

La protection du personnel bancaire évolue

Stéphanie Fuld* et Gautier Lang**

Les invités

Avocate spécialiste FSA en droit du travail

Avocat, BCCC Avocats Sàrl – BCCC Attorneys-at-Law LLC

La Lex USA contenait plusieurs dispositions imposant aux banques la mise en place d'une réglementation destinée à protéger les membres du personnel en cas de coopération avec les autorités fiscales américaines. Un accord préalable, que la banque aurait eu l'obligation de ratifier, devait être conclu avec les partenaires sociaux. Les banques coopérant avec les Etats-Unis auraient eu l'obligation de garantir à leurs collaborateurs une protection adéquate incluant, notamment: une protection contre la discrimination à l'embauche et contre le licenciement, une prise en charge des frais d'avocat en cas de litige, le droit des employés d'obtenir des renseignements relatifs aux traitements de leurs données et l'obligation corollaire de l'employeur de les en informer à l'avance.

Est-il à craindre que les membres du personnel des banques soient, en l'absence de législation spécifique, exposés à voir leurs données livrées et leurs emplois remis en cause? Quelle protection le droit en vigueur accorde-t-il au personnel des banques?

Actuellement, la protection des travailleurs est consacrée par des dispositions relatives à la protection de la personnalité, ainsi que par des normes limitant le traitement des données personnelles. Tandis que les premières sont à la fois spécifiées dans la Constitution fédérale, le Code civil et le Code des obligations (CO), les secondes sont contenues dans le CO (art. 328b) et, par renvoi de ce dernier, dans la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD).

La protection contre la discrimination à l'embauche, prévue par la Lex USA, existe dans le droit actuel. En application de l'art. 328 CO, l'employeur doit, par exemple, accorder des égards particuliers aux candidats déjà, en s'abstenant de procéder à des tests ou à des enquêtes à caractère intrusif. En effet, l'employeur n'est pas en droit de rechercher des informations revêtant un caractère privé et qui ne sont pas en lien direct avec l'emploi à pourvoir.

En cours d'emploi, la protection de l'employé est évidemment renforcée. Le droit suisse consacre le principe de la liberté contractuelle, en vertu duquel les parties disposent d'un droit général de conclure et de rompre un contrat au gré de leur volonté. L'employeur ne peut néanmoins pas s'appuyer sur n'importe quels motifs pour licencier son employé comme il le souhaite sans risque de le voir élever à son encontre des prétentions pécuniaires, notamment au titre de licenciement abusif. Ainsi, l'employeur doit se montrer toujours plus prudent à l'égard des motifs qu'il invoque à l'appui de la résiliation du contrat de travail, prudence qui s'impose au vu de la recrudescence du nombre de procédures actuellement pendantes devant les juridictions compétentes.

A ce sujet, la Lex USA assurait une «protection contre le licenciement lorsqu'un membre du personnel établissait la vraisemblance de la discrimination liée à une relation d'affaires avec une personne américaine». Si cette disposition allégeait les exigences de preuve en cas de contestation du licenciement, elle ne semblait pas pour autant remettre en question la validité de ce dernier. Cette «protection» n'était manifestement pas de même nature que celle qui prévaut en cas d'incapacité du travailleur (art. 336c CO) et qui rend nul le licenciement prononcé. Les contrats de travail des employés des instituts financiers seraient ainsi demeurés

«résiliables», à charge de l'employeur d'assumer les éventuelles conséquences pécuniaires d'un licenciement jugé abusif par la suite.

La protection des collaborateurs contre le licenciement n'aurait donc pas subi de modification fondamentale.

Qu'en est-il de la prise en charge des frais d'avocat en cas de litige, prévue par la Lex USA? La disposition y relative renforçait l'idée qu'il revenait à la banque d'assumer les frais liés à la défense de son personnel impliqué dans un litige avec un tiers. Or, si le droit suisse ne prévoit pas expressément cette possibilité, la prise en charge du dommage subi par l'employé peut d'ores et déjà être mise à la charge de l'employeur, notamment sous l'angle de sa responsabilité contractuelle (art. 97 CO), de son obligation de protection de la personnalité (art. 328 CO), voire sous l'angle de la responsabilité qu'il a pour ses auxiliaires (art. 101 CO).

Finalement, quelle protection le droit actuel offre-t-il en matière de protection des données? En autorisant les banques à coopérer avec les USA en vue de régler le conflit fiscal, la Lex USA permettait aux institutions financières de mettre à la disposition des autorités fiscales américaines le nom et la fonction de l'employé chargé de la relation d'affaires. Le transfert de l'information devait s'accompagner d'une obligation d'informer l'employé, qui bénéficiait lui-même d'un droit d'accès aux données.

Or, le transfert des données relatives aux employés est d'ores et déjà expressément réglé par la loi.

Ainsi, l'art. 328b CO indique clairement que l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. Quant à la LPD, elle contient une série de dispositions protectrices afférentes au traitement des données, lequel ne peut se faire qu'en conformité avec son but. Celui-ci doit, en particulier, être reconnaissable par la personne dont les données sont traitées.

Les protections envisagées par la Lex USA pour rendre le transfert du nom et de la fonction licite ne représentaient donc rien d'autre qu'un palliatif aux atteintes que ce même droit de coopération allait engendrer.

La Lex USA témoignait ainsi d'une volonté d'«accroître» les obligations de protection des banques au profit du personnel impliqué dans la délicate problématique du transfert des données au fisc américain. Elle contenait indéniablement des précisions utiles, mais n'améliorait pas pour autant la situation juridique des intéressés de façon significative. Illusoire serait l'idée que la Lex USA opérait des modifications radicales de la matière, celle-ci s'avérant d'ores et déjà riche en normes protectrices.

Faute de Lex USA, le Conseil fédéral a finalement opté pour la voie de la demande d'autorisation individuelle. Chaque banque souhaitant collaborer avec les Etats-Unis devra donc soumettre sa requête au gouvernement. Les autorités nous promettent que les dispositions protectrices de la Lex USA seront respectées et assorties, en sus, d'un «droit d'opposition» dont on ignore encore la teneur. Cette faculté pourrait néanmoins constituer une réelle innovation et renforcer les droits des employés des banques. Dans l'intervalle, il convient de ne pas négliger l'importance des outils proposés par le droit en vigueur.

[Vers le haut](#)

LE TEMPS© 2013 Le Temps SA