

Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives

Rapport établi
par

Paul-Henri ANTONMATTEI

Doyen de la Faculté de Droit de Montpellier

et

Philippe VIVIEN

Directeur des Ressources Humaines du Groupe AREVA

et remis à

Monsieur Gérard LARCHER

Ministre délégué à l'emploi, au travail et à l'insertion professionnelle des jeunes

JANVIER 2007

Introduction

1.- Plus de 27 millions de références ! Tel est le chiffre impressionnant fourni par le moteur de recherche Google à une demande relative à l'éthique. Cette interrogation n'est pourtant pas nécessaire pour apprécier la place de l'éthique dans notre société.

Recherche médicale, commerce, politique, sport, justice, environnement, journalisme, gouvernance d'entreprises... On ne compte plus les activités qui brandissent ostensiblement l'étendard de l'éthique.

Ce rôle majeur de l'éthique n'est pas surprenant. Science de la morale, l'éthique façonne naturellement l'activité humaine. Elle ne nécessite pas nécessairement une formalisation car elle est, avant tout, l'affaire de chaque personne.

Son affirmation contemporaine est pourtant spectaculaire. Elle ne traduit pas vraiment une renaissance de l'éthique mais le plus souvent une réaction à des comportements qui manifestement s'en étaient éloignés. L'appel à l'éthique a été ainsi une réponse rapide et solennelle à des dérives et des scandales récents. C'est lorsque l'éthique est en danger qu'il est nécessaire d'en rappeler le rôle et les vertus.

2.- Si l'éthique a parfois besoin de lois (V. en matière de bioéthique), elle se prête plus facilement à une expression normative souple. Instrument privilégié d'une « soft law » de plus en plus présente en droit français, la charte accueille volontiers les déclinaisons de l'éthique et de ses dérives. Charte éthique du voyageur, charte éthique du sport, charte éthique du cavalier et meneur de pleine nature, charte éthique de l'école française du rire et du bien-être, charte pour une éthique de l'expérimentation animale... les exemples ne manquent pas.

3.- Le discours éthique a aussi gagné les entreprises. Il a, lui aussi, souvent été une riposte à des affaires fortement médiatisées de fraude, de corruption, et de délits d'initiés. Mais, au-delà du sauvetage de l'image parfois écornée de l'entreprise dans un contexte de mondialisation peu compris et contesté, l'intérêt d'un discours pérenne sur l'éthique s'est rapidement imposé.

L'éthique d'entreprise est devenue une source affichée de règles comportementales de l'entreprise et dans l'entreprise qui contribue à sa réussite économique. Elle est désormais l'objet d'enseignements universitaires ou de programmes de formation continue pour managers.

4.- La déclinaison de l'éthique répond incontestablement à une attente plus forte des parties prenantes de l'entreprise et contribue à la transparence et à la gouvernance des acteurs économiques souhaitées notamment par l'OCDE ou l'ONU.

Elle exprime aussi la responsabilité sociale de l'entreprise, nouveau concept cardinal du positionnement sociétal de l'entreprise. La déclinaison de l'éthique permet enfin de fédérer les hommes et les femmes de l'entreprise autour de certaines valeurs qui déterminent des comportements.

«Une charte éthique dans chaque entreprise» : si l'ambitieux projet du mouvement ETHIC (Entreprises de taille Humaine Indépendantes et de Croissance, V. www.ethic.fr) est loin d'être réalisé, le nombre de chartes ne cesse de croître. On a désormais dépassé le phénomène de mode.

5.-. Souvent présentée comme un instrument de gestion de l'entreprise, la charte d'éthique peut avoir une portée normative. L'objectif principal n'est certes pas de compléter un environnement juridique déjà dense et souvent complexe. La juridicité des chartes est bien faible lorsque ne sont exprimés que des valeurs et des principes d'actions destinés à rassurer les parties prenantes externes à l'entreprise.

Mais l'intérêt d'une expression de l'éthique ne consiste pas seulement à formuler des valeurs, sauf à rester dans un discours incantatoire. Si l'éthique se prête à un discours philosophique intéressant, elle mérite surtout une traduction comportementale concrète. Nombreuses sont désormais les chartes qui prescrivent des comportements précis qui concernent singulièrement les salariés.

Unilatéralement déterminées par l'employeur, ces règles comportementales dérangent parfois au point d'être suspectées de vouloir s'affranchir des dispositions légales relatives au pouvoir réglementaire du chef d'entreprise. Inévitable, le contentieux a alors attiré le regard et l'analyse des juristes (V. N. CAUSSE, La valeur juridique des chartes d'entreprise au regard du Droit du travail français, PUAM, 2000.- A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes, Bibl. dr. soc. Tome 38, LGDJ, 2002) sans pour autant évincer la discorde.

6.- Le débat s'est enrichi de la présence au sein de certaines chartes d'éthique de dispositifs permettant de dénoncer de façon anonyme à la hiérarchie de l'entreprise certains comportements de dirigeants ou de salariés. Importé des Etats-Unis, ce système, connu outre-atlantique sous le nom de «Whistleblowing» (traduction littérale, « souffler dans le sifflet ») et dénommé en France alerte éthique ou alerte professionnelle, a reçu un accueil pour le moins mitigé et juridiquement mouvementé.

Si la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a, après quelques hésitations, admis, sous certaines conditions, la conformité des alertes professionnelles aux dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relatives à

l'informatique, aux fichiers et aux libertés, demeurent de fortes interrogations sur la réception de ces dispositifs par le droit du travail français.

7.- Présentes dans de nombreuses entreprises cotées et vouées à un développement régulier, les chartes d'éthique vivent ainsi dans une insécurité juridique peu satisfaisante même si, pour l'heure, le contentieux n'est pas abondant.

S'appuyant sur l'analyse concrète de plusieurs chartes d'éthique (16 concernent des entreprises du CAC 40, 4 des sociétés du SBF et 4 des filiales de groupes américains), le présent rapport s'attache ainsi à mieux traiter la juridicité « sociale » des chartes (I) et envisage la mise en place d'une réglementation de l'alerte professionnelle (II).

I.- Le traitement de la juridicité « sociale » des chartes d'éthique

8.- L'hétérogénéité des chartes, maintes fois constatée, exclut de rechercher ou de proposer une qualification juridique unique. Tout n'est pas juridique dans une charte éthique et tout ce qui est juridique ne concerne pas le droit du travail.

Peu importe donc la dénomination retenue : charte d'éthique, code éthique, code de conduite... La terminologie a sans doute de l'importance pour les spécialistes de la communication ; elle n'en a pas pour le juriste car les dénominations retenues ne sont pas des qualifications juridiques. Seule l'analyse du contenu des chartes importe pour identifier et traiter la juridicité de règles émises par l'entreprise.

La présence de codes ou de chartes qualifiés de « déontologie » qui complètent souvent les chartes d'éthique ne modifie pas la démarche retenue. Il y a certes une différence de nature entre éthique et déontologie.

L'éthique se réfère plus directement à l'action de chaque individu considéré comme acteur au sein d'un ensemble plus vaste. C'est ce statut qui donne notamment au salarié la possibilité d'exprimer ses convictions et de faire des choix dans son action quotidienne. C'est bien sur cette recherche personnelle et cette capacité à agir pour le compte d'un objectif commun que les chartes d'éthique concentrent leur action.

La déontologie est fondée sur un référentiel plus structurant de l'activité d'une profession. On comprend que les entreprises limitent alors l'expression de règles déontologiques à certaines activités (Exemple : code de déontologie spécifique pour les achats). Mais à la différence des Codes de déontologie élaborés par des ordres professionnels qui acquièrent une valeur réglementaire via un décret, la déontologie d'entreprise n'a pas de juridicité particulière. Comme les chartes d'éthique, elles formulent des comportements dont il convient aussi d'apprécier l'impérativité.

9.- La recherche d'une juridicité sociale d'une charte d'éthique conduit à identifier, d'une part, des engagements de l'entreprise au profit des salariés et, d'autre part, des comportements attendus de ces derniers.

Les engagements de l'entreprise ont une intensité variable. Des formules comme l'entreprise « favorise », « est attentive », « participe » « souhaite contribuer », « vise à promouvoir », « encourage » ne permettent pas de déceler des engagements juridiques dont la méconnaissance donnerait lieu à sanction.

L'affirmation du respect de la réglementation sociale d'origine nationale ne crée pas non plus d'obligation particulière. Plus discutée est, en revanche, l'affirmation du respect de certaines conventions OIT dans des pays où ces dernières ne trouvent pas application. Le plus souvent insérées dans des accords collectifs relatifs à la responsabilité sociale de groupe, ces clauses ne nécessitent pas la mise en place de règles particulières en droit du travail français (V. not. Ch. NEAU-LEDUC, La responsabilité sociale de l'entreprise : quels enjeux juridiques ? : Dr. soc. 2006, 952.- Adde B. TEYSSIE, La négociation collective transnationale d'entreprise ou de groupe : Dr. soc. 2005, 982).

Certaines formules permettent, en revanche, aux salariés de revendiquer l'exécution d'obligations patronales. Le contrat de travail peut les accueillir dès lors qu'a été opérée une contractualisation de la charte. Cette situation est rare en pratique, les entreprises prenant soin de ne pas réaliser une telle contractualisation afin d'éviter le régime de la modification du contrat de travail.

C'est alors l'engagement unilatéral de l'employeur, admis depuis des années par la Cour de Cassation, qui servira plus utilement de fondement aux prétentions des salariés. Les conditions d'existence de ces engagements unilatéraux sont suffisamment connues pour éclairer le rédacteur de la charte et permettre, au juge, de trancher les litiges. Sauf à vouloir consacrer légalement les engagements unilatéraux de l'employeur, il n'est pas opportun de légiférer sur cette dimension normative des chartes.

A l'inverse, certaines clauses suggèrent la mise en place d'obligations de nature contractuelle pour les salariés. Exemple : discrétion, confidentialité, voire parfois non-concurrence à l'issue du contrat. La naissance de ces obligations ne peut être assurée par la seule volonté de l'employeur. A nouveau, la voie d'une contractualisation de la charte peut séduire. Elle n'est pas appropriée. Il est plus simple et plus sûr de recourir directement au contrat de travail.

10.- Mais l'essentiel n'est pas là. **Les chartes s'attachent prioritairement à imposer ou interdire des comportements aux salariés.**

Les domaines abordés sont forts différents. Les clauses concernent :

- Le respect par les collaborateurs des lois et règlements (boycott, concurrence, etc.)
- Les conflits d'intérêts
- Les délits d'initiés et la détention d'informations privilégiées
- La transparence et l'exactitude des données transmises par le collaborateur
- La protection des informations et de la propriété intellectuelle
- L'utilisation des actifs de l'entreprise
- Les liens de dépendance avec les fournisseurs/clients, notamment les règles concernant l'offre ou l'acceptation de cadeaux, les invitations ...
- La corruption, notamment les relations avec la sphère politique au regard du financement des partis et de la sphère publique, en particulier les relations spécifiques avec les administrations

Sont le plus souvent décrits des comportements liés à l'exécution du travail. Mais les chartes, surtout celles d'origine américaine, s'intéressent aussi à la conduite des salariés à l'extérieur de l'entreprise. Certaines chartes opposent très clairement «*comportements à l'intérieur du groupe* » et «*comportements à l'extérieur du groupe* ».

11.- On comprend alors que l'élaboration des chartes donne rarement lieu en pratique à une négociation collective. L'hétérogénéité du contenu des chartes s'y oppose, l'objet de la négociation collective fixé par l'article L. 131-1 du Code du travail étant trop étroit.

La détermination de comportements fondés sur des valeurs éthiques pourrait en revanche y être rattachée, mais c'est le pouvoir de direction qui prime alors naturellement. Cette élaboration unilatérale est d'autant plus justifiée que la charte s'applique dans plusieurs pays. La volonté de ces promoteurs n'est pas d'en voir le contenu varier au gré des résultats d'une négociation collective.

Il ne nous paraît pas opportun d'inciter ni, a fortiori, d'imposer une telle négociation (contra, V. Alpha études, Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeux social, mars 2004).

L'élaboration unilatérale des chartes n'exclut pas une concertation avec les représentants du personnel. Dès lors que la charte s'affiche clairement comme un instrument de gestion de l'entreprise, l'information et la consultation du comité d'entreprise sont obligatoires en application de l'article L. 432-1 alinéa 1 du Code du travail. Mais cette information-consultation obligatoire peut naître aussi de dispositions particulières qui dépendent de la portée juridique des normes comportementales formulées dans les chartes.

12.- Le juriste est particulièrement attentif au **caractère obligatoire des comportements formulés**. Les chartes l'expriment souvent :

- *«Le groupe porte à la connaissance de chaque salarié le contenu de la charte d'éthique, au respect de laquelle le salarié est tenu ».*
- La charte *«doit être connue et appliquée par tous ».*

L'affirmation de sanctions disciplinaires justifie encore plus l'analyse juridique. Certaines chartes annoncent clairement la couleur : *«le non-respect de ces règles est considéré comme une faute grave susceptible d'entraîner la résiliation du contrat de travail ».*

D'autres ne mentionnent pas la possibilité d'une sanction, ce qui n'empêche pas l'employeur d'en adopter une en la fondant sur la violation d'une règle éthique.

13 .- Tous les ingrédients sont alors réunis pour conduire certains inspecteurs du travail à considérer les chartes comme **une adjonction** au règlement intérieur en application de l'article L. 122-39 du Code du travail (*«les notes de service ou tout autre document qui portent prescriptions générales et permanentes dans les matières mentionnées à l'article L. 122-34 sont, lorsqu'il existe un règlement intérieur, considérés comme des adjonctions à ce règlement intérieur ; ils sont, en toute hypothèse, soumis aux dispositions de la présente sous-section »*).

Certaines juridictions épousent la même analyse : *«le code de conduite et les instructions adjointes constituent des prescriptions générales et permanentes au sens de l'article L. 122-39 du Code du travail et constituent à l'évidence une modification du règlement intérieur qui aurait dû être présentée pour avis au comité d'entreprise »* (V. not. TGI Nanterre, réf., 6 oct. 2004 : RJS 2004, n. 1244).

Le scénario est parfois plus original : l'inspecteur du travail assimile la charte à un règlement intérieur et, dans le cadre d'un recours, le directeur régional du travail et de l'emploi ne retient pas cette qualification mais considère que le document est nul et non applicable.

Cette question de l'intégration au règlement de la charte éthique ou plutôt de la partie de la charte relative aux comportements des salariés est essentielle. Elle cristallise les oppositions, l'immense majorité des entreprises ne considérant pas la charte comme une adjonction au règlement intérieur.

Même si le contentieux n'est pas quantitativement important, il convient d'apporter une solution plus sûre que celle résultant de l'application du droit positif.

14.- Partons de l'analyse qui applique à certaines chartes l'article L. 122-39 du Code du travail. Cette application n'est pas vraiment surprenante tant le concept de discipline est flou.

Si l'on retient l'interprétation de la circulaire de 1983 (le règlement intérieur contient les «*règles qui ne sont justifiées que dans la mesure où elles sont nécessaires à la fois à assurer la coexistence entre les membres de la communauté de travail et à atteindre l'objectif économique pour lequel cette communauté a été créée*» (Circ. DRT n. 5-83 du 15 mars 1983), l'intégration de comportements à caractère éthique ou déontologique se défend.

Mais c'est surtout le jeu de sanctions disciplinaires qui conforte les partisans d'une application de l'article L. 122-39 du Code du travail. Lisons à nouveau la circulaire de 1983 : «*d'autre part, toute mesure de portée générale n'a pas pour autant un caractère disciplinaire. Pour revêtir ce caractère, il faut qu'il s'agisse d'une obligation ou d'une interdiction (ou d'une limitation) de faire dont le non-respect expose à l'application de sanctions*».

Ce critère, retenu par une partie de la doctrine, a été utilisé par le Conseil d'Etat : une lettre qui comporte l'énoncé d'une règle de comportement générale et permanente s'imposant sous peine de sanction constitue une adjonction au règlement intérieur (CE 27 juill. 2005, n. 254600 : RJS 2005, n. 1089).

L'intégration au règlement intérieur des stipulations des chartes ainsi construites semble donc indiscutable et ce d'autant que des dispositions spécifiques légitiment une telle démarche (pour les sociétés de bourse, V. not. CE 18 mars 1998 : RJS 1998, n. 734).

15.- Avouons toutefois un doute, voire un embarras.

Même si une définition précise de la notion de discipline n'est guère envisageable, on perçoit néanmoins une différence entre une règle de comportement à finalité disciplinaire et une règle de comportement à finalité éthique ou déontologique.

On peut comprendre que le Conseil d'Etat considère que la règle qui interdit au personnel de solliciter ou d'accepter aucun cadeau des fournisseurs sans l'accord préalable et explicite de la direction (très fréquente dans les chartes) s'impose au salarié alors même qu'elle n'a pas été incorporée aux dispositions du règlement intérieur (CE 11 juin 1999 : Dr. soc. 2000, 1063 et l'article de M. VERICEL).

Certains se sont émus de cette solution qui semble reconnaître à l'employeur un pouvoir normatif en dehors du règlement intérieur (V. not. M. VERICEL).

Ce ne serait toutefois pas une surprise. Le règlement intérieur n'épuise pas le pouvoir normatif du chef d'entreprise en dépit de la volonté des promoteurs de la loi du 4 août 1982 : ordre des licenciements, plan de sauvegarde de l'emploi, astreinte... autant d'exemples où un l'employeur peut unilatéralement fixer des règles.

On sait aussi que la lettre de l'article L. 122-39 laisse place pour des notes de services comportant des prescriptions générales et permanentes relatives à d'autres sujets que ceux du règlement intérieur. Et que dire de l'article L. 122-39-1 qui mentionne «*tout document comportant des obligations pour le salarié...* » ?

16.- La finalité de la règle justifierait ainsi des régimes différents. Seules les règles disciplinaires relèveraient du règlement intérieur ; celles relatives à l'éthique ou à la déontologie émaneraient d'une liberté normative du chef d'entreprise qui ne nécessiterait pas une organisation juridique particulière (V. D. BERRA, *Les chartes d'entreprise et le droit du travail in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX*, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 123).

La distinction est praticable si l'on borne le champ du disciplinaire. Cette voie est toutefois trop périlleuse pour ne pas dire impossible. Elle ne suffit surtout pas à régler la difficulté traitée.

Comment, en effet, expliquer que des règles dont la violation peut entraîner le jeu de sanctions disciplinaires, soient soumises à des régimes différents alors qu'elles trouvent leur source dans le pouvoir de direction des personnes (pour reprendre l'expression de A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, *L'ordonnancement des relations de travail* : D. 1998, chron. p. 359) ?

Ce n'est pas tant la finalité de la règle comportementale qui justifie les dispositions législatives sur le règlement intérieur mais le fait que l'employeur exerce un pouvoir réglementaire au sens «*le plus précis que le droit constitutionnel donne à ce terme : celui d'un pouvoir d'édicter des règles qui complètent les dispositions générales arrêtées par une autorité normative de niveau supérieur et qui s'intègrent ainsi dans l'ordre juridique étatique*» (A. SUPIOT, *La réglementation patronale de l'entreprise* : Dr. soc., 1992, p. 215, spéc., 217).

17.- Il est nécessaire de vérifier la juridicité de la règle comportementale formulée par l'employeur.

Le fait que l'employeur fonde une sanction disciplinaire sur une norme comportementale préalablement affirmée ne constitue pas un critère pertinent d'identification d'une règle générale et permanente relative à la discipline.

Dès 1983, on a justement relevé l'insuffisance de ce critère dès lors que «*la plus grande partie des obligations des employeurs et des salariés peut être présentée sous la forme d'interdictions*» (B. SOINNE, *Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur* : Dr. soc. 1983, 509, spéc. 514).

Qui plus est, l'employeur peut utiliser des sanctions disciplinaires pour sanctionner des comportements dont la formulation ne relève pas du règlement intérieur. Exemple : l'obligation d'effectuer des heures supplémentaires.

La définition large de la sanction disciplinaire retenue par l'article L. 122-40 du Code du travail a considérablement élargi le champ de la faute disciplinaire au point de considérer, à l'instar de la circulaire de 1983, que les comportements fautifs susceptibles d'entraîner une sanction disciplinaire peuvent résulter d'un manquement à une disposition du règlement intérieur, du Code du travail ou d'une inexécution contractuelle.

La définition jurisprudentielle de la faute grave le confirme : la faute grave «*résulte d'un fait ou d'un ensemble de faits imputable au salarié qui constitue une violation des obligations découlant du contrat de travail ou des relations de travail d'une importance telle qu'elle rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise pendant la durée du préavis*» (cass. soc. 26 fév. 1991, n. 88-44908.- 23 fév. 2005, n. 02-45900).

La sanction de l'obligation n'est donc pas déterminante pour identifier la nature de l'obligation.

18.- Relevons aussi une incohérence des règles qui déterminent le volet disciplinaire du règlement intérieur.

On s'accorde pour reconnaître que l'employeur, qui est tenu d'établir un règlement intérieur, doit exercer ce pouvoir normatif : «*l'inspecteur du travail doit s'assurer que le règlement comporte bien les trois séries de dispositions prévues à l'article L. 122-34 : il peut donc exiger que les dispositions manquantes soient rajoutées*» (Circ. 5-83, préc).

Mais on admet également que l'employeur n'est pas tenu d'énoncer toutes les interdictions ou obligations de nature disciplinaire :

«Les sanctions figurant au règlement intérieur peuvent être prises en raison d'interdictions ou obligations non fixées dans le règlement intérieur. Ainsi, un salarié qui s'absente sans justification peut être sanctionné même si le règlement intérieur ne contient aucune clause relative aux absences» (Note de la direction des relations du travail du 16 mai 1983, 1.2.2.1 : Dr. soc. 1983, 584).

L'employeur peut ainsi s'abstenir de formuler dans le règlement intérieur une obligation ou une interdiction tout en conservant la possibilité de sanctionner leur violation ; mais s'il souhaite exprimer par avance une règle de comportement dont la violation peut donner lieu à sanction disciplinaire, il est tenu de l'insérer dans le règlement intérieur.

Autant dire qu'il n'est pas vraiment incité à remplir le règlement intérieur alors pourtant qu'une telle démarche est plus protectrice pour les salariés.

19.- Une telle incohérence peut être écartée pour peu que l'on s'en tienne à des critères stricts de juridicité de la norme patronale :

«On ne devrait pouvoir véritablement parler de droit patronal de l'entreprise que dans la mesure où ce droit limite l'exercice du pouvoir patronal dans l'entreprise. Si elles ne sont pas soumises à l'adage Tu patere legem quam fecisti, les normes patronales ne participent pas de l'ordre juridique. Autrement dit, ces normes ne constituent des règles de droit que si elles lient l'employeur lui-même. Cela n'implique pas qu'elles mettent nécessairement à sa charge des obligations positives, mais qu'elles présentent un caractère suffisant de généralité et de permanence pour pouvoir lui être opposées dans un litige éventuel. La généralité et la permanence d'une règle entraînent en effet toujours une limitation du pouvoir de l'auteur de cette règle : la généralité en permettant à tout intéressé d'en déclencher l'effet impératif, et la permanence en émancipant son application du maintien de la volonté de cet auteur. Faute de pouvoir être ainsi opposée à l'employeur, notamment devant le juge, une norme patronale ne répond pas à ce critère élémentaire de la juridicité » (A. SUPIOT, art cit. spéc. n. 28).

Ce sont les règles disciplinaires répondant à cette analyse qui doivent figurer dans le règlement intérieur : *«le chef d'entreprise est tenu d'édicter des règles qui vont certes s'imposer aux salariés, mais aussi à lui. Autrement dit, il ne peut adopter un comportement autre que celui qu'il a édicté : s'il a prévu que tel fait (une absence non autorisée par exemple) entraînera un avertissement, il ne peut prononcer une mise à pied » (Ph. WAQUET, L'entreprise et les libertés du salarié, éd. Liaisons, 2003, p. 105. Pour une illustration, V. Cass. soc. 13 oct. 1993, n. 92-40476).*

20.- La stipulation qui fixe la nature et l'échelle des sanctions lie bien l'employeur au point qu'il est légitime d'admettre, en dépit d'un arrêt de la Cour de cassation portant sur des faits antérieurs à 1982 (Cass. soc. 25 juin 1987 : Dr. soc. 1988, 258, obs. J. SAVATIER), que seules les sanctions présentes dans le règlement intérieur peuvent être prononcées par le chef d'entreprise (V. en ce sens la note de la direction des relations du travail du 16 mai 1983, préc. Adde, not. A. SUPIOT, n. 15). Il serait, au demeurant, opportun de clairement l'indiquer dans le Code du travail en modifiant par exemple l'article L. 122-41, a l. 1 du Code du travail : *«Aucune sanction ne peut être infligée sans qu'elle n'ait été préalablement fixée par le règlement intérieur lorsque l'établissement de celui-ci est obligatoire..... ».*

De même, lorsque le règlement intérieur établit un tableau de correspondance entre une faute et une sanction, l'employeur est lié dans le choix de la sanction qu'il souhaite prononcer.

En revanche, la stipulation qui formule seulement un comportement fondé sur la discipline (obligation, interdiction, limitation) dont le non-respect peut exposer le salarié à l'application de sanctions disciplinaires ne présente pas la même juridicité.

L'employeur ne limite pas son pouvoir de sanctionner : il a le choix de la sanction.

Si la formulation d'un comportement dont la violation peut exposer le salarié à des sanctions disciplinaires relevait d'une règle générale et permanente liant donc l'employeur, le principe de légalité des infractions ne devrait-il pas alors s'appliquer ?

Le Doyen RIVERO, sous l'empire des dispositions antérieures à la réforme de 1982, avait fort justement écrit que *«la notion de règlement intérieur a par elle-même une signification juridique. Par «réglementation» on entend nécessairement un ensemble de dispositions générales et permanentes, ou tout au moins stables. Le règlement intérieur, par définition, ne peut que désigner l'ensemble des dispositions générales et stables relatives à l'organisation du travail et aux conditions de vie à l'intérieur de l'entreprise. S'il en était autrement et si le chef d'entreprise était libre de ne faire figurer dans le règlement qu'une partie de ces règles, la disposition législative qui impose pour l'élaboration du règlement, une procédure déterminée perdrait son efficacité et même son sens : on ne comprendrait pas pourquoi le législateur aurait rendu cette procédure obligatoire si le chef d'entreprise gardait le choix des règles générales qu'il accepte d'y soumettre et de celles qu'il préfère y soustraire. Une définition purement formelle du règlement intérieur qui permettrait de le vider de tout contenu utile ôterait même toute portée au caractère obligatoire que lui a donné la loi dans les entreprises d'au moins vingt salariés»* (J. RIVERO, Note sur le règlement intérieur : Dr. soc. 1979, p. 1).

Or, ce n'est pas le choix retenu puisque l'employeur a le pouvoir de sanctionner *«les agissements considérés par lui comme fautifs»* (C. trav. art. L. 122-40) alors qu'ils ne figurent pas dans le règlement intérieur (V. supra). Il est vrai qu'il était peu réaliste de retenir le principe de légalité.

21.- La clause du règlement intérieur qui formule un comportement de nature disciplinaire n'est pas en soi une règle générale et permanente car elle ne lie pas l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire. Elle ne fait que formuler l'agissement considéré comme fautif susceptible alors de fonder une sanction disciplinaire.

La force obligatoire d'une telle norme comportementale ne résulte pas du règlement intérieur mais du pouvoir de direction des personnes alors que la force obligatoire d'une règle juridique formulée dans le règlement intérieur est liée à la nature d'acte réglementaire de droit privé de ce dernier (Cass. soc. 25 sept. 1991 : Dr. soc. 1992, 27 et l'article de J. SAVATIER).

On comprend mieux l'arrêt Chicard du Conseil d'Etat (CE 11 juin 1999, préc.) : une règle à caractère déontologique peut s'imposer aux salariés alors qu'elle ne figure pas dans le règlement intérieur, mais il n'y a pas là exercice d'un pouvoir normatif.

22.- L'article L. 122-34 du Code du travail devrait ainsi mieux identifier les règles relatives à la discipline qui relèvent du pouvoir normatif du chef d'entreprise parce qu'elles répondent bien aux critères de juridicité.

On peut compléter la disposition actuelle *«les règles générales et permanentes relatives à la discipline, et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur»* par un alinéa réservé aux clauses qui formulent seulement des comportements de nature disciplinaire.

Tout en insérant cette nouvelle disposition, on peut aussi songer à modifier la rédaction du texte étudié pour mieux traduire la généralité et la permanence de la règle. La formule peut, par exemple, devenir *«les règles relatives à la discipline qui lient l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire et notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur»*.

23.- Reste à rédiger cette nouvelle disposition consacrée aux clauses qui énoncent des obligations ou des interdictions de nature disciplinaire sans lier l'employeur.

Ces clauses peuvent évidemment figurer dans le règlement intérieur, mais faut-il toujours les soumettre au contrôle administratif prévu par l'article L. 122-37 du Code du travail ?

L'opportunité d'un contrôle administratif du règlement intérieur a été discutée :

«le règlement intérieur étant un document privé -il est rédigé par l'employeur lui-même, qui est une personne privée et qui n'exerce pas en la matière, une prérogative de puissance publique- ce contrôle aurait pu n'être exercé que par l'autorité judiciaire.

Aussi bien avant 1982, le juge judiciaire exerçait-il déjà un contrôle sur la légalité, tant externe qu'interne, du règlement intérieur.

Et ce contrôle du juge judiciaire, quitte à l'aménager et à le renforcer, aurait pu, en stricte logique, être le seul à s'exercer» (Ph. WAQUET, Le contrôle du règlement intérieur : AJDA, 1991, p. 590).

Le contrôle administratif joue un rôle protecteur des libertés des salariés qui a été d'autant plus efficace pendant des années que le juge judiciaire n'était pas vraiment familier de ce contentieux.

Mais le contexte juridique a sérieusement changé. Armé désormais des articles L. 120-2 et L. 122-45 du Code du travail, le juge judiciaire est parfaitement à même

d'assurer efficacement la protection des libertés du salarié (V. Ph. WAQUET, *L'entreprise et les libertés du salarié*, éd. Liaisons, 2003).

24.- Il pourrait le faire seul pour le règlement intérieur, ce qui au demeurant permettrait d'écartier la cohabitation parfois compliquée entre contrôle administratif et contrôle judiciaire. Faut-il craindre un renforcement de l'insécurité juridique né de l'abandon d'un contrôle administratif a priori ? On peut en douter à la lumière du contentieux administratif.

Reconnaissons toutefois qu'il serait utile de conforter l'efficacité du contrôle judiciaire par une meilleure organisation de la procédure de référé et la reconnaissance expresse d'une action en nullité devant le tribunal de grande instance (V. not. Ph. NEAU-LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Bibl. dr. ent., Tome 38, préf. Th. REVET, Litec, 1998, n. 504 et s.)..

25.- Ceci étant, on veut bien comprendre les réticences à un abandon complet du contrôle administratif. Reste que si «*le contrôle systématique de l'inspecteur du travail demeure le moyen privilégié d'assurer la régularité juridique des actes réglementaires des employeurs*» (A. JEAMMAUD, *Les contrôles de la légalité du règlement intérieur* : Dr. soc. 1983, 520, spéc. 521), ce contrôle doit être alors limité aux clauses qui relèvent précisément de l'exercice du pouvoir réglementaire.

Or, tel n'est pas le cas des clauses qui énoncent des obligations ou des interdictions de nature disciplinaire sans lier l'employeur. Pourquoi continuer à les soumettre au contrôle administratif ?

26.- Les clauses fixant des comportements à caractère éthique ou déontologique appellent la même analyse.

Si certains de ces comportements peuvent parfaitement s'insérer dans le contrat de travail via une déclinaison de l'obligation de loyauté, ils relèvent plus volontiers du pouvoir de direction des personnes au même titre que les règles de nature disciplinaire.

Lisons à nouveau le professeur SUPIOT à propos des chartes d'éthique : «*si l'employeur se lie lui-même, soit en instituant un droit (comme le « droit à l'entretien d'appréciation » déjà cité) soit par une qualification juridique (comme la qualification de faute professionnelle), on a affaire à une véritable règle de droit susceptible d'être invoqué par le salarié (pour bénéficier de ce droit ou exciper de cette qualification)...Si au contraire ces normes ne lient aucunement l'employeur, on a affaire à de simples actes de gestion, qui visent à normaliser le comportement des salariés. On quitte alors le domaine du droit pour le domaine des faits. Ces règles de normalisation participent de l'ensemble plus vaste de la pratique du pouvoir de direction*» (A. SUPIOT, art. cit., n. 28. Adde). Et l'auteur de citer comme exemple certaines consignes des *Règles de conduite dans les affaires* d'IBM (Adde, J.-E. RAY, *Fidélité et*

exécution du contrat de travail : Dr. soc. 1991, 376, spéc.384, qui considère que la règle consistant à ne pas accepter de cadeaux des fournisseurs relève du pouvoir d'organisation du chef d'entreprise).

On trouve bien deux types de clauses dans les chartes d'éthique : celles qui se contentent de formuler des comportements mais dont la violation peut fonder une éventuelle sanction disciplinaire et celles, plus rares, qui non seulement fixent de tels comportements mais contiennent une qualification qui lie l'employeur (Ex : la violation est une faute grave). Les secondes constituent bien des règles générales et permanentes qui relèvent du règlement intérieur alors que les premières méritent un traitement différent.

27.- Déterminons précisément le régime de ces normes comportementales à caractère éthique ou déontologique.

Ces dernières n'échappent pas au jeu des articles L. 120-2, L. 122-45 et L. 432-1, al. 1 du Code du travail. Si l'on considère que la charte d'éthique est un document comportant des obligations pour le salarié, s'applique aussi l'article L. 122-39-1 du Code du travail.

Le Tribunal de Grande Instance de Nanterre a même admis la compétence consultative du CHSCT au motif que les règles édictées dans un Code de conduite *«peuvent, selon leur application, inférer sur la santé mentale du personnel»* (TGI Nanterre, réf., 6 oct. 2004 : RJS 2004, n. 1244, à propos du Code de conduite de Novartis). Avouons notre scepticisme sur cette affirmation qui mériterait d'être démontrée.

28.- La recherche d'une plus forte sécurité juridique milite toutefois en faveur de l'insertion de dispositions particulières dans le Code du travail.

Deux voies sont concevables.

➔ Soit, un texte spécifique est élaboré. Exemple construit en partie sur le modèle de l'article L. 122-39-1 du Code du travail :

«Tout document fixant des comportements des salariés à caractère éthique ou déontologique doit être rédigé en français. Il peut être accompagné de traductions en une ou plusieurs langues étrangères. Il doit être soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, à l'avis des délégués du personnel».

Il n'est pas utile d'indiquer expressément que ce document est soumis aux dispositions des articles L. 120-2 et L. 122-45 puisqu'il entre naturellement dans le champ d'application de ces dispositions.

Pour mieux informer les salariés, le texte pourrait être ainsi complété : *«Ce document doit être remis au salarié au moment de l'embauche. Dans les entreprises dotées d'un intranet, l'employeur met sur celui-ci à disposition des salariés un exemplaire à jour de ce document»*.

↳ Soit on soumet les comportements fondés sur l'éthique au même régime que les clauses comportementales à caractère disciplinaire qui ne lient pas l'employeur. Au quel cas, elles figurent aussi dans le règlement intérieur qui mériterait alors plus l'appellation de « règlement d'entreprise ».

L'article L. 122-34 du Code du travail doit alors bien indiquer que l'énoncé de règles comportementales à caractère disciplinaire, éthique ou déontologique n'est pas obligatoire mais que si l'employeur souhaite les formuler par écrit, elles figurent alors dans le règlement intérieur sans être soumises au contrôle administratif.

Exemple : *« L'employeur qui souhaite énoncer par écrit des comportements des salariés à caractère disciplinaire, éthique ou déontologique doit les intégrer dans le règlement intérieur. Les clauses relatives à ces comportements ne sont pas soumises aux articles L. 122-37 et L. 122-38 du Code du travail »*. L'article L. 122-39 serait modifié en conséquence.

II- La réglementation de l'alerte professionnelle

29.- De nombreuses entreprises ont mis en place, singulièrement au sein des chartes d'éthique, des processus d'alerte professionnelle.

Si dans la grande majorité des cas, l'introduction de cette nouvelle forme de saisine de la Direction de l'entreprise n'a pas créé de difficultés majeures, certaines situations conflictuelles ont été largement médiatisées.

Le contexte général des relations sociales au sein de l'entreprise et l'aptitude à la communication ont été essentiels dans l'appropriation par le corps social de ce dispositif. Au-delà de ces éléments structurants, les modalités de mise en œuvre de l'alerte professionnelle sont déterminantes :

- Le dispositif repose-t-il sur un principe d'anonymat ou de confidentialité ?
- Quelle est la protection du lanceur d'alerte, mais aussi quels sont ses devoirs ?
- Quelle est la légitimité de l'instance, ou de la personne qui est saisie de l'alerte et l'examine ?
- Quel est le périmètre de l'alerte ?

Aucun de ces choix n'est neutre, et chacun d'entre eux peut générer des comportements spécifiques.

30.- Quelques situations sensibles mais isolées ont suscité dans notre pays une réaction de franche hostilité à l'égard des alertes professionnelles.

Aux demandes d'autorisations de mise en place de lignes éthiques formulées par les sociétés Mc Donald's France et Compagnie Européenne d'accumulateurs, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a ainsi répondu :

« La Commission considère que la mise en œuvre par un employeur d'un dispositif destiné à organiser auprès des employés le recueil, quelle qu'en soit la forme, de données personnelles concernant des faits contraires aux règles de l'entreprise ou à la loi imputables à leurs collègues de travail, en ce qu'il pourrait conduire à un système organisé de délation professionnelle, ne peut qu'appeler de sa part une réserve de principe au regard de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, et en particulier de son article 1^{er} » (Délib 2005-110 et 205-111 du 26 mai 2005 »).

Saisis en urgence, les premiers tribunaux ont relayé cette suspicion, en ordonnant le retrait immédiat de notes fixant les conditions de mise en place d'un dispositif d'alerte (V. not. TGI Libourne 15 septembre 2005 : RJS 2005, n.4).

Placer le débat sur le terrain de la délation n'était à l'évidence pas la meilleure façon d'offrir un avenir aux dispositifs d'alerte professionnelle, dans un pays où ce mot renvoie aux heures les plus sombres du siècle dernier.

31.- De telles analyses étaient pour le moins rapides et excessives.

Elles faisaient peu de cas de la section 301 (4) de loi Sarbannes-Oxley du 30 juillet 2002 qui oblige toutes les entreprises cotées à la bourse de New York à mettre en place des procédures d'alerte en ce qui concerne les questions de comptabilité, de contrôles comptables internes ou d'audit.

Concernées par cette obligation, des entreprises françaises et les filiales françaises de sociétés américaines cotées sur ces marchés étaient dès lors franchement pénalisées. Mais ce n'est pas cet argument de nature économique qui doit conduire à admettre la licéité, en droit français, des dispositifs d'alerte professionnelle.

Si l'on peut comprendre que *« l'extraterritorialité est indispensable à l'application réelle de la loi Sarbannes-Oxley »* (L. FLAMENT et Ph. THOMAS, Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique : JCP S 2005, 1277), la législation française n'a pas à s'en soucier.

32.- Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la finalité de la loi américaine. Le scandale de l'entreprise Enron qui en est à l'origine, a singulièrement révélé l'échec

des règles de contrôles des comptes et de gouvernement d'entreprise. Or, *«au milieu de cet état de désolation, un élément donnait une lueur d'espoir : les salariés. Des salariés bien souvent oubliés, négligés, laissés de côté des mécanismes prestigieux -et rémunérateurs- du gouvernement d'entreprise. Pourtant, le salut aurait pu venir d'eux : ils savaient, ils étaient au courant, ils auraient pu prévenir, alerter, dénoncer. Ils ne l'ont pas fait par crainte du licenciement et ceux qui l'ont fait en ont souvent souffert. Dès lors, on avait trouvé en eux la nouvelle cheville ouvrière du gouvernement d'entreprise : aussi nombreux que compétents, nécessairement bien informés dans leur domaine, forcément intéressés du devenir de l'entreprise qui les nourrit»* (L. FLAMENT et Ph. THOMAS, *Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique* : JCP S 2005, 1277).

La loi Sarbanes-Oxley permet ainsi de dénoncer, normalement sans crainte de représailles, des comportements frauduleux de dirigeants.

33.- Condamner, par principe, les systèmes d'alerte professionnelle, c'est également oublier que tout salarié, indépendamment des dispositions particulières de l'article L. 461-1 du Code du travail, peut, au nom de sa liberté individuelle d'expression, relater tout fait qu'il estime préjudiciable à l'entreprise ou contraire à une règle de droit.

Si la première voie d'information des salariés est par nature la voie managériale, les salariés peuvent aussi le faire par l'intermédiaire des représentants du personnel. L'article L. 422-1-1 du Code du travail organise ainsi une sorte de droit d'alerte au profit des délégués du personnel lorsqu'il existe une atteinte aux droits des personnes, ou aux libertés individuelles et à leur santé physique et mentale.

Un salarié peut aussi porter à la connaissance de l'inspecteur du travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, sans que cela ne constitue en soi une faute (Cass. soc. 14 mars 2000 : Dr. soc. 2000, p. 555, note J. SAVATIER).

De même, il peut, sans commettre de faute, porter à la connaissance du procureur de la République des agissements de nature à caractériser des infractions pénales (Cass. soc. 12 juill. 2006, n. 04-41075 P+B).

Plus récemment, et à propos d'une situation plus proche encore de l'alerte professionnelle, la Cour de cassation a considéré que compte tenu de la mission dont elle était chargée, une salariée (responsable de la direction médicale avec notamment pour mission d'assurer le respect de l'éthique dans le cadre de la coordination médicale) n'avait pas commis de faute en signalant de bonne foi à sa hiérarchie des faits (propos racistes tenus par le responsable du personnel à l'encontre de candidats à l'embauche) en rapport avec ses attributions (Cass. soc. 8 nov. 2006, n. 05-41504).

Alerter sur des faits graves qui concernent le fonctionnement de l'entreprise n'est donc en soi ni moralement ni juridiquement condamnable. A fortiori, on ne saurait rejeter par principe un dispositif qui organise le recueil et le traitement de certaines alertes.

34.- Pour autant, la vigilance s'impose pour éviter notamment une utilisation malveillante d'un tel dispositif qui participerait effectivement d'une délation inacceptable.

Le volte-face opéré par la CNIL, dans un document d'orientation du 10 novembre 2005, source d'une délibération n. 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle, était donc prévisible.

Les entreprises françaises cotées à New York ont été rassurées car, comme elle l'a elle-même indiqué, *«la CNIL a tenu compte de ses échanges avec la SEC lors de l'élaboration du document d'orientation et de l'autorisation unique. Elle a également tenu compte des commentaires pratiques de nombreuses entreprises soumises aux exigences de la loi Sarbanes-Oxley»* (FAQ sur les dispositifs d'alerte professionnelle, question 4, V. www.cnil.fr).

Mais les difficultés suscitées par les systèmes d'alerte professionnelle ne sont pas pour autant évacuées. Si la CNIL a fixé avec précision les conditions de licéité des dispositifs d'alerte professionnelle au regard de la loi informatique et liberté, et ce en harmonie avec le groupe de travail établi en vertu de l'article 29 de la directive 95//CE (Avis 1/2006 relatif à l'application des règles de l'UE en matière de protection des données relatives aux mécanismes internes de dénonciation des dysfonctionnements dans les domaines de la comptabilité, des contrôles comptables internes, de l'audit, de la lutte contre la corruption et la criminalité bancaire et financière), *«elle n'a pas de compétence pour se prononcer sur la régularité de ces chartes ou du dispositif d'alerte au regard du droit du travail français»* (FAQ sur les dispositifs d'alerte professionnelle, préc. question 20).

35.- Cette étanchéité des réglementations ne doit pas être exacerbée. Une différence notable d'analyses serait en effet problématique pour les entreprises. Elle n'est toutefois guère envisageable car certaines règles retenues par la CNIL peuvent être utilisées en droit du travail.

On peut comprendre alors qu'une alerte professionnelle conforme aux analyses de la CNIL passe désormais le cap de l'analyse judiciaire (V. TGI Lyon, ch. urg, 19 sept. 2006, n. 06/02153).

Ceci étant, les questions ne sont pas identiques comme l'ont révélé les premiers contentieux.

36.- Ces interrogations ont été bien mises en lumière par plusieurs études (V. not. A. COEURET et N. DE SEVIN, Les dispositifs d'alerte et le droit du travail français : chronique d'une greffe : RJS 2/06, p. 75. Adde, le rapport de Transparence-International (France) d'octobre 2004 intitulé « Favoriser le déclenchement d'alerte en France »).

Rappelons les principales :

- Le recours à l'alerte professionnelle peut-il être obligatoire ?
- Sur quel domaine peut-elle porter ?
- Quel est instrument juridique de mise en place ?
- L'alerte doit-elle être nécessairement anonyme ?
- Faut-il consulter les représentants du personnel ?
- Quelle est la protection de celui qui utilise l'alerte professionnelle ?
- Quelle est la conséquence d'une utilisation abusive de l'alerte ?
- Quelle est la protection de celui qui est visé par l'alerte ?
- Qui traite l'alerte ?

Elles forment une combinatoire complexe avec laquelle les praticiens tentent de mettre en œuvre le dispositif le plus simple possible qui protège au mieux les acteurs.

37.- En l'absence de dispositions particulières du Code du travail, les réponses proposées résultent classiquement d'une déclinaison d'articles connus du même code (art. L. 120-2, L. 121-8, L. 122-35, L. 122-45, L. 122-46, L. 432-1, L. 432-2-1 ...) ou du Code pénal (art. 226-10). Elles ne sont toutefois pas empreintes d'une grande sécurité juridique tant la discussion est permise.

Exemple : les règles de fonctionnement de l'alerte professionnelle élaborées par l'entreprise relèvent-elles du règlement intérieur ?

Une réponse affirmative a été défendue (V. A. COEURET et N. DE SEVIN, art. cit., spéc. p. 77). Ce rattachement est toutefois discutable et peu opportun. Inclure le système d'alerte dans le règlement intérieur revient à considérer qu'il relève « des règles générales et permanentes relatives à la discipline ».

Les règles de fonctionnement de l'alerte sont des règles qui s'imposent à l'employeur et, à ce titre, procèdent bien de l'exercice d'une réglementation patronale. En revanche, le lien avec la discipline est trop faible. Certes, on peut considérer que le déclenchement de l'alerte peut, à terme, conduire à sanctionner le salarié qui a été visé. Mais ce n'est pas la finalité première de l'alerte qui doit être

conçue comme un outil de liberté d'expression mis à la disposition des salariés et non comme un outil de contrôle.

Rattacher ainsi l'alerte à la discipline n'est pas la meilleure façon d'éviter un débat sur la délation.

38.- Ne faut-il pas alors songer à la mise en place d'une réglementation spécifique ?

L'utilité d'une intervention législative est contestée. Raisons invoquées : le contentieux est faible et le respect de l'analyse développée par la CNIL et des bonnes pratiques formulées par des organisations patronales doit permettre d'éviter toute dérive.

Il est indéniable qu'un effort d'organisation des alertes professionnelles a été entrepris et que le respect de ces bonnes pratiques d'entreprise, comme de la délibération de la CNIL du 8 décembre 2005, devrait rassurer et sécuriser les acteurs.

La vigilance s'impose encore car ces règles ne permettront ni d'éviter des excès dans la mise en place de l'alerte professionnelle, les recommandations de bonnes pratiques n'ayant pas dans ce contexte de force obligatoire, ni d'accorder aux protagonistes une protection efficace.

Les pratiques d'entreprise examinées ne parviennent pas à rassurer et risquent d'être, pour certaines, sérieusement contestées.

A une époque où nombreux sont ceux qui aspirent légitimement à une plus grande sécurité juridique (V. sur ce thème, La sécurité juridique en droit du travail, numéro spécial de la revue Droit social, juillet-août 2006), mieux vaut éviter une construction judiciaire par nature lente et conflictuelle d'un droit de l'alerte professionnelle.

Le déclin législatif maintes fois constaté ne légitime pas, par principe, le rejet d'une intervention législative singulièrement si, demain, la négociation collective précède ou guide nécessairement l'action du Parlement (V. le projet de loi sur la modernisation du dialogue social).

Il pourrait être judicieux, comme le préconise le rapport de Transparency-International (France), d'introduire dans le Code du travail des règles spécifiques à l'alerte professionnelle.

L'existence de législations étrangères sur ce thème (Etats-Unis, Canada, Afrique du Sud, Chine, Royaume-Uni, Nouvelle-Zélande...) conforte l'utilité et la faisabilité de cette démarche.

39.- Réglementer l'alerte professionnelle n'a cependant pas pour finalité d'imposer un modèle unique.

Outre la recherche d'une sécurisation juridique du dispositif mis en place, il s'agit essentiellement de :

- définir l'alerte professionnelle
- déterminer les instruments juridiques de mise en place du dispositif
- fixer les règles d'organisation que doit contenir l'instrument juridique choisi
- protéger l'émetteur

Développons ces éléments d'un éventuel dispositif normatif consacré à l'alerte professionnelle.

↳ La définition de l'alerte professionnelle

40.- L'exercice est délicat ; il est pourtant nécessaire. Une définition permet à l'évidence d'expliquer le dispositif mais surtout de déterminer ses caractères essentiels et son domaine. Il y a des choix à opérer.

Il importe ainsi de se prononcer sur le **caractère obligatoire ou facultatif** de l'alerte.

La position de la CNIL est connue : *« l'utilisation par les personnels du dispositif d'alerte ne peut pas être rendue obligatoire ».*

Elle est dans le sillage d'une lettre du Ministère de l'Emploi, du Travail et de l'Insertion professionnelle des jeunes adressée à la CNIL : *« rendre obligatoire la dénonciation revient donc en réalité à transférer sur les salariés la charge de l'employeur en matière de respect du règlement intérieur. On peut également estimer que l'obligation de dénonciation serait contraire à l'article L. 120-2 du Code du travail en tant que sujétion non proportionnée à l'objectif à atteindre ».*

Cette dernière conclusion est hâtive car si l'on veut bien admettre que l'obligation instaurée par l'employeur constitue une restriction à la liberté d'expression, tout dépend de son ampleur. Plus le champ de l'obligation est étroit, moins la restriction est disproportionnée. Qui plus est, l'appréciation de l'intérêt légitime de l'entreprise dépend aussi du secteur d'activité et des salariés concernés par l'obligation.

Ceci étant, mieux vaut éviter ces débats et considérer qu'il n'appartient pas à un employeur de mettre en place une telle obligation.

En revanche, dans le but de renforcer la lutte contre des fléaux d'une extrême gravité, notamment la lutte contre la corruption, le législateur pourrait estimer utile d'imposer aux salariés une telle dénonciation pour faire face à des situations tout à fait exceptionnelles. Des obligations de dénonciations existent déjà en droit français (Ex : pour les commissaires aux comptes, V. C. com. art. L. 811-11-2).

Cependant, il faut savoir raison garder. Une telle obligation ne se justifie pas, même pour les situations relevant du domaine de la loi Sarbannes-Oxley, dès lors qu'il revient à d'autres autorités ou d'autres intervenants de traquer les comportements concernés.

Il est important que la définition retenue prohibe une telle obligation, d'autant que certaines alertes mises en place en France imposent toujours la dénonciation.

De même, considérons avec la CNIL qu'il est utile d'indiquer que l'alerte professionnelle ne se substitue pas à d'autres dispositifs sans qu'elle ait pour autant un caractère subsidiaire : il s'agit d'un **mécanisme complémentaire** de recueil d'informations que peuvent utiliser les salariés.

41.- La question du **domaine** de l'alerte est également essentielle.

Dans sa délibération n. 2005-305 du 8 décembre 2005, la CNIL vise, dans le prolongement de la loi « Sarbannes-Oxley », les « *domaines financier, comptable, bancaire et de la lutte contre la corruption* », tout en permettant la prise en compte de faits lorsque « *l'intérêt vital de l'entreprise ou l'intégrité physique ou morale de ses employés est en jeu* » (art. 3).

Se pose alors le périmètre même de la charte d'éthique largement retenu par les entreprises au point de parler parfois d'alerte éthique ?

Il n'est pas exclu, par principe, de l'analyse retenue par la CNIL. Mais, à l'inverse, il n'est pas en soi inclus dans le périmètre de la décision d'autorisation unique.

Quel domaine doit-on retenir dans le cadre d'une définition de l'alerte professionnelle en droit du travail ?

Pas nécessairement celui déterminé par la CNIL tenu d'appliquer comme elle l'a expliqué dans le document d'orientation du 10 novembre 2005 les dispositions particulières de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Dès lors que l'utilisation du système d'alerte est facultative et, qu'en l'absence de toute procédure particulière de collecte d'informations, un salarié peut relater tout fait à son employeur, le champ de l'alerte peut excéder celui défini par la loi Sarbannes-Oxley.

Pour autant, un domaine trop général renforce le risque d'une utilisation abusive de l'alerte. L'alerte professionnelle a une finalité bien déterminée : protéger les intérêts de l'entreprise. Elle ne doit pas servir à « régler des comptes » ou à associer les salariés à l'exercice du pouvoir disciplinaire. Son efficacité dépend ainsi de son domaine d'intervention. Les réglementations étrangères démontrent bien l'utilité de telles limites.

42.- Pour éviter une utilisation malveillante et un détournement de l'alerte professionnelle, le rapport de Transparency-International propose de limiter l'utilisation du dispositif lorsqu'il s'agit d'actes contraires aux lois et règlements, à ceux qui *«mettent gravement en cause les règles de fonctionnement de la société en général ou de collectivité particulière à laquelle appartient le déclencheur d'alerte»*. L'idée est judicieuse car elle répond bien à la finalité particulière du système d'alerte professionnelle.

Ce n'est pas tant alors la source du manquement qui compte mais plutôt ses conséquences sur le fonctionnement de l'entreprise. **Les actes contraires à des règles d'origine éthique ou déontologique peuvent être concernés dès lors qu'ils entraînent cet effet préjudiciable.**

Faut-il étendre le système d'alerte professionnelle à ce que la CNIL nomme les atteintes à « l'intégrité physique ou morale des salariés » ?

Les exemples cités (mise en danger d'un autre employé, harcèlement moral, harcèlement sexuel, discriminations...) ne plaident pas en faveur d'une réponse positive car des dispositions du code du travail traitent déjà de tels signalements (C. trav. art. L. 122-45, L. 122-46, L. 122-49, L. 231-8 et s., L. 422-1-1).

Mais, dès lors que le dispositif d'alerte organise une procédure de collecte et de traitement d'informations, il est cohérent de soumettre à une même procédure toutes les situations de signalement dans le respect toutefois de dispositions législatives particulières.

Plutôt que de retenir un concept nouveau (« l'intégrité physique ou morale des salariés ») dont l'acception peut donner lieu à discussion, reprenons le champ de l'alerte défini à l'article L. 422-1-1 du code du travail : atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché, à la santé physique et mentale des salariés.

43.- L'utilisation de l'alerte peut être limitée à certaines catégories de salariés. Mais tout dépend du champ de l'alerte : plus celui-ci est étendu, plus il y a de salariés susceptibles de l'utiliser.

Comme l'a relevé la CNIL, l'alerte peut aussi être utilisée par des personnes exerçant une activité dans l'entreprise en exécution d'une convention de stage ou d'un contrat de prestation de services. Si la CNIL n'a pas souhaité fixer de règle en la matière, elle admet cependant que l'autorisation unique «*couvre les alertes émises par toutes les personnes employées par l'entreprise, quel que soit leur statut d'emploi (salarié, prestataire de service, stagiaire...)*».

La définition doit tenir compte de cette pluralité de situations d'emploi.

44.- La prise en compte de ces différentes analyses, conduit à proposer la définition suivante :

Un dispositif d'alerte professionnelle est un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet :

- des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou déontologique, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise ;
- des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;
- des atteintes à la santé physique et mentale des salariés.

➔ Les instruments juridiques de mise en place de l'alerte professionnelle

45.- Dans l'immense majorité des situations examinées, c'est un support normatif unilatéral qui assure aujourd'hui la mise en place et l'organisation des alertes professionnelles : le plus souvent une charte d'éthique avec parfois une insertion des clauses relatives à l'alerte dans le règlement intérieur.

Pour des entreprises appartenant à un groupe de dimension internationale qui se voient imposer un dispositif conçu par une société mère implantée à l'étranger, c'est la voie la plus efficace mais pas forcément la plus sûre.

Cette mise en place par voie unilatérale doit être maintenue dès lors que la procédure d'alerte se situe «*aux confins du pouvoir de gestion et du pouvoir disciplinaire* » (A. COEURET et N. DE SEVIN, art. cit.). Mais il convient de la sécuriser en précisant son régime.

L'introduction de ce dispositif dans le règlement intérieur ne nous paraissant pas fondé, c'est un régime spécifique qu'il convient d'élaborer.

Si l'on admet que l'alerte professionnelle peut être considérée comme un dispositif permettant un contrôle de l'activité des salariés, elle relèverait des dispositions de l'article L. 432-2-1 in fine du code du travail qui impose l'information et la consultation préalable du comité d'entreprise.

Mieux vaut toutefois l'affirmer expressément dans les dispositions consacrées à l'alerte professionnelle d'autant qu'il nous paraît opportun de prévoir aussi en l'absence de comité d'entreprise, une information et une consultation des délégués du personnel s'il en existe.

Faut-il aussi recueillir l'avis du CHSCT ? Une réponse positive a été retenue par le tribunal de grande instance de Nanterre au motif que l'« *application de ces mesures est de nature à engendrer des phénomènes de stress et de harcèlement pour les salariés concernés par les dénonciations anonymes* » (TGI Nanterre, réf. 27 déc. 2006, n. 20006/02550, à propos de modifications apportées au code de conduite des affaires de la société Dupont de Nemours). Cette justification nous paraît à nouveau discutable.

L'information des salariés est, par ailleurs, essentielle au bon fonctionnement de ce type de dispositif. Si l'alerte professionnelle relève des dispositions de l'article L. 121-8 (« *aucune information concernant personnellement un salarié ou un candidat à un emploi ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à la connaissance du salarié ou du candidat à un emploi* »), il est, à nouveau, plus efficace d'indiquer cette obligation d'information dans les textes relatifs à l'alerte professionnelle.

46.- La mise en place par voie négociée du dispositif d'alerte ne doit pas être exclue. On peut y trouver plusieurs avantages dont une réception plus paisible du dispositif. Favorable à un tel scénario, Transparence International France recommande même une obligation de négocier pour les entreprises de plus de 250 salariés.

La contrainte dans la négociation n'étant pas toujours gage de succès, il ne nous paraît pas opportun de créer une telle obligation. En revanche, il est utile d'affirmer expressément que la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle peut être assurée par convention ou accord collectif de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement.

↳ les règles d'organisation que doit contenir l'instrument juridique choisi.

47.- Affirmons à nouveau qu'il n'est pas opportun que le législateur impose des règles uniformes de fonctionnement de l'alerte professionnelle. Il doit se contenter, dans le cadre de la définition retenue, d'imposer dans l'acte qui met en place le

dispositif, la formulation d'un certain nombre de règles dont le contenu relève du choix opéré, soit par les partenaires sociaux, soit par l'employeur.

Ainsi, l'instrument retenu devrait obligatoirement déterminer :

- le domaine de l'alerte qui peut être plus restreint que celui de la définition légale
- Les personnes susceptibles d'utiliser l'alerte
- Les personnes dont les actes sont susceptibles d'être signalés
- Les modalités de recueil et de traitement de l'alerte
- Le nom ou la qualité des personnes intervenant dans le recueil ou le traitement de l'alerte.
- Les modalités d'information de la personne mise en cause par le lanceur d'alerte.
- Le caractère anonyme et/ou confidentiel de l'alerte. Même si, à l'instar de la CNIL, nous considérons qu'il est préférable de connaître l'identité de l'émetteur tout en la traitant de façon confidentielle, possibilité doit être laissée dans certaines situations d'instaurer l'anonymat. Il appartiendra à l'entreprise qui souhaitera bénéficier de l'autorisation unique de respecter les conditions posées par la délibération n. 2005-305 du 8 décembre 2005.
- L'énonciation des dispositions relatives à la protection de l'émetteur.

↳ La protection de l'émetteur

48.- Si nul ne conteste l'importance d'une protection de la personne qui déclenche l'alerte, il faut admettre que celle-ci n'est, pour l'heure, assurée que par les règles du droit disciplinaire : on ne saurait étendre la protection spécifique accordée dans d'autres situations de signalement (C. trav., art. L. 213-8-1, L. 122-46 et L. 122-49).

Il nous semble légitime d'octroyer la même protection au déclencheur d'une alerte professionnelle pour autant que ce dernier ait agi de bonne foi.

Sur le modèle des articles L. 122-46 et L. 122-49, il pourrait être prévu que :

«Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir utilisé de bonne foi un dispositif d'alerte professionnelle.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit».

Faut-il compléter la protection par le jeu d'une sanction pénale qui pourrait résulter d'une modification de l'article L. 152-1-1 du Code du travail (infractions aux dispositions notamment des articles L. 122-46, L. 122-49) ? Il est permis d'être réservé, les actes de harcèlement nous paraissant justifier plus fortement une sanction pénale.

49.- Récapitulons les propositions.

Un dispositif d'alerte professionnelle est un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute autre personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d'entreprise ou à d'autres personnes désignées à cet effet :

- des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou professionnelles, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise.
- des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché
- des atteintes à la santé physique et mentale des salariés.

Un dispositif d'alerte professionnelle peut être mis en place par des conventions ou accords collectifs de branche ou des conventions ou accords de groupe, d'entreprise ou d'établissement qui fixent :

- les actes qui peuvent être signalés dans le cadre du dispositif
- Les personnes susceptibles d'utiliser le dispositif
- Les personnes dont les actes sont susceptibles d'être signalés
- Les modalités de recueil et de traitement des actes signalés
- Le nom ou la qualité des personnes intervenant dans le recueil ou le traitement de l'alerte.
- Les modalités d'information de ou des personnes mises en cause.
- Le caractère anonyme et/ou confidentiel de l'alerte.

A défaut de conclusion d'une convention ou d'un accord, un dispositif d'alerte professionnelle est mis en place par une décision du chef d'entreprise qui fixe les éléments énoncés à l'alinéa précédent, après information et consultation du comité d'entreprise ou, en l'absence de comité d'entreprise, des délégués du personnel s'il en existe, et après information de l'inspecteur du travail. Le dispositif d'alerte professionnelle

doit être porté à la connaissance des salariés préalablement à sa mise en œuvre.

Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir utilisé de bonne foi un dispositif d'alerte professionnelle.

Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit.

CONCLUSION

50.- Les chartes d'éthique sont désormais bien présentes dans le paysage social des grandes entreprises et des grands groupes français. Elles ne traduisent plus un phénomène de mode mais répondent à une attente sociétale plus profonde.

Conçue essentiellement comme un instrument de gestion de l'entreprise, la charte d'éthique présente une juridicité de plus en plus affirmée aisément perceptible à l'occasion de certains contentieux. Les difficultés suscitées par la formulation de comportements à caractère éthique ou la mise en place de dispositifs d'alerte professionnelle donnent lieu à des réponses controversées, sources d'une réelle insécurité juridique.

Conforter la place des chartes d'éthique tout en respectant la finalité protectrice du droit du travail est essentiel. Aux confins de la gouvernance d'entreprise et du comportement individuel, les chartes d'éthique et l'alerte professionnelle jouent un rôle singulier. Elles doivent être mises en œuvre avec un souci constant de concertation qui permettra leur approbation.

Dans ce vaste chantier nécessaire de la modernisation du droit du travail français, la mise en place d'une réglementation des chartes d'éthique n'est pas prioritaire. Le présent rapport a aussi pour ambition de nourrir l'analyse et d'inciter au respect de certaines pratiques qui devrait écarter la discorde et, partant, rendre moins urgente une intervention législative.

ANNEXES

LETTRE DE MISSION

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNEES

Monsieur Hubert BOUCHET, membre de la CNIL.

**Membres de l'Association Française des Entreprises Privées (AFEP)
(Réunion du 10 mars 2006)**

**Membres de l'Association pour l'Etude Juridique des Questions Sociales
(AEJQS) (Réunion du 4 avril 2006).**

BIBLIOGRAPHIE

1) Ouvrages

- ↳ N. CAUSSÉ, La valeur juridique des Chartes d'entreprise au regard du droit du travail français, préf. D. BERRA, PUAM, 2000.
- ↳ Ph. NEAU-LEDUC, La réglementation de droit privé, Bibl. droit entreprise, Tome 33, préf. Th. REVET, Litec, 1998.
- ↳ A. SOBCZAK, Réseaux de sociétés et codes de conduite, Un nouveau modèle de régulation des relations de travail pour les entreprises européennes, Bibl. dr. soc. Tome 38, LGDJ, 2002

2) Articles et études

- ↳ D. BERRA, Les chartes d'entreprise et le droit du travail, in Mélanges dédiés au Président Michel DESPAX, Presse de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 2002, p. 123.
- ↳ C. CACIOPPO, Quel avenir pour le « whistleblowing » en France : Sem. Soc. Lamy, 2005, n. 1229, p. 7.
- ↳ A. COEURET et N. de SEVIN, Les dispositifs d'alerte et le droit du travail français : chronique d'une greffe : RJS, 2006, 75
- ↳ Lamy social groupes, Etude 120.
- ↳ L. FLAMENT et Ph. THOMAS, Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique : JCP S, 2005, 1277.
- ↳ L. GAUTHIER, L'impact des chartes d'éthique : Rev. Française de gestion, n. 130, sept/oct. 2000, p. 77.
- ↳ J. HANNELAIS et M E BRUNEL, La CNIL face aux dispositifs d'alerte éthique : JSL 2006, n. 190, 190-1.
- ↳ A. JEAMMAUD, Les contrôles de légalité du règlement intérieur : Dr. soc. 1983, 520.
- ↳ A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT et A. LYON-CAEN, L'ordonnancement des relations de travail : D. 1998, p. 359
- ↳ J. RIVERO, Note sur le règlement intérieur : Dr. soc. 1979, 1.
- ↳ B. SOINNE, Le contenu du pouvoir normatif de l'employeur : Dr. soc. 1983, 509.
- ↳ A SUPIOT, La réglementation patronale de l'entreprise : Dr. soc. 1992, 215.
- ↳ Transparence-International (France), Favoriser le déclenchement d'alerte en France, Octobre 2004.
- ↳ A. TEISSIER, L'éthique, une norme de l'entreprise : TPS octobre 2000, p. 6.
- ↳ M. VERICEL, L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ? : Dr. soc. 2000, 1059.
- ↳ M. VERICEL, Sur le pouvoir normatif de l'employeur : Dr. soc. 1991, 120.
- ↳ Ph. WAQUET, Le contrôle du règlement intérieur : AJDA 1991, 590

