

COMITÉ DU 25 FÉVRIER 2009

Berne, le 19 février 2009

Annexe 5 – JCS

P R O J E T

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

Madame la conseillère fédérale,
Mesdames, Messieurs,

C'est volontiers que nous profitons de la possibilité qui nous est offerte d'exprimer notre position sur le sujet précité.

Si l'Union syndicale suisse (USS) salue le principe d'une meilleure protection contre le licenciement des personnes qui signalent des faits répréhensibles, elle regrette vivement que la mesure préconisée n'offre pas de protection réellement efficace. Il est en effet nécessaire que les travailleurs qui défendent un intérêt public (ce qu'ils ont parfois l'obligation de faire) n'aient pas à craindre de représailles, notamment un licenciement, faute de quoi ils risquent fort de renoncer à signaler des faits répréhensibles, afin de sauvegarder leur emploi. Pour que cela soit le cas, il faut que la sanction contre un éventuel licenciement abusif ait un réel effet dissuasif.

Nous déplorons donc que le Conseil fédéral ne propose pas d'accorder aux personnes qui signalent des faits répréhensibles une protection plus efficace que la protection actuellement en vigueur contre les licenciements abusifs. Ces règles n'ont en effet aucun effet dissuasif en pratique. Nous regrettons par ailleurs que le Conseil fédéral ne procède pas à une évaluation de l'efficacité de la sanction prévue à l'article 336a CO en cas de licenciement abusif (indemnité d'au maximum 6 mois de salaire), comme cela a pourtant été demandé au chiffre 2 de la motion Gysin (dans la version adoptée par les Chambres).

La protection contre le licenciement prévue n'est pas efficace

Nous déplorons que le Conseil fédéral se contente de la procédure habituelle en cas de licenciement abusif. En cela, il ne remplit pas les conditions de la motion Gysin, qui demande une protection « effective » (avant-projet, p. 4). En effet, la « protection » proposée n'est pas efficace, car elle

n'a, contrairement à ce que prétend le Conseil fédéral (p. 18 du rapport explicatif), pas d'effet dissuasif sur l'employeur, sauf peut-être pour une très petite entreprise¹. Une indemnité de 6 mois de salaire (en pratique : en moyenne 2 à 3 mois et très rarement au-delà de 5 mois) n'est pas une sanction suffisante. De plus, une fois le licenciement prononcé, il ne peut être révoqué et le travailleur concerné se retrouve sans emploi, alors même qu'il défendait un intérêt public légitime. Il faut ici relever que les travailleurs qui signalent des faits répréhensibles se trouvent souvent dans une situation plus précaire que d'autres employé(e)s victimes d'un licenciement abusif et le dommage qu'ils subissent est souvent plus important qu'un simple élément de nature économique. Ils ont par exemple souvent beaucoup de peine à retrouver un emploi dans leur branche, car ils sont stigmatisés et n'obtiennent souvent pas de bons certificats de travail². On arrive à la même conclusion à la lecture de l'arrêt récent du Tribunal fédéral ATF 4A_2/2008, dans lequel il a admis un licenciement abusif. L'employé(e) a dû, pendant les 4 ans qu'a duré la procédure, assumer seul les frais de sa défense et affronter des difficultés à retrouver un emploi à cause de son licenciement, pour n'obtenir au final qu'une indemnité sans grand effet sur la banque³. Un autre domaine où une meilleure protection contre le licenciement en cas de signalement de faits répréhensibles est nécessaire, est celui de la santé. En effet, le personnel soignant est souvent le premier à remarquer les mauvais traitements que subissent les pensionnaires de homes ou maisons de retraites. Cela est d'autant plus important si les personnes concernées sont trop âgées, malades ou handicapées, pour se plaindre ou n'ont pas de proches qui pourraient remarquer les mauvais traitements et les dénoncer. Malheureusement, les employé(e)s qui dénoncent de tels mauvais traitements perdent souvent leur emploi⁴, et sont même parfois mis sur une « liste noire » d'employé(e)s à ne pas réengager. Afin de ne pas perdre leur emploi et de ne pas hypothéquer leurs chances sur le marché du travail, beaucoup renoncent à dénoncer des faits répréhensibles.

L'Organisation internationale du travail (OIT) a d'ailleurs admis que le licenciement abusif au sens des articles 336ss CO est une protection insuffisante : le Comité pour la liberté syndicale, en acceptant la plainte de l'USS du 14 mai 2003 (cas no 2265)⁵ a prié le Conseil fédéral « de prendre des mesures pour prévoir le même type de protection pour les représentants syndicaux victimes de licenciements antisyndicaux que pour ceux victimes de licenciements violant le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes, y compris la possibilité d'une réintégration ».

Cette trop faible protection aura aussi pour effet de dissuader les employé(e)s qui signaleraient des activités répréhensibles de les dénoncer. En effet, il y a fort à parier que de nombreux signaleurs potentiels, lorsqu'ils mettront en balance leur propre intérêt (conserver leur emploi) avec un intérêt public incertain, privilégieront nettement le premier, à plus forte raison s'ils doivent assumer seuls les risques et les coûts d'un procès de longue haleine au résultat difficile à prévoir. Ainsi, la réglementation proposée risque fort de rester lettre morte.

¹ LEDERGERBER, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, thèse Zürich 2005, Berne 2005, p. 126f. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 1 ad. Art. 336a CO.

² JAÏCO CARRANZ/ MICOTTI, les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing, Jusletter du 2 février 2009, Rz 8 ; JAÏCO CARRANZ/ MICOTTI, Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation, Jusletter du 7 janvier 2008, Rz 47, LEDERGERBER, *ibid.*, p. 132.

³ Même conclusion : JAÏCO CARRANZ/ MICOTTI, Rz 52, qui parlent de sanction « inadaptée à la réalité juridique et économique ».

⁴ Voir p. ex. le rapport du Conseil d'État au Grand Conseil vaudois du 5.11.2008, objet parlementaire n° 135.

⁵ BIT, Comité de la liberté syndicale, 343^{ème} rapport, 2006, pp 298ss.

À contrario, il n'est pas à craindre qu'une protection efficace contre le licenciement n'entraîne une augmentation de signalements illégitimes ou abusifs. En effet, les travailleurs qui s'y livreraient resteraient licenciables (éventuellement avec effet immédiat), voire passibles de dommages-intérêts. Ces sanctions devraient à notre avis décourager tout abus venant de salarié(e)s.

Nous proposons donc de renforcer la protection contre le licenciement abusif en se basant sur une réglementation qui a fait ses preuves : l'article 10 de la Loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)⁶. Nous préconisons que tout licenciement d'un dénonciateur ayant suivi la procédure de l'article 321a bis doit être annulable au sens de l'article 10 LEg. En effet, l'annulation du licenciement est le seul moyen à même de déployer suffisamment d'effet préventif.

Une telle possibilité d'annulation du licenciement ne serait pas, contrairement à ce qui est affirmé dans le rapport explicatif (p. 3), une « réforme trop fondamentale du droit suisse du travail ». En effet, les règles en vigueur en droit public du travail et l'article 10 LEg sont la preuve qu'une annulation d'un licenciement a trouvé sa place dans le droit suisse. Ce ne serait pas non plus une « atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle », comme l'affirme le Conseil fédéral (p. 3 du rapport explicatif), car se servir de la liberté contractuelle comme motif de représailles suite à un signalement légitime est à notre avis un abus qui ne saurait être toléré. Comme toute liberté, la liberté contractuelle peut être limitée si un intérêt public l'exige. En l'espèce, l'intérêt public qu'il y a à encourager les personnes ayant connaissance de faits répréhensibles à dénoncer en les protégeant contre les représailles de leur employeur est à notre avis suffisant.

En outre, une annulation du licenciement et une réintégration constituent, de l'aveu même du Conseil fédéral (p. 18 du rapport explicatif), « une protection suffisante contre d'éventuelles représailles ». Reconnaître d'une part qu'il existe un moyen de protéger efficacement les dénonciateurs et refuser d'accorder cette protection aux employé(e)s soumis à un contrat de travail de droit privé n'est pas cohérent.

Il convient aussi de rappeler que la protection contre le licenciement de l'article 10 LEg ne protège pas l'abus de droit manifeste. Les craintes évoquées à la page 18 du rapport explicatif sont donc infondées : il n'y aurait aucune incitation au signalement illégitime ou infondé, car un(e) employé(e) qui se servirait d'un tel signalement pour éviter un licenciement ne serait pas protégé. En outre, la réintégration pendant la durée de la procédure selon l'article 10 alinéa 3 LEg est laissée à l'appréciation du juge et n'est possible que « lorsqu'il paraît vraisemblable que les conditions d'une annulation du congé sont remplies ». Une disposition comparable en faveur des signaleurs n'aurait donc pas pour effet, comme semble pourtant le craindre le Conseil fédéral à la page 18 du rapport explicatif, que ces derniers soient maintenus à leur place de travail sans justification. L'ATF 127 III 310, dans lequel le Tribunal fédéral a admis la validité d'un licenciement avec effet immédiat suite à une dénonciation n'ayant pas respecté une procédure comparable à celle de l'article 321 a bis AP-CO (divulgaration publique sans attendre la réaction de l'autorité de surveillance), rappelle également que le signalement abusif ne saurait être protégé.

⁶ Mêmes conclusions : LEDERGERBER, op. cit., pp 144ss.

Enfin, les éléments de droits comparés présentés dans l'avant-projet démontrent que la protection proposée est insuffisante en comparaison internationale, tous les États cités ayant choisi de protéger les dénonciateurs par des mesures beaucoup plus incisives, allant jusqu'à des condamnations pénales pour les employeurs.

Nous demandons en outre que le Conseil fédéral fasse d'une pierre deux coups et propose au Parlement, conjointement avec une meilleure protection contre le licenciement des dénonciateurs, une mise en conformité de la législation suisse avec la Convention n° 98 de l'OIT, selon les recommandations du Comité de la liberté syndicale du BIT. Si elle veut cesser de violer cette convention internationale, qui fait partie des normes fondamentales de l'OIT, la Suisse devra, tôt ou tard, restreindre de manière ciblée la liberté contractuelle presque totale et introduire une meilleure protection contre le licenciement antisyndical.

Notion d'intérêt public

Nous soutenons la large définition de l'intérêt public telle que décrite à la page 34 de l'avant-projet. Il est à notre avis important que l'intérêt public ne se limite pas uniquement à la transgression de dispositions légales ou à l'existence d'une autorité dont la tâche est de recueillir le signalement. Il nous semble par exemple important que signaler la corruption entre privés (art. 4a LCD), les mauvais traitements dans les établissements de santé publique ou l'évasion fiscale soit couvert par l'intérêt public au sens de l'alinéa 2 de l'article 321a bis AP-CO.

Il nous apparaît également important que la notion d'intérêt public ne se limite pas à l'intérêt public suisse. Nous pensons qu'un travailleur qui signale un fait pouvant porter atteinte à un intérêt public uniquement étranger, par exemple la violation de dispositions fiscales, soit protégé aussi.

Tenir compte de tels intérêts publics ne devrait à notre avis pas appeler de modification du texte légal tel que figurant dans l'avant-projet, mais être précisé au niveau du message.

Règle de la bonne foi

Nous approuvons le commentaire des dispositions concernant la bonne foi du travailleur qui signale un fait répréhensible (p. 33s du rapport explicatif).

Recherche d'information et de précision

Nous demandons que le travailleur qui a, de bonne foi, des soupçons qui requièrent approfondissement ou confirmation et qui se livre à des recherches ou prises d'information, soit aussi protégé. En effet, empêcher la confirmation de soupçons pouvant mener à un signalement empêcherait de facto de nombreux signalements. Les règles de la bonne foi exigent du salarié qu'il n'exprime ses soupçons que s'il peut de bonne foi les croire suffisamment fondés, ce qui peut être parfois impossible sans renseignements supplémentaires.

Nous demandons donc que l'article 321a bis AP-CO soit complété de manière à ce que la recherche d'informations menée de bonne foi pour confirmer ou préciser des soupçons d'action répréhensible ne viole pas le devoir de fidélité du travailleur. L'article 336 alinéa 2 lettre d AP-CO doit être lui aussi complété pour que le licenciement d'un travailleur recherchant de bonne foi des informations pour confirmer ou préciser des soupçons d'action répréhensible soit aussi considéré comme abusif.

Notion d'employeur

À notre avis, la notion d'employeur ne doit pas uniquement recouvrir un service habilité à recevoir et à traiter le cas dénoncé (p. 33 du rapport explicatif). En effet, il peut arriver que ce service, à plus forte raison s'il s'agit du supérieur hiérarchique du travailleur qui signale, soit impliqué dans le fait répréhensible et ne traite donc pas le signalement. Nous demandons que les critères de l'alinéa 2 de l'article 321 a bis AP-CO s'appliquent pour déterminer s'il s'agit d'une « circonstance exceptionnelle » au sens du rapport explicatif (p. 33).

Nous préconisons aussi que le travailleur doit pouvoir s'adresser et se confier à un tiers soumis à un devoir de confidentialité, par exemple un syndicat ou un avocat, afin d'être soutenu dans ses démarches de signalement. C'est notamment ce tiers qui pourra être chargé de signaler les faits répréhensibles à l'employeur. Cette façon de procéder a été admise par la jurisprudence récente du Tribunal fédéral (ATF 4A_2/2008).

Nous vous remercions de l'attention que vous prêterez à notre prise de position et vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, Mesdames et Messieurs, à l'assurance de notre considération distinguée.

UNION SYNDICALE SUISSE

Paul Rechsteiner
président

Jean Christophe Schwaab
secrétaire central