



Chambre vaudoise
du commerce et de l'industrie

Monsieur
Roger Piccand
Chef du Service de l'emploi
Rue Caroline 11
1014 Lausanne

Lausanne, le 6 février 2009
S:\COMMUN\POLITIQUE\Position\2009\POL0901.doc
MAP/chb

Révision partielle du code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur)

Monsieur le Chef de service,

Nous nous référons à votre courriel du 6 janvier 2009 relatif à l'objet cité en titre et vous en remercions.

L'avant-projet mis en consultation fait suite à une motion du Conseiller national Gysin, qui demandait «une protection efficace contre les licenciements injustifiés et autres discriminations à tous les «whistleblowers» (dénonciateurs), qui sont définis comme les personnes informant leur employeur ou l'opinion publique d'un cas de corruption ou d'un acte illicite découvert sur leur lieu de travail.» Le Conseil fédéral estime que le droit en vigueur manque de clarté et de prévisibilité et qu'il est dès lors nécessaire de légiférer afin de distinguer les cas où un signalement est admis de ceux où il ne l'est pas. Selon le Conseil fédéral, «les destinataires de la norme disposeront ainsi de règles facilement identifiables et dont la portée est clairement établie.»

Il est vrai que le code des obligations ne contient aucune disposition qui règle spécifiquement la question du «whistleblowing». Cela ne signifie pas pour autant que les travailleurs «dénonciateurs» ne bénéficient d'aucune protection. La balance des intérêts entre l'intérêt public à la révélation d'un acte frauduleux et le devoir de fidélité (art. 321a CO) du collaborateur doit être effectuée en fonction des circonstances de chaque cas d'espèce. Les contours de cette balance des intérêts ont été précisés par la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF). Selon le TF, «le salarié doit aussi garder le secret sur des infractions pénales ou administratives commises par l'employeur, à moins qu'un intérêt supérieur ne s'y oppose. Lorsque l'activité de l'employeur cause ou risque de causer illicitement un dommage à autrui, le salarié ne peut faire valoir un intérêt supérieur à rompre le secret que s'il respecte lui-même le principe de la proportionnalité. Il doit d'abord interpellier son employeur, puis saisir l'autorité compétente ; en effet, cette dernière peut agir sans porter atteinte à la réputation de l'employeur ; ce n'est que si l'autorité demeure inactive que le salarié peut, lorsque les circonstances le justifient, saisir l'opinion publique.» (ATF 127 III 310). Le TF a également eu l'occasion, à plusieurs reprises, de confirmer des condamnations d'employeurs pour licenciement abusif dans des cas où le travailleur avait été licencié pour avoir informé notamment une autorité (le procureur: arrêt 4C.60/2006 du 22 mai 2006) ou un tiers de confiance (l'avocat de l'employeur : arrêt 4A_2/2008 du 8 juillet 2008).

Il ressort de ce qui précède que l'avant-projet qui nous est soumis ne prévoit rien de nouveau par rapport au droit actuellement en vigueur puisqu'il ne fait que codifier les principes développés par la jurisprudence du TF. Nous ne voyons dès lors pas la nécessité de développer spécifiquement la question du signalement dans une disposition particulière relative au devoir de fidélité.

En outre, l'art. 321a bis (nouveau) CO ne saurait atteindre le but visé (clarté et prévisibilité), du moins dans son contenu actuel. Les circonstances de chaque cas d'espèce devront continuer à être examinées selon le principe de proportionnalité et au moyen d'une balance des intérêts en présence. Il faudra bien en outre interpréter des notions particulièrement floues que sont notamment les «faits répréhensibles», l'«intérêt public», ou encore l'expression «si les circonstances particulières permettent de penser que l'employeur ne prendra pas de mesures effectives dans un délai raisonnable».

Pire, l'imprécision de ces notions comporte un risque important d'encourager des actes de délations qui ne répondent pas à un intérêt public ou qui sont trop vite dévoilés à des tiers. Bien malin en effet sera l'employé qui parviendra à juger si un fait est «répréhensible» ou non, si ce fait «met en jeu l'intérêt public», si l'«urgence» l'autorise à s'adresser directement à une autorité ou à partir de quel moment il pourra considérer que l'employeur n'a pas pris de «mesures effectives dans un délai raisonnable». Sauf cas extrême, l'employé qui n'aura pas respecté les principes de signalement pourra aisément se retrancher derrière le principe de «bonne foi», d'autant plus facile à admettre que les notions sont peu claires ; c'est ainsi la réputation de l'employeur qui en pâtira, sans que ce dernier n'ait la possibilité, ou alors moyennant une substantielle indemnité pour licenciement abusif, de sanctionner l'employé qui aura violé – de bonne foi !- son devoir de fidélité.

En conséquence, la CVCI estime que l'entrée en matière sur ce projet de révision du CO doit être refusée.

Toutefois, si tel ne devait pas être le cas, le projet devrait être corrigé dans le sens des remarques qui suivent :

Premièrement, il convient de renoncer à la notion de «faits répréhensibles». Selon le message explicatif (p. 33), il s'agit de «tout fait contraire à une obligation que l'entreprise ou ses collaborateurs doivent respecter». Quelques lignes plus loin, le même message précise que «le signalement peut également concerner un fait dommageable (...) sans qu'il soit sanctionné par une règle particulière» ; autrement dit, tout est «signalable», y compris des faits qui sont parfaitement licites mais qu'un collaborateur pourrait estimer «de bonne foi comme dommageable». Cette notion de «faits répréhensibles» est donc laissée à la seule appréciation d'un collaborateur, qui jugerait tel ou tel comportement non convenable selon ses propres convictions. On peut par exemple imaginer le cas d'un employé qui s'adresse aux médias pour dénoncer le comportement de son employeur dont la gestion ne prendrait pas, selon lui, suffisamment en compte des aspects de développement durable (tri des déchets, économie d'énergie, etc.) : après en avoir avisé son employeur, qui ne prendrait pas les «mesures suffisantes», l'employé pourrait s'adresser aux autorités, qui ne prendraient aucune mesure faute de base légale, pour finalement alerter les médias et nuire ainsi à la réputation de son employeur, sans que ce dernier n'ait enfreint la moindre disposition légale. Afin d'éviter d'en arriver à ce genre d'extrémité et de ne pas oublier le but initial du signalement – lutter contre la corruption et les actes illicites qui se produisent sur le lieu de travail -, **nous proposons de remplacer la notion de «faits répréhensibles» par celle d'«infractions pénales», voire d'«actes illicites».**

En second lieu, les lettres b, c et d de l'art. 321a bis al. 2 CO doivent être supprimées. A notre sens, le travailleur devrait toujours s'adresser d'abord à son employeur avant de saisir une autorité ou d'informer le public. Ce n'est que si l'employeur ne réagit pas ou ne prend pas les mesures adéquates que des tiers pourraient être informés. Car là encore, les «circonstances qui permettent de penser » ou le « risque » de voir la poursuite des actes visés entravée laissent une bien trop large latitude de jugement au dénonciateur. Il est évident que toute dénonciation à l'employeur d'un «fait répréhensible» commis dans l'entreprise comporte le «risque» de voir la poursuite entravée puisque les faits visés concernent un ou plusieurs collaborateurs de ce même employeur.

En conclusion, nous nous opposons à l'introduction des art. 321a bis CO et 336 al. 2 let. d CO. Si ces dispositions devaient néanmoins être introduites, nous proposons de remplacer la notion de «faits répréhensibles» par celle d'«infractions pénales» ou d'«actes illicites» et de supprimer les lettres b, c et d de l'art. 321a bis al. 2 CO.

En vous remerciant de votre consultation, nous vous prions d'agréer, Monsieur le Chef de service, nos salutations distinguées.

CHAMBRE VAUDOISE DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

Guy-Philippe Bolay
Directeur adjoint

Mathieu Piguet
Sous-directeur