CENTRE DE DROIT
BANCAIRE ET FINANCIER

Mise en consultation d'un projet de révision du CO

Par Claude Laporte le 8 janvier 2009

Le 5 décembre 2008, le Conseil fédéral a mis en consultation un projet de révision partielle du Code des obligations (introduction d'un article 321a bis et modification des articles 336 alinéa 2 et 362 alinéa 1) pour améliorer la protection du travailleur qui signale des faits répréhensibles se déroulant dans l'entreprise.
La détection et le signalement de faits répréhensibles se déroulant dans l'entreprise – problèmes de plus en plus évoqué dans l'actualité – engendrent, comme le souligne à juste titre le rapport explicatif du Conseil fédéral, des conflits d'intérêts (intérêts de la collectivité contre ceux de l'employeur, intérêts du dénonciateur contre ceux du dénoncé, etc.) Ce n'est pas le moindre intérêt du projet que de vouloir, non seulement améliorer la protection des *whistleblowers*, mais aussi remédier aux lacunes du droit actuel en matière de clarté et de prévisibilité, de telle sorte que soit facilitée la pesée des intérêts par l'employé confronté à des faits répréhensibles.
Le projet contient donc un arbitrage législatif entre l'intérêt de la collectivité au signalement et le devoir de fidélité de l'employé, et prévoit trois paliers dans le devoir de signalement :
– le signalement de bonne foi de faits répréhensibles doit en principe se faire à l'employeur (projet d'article 321abis alinéa 1) ;
– il doit se faire à l'autorité compétente si l'employeur ne prend pas de mesures effectives dans un délai raisonnable, 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 (projet d'article 321abis alinéa 2) ;
– enfin, 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 en s'adressant en particulier aux médias ou à des organisations concernées (projet d'article 321abis alinéa 3).
Par ailleurs, les règles sur le secret professionnel et les règles prévues dans des lois spéciales sont réservées (projet d'article 321abis alinéa 4). En effet, le secret professionnel a une portée qui dépasse le cadre des rapports de droit du travail et la réserve prévue assure une application identique du secret professionnel, indépendamment du statut de salarié ou d'indépendant de la personne soumise au secret.
Le projet fait ainsi du signalement de bonne foi une manifestation du devoir de fidélité de l'employé, ce qui a pour corollaire qu'un licenciement donné en raison d'un signalement conforme à la loi est abusif (projet d'article 336 alinéa 2 lettre d). En outre, il ne sera pas possible de déroger au détriment de l'employé aux dispositions des 2e et 3e alinéas de l'article 321abis.
Dans l'ensemble, le projet fait preuve d'un louable souci de ne pas instaurer un

encouragement général à la délation, de ne pas s'écarter des fondements du droit privé suisse et de ne pas trop empiéter sur la liberté individuelle. La solution proposée se base sur les critères de l'intérêt prépondérant et de la proportionnalité et le projet ne veut surtout pas protéger le signalement injustifié ou abusif.
Toutefois, la médaille a aussi son revers. En proposant une solution qui s'inscrive dans le cadre général du droit du travail en vigueur, le projet n'accorde en fin de compte qu'une protection limitée à l'employé qui subirait des représailles en raison d'un signalement légitime. En effet, le Conseil fédéral n'a voulu ni prévoir la nullité d'un tel licenciement, ni fixer une limite maximale à l'indemnité pour licenciement abusif supérieure à celle qui est prévue dans d'autres cas de licenciement abusif. On reste donc dans le cadre habituel de la sanction du licenciement abusif par une indemnité qui ne peut dépasser le montant correspondant à six mois de salaire du travailleur.
Or, il est légitime de se demander si le salarié licencié pour avoir procédé à un signalement justifié d'un fait répréhensible ne se trouve pas dans une situation plus précaire que d'autres types de victimes de licenciements abusifs et si ses difficultés à retrouver du travail dans le même secteur d'activité, où il risque d'être stigmatisé, ne seront pas plus grandes. Dans un tel contexte, il pourrait être préférable de prévoir qu'une des sanctions du licenciement abusif d'un travailleur qui a dénoncé des faits répréhensibles soit la réintégration, à tout le moins lorsque celle-ci est la seule solution réaliste dans l'intérêt du travailleur.

Reproduction autorisée avec la référence suivante: Claude Laporte, Mise en consultation d'un projet de révision du CO, publié le 8 janvier 2009 par le Centre de droit bancaire et financier, https://cdbf.ch/fr/617/