

Le retour des sycophantes ? (à propos du whistleblowing)

par *Patrice Adam*, Maître de Conférences en droit privé, Université Nancy 2
Chercheur au CERIT/CRDP

Nous étions quatre bacheliers
Sans vergogne,
La vraie crème des écoliers,
Des écoliers.

Pour offrir aux filles des fleurs,
Sans vergogne,
Nous nous fîmes un peu voleurs,
Un peu voleurs.

Les sycophantes du pays,
Sans vergogne,
Aux gendarmes nous ont trahis,
Nous ont trahis.

G. Brassens (*Les quatre bacheliers*)

PLAN

- I. Le whistleblowing mis en scène
- II. Le whistleblowing sur la scène du droit du travail
- III. Le whistleblowing mis en scène par la CNIL

I. Le whistleblowing mis en scène

Acte I. Les figures de la dénonciation

Dénoncer (1). Voilà bien une des plus vieilles activités humaines au monde. De tout temps, en tous lieux, il s'est trouvé des personnes pour s'y livrer. Et si la dénonciation s'est montrée, au cours de l'histoire, fidèle compagnon de route des régimes totalitaires ou despotiques (2), elle a également prospéré, plutôt bien d'ailleurs, dans les Etats démocratiques (où selon les cas et les époques, elle est tolérée, encouragée, officiellement bannie mais de fait largement pratiquée, légalisée...). Sans âge, sans frontière, la dénonciation n'est fille d'aucun régime politique en particulier. "S'il fallait trouver un personnage politique qui prît les traits d'un Universel, le délateur (3) serait à coup sûr celui-là" (4).

Les figures du dénonciateur sont innombrables : de Judas aux sycophantes de la cité athénienne (5), des delators de la République Romaine aux informateurs de

(1) Le verbe dénoncer désigne classiquement l'action de "signaler comme coupable à l'autorité compétente" ou celle de "faire connaître un acte répréhensible" (dictionnaire de l'Académie, 9^{ème} édition, <http://atilf.atilf.fr/>).

(2) On a pu écrire que "le totalitarisme transforme la dénonciation en système" : J.F. Gayraud, *La dénonciation*, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1995, p. 60.

(3) La délation est le plus souvent considérée comme une forme, parmi d'autres, de dénonciation. Dans le langage courant, la délation est ainsi classiquement définie comme la "dénonciation inspirée par l'intérêt, la haine, le désir de nuire ou le sectarisme" (dictionnaire de l'Académie, 9^{ème} édition, <http://atilf.atilf.fr/> ; voir déjà, le dictionnaire national de Bescherelle de 1853 : "ces deux termes emportent une idée défavorable : cependant le dénonciateur peut quelques fois être animé par le sentiment du bien public ; le délateur, dans la véritable acception de ce mot, n'est mû que par des passions honteuses"). Dans le langage "savant", la frontière entre les deux notions peut prendre des contours différents. Dans un article de référence, visant à comprendre les conditions de recevabilité d'une dénonciation publique, L. Boltanski ("*La dénonciation*" in *La dénonciation*, Actes de la recherche en Sciences Sociales, n° 51, mars 1984, pp. 3 et s.) distingue ainsi la dénonciation qui porte sur une situation et la délation qui vise un individu. Pour un autre auteur encore, le délateur est

celui qui, sans être ni victime ni témoin, accuse à partir d'une position d'initié, opère le plus souvent de manière anonyme, accuse des individus plus qu'il ne dévoile des pratiques et est guidé par l'intérêt et la rémunération qu'il peut tirer de son acte (J.-P. Brodeur, "Introduction : la délation organisée", in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, J.-P. Brodeur-F. Jobard (sous la direction de), éditions Autrement, Collection "Mutations", n° 238, 2005, pp. 8 et s.).

(4) F. Jobard-J.-P. Brodeur, "Conclusion : le pouvoir obscur de la délation", in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, op. cit., p. 195 ; "La fonction de dénonciateur rémunéré – officiellement ou non – semble accompagner toutes les formes de pouvoir depuis l'Antiquité et traverser largement le temps" : P. Betbeder, "Dénoncer à Paris durant la seconde guerre mondiale", in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, op.cit., p. 67.

(5) Le mot sycophante vient de la Grèce antique. Le *sukophantés* fut d'abord le dénonciateur des voleurs de figues (du grec *sûkon*, figue et *phainen*, faire voir ou découvrir). Puis le terme désigna, après les réformes politiques et sociales initiées à Athènes par Solon (VI^{ème} siècle avant Jésus-Christ), ceux qui firent métier (souvent fort lucratif) de dénoncer, pour le bien public, les "criminels". Dans le langage courant, le terme est aujourd'hui synonyme de mouchard, de délateur, de traître.

l'Inquisition, des "collabos" sous l'occupation allemande aux repentis d'organisations mafieuses, du citoyen relais de la répression maccarthyste à celui qui dénonce son voisin aux services fiscaux ou signale les maltraitances endurées par un enfant, des indicateurs de la police judiciaire aux fonctionnaires (6) (ou à certains professionnels) tenus de révéler les faits délictueux dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction... (7)

Acte infâme de trahison et symbole d'une déliquescence morale pour certains (8), la dénonciation est acte héroïque ou du moins vertu civique pour d'autres (9.) Le jeune corse Fortuna Falcone, traître éternel sous la plume de Prosper Mérimée (10), et Pavlik Morosov (11), héros de chair et de sang de l'histoire soviétique, se feront toujours face. Morale du silence absolu contre obligation "civique" de dénoncer ceux qui ne respectent pas "les règles du jeu social" quelles qu'elles soient (12). Evoluant entre ces deux pôles antinomiques et refusant de subir l'attraction exclusive de l'un ou de l'autre, nombre de réflexions et d'analyses ont tenté, de longue date, de tracer une voie médiane en dégageant les conditions d'acceptabilité sociale, politique et morale de la dénonciation (13). Réflexions, débats et querelles qui fournissent le matériau, les ressorts, d'une pièce séculaire à la trame dramatique immuable où seuls les décors et les acteurs changent avec le temps.

Acte II. **Le whistleblowing ou la dénonciation professionnelle**

C'est cette pièce, dans une mise en scène inédite (14), qui est, depuis quelques mois en France (et à l'étranger) (15), de nouveau à l'affiche en différents théâtres (dont celui du Droit) sous le titre anglo-saxon de *whistleblowing*. L'acteur principal en est cette fois un salarié. C'est en effet à lui qu'échoit aujourd'hui le lourd costume du dénonciateur. Et l'acteur de se mouvoir dans un nouveau décor, celui d'une tendance à la "normalisation de certaines formes de délation" (16).

Le mot whistleblowing vient de l'expression "to blow the whistle" qui, littéralement, peut se traduire par "donner un coup de sifflet" ou "tirer la sonnette d'alarme" (17). Un équivalent français semble aujourd'hui relativement stabilisé. On parle ainsi volontiers d'"alerte éthique ou professionnelle". "Whistleblowing", "alerte éthique ou professionnelle" nous emploierons indifféremment, sans ordre de préférence, l'une ou l'autre de ces expressions dans la suite de nos développements.

Quelles réalités, quelles pratiques désignent ces expressions ? Les dispositifs d'alerte éthique sont des "systèmes [ligne téléphonique via un numéro vert disponible 7 jours sur 7, 24 heures sur 24 ; messagerie électronique ; courrier postal...] permettant aux salariés d'alerter [anonymement ou non] leurs dirigeants ou un comité spécialement constitué [via parfois une société tierce (18)], sans risque d'être personnellement inquiétés (19), des

(6) Voir l'article 40 du Code de procédure pénale.

(7) Sur ces différentes figures, J.-P. Brodeur-F. Jobard (sous la direction de), *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?* éditions Autrement, Collection "Mutations", n° 238, 2005 ; J.F. Gayraud, *op.cit.*, pp. 59 et s.

(8) "S'il est une chose ignoble dans la société, c'est la délation ; les cœurs se glacent à la pensée de ces hommes qui viennent à vous, le sourire aux lèvres, les bras ouverts, qui vous serrent la main avec les plus chaleureuses protestations d'amitié et qui vont ensuite vous livrer au bourreau" (*Mémoires de Canler ancien chef du service de Sûreté (1797-1865)*, édition présentée et annotée par J. Brenner, Mercure de France, coll. Le temps retrouvé, 2006).

(9) J.F. Gayraud, *op. cit.*, p. 16 : "La dénonciation-délation évolue entre deux pôles proches et éloignés, voisins et ennemis : à la fois devoir civique et honte morale".

(10) Prosper Mérimée, *Mateo Falcone et autres nouvelles*, Libro, 2003.

(11) Sur cette figure de l'histoire russe, F. Xavier-Nérard, "Délation, dénonciation et dénonciateurs en URSS", in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, *op. cit.*, p. 49.

(12) "Le même geste peut apparaître tantôt comme un service rendu à la communauté, tantôt comme la poursuite d'un intérêt personnel ou la manifestation, d'une servilité à l'égard du pouvoir" : Y. Rivière, "Rome impériale : les délateurs, le prince, le tribunal", in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, J.-P. Brodeur-F. Jobard (sous la direction de), éditions Autrement, Collection "Mutations", n° 238, p. 28.

(13) Sans doute conviendrait-il de nuancer cette opposition. Elle nous paraît en effet bien souvent, au moins pour partie,

reposer sur le seul fait que tous ceux qui parlent de la dénonciation, pour la condamner ou l'encenser, ne l'entendent pas toujours de la même manière et n'y rattachent donc pas forcément les mêmes "pratiques". Les polémiques s'enracinent ainsi profondément, et artificiellement, dans un terreau sémantique confus (dénonciation, délation, témoignage, information, plainte, signalement...) et des frontières conceptuelles floues et variables.

(14) Comme on l'a noté, le whistleblower est une "figure ambiguë et originale" de dénonciateur : J.-P. Brodeur, "Introduction : la délation organisée", *art. précité*, p. 12.

(15) Voir l'état des lieux proposé dans *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 22 ; I. et J.M. Cantin, *La dénonciation d'actes répréhensibles en milieu de travail ou whistleblowing*, éditions Yvon Blais, 2005.

(16) J.-P. Brodeur, "Introduction : la délation organisée", *art. précité*, p. 5 ; voir aussi, *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 11 : "(...) les législations européenne et nationale s'orientent de plus en plus vers la promotion de systèmes favorisant certaines formes de dénonciation".

(17) F. Flament-Ph. Thomas, "Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique", JCP, éd. soc., n° 17, 18 octobre 2005, p. 15.

(18) Possibilité qui n'a été exclue ni par la CNIL, ni, au niveau communautaire, par le groupe dit de l'article 29.

(19) Du moins officiellement...

irrégularités ou des mauvais comportements professionnels qu'ils constatent dans l'entreprise et dont ils estiment qu'ils font courir à l'entreprise un risque sérieux sur les plans financier, juridique, technique, sanitaire, sécuritaire ou quant à sa réputation" (20). Paraphrasant M. Humbert, évoquant la loi de Solon et les sycophantes de la cité athénienne, l'on dira que "les lois [de l'entreprise] seront donc placées sous la garde de tous, et [l'entreprise] compte sur le civisme de chacun pour que les crimes soient dénoncés avec zèle" (21).

Le nombre de sociétés situées en France qui recourent ou souhaitent recourir à un dispositif d'alerte éthique ne cesse, depuis quelque temps déjà, de croître (22) (même si certaines affichent encore de fortes réticences (23)). Et beaucoup de ces sociétés d'avancer, à titre principal, la même explication (d'aucuns diront le même alibi) : la nécessité de se mettre en conformité avec les dispositions, au vaste rayonnement (24), de la loi américaine *Sarbanes-Oxley* (25), entrée en vigueur le 30 juillet 2002. Adoptée après les scandales financiers qui ont secoué plusieurs grandes sociétés américaines (Enron, Worldcom...) la loi *Sarbanes-Oxley* vise à restaurer la confiance des investisseurs dans les marchés américains par l'imposition de nouvelles

normes de contrôle interne (26). Dans ce cadre, elle impose (article 301 (4)) aux entreprises américaines cotées à la bourse de New York, ainsi qu'à leurs filiales dans le monde entier (depuis le 1^{er} juillet 2005), et (au 1^{er} juillet 2006) aux entreprises étrangères cotées à la bourse de New York (New York stock Exchange et Nasdaq), la mise en place d'un système de dénonciation anonyme de fraudes comptables et financières par les salariés (27).

Ne nous leurrions pas. Ces dispositifs n'ont pas introduit les dénonciateurs dans l'entreprise ; ils y étaient déjà, œuvrant dans l'ombre ou dans la lumière, dénonçant petits ou grands écarts de leurs collègues de travail ou turpitudes de leur employeur. Ils ne font qu'organiser, institutionnaliser, canaliser (en évitant les formes externes de whistleblowing, les plus dangereuses pour l'entreprise et sa réputation), banaliser une pratique préexistante, en conférant au dénonciateur une nouvelle "légitimité" ou du moins une nouvelle "respectabilité".

Acte III. **Polémiques autour du whistleblowing**

Très vite, d'intenses débats et de vives controverses relatifs au whistleblowing – nourris, dans les premiers

(20) *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 14 ; plus synthétiquement, la CNIL les définit comme "des dispositifs permettant à des employés de signaler le comportement de leurs collègues de travail supposé contraire à la loi ou aux règles établies par l'entreprise" (Document d'orientation adopté par la CNIL le 10 novembre 2005 pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle). Autre définition, plus générale encore : "le whistle-blower est celui qui dénonce un certain nombre de mauvais fonctionnements de l'entreprise" : G. Even-Granboulan, "Quel avenir pour le whistle-blower", in *L'éthique individuelle, un nouveau défi pour l'entreprise*, ouvrage collectif, L'Harmattan, coll. Éthique en contextes, 2005, p. 43.

(21) M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Précis Dalloz, 2003.

(22) On a relevé que "plus d'une vingtaine de groupes français du CAC 40 ont mis en place des dispositifs d'intégrité professionnelle, et ce nombre ne cesse d'augmenter" : M. Carles, "Systèmes "d'alerte éthique" : des précautions à prendre", NVO 16 décembre 2005, p. 23. D'après une étude réalisée en 2003 par le cabinet Deloitte (auprès de 373 sociétés américaines cotées), 79,2 % des entreprises interrogées avaient mis en place un système de whistleblowing ; 33,1 % en avaient confié la gestion à un prestataire extérieur et 90 % de ces dispositifs permettaient d'alerter anonymement et disposaient d'un suivi des plaintes (voir, *Le monde*, 11 octobre 2005).

(23) Nombre de directions d'entreprise refusent encore de s'engager dans cette voie estimant ces mécanismes d'alerte incompatibles avec la culture et l'histoire française. Et ces entreprises de craindre que ces dispositifs ne causent plus de problèmes, ne génèrent plus de troubles, qu'ils n'apporteront de réponses aux dysfonctionnements potentiels de l'organisation. On ne saurait évidemment exclure que ces réticences s'estompent avec le temps...

(24) Pour certains auteurs, (F. Flament-Ph. Thomas, art. précité, p. 16) : "l'application "mondiale" de la loi américaine semble contraire au principe de territorialité comme principe de souveraineté des États. Pourtant, cette extraterritorialité est indispensable à l'application réelle de la loi Sarbanes-Oxley.

Quel est l'intérêt de contrôler soigneusement les comptes des sociétés cotées à la bourse de New York, si aucun contrôle n'est exercé sur les comptes des filiales qui seront ensuite consolidés dans les comptes de la société mère ?".

(25) Sur cette loi : P. Descheemaeker, "Nouvelle régulation internationale des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes-Oxley Act of 2002", *Bull. Joly Sociétés*, janvier 2003, p. 5 ; P.-H. Conac, "L'influence de la loi Sarbanes-Oxley en France", *Rev. sociétés*, oct.-déc. 2003, p. 835.

(26) Dès 1989, un dispositif – limité – de protection des whistleblowers apparaît aux États-Unis (Whistleblowers Protection Act). Adopté à la suite de l'explosion le 28 février 1986 de la navette Columbia, il garantit une protection légale aux whistleblowers qui travaillent au sein de l'Administration fédérale : C. Didier, "Entre se soumettre et se démettre : comment repenser les enjeux de la loyauté pour les ingénieurs d'aujourd'hui ?", in *Du travail à la société : valeurs et représentations des cadres*, Journée n° 10 du GDR Cadres, 15 décembre 2005, CEVIPOF. Plus tôt encore, voir le False claims Act (1863), et le National employee protection Act (1988).

(27) (4) Réclamations. – Tout comité d'audit doit établir des procédures concernant :

(A) la réception, la conservation et le traitement des réclamations reçues par l'émetteur concernant des questions de comptabilité, de contrôle interne de comptabilité et d'audit ;
(B) la transmission par les employés de l'émetteur, de façon confidentielle et anonyme, de leurs préoccupations relatives à des points douteux de comptabilité ou d'audit.

Traduction libre, *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 13.

(28) Dont l'affaire Bayer Cropscience (où la CGT décide d'engager à l'été 2005 une procédure en justice pour obtenir le retrait du code "éthique" de l'entreprise) : A. Soufi, "Bayer : la CGT en appelle à la justice", *Humanité*, 5 août 2005 ; "Code éthique : de quel droit ?", *Options*, n° 496, 17 octobre 2005 ; T. Lemahieu, ""Constitution multinationale" et délation chez Bayer", *Humanité*, 29 juillet 2005 ; voir aussi, l'affaire BSN Glasspack (note 95).

temps, par quelques affaires médiatiques (28) et deux délibérations de la CNIL – vont éclater. Loin d'ailleurs de se cantonner aux discours savants (des juristes, des gestionnaires, des sociologues, des spécialistes de l'éthique), ces débats et controverses vont largement pénétrer les colonnes de la presse "généraliste" (29).

Pour ses thuriféraires, les dispositifs de whistleblowing correspondent d'abord à une nécessité : celle d'inventer de nouveaux modes de contrôle dans un contexte où les organisations se complexifient toujours davantage, où les salariés sont de plus en plus autonomes (et, nouvel épouvantail, de plus en plus fraudeurs (30)), et où les systèmes traditionnels de surveillance se révèlent bien souvent inefficaces ou inappropriés. Mais ils participent aussi, sur un tout autre plan, d'une exigence *éthique* (d'où l'expression française "d'alerte éthique"...). Le whistleblowing doit en effet, selon ses partisans, être rangé parmi les pratiques sous-tendues par les idées de management éthique (31), de responsabilité sociale des entreprises (32) ou de lutte contre la

corruption (33). Plus précisément encore, ces dispositifs d'alerte participent du développement, de l'essor, d'une éthique individuelle (34), complément indispensable d'une éthique d'entreprise (35). En définitive, et pour le dire vite, les dispositifs de whistleblowing seraient un aspect, parmi beaucoup d'autres, d'une tendance lourde à la "moralisation du monde" (36) des affaires. L'on comprend alors que ces dispositifs sont généralement incorporés dans les "chartes éthiques" ou les "codes de déontologie" qui fleurissent dans les entreprises depuis quelques années (37).

Ce type de discours légitimant ne pouvait pas ne pas rencontrer quelques résistances en France. D'abord, parce que la référence à "l'éthique d'entreprise" y suscite encore beaucoup de scepticisme (38). Scepticisme qui s'alimente à différentes sources. Alors que pour certains cette éthique d'entreprise n'est en fait qu'une "cosmétique" (39) – des mots sans les actes ou des mots dissimulant les actes qui les trahissent (40) – ou une forme (mal) déguisée de paternalisme (41), pour

- (29) Petit florilège : N. Cori, "L'alerte éthique" ne franchit pas l'atlantique", *Liberation*, 15 septembre 2005 ; M. Derenbourg, "L'avènement d'un marché européen de la délation ? : Enjeux", *Les Échos*, mars 2005, p. 52 ; S. Ramadier, "Whistleblowing : l'alerte à l'américaine", *Les Échos* 31 mai 2005, p. 15 ; A. Caprioli, "Condamnation d'un système d'alerte éthique", *Les Échos*, 2 novembre 2005, p. 14 ; C. Rollot, "Se taire ou cafter ? La dénonciation des actes frauduleux fait débat en France", *Le Monde économie*, 11 octobre 2005 ; C. Courtois, "Les salariés de BSN Glasspack refusent d'être des corbeaux", *Le monde économie*, 11 octobre 2005 ; N. Brafman, "Quand les entreprises poussent leurs salariés à se faire justiciers", *Le Monde*, 11 février 2005 ; F. Brillet, "Au nom de l'éthique, tu dénonceras", *Le point*, 26 février 2004, p. 99 ; M. Nicot, "Le salarié mouchard pour lutter contre la fraude dans l'entreprise", *La Tribune*, 20 octobre 2003.
- (30) "Enquête sur la fraude dans les entreprises en France, en Europe et dans le monde", édition 2005, Pricewaterhouse Coopers ; voir également, A.-L. Fitère, "La fraude prospère en entreprise", *Enjeux – Les Échos*, n° 223, avril 2006, p. 86.
- (31) Sur la reviviscence du discours éthique et ses raisons : G. Lipovetsky, *Les métamorphoses de la culture libérale*, Liber, 2002 (en particulier, les articles "Mort de la morale ou résurrection des valeurs : quelle éthique aujourd'hui", p. 29 ; "L'âme de l'entreprise : mythe ou réalité", p. 53) ; P.-F. Smets, "L'entreprise "auto-éthique" et responsable", in *L'entreprise surveillée*, ouvrage collectif du Cercle d'éthique, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 25 ; et se croisent sur ce terrain de l'éthique individuelle demandes des employeurs et souhaits des salariés (voir, Le Manifeste pour la responsabilité sociale des cadres élaboré en 2003 ; www.responsabilitesocialesdescadres.net/).
- (32) Idée également présente dans certains discours syndicaux : F. Fayol, "Droit d'alerte et whistleblowing. Donner du sens et négocier", *Cadres-CFDT* n° 414, avril 2005 : "La responsabilité sociale des entreprises nous semble le cadre naturel des procédures d'alerte, le seul capable de leur donner sens" ; sur la notion de RSE : F. Meyer, "La responsabilité sociale de l'entreprise : un concept juridique ?", *Dr. Ouv.* 2005, p. 185 ; I. Desbarats, "Réglementations publiques et RSE : des interactions complexes", *Dr. Ouv.* 2006, à paraître.
- (33) Sur ce dernier point, voir par exemple la campagne en faveur du whistleblowing menée par l'ONG Transparency International.
- (34) *L'éthique individuelle, un nouveau défi pour l'entreprise*, ouvrage collectif, L'Harmattan, coll. *Ethique en contextes*, 2005.

- (35) Voir la Préface de M. Bon à l'ouvrage précité (*L'éthique individuelle, un nouveau défi pour l'entreprise...*).
- (36) *La moralisation du monde*, Sciences Humaines, Les grands dossiers, n° 2, mars-avril-mai 2006.
- (37) Sur ces documents : *Chartes éthiques et codes de conduite : état des lieux d'un nouvel enjeu social*, Alpha Etudes, février 2004 ; voir aussi, P. Dupouey, "Le grand formatage ? Lire les chartes", *Cadres-CFDT*, n° 401-402, novembre 2002, p. 51.
- (38) Pour une auteur, "c'est ce qui se développe en France un phénomène de rejet de l'éthique d'entreprise, typique, selon elle, du désamour plus large qui existe dans l'hexagone entre monde économique et milieux intellectuels, voire entre l'entreprise et l'opinion" : F. Cardot, *L'éthique d'entreprise*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2006, p. 37 ; E. Dupin, *Une société de chiens*, Seuil, 2006, p. 16 : "Nous vivrions, paraît-il, au milieu d'entreprises citoyennes qui s'adonneraient, pour les plus vertueuses d'entre elles, au "commerce équitable". Difficile de ne pas réagir à ces contes par un certain cynisme !" ; J. Delga "De l'éthique d'entreprise et de son cynisme" *D., doctrine*, 2004 p. 3126.
- (39) P.-F. Smets, *Ethique ou cosmétique ? Le retour des valeurs dans un monde paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; du même auteur, "L'entreprise "auto-éthique" et responsable", art. précité ; A. Etchegoyen, *Le pouvoir des mots*, Dunod, 1994, p. 73 : "Il faut donc se méfier du discours éthique. Certes on peut comprendre qu'une entreprise ait à définir ses principes pour l'action. Mais quand elle le fait, elle le fait dans son intimité, elle ne le fait pas pour sa communication externe. Car dès que l'éthique devient un enjeu pour la communication, elle dérive vers le *leurre* et le *simulacre* (c'est nous qui soulignons). Et les salariés sont tout interdits de voir afficher des principes et des valeurs qu'ils découvrent placardés dans leurs bureaux plutôt que portés par les comportements. C'est pourquoi je me permets de répéter ce constat empirique : plus une entreprise parle d'éthique, plus je suis inquiet ; moins elle en parle, plus je suis rassuré".
- (40) Ce que l'on craint c'est bien que "l'excès de discours reflète (...) la carence des pratiques" : A. Etchegoyen, *La valse des éthiques*, Paris (Bourin) 1991, p. 122 (réédition en 1998, chez Pocket, coll. *Agora*).
- (41) P. Dupouey, art. précité, p. 54 : "Sur fond de pensée unique et de nouvelle bien-pensance, [l'éthique d'entreprise] retrouve des accents paternalistes que l'on espérait abandonnés". D'ailleurs, les spécialistes de l'éthique n'hésitent pas à reconnaître que "le paternalisme français (...) est un ancêtre direct de l'éthique d'entreprise actuelle (...)" : F. Cardot, *op. cit.*, p. 21.

d'autres, elle ne peut, ni ne doit, avoir de sens dans un système économique et social où le rôle de l'entreprise est seulement de réaliser des profits. Ensuite, parce que la dénonciation y est souvent recouverte d'un voile d'opprobre (même si les Français ne la pratiquent pas moins (42) – mais sans doute pas plus – que les autres (43)). Il suffit d'ailleurs de tendre un peu l'oreille pour entendre encore l'écho de la rude bataille menée au début des années 1980 par le professeur Dupeyroux alors chargé, par le ministre du Travail de l'époque, de tracer quelques pistes pour lutter contre "le travail au noir". Que n'a-t-on entendu, que n'a-t-on lu (44), lorsque l'éminent professeur a proposé d'inciter (financièrement) le salarié, employé clandestinement, à dénoncer son employeur indélicat : trahison, mouchard, corruption de l'esprit républicain, délation... Délation. Le mot, terrible, est lâché et sert de pont avec les périodes les plus sombres de notre Histoire (45). Il est au cœur aujourd'hui encore des discours produits par les plus farouches contempteurs du whistleblowing. L'acte d'accusation peut en effet être résumé ainsi : les dispositifs d'alerte éthique instaurent un système généralisé de délation. Délation donc plutôt que dénonciation. C'est que "les mots ne servent pas qu'à représenter les objets du monde, mais entrent aussi dans des stratégies sociales" (46). La stratégie ici est des plus claires : jeter le discrédit, l'infamie, sur ces dispositifs d'alerte (47). Et pour cela certains de ne pas craindre de convoquer, à l'appui de leur résistance, quelques fantômes du passé. Ceux de Vichy qui hantent toujours la mémoire collective ; ceux, plus anciens (mais non moins effrayants), de la Terreur.

"Acte quasi-héroïque (48), à forte valeur éthique, élément de la réussite de l'entreprise, dont chaque salarié serait le garant" pour les uns (49), la dénonciation professionnelle est acte d'infamie, d'ignominie pour les autres. Et planent encore, toujours, les ombres de Morosov et de Falcone...

Bien évidemment, on ne saurait honnêtement réduire les débats suscités par le whistleblowing à ces deux positions extrêmes. Il en est une autre (peut-être d'ailleurs la plus répandue) qui, tout en refusant de condamner a priori et sans nuances les dispositifs d'alerte, souligne néanmoins les risques importants de dérives que charrient, *par nature*, ces dispositifs (50) et les nécessaires précautions à prendre pour juguler ces dangers (51). Et ceux qui défendent cette position de se souvenir peut-être de ce que la loi de Solon a engendré comme dévoiements et perversions dans la cité athénienne (flot de dénonciations calomnieuses, de faux témoignages, de règlements de comptes, de vengeance...). Les mots, implacables, de Démosthène, portraiturant les sycophantes dévoyés, nouvelle engeance, résonnent à travers le temps (52).

À l'évidence les dispositifs d'alerte éthique ouvrent sur un vaste champ de questionnement où se côtoient des interrogations de type moral, culturel, politique ou managérial. Il ne s'agit pas ici d'investir ces différents terrains. Notre ambition sera plus modeste, notre propos plus limité. Nous nous contenterons de mettre en scène la question de la légalité de ces dispositifs et, chemin faisant, d'identifier quelques difficultés juridiques que leur mise en place ou leur mise en œuvre peut poser.

(42) S. Fontenelle, *La France des mouchards. Enquête sur la délation*, Belfond, 1997.

(43) E. Dior, "Grande-Bretagne : 57 millions de corbeaux ?", *L'Événement* du jeudi, 9 janvier 1997 ; "Fisc Italien : Allô corbeau", *Libération* 30 décembre 1996.

(44) F. Terré, "Le temps des mouchards", *Le Figaro*, 17 janvier 1983 ; cet article est reproduit dans F. Terré, *Le juriste et le politique, Trente ans de journalisme au figaro*, Dalloz, 2003, p. 117.

(45) "On se croirait revenu sous Vichy. Les salariés vont se dénoncer pour des babioles" (P. Mochon, secrétaire CGT de la fonderie Poitou Aluminium, cité dans *Liaisons sociales-magazine*, février 2006, p. 8).

(46) A. Borzeix-B. Fraenkel, *Langage et travail. Communication, cognition, action*, Partis, CNRS éditions, 2001, p. 189.

(47) "La délation est une étiquette infamante apposée sur un comportement ainsi discrédité" (J.F. Gayraud, *op. cit.*, p. 29).

(48) *Le Time magazine* a élu, dans son numéro du 22 décembre 2002, trois whistleblowers (l'un travaillait chez Worldcom, l'autre au FBI, le dernier pour Enron) comme "personnalités de l'année" !

(49) G. Eliet, "Dénoncer est-ce éthique ?", *Les Echos*, 14 janvier 2004.

(50) Service central de prévention et de la corruption, rapport d'activité 2003 (spécialement le chapitre VI consacré au whistleblowing) : "un processus d'alerte peut répondre au souci du respect de la loi ou de l'éthique professionnelle, mais il peut constituer aussi le support d'arrière-pensée de négociier, de discréditer, de nuire, de manipuler qui peut être le cadre d'une opération d'intelligence économique dévoyée. La dénonciation,

potentiellement généralisée, comporte ainsi des limites et des risques certains". Et ailleurs dans le rapport les auteurs d'identifier encore d'autres risques : risque d'une concurrence malsaine et conflictuelle avec les professions soumises à l'obligation de vigilance et de déclaration ; risque de manœuvres diffamatoires ou déloyales ; risque de détournements, de dénonciations utilisées dans un but inavouable. Et de finalement conclure qu'une transposition en France du whistleblowing serait en définitive peu réaliste, et plus encore, que "toute introduction d'une dénonciation à usage général, réalisée à l'initiative du "citoyen salarié" (ou "du salarié citoyen !") se déduisant d'un constat d'incapacité à mettre en œuvre une pratique anti-fraude et anti-corruption au sein des institutions existantes, serait destructrice" !!!

(51) Dans un tout autre domaine (celui de la lutte contre les réseaux mafieux), voir les propos d'un chercheur italien : "je dirai simplement que nos précautions dans l'usage de la délation doivent être à la mesure des risques que comporte l'utilisation de ce procédé. Nous avons connu en Italie de graves abus dans l'instrumentalisation de délateurs, la délation étant un sujet qui se prête à la mystification" ("Cosa Nostra et repentis", entretien avec P. Arlacchi, in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, *op. cit.*, p. 179).

(52) Démosthène (*Contre Aristogiton*) : "Il traverse l'agora, dressant l'aiguillon comme une vipère ou un scorpion, allant de-ci de-là, cherchant des yeux celui auquel il portera un coup, une injure, une calomnie, et qu'il terrorisera pour lui extorquer de l'argent. Dans la ville, on ne le rencontre ni chez le barbier, ni chez les parfumeurs, ni dans aucune autre boutique, mais implacable, vagabond, sans amis, il ignore la reconnaissance, l'amitié, tout ce qui est le propre de l'homme (...)"

II. Le whistleblowing sur la scène du droit du travail

Acte IV. Le dénonciateur, le droit (du travail) et la liberté d'expression

On serait bien en peine d'identifier dans l'espace juridique français une norme dont l'objet, spécifique et exclusif, serait d'interdire, en soi, l'acte de dénonciation (53). Dans l'univers du droit, dénoncer semble relever de l'exercice, sinon d'un droit subjectif, du moins d'une liberté – celle d'expression – bornée, pour l'essentiel (54), par la calomnie (55), l'abus. Au demeurant, l'exploration, même rapide, de cet univers permet de mettre en lumière nombre de figures légitimes de la dénonciation. La plainte ou le témoignage (56) en sont les plus courantes. On y retrouve encore des dispositions qui "reconnaissent" la dénonciation soit en obligeant (57) certains individus, notamment en raison de leur activité professionnelle (commissaires aux comptes (57 bis), avocats (58), banquiers (59), assureurs (60)...) ou de leur statut (fonctionnaires) (61), à dénoncer certains faits dont ils ont pu avoir connaissance dans l'exercice de leur métier (62), soit en incitant certains autres à s'y livrer en organisant la rémunération de leurs activités d'information et de renseignement (indicateurs "professionnels" de police (63)) ou en les faisant bénéficier d'une exemption ou d'une réduction de peine (articles 132-78 et 222-43 du Code pénal). Dans d'autres cas encore, l'acte de dénonciation est "légitimé" par la règle de droit qui

assure au dénonciateur une protection spéciale contre les mesures de rétorsion ou de représailles qui pourraient l'affecter. C'est ce dernier type de reconnaissance juridique de la dénonciation que l'on retrouve, par exemple, dans les articles L 122-45, L 122-46 et L 122-49 du Code du travail, même si le mot dénonciation n'y apparaît pas expressément. Le salarié ne dénonce pas, il relate ou témoigne !... Simple astuce de langage – dont la raison d'être est évidemment à rechercher dans le jugement moral négatif encore souvent attaché au mot "dénonciation" (64) – de même nature que celle qui maquille en "alerte éthique" des dispositifs de dénonciation professionnelle ou qui, en d'autres domaines (comme, par exemple, la protection de l'enfance), fait disparaître la dénonciation au profit du signalement.

C'est donc la liberté d'expression, qui s'enracine dans nombre de normes supra-légales (constitutionnelles (65) ou supra-nationales), qui, en droit, fonde la liberté de dénoncer et implique la protection par le droit de celui qui choisit (sous le contrôle de sa conscience) de l'exercer. C'est dire là, pour revenir sur les terres des relations de travail, que le salarié, qui ne laisse pas (plus (66)) ses droits et libertés fondamentaux – et singulièrement sa liberté d'expression (67) – à la porte de l'entreprise, peut librement (sous réserve de l'abus (68), de la calomnie

(53) Voir en ce sens également, L. Gamet, "Le Whistleblowing (ou le salarié mouchard)", Bull. Joly Sociétés, mars 2006, p. 308.

(54) L'article 10 par. 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme de 1950 autorise les Etats à apporter des limitations à la liberté d'expression dans un certain nombre de cas visés par le texte (limitations nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale, à la protection de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui...). Ce texte fait l'objet d'une interprétation qu'un auteur a pu qualifier d'"ultra libérale" (J.-F. Burgelin, "De la liberté d'expression", D. 2005, Tribune, p. 97)... La justification des limitations apportées par un Etat à la liberté d'expression n'en est évidemment rendue que plus difficile.

(55) Sur l'infraction de dénonciation calomnieuse : article 226-10 du Code pénal.

(56) Le témoignage est en effet très largement considéré comme un visage de la dénonciation ; par exemple, Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ? J.-P. Brodeur – F. Jobard (sous la direction de), éditions Autrement, Collection "Mutations", n° 238, 2005, pp. 7 et s. ; voir aussi, J.-F. Gayraud, *op. cit.*, p. 159 : "Un témoignage, quand il devient précis, comporte toujours en germe une dénonciation volontaire ou non soit d'un fait soit d'un individu". D'ailleurs, dans son sens courant, le verbe témoigner entretient une réelle proximité avec le verbe dénoncer (entendu comme l'action de faire connaître). En effet, le terme désigne, entre autres, l'action de "révéler, de rapporter ce que l'on sait" (Le petit Larousse illustré, 100^{ème} édition, 2005).

(57 bis) L. 225-240 al. 2 du Code de commerce.

(57) Sur les obligations légales de dénoncer : J.-F. Gayraud, *op. cit.*, pp. 148 et s.

(58) Loi n° 2004-130 du 11 février 2004.

(59) Loi n° 90-164 du 12 juillet 1990.

(60) Loi n° 96-392 du 13 mai 1996.

(61) Mais pas seulement : voir l'article L 434-1 du Code pénal qui sanctionne "quiconque ayant connaissance d'un crime dont il

est encore possible de prévenir ou de limiter les effets ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés (...)" aura gardé le silence.

(62) Article L 562-1 et s. du Code monétaire et financier.

(63) Voir l'article 3 de la loi (n° 2004-204) du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

(64) Cf. supra.

(65) Article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen ; article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme ; article 19 du Pacte ONU relatif aux droits civils et politiques signé à New-York le 19 décembre 1966.

(66) "Dans tout salarié, il y a un homme auquel des droits fondamentaux sont reconnus" : J.M. Verdier, "Libertés et travail. Problématique des droits de l'homme et rôle du juge", D. 1988, chron., p. 64.

(67) Plus que l'arrêt *Clavaud* (Cass. soc. 28 avril 1988, Bull. civ., V, n° 257, Dr. Ouv. 1988 p. 249), au raisonnement sinueux, l'arrêt *Pierre* marque une étape décisive dans la consécration de la liberté d'expression du salarié : Cass. soc. 14 décembre 1999, Bull. civ., V, n° 488, p. 362, Dr. Ouv. 2000 p. 247 ; sur cet arrêt, J. Duplat, "Droit d'expression et liberté d'expression des salariés dans l'entreprise", Dr. social 2000, p. 163.

(68) La formule est aujourd'hui classique : "si le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, d'une liberté d'expression à laquelle il ne peut être apporté que des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché, il ne peut abuser de cette liberté (...)" Cass. soc. 2 février 2006, pourvoi n° 04-47786 ; Cass. soc. 14 juin 2005, pourvoi n° 02-47455 ; Cass. soc. 9 novembre 2004, pourvoi n° 02-45830 ; Cass. soc. 5 mai 2004, pourvoi n° 01-45992 ; Cass. soc. 30 octobre 2002, pourvoi n° 00-40868 ; voir aussi, Cass. soc. 6 juillet 2005, pourvoi n° 04-46085 : un salarié abuse de sa liberté d'expression en mettant en cause en termes injurieux et par voie de presse d'autres salariés de l'entreprise.

(69) ou d'une éventuelle obligation, licite, de confidentialité (70)) dénoncer qui il souhaite sans que son acte ne puisse, en principe, lui être imputé à une faute ou motiver quelque représailles que ce soit (71), et cela en dehors même des cas où une protection particulière a été instituée par des normes spécifiques au bénéfice du "dénonciateur-témoin" (72). Quant à l'employeur, libre à lui d'écouter ou non, de tenir compte ou non (73), des informations qui sont portées à sa connaissance par la voie d'une dénonciation.

A première vue, un dispositif d'alerte éthique n'est rien d'autre, rien de plus, qu'un "canal supplémentaire" (74) pour l'exercice de cette liberté d'expression. Reste que ce nouvel outil n'est pas sans poser, sur le terrain du droit du travail, d'importantes questions tant en ce qui concerne sa création que son fonctionnement.

Acte V. **Les supports juridiques du whistleblowing**

On soulignera, sur le premier aspect, que la mise en place d'un tel outil implique à tout le moins une certaine formalisation des règles organisant la réception de la dénonciation, son traitement ou ses conséquences. Cette mise en forme et en règle pose évidemment la question du type de "support" juridique susceptible de l'accueillir (75).

Les normes conventionnelles semblent déjà susceptibles d'accueillir un dispositif d'alerte professionnelle (76). Qu'il entre bien dans le champ de la négociation collective tel que tracé – de manière fort large – par l'article L 131-1 du Code du travail semble hors de discussion. On est bien là dans le domaine des "conditions d'emploi et de travail" des salariés visées par le texte. Certains estiment cependant que "*situés aux confins du pouvoir de gestion et du pouvoir disciplinaire, les codes d'éthique et la procédure d'alerte qu'ils contiennent se marient mal avec l'esprit du droit conventionnel du travail*" (77). D'autres, à rebours, considèrent que "*la participation de représentants des organisations syndicales au traitement des alertes semble nécessaire, sous des formes à définir et à négocier*" (78). Condamner ou accompagner, négocier ou pas, sur quoi, à quelles conditions, voilà quelques questions dont les organisations syndicales ne pourront pas faire l'économie. Du moins, si elles sont sollicitées par les directions d'entreprise pour négocier sur cette question. Or, on sait que les syndicats, aujourd'hui encore, sauf exceptions (79), ne sont associés ni à l'élaboration, ni au suivi, ni au contrôle des "textes éthiques" produits par l'entreprise (80).

Le plus souvent, les dispositifs d'alerte professionnelle (souvent moulés dans une charte

(69) L'analyse du contentieux révèle moult exemples d'accusations jugées mensongères (et donc justifiant le licenciement disciplinaire – pour faute sérieuse, faute grave voire faute lourde – du salarié) : Cass. soc. 4 février 1997, RJS 3/1997, n° 252 (le commentateur anonyme de noter que "si les faits dénoncés [utilisation par l'employeur d'une technique de dépistage du SIDA non fiable pour gagner du temps et de l'argent] avaient été exacts, en dépit du dommage causé à l'entreprise [mise en règlement judiciaire], les salariées auraient fait un exercice non abusif de leur liberté d'expression, dans la mesure où elles auraient agi dans un intérêt supérieur à celui de l'entreprise, celui de la santé publique) ; C. app. Nancy, 3 octobre 2005, SA Sodirem c./ Mme lalève ; C. app. Paris, 21^{ème} ch. B, 10 mars 2005, SARL First Logistique c./ EDDAIF ; C. app. Paris, 21^{ème} ch. C, 26 mai 2005, Association Unacerc c./ Mme Coric ; C. app. Toulouse, 12 décembre 1997, Mme Ishami c./ Comité de coordination pour la promotion sociale (dénonciation, sans fondement, auprès de la CAF de pratiques frauduleuses de l'employeur) ; C. app. Douai, 22 décembre 2000, SARL Sobaudés c./ Mme Coutelard (une salariée accuse son supérieur de tenter d'exercer sur elle un "droit de cuissage") ; C. app. Pau, 18 janvier 2001, Castro c./ Turbomeca (dénonciation calomnieuse au Procureur de la République, de fraudes diverses) ; C. app. Toulouse, 13 juin 2002, Sancami c./ M. Galuppini (plainte injustifiée) ; accusations injustifiées de harcèlement sexuel ou moral : C. app. Paris 21^{ème} ch. C, 13 décembre 2005, Mme Brusson c./ SA Banque SBA ; C. app. Montpellier, 25 septembre 2001, Teste c./ mme Desgre ; C. app. Dijon, 10 décembre 2002, Mme Dalla Torre c./ SA Geodis Calberson.

(70) Il n'est pas admissible qu'une clause de confidentialité couvre l'ensemble des informations concernant, de manière générale, le fonctionnement de l'entreprise et les activités de l'employeur (voir pourtant, C. app. Reims, 16 février 2005, Maury c./ Société E-MAGE-IN).

(71) Tous les actes ou toutes les décisions contraires encourent la nullité.

(72) V. Stulz-M. Montluçon, "Ces salariés qui donnent l'alerte sur les pratiques de l'entreprise : quelle protection en France", Sem. sociale Lamy, 8 décembre 2003, n° 1147, p. 5.

(73) Liberté, il est vrai, toute relative. Il peut en effet lui être difficile d'ignorer certaines informations en raison de leur source dans la mesure où les faits qui sont portés à sa connaissance sont de nature à entraîner sa responsabilité civile ou pénale.

(74) *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 24 et p. 36.

(75) A. Coeuret-N. de Sevin, art. précité, p. 76.

(76) Dont on n'imagine mal qu'elles puissent être négociées à un autre niveau que celui de l'entreprise ou du groupe !

(77) A. Coeuret-N. de Sevin, *ibidem* ; la réticence des syndicats peut également s'expliquer par l'idée que "la dénonciation des dysfonctionnements de l'entreprise relève, non de l'initiative individuelle des salariés, mais de leur pré carré ou de celui des délégués du personnel" (L. Gamet, art. précité, p. 313).

(78) F. Fayol, "Droit d'alerte et whistleblowing. Donner du sens et négocier", Cadres-CFDT, n° 414, avril 2005, p. 42 ; *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 40 : "Il nous semble que l'accord collectif devrait être le support privilégié" ; voir encore les "observations de la CFDT Cadres sur le document de la CNIL concernant les dispositifs d'alerte professionnelle" du 15 décembre 2005. On y lit que "les dispositifs d'alerte professionnelle doivent être négociés avec les délégués syndicaux ou des salariés mandatés".

(79) Exemple de la société Shell France où les cinq syndicats représentatifs ont été associés à la mise en place de "CAP – comité d'application des principes de conduite – éthique" ; sur ce cas, N. Cori, "Abandonner l'anonymat", Libération, 6 mars 2006 ; Liaisons sociales – magazine, mai 2005, p. 48).

(80) P. Dupouey, art. précité, p. 51.

éthique ou dans un code de déontologie (81)) reposent donc sur des normes unilatéralement élaborées par l'employeur. Deux questions se posent alors. On peut d'abord se demander si ces normes relèvent de "*l'ordre juridique positif*" (82) ou si elles ne sont que des normes de gestion "*participant de l'ensemble plus vaste de la pratique du pouvoir de direction*" ? (83) L'enjeu est évident. Pures normes de gestion : elles échappent nécessairement aux garanties mises en place par les règles légales relatives au règlement intérieur (avis des représentants du personnel, communication à l'inspecteur du travail) (84) ; normes juridiques : elles peuvent, sous réserve – ce sera notre seconde question – de considérer qu'elles entrent dans le champ de ce règlement, en bénéficiant. Pour le professeur Supiot, "*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 pater legem quam fecisti, les normes patronales ne participent pas de l'ordre juridique*". Et l'éminent auteur d'ajouter "*qu'en fin de compte, face à une norme patronale, tout se résout pour le juge en un problème d'interprétation de la volonté [de l'employeur]*" (85). Si l'on s'engage sur cette voie, alors il faut considérer que les normes qui formalisent les dispositifs d'alerte professionnelle sont bien des normes juridiques (ce qui n'est pas le cas de toutes celles que l'on trouve habituellement dans les chartes éthiques). En effet, elles consistent généralement en des prescriptions générales et permanentes, instituant un processus de traitement de l'information et des garanties multiples au profit du dénonciateur (confidentialité, protection contre d'éventuelles représailles...) ou du dénoncé (durée de conservation des données, gestion paritaire du dispositif, recours possibles...), que les salariés pourraient opposer à l'employeur dans le cadre d'une instance judiciaire.

Surgit alors une seconde question : faut-il voir dans ces normes juridiques, mises en place unilatéralement

par l'employeur, une adjonction au règlement intérieur (article L 122-39 du Code du travail) soumise à la procédure d'élaboration édictée par l'article L 122-36 du Code du travail ? Les avis sont partagés (86). La réponse semble en fait dépendre de la manière – plus ou moins compréhensive – de comprendre la notion – "*assez floue*" (87) – de "*règles générales et permanentes relatives à la discipline*" employée par l'article L 122-34 du Code du travail. Il semble périlleux d'invoquer, dans un sens ou dans un autre, quelques décisions judiciaires (rendues au fond (88) ou en référé (89)) relatives à la mise en place de codes éthiques dont le contenu était en fait bien plus large que l'édition d'un seul système d'alerte (90). Tout juste soulignera-t-on que s'y trouve défendue, semble-t-il, une conception plutôt large et compréhensive de la notion de discipline. Mais si l'on considère que le dispositif d'alerte professionnelle n'entre pas, en soi, dans l'objet du règlement intérieur tel que le définit l'article L 122-34 du Code du travail, faut-il alors décider que la norme conventionnelle constitue le seul support juridique possible de ces dispositifs ? Sans doute pas si l'on accepte l'idée que l'employeur dispose d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur (91).

Reste que c'est peut-être la mise en œuvre du dispositif d'alerte éthique qui pose aux juristes travaillistes le plus de questions. Si ce nouvel outil ne fait l'objet, en tant que tel, d'aucune disposition spécifique du Code du travail, il n'en reste pas moins que sa mise en œuvre est soumise au respect de certaines normes "générales" (législatives et jurisprudentielles). Ainsi, à n'en pas douter, l'obligation d'information individuelle mise à la charge de l'employeur par l'article L 121-8 du Code du travail trouve déjà, en ce domaine, à s'appliquer. Le dispositif d'alerte éthique devra donc avoir été préalablement porté à la connaissance du salarié, si l'employeur souhaite pouvoir légitimement collecter des informations de nature personnelle par ce biais.

(81) 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.

(82) A. Supiot, *Critique du droit du travail*, PUF, coll. Les voies du droit, 1994, p. 242.

(83) A. Supiot, *op.cit.*, p. 244.

(84) Mais elles restent évidemment soumises aux règles juridiques qui encadrent, qui enserment le pouvoir de direction de l'employeur.

(85) A. Supiot, *op.cit.*, p. 242 et 246.

(86) Pour une réponse positive : A. Coeuret - N. de Sevin, "Les dispositifs d'alerte et le droit du travail français : chronique d'une greffe", RJS 2006, pp. 76 et s. ; V. Stulz - M. Montluçon, art. précité p. 8 ; beaucoup plus réservé, L. Gamet, art. précité, p. 309.

(87) J. Pélissier - A. Supiot - A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 21^{ème} édition, 2004, p. 987.

(88) TGI Versailles, (4^{ème} ch.) 17 juin 2004, Dr. Ouv. 2004, p. 473, note M.-F. Bied-Charreton.

(89) TGI Nanterre (réf.), 6 octobre 2004, Dr. Ouv. 2005, p. 219, note F. Saramito (l'ordonnance suspend la diffusion sur l'intranet de la société d'un code de conduite qui comprenait, entre autres, un système d'alerte au motif que "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, à l'inspecteur du travail et au CHSCT").

(90) D'ailleurs, dans l'affaire jugée par le Tribunal de grande instance de Versailles, la divulgation de certaines informations était, pour les salariés, une obligation, pas une simple faculté !

(91) M. Véricel, "L'employeur dispose-t-il d'un pouvoir normatif en dehors du domaine du règlement intérieur ?", Dr. social 2000, p. 1059.

Acte VI. **Le whistleblowing, outil de contrôle de l'activité des salariés**

Mais le plus remarquable est sans doute ailleurs. En effet, si certains souhaiteraient que ces dispositifs ne soient conçus, et perçus, que comme des instruments au service de la liberté d'expression des salariés, il apparaît, en pratique, qu'ils sont aussi et peut-être surtout de véritables outils de contrôle de l'activité des salariés (92). Outils dont le "champ d'application" est d'ailleurs généralement fort vaste, bien plus en tout cas que ne l'exige la loi américaine *Sarbanes-Oxley*, souvent simple alibi commode et fallacieux pour des directions d'entreprise cherchant à légitimer, à justifier, la mise en place et la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte éthique. Ainsi, a-t-on pu souligner la tentation pour certaines entreprises de faire de ces dispositifs un "service de renseignements généraux" utilisable contre les salariés (93). "A la faveur d'une confusion sur le terme éthique dont l'acception française est plus large que le sens usuel en anglais, certaines entreprises ont pu étendre le champ des dénonciations jusqu'à un contrôle, non plus seulement des comportements délictueux, mais du savoir être de leurs employés" (94). Et voilà le salarié incité à dénoncer, non seulement les fraudes financières ou comptables, mais aussi toute violation par ses collègues des prescriptions, des consignes, des recommandations, du code éthique "maison". Et comme une large majorité de salariés n'est généralement pas en mesure, en position, de connaître des premières... (95).

(92) *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 41 : "La mise en place d'un système d'alerte éthique peut être considérée comme un système de contrôle de l'activité des salariés".

(93) F. Fayol, art. précité, p. 41.

(94) F. Fayol, art. précité, p. 40 ; L. Flament-Ph. Thomas, art. précité, p. 16 : "Dans la pratique, certaines entreprises sont tentées de transformer cet instrument de gouvernement d'entreprise en instrument de contrôle des salariés. Il suffit d'étendre le champ de la dénonciation à l'ensemble des dispositions du code de conduite qui peuvent être particulièrement larges et attentatoires à la vie privée".

(95) L'affaire BSN Glasspack ayant donné lieu à une ordonnance de référé du Tribunal de grande instance de Libourne (15 septembre 2005, reproduite ci-après p. 309) en fournit une belle illustration. Voilà une entreprise qui justifie le dispositif d'alerte éthique par le souci de lutter contre la corruption, les fraudes et malversations comptables alors que l'entreprise compte 320 ouvriers (sur 341 salariés) dont on n'imagine mal qu'ils puissent être en position de dénoncer de tels faits (ce qui est expressément relevé dans les motifs de l'ordonnance de référé). Comme on l'a noté, "la justification paraît-elle d'autant plus maladroite qu'elle n'est sans doute pas conforme à la réalité, l'employeur indiquant (peut-être trop rapidement) dans [une] première note, avant de se raviser, que toute atteinte à l'éthique devait être dénoncée (...)" (L. Gamet, art. précité, p. 311).

(96) Plus largement, J.-L. Denier, "Comité d'entreprise et charte éthique. Quand le sens moral mérite une consultation...", Les Cahiers Lamy du CE, n° 26, avril 2004.

Instrument de contrôle de l'activité des salariés, le dispositif d'alerte éthique doit déjà, en plus d'être porté à la connaissance de chaque salarié (article L 121-8 du Code du travail), donner lieu à une information et à une consultation du comité d'entreprise (article L 432-2-1 alinéa 3 du Code du travail) (96).

Quelle sanction civile (97) appliquer lorsque l'employeur ne respecte pas l'une et/ou l'autre de ces obligations d'information (98) ? Il est de jurisprudence constante que si l'employeur est en droit, en vertu de son pouvoir de direction, de contrôler et de surveiller l'activité de ses salariés pendant le temps de travail, il ne saurait valablement invoquer un élément de preuve obtenu par le biais d'un système de contrôle clandestin (99) (vidéosurveillance (100), filature (101)...). Il ne peut pas non plus reprocher disciplinairement à un salarié son refus d'utiliser, en violation des dispositions d'un règlement intérieur, un tel système de contrôle (102). Reste qu'un dispositif d'alerte éthique ne permet ni de mettre à la charge du salarié une obligation de faire particulière ni véritablement de collecter une preuve de faits répréhensibles. Il est simple réceptacle d'une information... Le fait qu'elle révèle reste, lui, dans tous les cas à vérifier, à prouver. Si l'on suit la voie tracée par la jurisprudence classique, l'on sera conduit à soutenir que l'information obtenue par le dispositif illégalement mis en place doit être jugée irrecevable. Solution de faible portée dans la mesure où ce n'est pas cette information en effet que l'employeur invoquera devant le juge du contrat de travail pour

(97) Le défaut d'information-consultation du comité d'entreprise constitue évidemment, sur le plan pénal, un délit d'entrave (article L 483-1 du Code du travail).

(98) Il semble possible pour le comité d'entreprise de demander au juge des référés de suspendre l'application du dispositif d'alerte éthique tant que l'employeur n'a pas rempli son obligation d'information-consultation. Par exemple, TGI Lyon, réf., 14 févr. 2005, n° RG 05/00021. Dans cette affaire, le juge des référés relève plusieurs irrégularités : la convocation du comité central d'entreprise n'était pas datée (ce qui ne permettait pas de s'assurer que le comité central d'entreprise avait disposé d'un "délai suffisant" pour formuler un avis) ; aucun document n'avait été remis aux membres du comité avec la convocation (le projet de code de déontologie ne lui ayant tout simplement pas été transmis). En conséquence, le juge lyonnais suspend l'application de ce code jusqu'au recueil de l'avis du comité central d'entreprise.

(99) Cass. soc., 23 novembre 2005, n° 03-41401.

(100) Cass. soc. 20 novembre 1991, Bull. civ., V, n° 519, Dr. Ouv. 1992 p. 253.

(101) Cass. soc. 22 mai 1995, pourvoi n° 93-44078 ; système de contrôle qui semble désormais totalement prohibé : Cass. soc. 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42401, Dr. Ouv. 2003 p. 249.

(102) Cass. soc. 6 avril 2004, Dr. Ouv. 2004, p. 378 (en l'espèce, c'est la déclaration obligatoire à la CNIL qui n'avait pas été effectuée par l'employeur. Mais la solution devrait être la même, selon nous, dans le cas où le comité d'entreprise n'aurait pas été informé-consulté sur le système mis en place).

justifier la décision que le salarié conteste. Nulle conséquence alors de lui interdire d'en faire état. En fait, pour être efficace, utile, l'irrecevabilité ne doit pas se limiter à l'information obtenue par l'employeur, mais doit avoir un "rayon d'action" plus ample. Elle doit concerner tous les actes qui sont subséquents, et d'une certaine manière irréductiblement liés, à l'information collectée par le biais du dispositif d'alerte illégal. Et cela concerne d'abord et principalement tous les éléments de preuve que l'enquête et les vérifications engagées par l'employeur à la suite de la dénonciation lui auront permis d'obtenir.

Acte VII. **Le whistleblowing et la protection des droits fondamentaux des salariés**

Mais les dispositifs d'alerte, comme outils de contrôle de l'activité des salariés, posent encore une autre redoutable question : celle de la compatibilité de ces systèmes avec le nécessaire respect des droits et libertés fondamentaux des salariés dans l'entreprise (article L 120-2 du Code du travail). De quels salariés parle-t-on exactement ? De ceux qui dénoncent ou de ceux qui sont dénoncés ? Des deux en fait. Sans oublier qu'un troisième acteur peut voir ses prérogatives fondamentales menacées : le représentant, élu ou désigné, du personnel.

Droits fondamentaux de ceux qui dénoncent d'abord. La liberté d'expression, qui implique en principe la liberté de se taire (liberté qui n'est pas non plus sans limites (103)), semble condamner tout

système d'alerte qui mettrait à la charge des salariés une véritable obligation de dénoncer certains faits (104). Il est vrai que l'article L 120-2 du Code du travail légitime certaines atteintes portées aux droits fondamentaux des salariés dès lors qu'elles sont nécessaires (et pas simplement utiles) à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise (contrôle de justification) et qu'elles ne compromettent pas trop gravement les intérêts des salariés concernés (contrôle de proportionnalité au sens fort de ce mot (105)). Mais l'on ne voit pas, dans le cas qui nous occupe ici, d'hypothèse qui remplirait ces deux conditions.

La liberté d'expression dont le salarié jouit pleinement, dans et hors de l'entreprise, condamne également, nous semble-t-il, toute prétention à l'exclusivité du système d'alerte mis en place. Qu'en instaurant un dispositif d'alerte éthique, l'entreprise escompte limiter les risques de whistleblowing externe, voilà chose qui ne saurait surprendre. Comme en d'autres milieux, l'on préfère ici aussi "laver son linge sale en famille" afin d'éviter que des informations sur des dysfonctionnements, parfois graves, de l'entreprise ne viennent écorner son image et, dans le même temps, ses intérêts commerciaux. Reste que le principe de la liberté d'expression habilite sans conteste le salarié à exercer sa liberté de dénonciation en dehors du canal mis à sa disposition par le dispositif d'alerte éthique. Libre à lui, s'il le juge opportun, de porter l'information à la connaissance de l'inspecteur du travail (106), d'une juridiction (107),

(103) D'abord parce que, dans certains cas, la loi (par exemple, l'article 434-1 du Code pénal) peut obliger à rompre le silence. Mais c'est parfois aussi, le juge qui considère que le silence gardé par le salarié est fautif. C'est le cas, semble-t-il, lorsque la nature des fonctions exercées par le salarié impliquait qu'il réagisse : C. app. Toulouse, 10 août 1995, Marquet c./ SA Compagnie Centrale Sicli / le silence gardé par un cadre de haut niveau sur les agissements d'un salarié s'analyse en "une caution de ces agissements qu'il a laissé se poursuivre pour le plus grand préjudice de la société" ; dans le même esprit : C. app. Dijon, 25 avril 1996, CADAC et de la Haute Marne c./ Chopard : des fonctions de responsabilité n'impliquent pas "la dénonciation à l'employeur des infractions au règlement intérieur pouvant être commises par d'autres salariés qui ne dépendaient pas hiérarchiquement du salarié licencié" ; C. app. Dijon, 2 avril 1996, Dumas c./ SA Société Bourguignonne de Surveillance : commet une faute grave le salarié agent de surveillance qui a toléré l'installation pour les besoins de la vie courante d'un collègue de travail dans l'établissement qu'il devait surveiller.

(104) Voir, Cass. soc. 26 octobre 2005, pourvoi n° 03-41796, à paraître au Dr. Ouv. : obliger un salarié à émettre une opinion ou prendre une position publiquement porte atteinte à la liberté d'expression de l'intéressé. Le ministère de l'Emploi, du Travail et de l'Insertion professionnelle des jeunes a également souligné, dans une lettre adressée à la CNIL, que "l'utilisation des dispositifs d'alerte ne doit pas faire l'objet d'une obligation mais d'une simple incitation. (...) 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".

(105) Le terme de proportionnalité a en effet deux sens. Dans un sens faible, il désigne la juste adéquation entre la mesure prise par l'employeur et la défense de l'intérêt de l'entreprise. Entendu dans ce sens, le contrôle de proportionnalité n'est rien d'autre qu'un aspect, un moment, du contrôle de justification de la mesure patronale. Dire que la mesure est disproportionnée, c'est dire tout simplement que l'intérêt qu'elle poursuit ne la justifie pas dans toute l'étendue, la mesure, qui est la sienne (ce sens faible est malheureusement le plus souvent employé. Source de confusion, il devrait, pensons-nous, être abandonné). Dans son sens fort, le mot proportionnalité désigne l'équilibre qui existe ou doit exister entre la mesure prise par l'employeur et les intérêts du salarié. Dans ce second sens, le contrôle de proportionnalité conduit le juge à se demander si la restriction – quoique justifiée – à la liberté du salarié ne compromet pas trop gravement ses intérêts, si elle n'est pas, pour le dire d'une autre manière, excessive. Sur ces définitions, un incontournable article : A. Lyon-Caen-I. Vacarie, "Droits fondamentaux et droit du travail", in *Droit syndical et droit de l'homme à l'aube du XXI^{ème} siècle, Mélanges en l'honneur de J. M. Verdier*, Dalloz, 2001, pp. 421 et s.

(106) Cass. soc. 14 mars 2000, Bull. civ., V, n° 104, p. 81 : "Le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l'inspecteur du travail, [sans légèreté ni mauvaise foi], des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute".

(107) C. app. Douai, 31 mai 2000, Me Soinnie, liquidateur SARL Cogefor International Artois c./ CGEA Lille ; Mlle Brasse (salariés qui alertent le Tribunal de grande instance sur la situation de la société qu'ils estimaient inquiétante).

des représentants du personnel, du parquet, d'une association (108) ou encore d'un organisme social (109). Et l'on rejoint ici une autre idée forte : les dispositifs de whistleblowing ne peuvent que compléter d'autres voies, d'autres mécanismes de contrôle, sans pouvoir s'y substituer.

Et parmi ces autres "mécanismes" l'on songera immédiatement aux prérogatives fondamentales attribuées par le droit objectif aux représentants, élus ou désignés, du personnel (comme, par exemple, le droit pour les délégués du personnel de présenter des réclamations, article L 422-1 du Code du travail). On ne saurait évidemment admettre que le système de whistleblowing ait pour objet de "court-circuiter" les instances représentatives du personnel. Que le dispositif d'alerte éthique fasse volontairement barrage, d'une manière ou d'une autre, aux attributions de ces représentants et le délit d'entrave sera alors consommé (110). Risque qui peut d'ailleurs inciter certaines directions d'entreprise à s'engager sur le chemin d'une négociation avec les représentants du personnel et à la mise en place d'une gestion paritaire du système d'alerte (modèle Shell France).

Reste une question : les dispositifs de whistleblowing sont-ils de nature à porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux des salariés soumis à son empire (emprise) ? Oui, si l'on en croit l'ordonnance rendue par le juge des référés du Tribunal de grande instance de Libourne le 15 septembre 2005 (111). Reste que l'argumentation qui s'y déploie peut laisser perplexe tant elle peine à faire apparaître en quoi exactement le dispositif de whistleblowing fait naître un dommage potentiel imminent pour les libertés individuelles des salariés, et quelle est la nature exacte des libertés ainsi mises en cause (112). Dans cette affaire, le syndicat CGT du personnel et le comité d'établissement de la société BSN Glasspack demandaient principalement au juge de l'urgence d'interdire à l'employeur d'utiliser le dispositif d'alerte éthique mis en place par l'entreprise et le retrait de deux notes le mettant en oeuvre. Et d'invoquer au soutien de leur prétention "la nécessité

de prévenir un dommage imminent et de faire cesser un trouble manifestement illicite, caractérisé par l'atteinte aux droits et libertés individuels et collectifs" résultant notamment du caractère irrégulier de deux notes de services (violation de l'article L 122-36 du Code du travail), de l'absence d'autorisation préalable de la CNIL, et de la violation de l'article L 121-8 du Code du travail. Refusant de statuer sur les différentes irrégularités soulevées par les demandeurs, le juge des référés n'en fait pas moins droit à leur demande, jugeant que "la seule existence d'un dommage potentiel imminent pour les libertés individuelles de salariés victimes de dénonciations anonymes recueillies par le biais d'un dispositif privé échappant à tout contrôle, sans que l'intérêt de l'entreprise ne permette sérieusement de le justifier, suffit à prononcer les mesures conservatoires qui s'imposent". Mais en quoi précisément, le dispositif mis en place portait-il atteinte aux libertés individuelles des salariés ? Le magistrat saisi met en évidence que la loi Sarbanes-Oxley ne peut pas justifier le dispositif mis en place, contrairement à ce que prétend la direction, dans la mesure où il ne se limite pas seulement aux fraudes ou malversations financières (113), mais englobe plus largement toute atteinte à l'éthique (fraude, vol...) (114). Mais c'est là seulement se placer sur le terrain de la justification d'une atteinte dont il n'est pas encore démontré qu'elle existe. Et l'on ne voit guère en quoi le risque de dénonciation calomnieuse – même accru par la possibilité de dénonciation anonyme – mis en lumière par le juge, constituerait, en soi, une telle atteinte. Elle ne pourrait alors, à suivre le raisonnement déroulé dans l'ordonnance, que résider dans le seul fait que "le dispositif permet l'enclenchement, sur la base d'une dénonciation anonyme, d'une enquête interne pouvant déboucher sur d'éventuelles sanctions sans que le salarié ne puisse bénéficier des droits élémentaires de la défense"... Or, rien n'indique, en l'espèce, que les droits reconnus aux salariés par le droit disciplinaire (article L 122-40 du Code du travail) n'étaient pas

(108) Cass. soc. 18 décembre 2002, RJS 3/2003, n° 326 : "Le fait pour une psychologue affectée à une pouponnière de porter à la connaissance d'une association, confiant des enfants en attente d'adoption à cette même pouponnière, les dysfonctionnements de celle-ci pouvant porter atteinte à la santé physique et mentale des enfants confiés n'est pas en soi fautif" dès lors que les faits rapportés étaient exacts, qu'elle avait averti sa supérieure hiérarchique depuis longtemps et à plusieurs reprises, sans résultat, et qu'aucune concertation n'était plus possible avec l'équipe soignante".

(109) A. Coeuret-N. de Sevin, art. précité, p. 79 : "Imposer le signalement aux salariés paraît bien, dans la conception française des droits fondamentaux, se heurter à l'interdiction dont est porteur [l'article L 120-2 du Code du travail]".

(110) Certains (*Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 37 ; S. Niel, "Quelle est l'éthique de la délation", Les cahiers du DRH, 2005, n° 113) soulignent que

ce risque n'existe pas pour des "systèmes fermés qui ne visent à recueillir que les alertes ou révélations portant sur des sujets qui se situent en dehors de la compétence des instances représentatives du personnel".

(111) RJS 1/2006, n° 4, reproduite ci-après p. 309 ; pour un commentaire sous l'angle de la loi du 6 janvier 1978 : F. Naftalski, « Commentaire de la décision du Tribunal de grande instance de Libourne sur la mise en œuvre d'un dispositif d'alerte éthique à l'aune de la loi "informatique et liberté" », Revue Lamy droit de l'immatériel, décembre 2005, n° 11.

(112) Voir également, les observations de L. Gamet, art. précité, p. 311.

(113) Et le juge de souligner : "Infractions dont on perçoit d'ailleurs difficilement comment les ouvriers de l'usine, destinataires de la note pourraient en avoir connaissance" !

(114) "Le dispositif (...) paraît tout à fait disproportionné par rapport aux objectifs de la loi américaine (...) et aucunement de nature en tout cas à prévenir d'éventuelles malversations financières".

respectés. Et d'ailleurs quand bien même, il eut été établi qu'ils ne l'étaient pas, cela n'aurait sans doute pas permis, en soi, de caractériser une atteinte aux libertés individuelles des salariés (115). Peut-être alors, comme la suggestion a pu en être faite, prudemment et sans grande conviction (116), faut-il comprendre le "droit de se défendre", comme le droit pour le salarié d'être informé dans un délai raisonnable d'accusations portées à son encontre. Ce serait ce "droit de la personne" plus que la liberté individuelle du salarié qui serait mis à mal par le mécanisme d'alerte professionnelle. Suggérons une autre voie.

En institutionnalisant la dénonciation, le dispositif d'alerte éthique, non seulement la banalise, mais plus encore la transforme en modalité normale et respectable de contrôle des salariés. Mieux : il instille, plus ou moins insidieusement, en chaque salarié l'idée qu'il est de la responsabilité de chacun, à son niveau, de participer à la réussite de l'entreprise, que chacun en est d'une certaine manière comptable. Contrôler, surveiller l'autre, les autres, n'est pas, n'est plus, affreux cafardage, mais acte vertueux au bénéfice de l'intérêt de tous ! Même si leurs thuriféraires s'en défendent parfois, les dispositifs d'alerte éthique incitent ainsi insidieusement à la dénonciation (plus qu'ils ne l'autorisent) et promeuvent le contrôle de tous par tous. Chacun est sous le regard de tout le monde, partout ou peu s'en faut, toujours ou presque. *"On dissimule devant ses proches, on fuit les réunions, les conversations, les oreilles connues et inconnues ; même les objets muets et inanimés, les toits et les murs, étaient scrutés avec circonspection"* (117). Ces dispositifs portent ainsi en eux – en germe – le risque de rendre chaque salarié transparent pour tous les autres, de transformer l'entreprise en terrible et invivable structure panoptique aussi destructrice des solidarités collectives – chacun se méfie de tout et de tout le monde – que dangereuse pour l'équilibre mental (118), la liberté individuelle, la vie privée, la dignité, des salariés qui la peuplent. *"Avec le*

panoptique, un assujettissement réel naît mécaniquement d'une relation fictive. De sorte qu'il n'est pas nécessaire d'avoir recours à des moyens de force pour contraindre le condamné à la bonne conduite, le fou au calme, l'ouvrier au travail... (...) Celui qui est soumis à un champ de visibilité, et qui le sait, reprend à son compte les contraintes du pouvoir ; il devient le principe de son propre assujettissement" (119). C'est ce ressort, intime, des dispositifs de whistleblowing qui les rend, au fond, potentiellement attentatoires aux droits et libertés fondamentaux des salariés. Le reconnaître ne conduit pas à condamner tous les systèmes de whistleblowing mais seulement à exiger, pour qu'ils soient valables, qu'ils remplissent la double condition imposée par l'article L 120-2 du Code du travail et la jurisprudence de la Cour de cassation (contrôle de justification et de proportionnalité au sens fort). Ce qui conduit évidemment à se demander dans quels cas, à quelles conditions, dans quelle mesure, un système de whistleblowing peut remplir cette double exigence de justification et de proportionnalité. On pressent déjà que l'intérêt légitime de l'entreprise pourrait consister dans "l'obligation" qui lui est faite de mettre en place un dispositif d'alerte éthique pour répondre aux exigences de tel ou tel texte (par exemple, de la loi Sarbanes-Oxley), dès lors du moins que les modalités de fonctionnement de ce dispositif sont strictement proportionnées à ces exigences, et qu'elles ne portent pas une atteinte trop grave aux droits essentiels des salariés. Reste évidemment à affiner l'analyse. Pour ce faire, il faut se tourner dès à présent du côté de la CNIL.

L'autorité administrative indépendante a apporté à la réflexion sur le whistleblowing, au cours de la dernière année, une importante contribution (120). En effet, la mise en place d'un dispositif d'alerte éthique implique généralement le traitement (automatisé ou non) de données personnelles, ce qui pose la question de sa licéité au regard de la loi "informatique et libertés" du

(115) L. Gamet, art. précité, p. 311.

(116) L. Gamet, art. précité, p. 311.

(117) Propos de Tacite sur les délateurs dans la Rome impériale : cité dans Y. Rivière, "Rome impériale : les délateurs, le prince, le tribunal", in *Citoyens et délateurs. La délation peut-elle être civique ?*, op. cit., p. 29.

(118) *Whistleblowing : quel système d'alerte éthique pour les entreprises françaises ?*, Les Cahiers de l'Éthique, éthique éditions, 2005, p. 42 : les auteurs soulignent un impact possible sur la psychologie des salariés. Cet impact justifie la compétence du CHSCT qui doit être informé et consulté sur la mise en place et en œuvre d'un dispositif d'alerte éthique ; voir aussi, TGI Nanterre (réf.), 6 octobre 2004, précité.

(119) Michel Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975.

(120) Le groupe des autorités européennes de protection des données personnelles (le "groupe de l'article 29" est un organe consultatif indépendant de l'Union européenne créé en vertu de l'article 29 de la directive n° 95/46/CE du

24 octobre 1995), a adopté le 1^{er} février 2006 un avis sur les dispositifs d'alerte professionnelle dans des domaines spécifiques (financier, comptable, bancaire, lutte contre le blanchiment) et ce afin de répondre de manière prioritaire aux inquiétudes des entreprises craignant de ne pas être en mesure de se conformer à la fois aux règles européennes de protection des données personnelles et aux exigences de la loi Sarbanes-Oxley (Opinion 1/2006 on the application of UE data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing atters, fights against bribery, banking and financial crime). Cet avis reprend, pour l'essentiel, les grandes lignes du document d'orientation et de l'autorisation unique émis par la CNIL en novembre et décembre 2005. Les travaux du groupe de l'article 29 vont se poursuivre en vue d'étendre éventuellement la légitimité de ces dispositifs à d'autres domaines. L'objectif est à terme de développer un "modèle européen du whistleblowing" (sur cet avis, JCP, éd. soc., n° 11, 14 mars 2006, 99, p. 6).

6 janvier 1978 (121) et justifie, en principe (122), la compétence de la CNIL.

L'intérêt des préconisations élaborées par la CNIL, dont certaines rencontrent des solutions impliquées par l'application des normes du droit du travail, est double. D'abord, elles sont évidemment importantes sur le terrain de la loi "informatique et libertés" en ce qu'elles renseignent sur les exigences qu'un dispositif d'alerte professionnelle doit remplir pour être jugé compatible avec les dispositions de ce texte. Mais elles fournissent également, même si le champ d'application de la loi de 1978 borne le champ de compétence de la CNIL (à qui il n'appartient donc pas d'apprécier la validité du dispositif d'alerte au regard des prescriptions du Code du travail), quelques pistes sur le terrain du droit du travail et, plus

particulièrement, sur celui, escarpé, des conditions nécessaires pour que le dispositif mis en place puisse passer avec succès le contrôle de justification et de proportionnalité impliqué par l'article L 120-2 du Code du travail et la jurisprudence qui le met en action. C'est que la loi du 6 janvier 1978 et les exigences qu'elle porte (123) croisent, pour une large part, celles qui sont supportées par nombre de dispositions relatives à la protection des libertés fondamentales des salariés (au premier rang desquelles figure l'article L 120-2 du Code du travail) issues du titre V de la loi n° 92-1446 du 31 décembre 1992 *relative à l'emploi, au développement du travail à temps partiel et à l'assurance chômage*. Sans doute, le juge judiciaire et les autorités administratives ne sont-ils pas liés par les préconisations de la CNIL. Il est cependant fort douteux qu'ils s'en écartent trop largement (124).

III. Le whistleblowing mis en scène par la CNIL

Acte VIII. Le temps du rejet

Par deux délibérations (125), fort médiatiques, du 26 mai 2005, la CNIL va refuser de délivrer aux sociétés McDonald's France et CEAC, l'autorisation (126) de mettre en place des dispositifs d'alerte éthique (127). Dans les deux cas, la CNIL motive son refus en termes identiques. Elle commence son examen de la conformité des dispositifs présentés à la loi du 6 janvier 1978 par l'énonciation d'un message fort : *"la mise en œuvre par un employeur d'un dispositif destiné à organiser auprès de ses 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 (...) une réserve de principe au regard de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, et en particulier de son article 1^{er}". Puis, pour étayer son refus, elle observe d'abord que la possibilité de réaliser une alerte éthique de façon anonyme, prévue par les deux systèmes en cause, ne peut que renforcer les risques de dénonciation calomnieuse. Elle relève ensuite que les dispositifs présentés sont disproportionnés au regard des objectifs poursuivis et des risques de dénonciations calomnieuses et de stigmatisation des

(121) Modifiée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*.

(122) Encore faut-il pour que la loi du 6 janvier 1978 s'applique que le responsable du traitement (au sens de l'article 3 de cette loi) soit établi sur le territoire français ou utilise des moyens de traitement situés sur le territoire français. Sur ce point et les difficultés qui peuvent se poser : L. Gamet, art. précité, p. 314 ; dans sa FAQ (question n° 9), mise en ligne sur son site internet le 1^{er} mars 2006, la CNIL souligne qu'"il est vrai que la mise en place d'un dispositif d'alerte peut avoir été imposée par la maison mère du groupe, établie à l'étranger, et que la société française n'a qu'une marge de manœuvre restreinte dans sa mise en œuvre. Il peut même être prévu que les alertes soient ainsi collectées directement auprès de la maison-mère, ou par le prestataire désigné par celle-ci. Une organisation de la collecte à l'étranger ne conduit pas à exclure l'application de la loi du 6 janvier 1978. En effet, la société française est seule compétente pour respecter les procédures de consultation des instances représentatives du personnel et d'information individuelle des salariés, organiser le traitement des données lors de la vérification des faits réalisée en son sein, ordonner et faire appliquer les mesures correctives nécessaires pour remédier à des dysfonctionnements, et éventuellement sanctionner leurs auteurs. L'autonomie de la société française dans l'organisation du traitement des alertes, même si elle n'est parfois que relative à certains stades de ce processus, reste suffisante pour justifier sa qualification de responsable de traitement".

(123) La CNIL doit ainsi s'assurer que les dispositifs qui lui sont présentés ne "portent atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques" (article 1^{er} de la loi du 6 janvier 1978).

(124) Des auteurs (A. Coeuret-N. de Sevin, art. précité, p. 79) parlent d'une "convergence probable" entre les préconisations de la CNIL et "ce qu'un inspecteur du travail pourra décider en la matière, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir".

(125) Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle ; Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de la Compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise en œuvre d'un dispositif de ligne éthique.

(126) Lorsqu'ils sont automatisés, les dispositifs d'alerte éthique doivent faire l'objet d'une autorisation dans la mesure où ils sont "susceptibles, du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités, d'exclure des personnes du bénéfice d'un droit, d'une prestation ou d'un contrat en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire" (article 25 I 4° de la loi du 6 janvier 1978). Dans les affaires McDonald's France et CEAC, il était établi que les dispositifs concernés pouvaient, dans certaines circonstances, conduire l'employeur à exclure des employés considérés fautifs du bénéfice de leur contrat de travail en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire encadrant ce type de traitement.

(127) Sur ces refus, Bref social n° 14416 du 4 juillet 2005.

employés objet d'une telle alerte éthique... Et de souligner que d'autres moyens prévus par la loi existent d'ores et déjà afin de garantir le respect des dispositions légales et des règles fixées par l'entreprise. Enfin, ajoute-t-elle, les employés objet d'un signalement ne sont pas, par définition, informés dès l'enregistrement de données mettant en cause leur intégrité professionnelle ou de citoyen, et n'ont donc pas les moyens de s'opposer à ce traitement de données les concernant. Dès lors les modalités de collecte et de traitement de ces données ne peuvent être considérées comme loyales au sens de l'article 6 de la loi de 1978.

La position de la CNIL, si elle ne semblait pas fermer totalement la porte aux dispositifs de whistleblowing (elle n'émet au final qu'une "réserve de principe"), n'en posait pas moins question au regard de la compatibilité entre le droit français et les obligations imposées par la loi américaine Sarbanes-Oxley. Et nombreux furent ceux (128) qui soulignèrent qu'elle mettait certaines entreprises, coincées entre le marteau américain et l'enclume française (129), dans une situation fort difficile, sinon intenable.

Acte IX. **Un changement de ton**

Consciente des difficultés, des incertitudes, engendrées par sa position, la CNIL va très vite engager un large processus d'information et de discussion avec les autorités américaines (*la Securities and Exchange Commission* (130)) et européennes compétentes ainsi que les sociétés françaises intéressées, les organisations syndicales, les ministères concernés, les représentants des entreprises. Résultat (provisoire) de cette ample consultation : un document d'orientation (131) pour la mise en œuvre de dispositifs d'alerte professionnelle, adopté le 10 novembre 2005 (publié le 15) dans lequel la CNIL précise, affine, sa "doctrine" (132). La Commission y définit ainsi les principales règles qu'elle recommande aux entreprises d'adopter en matière d'alerte

professionnelle et les conditions de conformité de ces dispositifs à la loi "informatique et libertés" (133).

Ce qui retient d'abord l'attention, c'est le changement de ton – plus que la volte-face (134) – de la CNIL. La Commission souligne dans son document d'orientation qu'elle n'a pas d'opposition de principe à la mise en place de tels dispositifs "dès lors que les droits des personnes mises en cause directement ou indirectement dans une alerte sont garantis au regard des règles relatives à la protection des données personnelles". Cela tranche évidemment avec la "réserve de principe" émise quelques mois plus tôt.

Vient ensuite une liste de préconisations plus précises relatives à la durée de conservation des données (point 9), à l'information de la personne dénoncée (point 10), à la structure en charge du traitement des données recueillies (point 7), à la diffusion auprès de ses utilisateurs d'une information claire et précise sur le dispositif mis en place (point 4)... Il n'est pas question ici de les reprendre (et de les commenter) une à une (135). Retenons-en seulement deux aspects importants. Mais avant d'y venir, redisons ici que ces préconisations (celles que nous allons succinctement développer et les autres), si elles intéressent d'abord et directement la loi du 6 janvier 1978, pourront également servir de guide au juge du contrat de travail lorsqu'il aura à se demander si le système qui est mis en débat devant lui, et dont la licéité est contestée, remplit ou non les exigences de justification et de proportionnalité posées par l'article L 120-2 du Code du travail.

Acte X. **Légitimité du système de whistleblowing au regard de la loi de 1978**

La CNIL considère que les systèmes d'alerte éthique ne sauraient constituer, pour les entreprises, un mode normal de signalement des dysfonctionnements à part égale avec les modes de signalement gérés par des

(128) P. Descheemaker, "Nouvelles régulations internationales des sociétés cotées : les principales dispositions du Sarbanes-Oxley Act of 2002", Bull. Joly Sociétés 2003, p. 5.

(129) F. Flament-Ph. Thomas, art. précité, p. 15.

(130) Ainsi, le 29 juillet 2005, la CNIL demande aux autorités boursières américaines, si elles envisageaient d'utiliser leurs pouvoirs de sanction à l'égard d'entreprises françaises qui n'auraient pas rempli leurs obligations à la date du 31 juillet ou du 31 août, de leur accorder un délai supplémentaire de trois mois afin que les discussions en cours permettent d'élaborer une solution adaptée et satisfaisante pour toutes les parties intéressées : "Lignes éthiques, whistleblowing : la CNIL prépare des recommandations à l'usage des Entreprises", CNIL, Echos des séances, 28 septembre 2005.

(131) La forme de la délibération a été volontairement évitée "afin de garder un maximum de souplesse pour l'examen au cas par cas d'autorisations de dispositifs d'alerte professionnelle".

(132) Lire les propos d'Hubert Bouchet, in CNIL, 26^{ème} rapport d'activité, 2005, La documentation française, 2006, p. 59 ; le 1^{er} mars 2006, la CNIL a également mis en ligne sur son site

internet une FAQ relative aux dispositifs d'alerte professionnelle. Ce document, fort complet et fort précis, a pour objet de permettre aux responsables des dispositifs d'alerte éthique de clarifier leurs obligations afin de bénéficier d'une procédure déclarative très simplifiée.

(133) Liaisons sociales - Quotidien, 17 novembre 2005, n° 14502.

(134) "La volte-face de la CNIL sur le whistleblowing", Sem. soc. Lamy, 21 nov. 2005, n° 1237, p. 2. Volte-face ou changement de ton, tout dépend évidemment de la portée, du sens, que l'on attribue aux mots "réserve de principe" (et non "opposition de principe") employés par la CNIL dans ses délibérations du 25 mai 2005.

(135) Pour une présentation synthétique : M. Carles, "Systèmes d'alerte éthique" : des précautions à prendre", NVO 16 décembre 2005, p. 23 ; Liaisons sociales-Quotidien, 17 novembre 2005, n° 14502 ; Sem. soc. Lamy, 21 nov. 2005, n° 1237, p. 2 ; M.-C. Tual, "Dénonciation des salariés : la CNIL pose ses conditions", Les Cahiers Lamy du CE, n° 4412, 2005 ; voir aussi, la FAQ relative aux alertes professionnelles mise en ligne par la CNIL le 1^{er} mars 2006 sur son site internet.

personnes dont les fonctions ou les attributions consistent précisément à repérer et traiter de tels dysfonctionnements. De tels systèmes ne peuvent donc, à suivre la CNIL, qu'être complémentaires (et facultatifs pour les salariés ! (136)) des modes de signalements "classiques" : voie hiérarchique, représentants du personnel, inspection du travail... L'on retrouve là une solution déjà impliquée par l'application des règles du droit du travail. Et la Commission d'en déduire que ce dispositif d'alerte doit nécessairement être limité dans son champ. Les dispositifs à portée générale et indifférenciée soulèvent ainsi une difficulté de principe au regard de la loi du 6 janvier 1978 eu égard aux risques de mise en cause abusive ou disproportionnée de l'intégrité professionnelle, voire personnelle, des employés concernés. Ce faisant, la CNIL considère qu'au regard de l'article 7 de la loi "informatique et libertés", les dispositifs d'alerte ne peuvent être légitimes que dans deux cas : soit le responsable du traitement est soumis à une obligation législative ou réglementaire de droit français imposant la mise en place de tels dispositifs (137) (article 7-1°) ; soit ce responsable établit qu'il a un intérêt légitime (article 7-5°) à mettre en place un tel système, et sous réserve, on y revient, de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée. C'est cet intérêt légitime que les entreprises situées en France et soumises, à un titre ou à un autre, aux obligations de la loi Sarbanes-Oxley (138), pourraient invoquer selon l'autorité administrative indépendante. Voilà le chemin (clairement) tracé pour le juge judiciaire ou administratif chargé de se prononcer sur la compatibilité du dispositif mis en place avec les articles L 120-2 ou L 122-35 du Code du travail.

Soulignons que dans les hypothèses où il entrerait dans les cas visés par l'article 7-1° et 7-5°, le dispositif

d'alerte pourra bénéficier d'une autorisation unique (139), sous réserve du respect des autres règles préconisées par la CNIL (mais un contrôle *a posteriori* par la CNIL dans le cadre de ses pouvoirs de contrôle et de sanctions est toujours possible) (140). Pour tous les autres dispositifs, la CNIL conduira une analyse au cas par cas, dans le cadre de ses pouvoirs d'autorisation, de la légitimité des finalités poursuivies et de la proportionnalité du dispositif d'alerte envisagé (141).

Acte XI. "Anonymographe" et protection du lanceur d'alerte

Incontestablement, un des principaux risques engendrés par les systèmes de whistleblowing est le risque de dénonciation calomnieuse (l'alerte serait moins outil éthique qu'instrument de règlements de comptes). Comment le conjurer ? D'abord (point 3 du document d'orientation), en incitant les salariés à dénoncer non pas des individus mais des situations (à l'instar de ce que prévoit par exemple l'article 40 du Code de procédure pénale...). Mais aussi, sans doute et principalement, en obligeant le lanceur d'alerte à s'identifier. Comme elle l'avait fait dans ses délibérations du mois de mai 2005, la CNIL souligne, à juste titre, "que la possibilité de réaliser une alerte de façon anonyme ne peut que renforcer le risque de dénonciation calomnieuse" (142). Aussi, continue-t-elle, "l'organisation ne doit pas inciter les personnes ayant vocation à utiliser le dispositif à le faire de manière anonyme et la publicité faite sur l'existence du dispositif doit en tenir compte" (143). A l'inverse, l'obligation pour le lanceur d'alerte de s'identifier ne peut, à en croire le document d'orientation, que contribuer à une utilisation "responsable" du dispositif mis en place (144).

(136) "L'utilisation par les personnels d'un dispositif d'alerte légitimement mis en œuvre ne peut revêtir qu'un caractère non obligatoire" (CNIL, Document d'orientation, 10 nov. 2005, point 1 dernier paragraphe).

(137) Exemple donné par la CNIL : arrêté du 31 mars 2005 modifiant le règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière du 21 février 1997.

(138) Voir aussi la recommandation de la Commission européenne du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non exécutifs et des membres de conseil de surveillance des sociétés cotées et les comités du conseil d'administration et de surveillance ; Convention OCDE 17 décembre 1997 (ratifiée par la loi n° 99-424 du 27 mai 1999) contre la corruption.

(139) Délib. CNIL n° 2005-305, 8 déc. 2005, Sem. soc. Lamy, 16 janvier 2006, n° 1244, p. 4 ; V. Dubaile - B. Ducoulombier, "Feu vert sous conditions pour les lignes d'alerte éthique", Les petites affiches, 6 février 2006, n° 26, p. 3 ; L. Rapp-R. Perray, "whistleblowing ou dénonciation : la CNIL sépare le bon grain de l'ivraie", Revue Lamy droit de l'immatériel, mars 2006, n° 14 ; F. Naftalski-F. Raynal, « La délibération de la CNIL du 8 décembre 2005 : des principes aux difficultés pratiques », revue Lamy droit de l'immatériel, février 2006, n° 13.

(140) Cette décision d'autorisation unique du 8 décembre 2005 vaut, sous certaines conditions, autorisation de transfert des données vers des pays n'appartenant pas à l'Union

européenne (nécessaire en cas de transmissions d'informations vers les Etats-Unis, par exemple).

(141) Et la CNIL de préciser encore "qu'afin de prévenir un usage détourné du dispositif d'alerte pour dénoncer des faits sans rapport avec les domaines définis *a priori*, le responsable de ce dispositif doit clairement indiquer qu'il est strictement réservé à de tels domaines et doit s'interdire d'exploiter les alertes qui y sont étrangères, sauf si l'intérêt vital de l'entreprise, l'intégrité physique ou morale de ses employés est en jeu".

(142) Voir aussi, la question n° 12 dans la FAQ *relative aux alertes professionnelles* mise en ligne par la CNIL le 1^{er} mars 2006 sur son site internet.

(143) Mais consciente de la réalité des dénonciations anonymes et de la difficulté de ne pas les traiter, la CNIL souligne (point 3) que le traitement de telles alertes est possible à condition de s'entourer de précautions particulières et notamment un examen préalable, par leur premier destinataire, de l'opportunité de leur diffusion dans le cadre du dispositif.

(144) La CNIL identifie plus précisément trois avantages : "éviter les dérapages vers la délation et la dénonciation calomnieuse ; organiser la protection du lanceur d'alerte contre d'éventuelles représailles ; assurer un meilleur traitement de l'alerte en ouvrant la possibilité de demander à son auteur des précisions complémentaires" (point 3).

Reste que cette identification peut faire craindre au lanceur d'alerte qu'elle facilite l'exercice d'éventuelles représailles. Un tel danger, à n'en point douter, existe (145). L'expérience américaine à cet égard ne rassure guère. Ainsi a-t-on pu noter un écart considérable entre la législation en vigueur et la protection effective des whistleblowers (146). Quand les exigences économiques, financières, commerciales occultent l'exigence éthique (147)... Aussi, si l'on veut éviter que la figure de "l'anonymographe" (148) se répande, il faut que le lanceur d'alerte soit certain que son geste n'engendrera pour lui aucune conséquence préjudiciable (sanction plus ou moins déguisée, mise à l'écart...). Comme le note la CNIL (point 3), *"la protection de l'émetteur de l'alerte est une exigence consubstantielle à un dispositif d'alerte"*. Et de préciser seulement (149) que l'identité de l'émetteur doit être traitée de façon confidentielle, ne pouvant pas, en particulier, être communiquée à la personne mise en cause. Sage précaution sans aucun doute.

Et le rideau de tomber (provisoirement)

Comme d'autres, le juriste doit se méfier des objets à la mode (et le whistleblowing l'est assurément). C'est que les enjeux qu'ils soulèvent, l'intérêt pratique ou

théorique des questions qu'ils posent ne sont pas toujours à la hauteur de l'énergie déployée et du fracas suscité. Rien de tel, croyons-nous, avec le whistleblowing. Tout porte à penser que les dispositifs d'alerte professionnelle – qui s'enracinent dans un véritable mouvement de fond (la promotion de l'éthique d'entreprise et de l'éthique individuelle) de nos sociétés néolibérales (150) – vont continuer, dans les temps qui viennent, à être mis en place et en œuvre par un nombre toujours croissant d'entreprises. Or, ces dispositifs posent indéniablement aux juristes de difficiles et d'importantes questions (dont nous n'aurons pas la prétention d'avoir fait le tour dans cet article). La CNIL a posé, en France (151), les premières pierres d'un régime juridique du whistleblowing. Elle en posera certainement d'autres (152). Reste que ce régime est encore, pour une bonne part (principalement celle qui relève du droit du travail), à construire (153).

Gageons ainsi que la pièce dont le whistleblowing est le sujet principal se jouera, sur la scène du droit (comme en d'autres théâtres), plus d'une saison. En attendant donc la prochaine représentation...

Patrice Adam

(145) Sur les représailles qui touchent les salariés qui souhaitent s'élever contre des pratiques répréhensibles, voire délictueuses, de leur entreprise ou de leur administration : André Cicoletta - Dorothee Benoit-Browaews, *Alerte santé*, Fayard, 2005 ; voir aussi, C. Didier, *art. précité*.

(146) G. Even-Granboulan, "Quel avenir pour le whistleblower", in *L'éthique individuelle, un nouveau défi pour l'entreprise*, ouvrage collectif, L'Harmattan, coll. Ethique en contextes, 2005, p. 43 : "Les préjugés demeurent et être moral ne paie pas puisque les mesures de représailles l'emportent, y compris de la part d'organismes qui sont créés dans les entreprises et auxquels peuvent s'adresser les whistleblowers, mais qui servent davantage à les encadrer, les contrôler, voire à prendre des mesures contre eux une fois qu'ils sont repérés" !

(147) Service central de prévention et de la corruption, Rapport d'activité 2003 (spécialement le chapitre VI consacré au whistleblowing) : "Les valeurs de respect du droit affichées au sein de l'entreprise se doublent en effet du nécessaire (et prioritaire) respect des objectifs centraux relatifs à la conquête des marchés, à la rentabilité, à la construction d'une vie sociale rythmée par des influences de nature purement commerciale. Ces influences, durement conquises sur la clientèle par les grandes sociétés productrices de biens et de

services, et toujours remises en cause par la concurrence, s'accommodent mal des interrogations éthiques ou professionnelles de tel salarié qui constaterait un détournement de fonds, des malversations, des faits de corruptions...".

(148) C'est le nom donné, en 1923, par le Docteur Edmond Locard aux malades chroniques de la dénonciation anonyme (voir J.-F. Gayraud, *op. cit.*, p. 250).

(149) La CNIL considère qu'elle n'a pas à se prononcer sur les moyens d'assurer cette protection.

(150) G. Lipovetsky, "L'âme de l'entreprise : mythe ou réalité ?" in *Métamorphose de la culture libérale*, Liber 2002, pp. 66 et s.

(151) Rejointe sur le plan européen par le Groupe de l'article 29.

(152) Une réaction négative – qui semble tout de même peu probable – de la *Securities and Exchange Commission* aux préconisations élaborées par la CNIL pourrait la conduire à remettre son ouvrage sur le métier.

(153) Est annoncée la formulation par le ministère délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes de propositions relatives à l'encadrement par le droit du travail de ces systèmes de whistleblowing (voir la FAQ (question n° 20) mise en ligne par la CNIL le 1^{er} mars 2006 sur son site internet).

Université Paris I

Séminaires "Procès du travail, travail du procès"

L'office du juge en droit du travail

(sous la présidence du professeur Jacques Normand)

Lundi 19 juin 2006 de 9 h à 18 h

Ecole Normale Supérieure (ENS) - 29 rue d'Ulm 75005 Paris - Entrée libre