

Carlos Jaïco Carranza
Sébastien Micotti

Whistleblowing

Perspectives en droit suisse

Table des matières

Table des matières	VII
Abréviations.....	XV
Bibliographie	XVII
Préface.....	1
I. Introduction	3
II. La notion	5
1. Un essai de définition – les contours généraux	5
A. L’acte de Whistleblowing (alarme ou dénonciation ?) ...	5
B. La personne qui dénonce ou Whistleblower	7
2. Caractéristiques principales.....	11
A. Découverte ou soupçons de faits « irréguliers ».....	11
B. La dénonciation du fait d’autrui.....	13
C. Lien juridique avec l’entité concernée	13
D. Acte d’information à un tiers	15
E. Le moment de la dénonciation	18
F. Intérêts, intentions et motifs de la signalisation	20
a) Les motivations de nature éthique.....	21
b) L’intérêt de l’entreprise (coût-bénéfice de l’entreprise) ...	22
c) L’intérêt public (coût-bénéfice social).....	23
d) Les (autres) intérêts de nature personnelle (coût-bénéfice personnel).....	24
e) Excursus : le whistleblower instrumentalisé.....	26
III. L’obligation et l’interdiction de dénonciation	26

1. Les obligations de nature contractuelle	27
2. Les obligations résultant de la loi.....	29
A. L'obligation de fidélité du travailleur.....	29
a) Le point de départ : L'art. 321a CO – entre obligation et interdiction.....	30
b) La jurisprudence du Tribunal fédéral (avant 2008)	33
B. Le blanchiment d'argent	35
C. La situation des collaborateurs de l'État	38
a) Interdiction de dénonciation.....	38
b) Obligation de dénonciation ?.....	40
c) Droit de dénonciation – le rôle du Contrôle fédéral des finances.....	42
D. Le droit de procédure cantonal.....	49
E. Le cas spécifique du droit légal de dénoncer.....	50
3. Synthèse	51
IV. L'effet pervers et ses correctifs (partiels)	52
1. Droit civil (en particulier droit du travail).....	54
A. Licenciement ou harcèlement	54
B. Le certificat de travail	55
C. La protection contre le congé abusif – principes et limites	57
D. Le recours à l'art. 328 CO.....	61
E. Autres conséquences civiles.....	63
2. Droit pénal	64
A. Le droit de fond.....	64
a) Les diverses infractions reprochables au whistleblower... 64	
b) Les faits justificatifs	71

B.	La position du dénonciateur sous l'angle procédural : Question de l'anonymat	76
V.	Le statut de la personne visée et la protection des données.....	79
VI.	Aspects choisis de la problématique dans le domaine bancaire	86
1.	L'échec de la mise en place d'une réglementation	86
2.	Le whistleblowing à un organe interne : service de <i>compliance</i> ou l' <i>audit committee</i>	89
A.	Le <i>compliance office</i>	89
B.	Le comité d'audit	91
C.	L'ombudsman	93
D.	Le whistleblowing externalisé.....	94
E.	La punissabilité de l'entreprise	94
F.	La directive « MiFID »	96
3.	Whistleblowing et secret bancaire.....	97
A.	Les fondements et la portée du secret bancaire	98
B.	Application au whistleblowing	100
4.	La procédure de dénonciation à la FINMA et la qualité de partie.....	102
A.	La problématique	102
B.	Absence de qualité de partie <i>de lege lata</i>	103
C.	Suggestions <i>de lege ferenda</i>	105
VII.	Pourquoi protéger le whistleblower ?	108
1.	Les différents intérêts en jeu	108
A.	Intérêts d'ordre privé.....	108

B. Intérêts de nature publique.....	110
2. Les risques inhérents au whistleblowing.....	114
VIII. Éléments de droit comparé.....	115
1. Le monde anglo-saxon.....	116
A. La Grande-Bretagne.....	116
B. Les États-Unis d'Amérique.....	120
2. L'Union Européenne.....	125
A. Le statut de fonctionnaire européen et le devoir de dénonciation.....	126
B. L'Office européen de Lutte Anti-fraude (OLAF).....	130
C. La question de l'anonymat.....	132
3. L'Amérique Latine.....	134
A. Les conventions internationales.....	135
a) La Convention Interaméricaine Contre la Corruption (CICC).....	135
b) Ley Modelo sobre Protección a personas que denuncian actos de corrupción.....	136
B. Whistleblowing au Pérou.....	137
a) Les conventions internationales.....	138
b) Le secteur public : Loi 29542.....	138
c) Le secteur privé.....	139
d) Procédures de dénonciation.....	139
e) Protection du dénonciateur dans la procédure de collaboration efficace : Loi 27378.....	139
C. Whistleblowing au Chili.....	140
a) Les dispositions de protection des dénonciateurs : Loi N° 20.205.....	140
b) La sanction des dénonciations infondées.....	142

c)	Quelques exigences posées à la protection du dénonciateur.....	142
d)	La dénonciation obligatoire d'irrégularités.....	142
D.	Whistleblowing au Mexique	143
a)	Ley Federal Anticorrupción en contrataciones públicas.....	143
b)	Constitution fédérale du Mexique.....	144
E.	Synthèse.....	144
4.	Autres instruments internationaux.....	145
5.	L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme	149
A.	L'affaire Heinisch – les faits	149
B.	L'analyse de la Cour et les six critères retenus.....	150
C.	Synthèse.....	155
IX.	Les nouvelles perspectives suisses	157
1.	Le mandat législatif de 2007	158
2.	Principales remarques	159
A.	La modification du Code des obligations.....	159
B.	Le rôle du dénonciateur et sa protection	161
C.	Les conditions de la dénonciation – l'exemple du droit britannique.....	162
D.	Le principe de la proportionnalité	164
E.	La nature et le régime de la sanction.....	167
a)	Encadrer ou punir ? – Le caractère dissuasif de la sanction.....	167
b)	La réparation du dommage.....	168
c)	L'introduction de sanctions pénales ?.....	169

F. Les collaborateurs de l'État.....	169
G. Confidentialité plutôt qu'anonymat	170
a) Principales faiblesses de la dénonciation anonyme	170
b) Le régime de la confidentialité.....	172
3. Synthèse intermédiaire – Quelques propositions.....	173
4. Développements après 2008.....	176
A. La jurisprudence (droit du travail)	176
a) L'arrêt 4A_2/2008.....	176
aa) Résumé des faits.....	177
bb) Résumé des considérants.....	177
cc) Commentaire	179
(i) Mise en place d'une procédure de « whistle- blowing » et rôle de l'avocat de la banque	179
(ii) Dédommagement de l'employé	181
(iii) Double effet pervers de l'absence de procédure claire	181
b) Synthèse.....	182
B. L'avant-projet de modification du CO (art 321a ^{bis} AP-CO).....	182
C. Le nouvel art. 22a LPers – le régime de la fonction publique	191
D. Le projet (remanié) de novembre 2013	196
a) Concrétisation du devoir de fidélité – portée positive	201
b) Le principe de proportionnalité.....	202
c) Le régime de la sanction.....	214
d) Les faits susceptibles d'être signalés.....	216
e) La bonne foi.....	221
f) Le choix de l'interlocuteur	224

g) Les conseils externes	231
h) Le secret professionnel et les lois spéciales	235
i) En résumé	238
E. Regard critique vers l'avenir	239
a) Éléments attendus dans le droit positif suisse	240
b) Éléments ignorés par l'évolution juridique suisse	243
aa) La situation des ex-employés / mandataires / employés de sociétés tierces / étudiants et collaborateurs non-salariés	243
bb) Le statut des personnes visées par le whistleblowing et tiers concernés	244
cc) La problématique des questions préalables au signalement	245
dd) Synthèse	245