

RAPPORT DE LA COMMISSION
chargée d'examiner l'objet suivant :
Motion Jean Christophe Schwaab et consorts - Favoriser la révélation des faits
répréhensibles, mieux protéger les lanceurs d'alertes (whistleblowers)

La commission a siégé le 18 août 2011, de 14h30 à 15h45, à la Salle de conférences du SCRIS, Rue de la Paix 6, à Lausanne.

Elle était composée de Mmes Gloria Capt et Claudine Amstein et de MM. Raphaël Mahaim, Félix Glutz, Jean-Michel Dolivo, Jean-Christophe Schwaab et Régis Courdesse, premier membre désigné, confirmé dans sa fonction de président rapporteur.

M. le Conseiller d'Etat Pascal Broulis, Président du Conseil d'Etat, Chef du DFIRE, était accompagné de M. Filip Grund, Chef du Service du personnel de l'Etat de Vaud (SPEV). M. Jérôme Marcel, secrétaire de la commission, a tenu les notes de séance, ce dont nous le remercions vivement.

Position du motionnaire

Des « whistleblowers », que l'on peut traduire par « lanceurs d'alertes », sont des personnes qui, au sein d'une organisation ou d'une administration, découvrent des faits répréhensibles et les dénoncent. Ces personnes sont généralement prises dans un conflit entre leur devoir de loyauté envers leur employeur, d'une part, et le respect des lois, d'autre part. Dans les faits, elles sont souvent confrontées à des difficultés, notamment lorsque leur hiérarchie ne réagit pas, ce qui les place dans une position difficile, car elles sont souvent soumises au secret professionnel. Que l'on pense par exemple à une aide soignante dans un EMS constatant des cas de maltraitance et qui est confrontée à une hiérarchie peu sensible à la question. Où donc s'adresser ?

Récemment, le Confédération a pris des dispositions¹, le canton de Saint-Gall également. A Zurich, un postulat a été déposé dans ce sens. La Poste dispose d'une instance interne de signalement afin d'éviter que d'éventuelles infractions soient rendues publiques. En effet, la médiatisation d'affaires qui devraient trouver une voie en interne des organisations et administrations est un risque non négligeable.

¹ Cf. Loi sur le Personnel de la Confédération, article 22a, introduit le 19 mars 2010, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011 :

Art. 22a Obligation de dénoncer, droit de dénoncer et protection

¹ Les employés sont tenus de dénoncer aux autorités de poursuite pénale, à leurs supérieurs ou au Contrôle fédéral des finances tous les crimes et délits poursuivis d'office dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalés dans l'exercice de leur fonction.

² Les obligations de dénoncer prévues par d'autres lois fédérales sont réservées.

³ Les personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner selon les art. 113, al. 1, 168 et 169 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 ne sont pas soumises à l'obligation de dénoncer.

⁴ Les employés ont le droit de signaler au Contrôle fédéral des finances les autres irrégularités dont ils ont eu connaissance ou qui leur ont été signalées dans l'exercice de leur fonction. Le Contrôle fédéral des finances établit les faits et prend les mesures nécessaires.

⁵ Nul ne doit subir un désavantage sur le plan professionnel pour avoir, de bonne foi, dénoncé une infraction ou annoncé une irrégularité ou pour avoir déposé comme témoin.

Le motionnaire cite les « *Principes directeurs d'ICC sur les dispositifs d'alerte* » rédigé par la Commission anticorruption de la Chambre de commerce international, qui encourage les entreprises « à établir au sein de leur organisation un dispositif d'alerte éthique proportionné à leur taille et à leurs ressources ». Mais si une instance compétente existe, elle doit pouvoir agir lorsque la hiérarchie, notamment, n'a pas su le faire.

L'autre aspect de la motion vise à introduire une disposition légale protégeant les *whistleblowers*. Certes, il existe une jurisprudence du Tribunal Fédéral qui protège les lanceurs d'alerte, mais cette dernière a le défaut d'être basée sur un cas concret.

Le motionnaire fait sienne l'argumentation du Conseil d'Etat en réponse à une consultation fédérale sur la question d'introduire dans le Code des obligations (CO) une protection contre les licenciements pour les lanceurs d'alertes. Le Conseil d'Etat estimait qu'il n'est pas inutile de codifier les règles en la matière, déjà précisées par la jurisprudence fédérale, mais largement inconnues du public. Le Conseil d'Etat constatait par ailleurs dans cette réponse que ce type de situation ne se limite pas aux seuls cas de corruption, mais pense que cela devrait concerner les situations présentant une certaine gravité sous la forme d'une transgression légale. D'où sa double proposition qui consiste à avoir, d'un côté, une instance qui constate un fait répréhensible, et de l'autre, une disposition protégeant ces personnes, qui pourrait figurer dans la loi sur le personnel (LPers).

Position du Conseil d'Etat

Dans le domaine du mobbing et du harcèlement, le président du gouvernement indique que le Canton de Vaud est en avance avec la mise sur pied du Groupe Impact, lequel a vu son rôle renforcé récemment.

Dans la réalité, une dénonciation n'est pas une question simple à gérer. Se référant à une affaire ayant touché la TSR et dans laquelle une dénonciation a abouti, M. le Conseiller d'Etat constate que la « vraie vie » continue et qu'à long terme ce genre de situations est difficile à gérer pour les personnes au sein d'organisations ou d'administrations.

Le SPEV a établi un état des lieux à l'échelle de la Suisse. Des normes incitant les gens à la dénonciation existent à Genève, dans le Jura et pour la Confédération. Fribourg, le Valais, Neuchâtel, le Tessin et Berne n'en ont pas. Concernant les normes protégeant les dénonciateurs, les cantons suisses ne semblent pas en avoir, mais la Confédération a introduit un nouvel article dans sa loi sur le personnel. Et il n'y a pas d'instances indépendantes auprès desquelles dénoncer.

Concernant la prise de position précitée (article du CO), la question est hors de la compétence du canton de Vaud et c'est une norme qui ne concerne pas la loi sur le personnel, ni la création d'une nouvelle instance.

Le SPEV a dressé un inventaire sommaire des pratiques au niveau des services de l'Etat. En effet, s'il n'y a pas de norme générale, certains domaines connaissent des obligations découlant de lois spécifiques ou de directives internes.

Discussion générale

Le motionnaire précise que le canton de Saint-Gall a décidé d'introduire un système proche de celui préconisé par sa motion, mais que ces révisions légales ne sont pas encore entrées en vigueur. Une instance de dénonciation est prévue dans ce modèle. Le salarié de l'Etat qui s'adresse à l'instance interne pour dénoncer des faits répréhensibles ne viole pas l'obligation de fidélité envers son employeur.

La commission est très intéressée par la problématique qui mérite une analyse approfondie. Toutefois, les Principes directeurs précédemment cités sont diversement appréciés, car les

administrations publiques et les entreprises privées ne semblent pas pouvoir être abordées de la même manière. En effet, le secret de fonction crée une grande différence entre ces deux mondes, ce d'autant plus que la violation du secret de fonction est la faute la plus grave pour un employé de l'Etat dans l'exercice de son travail. Bien entendu, il faut permettre aux employés de dénoncer une infraction grave qu'ils découvrent, tout en rappelant que ceux-ci ont l'obligation d'en informer leur voie hiérarchique et que, si celle-ci ne réagit pas, il est fondé de monter dans la hiérarchie pour la signaler.

Pour des députés favorables à la motion, l'obligation de diligence et de fidélité envers l'employeur vaut aussi bien dans le public que dans le privé. Et on voit même que la jurisprudence en droit public s'est largement inspirée du droit privé. Le devoir de fidélité dans le domaine public est souvent directement inspiré du Code des obligations, avec certes des différences, mais sur la base du même raisonnement. Une des différences entre ces deux domaines relève principalement de la protection des salariés. Dès lors, lors d'une éventuelle dénonciation, un collaborateur de l'Etat est dans une position différente qu'un employé du secteur privé. Un autre différence, c'est qu'un collaborateur de l'Etat exerce la puissance publique, ce qui le confronte à d'autres responsabilités, à d'autres décisions et donc implique une approche différenciée avec le secteur privé.

Dans la pratique des entreprises, on constate des cas où se mêlent du mobbing ou de la délation et que les limites sont parfois difficiles à poser. D'où l'importance de disposer d'une instance où le collaborateur peut s'exprimer. Car dans les situations de mobbing ou de lanceurs d'alerte, la situation peut tourner de façon négative.

Le texte de la motion concerne la dénonciation des « faits répréhensibles ». Cette notion trop vague présente le risque d'ouvrir la porte à la délation : le véritable whistleblower ne doit pas faire valoir des appréciations personnelles, mais doit permettre de sauvegarder des intérêts importants. Il s'agit d'effectuer dans un premier temps un catalogue des difficultés juridiques afin d'exclure la délation autant que faire se peut du champ de la réflexion. La loi fédérale parle de « crimes et délits poursuivis d'office ». Qui sait vraiment ce qui est poursuivi d'office ? Comment définir ce qu'est un fait répréhensible ? On voit que la motion pose de réelles difficultés.

Une question à trancher est de savoir si les canaux présentés par le SPEV sont utilisés, codifiés, connus du public et comment les collaborateurs en sont informés. En cas de méconnaissance, l'instauration d'une seule instance indépendante de dénonciation avec une procédure unique pourrait être une réponse satisfaisante. Pour le chef du SPEV, les collaborateurs qui sont concernés par les dispositions existantes sont parfaitement au courant des voies et règles en la matière, car ce sont des éléments connus, du moins en interne à l'Etat. Mais, sous réserve du domaine de la police, il est vraisemblable qu'il n'y ait pas de définitions précises.

Considérant les questions encore à creuser, la motion est trop contraignante. Un postulat semble plus approprié, car il permet une réflexion plus large. Le président du Conseil d'Etat rappelle que les questions à traiter ne sont pas simples, comme de savoir si l'instance qui reçoit une plainte va la juger sur le fond ou non. Il affirme qu'il ne va pas mépriser un postulat sur un sujet d'une telle importance. Sur un thème aussi peu circonscrit, un postulat permet d'aborder largement la problématique et d'avancer sereinement.

Un député estime que la manière vague dont est formulée la motion permet au Conseil d'Etat de définir la notion de faits répréhensibles, de proposer une instance dans un cadre relativement large et de définir le type de protection dont disposeraient les lanceurs d'alertes, mais avec le risque de créer une "usine à gaz".

Le motionnaire confirme que sa motion est volontairement rédigée en termes vagues, car les dispositions en vigueur ailleurs ne sont pas encore bien connues. Celles de Saint-Gall n'ont pas encore été confrontées à la réalité. Une base légale est nécessaire, ce qui justifie la motion, tout en

sachant que le Conseil d'Etat a toute latitude de proposer des solutions du moment qu'elles sont argumentées.

Un autre député constate que certaines entreprises conseillent d'avoir juste une personne chargée de ces whistleblowers, alors que la motion demande d'emblée d'instaurer une instance extérieure ce qui, à son avis, cadre beaucoup trop la réflexion. Concernant l'objet des dénonciations, il relève que la loi fédérale fait appel aux notions de « crimes et délits poursuivis d'office » (article 22a, alinéa 1), mais également à celle « d'autres irrégularités » (article 22a, alinéa 4) ; la notion de « faits répréhensibles » apparaît dès lors comme une limitation, celle « d'autres irrégularités » ouvrant le champ d'application beaucoup plus large. Il ressort de ces considérations et des remarques d'intervenants précédents au sujet de la notion d' « instance indépendante » notamment, que le texte de la motion est beaucoup plus précis que ne le suggère le motionnaire, alors qu'il constate que le président du Conseil d'Etat et les membres de la commission partagent l'objectif que l'administration publique fonctionne bien et que des mesures doivent être prises. Par ailleurs, le député retient certains éléments des interventions du Président du Conseil d'Etat : le Conseil d'Etat peut faire un service minimum en réponse à cette motion, mais il n'est pas souhaitable d'aborder cette problématique à la légère ; un postulat serait pris au sérieux et permettrait au Conseil d'Etat d'ouvrir sa réflexion. Il est dès lors favorable à une transformation en postulat.

Conclusion de la discussion générale

Le débat en commission a mis en avant la complexité des problèmes juridiques qui pourraient se poser avec cette motion. Dès lors, cette problématique n'est pas facile à élaborer et nécessite une analyse complète.

Autant la deuxième demande (une disposition protégeant les lanceurs d'alerte) laisse la marge de manœuvre complète au Conseil d'Etat dans sa réponse, autant la première demande effectuée des choix en amont (instance indépendante, notion de faits répréhensibles).

Il est formellement demandé au motionnaire de transformer cette motion en postulat, d'autant que la révision du Code des obligations sur ce sujet ne semble pas une priorité du Conseil fédéral.

Le président du Conseil d'Etat rappelle qu'il a défendu par le passé des postulats ayant des incidences légales et que dans de nombreux cas des postulats ont débouché sur des modifications de lois, notamment en matière de loi sur le personnel

Décision du motionnaire

Attendu que s'il transforme sa motion en postulat, celui-ci sera accueilli avec intérêt par les commissaires et qu'il sera traité par le Conseil d'Etat dans un esprit d'ouverture, *le député est d'accord de transformer sa motion en postulat.*

Prise en considération de la motion transformée en postulat

En vote final, la commission recommande de prendre en considération la motion transformée en postulat par 6 voix pour et 1 voix contre et de le transmettre au Conseil d'Etat.

Froideville, le 28 septembre 2011

Le rapporteur :
(signé) Régis Courdesse