

Luxembourg, le 30 septembre 2010

Projet de loi n° 6104 renforçant les moyens de lutte contre la corruption et portant modification 1) du Code du Travail ; 2) de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ; 3) de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux ; 4) du Code d'instruction criminelle et 5) du Code pénal.

Avis commun de la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers

Au regard de l'importance du projet de loi et de ses répercussions sur l'ensemble de leurs ressortissants, la Chambre de Commerce et de la Chambre des Métiers ont estimé utile et nécessaire de prendre position par rapport au projet de loi repris sous rubrique à travers un avis commun. Les deux chambres professionnelles regrettent qu'elles n'aient initialement pas été saisies par le Ministre de la Justice pour avis et que ce n'est que sur le tard que la saisine officielle a été effectuée.

1. Considérations générales

Le projet de loi sous avis vise à renforcer les moyens de lutte contre la corruption par le biais de deux mécanismes qui sont introduits dans la législation nationale.

Ainsi, une série de compléments introduits dans le Code du travail ont pour but de protéger les personnes qui, au sein de leur entreprise, constatent des agissements susceptibles de constituer des faits de prise illégale d'intérêt, de corruption ou de trafic d'influence et qui, de leur plein gré, et en toute bonne foi, souhaitent en informer les autorités compétentes. Ces personnes sont appelées donneurs d'alerte.

Ensuite, et dans le même ordre d'idées, le statut général des fonctionnaires de l'Etat et le statut général des fonctionnaires communaux est modifié afin d'instaurer un mécanisme de protection des fonctionnaires. L'article 23 du Code d'Instruction Criminelle est modifié en ce sens que l'obligation des fonctionnaires de dénoncer au procureur d'Etat les crimes et délits dont ils acquièrent connaissance dans l'exercice de leurs fonctions est étendue aux salariés qui ne relèvent pas du statut des fonctionnaires.

Le projet porte encore clarification et uniformisation d'une série de dispositions du Code pénal relatives à la corruption d'influence.

A travers le projet de loi sous avis, le Luxembourg entend répondre aux différentes recommandations de la part d'organismes internationaux, comme le groupe de travail de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE) sur la corruption dans les transactions commerciales internationales et le Groupe d'Etats contre la Corruption (GRECO).

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers tiennent à préciser qu'elles se prononcent dans le cadre du présent avis uniquement sur les dispositions tendant à modifier le Code du travail (Article I.) et l'insertion d'un chapitre VIII nouveau dans ledit Code intitulé : « *Protection des salariés en matière de lutte contre la corruption, le trafic d'influence et la prise illégale d'intérêts* » dans la mesure où ce sont ces dispositions qui concernent plus particulièrement leurs ressortissants respectifs.

Les deux chambres professionnelles sont favorables à toute initiative visant à lutter contre des actes de corruption, de trafic d'influence et de prise illégale d'intérêts en général et en particulier sur le lieu du travail, actes qui constituent un obstacle à un développement économique sain et durable à travers le monde.

Pour cette raison, elles saluent les efforts consentis par le Luxembourg au cours des dernières années qui, par l'adoption d'une multitude d'instruments internationaux visant à lutter contre la corruption sous toutes ces formes, énumérés dans l'exposé des motifs, dispose actuellement d'un arsenal appréciable et efficace dans la lutte contre la corruption.

Cette démarche conséquente a récemment eu pour résultat l'instauration d'un régime général de responsabilité pénale des personnes morales en droit national, ce qui rapproche ainsi la législation luxembourgeoise des standards internationaux en la matière. Par la loi du 3 mars 2010, le Luxembourg a ainsi réagi aux critiques formulées en 2008 dans le cadre de l'évaluation effectuée par l'OCDE au sujet de l'absence d'un tel régime de responsabilité pénale, pourtant très important dans le domaine de la lutte contre la corruption.

Malgré tous ces efforts, le Gouvernement semble considérer que l'arsenal d'instruments permettant de lutter contre la corruption serait insuffisant et devrait être complété par l'introduction de nouvelles dispositions dans le Code du travail visant à protéger le donneur d'alerte contre des représailles de la part de son employeur.

Plus qu'une mesure de protection, c'est en fait un nouveau régime spécial de protection contre le licenciement potentiellement applicable à tous les salariés d'une entreprise qu'il est proposé d'introduire dans la législation nationale.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers sont en profond désaccord avec une telle démarche. Il n'existe en effet à ce jour pas de demande en ce sens de la part de l'OCDE, cette dernière considérant au contraire, à travers le groupe de travail institué en son sein, que cet aspect a été partiellement mis en œuvre au vu des travaux accomplis au sein du COPRECO depuis mars 2008.

En ordre principal, la pratique montre par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire de légiférer. A titre d'illustration, un arrêt de la Cour de Cassation française avait retenu en 2002¹, en l'absence de dispositions légales afférentes, le principe que « *le fait pour un salarié de porter à la connaissance d'un tiers des faits anormaux concernant l'entreprise, susceptibles ou non de qualification pénale, n'est pas en soi fautif, à condition que ces accusa-*

¹ Cass.Soc.,14 mars 2002

tions ne soient pas mensongères et que le salarié ait agi de bonne foi, sans vouloir volontairement nuire à son employeur ».

En ordre subsidiaire, et au cas où l'introduction d'un tel régime serait également jugée nécessaire par la Chambre des Députés, les deux chambres professionnelles s'opposent énergiquement au régime tel qu'il est prévu par le projet de loi, car il est susceptible de nuire gravement aux entreprises, sans apporter vraiment une plus value au niveau de la lutte contre la corruption, en soi, un objectif légitime et important.

Dans le cadre de l'article L.128-1 tel que proposé, le donneur d'alerte est protégé contre toutes formes de représailles en raison de ses protestations ou refus opposés à un fait qu'il considère, de bonne foi, comme étant constitutif de prise illégale d'intérêt, de corruption ou de trafic d'influence au sens du Code pénal, que ce fait soit l'œuvre de son employeur ou de tout supérieur hiérarchique, de collègues de travail ou de personnes extérieures en relation avec l'employeur. Le même régime s'applique au cas où le salarié signale un tel fait aux autorités compétentes ou pour en avoir témoigné.

De l'avis des deux chambres professionnelles, les critères fixés sont beaucoup trop vagues. Soumettre l'enclenchement du régime de protection à la seule condition qu'il y ait un fait, c'est-à-dire le cas échéant de simples indices, considéré par le donneur d'alerte de bonne foi comme pouvant être constitutif d'une des infractions visées aux articles 245 à 252, 310 et 310-1 du Code pénal, ouvre non seulement la porte à des abus, mais peut causer un grave préjudice aux entreprises, tant au niveau de l'organisation interne, qu'au niveau de la réputation et de leur image, sans que cette infraction n'ait été commise.

Le critère moral de la bonne foi, par définition vague, fait qu'il est très difficile, voire impossible, pour une entreprise qui n'a rien à se reprocher, de prouver la mauvaise foi du donneur d'alerte. Le risque est dès lors réel qu'une entreprise puisse être prise en otage par un salarié indélicat essayant de se mettre à l'abri par le biais de l'article L.128-1 pour bien d'autres motifs que ceux visés par le projet de loi.

Les deux chambres professionnelles trouvent inadéquate l'utilisation du terme « représailles », défini en droit comme étant « *un acte en lui-même illicite accompli par un Etat pour répondre à un acte également illicite accompli par un autre Etat* »². Le but de cette disposition étant de protéger le donneur d'alerte contre toute sanction injustifiée de la part de l'employeur, il serait plus judicieux d'utiliser le terme de « traitement et/ou sanction illégitime ».

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers sont également d'avis que la durée de protection dont bénéficie un donneur d'alerte doit être limitée dans le temps. A défaut d'une restriction dans le temps, toute initiative que prendrait l'employeur à un moment donné affectant le donneur d'alerte seul ou ensemble avec d'autres salariés, pour de simples raisons d'organisation du travail en entreprise, risque d'être mal interprétée et ainsi de faire l'objet d'un recours devant les juges, à l'issue incertaine.

Le droit à la protection du donneur d'alerte ne peut pas être quasi absolu, mais être défini à la lumière des intérêts légitimes de l'entreprise qui a besoin d'un cadre juridique clair et précis, limitant autant que possible toute insécurité juridique.

Il est encore à relever que l'article L.128-2 prévoit qu'à partir du moment où le salarié établit devant une juridiction des faits qui permettent de présumer qu'il a été victime de

² Gérard Cornu, Vocabulaire juridique, p793

représailles prohibées en vertu de l'article L.128-1, il incombe à l'employeur de prouver que ces faits sont justifiés par d'autres éléments objectifs.

Comme il a été expliqué dans le commentaire des articles, le but de ce mécanisme est de faciliter la preuve pour le donneur d'alerte, qui ferait l'objet de représailles, en aménageant la charge de la preuve, sans toutefois en opérer un renversement.

Les deux chambres professionnelles ne partagent pas non plus cette approche au niveau de la preuve, et revendiquent que les règles normales de la preuve s'appliquent au donneur d'alerte qui s'estimerait lésé par une sanction illégitime de son employeur.

Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne sauraient approuver le projet de loi sous avis, qui doit être reconsidéré en profondeur.

2. Commentaire des articles

Article I.

Ad Article L. 128-1 (1) et (2)

Le paragraphe (1) précise que le salarié ne peut faire l'objet de représailles en raison de ses protestations ou refus opposés à un fait qu'il considère, de bonne foi, comme étant constitutif de prise illégale d'intérêts, de corruption ou de trafic d'influence au sens des dispositions du Code pénal, que ce soit l'œuvre de son employeur ou de tout autre supérieur hiérarchique, de collègues de travail ou de personnes extérieures en relation avec l'employeur. L'autre cas de protection spéciale est régi par le paragraphe (2) qui dispose qu'aucun salarié ne peut faire l'objet de représailles pour avoir signalé un tel fait à un supérieur hiérarchique ou aux autorités compétentes ou pour en avoir témoigné.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers notent que les auteurs du projet sous avis retiennent comme critère la règle morale de la bonne foi du salarié. Dans le commentaire des articles, il est indiqué que « *de façon générale, il y a lieu de souligner que la clef de voûte de la protection accordée par les nouveaux articles est la bonne foi du salarié.* » Afin d'éviter de protéger des dénonciations abusives, la protection prévue ne serait donc effective que si la révélation des faits est de bonne foi.

A contrario, les salariés qui seraient de mauvaise foi – c'est-à-dire qui signalent par exemple des faits hypothétiques – ne se verraient pas accorder la protection prévue par les articles sous examen et s'exposeraient par ailleurs aux sanctions pénales prévues par les articles 443 et suivants du Code pénal relatifs aux diffamations, calomnies et injures.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers remarquent que le concept de la bonne foi a suscité, en raison de son imprécision, de multiples interrogations dans la doctrine générale du droit qui considère qu'il s'agit d'une « *disposition technique, dépourvue de signification substantielle* »³.

En droit des obligations, l'article 1134, alinéa 3 du Code civil dispose que « *les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ». La référence à la bonne foi montrerait ici que le contrat serait « *une sorte de microcosme* », « *une petite société où cha-*

³ Flour et Aubert, n° 374

cun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis par les contractants, absolument comme dans la société civile et commerciale »⁴.

La bonne foi implique non seulement un devoir de loyauté, mais également un devoir de coopération entre les parties. En effet, le contrat de travail ne peut se maintenir entre le chef d'entreprise et les salariés exerçant des responsabilités essentielles à l'intérieur de celle-ci que si règnent entre eux de véritables rapports de confiance.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers jugent ce critère trop flou pour protéger l'entreprise contre des salariés mal intentionnés qui abuseraient de la protection en dénonçant de prétendus éléments de corruption. Elles sont par ailleurs d'avis que le salarié doit disposer de plus que de simples éléments de faits ou d'indices permettant le cas échéant de qualifier ceux-ci comme infractions énumérées par l'article L.128-1. Elles suggèrent par conséquent que la notion de bonne foi ne soit pas retenue et que soit introduite pour le salarié l'obligation de faire état de faits clairs, précis et détaillés en raison desquels il y a pour lui des indices graves et concordants faisant présumer la commission d'une infraction visée par l'article L.128-1, cette formulation ne préjugant pas, le cas échéant, de l'application de dispositions pénales en cas d'acte malveillant.

En l'absence de telles modifications, le projet de loi sous avis risque en effet de créer un climat délétère au sein d'une entreprise et de mettre en cause la nature juridique même de tout contrat de travail qui est fondé sur le devoir de loyauté et de coopération entre les parties, indépendamment du lien de subordination du salarié par rapport à l'employeur.

Dans l'optique d'un juste équilibre entre les intérêts légitimes de l'entreprise, d'une part, et un régime de protection du salarié confronté à de sérieux éléments de corruption, d'autre part, les deux chambres professionnelles considèrent qu'il y a dès lors lieu de préciser davantage les conditions de protection du salarié.

Au vu de ce qui précède et afin d'éviter des dérives au sein d'une entreprise, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers demandent de revoir l'article L.128-1 dans le sens indiqué.

A cela s'ajoute que la frontière entre le civil et le pénal est battue en brèche, en ce sens que le tribunal de travail sera amené à se pencher sur la qualification d'infractions pénales dans le cadre des litiges d'interprétation de l'article L.128-1. Contrairement aux infractions pénales « classiques », comme par exemple le vol domestique, qui peuvent être à la base d'un licenciement et sont en principe facilement vérifiables pour le juge de travail, il en va tout autrement dans le domaine complexe des infractions de corruption, de trafic d'influence et de prise illégale d'intérêts.

Pour que la protection du donneur d'alerte contre toute sorte de représailles puisse jouer, deux conditions doivent être remplies dans le chef du salarié : d'une part, il faut qu'il apporte un commencement de preuve d'un fait qu'il considère comme étant constitutif de prise illégale d'intérêts, de corruption ou de trafic d'influence et, d'autre part, il faut qu'il n'ait pas agi avec une « légèreté blâmable ». Il s'agit là d'un critère plus fort que la bonne foi en ce qu'il vise « *un excès manifeste de désinvolture ou d'irréflexion dans une décision entraînant pour autrui de graves conséquences ; manquement sérieux élémentaire et au minimum de respect sur lesquels chaque partenaire doit pouvoir légitimement compter dans les relations précontractuelles ou contractuelles (...)* ».

⁴ Demogue, Traité des obligations en général, t. VI, n° 3, p. 9

D'un point de vue terminologique, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers suggèrent de remplacer le terme « *représailles* », qui a une connotation très négative, par le terme plus approprié « de traitement et/ou *sanction illégitime* ».

Ad Article L. 128-1 (3) à (7)

L'article dispose que toute résiliation du contrat de travail en violation des dispositions des paragraphes (1) et (2) serait nulle de plein droit.

Au niveau procédural, les auteurs du projet reprennent la formulation habituelle de la protection des salariés retenue par le Code du travail en matière de protection de la femme enceinte et en matière de protection du délégué de personnel.

Outre l'action en nullité, il est expressément prévu que le salarié a aussi le droit d'exercer une action en réparation de la résiliation abusive, c'est-à-dire en dommages et intérêts.

La Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers n'ont pas de remarques particulières à formuler quant à ces procédures habituelles en matière de protection de salariés.

Ad Article L. 128-2

Les auteurs du projet sous avis entendent faciliter la preuve pour le salarié - « donneur d'alerte » - en l'aménageant, sans toutefois opérer un renversement de la charge de la preuve, selon le commentaire des articles.

Dans ce mécanisme d'aménagement de la charge de la preuve, il incombe au salarié concerné de prouver des faits concordants, ou un fait lui-même révélateur, qui permettent de présumer qu'il est victime de sanctions illégales. Il revient ensuite à l'employeur de rapporter la preuve que ces faits sont justifiés par d'autres éléments objectifs pour établir qu'il n'a pas procédé à des sanctions illégales.

Les mêmes remarques peuvent ici être formulées que celles formulées au sujet de l'article L. 128-1 en ce qui concerne le recours au critère manifestement insuffisant de la bonne foi du salarié et disproportionné au but recherché. Par conséquent, les deux chambres professionnelles considèrent qu'il n'y a pas lieu d'aménager la preuve en faveur du salarié, mais de prévoir que celui-ci établit le comportement éventuellement fautif de son employeur.

Quant à la terminologie, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers s'opposent ici encore à l'utilisation du terme « *représailles* » dans un texte de loi et suggèrent de le remplacer par « *traitement et/ou sanction illégitime* ».

* * *

Après consultation de leurs ressortissants et au vu de ce qui précède, la Chambre de Commerce et la Chambre des Métiers ne peuvent approuver le projet de loi que sous réserve des commentaires qui précèdent en ce qui concerne le volet du droit du travail.