

Paris, le 2 juillet 2015

Décision du Défenseur des droits MLD-2015-151

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits et notamment son article 5 ;

Vu le décret n°2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu le code du travail ;

Vu la décision MLD-2014-124 ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Après un examen des dispositifs d'alerte interne de lutte contre les discriminations, le Défenseur des droits décide de formuler huit recommandations générales dans la note ci-après annexée.

Les recommandations sont les suivantes :

- Respecter les critères d'autorisation de la CNIL ;
- Asseoir la légitimité du dispositif par une consultation des institutions représentatives du personnel ;
- Faciliter l'accès au dispositif et garantir son indépendance ;
- Faire connaître le dispositif et garantir son efficacité par une large campagne d'information et de communication ;
- Garantir un traitement impartial et juridique de l'alerte ;
- Garantir une protection des salariés lanceurs d'alerte, mis en cause et opérateurs du dispositif ;
- Garantir un traitement effectif des alertes ; Mettre en place un suivi sur son efficacité.

Jacques TOUBON

Recommandations générales sur les dispositifs d’alerte professionnelle dans le cadre de l’article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011

1. Selon un rapport au ministre délégué à l’emploi, au travail et à l’insertion professionnelle de janvier 2007, un dispositif d’alerte professionnelle – ou « procédure d’alerte » ou « alerte éthique » – constitue : « Un ensemble de règles organisant la possibilité pour un salarié ou toute personne exerçant une activité dans une entreprise de signaler au chef d’entreprise ou à d’autres personnes désignées à cet effet :
 - Des actes contraires à des dispositions législatives ou réglementaires, aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables à l’entreprise ou à des règles d’origine éthique ou déontologique, qui nuisent gravement au fonctionnement de l’entreprise ;
 - Des atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;
 - Des atteintes à la santé physique et mentale des salariés ».
2. La mise en place de tels dispositifs trouve son origine dans le droit américain du début du XXIème siècle, suite à des scandales financiers ayant conduit à la faillite de grands groupes américains tels que Worldcom ou Enron. Ces scandales ont conduit à replacer la réflexion éthique au cœur de l’entreprise.
3. C’est donc au vu de ce contexte, qu’une loi sur la sécurité financière du 30 juillet 2002, dite « Sarbanes-Oxley », a été adoptée et a introduit l’obligation pour les sociétés cotées en bourse de mettre en place un système de « whistleblowing » – littéralement, celui qui donne un coup de sifflet – permettant aux salariés d’effectuer de façon confidentielle et anonyme des remontées d’informations concernant les fraudes ou les malversations comptables ou financières dont ils auraient connaissance.
4. Les dispositions de cette loi s’imposaient aux filiales françaises des grands groupes américains et à toute société française cotée en bourse sur le territoire américain. Le droit français a donc dû prendre en compte ce souci de transparence et de meilleure gouvernance des entreprises, suite également à plusieurs recommandations ou principes émanant de l’Union européenne ou d’organisations internationales telles que l’OCDE ou l’ONU.
5. Tel fût notamment l’objet de la loi n°2003-706 du 1er août 2003 relative à la sécurité financière qui a instauré pour l’ensemble des sociétés anonymes de nouvelles obligations de contrôle interne et a modernisé les autorités de contrôle (autorité des marchés financiers).
6. Face à ces nouvelles obligations et à l’engagement plus fréquent de la responsabilité de l’employeur, les entreprises françaises ont progressivement adopté des chartes éthiques et des codes de bonne conduite, fixant pour les salariés un ensemble de règles de conduite à adopter dans l’exercice de leur activité professionnelle. Ces chartes éthiques se sont ensuite accompagnées de la mise en place de dispositifs d’alerte professionnelle dans certaines entreprises afin de collecter et enregistrer les plaintes des salariés.
7. L’ensemble de ces dispositions dites éthiques participent d’une démarche de prévention des risques et expriment également la construction d’une véritable responsabilité sociale de l’entreprise. La mise en place des dispositifs d’alerte s’inscrit

dès lors dans la politique générale de l'entreprise en matière de prévention de l'atteinte aux droits des salariés.

8. Si ces dispositifs d'alerte professionnelle ne sont pas encadrés par un dispositif juridique propre, ils n'échappent pas pour autant au droit. Ainsi, plusieurs règles juridiques touchant différents domaines du droit (droit du travail, droit pénal des affaires, etc.) leur sont applicables.
9. Les dispositifs d'alerte, de par leur nature, entraînent la collecte de données à caractère personnel et s'est alors posée la question de leur compatibilité avec la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, dite informatique et libertés. Au sens de l'article 25-I 4° de cette loi, ils peuvent prendre la forme de traitements automatisés de données à caractère personnel¹ et doivent ainsi être autorisés par la Commission nationale de l'informatique et des libertés.
10. Après avoir censuré courant 2005 deux projets de dispositifs², la CNIL a fixé les conditions réglementaires de mise en place de tout dispositif d'alerte professionnelle en France. Ainsi la délibération n°2005-305 du 8 décembre 2005 institue une autorisation unique, dite AU-004³, qui énonce un certain nombre de critères de conformité auxquels doivent répondre les dispositifs. Conformément aux dispositions importées de la loi Sarbanes-Oxley, le champ d'application de l'AU-004 est limité aux domaines financier, comptable, bancaire et de lutte contre la corruption.
11. Lorsqu'un dispositif ne répondait pas aux conditions de conformité prescrites ou visait un domaine hors champ de l'AU-004, une demande d'autorisation spécifique devait être formulée auprès de la CNIL.
12. À partir de 2008, en lien avec la mise en place du label diversité de l'AFNOR et donc l'aménagement de dispositifs d'alerte anti-discrimination, la CNIL a été amenée à traiter de nombreuses demandes d'autorisations spécifiques relatives à des domaines n'entrant pas dans le champ d'application de l'AU-004 et ne pouvant dès lors se prévaloir de formalités simplifiées.
13. Face à la multiplication de telles demandes et la mise en lumière, par la Cour de cassation⁴, des difficultés d'interprétation de certaines dispositions de l'AU-004, la CNIL a modifié le texte et a étendu l'autorisation unique aux pratiques anticoncurrentielles⁵, puis, par une délibération n°2014-042 du 30 janvier 2014, à la lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail, à la santé, l'hygiène et la sécurité au travail ainsi qu'à la protection de l'environnement.
14. Les dispositifs d'alerte sont ainsi davantage devenus un outil de dénonciation individuelle qu'un élément inscrit dans une politique globale de prévention des discriminations. .

¹ « Les traitements automatisés 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 »

² 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

³ Art. 25 II de la loi du 6 janvier 1978 : « (...) les traitements qui répondent à une même finalité, portent sur des catégories de données identiques et ont les mêmes destinataires ou catégories de destinataires peuvent être autorisés par une décision unique de la commission. Dans ce cas, le responsable de chaque traitement adresse à la commission un engagement de conformité de celui-ci à la description figurant dans l'autorisation »

⁴ Cass. soc., 8 décembre 2009, n°08-17191

⁵ Délibération CNIL n°2010-369 du 14 octobre 2010

15. La multiplication dans les entreprises ou les administrations de ces dispositifs d'alerte professionnelle anti-discrimination soulève la question, non seulement de leur conformité aux prescriptions de la CNIL, visant la protection des données personnelles et le refus de toute « délation organisée », mais également celle de leur efficacité au regard de la protection des droits des salariés en situation de discrimination ainsi que de ceux qui sont concernés directement ou indirectement par l'organisation et le fonctionnement de ce dispositif.
16. Au titre de sa compétence en matière de lutte contre les discriminations définie à l'article 3 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits - à l'instar de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) dont il a repris les missions⁶ - peut contrôler l'efficacité des dispositifs d'alerte de lutte contre les discriminations en formulant des recommandations, individuelles ou générales, auprès des organismes concernés.
17. Il convient de souligner que, conformément au droit communautaire⁷ et à l'article 1er de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 auquel renvoie l'article L.1132-1 du code du travail relatif au principe général de non-discrimination, le harcèlement fondé sur un critère de discrimination ainsi que le harcèlement sexuel constituent des formes de discrimination. La compétence du Défenseur des droits s'étend ainsi à de telles situations.
18. C'est dans l'exercice de cette compétence que par une délibération n°2007-371 du 17 décembre 2007, la HALDE avait formulé, dans le cadre d'une recommandation générale, certaines mesures afin notamment de renforcer l'efficacité des dispositifs d'alerte en matière de lutte contre les discriminations à raison de l'orientation sexuelle des salariés.
19. Plus récemment, le Défenseur des droits a décidé de se saisir d'office⁸ afin d'examiner la pertinence, l'efficacité et le fonctionnement du dispositif d'alerte de lutte contre les discriminations mis en place au sein de la société Disneyland Paris. Après consultation du collège compétent et par décision MLD/2014-124 du 4 décembre 2014, le Défenseur des droits a formulé plusieurs recommandations visant à renforcer l'efficacité du dispositif existant, au regard de la protection des droits des salariés.
20. La mise en place d'un tel dispositif peut répondre à divers objectifs, tels que la prévention des discriminations, des risques de contentieux, etc. L'un des principaux objectifs réside également dans la volonté de répondre aux exigences du cahier des charges du label diversité qui prévoit, dans son article 2.4 : « *l'organisme doit mettre en place une cellule d'écoute et de traitement des réclamations internes ou externes portant sur des discriminations supposées ou avérées* ».
21. Il convient cependant de préciser que pour que ces dispositifs soient réellement efficaces en matière de lutte contre les discriminations, leur mise en place par les entreprises ne doit pas se limiter à une volonté d'obtention du label diversité mais doit s'inscrire dans une démarche sincère de prévention et de promotion.

⁶ Art. 44 loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

⁷ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail notamment

⁸ Décision MLD/2013-81 du 23 avril 2013 du Défenseur des droits

22. Même si la finalité de leur mise en place peut en partie consister en la prévention des risques contentieux en matière de discrimination et de préservation de l'image de l'entreprise, elle ne saurait se limiter à cela.
23. C'est pourquoi, il est fondamental que ces dispositifs s'inscrivent dans une double complémentarité :
- d'une part, ils ne sauraient incarner à eux seuls l'action préventive de lutte contre les discriminations mais doivent constituer le complément d'actions de prévention déjà mises en œuvre au sein de l'entreprise ou de l'organisme privé ;
 - d'autre part, ils ne sauraient remplacer ou occulter les voies de recours existantes, internes ou externes : responsables hiérarchiques, représentants du personnel, inspection du travail, Défenseur des droits, juridictions, etc. Ils ne sauraient, par exemple, se substituer au droit d'alerte des délégués du personnel, tel que défini à l'article L.2313-2 du code du travail⁹.
24. L'objectif de la présente recommandation n'est pas d'inciter les entreprises et organismes privés à mettre en place des dispositifs d'alerte de lutte contre les discriminations mais de leur fournir un outil pratique afin d'encadrer cette mise en place et/ou d'améliorer les dispositifs existants, sous l'angle de la protection des droits des salariés.
25. Dans cette perspective, il convient d'étudier successivement la nécessité de mettre en place un dispositif d'alerte encadré, concerté, indépendant et connu des salariés (I), de veiller à ce que son fonctionnement soit respectueux des droits des salariés concernés (II) et d'évaluer son efficacité individuelle et collective (III). Huit recommandations sont formulées en ce sens.

I. La mise en place d'un dispositif encadré, concerté, indépendant et connu des salariés

26. Le dispositif doit tout d'abord respecter les critères d'autorisation définis par la CNIL (1). Il est, par ailleurs, recommandé d'informer et de consulter les représentants du personnel afin d'asseoir la légitimité du dispositif (2), de choisir un support et des acteurs visant à faciliter son accès et garantir son indépendance (3) puis de mettre en œuvre des moyens d'information et de communication suffisants afin de faire connaître le dispositif et assurer son efficacité (4).

➤ Recommandation n°1 : Respecter les critères d'autorisation définis par la CNIL

27. En premier lieu, le dispositif doit faire l'objet d'une déclaration ou d'une autorisation de la CNIL.
28. Depuis la délibération n°2014-042 du 30 janvier 2014, les dispositifs d'alerte de lutte contre les discriminations sont soumis à l'autorisation unique, dite AU-004.

⁹ Art. L.2313-2 du code du travail : « Si un délégué du personnel constate, notamment, par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur. Cette atteinte peut notamment résulter de faits de harcèlement (...) ou de toute mesure discriminatoire. (...) L'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation »

29. L'entreprise ou l'organisme concerné doit ainsi adresser à la CNIL un engagement de conformité aux critères définis par l'AU-004, à savoir :

- Justifier d'une obligation légale ou d'un intérêt légitime pour la mise en place du dispositif (art. 1^{er}) ;
- Identification de l'émetteur de l'alerte dont l'identité doit être traitée de façon confidentielle ; par exception et sous certaines conditions, l'alerte peut rester anonyme¹⁰ (art.2) ;
- Enregistrement de certaines catégories de données uniquement¹¹ qui doivent être formulées de manière objective et être strictement nécessaires à la vérification des faits (art. 3) ;
- Nombre limité des destinataires des données - personnes spécialement chargées du recueil ou du traitement des alertes au sein de l'organisme, du groupe ou du prestataire de service désigné - qui doivent être spécialement formés et astreints à une obligation renforcée de confidentialité contractuellement définie (art. 4) ;
- Encadrement du transfert des données en dehors de l'Union européenne (art. 5) ;
- Conservation des données pour une durée limitée¹² (art. 6) ;
- Mesures de sécurité pour la confidentialité et la traçabilité des données (art. 7) ;
- Information claire et complète des utilisateurs potentiels du dispositif; il doit être clairement indiqué que l'utilisation abusive du dispositif peut exposer son auteur à des sanctions disciplinaires ou des poursuites judiciaires mais qu'à l'inverse, son utilisation de bonne foi n'exposera son auteur à aucune sanction (art. 8) ;
- Information de la personne mise en cause par l'alerte, des services destinataires de l'alerte concernant les faits reprochés, et ce dès l'enregistrement et l'adoption de mesures conservatoires concernant l'entité responsable du dispositif, et informations relatives aux modalités d'exercice de ses droits d'accès et de rectification (art. 9) ;
- La ou les personnes mise(s) en cause ne saurai(en)t toutefois obtenir communication, sur le fondement du droit d'accès, aux informations concernant l'identité de l'émetteur de l'alerte (art. 10).

30. Tout dispositif d'alerte ne répondant pas à ces critères doit faire l'objet d'une demande d'autorisation spécifique auprès de la CNIL qui sera étudiée au cas par cas (art. 11).

31. Le non-accomplissement des formalités déclaratives auprès de la CNIL est pénalement sanctionné (art. 226-16 code pénal). Le juge judiciaire vérifie le respect des dispositions de l'AU-004 et peut ainsi annuler un dispositif d'alerte non conforme et ordonner la destruction des données recueillies¹³. En cas de non-conformité, le dispositif et les données recueillies sont ainsi déclarés inopposables¹⁴.

¹⁰ Gravité des faits établie et éléments factuels suffisamment détaillés, traitement de l'alerte entouré de précautions particulières telles qu'un examen préalable, par son premier destinataire, de l'opportunité de sa diffusion dans le cadre du dispositif

¹¹ Concernant l'émetteur et les personnes objet de l'alerte, les personnes intervenant dans le recueil ou le traitement de l'alerte, les faits signalés, les éléments recueillis dans le cadre de la vérification de ces faits et les comptes rendus des opérations de vérification ainsi que les suites données à l'alerte

¹² Jusqu'au terme de la procédure disciplinaire ou judiciaire éventuellement engagée et, à défaut, dans un délai de deux mois à compter de la clôture des opérations de vérifications

¹³ TGI Nanterre, 19 octobre 2007, n°06/06460, Dassault Systèmes

¹⁴ Cass. soc., 6 avril 2004, n°01-45227

➤ **Recommandation n°2 : Asseoir la légitimité du dispositif - Informer et consulter les institutions représentatives du personnel**

32. La mise en place d'un dispositif d'alerte pouvant être perçue comme un moyen de concurrencer ou d'entraver le rôle des représentants du personnel, il est recommandé de les faire participer à sa création et de les informer et consulter afin d'asseoir la légitimité du dispositif, et plus particulièrement :

- Informer et consulter le comité d'entreprise (art. L.2323-32 du code du travail) ;
- Informer et consulter le CHSCT¹⁵ ;
- En l'absence de CE et/ou de CHSCT, informer et consulter les délégués du personnel.

33. Cette information/consultation préalable des représentants du personnel pourra ainsi éviter aux entreprises des contestations judiciaires de leur part tendant, soit à l'annulation des dispositifs mis en place, soit à leur suspension.

34. L'inspection du travail peut avoir un rôle à jouer en matière de rappel aux employeurs des prérogatives dévolues aux institutions représentatives du personnel en matière d'information et de consultation.

➤ **Recommandation n°3 : Faciliter l'accès au dispositif et garantir son indépendance – Le choix du support et des acteurs**

35. Faciliter la saisine du dispositif par les salariés à travers :

- Une délimitation claire du champ d'application du dispositif telle que la lutte contre les discriminations et le harcèlement discriminatoire (harcèlement sexuel et harcèlement moral fondé sur un critère prohibé), la lutte contre les mesures de représailles faisant suite à la dénonciation de tels faits, l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, etc. ;
- Un ou plusieurs modes de saisines dédiés au dispositif, simples et gratuits : numéro vert, formulaire sur internet et/ou intranet, adresse électronique, courrier, permanence physique, etc. ;
- Une large accessibilité au dispositif pour l'ensemble des salariés, y compris pour les travailleurs handicapés, pour les salariés absents pour cause de longue maladie, pour congé maternité ou parental, etc. ;
- Des garanties de confidentialité dans le recueil et le traitement des alertes :
 - Identifiants personnels et régulièrement renouvelés des personnes en charge du recueil et du traitement des alertes (art. 7 AU-004) ;
 - Mise à disposition d'un lieu neutre et isolé du collectif de travail, etc.

¹⁵ TGI Nanterre, 27 décembre 2006, n°2006/02550 : à propos de modifications apportées au code de conduite des affaires de la société Dupont de Nemours

36. Garantir la neutralité et la formation des personnes amenées à recueillir et à traiter les alertes à travers :

- Une position dans l'entreprise qui assure leur indépendance et leur légitimité vis-à-vis de tout autre acteur interne (autonomie, niveau hiérarchique suffisant, etc.) ;
 - Une délimitation d'un nombre de personnes chargées du traitement de l'alerte afin de réduire les risques de propagation de l'information ;
 - Une obligation renforcée de confidentialité contractuellement définie ou via une attestation sur l'honneur (art. 4 AU-004) ;
 - Un dessaisissement systématique du dossier en cas de conflit d'intérêts ;
 - Une protection contre les mesures de représailles et les pressions internes pouvant être formalisée par une lettre d'engagement, protection qui aura nécessairement fait l'objet d'une information préalable (cf. II) ;
 - Une formation approfondie et une veille juridique en matière de discrimination et de harcèlement, gestion des conflits, droit du travail et loi informatique et libertés ;
 - Une prise en compte de compétences relationnelles (capacité d'écoute, de médiation, etc.) ;
 - Une externalisation éventuelle du dispositif, sans délégation de responsabilité pour les garanties apportées aux salariés dans la protection de leurs droits ni sur les suites correctives, disciplinaires ou judiciaires des alertes traitées :
 - Externalisation partielle, afin de maintenir un lien avec l'organisme : expertise apportée par le prestataire, disponibilité, etc. ;
 - Externalisation totale, lorsque l'organisme ne dispose pas des moyens suffisants ;
 - Le prestataire extérieur doit s'engager contractuellement à ne pas utiliser les données collectées à des fins détournées, à assurer leur confidentialité et à respecter la durée de conservation limitée des données ;
 - L'employeur restera responsable du traitement effectué par le prestataire.
- **Recommandation n°4 : Faire connaître le dispositif et garantir son efficacité – Une large campagne d'information et de communication à destination des salariés**

37. L'employeur doit faire connaître le dispositif et garantir son efficacité:

- Qui informer ?
 - Les salariés utilisateurs potentiels du dispositif¹⁶, la ligne hiérarchique, les ressources humaines, les représentants du personnel, tout service de l'entreprise pouvant être sollicité pour sa mise en place (service informatique, déontologues, direction de l'éthique...) etc.
- Sur quoi informer ?
 - Sur son existence, son champ d'application, sa finalité, son mode de saisine et de traitement, les garanties de confidentialité, les mesures et suites auxquelles la saisine du dispositif peut conduire (médiation, mesures conservatoires éventuelles, poursuites et sanctions disciplinaires et/ou

¹⁶ Salariés en cours de contrat, éventuellement anciens salariés et candidats à l'embauche

judiciaires de la personne objet de l'alerte etc.), le rôle de chacun des acteurs dans le traitement de l'alerte, le caractère complémentaire du dispositif par rapport aux autres voies de recours internes et externes, son organisation et ses responsables. Il conviendra également de préciser qu'il existe une garantie de non-rétorsion pour toute alerte effectuée de bonne foi par le salarié mais qu'au contraire une alerte effectuée de mauvaise foi peut donner lieu à sanction. Cette garantie de non-représailles est fondamentale pour que le dispositif devienne un outil opérationnel.

- La Cour de cassation recommande de faire figurer ces informations dans l'acte instituant le dispositif¹⁷.

- Comment informer ?

Ces informations peuvent être faites via plusieurs outils et canaux de communication :

- Tableaux d'affichage, intranet, site internet, courrier, courrier électronique, livret d'accueil, journal interne, document joint au bulletin de salaire etc.
- Relais de communication : institutions représentatives du personnel, ressources humaines, management, équipes médico-sociales, etc.

38. L'employeur doit par ailleurs informer les salariés sur les dispositifs complémentaires de lutte contre les discriminations existants, qu'ils aient ou non émis une alerte dans le cadre du dispositif. Il doit ainsi:

- Rappeler les dispositifs de lutte contre les discriminations existants internes et externes : droit d'alerte et de retrait des salariés¹⁸, responsables hiérarchiques, représentants du personnel (délégués du personnel¹⁹, représentant du CHSCT²⁰, délégué syndical²¹, etc.), inspection du travail, Défenseur des droits, juridictions compétentes, etc. ;
- Insister sur le caractère complémentaire du dispositif d'alerte mis en place par l'organisme ;
- Communiquer plus largement sur la lutte contre les discriminations : rappel des textes et de la jurisprudence sur les discriminations et le harcèlement discriminatoire, sur l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, etc.

¹⁷ Cass. soc., 8 décembre 2009, n°08-17191 précité

¹⁸ Art. L.4131-1 code du travail

¹⁹ Art. L.2313-2 code du travail

²⁰ Art. L.4131-2 code du travail

²¹ Art. L.2131-1 code du travail

II. Un fonctionnement du dispositif respectueux des droits des salariés :

39. Une fois mis en place, le dispositif d'alerte doit garantir la protection des droits des salariés, aussi bien en ce qui concerne le traitement de l'alerte qui doit être impartial et juridique (5) qu'à travers la protection de l'ensemble des salariés concernés par le dispositif (6).

➤ Recommandation n°5 : Garantir un traitement impartial et juridique de l'alerte

40. Il s'agit tout d'abord de recevoir, d'examiner et de traiter rapidement l'alerte, à travers :

- La rédaction d'un accusé de réception pour toute alerte, dans un bref délai²² ;
- La prise en charge de l'alerte et l'élaboration d'une première réponse dans un délai raisonnable à compter de l'alerte. Plus précisément :
 - Les faits signalés par l'émetteur de l'alerte font l'objet d'une étude approfondie par les animateurs du dispositif. Cette étude préalable dépendra du mode de saisine du dispositif : si la saisine est effectuée par écrit, il s'agira d'une étude préalable sur pièces, si cette dernière s'effectue par un entretien physique, elle aura lieu suite à ce dernier.
 - Si à la suite de cette analyse préalable, les éléments de faits portés à la connaissance des animateurs sont suffisants pour laisser présumer l'existence d'un harcèlement ou d'une discrimination, l'enquête est déclenchée et peut être diligentée. La formation des animateurs - internes et/ou externes - est alors fondamentale car il conviendra de procéder à la qualification juridique de la situation – déterminer si les faits rapportés permettent de conclure ou non à l'existence d'une présomption de discrimination et/ou de harcèlement discriminatoire, éventuel manquement de l'employeur à son obligation de sécurité de résultat, éventuelles mesures de représailles si l'émetteur de l'alerte a déjà dénoncé les faits auprès de l'employeur ;
 - En cas de difficultés pour les animateurs sur le fait de savoir si les faits sont suffisants pour lancer l'enquête, il convient de veiller à ce qu'ils puissent solliciter une expertise juridique (expert juridique interne au dispositif et/ou consultant externe, etc.) ;
 - En cas d'absence ou d'impossibilité d'établir l'existence d'une présomption de discrimination, réorienter l'émetteur de l'alerte, dans la mesure du possible, vers un interlocuteur plus à même de répondre à ses attentes (inspection du travail, médecine du travail, représentants du personnel, maison de justice et du droit, etc.) ;
 - Si l'animateur estime avoir besoin d'éléments complémentaires pour pouvoir se prononcer sur l'existence d'une présomption de discrimination ou de harcèlement, il peut recevoir l'émetteur de l'alerte ou le contacter par écrit ou par téléphone afin d'obtenir des éléments complémentaires et identifier ses attentes (simple renseignement, volonté d'obtenir un règlement amiable, etc.) ; lui demander de préciser les recours internes ou externes éventuellement exercés et rappeler le caractère complémentaire du dispositif.

²² Un délai de 15 jours semble raisonnable

41. En cas de présomption de discrimination et sous réserve de l'accord de l'émetteur de l'alerte pour lever son anonymat, engager une enquête contradictoire, rigoureuse, diligente et impartiale afin de vérifier la réalité des faits signalés :

- Demander des explications écrites ou orales à la personne mise en cause par l'alerte afin de garantir la transparence d'une procédure contradictoire respectueuse des droits de la défense ;
- Entendre les éventuels témoins des faits cités par l'émetteur et/ou la personne objet de l'alerte ;
- Entendre toute personne utile au traitement de l'alerte : supérieurs hiérarchiques, collègues de travail, représentants du personnel, etc. ;
- En cas de dégradation de l'état de santé de l'émetteur et/ou de la personne objet de l'alerte, se rapprocher de la médecine du travail afin qu'elle préconise d'éventuels aménagements de poste et vérifie l'aptitude du salarié concerné à son poste de travail ;
- Solliciter l'appui des services susceptibles de fournir des informations et documents nécessaires au traitement de l'alerte : questionnaires de carrières, service rémunération, service des ressources humaines etc. ;
- Veiller à effectuer l'enquête dans un délai raisonnable ;
- Informer régulièrement l'émetteur et la personne objet de l'alerte de l'avancement du dossier, sous réserve de la confidentialité des données personnelles ;
- Formaliser le déroulement de l'enquête (comptes rendus d'entretien et d'audition par écrit, recensement des informations, etc.) afin de garantir la traçabilité des éléments recueillis ;
- Désigner plusieurs personnes en charge de l'enquête et, en cas de difficulté pour les animateurs concernant l'analyse du dossier au niveau de l'exploitation des pièces ou au niveau juridique, prévoir la possibilité de recueillir une expertise éventuellement extérieure afin de garantir la compétence et l'impartialité des intervenants.

➤ **Recommandation n°6 : Garantir une protection de l'ensemble des salariés concernés par le dispositif**

- Protection de l'émetteur de l'alerte et/ou victime :
 - Garantie explicite et précise contre toute mesure de rétorsion (pas de sanction, discrimination, licenciement ou non-renouvellement de contrat...) fondée sur la dénonciation des faits (art. L.1132-3 code du travail, art. 8 AU-004) par une large information, à condition que le dispositif soit utilisé de bonne foi – la preuve de la mauvaise foi incombe à l'employeur et ne saurait résulter de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis²³ ;
 - Sensibilisation de la ligne hiérarchique et des services des ressources humaines en leur rappelant le principe de non-rétorsion ;

²³ Cass, soc., 10 mars 2009, n°07-44092 ; Cass, soc., 7 février 2012, n°10-18035 : le salarié doit avoir connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonce

- Possibilité pour l'émetteur de l'alerte de se faire accompagner par la personne de son choix appartenant à l'entreprise à tous les stades de la procédure ;
 - Rappel à l'émetteur de l'alerte qu'en cas d'alerte effectuée de mauvaise foi, il s'expose à des sanctions disciplinaires et/ou à des poursuites judiciaires.
- Protection de la personne mise en cause par l'alerte :
- Information, dès l'enregistrement de l'alerte et au plus tard après l'adoption de mesures conservatoires, des faits qui lui sont reprochés, du champ d'application du dispositif, des services en charge du traitement de l'alerte, etc. (art. 8 et 9 AU-004) ;
 - Droit d'accès, de rectification et de suppression des données le concernant à tout moment ;
 - Possibilité de se faire assister par toute personne appartenant à l'entreprise à tous les stades du dispositif ;
 - Respect du principe du contradictoire en cas d'enquête (recueillir ses déclarations, entendre les témoins qu'elle cite, recevoir les documents communiqués etc.) ;
 - Garantie de la confidentialité des éléments recueillis par rapport aux tiers et à tous ceux qui ne sont pas amenés à intervenir dans le cadre de l'enquête;
 - Information du mis en cause sur le fait que toute alerte effectuée de mauvaise foi (art. 8 AU-004) peut donner lieu à sanction disciplinaire et/ou poursuite judiciaire
- Protection des personnes en charge du recueil et du traitement de l'alerte :
- Définition précise de leurs missions, des heures dédiées au fonctionnement du dispositif et autorisées par l'employeur ;
 - Protection contre toute mesure de représailles fondée sur le recueil ou le traitement d'une alerte formalisée à travers un engagement contractuel entre les parties, une lettre d'engagement ou de cadrage. Cet engagement contractuel sera alors signé par les animateurs et par l'employeur et communiqué aux responsables hiérarchiques des animateurs du dispositif ;
 - Sensibilisation de la ligne hiérarchique et des services des ressources humaines sur la garantie de non-rétorsion ;
 - Création d'un appui et d'un recours possible, en cas de difficultés ou de non-respect de la garantie de non-rétorsion, à un service ou à une personne identifiés (direction éthique et diversité, référent RH, etc.) ;
 - Préservation, dans la mesure du possible, de la confidentialité de leurs missions et garantie accordée quant à leur disponibilité en sensibilisant la ligne hiérarchique.

- Protection des témoins et de toute personne entendue dans le cadre de l'enquête :
 - Protection contre toute mesure de rétorsion pour avoir témoigné ou apporté son concours dans le cadre de l'enquête menée (art. L.1132-3 code du travail) ;
 - Information sur les voies de recours internes et externes en cas de représailles (représentants du personnel, inspection du travail, Défenseur des droits, dispositif d'alerte si prévu dans son champ d'application, etc.).
- Durée limitée de la conservation des éléments recueillis au cours de l'enquête (art. 6 AU-004).

III. Une efficacité à la fois individuelle et collective du dispositif

42. L'efficacité du dispositif dans le traitement des situations individuelles dépendra des suites données aux alertes par l'employeur. Son efficacité comme outil de prévention collective au sein de l'entreprise pourra, quant à elle, être mesurée à travers un suivi statistique annuel du dispositif, une enquête régulière sur la perception des discriminations et de la lutte contre les discriminations (y compris le dispositif d'alerte) et/ou un audit sur l'organisation et le fonctionnement du dispositif l'entreprise.

➤ Recommandation n°7 : Garantir un traitement effectif des alertes

43. Lorsque les faits présentés par l'émetteur de l'alerte apparaissent suffisamment sérieux et établis pour laisser présumer l'existence d'une discrimination, une enquête est diligentée.

- Au cours de cette enquête, il convient de respecter les considérations suivantes :
 - Tenir informé l'employeur des difficultés et de l'urgence de la situation par les personnes en charge du recueil et du traitement des alertes : par exemple, via un référent RH ou diversité ;
 - Prendre toute mesure conservatoire permettant de protéger la santé et la sécurité des salariés concernés - émetteur et personne objet de l'alerte - conformément à son obligation de sécurité de résultat (art. L.4121-1 et suivants code du travail) : par exemple, modification des horaires de travail, changement d'affectation visant à éloigner les salariés concernés, saisine de la médecine du travail et/ou du CHSCT, etc. ;
- À l'issue de l'enquête :
 - Qu'elle que soit son issue – existence ou non d'une discrimination –, une décision formalisée, motivée et respectueuse du droit doit être transmise à l'émetteur et à la personne objet de l'alerte par les personnes en charge du recueil et du traitement de l'alerte. Il convient de prévoir dans le cadre des modules de formation des animateurs la rédaction de décisions formalisées. En cas de difficultés sur la qualification juridique des faits et/ou sur la rédaction formalisée de la décision, il peut être utile d'avoir recours à un expert juridique interne ou externe ;
 - En cas de discrimination et/ou de harcèlement discriminatoire établi, l'employeur doit sanctionner l'auteur des faits et informer l'émetteur de l'alerte de la nature de la sanction prononcée;

- Les salariés concernés doivent également être informés des voies de recours internes et externes qui s'offrent à eux (poursuite judiciaire de l'émetteur de l'alerte abusive ou de l'auteur des faits de discrimination, saisine du Défenseur des droits, etc.) ;
- Les salariés concernés doivent pouvoir avoir accès aux éléments recueillis au cours de l'enquête, notamment en cas de sanction ou de poursuite disciplinaire, et en demander une copie.

➤ **Recommandation n°8 : Un suivi statistique annuel, une enquête sur la perception des discriminations et de la lutte contre les discriminations par l'entreprise ou l'organisme concerné et du dispositif d'alerte mis en place ainsi qu'un audit régulier de l'organisation et du fonctionnement du dispositif réguliers**

44. Afin de pouvoir évaluer l'efficacité du dispositif au sein de l'entreprise, il est recommandé à l'employeur de :

- Mettre en place un suivi annuel statistique concernant la réception, le traitement et les suites des alertes : nombre d'alertes reçues, de dossiers clos, de dossiers ayant donné ou donnant lieu à une enquête, nombre et type de mesures prises pendant et à l'issue de l'enquête (mesures conservatoires, engagement d'une procédure disciplinaire ou judiciaire, sanctions prononcées, etc.) ;
- Intégrer ces données statistiques dans le cadre des indicateurs devant figurer dans les bilans sociaux pour mesurer la discrimination en entreprise ;
- Associer les représentants du personnel à l'analyse des données statistiques de ce suivi annuel pour la mise en place d'outils internes à l'entreprise ;
- Évaluer et analyser régulièrement par une enquête (sondage, questionnaire anonyme, etc.) la perception des discriminations dans l'organisme, des actions menées en matière de lutte contre les discriminations et de la connaissance par les salariés du dispositif et de son efficacité ;
- Associer les représentants du personnel à cette enquête et leur communiquer les conclusions de l'enquête réalisée ;
- Effectuer un audit régulier de l'organisation et du fonctionnement du dispositif d'alerte professionnelle au sein de l'entreprise ou de l'organisme concerné.

Jacques TOUBON