeur devrait apporter les preuves que le licenciement ne l’est pas. Cette problématique implique de nombreuses questions complexes que nous n’exposerons pas ici. Il nous semblait toutefois intéressant de l’évoquer, car c’est par le biais de propositions de ce type qu’il sera possible d’améliorer concrètement la protection des lanceurs d’alerte.

Penchons-nous à présent sur ce qui nous semble être une amélioration nécessaire de la protection du lanceur d’alerte dans le secteur public. Comme le préconise l’OCDE dans son rapport de phase 4 sur la Suisse, il serait judicieux d’étendre la protection accordée par la LPers à tous les fonctionnaires aussi bien fédéraux que cantonaux¹⁷⁴. D’autant plus que la

¹⁷⁰ BETTEX, SJ, p. 161-162 ; JUNGO, p. 75 ; PORTMANN, p. 995 ; RIHM, p. 55 ; Transparency Suisse, p. 5.

¹⁷¹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 52.

¹⁷² IMBACH HAUMÜLLER, N 117 ; MÜLLER, p. 274 ; RIHM, p. 64-65 ; Rapport 2018 OCDE, p. 17 ; Transparency Suisse, p. 5.

¹⁷³ Transparency Suisse, p. 5.

¹⁷⁴ Rapport 2018 OCDE, p. 16.

Confédération a les compétences pour le faire selon l'art. 10 Cst. Cela éviterait les inégalités de traitement, les fonctionnaires cantonaux ne pouvant actuellement pas invoquer la LPers¹⁷⁵. La protection de ces derniers est ainsi laissée à la libre appréciation des cantons, qui ne se pressent pas pour l'introduire¹⁷⁶. Dans cette optique, il aurait pu être envisagé de privilégier une loi spéciale sur la protection des whistleblowers, comme c'est le cas aux Etats-Unis, permettant d'assurer l'égalité de traitement entre fonctionnaires fédéraux et cantonaux mais aussi plus globalement entre les employés du secteur public et privé¹⁷⁷.

Pour terminer, il nous semble inévitable d'aborder la question de l'anonymat et de la confidentialité dans le cadre d'une dénonciation. L'anonymat fait l'objet de nombreuses critiques, il encouragerait la délation et favoriserait la dénonciation de son voisin, du collègue à qui on veut prendre la place etc. ; ses opposants prônent plutôt la confidentialité¹⁷⁸. Par exemple, dans le cadre de la plateforme mise en place par la Cour des comptes à Genève, cela signifierait que la Cour serait au courant de l'identité du dénonciateur mais ne la révélerait pas. Cela permettrait d'éviter les abus et les dénonciations mal intentionnées¹⁷⁹. Toutefois, nous pourrions aussi considérer que les autorités comme la Cour des comptes seraient à même d'écarter ce genre de dénonciation. En ce qui nous concerne, étant donné l'état actuel de la protection des lanceurs d'alerte et la méfiance générale dont ils font l'objet, il serait à notre avis judicieux de permettre d'assurer leur anonymat, en tout cas pour un certain temps encore. Cela limiterait le nombre de cas passés sous silence simplement par peur des représailles. Il faudrait cependant veiller à ce que ce droit, et notamment les plateformes de dénonciations, ne deviennent pas un exutoire pour les employés frustrés¹⁸⁰. Il faudrait ainsi s'assurer que ceux-ci soient de bonne foi en les obligeant par exemple à apporter un minimum de preuves. Nous pourrions aussi envisager l'introduction d'une norme, comme c'est le cas aux Etats-Unis dans le *Sarbanes-Oxley Act*, imposant aux entreprises d'introduire une procédure interne anonyme, évitant ainsi les représailles provenant aussi bien de collègues, de supérieurs que de l'employeur¹⁸¹. Cela va avec le risque qu'un climat de méfiance généralisée s'installe au sein de l'entreprise¹⁸². Le débat est dans tous les cas loin d'être clos.

¹⁷⁵ AUGSBURGER-BUCHELL, p. 629 ; HUG, p. 14.

¹⁷⁶ HUG, p. 8.

¹⁷⁷ LEDERGERBER, p. 29.

¹⁷⁸ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 158 ; PORTMANN, p. 993.

¹⁷⁹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 161.

¹⁸⁰ GIROD/CARRON, TSOJ, p. 35 ; PORTMANN, p. 993.

¹⁸¹ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 158.

¹⁸² GIROD/CARRON, TSOJ, p. 35.

4. Conclusion

Au cours de nos recherches, nous avons été particulièrement interpellés par le fait que, à quelques rares exceptions près, la doctrine est unanime, la protection des lanceurs d’alerte en Suisse est insuffisante, et le projet proposé par le Conseil fédéral l’est tout autant. Alors pourquoi cette protection n’a que très timidement évolué au cours des quinze dernières années ? Les raisons sont diverses et variées, toutefois il y en a deux qui retiennent particulièrement notre attention. Tout d’abord il existe une méfiance générale à l’égard des dénonciateurs dans notre pays. La professeure Ursula Cassani parle très justement d’une « intolérance culturelle au phénomène du whistleblowing » en Suisse¹⁸³. Nous savons par ailleurs toute la difficulté qu’implique la transposition d’un tel phénomène à notre système, qui diffère à bien des égards du système étasunien dont il est originaire. Nous savons également l’importance que représente le secret en Suisse, notamment le secret bancaire. L’acte de whistleblowing impliquant très souvent une question économique, il n’est pas étonnant que la dénonciation soit mal vue dans ce cadre. Par ailleurs, les entreprises sont de manière générale peu enclines à favoriser les dénonciations, par peur de voir leur image ternie. La deuxième raison principale de cette faible protection s’explique selon nous par la puissance et l’influence des milieux économiques et des organisations patronales sur la politique suisse. À titre d’exemple, ce sont eux qui ont fait plier le Conseil fédéral qui voulait augmenter l’indemnité découlant d’un licenciement. C’est d’ailleurs en grande partie à cause de leurs vives oppositions que les débats durent depuis plus de quinze ans maintenant.

Malgré ces raisons, il nous est parfois difficile de comprendre pourquoi s’opposer au whistleblower, alors qu’il sert la plupart du temps l’intérêt public mais aussi souvent celui de l’employeur. Il reste par ailleurs le meilleur instrument pour démasquer les infractions telles que la corruption et le blanchiment d’argent, qui sont par nature des phénomènes cachés et donc difficilement décelables. Le whistleblower y joue donc un rôle essentiel, d’où la nécessité d’une protection adéquate.

En ce qui concerne la protection actuelle, le principal souci est à notre avis que les rares protections en droit suisse s’appliquent souvent qu’a posteriori. Quasiment aucune protection n’est préventive, et ce ne sont pas les seules indemnités résultantes des art. 336 et 328 CO qui

¹⁸³ CASSANI, p. 48.

vont changer la situation¹⁸⁴. L'effet dissuasif doit de notre point de vue être le principal intérêt à viser quand on parle de protection du lanceur d'alerte, en amont de toutes représailles. Il pourrait permettre de dissuader l'employeur de mesures de rétorsion si par exemple les conditions pour le signalement au public étaient plus souples. Dans ce cadre les plateformes de dénonciations anonymes restent actuellement le meilleur moyen d'échapper aux conséquences résultant d'une dénonciation.

Pour ce qui est du projet législatif en cours, nous estimons qu'il pourrait encore être simplifié. Tel qu'il se présente aujourd'hui, il n'encourage pas les signalements, sauf s'ils sont limités à une dénonciation interne. Finalement c'est l'employeur qui se voit davantage protégé, au détriment du travailleur. Dans ce contexte, il n'est pas étonnant que les employés désirant dénoncer un acte en Suisse fassent preuve d'une grande méfiance, leurs craintes étant la plupart du temps totalement justifiées, aussi bien sous l'angle du droit civil que du droit pénal. Si la proposition législative aboutit telle qu'elle est prévue aujourd'hui, nous sommes curieux de savoir ce que la Confédération va bien pouvoir présenter à l'OCDE dans ses rapports oraux et écrits prévus pour 2019 et 2020. Il sera en outre intéressant de voir l'influence des conventions ratifiées par la Suisse dans les prochaines années si la protection n'évolue pas davantage. Les pressions risquent en tout cas de se faire de plus en plus insistantes.

Pour conclure, avant même une évolution sur le plan législatif, le changement dans ce domaine devrait surtout passer par une évolution des mentalités. Quand on sait la difficulté avec laquelle elles changent en Suisse, nous pouvons craindre pour l'avenir du lanceur d'alerte, tout du moins à court et moyen terme. Les droits limités qui lui sont accordés, la faible protection contre les représailles, le risque de se voir accusé de violation du devoir de fidélité, de diverses infractions pénales et les obstacles procéduraux qui se dressent devant lui, sont autant de justifications à sa méfiance. Oui, la situation doit changer, et vite.

Dans cette optique, nous espérons humblement que ce travail contribuera à la reconnaissance, nécessaire, de la protection des lanceurs d'alerte comme une priorité.

¹⁸⁴ CARRANZA/MICOTTI, JL, N 129.

Bibliographie

AUGSBURGER-BUCHELI Isabelle/PERRIN Bertrand, Le whistleblowing et la lutte contre la corruption : bilan et perspectives, *in* L'expert-comptable suisse 9 (2009), p. 627 ss.

BETTEX Christian, Le cadre légal des enquêtes internes dans les banques et autres grandes entreprises en droit du travail, *in* La semaine judiciaire 7 (2013) (cité : SJ), p. 157 ss.

BETTEX Christian, Le whistleblowing : quelques considérations sur le whistleblowing et le droit suisse, *in* L'expert-comptable suisse 6/7 (2014) (cité : ECS), p. 492 ss.

CASSANI Ursula, La lutte contre la corruption : vouloir, c'est pouvoir?, *in* Lutte contre la corruption internationale : "the never ending story" [CASSANI Ursula, HÉRITIER LACHAT Anne, édit.], Genève (Schulthess) 2011, p. 33 ss.

COTTIER Bertil, La protection du "whistleblower" : ou le panneau manquant du triptyque de la transparence administrative, *in* Criminologie, politique criminelle et droit pénal dans une perspective internationale : mélanges en l'honneur de Martin Killias à l'occasion de son 65e anniversaire [KUHN André, KILLIAS Martin, édit.], Berne (Stämpfli) 2013, p. 533 ss.

GIROD Christian/CARRON Vincent, Der Schutz des Whistleblowers im Arbeitsrecht de lege ferenda : einige Überlegungen, *in* Whistleblowing : multidisziplinäre Aspekte [KAENEL Adrian von, édit.], Berne (Stämpfli) 2012 (cité : WMA), p. 165 ss.

GIROD Christian/CARRON Vincent, La protection du dénonciateur en droit du travail "de lege ferenda" : quelques réflexions, *in* Transparence et secret dans l'ordre juridique : Liber amicorum pour Me Vincent Jeanneret [JEANNERET Vincent, FOËX Bénédict, HIRSCH Laurent, édit.], Genève (Slatkine) 2010 (cité : TSOJ), p. 15 ss.

HALPÉRIN Sarah Nathalie, Le droit de signaler les atteintes à la santé sur le lieu de travail, *in* Panorama III en droit du travail : recueil d'études réalisées par des praticiens [WYLER Rémy, AYAN Suat, édit.], Berne (Stämpfli) 2017, p. 143 ss.

HUG Dario, Whistleblowing et secrets pénalement protégés : quels risques pour le lanceur d'alerte en Suisse ?, *in* Revue pénale suisse (RPS/ZStrR) 1 (2013), p. 1 ss.

HUNZIKER Silvia, Whistleblowing, *in* Vertrauen, Vertrag, Verantwortung : Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag [CRONE Hans Caspar von der, DEDEYAN Daniel, édit.], Zurich (Schulthess) 2007, p. 163 ss.

IMBACH HAUMÜLLER Diana, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich : ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle ?, Zurich (Schulthess) 2011.

CARRANZA Jaïco Carlos/MICOTTI Sébastien, Whistleblowing : perspectives en droit suisse, Genève (Schulthess) 2014 (cité : PDS).

CARRANZA Jaïco Carlos/MICOTTI Sébastien, Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation, *in* Jusletter 7 janvier 2008 [https://jusletter.weblaw.ch/jusissues/2008/453/_6180.html] (23.10.2018) (cité : JL).

JOSITSCH Daniel, "Whistleblowing" und Korruptionsbekämpfung, *in* Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht [WOHLERS Wolfgang, édit.], Zurich (Schulthess) 2007, p. 97 ss.

JOSITSCH Daniel/BRUNNER Claudia V., Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund, *in* *Pratique juridique actuelle* (PJA/AJP) 4 (2012), p. 482 ss.

JOSITSCH Daniel/DRZALIC Jana, Die Revision des Korruptionsstrafrechts, *in* *Pratique juridique actuelle* (PJA/AJP) 3 (2016), p. 349 ss.

JUNGO Nicole, Whistleblowing : Lage in der Schweiz, *in* *Recht*, Berne (Stämpfli) 2012, p. 65 ss.

LEDERGERBER Zora, Schutz für Whistleblower: Vernehmlassung ruft nach erheblichen Verbesserungen, *in* *Plaidoyer* 1 (2009), p. 28 ss.

MÜLLER Nicola, Meldungen von Missständen am Arbeitsplatz : Whistleblowing - Handeln im Spannungsfeld von Risiko und Verantwortlichkeit, *in* *Risiko und Verantwortlichkeit* [MARSCHNER Laura, édité.], Zurich (Dike) 2016, p. 251 ss.

PORTMANN Wolfgang, Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz : überflüssig, nützlich oder notwendig ?, *in* *Pratique juridique actuelle* (PJA/AJP) 8 (2010), p. 987 ss.

RIHM Thomas, Verstärkter Schutz des Whistleblowing in der Schweiz : arbeitsrechtlicher Kronzeugenschutz als Corporate Governance Aufgabe, *in* *ArbR - Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht*, Berne (Stämpfli) 2012, p. 47 ss.

SCHWAAB Jean Christophe, La protection contre le licenciement abusif, *in* *Droit du travail et assurance chômage* 3 (2010), p. 153 ss.

VON KAENEL Adrian, Whistleblowing : multidisziplinäre Aspekte, Berne (Stämpfli) 2012.

VON KAENEL Adrian, Whistleblowing, *in* *Internationales Handelsrecht III : Compliance Management als juristische Kernfunktion im Unternehmen* [BERNI Markus, KELLERHALS Andreas, édité.], Zurich (Schultess) 2009, (cité : III), p. 97 ss.

Autres sources

Conseil fédéral, Message additionnel sur la révision partielle du Code des obligations, protection en cas de signalements d'irrégularités par le travailleur, 21 septembre 2018, FF 2018 p. 6163 ss.
<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2018/6163.pdf> (29.11.2018)

Conseil fédéral, Message sur la révision partielle du Code des obligations, protection en cas de signalements d'irrégularités par le travailleur, 20 novembre 2013, FF 2013 p. 8547 ss.
<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2013/8547.pdf> (01.12.2018)

Contrôle fédéral des finances, rapport annuel 2017.
<https://www.efk.admin.ch/fr/publications/362-rapports-annuels.html> (23.11.2018)

Cour des comptes de la République et canton de Genève, rapport annuel d'activité 2017/2018 (cité : Cour des comptes, rapport annuel 2017/2018)
<http://www.cdc-ge.ch/fr/Rapport-annuel.html> (23.11.2018)

Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption, Rapport de phase 4 : Suisse, 2018 (cité : Rapport 2018 OCDE).
<http://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/Suisse-Rapport-Phase-4-FR.pdf> (27.11.2018)

Transparency International Suisse, Whistleblowing, 2013 (cité : Transparency Suisse).
https://transparency.ch/wp-content/uploads/2017/08/Dossier_Whistleblowing_FR.pdf (10.11.2018)