

Legal News

Octobre 2006

Chers clients, Chers partenaires,

Littéralement, « *to blow the whistle* » signifie siffler, comme l'arbitre de football siffle une faute sur le terrain. En français, le « *whistleblower* » est celui qui lance l'alerte. Le whistleblowing permet à l'entreprise d'être informée le plus tôt possible de dysfonctionnements. De la sorte, le risque qu'un employé s'adresse au public ou aux autorités est réduit, en encourageant les employés à signaler le problème en interne.

Depuis quelques années, le whistleblowing est monnaie courante aux Etats-Unis et en Grande Bretagne. Dans ce dernier pays, c'est la vétusté du système ferroviaire notamment qui a conduit à l'adoption en 1998 d'une législation pour la protection des whistleblowers (Public Interest Disclosure Act).

Malgré les réticences encore fréquentes, quelques entreprises suisses permettent le whistleblowing. Correctement appliquée, l'annonce de dysfonctionnements est dans l'intérêt de l'entreprise et conforme aux bonnes pratiques du gouvernement d'entreprise.

Dans ce contexte, nous vous rendons attentifs au fait que Transparency International Suisse, une organisation non gouvernementale s'occupant de lutte contre la corruption, a ouvert une hotline indépendante pour les whistleblowers (<http://www.transparency.ch/wfranz/>).

Daniel Bachmann
Partner, Legal
daniel.bachmann@ch.ey.com

Whistleblowing et gouvernement d'entreprise

Olivier Dunant, avocat, LL.M., Partner; olivier.dunant@ch.ey.com

1. Lutte contre la corruption

Les affaires de corruption qui sont effectivement jugées restent rares. En effet, il n'y a pas de victime directe dans ce cas. Les seuls lésés pourraient être d'autres soumissionnaires, qui n'auraient pas obtenu le marché en raison des manœuvres de leur concurrent. Le whistleblowing permet aux collaborateurs de signaler le problème. Une telle mesure vise à réduire le risque d'une atteinte à la réputation de l'entreprise ou même d'une responsabilité pénale de l'entreprise, introduite en Suisse en 2003.

Les annonces ne se limitent pas aux cas de corruption. On pense aussi aux règles de sécurité ou de protection de l'environnement. Une annonce serait par exemple utile pour éviter une catastrophe dans l'industrie chimique ou le transport aérien, lorsque les risques signalés par un employé ne sont pas suivis de mesures. Enfin, le whistleblowing est un instrument permettant de lutter contre la fraude.

2. Risque de représailles

Les cas connus dans lesquels un employé lance l'alerte ne sont pas fréquents. En pratique, celui qui révèle un dysfonctionnement risque de perdre sa place, ou s'expose à d'autres représailles. Il n'y a pas encore en Suisse de législation spécifique sur le whistleblowing. Les règles générales du droit du travail sont applicables. Chaque collaborateur est tenu par le devoir de discrétion et de fidélité à l'employeur (art. 321a alinéa 4 CO). Il ne peut pas remettre d'informa-

tions confidentielles à des tiers (comme la presse ou les autorités) car celles-ci pourraient nuire ou porter atteinte à la réputation de l'employeur. Ceci est vrai même si le collaborateur est en mesure d'en prouver l'authenticité. Dans de rares cas, la remise d'informations confidentielles à des tiers pourrait être justifiée par un intérêt prépondérant. Mais le collaborateur doit toujours s'adresser dans un premier temps à son supérieur, pour que l'employeur ait la possibilité de régler le problème à l'interne sans créer de scandale, et c'est mieux ainsi.

Par ailleurs, l'employeur doit protéger la personnalité du travailleur contre d'éventuelles discriminations, notamment dans le cas de l'annonce justifiée de graves dysfonctionnements.

3. Modification du droit suisse

Dans l'administration fédérale, les fonctionnaires peuvent porter à la connaissance du Contrôle Fédéral des Finances des constatations attirant l'attention sur des cas de fraude ou de corruption.

Par ailleurs, la mise en place obligatoire d'un système de whistleblowing a été envisagée pour les banques. La Commission Fédérale des Banques a toutefois renoncé à établir une réglementation contraignante. Lors de la procédure de consultation, il a été relevé que l'introduction du whistleblowing peut nuire à l'ambiance de travail en instaurant un climat de suspicion contreproductif.

La question de la protection du whistleblower n'est pas résolue non plus. Si son

identité est connue, des sanctions ne peuvent être exclues. Dans le même temps, la personne visée par une dénonciation a le droit de savoir par qui elle est mise en cause. A la suite de la motion du conseiller national Remo Gysin, adoptée par le Conseil National, puis en mars 2006 par le Conseil des Etats, le Conseil Fédéral prépare une loi pour une meilleure protection des whistleblowers.

La mise en place d'un système d'annonce de dysfonctionnements graves peut protéger l'entreprise, à condition qu'il ne soit utilisé qu'en dernier ressort et que les annonces soient filtrées par un organe indépendant tel que le comité d'audit ou par l'audit interne, le département juridique ou le compliance officer.

4. Règles états-uniennes

Les entreprises suisses cotées aux Etats-Unis ont déjà l'obligation de prendre des mesures visant à protéger les whistleblowers. En application de la Loi Sarbanes-Oxley, ces entreprises doivent :

- Mettre en place une procédure permettant de signaler des faits douteux constatés sous couvert de l'anonymat (Section 301).
- Protéger contre toute discrimination les collaborateurs qui font part de constatations. Une direction qui pénaliserait un dénonciateur supposé ou identifié s'expose à de lourdes sanctions pénales (Section 906).

A titre d'exemple, l'UBS encourage, par le biais de son site Internet, tous ses employés à communiquer au comité d'audit les violations de lois ou de codes d'éthique, en leur fournissant la procédure à suivre (« Whistleblowing Audit Committee procedures regarding complaints on accounting matters »).

5. Etude sur les bonnes pratiques

Une étude non publiée sur les procédures de « whistleblowing » réalisée en 2004 par

Ernst & Young auprès de plus de 40 entreprises à vocation internationale aux Etats-Unis a donné les résultats suivants:

- Dans près de deux tiers des entreprises, c'est le service juridique du groupe qui procède à l'éclaircissement et à l'appréciation des faits dénoncés. Dans un tiers des entreprises, le chef de l'audit interne est chargé des investigations. Parfois, d'autres fonctions spécialisées (Chief Ethical Officer, Chief Compliance Officer) sont sollicitées.
- La moitié des entreprises coordonne ses activités en la matière par un service de déclaration interne (par courrier électronique ou vocal, par exemple), tandis que l'autre moitié des entreprises recourt à des services externes indépendants (tels qu'un centre d'appel ou un conseiller externe).
- En général, les informations sommaires sont discutées dans le cadre des réunions régulières (au moins trimestrielles) du comité d'audit. Dans les cas importants, l'information sans délai du comité d'audit ou de son président est par ailleurs assurée. ■

Vos interlocuteurs pour des questions juridiques:

Bâle

Ernst & Young SA
Thomas Bauer
 Aeschengraben 9
 Case postale
 4002 Bâle
 Tél. +41 58 286 86 11
 thomas.bauer@ch.ey.com

Berne

Ernst & Young SA
Daniel Bachmann
 Belpstrasse 23
 Case postale
 3001 Berne
 Tél. +41 58 286 66 11
 daniel.bachmann@ch.ey.com

Genève

Ernst & Young SA
Olivier Dunant
 59, route de Chancy
 Case postale
 1213 Petit-Lancy
 Tél. +41 58 286 56 11
 olivier.dunant@ch.ey.com

Zurich

Ernst & Young SA
Stefan Seiler
 Bleicherweg 21
 Case postale
 8022 Zurich
 Tél. +41 58 286 36 11
 stefan.seiler@ch.ey.com

Information:

Le Legal News a pour but de donner un aperçu de développements juridiques récents. Son contenu n'exprime pas un avis juridique.

Edition

Legal News

Publication électronique en langue allemande, française et anglaise.

Concept et réalisation

Ernst & Young SA
 Legal et Corporate Communications & Marketing
 Case postale, 8022 Zurich

Abonnements/changements d'adresse

www.ey.com/ch/newsletter

www.ey.com/ch/legal