

Document	<b>RPS 131/2013 p. 1</b>
Auteur(s)	<b>Dario Hug</b>
Titre	<b>Whistleblowing et secrets pénalement protégés: quels risques pour le lanceur d'alerte en Suisse?</b>
Pages	<b>1-27</b>
Publication	<b>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht</b>
Editeur	<b>Ursula Cassani, Wolfgang Wohlers</b>
ISSN	<b>0036-7893</b>
Maison d'édition	<b>Stämpfli Verlag AG</b>

**ZStrR 131/2013 S. 1**

Dario Hug\*, Universités de Neuchâtel et Lausanne

## **Whistleblowing et secrets pénalement protégés: quels risques pour le lanceur d'alerte en Suisse?**

**ZStrR 131/2013 S. 1, 2**

### **I. Introduction**

Bien que relativement ancienne, la problématique des lanceurs d'alerte (whistleblowers) n'occupe réellement le législateur et l'opinion publique suisses que depuis peu. Ces dernières années, le sujet est arrivé sur le devant de la scène juridique et médiatique, notamment en raison des récentes et graves crises économiques que de nombreux pays ont traversées - et traversent toujours. En effet, la volonté d'une transparence accrue des activités des entreprises privées et des administrations s'est progressivement ancrée dans la conscience collective.

C'est précisément dans ce contexte-là que s'inscrit le whistleblowing. Souvent, il est considéré comme une panacée; de manière prophylactique, il permettrait de déceler des abus, par exemple comptables, avant que ceux-ci ne mettent en danger la survie d'une entreprise, voire de l'économie ou de la société dans son ensemble. Parallèlement, le lanceur d'alerte n'est d'ailleurs plus considéré comme un délateur, mais plutôt comme un citoyen accomplissant un acte de bravoure, voire un sacrifice - la dénonciation étant souvent lourde de conséquences pour lui - au profit de la communauté. Ce changement de paradigme nécessite néanmoins une subtile pesée entre les intérêts divergents des nombreuses personnes et entités concernées de près ou de loin par un acte de signalement.

La présente contribution traite des conséquences pénales d'un acte de whistleblowing, et ce sous l'angle des secrets pénalement protégés. Ces secrets et les intérêts de leur maîtres s'opposent, par définition, à une divulgation. Or, il se peut qu'ils concernent des actes ou des faits pour lesquels la société, voire le maître du secret lui-même, a un intérêt évident à ce qu'ils parviennent à la connaissance de certaines autorités, voire de l'opinion publique.

Après une présentation générale du whistleblowing (II), nous passerons en revue la réglementation actuelle en droit suisse (III). La partie principale de cette étude traitera, quant à elle, des principaux secrets consacrés par le Code pénal (IV), avant d'aborder certaines problématiques spécifiques sous l'angle de la transmission de données, en particulier de données bancaires (V). Nous terminerons par une présentation

---

\* Avocat-stagiaire en l'Etude Claire-Lise Oswald à Neuchâtel



du fait justificatif extralégal de la sauvegarde d'intérêts légitimes en tant que fait justificatif pertinent pour l'ensemble de notre analyse (VI).

## II. Le whistleblowing

Dans la présentation générale qui suit nous nous intéresserons de plus près à la définition du whistleblowing et aux types de signalement (1), ainsi qu'aux motivations du dénonciateur (2).

ZStrR 131/2013 S. 1, 3

### 1. La définition et les types de signalement

Le terme whistleblowing vient de l'anglais "to blow the whistle"<sup>1</sup>. L'expression vise l'acte par lequel une personne active auprès d'une entité publique ou privée révèle, à l'interne ou à l'externe, certains comportements et/ou omissions illicites ou contraires aux mœurs, ou formule des soupçons qualifiés par rapport à leur existence<sup>2</sup>. Ces irrégularités sont commises à l'insu de l'entité, voire parfois tolérées ou orchestrées par celle-ci. Sans l'intervention d'un insider<sup>3</sup>, le whistleblower, elles risqueraient d'être soustraites non seulement à la connaissance de l'entité concernée, mais également à l'opinion publique et aux autorités, en particulier aux autorités pénales et administratives.

La révélation d'irrégularités constatées par le lanceur d'alerte peut être faite à l'interne, soit au sein même du service administratif ou de l'entreprise. Une banque peut par exemple se doter d'un compliance office ou d'un comité d'audit internes permettant de veiller à ce que les normes légales pertinentes soient respectées en son sein et par les éventuels services externalisés (outsourcing)<sup>4</sup>. La dénonciation interne de faits répréhensibles n'est efficace que lorsque l'employeur n'en est pas au courant ou qu'il n'en est pas lui-même à l'origine. Elle ne comporte pas vraiment de risques pénaux pour le lanceur d'alerte<sup>5</sup>. L'employé qui annonce certaines pratiques illégales à son employeur s'expose cependant à un risque accru de harcèlement, de mobbing, voire de licenciement. Ce risque subsiste même si l'employeur n'a pas connaissance de ces pratiques avant la dénonciation ou qu'il n'en est pas lui-même à l'origine. Il suffit qu'il considère leur révélation comme gênante<sup>6</sup>. La pré-

ZStrR 131/2013 S. 1, 4

sence d'un système de contrôle interne n'exclut donc pas l'inefficacité des dénonciations, tout comme elle ne garantit pas toujours la protection du lanceur d'alerte<sup>7</sup>.

Dans un second temps, lorsque le signalement interne demeure infructueux, la révélation s'effectue souvent à l'externe. Le whistleblower sollicite alors une autorité ou un office étatique extérieurs à son service ou son

1 Littéralement: lancer un coup de sifflet, en référence à un arbitre ou à un policier. Cf. Z. *Ledergerber*, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, thèse, Berne 2005, 7.

2 C. J. *Carranza/S. Micotti*, Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglementation, in: Jusletter 7 janvier 2008, 2; D. *Jositsch*, "Whistleblowing" und Korruptionsbekämpfung, in: *Neuere Entwicklungen im schweizerischen und internationalen Wirtschaftsrecht*, éd. W. Wohlers, Zurich 2007, 98; A. *von Kaenel*, Whistleblowing, in: *Internationales Handelsrecht III - Compliance Management als juristische Kernfunktion im Unternehmen*, éd. M. Berni/A. Kellerhals, 97, 99.

3 W. *Portmann*, Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz, Überflüssig, nützlich oder notwendig?, *AJP/PJA* 2010, 987, 994.

4 A ce sujet, cf. C. J. *Carranza/S. Micotti*, Whistleblowing - aspects choisis dans le domaine bancaire, in: *Anwaltsrevue, Revue de l'Avocat* 2/2008, 67, 68 s. L'EPFL s'est par exemple dotée d'une telle possibilité de dénonciation interne (<http://polylex.epfl.ch/Whistleblowing> [dernière consultation le 25 mai 2012]).

5 *Ledergerber* (n. 1), 8.

6 *Jositsch* (n. 2), 102; B. *Perrin*, La protection procédurale des dénonciateurs et des témoins dans le cadre de la lutte contre la corruption d'agents publics en droit suisse, in: *La criminalité économique - ses manifestations, sa prévention et sa répression*, sous la direction de I. Augsburg-Bucheli/J. L. Bacher, Paris 2005, 207, 212; *von Kaenel* (n. 2), 103 s.

7 Cela paraît étonnant dans la mesure où les entreprises auraient en effet avantage à remédier au niveau interne déjà à d'éventuelles irrégularités constatées par leurs collaborateurs; cela leur permet de préserver une (bonne) image auprès du public et de protéger leurs intérêts financiers. En prévoyant un tel dispositif, il serait possible aux entreprises de réduire les coûts que leur occasionne la criminalité économique; cf. aussi *Portmann* (n. 3), 994.



département<sup>8</sup>, un organisme privé ou encore les médias<sup>9</sup>. Dès lors qu'il s'adresse directement à des tiers, c'est plutôt ce type de signalement qui peut entraîner des conséquences civiles et pénales pour le lanceur d'alerte. Civilement, l'on mentionnera en particulier le danger pour le whistleblower de se voir reprocher la violation du devoir général de fidélité du travailleur ([art. 321a al. 1 CO](#)) et d'en subir les désagréments ([art. 321e al. 1, 336 et 337 CO](#))<sup>10</sup>. Au niveau pénal, le lanceur d'alerte risque de faire l'objet d'une procédure pour infraction contre l'honneur ([art. 173 ss CP](#)), divulgation d'un secret pénalement protégé (p. ex. [art. 320 CP](#)), dénonciation calomnieuse ([art. 303 CP](#)), voire induction de la justice en erreur ([art. 304 CP](#))<sup>11</sup>.

De nombreux et différents domaines du droit sont en outre susceptibles d'être touchés par un acte de whistleblowing, en particulier le droit du travail, le droit de la personnalité et de la protection des données, le droit des marchés publics, le droit des sociétés ou encore le droit pénal économique<sup>12</sup>. De par le caractère souvent confidentiel des agissements dénoncés, le whistleblowing a néanmoins une importance certaine dans la découverte d'infractions dites "sans victime", telles que la corruption publique ([art. 322<sup>ter</sup> à 322<sup>octies</sup> CP](#)) et privée ([art. 4a et 23 LCD](#)), le blanchiment d'argent ([art. 305<sup>bis</sup> CP](#)) ou les atteintes environnementales et à la santé<sup>13</sup>.

## 2. Les motivations du dénonciateur

Le lanceur d'alerte peut choisir de signaler certaines irrégularités par souci de la sauvegarde d'un intérêt public. Tel est notamment le cas lorsque sont dénon-

### ZStrR 131/2013 S. 1, 5

cées des infractions à la loi sur les cartels ou des fraudes fiscales<sup>14</sup>. Mais, l'acte de divulgation peut également tendre à la protection d'un intérêt privé. Il s'agit en principe de celui d'un employeur, du whistleblower lui-même, voire d'un ou de plusieurs tiers étroitement concerné(s) par le ou les fait(s) révélé(s). Ainsi, lorsque des malversations commises par d'autres employés au détriment de l'employeur sont dénoncées, c'est la sauvegarde du patrimoine financier de ce dernier qui est en jeu<sup>15</sup>. Il se peut aussi que le dénonciateur choisisse de révéler certains mécanismes ou pratiques illicites pour protéger des tiers directement touchés par ces actes. Par exemple, les employées d'une crèche privée qui dénoncent des actes de maltraitance commis par la directrice sur des enfants<sup>16</sup>.

Ce n'est cependant pas toujours la volonté propre du lanceur d'alerte qui le motive à agir. Parfois, la loi ou un contrat soumettent directement certaines personnes à une obligation de dénoncer. C'est le cas de celles qui exercent une fonction publique et qui, à défaut de dénonciation des faits pertinents (cf. not. [art. 302 CPP](#) et [22a LPers](#)), s'exposent à un risque de condamnation pour entrave à l'action pénale ([art. 305 CP](#))<sup>17</sup>. Aussi, le

<sup>8</sup> Le dépôt d'une plainte pénale contre l'employeur constitue par exemple un cas de dénonciation externe.

<sup>9</sup> Cf. [ATF 127 III 310](#) où une employée avait, à l'insu de son employeur, tourné un film à l'intérieur d'un EMS et l'avait ensuite remis à la TSR pour qu'elle le diffuse, ce afin de dénoncer des mauvais traitements dont étaient victimes certaines pensionnaires.

<sup>10</sup> *Jositsch* (n. 2), 100.

<sup>11</sup> Carranza/Micotti (n. 2), 10.

<sup>12</sup> *Von Kaenel* (n. 2), 105.

<sup>13</sup> *Jositsch* (n. 2), 100.

<sup>14</sup> Cf. par exemple l'arrêt du TAF [B-1092/2009](#) du 5 janvier 2010 et l'[ATF 137 II 431](#) où le whistleblowing par un ex-employé de l'UBS a motivé l'ouverture d'une enquête par l'Internal Revenue Service américain contre ladite banque. Cet arrêt soulève la question délicate de la prise en compte d'un intérêt public étranger. En effet, l'[art. 321a<sup>bis</sup> al. 2](#) de l'avant-projet relatif à la mise en place d'une protection des whistleblowers prévoit que la dénonciation auprès d'une autorité doit être motivée par un intérêt public. Il n'est pas exclu qu'un tel intérêt ne puisse être invoqué lorsque il s'agit de la transmission de données fiscales à une autorité étrangère, la dénonciation visant alors la sauvegarde de l'intérêt public d'un Etat tiers. A ce sujet, cf. *Portmann* (n. 3), 990.

<sup>15</sup> En 2003, les pertes estimées subies par les entreprises suisses pour des actes délictueux se chiffraient ainsi entre 8,7 et 17,4 milliards de francs (*R. Sethe*, Compliance, Whistleblowing und Critical Incident Reporting: Verbesserung der unternehmensinternen Kommunikation, in: *Kommunikation, Festschrift für R. H. Weber zum 60. Geburtstag*, éd. R. Sethe/A. Heinemann/R. M. Hilty/P. Nobel/R. Zäch, Berne 2011, 189, 196). A notre sens, il est également envisageable que la sauvegarde du patrimoine financier intervienne lorsque le whistleblower, par son acte de dénonciation, permet de préserver l'entreprise auprès de laquelle il est actif de l'amende maximale de 5 millions de CHF prévue par les [art. 102 ss CP](#).

<sup>16</sup> <http://www.24heures.ch/suisse/Une-employee-de-la-creche-de-Peseux-a-ete-licenciee/story/27388128> (dernière consultation le 25 mai 2012).

<sup>17</sup> [ATF 109 IV 48, c. 3](#) = [JdT 1984 IV 18](#); *N. Hagenstein*, in: *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung - Jugendstrafprozessordnung*, éd. M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Bâle 2011, art. 302 N 34.

devoir de fidélité des travailleurs, en particulier des cadres, peut commander le signalement - en principe interne - d'irrégularités lézant les intérêts de l'employeur ([art. 321a CO](#))<sup>18</sup>. Certaines entreprises formalisent

**ZStrR 131/2013 S. 1, 6**

ce devoir en prévoyant l'adhésion de l'employé à un code de conduite<sup>19</sup> ou à une charte éthique. En l'absence de dénonciation, ces personnes encourent principalement des sanctions civiles (dommages-intérêts, peines conventionnelles)<sup>20</sup>.

Parfois, cependant, les motivations du lanceur d'alerte s'avèrent plus discutables. La dénonciation peut intervenir par simple esprit de vengeance contre les supérieurs ou les collègues, dans le but de nuire à l'image d'une entreprise, par dessein de lucre ou encore comme basse manœuvre politique. L'on imagine aisément les conséquences d'accusations infondées: atteintes à la personnalité, à la réputation et à l'honneur, à l'avenir économique, voire à la crédibilité des institutions. Avant que l'acte de dénonciation n'intervienne, il est d'ailleurs possible que le prétendu whistleblower ait profité de sa connaissance de faits confidentiels pour exercer des pressions ou proférer des menaces envers autrui, en particulier pour obtenir certains avantages indus tels que le versement d'une somme d'argent. Pénalement, de tels comportements sont susceptibles de représenter des menaces ([art. 180 CP](#)), de la contrainte ([art. 181 CP](#)) ou de l'extorsion et du chantage ([art. 156 CP](#)).

### III. La réglementation en droit suisse

Afin de bien cerner la thématique des lanceurs d'alerte, nous allons passer en revue la manière dont elle est appréhendée par le droit du travail (1) et les procédures pénale et administrative (2). Nous concluons avec un aperçu des projets de réglementation en droit suisse (3).

#### 1. Le droit du travail

Le droit du travail connaît une réglementation à deux vitesses du whistleblowing, selon que le rapport de travail est soumis au droit privé (a) ou au droit public (b).

**ZStrR 131/2013 S. 1, 7**

##### a) Le droit privé

La problématique du whistleblowing n'est pas réglée de manière spécifique par le droit privé du travail. Les règles générales trouvent donc application. S'il est le fait d'un travailleur - ce qui est généralement le cas<sup>21</sup> - le signalement externe sera souvent considéré comme une violation du devoir général de fidélité ([art. 321a CO](#))<sup>22</sup>. Une violation d'une gravité suffisante peut alors constituer un juste motif de résiliation immédiate du contrat ([art. 337 CO](#)), voire motiver une action en dommages-intérêts contre le travailleur ([art. 321e CO](#))<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Cf. C. Favre/C. Munoz/R. A. Tobler, in: Le contrat de travail - Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, éd. Favre/Munoz/Tobler, Lausanne 2010, art. 321a N 1.5, lesquels considèrent l'intérêt financier de l'employeur comme un intérêt légitime à protéger; cf. également O. Strasser, Zur Rolle der Banken bei der Rechtsdurchsetzung, [RSJ 2011, 21](#), 28.

<sup>19</sup> Crédit Suisse a par exemple prévu un tel Code of Conduct ([https://www.credit-suisse.com/governance/doc/code\\_of\\_conduct\\_fr.pdf](https://www.credit-suisse.com/governance/doc/code_of_conduct_fr.pdf) [dernière consultation le 25 mai 2012]); pour une liste détaillée des entreprises disposant d'un tel code, cf. *Ledergerber* (n. 1), 112 s.

<sup>20</sup> Le TF estime en effet ([ATF 113 IV 68, c. 6 et 7 = JdT 1988 IV 74](#)) que le devoir de fidélité du travailleur ne suffit pas à fonder une position de garant au sens du droit pénal ([art. 11 CP](#)). La question est toutefois plus délicate lorsque le devoir de surveillance de l'employé est expressément prévu dans son contrat. En cas de non-dénonciation d'actes délictueux commis au préjudice de l'employeur, l'employé risque alors d'être considéré comme complice à l'infraction principale. La sanction est encore plus sévère lorsqu'il est un intermédiaire financier ([art. 2 LBA](#)), légalement soumis à une obligation d'informer ([art. 9 LBA](#)). A défaut de dénonciation, sa position de garant peut lui valoir une condamnation pour blanchiment d'argent ([art. 305<sup>bis</sup> CP](#)) par omission ([ATF 136 IV 188, c. 6](#)).

<sup>21</sup> Il n'est toutefois pas exclu que l'externalisation des tâches amène également une personne liée par un contrat de mandat ([art. 394 ss CO](#)), voire d'entreprise ([art. 363 ss CO](#)), à dénoncer certaines pratiques illicites de son cocontractant.

<sup>22</sup> D. Imbach-Haumüller, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich: ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, thèse, Zurich 2011, 42.

<sup>23</sup> S. Hunziker, Whistleblowing, in: Vertrauen - Vertrag - Verantwortung, Festschrift für H. C. von der Crone zum 50. Geburtstag, Zurich 2007, 163, 176.



Si une telle gravité n'est pas atteinte, l'employeur pourra licencier l'employé de manière ordinaire, en mettant simplement fin au contrat de travail (cf. not. [art. 335 ss CO](#)). La seule sanction envisageable est alors le versement d'une indemnité pour licenciement injustifié, laquelle ne peut actuellement dépasser six mois de salaire ([art. 336a CO](#))<sup>24</sup>. De surcroît, le lanceur d'alerte ne pourra en principe pas légalement exiger sa réintégration suite à une résiliation ordinaire ou extraordinaire<sup>25</sup>. En effet, en dehors du cas particulier de l'[art. 10 LEg](#), l'annulation de la résiliation d'un contrat de travail de droit privé doit demeurer exceptionnelle<sup>26</sup>. Quant à la jurisprudence, elle exige que la dénonciation externe n'intervienne qu'en tant qu'*ultima ratio*<sup>27</sup>. C'est ainsi qu'il faut un intérêt prépondérant au signalement par rapport au respect, d'une part, du devoir de fidélité du travailleur et, d'autre part, de la réputation de l'employeur<sup>28</sup>. Récemment, le TF a eu l'occasion d'admettre le caractère injustifié du licenciement d'un whistleblower qui avait respecté ces exigences. En l'absence d'autre possibilité de signalement interne, l'employé de la banque en cause s'était en effet adressé à l'avocat de l'établissement afin de dénoncer des malversations commises par le directeur<sup>29</sup>. De même, le fait pour

#### ZStrR 131/2013 S. 1, 8

le lanceur d'alerte de solliciter l'organe de révision de la société qui l'emploie devrait, dans ce genre de situations, également être considéré comme une démarche proportionnée et conforme au devoir de fidélité du travailleur<sup>30</sup>.

### b) Le droit public

En droit de la fonction publique fédérale, en revanche, l'institution du whistleblowing est depuis peu réglée par l'[art. 22a LPers](#)<sup>31</sup>. La disposition prévoit une obligation de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances tout crime ou délit poursuivi d'office (art. 22a al. 1 à 4 [LPers](#)) qui incombe aux personnes soumises à la [LPers](#) ([art. 2 al. 1 LPers](#)). La protection des dénonciateurs est imposée ([art. 22a al. 5 LPers](#)). A l'inverse de ce qui prévaut en droit privé, la réintégration de l'employé est possible ([art. 14 al. 1 let. d LPers](#)). Dans ce domaine, la Confédération a une longueur d'avance sur les cantons<sup>32</sup>. Actuellement, seul le canton de Saint-Gall s'est en effet doté d'une disposition réglementant expressément la dénonciation interne par les employés de l'Etat (art. 62 PersG/SG). Une telle norme est également à l'étude dans le canton de Vaud<sup>33</sup>. Le canton de Zurich prévoit pour sa part une possibilité de saisir un ombudsman (§ 87 et 89 VRG/ZH), mais dont la compétence semble se limiter aux dénonciations en lien avec des soupçons de corruption<sup>34</sup> ou préservant des intérêts individuels<sup>35</sup>. Comme nous allons le voir, il n'est toutefois pas certain que cette nouvelle tendance des règles de droit public à passer d'une confidentialité stricte à un principe de publicité<sup>36</sup> ne protège les dénonciateurs de manière plus efficace dans le cadre d'une procédure pénale ou administrative.

<sup>24</sup> *Imbach-Haumüller* (n. 22), 56.

<sup>25</sup> *R. Wyler*, Droit du travail, 2<sup>e</sup> édition, Berne 2008, 506.

<sup>26</sup> Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de la révision partielle du Code des obligations (protection en cas de signalement de faits répréhensibles par le travailleur), 18; *G. Riemer-Kafka/J. Ueberschlag*, in: Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, éd. C. Kaufmann/S. Steiger- Sackmann, 2<sup>e</sup> édition, art. 10 N 42.

<sup>27</sup> Cf. [ATF 127 III 310, c. 5b](#), qui introduit une gradation des voies de dénonciation externe. En application du principe de proportionnalité, l'employé doit d'abord saisir l'autorité compétente. Ce n'est que si celle-ci demeure inactive qu'il est légitimé à alerter l'opinion publique.

<sup>28</sup> *S. Rieder*, Whistleblowing als Menschenrecht - Urteil des EMRK stärkt Whistleblowern den Rücken, in: Jusletter 28 novembre 2011, 5.

<sup>29</sup> Arrêt du TF [4A\\_2/2008 du 8 juillet 2008](#).

<sup>30</sup> *Imbach-Haumüller* (n. 22), 96; *Portmann* (n. 3), 990.

<sup>31</sup> FF 2008 7371, 7423 s.

<sup>32</sup> *Imbach-Haumüller* (n. 22), 90 s.

<sup>33</sup> Cf. Rapport de la commission vaudoise chargée d'examiner une motion: Motion Jean Christophe Schwaab et consorts - Favoriser la révélation des faits répréhensibles, mieux protéger les lanceurs d'alertes (whistleblowers).

<sup>34</sup> *Imbach-Haumüller* (n. 22), 90.

<sup>35</sup> Cf. arrêt du TF [6B\\_305/2011 du 12 décembre 2011, c. 3.4.](#)

<sup>36</sup> *N. Oberholzer*, in: Basler Kommentar Strafrecht II, éd. M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2007, art. 320 N 4; *B. Corboz*, Les infractions en droit suisse, vol. II, 3<sup>e</sup> édition, Berne 2010, art. 320 N 4.



## 2. Les procédures pénale et administrative

Sous l'angle des procédures pénale et administrative, les termes de whistleblower et de dénonciateur ne sont pas des synonymes. En effet, le lanceur d'alerte ne devient un dénonciateur au sens juridique du terme qu'au moment où il s'adresse

**ZStrR 131/2013 S. 1, 9**

formellement à une autorité de poursuite pénale (cf. [art. 301 CPP](#)), voire à une autorité administrative (cf. [art. 71 PA](#))<sup>37</sup>.

### a) Le whistleblower: un témoin comme les autres?

Lors d'une procédure ouverte à la suite d'un signalement, le lanceur d'alerte n'est pas nécessairement un témoin ([art. 162 ss CPP](#) et 14 ss [PA](#)). Il ne le sera que lorsque la dénonciation n'est pas complètement anonyme. Dans un tel cas, l'autorité pénale, voire l'autorité administrative, n'hésitera en effet pas à le convoquer afin qu'il l'assiste dans la clarification des faits communiqués. A l'inverse, lorsque la dénonciation est anonyme, ce qui peut se révéler problématique au regard du droit des parties à participer à l'administration des preuves (cf. not. [art. 147 CPP](#)), le whistleblower n'est généralement pas informé d'office des suites de la procédure (cf. [art. 301 al. 2 CPP](#))<sup>38</sup>. Exception faite de l'acte de dénonciation, il n'y participe donc en principe pas<sup>39</sup>.

Le lanceur d'alerte n'est pas non plus un témoin de la Couronne<sup>40</sup>, soit une personne coauteure ou complice d'une infraction qui, en l'échange d'une immunité pénale ou d'un autre avantage procédural, décide de témoigner contre ses co-inculpés. Bien qu'ils aient tous les deux connaissance de faits confidentiels internes à une entité, le témoin de la Couronne se démarque pour deux raisons: il participe à l'infraction et intervient en aval, c'est-à-dire dans le cadre d'une procédure judiciaire dans laquelle il est prévenu. Le droit de procédure pénale suisse ne connaît pas à proprement parler cette institution, même si le droit de fond prévoit certains mécanismes qui s'en rapprochent (cf. [art. 260<sup>ter</sup> ch. 2 CP](#) et 49a al. 2 [LCart](#))<sup>41</sup>.

### b) Les dénonciateurs en droit pénal et en droit cartellaire

A côté du lanceur d'alerte "traditionnel" il existe encore plusieurs autres types de dénonciateurs en droit pénal et cartellaire. Il sied ainsi de distinguer entre l'informateur ou l'indicateur (cf. [art. 5 et 7 LCart](#)), l'observateur (cf. [art. 282 al. 1 CPP](#)) et l'agent infiltré (cf. [art. 287 CPP](#)). L'informateur est la personne qui fournit des informations aux autorités de poursuite pénale au sujet d'actes étant en phase d'élaboration, en cours ou consommés. L'indicateur en fait de même, mais appartient la plupart du temps au milieu criminel dont il dénonce les pratiques. Ces deux

**ZStrR 131/2013 S. 1, 10**

personnes ne participent pas - du moins activement - à l'acte signalé et doivent être considérées comme de véritables lanceurs d'alerte<sup>42</sup>. En revanche, dans la mesure où ils relèvent en principe directement des autorités de poursuite pénale et de par leur rôle plutôt proactif, l'observateur et l'agent infiltré ne sont pas à proprement parler des whistleblowers.

<sup>37</sup> *I. Augsburger-Bucheli/B. Perrin*, Le whistleblowing et la lutte contre la corruption - Bilan et perspectives, in: [ECS 9/09, 627](#), 628.

<sup>38</sup> *D. Jositsch*, "Whistleblowing" und Strafverfahren, in: Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, éd. R. Zäch/C. Breining-Kaufmann/P. Breitschmid/ W. Ernst/P. Oberhammer/W. Portmann/A. Thier, Zurich 2006, 261, 268 ss.

<sup>39</sup> Cf. FF 2006 1057, 1241 s.

<sup>40</sup> *Ledergerber* (n. 1), 55.

<sup>41</sup> FF 2006 1057, 1086 s.

<sup>42</sup> *O. Schaller/S. Keller*, Les types de dénonciateurs en droits pénal et cartellaire, in: Droit pénal économique, éd. J. Hurtado Pozo/O. Thormann, Genève/Zurich/Bâle 2011, 125, 133 ss.



### 3. Les projets de réglementation

Ces dernières années, le whistleblowing est devenu un sujet d'actualité, également pour le législateur fédéral. Le 7 mai 2003, le conseiller national Gysin a ainsi déposé une motion chargeant le Conseil fédéral de présenter un projet de loi améliorant la protection juridique des travailleurs découvrant des cas de corruption. Le 19 juin 2003, le conseiller national Marty a également déposé une motion - transformée depuis lors en postulat<sup>43</sup> - proposant l'introduction de mesures de protection pour les lanceurs d'alerte. Le 5 décembre 2008, le Conseil fédéral a envoyé en consultation une première révision partielle du [CO](#). L'avant-projet proposait en particulier l'introduction d'un nouvel art. 321a<sup>bis</sup> [CO](#) traitant spécifiquement du signalement de faits répréhensibles<sup>44</sup>.

A la suite de l'accueil relativement mitigé de l'avant-projet, en particulier par les associations de défense des whistleblowers<sup>45</sup>, une deuxième révision partielle du [CO](#) a été envoyée en consultation le 1<sup>er</sup> octobre 2010. Celle-ci tend à augmenter de six à douze mois l'indemnité maximale versée en cas de licenciement abusif ou injustifié<sup>46</sup>. Elle est actuellement toujours en cours.

Enfin, le 15 mars 2012, le conseiller national Leutenegger a déposé une initiative parlementaire proposant d'admettre la licéité d'un acte délictueux commis par le whistleblower au nom de la sauvegarde d'intérêts supérieurs<sup>47</sup>. L'initiative fait directement suite à l'affaire Wyler/Zopfi et concerne l'une des problématiques de la présente contribution: la prise en compte d'intérêts supérieurs afin de justifier un signalement, en particulier externe (cf. *infra* VI).

ZStrR 131/2013 S. 1, 11

## IV. La divulgation d'un secret pénalement protégé

L'ordre juridique considère que certains faits ou informations sont d'une importance particulière pour la personne ou l'entité qu'ils concernent, et qu'ils méritent dès lors d'être pénalement protégés. C'est le cas des secrets matériels, voire formels, dont la protection se concrétise tant dans le [CP](#) (cf. art. 162, 273, 320 et 321) que dans des lois spéciales (cf. [art. 47 LB](#), art. 43 LBVM et art. 4 let. c, 6 et 23 [LCD](#)). Comme le lanceur d'alerte divulgue généralement des informations qui sont confidentielles pour l'entité auprès de laquelle il est actif, il risque d'être poursuivi en justice pour la violation de ces différentes normes.

Avant de condamner le whistleblower de manière trop hâtive, il faudra cependant bien considérer ses motivations: le whistleblower peut en effet décider d'agir pour sauvegarder des intérêts supérieurs, voire ceux du maître du secret lui-même. Il est par ailleurs nécessaire de garder à l'esprit que les risques pénaux qu'il encourt ne doivent pas uniquement être traités comme tels. Ces "risques" sont également des limites légitimes que l'ordre juridique impose à l'acte de dénonciation<sup>48</sup>. En effet, la tentation est grande de vouloir protéger le lanceur d'alerte de manière trop large, parfois même indépendamment du fait que la dénonciation soit fondée ou non.

Après une analyse de la violation du secret de fabrication ou du secret commercial (1), nous nous intéresserons ainsi à la violation du secret de fonction (2) et du secret professionnel (3).

### 1. La violation du secret de fabrication ou du secret commercial ([art. 162 CP](#))

Le risque d'une condamnation pénale en vertu de l'[art. 162 CP](#) par suite d'un signalement est reconnu tant par le législateur que la doctrine<sup>49</sup>. A cet égard, les conditions du secret (a) tout comme la détermination de son existence (b) sont décisifs.

<sup>43</sup> Bulletin officiel 2003, objet n° 03.3344.

<sup>44</sup> Communiqué de presse du DFJP du 5 décembre 2008.

<sup>45</sup> Cf. [http://www.transparency.ch/fr/PDF\\_files/Rapports\\_annuels/Rapport\\_annuel\\_2008\\_def\\_col.pdf](http://www.transparency.ch/fr/PDF_files/Rapports_annuels/Rapport_annuel_2008_def_col.pdf) (dernière consultation le 25 mai 2012).

<sup>46</sup> Communiqué de presse du DFJP du 1<sup>er</sup> octobre 2010.

<sup>47</sup> [http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch\\_id=20120419](http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20120419) (dernière consultation le 29 mai 2012).

<sup>48</sup> *Von Kaenel* (n. 2), 107.

<sup>49</sup> Rapport explicatif (n. 26), 7 s.; *Jositsch* (n. 2), 101; *von Kaenel* (n. 2), 107.



## a) Les conditions du secret

Peut être poursuivie sur la base de l'[art. 162 al. 1 CP](#) la personne qui, bien que tenue au secret par la loi ou un contrat, révèle intentionnellement un secret de fabrication ou un secret commercial à une personne non autorisée. Les motifs de l'auteur ainsi que la façon dont le secret est révélé n'importent pas. A priori, il est donc envisageable que, même en cas de signalement interne, en particulier dans une grande entreprise composée de nombreux départements, le lanceur d'alerte ré-

### ZStrR 131/2013 S. 1, 12

vèle un secret à des personnes non autorisées<sup>50</sup>. Un fait ne constitue cependant un secret aux termes de l'[art. 162 CP](#) que s'il remplit - cumulativement - trois conditions. *Primo*, l'information ne doit pas être accessible au public, ni être tombée dans le domaine public. *Secundo*, le maître du secret doit vouloir garder cette information confidentielle (subjektiver Geheimhaltungswille) et, *tertio*, il faut qu'il existe un intérêt objectif au maintien du secret (objektives Geheimhaltungsinteresse)<sup>51</sup>.

A notre avis, cette dernière condition rend difficile l'application de l'[art. 162 CP](#) au whistleblower signalant des actes illicites, que ce soit au niveau interne ou externe<sup>52</sup>. L'intérêt objectif de la société au maintien du secret fait en effet défaut<sup>53</sup>. Cela vaut donc aussi si l'entreprise est au courant, tolère ou orchestre de tels actes, lesquels peuvent, théoriquement, s'apparenter à un secret de fabrication ou à un secret commercial<sup>54</sup>. Quoiqu'il en soit, en pratique, il n'est que difficilement concevable qu'un acte illicite soit considéré comme un secret de fabrication ou un secret commercial, faute pour cet acte de correspondre à la notion de secret donnée par la jurisprudence et la doctrine.

Certains auteurs admettent en outre que l'[art. 162 CP](#) est un instrument légal permettant la concrétisation de la confiance qu'un entrepreneur ou une entreprise place en ses collaborateurs<sup>55</sup>. Partant de cette prémisse, la dénonciation d'irrégularités - pouvant a priori représenter des secrets - n'est donc pas punissable non plus si elle permet in fine de préserver l'entreprise de l'amende prévue aux [art. 102 ss CP](#) ou 49a al. 1 [LCart](#)<sup>56</sup>. Il est certes possible d'argumenter que le respect de la confiance que le maître du secret place en ses collaborateurs s'oppose précisément à la divulgation de certains faits confidentiels, mêmes illicites. A notre sens cependant, la survie de l'entreprise - et des employés! - ne devrait pas être mise en danger par les agissements illicites de certains supérieurs ou collègues. Il faut en effet admettre que l'intérêt de la société, et parfois du maître du secret lui-même,

### ZStrR 131/2013 S. 1, 13

priment alors également le supposé rapport de confiance qui pourrait exister quant au maintien du caractère secret d'irrégularités.

## b) La détermination de l'existence d'un secret

Le problème principal pour le lanceur d'alerte - tout comme pour les autorités de poursuite pénale d'ailleurs - est qu'il est souvent confronté à une insécurité juridique quant à l'existence ou non d'un secret pénalement protégé<sup>57</sup>. Qu'en est-il par exemple de soupçons fondés de corruption, d'une manipulation de devises, de

<sup>50</sup> Par exemple en cas de signalement interne auprès d'un compliance office.

<sup>51</sup> DPC 4/2011 529, 581; S. Trechsel/M. Jean-Richard-dit-Bressel, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, éd. S. Trechsel et. al., Zurich/St-Gall 2008, art. 162 N 2.

<sup>52</sup> DPC 4/2010, 703, §14 = [JdT 2011 I 155](#); cf. aussi *Jositsch* (n. 2), 101; M. Schneider, Schutz des Unternehmensgeheimnisses vor unbefugter Verwertung: Eine rechtssystematische Untersuchung, thèse, Bamberg 1989, 58 et 194 s.; *Trechsel/Jean-Richard-dit-Bressel* (n. 63), art. 162 N 2.

<sup>53</sup> Cf. M. Amstutz/M. Reinert, in: Basler Kommentar Strafrecht II, éd. M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2007, art. 162 N 13; *Jositsch* (n. 2), 101.

<sup>54</sup> Par exemple la confection volontaire d'un produit défectueux et dangereux par une entreprise afin d'optimiser les coûts de fabrication et de production. S. *Trechsel/M. Jean-Richard-dit-Bressel* (n. 63), art. 162 N 4 considèrent que les préparatifs tendant à la reprise d'une entreprise ou la fusion de plusieurs entreprises peuvent constituer un secret commercial. Si elles sont entachées de corruption, qu'elle soit privée ([art. 4a LCD](#)) ou publique ([art. 322<sup>ter</sup> ss CP](#)), voire d'un délit d'initié (cf. [art. 161 et 161<sup>bis</sup> CP](#)), le signalement de cet acte illicite ne constitue donc pas une violation de l'[art. 162 CP](#).

<sup>55</sup> BSK StGB II-*Amstutz/Reinert* (n. 53), art. 162 N 1 et 4 ss.

<sup>56</sup> Cf. *Portmann* (n. 3), 994.

<sup>57</sup> *Von Kaenel* (n. 2), 107.





procédés de fabrication douteux ou encore d'actes contraires aux mœurs? L'employé qui les découvre doit-il taire ce genre d'actes par crainte d'une condamnation pénale ou peut-il au contraire les dénoncer car ces mêmes actes nuisent souvent à l'entreprise elle-même (risque d'une sanction pénale en vertu de l'[art. 102 CP](#), atteinte à l'avenir économique, etc.)? La jurisprudence rendue dans le cadre du droit du travail et concernant le signalement externe d'irrégularités n'est ici pas d'une grande aide pour le lanceur d'alerte, sauf en ce qui concerne le respect du principe de la proportionnalité dans les modalités de sa dénonciation. Le TF considère en effet que "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"<sup>58</sup>. En d'autres termes, le droit civil fédéral érige le fait de maintenir secrets des actes illicites en tant que principe, dont les exceptions, en particulier pour les non juristes, sont floues et difficiles à déterminer.

Pour ces raisons, le lanceur d'alerte hésitera souvent avant de porter à la connaissance d'autres personnes ou autorités certains actes répréhensibles commis au sein d'une entité. S'il procède tout de même, celle-ci n'hésitera pas à porter plainte pour violation de l'[art. 162 CP](#)<sup>59</sup>. Il est donc primordial que le lanceur d'alerte puisse s'adresser à un interlocuteur de confiance à l'interne, par exemple un avocat. Ce dernier pourra le cas échéant clarifier la qualification juridique des faits à l'origine de la dénonciation et soutenir efficacement le lanceur d'alerte dans ses démarches.

ZStrR 131/2013 S. 1, 14

## 2. La violation du secret de fonction ([art. 320 CP](#))

Lorsque le lanceur d'alerte est un employé de la fonction publique et qu'il révèle certaines irrégularités constatées sur son lieu de travail, le risque qu'il soit condamné pour violation de l'[art. 320 CP](#) n'est pas récent<sup>60</sup>. Nous nous intéresserons en particulier à la qualité d'auteur tel qu'exigée par cette norme. Cette qualité laisse en effet entrevoir le risque d'inégalités de traitement entre les fonctionnaires fédéraux et cantonaux (a), et entre les fonctionnaires au sens strict et ceux qui ne le sont que dans les faits (b).

### a) Le risque d'une inégalité de traitement entre fonctionnaires fédéraux et cantonaux

L'application de l'[art. 320 CP](#) en cas de dénonciation d'irrégularités par un employé de la fonction publique n'est pas forcément idéale. Elle implique un traitement différent selon que la commission d'un crime ou d'un délit est signalée par un employé de la fonction publique fédérale ou cantonale. Dans une procédure pénale pour violation du secret de fonction, les premiers peuvent ainsi, selon les cas, directement se prévaloir d'un motif justificatif légal ([art. 14 CP](#) en relation avec l'[art. 22a LPers](#)). Les seconds doivent en revanche souvent invoquer un motif justificatif extralégal - tel que la sauvegarde d'intérêts légitimes - qui doit, en vertu du principe de la légalité, demeurer d'application exceptionnelle<sup>61</sup>. Nous l'avons vu, peu de cantons ont instauré une procédure spécifique réglementant le whistleblowing par leurs employés (cf. *supra* III.1.b).

### b) La problématique de la délégation des tâches d'intérêt public

Par ailleurs, le signalement par une personne qui n'a pas la qualité de fonctionnaire ou de membre d'une autorité mais qui, dans les faits, mène une étroite collaboration avec les autorités publiques peut également poser problème<sup>62</sup>. L'externalisation et la sous-traitance de certaines tâches administratives conduit en effet au morcellement de la fonction publique traditionnelle. Or, il est tout à fait

---

<sup>58</sup> [ATF 127 III 310, c. 5a.](#)

<sup>59</sup> A cet égard, le cas de Bernhard Allenbach est particulièrement illustratif. A la suite de plusieurs procédures de signalement interne, y compris auprès du DDPS, cet ex-employé de la RUAG s'était en effet adressé aux médias pour dénoncer des soupçons de corruption. L'une des premières réactions de la RUAG a été le dépôt d'une plainte pénale pour violation du secret d'affaires à son encontre (cf. [http://www.beobachter.ch/wohnen/artikel/ruag\\_das-alte-laster/](http://www.beobachter.ch/wohnen/artikel/ruag_das-alte-laster/) [dernière consultation le 29 mai 2012]).

<sup>60</sup> Cf. par exemple [ATF 94 IV 68](#), qui constitue à notre connaissance la première condamnation pour violation du secret de fonction d'un whistleblower. Dans cet arrêt, un policier de la ville de Zurich avait retransmis des photocopies de documents attestant de "privilèges" lors de procédures pour violation des règles sur la circulation routière en faveur de certaines personnalités. Quant au dernier arrêt en date concrétisant le risque d'une condamnation en vertu de l'[art. 320 CP](#), il s'agit de l'arrêt du TF [6B\\_305/2011 du 12 décembre 2011](#).

<sup>61</sup> G. Monnier, in: Commentaire romand, Code pénal I, [art. 1-110 CP](#), éd. R. Roth/L. Moreillon, Bâle 2009, art. 14 N 53 ss.

<sup>62</sup> G. Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil Band II*, 5<sup>e</sup> éd., Berne 2000, § 57 N 5 in fine.

**ZStrR 131/2013 S. 1, 15**

imaginable que le lanceur d'alerte appartienne à cette nouvelle catégorie de "fonctionnaires"<sup>63</sup> et qu'il ne tombe pas nécessairement dans le champ d'application de l'[art. 320 CP](#), ni même de l'[art. 321 CP](#)<sup>64</sup>.

En effet en cas de signalement, les personnes dont le contrat repose sur une base privée, et qui ne tombent pas dans le champ d'application de l'[art. 321 CP](#), ne risquent à notre sens qu'une condamnation en vertu de l'[art. 35 LPD](#). A l'inverse de l'[art. 320 CP](#), l'[art. 35 LPD](#) ne s'applique d'ailleurs pas aux membres d'autorités cantonales ou communales (cf. [art. 2 al. 1 LPD](#)), se poursuit uniquement sur plainte, prévoit une peine-menace inférieure et ne protège que les données personnelles secrètes et sensibles, ainsi que les profils de la personnalité. Il est également admis que la commission d'un acte illicite n'est pas couverte par l'[art. 35 LPD](#), alors que, selon les cas, il est probable qu'un tel acte puisse être couvert par l'[art. 320 CP](#). Enfin, même lorsque les cantons ont prévu une loi de protection des données s'appliquant à leurs employés, l'application du droit pénal fédéral est en principe réservée (cf. p. ex. art. 41 LPrd/VD). Il s'ensuit par conséquent le risque d'une inégalité de traitement par rapport aux personnes visées par ces dispositions.

### 3. La violation du secret professionnel ([art. 321 CP](#))

L'[art. 321 CP](#) protège deux intérêts: l'intérêt des professionnels - exhaustivement énumérés à l'[art. 321 CP](#)<sup>65</sup> - de mener à bien leur tâche d'intérêt public et la sphère intime et privée de ceux qui s'adressent à ces personnes<sup>66</sup>. A l'inverse de la violation du secret de fonction ([art. 320 CP](#)), l'infraction se poursuit uniquement sur plainte.

Lorsqu'une personne soumise au secret professionnel signale certaines irrégularités confiées ou découvertes dans l'exercice de sa profession, le risque qu'il soit porté atteinte aux intérêts du maître du secret et qu'il y ait une condamnation en vertu de l'[art. 321 CP](#) est indéniable. Le devoir de garder le secret couvre en effet aussi les actes illicites ou contraires aux mœurs commis par le maître du secret<sup>67</sup>.

**ZStrR 131/2013 S. 1, 16**

La relation de confiance qu'impliquent certaines professions et activités particulières justifie cette limite à la découverte d'irrégularités.

Certains mécanismes permettent néanmoins d'atténuer ce risque. Le consentement du maître du secret ou d'une autorité supérieure ou de surveillance peut ainsi exclure la punissabilité d'une révélation ([art. 321 al. 2 CP](#)). La levée du secret par une autorité peut intervenir en présence d'un intérêt public prépondérant. Ce dernier ne sera cependant admis que pour des infractions d'une gravité particulière, notamment en présence d'un "risque sérieux pour l'intégrité physique, psychique ou patrimoniale d'un tiers"<sup>68</sup>. Autrement dit, il convient d'être strict dans l'admission de la levée du secret, au risque de nuire au but d'intérêt public des professions visées par l'[art. 321 CP](#). En effet, toute société démocratique se doit de garantir une certaine part d'opacité, ce afin de préserver la sphère privée et intime de ses justiciables. Même si cela peut parfois paraître choquant en présence d'un acte illicite, le risque de dérive totalitaire d'une société où la délation est encouragée, voire obligatoire dans tous les cas et où il n'existe plus de possibilité de nouer une relation de confiance avec quiconque, l'est bien plus.

Enfin, certaines dispositions, réservées par l'[art. 321 al. 3 CP](#), peuvent instituer une obligation de dénoncer ou un droit de dénoncer ou une obligation de témoigner (cf. [art. 305<sup>ter</sup> CP](#), 171 CPP, [art. 163 al. 1 let. c et 166 al. 1 let. b CPC](#)) pouvant justifier une violation du secret professionnel<sup>69</sup>. Ces dispositions sont

<sup>63</sup> Qu'en est-il par exemple d'un signalement effectué par une personne mandatée par un service informatique cantonal, service ayant lui-même été privatisé pour des raisons budgétaires? Peut-on encore considérer que cette personne remplit le critère de l'exercice de la puissance publique propre à fonder la qualité d'auteur au sens de l'[art. 320 CP](#)?

<sup>64</sup> Trechsel/Vest in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, éd. S. Trechsel et. al., Zurich/St-Gall 2008; art. 320 N 2.

<sup>65</sup> BSK StGB II-Oberholzer (n. 36), art. 321 N 7.

<sup>66</sup> P. Maurer/J. P. Gross, in: Commentaire romand, Loi sur les avocats, éd. M. Valticos/C. Reiser/B. Chappuis, Bâle 2010, art. 13 N 70.

<sup>67</sup> F. Bohnet/V. Martenet, Droit de la profession d'avocat, Berne 2009, N 1849 a contrario.

<sup>68</sup> Bohnet/Martenet (n. 67), N 1925.

<sup>69</sup> A noter que certaines normes légales étrangères - en particulier états-uniennes - instituent une obligation de dénoncer. C'est par exemple le cas du SOX, qui s'applique à toutes les entreprises cotées en bourse aux Etats-Unis ainsi qu'aux succursales sises à l'étranger de sociétés établies dans ce pays. En vertu du SOX, ces entreprises sont tenues d'instaurer une procédure de whistleblowing, dont la mise en œuvre comporte notamment une obligation de



notamment d'une importance considérable en cas de signalement par un avocat de faits suspects sur le plan du blanchiment d'argent.

## V. La transmission de données, en particulier de données bancaires

Dans cette cinquième partie, nous allons nous intéresser à un aspect plus spécifique de la problématique du whistleblowing: la transmission de données, en particulier de données bancaires. Bien qu'une telle transmission puisse également tom-

ZStrR 131/2013 S. 1, 17

ber sous le coup des infractions "générales" tendant à la protection du secret<sup>70</sup>, nous avons choisi de la présenter à part en raison de son actualité et de son caractère souvent transfrontalier, mettant en jeu les intérêts politiques et financiers de la Suisse.

Juridiquement, la question est des plus délicates car les normes susceptibles d'être violées sont nombreuses. Par exemple, lorsqu'un lanceur d'alerte remet des disques contenant des données bancaires à une entité étrangère se rend-il coupable de vol ([art. 139 CP](#)), d'une soustraction de données [art. 143<sup>bis</sup> CP](#)), de la violation d'un secret de fabrication ou commercial ([art. 162 CP](#)), de service de renseignements économiques ([art. 273 CP](#)), de violation du secret de fonction ([art. 320 CP](#)), professionnel ([art. 321 CO](#)) ou bancaire ([art. 47 LB](#)), ou encore d'infractions à la [LCD](#)? Qu'en est-il du concours entre ces infractions et des faits justificatifs, en particulier au vu des intérêts de la place financière suisse et des contraintes que peuvent subir les dénonciateurs à l'étranger? *Quid* enfin des motivations du dénonciateur, qui, comme nous l'avons vu, ne sont pas toujours bienveillantes ou altruistes?

Il serait évidemment présomptueux de vouloir donner une réponse exhaustive à toutes ces questions dans le seul cadre de cette contribution. Nous allons donc uniquement mettre en exergue certains problèmes spécifiques pouvant se présenter sous l'angle du service de renseignements économiques (1) et du secret bancaire (2).

### 1. Le service de renseignements économiques ([art. 273 CP](#))

L'espionnage et, en particulier, la transmission intentionnelle de données ou de documents à une entité publique ou privée étrangère sont susceptibles de représenter une violation de l'[art. 273 CP](#). Par le passé, le TF a déjà condamné pour service de renseignements économiques un lanceur d'alerte. Dans l'[ATF 104 IV 75](#), M. Adams, à l'époque cadre auprès de Hofmann-La Roche, avait constaté des ententes cartellaires contraires au droit de l'UE. Il avait ensuite averti la Commission européenne en lui transmettant directement certains documents internes. L'application de cette infraction au whistleblowing pose la question du secret portant sur un comportement illicite (a) et du destinataire de la dénonciation (b).

#### a) Le secret portant sur un comportement illicite

La notion de secret adoptée par la jurisprudence dans le cadre de l'[art. 273 CP](#) est plus large que celle des [art. 162 CP](#) et 6 [LCD](#). Le secret porte en effet sur tous les faits de la vie économique pour lesquels il existe, selon la conception suisse, un intérêt digne de protection<sup>71</sup>. Le secret peut donc également porter sur un compor-

ZStrR 131/2013 S. 1, 18

---

dénoncer à charge des avocats (section 307 SOX) ainsi qu'une obligation d'informer à charge des réviseurs (section 102 SOX). Légalement, ces règles n'ont évidemment aucun effet en Suisse, mais les dilemmes qu'elles peuvent générer pour les personnes concernées ne doivent pas être négligés. En effet, les actions de 13 grandes sociétés suisses sont cotées en bourse aux USA, et 645 entreprises américaines ont des succursales dans notre pays. Parmi ces 645 entreprises, une bonne centaine est concernée par l'application du SOX. A ce sujet, cf. *Imbach-Haumüller* (n. 22), 173 ss.

<sup>70</sup> Une liste ou un répertoire de clients doivent par exemple être considérés comme des secrets d'affaires. A ce sujet, cf. *F. Dessementet*, La propriété intellectuelle, Lausanne 2000, N 759.

<sup>71</sup> [ATF 104 IV 175, c. 2b](#) = [JdT 1980 IV 10](#); [ATF 101 IV 177](#), c. II.4 = [JdT 1976 IV 158.1](#).



tement illégal ou illicite, tel que la violation d'un contrat ou un acte prohibé par la loi étrangère (p. ex. infractions fiscales, contrebande, lois antitrust américaines)<sup>72</sup>.

Ainsi, si les données transmises à une entité étrangère par le lanceur d'alerte couvrent ou même attestent de la commission d'une infraction, en particulier d'une soustraction ou d'une évasion fiscales, leur transmission est susceptible de violer l'[art. 273 CP](#). L'intérêt digne de protection lié à de telles données bancaires est d'ailleurs d'autant plus grand dans la mesure où, en présence d'une convention de double imposition, l'Etat étranger peut en principe obtenir ces informations par la voie de l'entraide administrative<sup>73</sup>. D'une part, le principe de proportionnalité commande en effet le respect de toutes les voies légales à disposition, d'autre part, le principe de la bonne foi écarte - et cela vaut aussi pour le whistleblower - l'argument hypothétique selon lequel ces données auraient de toute manière pu être acquises légalement (cf. art. 5 OACDI). L'infraction qualifiée au sens de l'[art. 273 al. 3 CP](#) n'est en outre pas à exclure dans la mesure où la révélation est susceptible de créer un sérieux danger pour l'économie nationale (confiance en la place financière helvétique<sup>74</sup>)<sup>75</sup>. A cela s'ajoute le risque d'une condamnation pour violation du secret bancaire ([art. 47 LB](#), cf. *infra* V.2), les intérêts protégés n'étant pas les mêmes<sup>76</sup>.

La jurisprudence admet en outre qu'il puisse y avoir un concours idéal entre l'[art. 273 CP](#) et l'[art. 162 CP](#). Tel sera le cas lorsque le lanceur d'alerte, soumis à une obligation contractuelle ou légale de garder le secret, divulgue un secret de fabrication ou commercial qui représente également un intérêt important sur le plan économique pour la Suisse.

## b) Le destinataire de la dénonciation

Aux termes de l'[art. 273 CP](#), le destinataire de la dénonciation doit être un organisme officiel ou privé étranger, une entreprise privée étrangère ou un de ses agents. La jurisprudence<sup>77</sup> et la doctrine moderne<sup>78</sup> ont tendance à interpréter de

### ZStrR 131/2013 S. 1, 19

manière extensive la notion de "destinataire étranger" (p. ex. association privée étrangère, société mère d'une filiale en Suisse). A l'inverse, la doctrine ancienne exige que le destinataire - même privé - ait dans tous les cas un lien avec l'Etat étranger et ses fonctions<sup>79</sup>. Cette controverse est des plus actuelles, en particulier en raison de l'essor récent de sites web lanceurs d'alerte. En effet, comment analyser sous l'angle de l'[art. 273 CP](#) la remise de documents à une association à but non lucratif comme Wikileaks, dont l'activité - malgré le fait qu'elle puisse avoir son siège dans un certain Etat - dépasse largement les frontières et les intérêts d'un Etat en particulier? Faut-il considérer qu'il s'agit d'un "destinataire étranger"?

La solution passe à notre avis par un compromis entre l'interprétation extensive et restrictive de la notion de destinataire étranger. Puisque l'[art. 273 CP](#) protège toute entreprise en tant que rouage de l'économie nationale<sup>80</sup>, la typicité de l'infraction est donc assurément donnée en cas de transmission de données à une entreprise ou une autorité fiscale ou pénale étrangères<sup>81</sup>. Cependant, à partir du moment où ce destinataire est une entité supranationale, la typicité de l'infraction doit à notre sens être subordonnée à l'existence d'un lien de fonction entre cette entité et un ou plusieurs Etat(s). En d'autres termes, une dénonciation auprès de

<sup>72</sup> [ATF 101 IV 312, c. 2](#) = [JdT 1976 IV 146](#); ATF 74 IV 102.

<sup>73</sup> *T. Fuhrer*, Die Strafrechtliche Mitverantwortung von Bankangestellten für Steuerdelikte der Bankkunden, in: Les enjeux juridiques du secret bancaire, sous la direction de I. Augsburger-Bucheli/B. Perrin, Neuchâtel 2011, 185, 219.

<sup>74</sup> En 2009 par exemple, les actifs appartenant à des étrangers et gérés en Suisse représentaient la somme colossale de 2200 milliards de CHF. Cf. *P. Braillard/H. Schwamm*, Une place financière forte est l'affaire de tous les Suisses, in: Secret bancaire et place financière: le combat de la Suisse, sous la direction de S. H. Redondo/P. Braillard/H. Schwamm/F. Artigot, Lausanne 2009, 54, 54.

<sup>75</sup> Une mise en danger abstraite de la sécurité de l'économie nationale suffit pour retenir l'infraction qualifiée. Cf. [ATF 111 IV 74](#).

<sup>76</sup> *Trechsel/Vest* (n. 64), art. 273 N 18.

<sup>77</sup> ATF 74 IV 206, c. 3.

<sup>78</sup> Cf. *T. Hopf*, in: Basler Kommentar Strafrecht II, éd. M. A. Niggli/H. Wiprächtiger, 2<sup>e</sup> édition, Bâle 2007, art. 273 N 13 ss; *Trechsel/Vest* (n. 64), [art. 273 CP](#) N 10.

<sup>79</sup> *T. Hug*, Der Wirtschaftliche Nachrichtendienst im schweizerischen Recht, thèse, Zurich 1961, 76 ss.

<sup>80</sup> [ATF 98 IV 209, c. 1b](#).

<sup>81</sup> *G. Heine*, Entwendete und staatlich angekaufte Bankdaten: viel Lärm um nichts?, [Archiv für schweizerisches Abgaberecht 2010/2011, 525](#), 528. A notre avis, la transmission de données aux organes ou filiales d'une multinationale doit évidemment être considérée comme une transmission à une entreprise étrangère, punissable sous l'angle de l'[art. 273 CP](#).



Wikileaks ou d'une organisation non gouvernementale, à l'inverse de celle intervenant auprès d'un organe de l'UE par exemple<sup>82</sup>, ne remplirait donc plus les éléments constitutifs de l'[art. 273 CP](#). Sous réserve de la compétence des autorités pénales suisses, cela ne préjuge évidemment pas d'une condamnation en vertu de l'[art. 162 CP](#) si les conditions en sont remplies. En effet, une telle organisation est en principe un tiers non autorisé, peu importe qu'elle soit considérée comme un destinataire étranger ou non.

## 2. La violation du secret bancaire ([art. 47 LB](#))

Par le passé, plusieurs lanceurs d'alerte ont fait l'objet d'une procédure pour violation du secret bancaire<sup>83</sup>. L'étendue des faits qui sont couverts par le secret

ZStrR 131/2013 S. 1, 20

bancaire est en effet relativement large. Il s'agit de tous ceux qui ont "un rapport avec la relation bancaire qui unit la banque à son client"<sup>84</sup>. Aux fins de présentation des risques encourus par le lanceur d'alerte en cas de transmission de données bancaires, nous nous intéresserons au champ d'application de l'[art. 47 LB](#) (a) et à la problématique plus spécifique de la violation du secret bancaire intervenant à l'étranger (b).

### a) Le champ d'application de l'[art. 47 LB](#)

L'[art. 47 LB](#) ne s'applique qu'aux établissements bancaires suisses et aux banques étrangères ayant une succursale ou une représentation en Suisse ([art. 1 et 2 LB](#)). Peuvent être auteur de cette infraction les personnes exhaustivement énumérées à l'[art. 47 al. 1 LB](#), soit en particulier l'employé ou le mandataire de la banque. Quant à la compétence pénale des autorités suisses, elle dépend du lieu où sont révélés les faits, c'est-à-dire mis à disposition de tiers non autorisés<sup>85</sup>. Lorsque, comme dans l'affaire Hildebrand, la violation de l'[art. 47 LB](#) intervient en Suisse, la compétence de ses autorités pénales est évidente. L'on peut néanmoins se demander si le devoir général de fidélité du travailleur ne lui impose pas de dénoncer certaines irrégularités à l'interne, voire auprès d'un avocat externe, ne serait-ce que pour obtenir de l'aide dans les démarches à suivre afin de ne pas porter atteinte aux intérêts de l'employeur. Selon les cas, ce devoir du travailleur pourrait donc être considéré comme un motif justificatif légal au sens de l'[art. 14 CP](#).

En présence d'un élément d'extranéité, singulièrement lorsque la violation du secret bancaire semble intervenir à l'étranger<sup>86</sup>, la portée de l'[art. 47 LB](#) devient rapidement limitée. Contrairement à l'[art. 273 CP](#) (cf. [art. 4 CP](#)), la compétence en matière de poursuite pénale dépend en effet du lieu de commission de l'infraction. Selon les cas, le lanceur d'alerte peut de plus être soumis à un dilemme entre, d'une part, une obligation de témoigner et de renseigner que lui impose la loi étrangère et, d'autre part, le respect du secret bancaire suisse.

### b) La problématique de la violation intervenant à l'étranger

Lorsque l'on suspecte qu'un acte de whistleblowing viole le secret bancaire, la détermination de la nature de l'infraction - délit formel ou matériel - est incontournable. Si l'on admet que l'[art. 47 LB](#) est un délit formel, la violation commise à

ZStrR 131/2013 S. 1, 21

<sup>82</sup> [ATF 104 IV 175](#).

<sup>83</sup> Les plus célèbres étant Christoph Meili, ancien agent de sécurité auprès de l'UBS ayant découvert des documents attestant de l'existence de fonds juifs en déshérence, et l'informaticien de la banque Sarasin ayant transmis à un avocat des soupçons de spéculation de devises par Philipp Hildebrand, lequel était à l'époque président de la Banque nationale suisse.

<sup>84</sup> A. J. Rappo, Les fondements juridiques actuels du secret bancaire, in: Les enjeux juridiques du secret bancaire, sous la direction de I. Augsburger-Bucheli/B. Perrin, Neuchâtel 2011, 31, 36.

<sup>85</sup> G. Stratenwerth, in: Basler Kommentar Bankengesetz, éd. R. Watter/N. P. Vogt/T. Bauer/C. Winzeler, Bâle 2005, art. 47 N 15.

<sup>86</sup> Rudolf Elmer, ancien gérant d'une succursale de la banque Julius Bär aux Iles Cayman, s'est par exemple rendu en Angleterre afin de transmettre des cédéroms remplis de données bancaires à Julian Assange, fondateur de Wikileaks.

l'étranger n'est pas punissable en Suisse<sup>87</sup>. En revanche, si l'on part du principe qu'il s'agit d'un délit matériel, en ce sens qu'il faut que le tiers non autorisé prenne effectivement connaissance du secret, alors la violation commise à l'étranger est susceptible d'entraîner un résultat dans notre pays et, partant, de fonder sa compétence.

A notre avis, l'[art. 47 LB](#) consacre un délit formel<sup>88</sup>. En conséquence si, comme ce fut le cas dans l'affaire Elmer, le lanceur d'alerte soustrait des données bancaires à une succursale étrangère d'une banque suisse et les remet ensuite à une personne dans un pays tiers (*in casu* l'Angleterre), il n'y a pas de violation de l'[art. 47 LB](#), faute de compétence des autorités suisses. Admettre qu'il suffit d'un résultat matériel quelconque en Suisse pour retenir une violation du secret bancaire nous paraît en outre excessif au regard du principe *nulla poena sine lege* ([art. 1 CP](#)). Le fait de considérer la disposition comme un délit matériel comporte en effet le risque d'une application déguisée du principe de la compétence réelle en cas de prise de connaissance des informations en Suisse ([art. 4 CP](#))<sup>89</sup>. La rigueur de ce principe se manifeste par exemple lorsque la révélation intervient par suite de pressions ou d'une obligation de témoigner instituée par la loi étrangère. L'on comprendra aisément qu'il n'est pas juste de faire supporter au particulier les conséquences pénales de ce qui est, en réalité, un conflit de lois et de compétence entre Etats souverains.

Après avoir examiné la compétence réelle de la Suisse, il faut encore vérifier si la compétence des autorités pénales peut être donnée en vertu d'une règle de compétence extraterritoriale. A cet égard, l'[art. 7 CP](#) est déterminant. Mais il ne s'appliquera que dans des cas exceptionnels: peu d'Etats protègent en effet le secret bancaire aussi strictement que la Suisse<sup>90</sup>. La condition de la double incrimination fait donc souvent défaut (cf. [art. 7 al. 1 let. a CP](#)), l'acte de révélation ne réalisant que rarement les éléments constitutifs d'une infraction pénale identique ou similaire à l'endroit de sa commission<sup>91</sup>.

ZStrR 131/2013 S. 1, 22

## VI. La sauvegarde d'intérêts légitimes en tant que fait justificatif extralégal?

Le fait justificatif de la sauvegarde d'intérêts légitimes n'exclut pas la typicité de l'infraction, mais peut, si certaines conditions sont réalisées, justifier la commission d'un acte remplissant pourtant les éléments constitutifs d'une infraction<sup>92</sup>. A défaut de pouvoir se prévaloir d'une obligation ou d'un droit de dénoncer, le lanceur d'alerte sera souvent tenté d'invoquer ce motif afin d'échapper à toute sanction pénale. Il devra cependant veiller à ce que sa dénonciation soit proportionnée (1) aux différents intérêts divergents en cause (2). Certains critères devraient néanmoins permettre de juger de l'admissibilité ou non d'un signalement externe (3).

### 1. La proportionnalité de la dénonciation

L'admission de la sauvegarde d'intérêts légitimes en tant que fait justificatif suppose premièrement que l'acte soit nécessaire pour atteindre le but visé et qu'il soit le seul moyen d'y parvenir<sup>93</sup>. Ainsi, l'existence de moyens légaux exclut en principe le recours au fait justificatif de la sauvegarde d'intérêts légitimes<sup>94</sup>. Cette dernière exigence se révèle néanmoins souvent excessive en présence d'un acte de whistleblowing bien intentionné. En effet, l'acte de signalement intervient précisément lorsque de tels moyens légaux font défaut

<sup>87</sup> C. Lombardini, Droit bancaire suisse, 2<sup>e</sup> édition, Genève 2008, 985.

<sup>88</sup> En effet, le seul fait de rendre des données bancaires accessibles, sur un blog par exemple, remplit la typicité de l'infraction. Il n'est pas nécessaire qu'une personne en prenne effectivement connaissance. Puisqu'il n'est pas possible de dissocier comportement de l'auteur et résultat, il faut considérer que l'infraction s'épuise par l'action et donc qu'il s'agit d'un délit formel. Cf. aussi A. Margiotta, Das Bankgeheimnis: Rechtliche Schranke eines bankkonzerninternen Informationsflusses?, Zurich/Bâle/Genève 2002, 257 s.; A. J. Rappo, Le secret bancaire: sa portée dans le temps, dans l'espace et dans les groupes de sociétés, thèse, Berne 2002, 175.

<sup>89</sup> Il est d'ailleurs admis que le renvoi aux infractions du titre 13 du [CP](#) prévu par l'[art. 4 al. 1 CP](#) est exhaustif.

<sup>90</sup> Rappo (n. 84), 43.

<sup>91</sup> [ATF 132 II 81, c. 2 = SJ 2006 I 284](#).

<sup>92</sup> C. Bettex et al., in: Petit Commentaire [CP](#)-Code pénal, éd. M. Dupuis/B. Geller/G. Monnier/L. Moreillon/C. Piguet/C. Bettex/D. Stoll, Lausanne 2011, art. 14 N 36.

<sup>93</sup> [ATF 134 IV 216, c. 6.1](#).

<sup>94</sup> Cf. en particulier [ATF 129 IV 6, c. 3.5 = JdT 2005 IV 215](#) et [ATF 94 IV 68, c. 2](#).



ou que le destinataire du signalement ne peut être identifié avec suffisamment de certitude et de sérénité par le lanceur d'alerte.

Dans l'arrêt du TF [6B 305/2011](#)<sup>95</sup>, le TF a par exemple estimé que les lanceurs d'alerte n'avaient pas de raisons objectives d'adresser directement leur signalement

#### ZStrR 131/2013 S. 1, 23

à un journaliste, car elles disposaient d'alternatives légales auprès de l'administration cantonale (p. ex. service juridique)<sup>96</sup>. A notre sens, une interprétation a contrario de ce raisonnement impliquerait donc l'admission du fait justificatif de la sauvegarde d'intérêts légitimes lorsque des raisons objectives de ne pas user de ces moyens légaux sont données. Quelles pourraient-elles être?

Au sein des administrations - en particulier cantonales - et des entreprises privées, il n'y a souvent pas de directives précises quant à la procédure à suivre afin de signaler des irrégularités, singulièrement lorsqu'un signalement interne est resté infructueux<sup>97</sup>. Ne sachant véritablement comment procéder, il peut donc être objectivement justifié qu'un lanceur d'alerte s'adresse à un avocat, un journaliste ou encore à une autorité pénale<sup>98</sup>. La révélation du secret à une personne qui y est aussi tenue n'exclut d'ailleurs pas forcément la typicité de l'infraction. Par conséquent, cela est susceptible de dissuader le lanceur d'alerte d'agir à l'interne. Si les risques pénaux liés à un signalement interne et externe sont théoriquement les mêmes, il est fort probable que le whistleblower, n'ayant en somme rien à perdre, se tourne alors directement vers l'extérieur<sup>99</sup>. En effet, en l'absence d'un destinataire fiable et déterminé pour connaître de sa dénonciation, le lanceur d'alerte aura alors non seulement l'impression d'être entendu et pris au sérieux, mais aura surtout objectivement épuisé les voies de dénonciation interne, puisque celles-ci n'étaient justement pas déterminables pour une personne placée dans les mêmes circonstances<sup>100</sup>.

N'évoquer, comme le fait le TF, que la présence d'alternatives légales à la dénonciation externe paraît dès lors quelque peu simpliste. Il y a en effet une tendance à faire fi des raisons pour lesquelles ces alternatives n'ont pas été utilisées (p. ex. crainte de représailles<sup>101</sup>), tout comme on décèle le risque de faire peser, sur le lanceur d'alerte, la responsabilité de la mise en place d'une procédure de signalement<sup>102</sup>.

#### ZStrR 131/2013 S. 1, 24

## 2. La pesée des différents intérêts en jeu

L'admission du fait justificatif extralégal suppose également que les intérêts qui sont lésés ou mis en danger par l'acte apparaissent manifestement de moindre importance face aux intérêts que l'auteur entend préserver<sup>103</sup>. Les intérêts concernés par un acte de whistleblowing sont souvent nombreux et divergents, ce

---

<sup>95</sup> En leur qualité d'employées des services sociaux zurichoises, M<sup>mes</sup> Esther Wyler et Margrit Zopfi avaient découvert certains documents attestant d'abus commis au détriment de la collectivité publique. En raison d'une ambiance délétère au sein du service qui les employait et craignant qu'une dénonciation auprès d'un département administratif externe ne nuise à leur avenir professionnel, elles avaient décidé de transmettre directement certains de ces documents à un journaliste de la Weltwoche. Ce journal a par la suite publié plusieurs articles reproduisant lesdits documents, ce qui a motivé l'ouverture d'une procédure pénale à l'encontre des deux employées. Après que la juge du Bezirksgericht de Zurich ait acquitté les deux fonctionnaires du chef de violation du secret de fonction ([art. 320 CP](#)), l'Obergericht, saisi d'un recours du Ministère public, a annulé l'arrêt de première instance. Le 12 décembre 2011, le TF a confirmé cette condamnation. Plaidant l'acquiescement, Wyler et Zopfi ont - en vain - invoqué la sauvegarde d'intérêts légitimes, à savoir l'intérêt de la communauté à ne pas être lésée par des abus tels que ceux qu'elles avaient constaté.

<sup>96</sup> Arrêt du TF [6B 305/2011 du 12 décembre 2011, c. 4.2.](#)

<sup>97</sup> [ATF 134 IV 216, c. 3.4.](#)

<sup>98</sup> A ce sujet, cf. *D. Strebel*, Das Dilemma der Journalisten - weil taugliche Anlaufstellen für Whistleblower fehlen, richten Medien anonyme Meldeplattformen ein oder vermitteln unabhängige Anwälte, [Medialex 1/2012, 1.1.](#)

<sup>99</sup> Cf. [ATF 114 IV 44, c. 3.](#) Aussi, concernant la problématique de la diffusion d'un secret de fonction à l'intérieur de l'administration, cf. *Trechsel/Vest* (n. 64), art. 320 N 9.

<sup>100</sup> Cf. arrêt du TF [4A 2/2008 du 8 juillet 2008, c. 7.3.2.](#)

<sup>101</sup> Cf. *Strebel* (n. 98), 1, qui évoque le cas d'une autorité pourtant chargée de recevoir les signalements et qui, suite à une dénonciation, a directement retransmis le nom du lanceur d'alerte à son supérieur.

<sup>102</sup> Cf. arrêt du TF [6B 305/2011 du 12 décembre 2011, c. 4.3.](#) in fine où le TF évoque même la possibilité pour les lanceurs d'alerte de prendre contact avec la personne chargée de mettre en œuvre les mesures tendant à éviter les abus au détriment de l'aide sociale, ce afin de lui proposer certaines améliorations.

<sup>103</sup> [ATF 134 IV 216, c. 6.1.](#)



qui rend leur pesée ardue. Pour la suite de l'analyse, nous nous concentrerons donc sur ceux qui nous paraissent les plus importants.

Premièrement, en présence d'un acte de signalement externe, la pesée de intérêts peut être mise en relation avec celle s'effectuant dans le cadre du droit du travail au moment de déterminer l'admissibilité d'un signalement (cf. *supra* III.1.a). A cela vient s'ajouter la nécessité, surtout en présence d'employés de la fonction publique, de tenir compte de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme *Heinisch c. Allemagne*, du 21 juillet 2011. Depuis peu, la Cour érige en effet le whistleblowing en droit fondamental, couvert par la liberté d'expression ([art. 10 CEDH](#)). Concrètement, on confronte ainsi, d'une part, la liberté d'expression du whistleblower et l'intérêt général de la société à la transparence et à la découverte d'actes illicites avec, d'autre part, l'intérêt de l'administration, des administrés et des entreprises à la confidentialité. Au vu de la tendance actuelle à la transparence des activités administratives, à la lutte contre les abus dans tous les domaines à la suite des récentes crises économiques ainsi qu'en raison des différents projets de réglementation sur le signalement d'actes répréhensibles, il nous semble que la priorité devrait être donnée aux intérêts défendus par le lanceur d'alerte. Cela suppose néanmoins le respect des critères d'admissibilité d'un signalement externe (cf. *infra* VI.3).

Ensuite, le TF a admis que la sauvegarde d'intérêts légitimes pouvait également s'appliquer à l'auteur qui entend préserver ses propres intérêts<sup>104</sup>. Par conséquent et a fortiori, le lanceur d'alerte bien intentionné devrait pouvoir bénéficier de ce fait justificatif extralégal, l'acte de signalement tendant, en général, à la protection d'intérêts de tiers (p. ex. entreprise, société dans son ensemble)<sup>105</sup>. A défaut de danger imminent pour ces intérêts, l'application de l'[art. 17 CP](#) n'est d'ailleurs pas envisageable<sup>106</sup>.

Enfin, la jurisprudence actuelle, en particulier l'arrêt du TF [6B 305/2011 du 12 décembre 2011](#), semble négliger le fait que certaines obligations - légales ou contractuelles - peuvent imposer au travailleur public ou privé la dénonciation d'irrégularités. Ces obligations devraient donc être vérifiées au cas par cas, ce afin de

#### ZStrR 131/2013 S. 1, 25

déceler les éventuels conflits d'intérêts rencontrés par le lanceur d'alerte honnête. Ne pas les inclure dans l'analyse de la proportionnalité d'une dénonciation comporte le risque d'un examen incomplet de la situation et des motivations du whistleblower. Il est en outre envisageable qu'une obligation légale amène à considérer l'acte de signalement comme un acte autorisé par la loi, ce qui rendrait l'analyse du fait justificatif de la sauvegarde d'intérêts légitimes superflue<sup>107</sup>.

### 3. Les critères d'admissibilité d'un signalement externe (propositions)

Afin qu'un signalement externe soit admissible, le lanceur d'alerte devrait à notre avis respecter les exigences suivantes. De bonne foi, il doit considérer le signalement comme nécessaire et apte à atteindre le but visé. Ce but étant celui de révéler les irrégularités qu'il a constatées en vue de leur suppression. En l'absence de procédure interne claire et précise ou si les organes compétents, de manière injustifiée, n'y donnent pas suite, la dénonciation externe devrait toujours être considérée comme nécessaire et intervenant de bonne foi. Les administrations cantonales et les entreprises privées devraient donc mettre en place une procédure simple et informer efficacement leurs collaborateurs des modalités pratiques d'un signalement interne<sup>108</sup>.

<sup>104</sup> [ATF 117 IV 170 = JdT 1993 IV 152](#): cas d'un apatride qui entre illégalement en Suisse dans le but de s'y marier.

<sup>105</sup> *D. Jositsch/C. V. Brunner*, Whistleblowing als Rechtfertigungsgrund in: [AJP/PJA 2012, 482](#), 485.

<sup>106</sup> *Monnier* (n. 61), art. 14 N 57.

<sup>107</sup> *Monnier* (n. 61), art. 14 N 54.

<sup>108</sup> Aussi, afin d'éviter que le lanceur d'alerte ne se tourne vers l'extérieur, il faudrait qu'il soit informé des suites données à sa dénonciation. Il serait dès lors opportun de permettre à l'organe chargé de recevoir les dénonciations de directement contacter le lanceur d'alerte (ex. adresse e-mail privée, envoi de courrier au domicile, etc.). L'anonymat doit cependant demeurer la règle face à tous les autres services, raison pour laquelle cet organe devrait être soumis à un devoir strict de confidentialité et jouir d'une complète indépendance. En vue de rendre ces obligations effectives, il pourrait être utile de prévoir une possibilité d'engager subsidiairement, voire solidairement, la responsabilité civile de cette organe si le lanceur d'alerte subi un préjudice par suite d'un signalement justifié. Cf. *Carranza/Micotti* (n. 2), 26 ss, qui préfèrent également la confidentialité de la dénonciation à l'anonymat complet du dénonciateur.

<sup>109</sup> Par ex. en l'absence d'un destinataire clairement déterminé.





Aussi, lorsque le lanceur d'alerte décide de s'adresser à l'extérieur de son service ou de son département, en particulier à une autorité pénale ou aux médias, il doit veiller à ne pas faire valoir d'autres irrégularités que celles qu'il a déjà signalées ou tenté<sup>109</sup> de signaler à l'interne, ni être trop vague dans leur description. S'il n'est en principe pas possible d'exiger du lanceur d'alerte qu'il connaisse la quali-

#### ZStrR 131/2013 S. 1, 26

fication juridique exacte des faits constatés, il faut cependant qu'il garde une certaine cohérence dans ses dénonciations<sup>110</sup>. Un signalement externe "à la légère" comporte en effet des risques: celui d'une atteinte aux intérêts protégés par les [art. 162, 320, 321 et 273 CP](#), 47 [LB](#) et 173 ss [CP](#) des personnes visées, ainsi que le reproche envers le whistleblower d'une dénonciation calomnieuse ([art. 303 CP](#)), subsidiairement d'une induction de la justice en erreur ([art. 304 CP](#))<sup>111</sup>.

## VII. Conclusion

La position de lanceur d'alerte honnête est actuellement peu enviable en droit suisse, pas seulement sous l'angle du droit privé du travail, mais également du point de vue des secrets pénalement protégés. S'il est évidemment justifié que l'ordre juridique offre sa protection à certains faits ou informations d'une importance étatique ou économique considérable, l'application d'une confidentialité trop stricte peut parfois entraîner des conséquences injustes pour le lanceur d'alerte. Malgré le souci tant du législateur que de l'opinion publique d'une transparence accrue des activités de l'administration et des entreprises privées, les personnes qui, en pratique, signalent des irrégularités courent souvent le risque d'une sanction pénale. L'injustice est choquante lorsque le signalement intervient pour protéger le maître du secret lui-même des agissements de certains de ses membres, comme par exemple des malversations commises par le directeur d'une banque. Certes il n'y aura souvent pas d'intérêt objectif au maintien secret de tels actes, mais le simple fait que le whistleblower risque d'être impliqué dans une procédure pénale ou civile est propre à le dissuader d'agir. S'il agit tout de même, il risque par ailleurs de devoir supporter les affres de celles-ci (telles que frais, difficulté de produire certaines preuves, erreur judiciaire). Il ne faut cependant pas perdre de vue que tous les lanceurs d'alerte ne sont pas guidés par des motifs altruistes et dignes de bénéficier de la protection du droit.

L'on peut également s'interroger sur l'opportunité de l'initiative parlementaire de Leutenegger, proposant d'admettre la licéité d'un acte délictueux commis par le whistleblower au nom de la sauvegarde d'intérêts supérieurs. A première vue, celle-ci paraît propre à éviter certaines injustices. Néanmoins, il nous semble que l'on agirait plutôt sur les effets que sur les causes du problème. Justifier a posteriori

#### ZStrR 131/2013 S. 1, 27

un acte délictueux reviendrait en effet implicitement à s'accommoder du fait que de nombreuses entités ne disposent pas encore de procédures de signalement interne efficaces. A notre sens, il serait donc plus opportun de matérialiser, comme en matière de blanchiment d'argent et dans les autres pays de l'UE, l'obligation pour toute entité publique ou privée d'instaurer une procédure interne de signalement. Cela permettrait de canaliser les dénonciations et de préserver efficacement les différents intérêts concernés par un acte de signalement.

Conjuguer cette obligation avec l'introduction d'une interdiction de licencier le travailleur signalant de bonne foi certains faits répréhensibles rendrait en outre l'acte de dénonciation d'un travailleur licite ([art. 14 CP](#)). Dans les autres cas, notamment en présence d'un lanceur d'alerte employé de la fonction publique cantonale, une application plus clémentine par les tribunaux du fait justificatif de la sauvegarde d'intérêts légitimes, dans ce cas particulier, devrait également conduire à ce résultat.

---

<sup>110</sup> Dans l'arrêt [CEDH](#) du 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, l'employée n'avait en effet signalé à l'interne que des mauvais traitements commis sur des patients. Or, la plainte pénale déposée auprès des autorités pénales allemandes visait une escroquerie motivée par le fait que l'établissement ne fournirait pas les prestations de soin promises. A défaut de soulever l'escroquerie au niveau interne, le whistleblower aurait ainsi uniquement du signaler des voies de fait, voire des lésions corporelles.

<sup>111</sup> *Rieder* (n. 28), 5.