

Droit du travail

Whistleblowing et protection contre le licenciement

Par Valérie Junod le 3 décembre 2013

Dix ans après le dépôt de la motion du Conseiller national Gysin ([03.3212](#)), [le Conseil fédéral y donne suite](#) par son [message aux Chambres](#) sur la protection des *whistleblowers* dans le secteur privé. [La révision du CO intitulée « Protection en cas de signalement d'irrégularités par le travailleur »](#) entend formaliser la procédure à suivre par le travailleur comme par l'employeur. Ce faisant, elle clarifie les principes esquissés par quelques arrêts du Tribunal fédéral. Le projet maintient et même renforce la logique voulue par la jurisprudence d'un signalement « par palier ». Les trois paliers successifs sont le signalement à l'intérieur de l'entreprise, à l'autorité publique et finalement au public. En principe, le travailleur est tenu de suivre cet ordre et ne peut s'adresser au palier suivant que si le précédent s'est révélé vain.

Le 1er palier, le signalement interne, est conçu de manière libérale. Pourvu qu'il ait un soupçon raisonnable, notion qui renvoie à sa bonne foi, le travailleur peut signaler toute irrégularité, à savoir n'importe quelle violation d'une loi ou d'une règle interne à l'entreprise (art.321a bis P-CO). Il doit s'adresser aux personnes désignées comme compétentes par l'entreprise en son sein ou à l'extérieur (ex. service spécialisé).

Si l'entreprise souhaite éviter le passage au 2ème palier, elle doit réagir au signalement. Elle peut soit mettre en place un système interne de signalement indépendant, soit elle peut traiter ces alertes au cas par cas par une procédure *ad hoc*. Le projet incite toutefois à la mise en place d'un système interne, car l'entreprise qui applique effectivement un tel système bénéficie d'un régime légal favorable : d'abord, une dénonciation directe à l'autorité publique (2ème palier) sera presque toujours exclue (art. 321a quater al. 2 P-CO) ; ensuite, la procédure de traitement appliquée par l'employeur pourra être plus flexible, notamment dans la durée de traitement, tant qu'elle n'est pas manifestement lacunaire.

Si, par exemple pour des raisons de taille, de coût ou de nature des activités, une entreprise renonce à instaurer un tel système, elle doit veiller à traiter le signalement dans un délai raisonnable, mais au maximum de 60 jours (art. 321a ter al. 1 let. b P-CO). Si, dans ce délai, l'employeur n'a pas traité le signalement et dûment informé le travailleur, le donneur d'alerte peut passer au 2ème palier (art.321a ter al. 1 P-CO). Alternativement, il peut s'adresser directement à l'autorité si l'urgence l'exige ou si la pratique antérieure de l'entreprise donne à penser qu'un signalement interne restera vain ou sera indument sanctionné (art. 321aquater al. 1 P-CO). Dans un cas comme dans l'autre, il ne peut signaler à l'externe que des actes contraires au droit pénal ou au droit administratif (art. 321a ter al. 1 P-CO ; droit suisse uniquement).

Le projet de loi exclut pratiquement tout signalement au public (3ème palier). D'abord, un signalement direct au public est simplement exclu. L'employé ne peut pas davantage y recourir s'il estime l'action de l'autorité publique inefficace ou insuffisante. Elle est seulement licite si l'autorité saisie de sa dénonciation ne répond pas à sa demande d'information dans les 14 jours (art. 321a quinquies al. 1 P-CO). Ce cas est largement théorique, puisque la réponse peut se borner à indiquer que la dénonciation est en cours de traitement ou qu'elle ne justifie pas des mesures d'enquête.

Le projet du Conseil fédéral devrait satisfaire les employeurs du secteur privé – comme d'ailleurs ceux du secteur public qui appliquent directement ou par renvoi les art. 319 ss CO. Les conditions d'un signalement sont encadrées par des règles strictes qui ne laissent guère de place à un signalement externe. En revanche, pour le travailleur, le projet de loi ne présente que peu d'améliorations. Certes, il est mieux informé des obligations à respecter, le Message du Conseil fédéral étant à cet égard remarquablement complet. Cependant, c'est essentiellement sur lui que repose le poids des vérifications. S'il veut communiquer un soupçon à l'autorité, il doit vérifier s'il dispose d'indices concrets, s'il y a eu violation d'une norme de droit public, si les mesures prises auparavant par l'employeur ont été insuffisantes. Heureusement, le projet lui donne en tout temps le droit de prendre conseil auprès d'un professionnel, avant tout un avocat (art. 321a sexies P-CO). A supposer qu'il franchisse avec succès ces obstacles, il n'est guère remercié pour sa démarche. D'une part, l'autorité ne l'informe pas des mesures concrètement prises. D'autre part, s'il subit une mesure de rétorsion de l'employeur, il ne peut que se plaindre d'une atteinte à sa personnalité (art. 328 al. 3 P-CO) ou d'un licenciement contraire au droit. Dans le premier cas, il peut prétendre à une indemnité pour tort moral dont le montant reste généralement faible. Dans le second cas, l'indemnité pour licenciement abusif ou immédiat injustifié reste soumise à l'appréciation du juge et plafonnée à 6 mois de salaire (art. 336 al.2 let. d P-CO). En effet, le Conseil fédéral n'a pas voulu rouvrir le débat houleux sur un relèvement du plafond des indemnités en droit du travail.

A l'évidence, le projet de révision ne veut pas encourager le *whistleblowing*, sauf au sein de l'entreprise. Vu l'ampleur des vérifications à charge du travailleur, les droits procéduraux réduits qui lui sont attribués, la protection limitée contre les mesures de représailles et, enfin, le risque résiduel qu'un tribunal juge néanmoins le signalement contraire au devoir de fidélité, le travailleur a tout intérêt à se montrer prudent. A consulter un avocat ou à se taire.