

V. Junod

Pr Valérie Junod
Faculté de droit
Université de Genève
Faculté des HEC
Université de Lausanne
valerie.junod@unige.ch

Rev Med Suisse 2012; 8: 956-8

On appelle *whistleblower* celui qui alerte son entreprise, les autorités ou le public sur des irrégularités constatées dans le cadre de son travail. Même si, de par l'absence de statistiques, on ignore l'ampleur du phénomène en Suisse, le *whistleblowing* y est devenu un concept à la mode. Chaque année, quelques scandales éclatent de par l'intervention de *whistleblowers*; ce fut le cas dernièrement dans le secteur bancaire et dans la fonction publique.

Le législateur fédéral a récemment modifié la loi sur le personnel de la Confédération pour mieux protéger les *whistleblowers* travaillant dans l'administration fédérale.¹ Un projet similaire est en préparation pour les *whistleblowers* du secteur privé (révision du CO).² Les employés qui dénoncent des actes répréhensibles commis par leurs employeurs ou par leurs collègues (dans le cadre de leur fonction) sont donc de mieux

Whistleblowing dans le secteur médical: trouver l'équilibre entre des intérêts divergents

en mieux protégés.³ Un congé donné en raison de cette dénonciation sera jugé non valable, même si la résiliation tient compte du préavis de licenciement. Pour bénéficier de la protection légale, l'employé doit respecter trois paliers: il doit d'abord dénoncer l'irrégularité sur le plan interne (voie hiérarchique ou service constitué à cette fin), puis à l'autorité étatique (procureur ou autorité de surveillance compétente) si la voie interne s'est révélée vaine ou est d'emblée impossible, et enfin, seulement au public (journaux, télévision, internet, etc.), si l'autorité n'a rien fait. S'il saute une de ces étapes, par exemple en s'adressant directement aux médias, la résiliation de son contrat de travail devient légitime.⁴

Si la Suisse multiplie ainsi les initiatives pour encadrer le *whistleblowing*, c'est qu'elle est soumise à des pressions internationales. Le GRECO,⁵ le Conseil de l'Europe et sa Cour européenne des droits de l'homme (ci-après: la Cour) l'y poussent, voire l'y contraignent.

L'AFFAIRE HEINISCH: UNE INFIRMIÈRE SURCHARGÉE

A cet égard, la Cour vient de rendre un arrêt important (référence: *Heinisch c. Allemagne*).⁶ C'est le troisième sur ce thème,⁷ mais il intéressera singulièrement le monde médical. En effet, il concerne une infirmière qui avait déposé plainte pénale contre son employeur pour surcharge de travail équivalant à une escroquerie envers les patients. Cet arrêt est riche d'enseignements, que ce soit pour les hôpitaux publics, les cliniques privées, les EMS (établissements médico-sociaux) ou les autres centres de soins. Si les aspects juridiques de l'arrêt ont été déjà commentés ailleurs,⁸ l'objet de cette note est d'en souligner les points les plus pertinents pour les professionnels de la santé.

Les faits à la base du cas sont simples. Brigitte Heinisch, une infirmière travaillant dans un EMS semi-privé allemand, se plaint régulièrement d'une surcharge de travail dont

le degré est tel qu'il compromet la santé des patients. Ses reproches sont adressés à sa hiérarchie qui ne réagit pas ou du moins n'agit pas. Ses plaintes sont de surcroît confirmées par les inspections de l'autorité publique en charge de la surveillance des EMS; régulièrement, cette autorité fait état de problèmes sérieux et réclame des changements. Finalement, M^{me} Heinisch consulte un avocat qui rédige une lettre avertissant l'EMS qu'une plainte pénale sera déposée pour escroquerie si des mesures ne sont pas prises. Si l'avocat invoque l'escroquerie, c'est parce que l'EMS ne fournit pas l'encadrement infirmier de qualité qu'il a promis à ses clients, de sorte que l'EMS reçoit une rémunération pour des services qu'il ne fournit pas complètement. Encore une fois, la direction de l'EMS ne réagit pas. L'avocat met alors à exécution sa menace et dépose plainte. Celle-ci sera classée pour manque de preuves. Peu après, l'infirmière fait circuler au sein de l'EMS une brochure relatant ses démarches et ses critiques à l'égard de son employeur. Furieux d'avoir été accusé d'escroquerie et d'être dénigré dans ses murs, l'EMS congédie avec effet immédiat M^{me} Heinisch. Celle-ci proteste et attaque en justice. Elle gagne une première manche contre l'EMS devant les tribunaux allemands, puis perd en appel. Elle se tourne alors vers la plus haute instance internationale, la Cour. Elle y invoque une atteinte à son droit fondamental à la liberté d'expression (article 10 de la Convention européenne sur les droits de l'homme (CEDH)). Plus précisément, elle reproche à l'Etat allemand de n'avoir point protégé sa liberté de parole en jugeant bien fondé le licenciement prononcé par son employeur (M^{me} Heinisch n'était pas fonctionnaire, mais salariée, liée par un contrat de droit privé).

L'analyse de la Cour consiste avant tout à évaluer les différents intérêts en présence. Elle reconnaît à l'employeur un intérêt à la confidentialité et à la discrétion, et un devoir correspondant à charge de ses employés; elle admet également un intérêt à la sauvegarde d'une bonne réputation et plus

1 Article 22a de la Loi sur le personnel de la Confédération. Cette loi n'est pas applicable aux employés de la fonction publique cantonale.

2 Projet d'inclure un nouvel article 321a^{bis} CO, tout en augmentant l'indemnité financière allouée au whistleblower congédié à tort de six à douze mois.

3 La jurisprudence du Tribunal fédéral suisse (TF) marque une certaine réticence à l'égard des whistleblowers. Dans un arrêt phare du 30 mars 2001 (référence: ATF 127 II 310), qui se fonde au demeurant sur des faits similaires au cas Heinisch, le TF était allé jusqu'à relever: «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».

4 Le TF a d'ailleurs dernièrement confirmé la condamnation pénale (!) pour violation du secret de fonction de deux employées des services sociaux zurichois au motif qu'elles avaient publiquement dénoncé des irrégularités. Pour le TF, ces deux collaboratrices n'auraient pas dû s'adresser à la presse, mais aux autorités publiques de surveillance (arrêt du 12 décembre 2011, référence: 6B_305/2011).

5 Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) chargé d'évaluer la mise en œuvre de la Convention pénale du 27 janvier 1999 du Conseil de l'Europe sur la corruption.

6 Arrêt du 21 juillet 2011, n° 28274/08.

7 Voir auparavant *Guja c. Moldavie* (n° 14277/04) et *Marchenko c. Ukraine* (n° 4063/04).

8 Voir l'article de Stefan Rieder, *Whistleblowing als Menschenrecht, Urteil des EGMR stärkt Whistleblowern den Rücken*, Jusletter du 28 novembre 2011; la littérature juridique sur ce thème est maintenant abondante en Suisse.

largement des intérêts commerciaux tendant à la réalisation de profits. S'agissant de l'employée, la Cour rappelle que l'article 10 de la CEDH inclut le droit de dénoncer des irrégularités détectées en rapport avec la relation de travail. Plus généralement, les employés doivent être protégés contre toute mesure de rétorsion de nature à les dissuader de s'exprimer. Enfin, la société dans son ensemble a intérêt à ce que des faits d'intérêt public soient divulgués de façon à pouvoir faire l'objet de débats. Ces intérêts, en partie divergents, sous-tendent tout le raisonnement de la Cour.

SIX CRITÈRES À ÉVALUER

L'analyse de la Cour comporte ensuite six critères examinés séparément. L'accent sera mis ici sur les aspects qui touchent avant tout les professionnels de la santé.

Le *premier* critère a trait à l'intensité de l'*intérêt public* que présentent les informations divulguées. Et là, premier point hautement pertinent pour le monde médical, la Cour indique que des manquements allégués qui affecteraient des patients, surtout ceux hébergés en institutions, doivent se voir attribuer une haute importance. La vulnérabilité de cette population fait qu'elle n'est pas elle-même en position de dénoncer ces manquements. Ce sont les employés de ces institutions qui sont le mieux à même de le faire. Cette dénonciation est essentielle si l'on veut empêcher la récurrence des abus.

Le *deuxième* critère porte sur les *possibilités offertes* aux employés souhaitant dénoncer des irrégularités. Quelles sont les instances proposées par l'employeur? Y a-t-il un service spécialisé à l'intérieur de l'institution? Ou au contraire l'employé n'a-t-il d'autre option que de suivre la voie hiérarchique? L'employeur qui veut éviter une communication externe a tout intérêt à aménager de manière très explicite une instance interne à laquelle ses employés peuvent s'adresser. Il peut également déléguer ce service à des mandataires spécialisés (par exemple un cabinet juridique ou une organisation de conseils en ressources humaines). L'employeur, qui ne fait rien ou ne dit rien sur les voies à emprunter, risque gros. Le danger est d'autant plus élevé que la Cour considère qu'il n'incombe pas au travailleur d'être exhaustif dans ses critiques formulées sur le plan interne. Ici, M^{me} Heinisch s'était surtout plainte

à ses supérieurs d'une surcharge endémique de travail; ce n'est que lorsque son avocat est intervenu que l'accusation d'escroquerie a été formulée. Pour la Cour, ceci est largement indifférent; c'est à l'employeur de tirer au clair la portée des plaintes de ses travailleurs. Cela signifie que l'institution, qui fait la sourde oreille à des reproches qu'elle tient pour mineurs, prend le risque que des griefs plus graves, mais fondamentalement de même nature, soient ensuite exposés aux autorités ou au public. Autant dire que l'employeur avisé aménagera une plateforme interne efficace pour les *whistleblowers*. Les responsables de celle-ci tiendront informés les *whistleblowers* de leurs investigations, afin d'éviter que ceux-ci n'aient le sentiment que leurs critiques ont été négligées – ce qui les conduirait à une dénonciation externe admissible.

Le *troisième* critère vise la *véracité* des reproches formulés par le *whistleblower*. Celui-ci doit autant que possible vérifier l'exactitude de ses griefs avant de les communiquer. Toutefois, le critère essentiel n'est pas tant celui de la véracité que celui de la bonne foi. L'employé doit faire tout son possible pour ne rapporter que des faits exacts, mais il n'est pas tenu d'y parvenir. S'il se trompe de bonne foi, il sera protégé. S'il consulte un avocat qui qualifie faussement la situation (ici une accusation d'escroquerie), il n'en est pas responsable – dit la Cour. Dans le cas présent, les critiques de M^{me} Heinisch étaient pour l'essentiel fondées; il y avait bel et bien surcharge chronique de travail. Que des points accessoires n'aient pas été avérés, notamment le reproche pourtant significatif que les infirmières étaient amenées à falsifier les feuilles de soins dispensés, ne suffit pas à justifier son licenciement. Pour la Cour, c'est aux autorités de surveillance que revient la responsabilité première d'enquêter – pas aux *whistleblowers*. Le fait que le Ministère public ait mis fin à l'enquête pénale en raison de l'absence d'indices suffisants fournis par M^{me} Heinisch ne suffit pas à qualifier sa dénonciation de frivole.

Le *quatrième* critère revient sur la *bonne foi* du travailleur. Les tribunaux doivent se pencher sur les motifs qui animent le *whistleblower*. Plus ces motifs sont nobles, plus ils méritent protection. Que l'employé soit mù également par un dessein égoïste, par exemple diminuer sa charge de travail, ne le disqualifie cependant pas entièrement. Plus intéressant encore, la Cour est d'avis que l'existence d'inspections régulières par les pouvoirs publics ne fait pas obstacle à une dénonciation par un employé qui estime que

celles-ci n'ont pas entraîné les améliorations escomptées sur les points qu'il a pourtant signalés. Autrement dit, malgré ces inspections, le travailleur peut franchir un des paliers susmentionnés en s'adressant aux autorités supérieures, par exemple pénales. Le ton de sa plainte au Ministère public n'a pas besoin d'être totalement neutre, une petite dose d'exagération étant tolérée. Enfin, la Cour ne trouve rien à redire au fait que M^{me} Heinisch ait ultérieurement fait circuler des flyers dans l'EMS, flyers dont le contenu a d'ailleurs été repris par les médias.

Le *cinquième* critère s'intéresse au *pré-judice* subi par l'employeur. De nouveau, il s'agit de peser les intérêts en présence. L'intérêt des actionnaires à la rentabilité de leur entreprise et l'intérêt de la société dans son ensemble à un secteur économique profitable sont reconnus. La Cour admet que le *whistleblowing* lèse ces intérêts. Ceux-ci doivent toutefois céder devant «la protection que doit pouvoir avoir le public dans la qualité des services publics vitaux»,⁹ comme celui de la santé. D'ailleurs, l'actionnaire lui-même a intérêt «à clarifier des déficiences alléguées dans le cadre d'un débat public ouvert».¹⁰ Autrement dit, l'intérêt privé de l'entreprise rejoint l'intérêt public.

Le *sixième* critère réside dans la *sévérité de la sanction* infligée au *whistleblower*. Un licenciement immédiat constitue la sanction la plus sévère du droit du travail. Celle-ci a également un effet dissuasif sur les autres employés, y compris au-delà de l'EMS mis en cause. A cet égard, la Cour répète que lorsqu'est en jeu la prise en charge des personnes âgées, souvent incapables de défendre elles-mêmes leurs droits, le personnel médical sera le premier conscient des manquements et le mieux à même d'alerter l'employeur, puis l'opinion publique.

SEPT RECOMMANDATIONS

Quelles sont les leçons à tirer de cette affaire pour la direction d'établissements médicaux? A mon avis, sept éléments méritent d'être soulignés:

- Il est impératif de mettre en place au moins une, mais préférablement plusieurs, voies internes à disposition des employés mécontents, *whistleblowers* potentiels.
- Ces voies doivent être clairement communiquées à tous les employés; ceux-ci doivent savoir à qui s'adresser, pour quel type d'irrégularités, quand et comment. La procédure doit être facile d'accès et son existence doit faire l'objet de rappels fréquents. Cette information doit rappeler et expliquer la règle des trois paliers.

9 Arrêt Heinisch susmentionné, paragraphe 89 (traduction libre).

10 Id.



- Les responsables d'hôpitaux, de cliniques ou d'institutions de soins doivent opter pour une définition large des irrégularités donnant lieu à communication. Comme l'illustre fort bien l'arrêt Heinisch, même une récrimination qui, de prime abord, relève plutôt de la gestion courante des ressources humaines (ici une surcharge de travail), peut avoir des implications pénales imprévues (une plainte pour escroquerie). Tout particulièrement dans le secteur de la santé, les griefs qui seraient d'ordinaire jugés banals se voient reconnaître un intérêt public, dès lors que la santé de patients peut s'en trouver affectée.
- Les voies ouvertes aux *whistleblowers* doivent garantir une protection adéquate des droits des employés. La confidentialité est

de rigueur, en tout cas durant la première phase d'investigation. La hiérarchie doit être consciente que l'employé qui a dénoncé de bonne foi des manquements ne peut faire l'objet de sanctions (licenciement ou autres) que dans des cas exceptionnels, par exemple pour faute grave sans relation aucune avec les faits dénoncés.

- L'employé doit être tenu au courant du résultat des vérifications opérées par le service compétent. Par la suite, le service compétent doit renseigner l'employé sur les correctifs éventuellement proposés et mis en œuvre par l'employeur.
- Ce service doit vérifier si l'employé s'estime satisfait des mesures correctrices exécutées. En effet, si l'employé (de bonne foi) les juge insuffisantes, il pourra dénoncer

les manquements à l'extérieur. Cette étape est trop souvent omise.

- Chaque étape doit être dûment documentée. Ces preuves se révéleront cruciales dans l'hypothèse d'un procès.

Plus généralement, la hiérarchie devrait adopter une attitude bienveillante à l'égard des *whistleblowers*. Comme l'écrit la Cour, il est dans l'intérêt de tous que des déficiences soient rapidement débusquées et rectifiées. Idéalement, la haute direction devrait manifester sa reconnaissance envers les dénonciateurs pour leurs efforts tendant à une amélioration du fonctionnement de l'entreprise. C'est sans doute ce changement de mentalité qui sera le plus difficile à réaliser.

