

Un code anti-corruption pour juin 2017 !

Sylvain Niel, associé FIDAL

Le « whistleblowing » fait une entrée discrète dans le droit français. Parce que la lutte contre la corruption est l'une des priorités du ministère des finances, la loi Sapin 2 crée à cet effet une obligation de prévention contre les risques de corruption pesant sur certaines sociétés. Pour le ministère un dispositif moderne et efficace d'anticorruption passe par l'incitation à la mise en place, au sein des entreprises, de dispositifs internes de prévention et de détection de la corruption, dont l'absence ou l'insuffisance peut être sanctionnée. C'est l'un des objectifs de la loi Sapin 2. La législation introduit une obligation de prévention de la corruption pesant sur certaines entreprises ou groupes ; obligation dont le défaut pourra être sanctionnée sur la base de l'expertise de la future agence chargée de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption. Ainsi, les plus grandes entreprises doivent disposer systématiquement en leur sein d'un plan anticorruption complet et efficace de nature à prévenir et à détecter les faits de corruption qui sont susceptibles de survenir à l'occasion de transactions commerciales nationales ou internationales comme lors de la passation de marchés publics¹.

Ce plan anticorruption repose, notamment, sur la mise en place par la direction d'une cartographie des risques de corruption, d'un code de bonne conduite, de procédures d'évaluation des risques et d'un dispositif d'alerte à la disposition du personnel de la société.

Face à cet arsenal dédié aux « lanceurs d'alerte », que peut prévoir l'entreprise ? Qui est véritablement concerné ? Comment élaborer ce code de bonne conduite ? Que doit-il contenir exactement ?

Quelles sont les entreprises concernées ?

Parmi ses principales mesures destinées à renforcer la lutte contre la corruption, l'article 17 de la loi dispose que les présidents, directeurs généraux et gérants de sociétés et d'établissements publics à caractère industriel et commercial d'une certaine dimension :

- société employant au moins 500 salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés,
- et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros, sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues par le texte.

Les membres des directoires de sociétés anonymes sont également visés par ledit article. Le législateur impose aux dirigeants d'entreprises, concernés par les nouvelles dispositions, de

¹ LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie

mettre en œuvre des mesures et des procédures de détection et de prévention des faits de corruption ou de trafic d'influence.

Le législateur précise que lorsque la société établit des comptes consolidés, les obligations portent sur la société elle-même, ainsi que sur l'ensemble des filiales qu'elle contrôle, au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce. Les filiales ou sociétés contrôlées qui dépassent les seuils mentionnés à l'article 17 (I) sont alors réputées satisfaire aux obligations prévues.

A quelle date le plan doit-il être mis en place ?

Les dispositions de la loi Sapin 2 sur la mise en place d'un plan anticorruption entrent en vigueur le premier jour du sixième mois suivant la promulgation de la loi, soit le 11 juin 2017, car la loi a été publiée au J.O. du 10 décembre 2016.

Que doit prévoir le plan anticorruption ?

Le plan anticorruption repose sur huit mesures dont trois visent la mise en place de procédures internes.

Tout d'abord, un état des lieux comportant :

- Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité ;
- Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques.

Puis, la mise en place de documents et formations internes, et notamment :

- Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ce code de conduite est intégré au règlement intérieur de l'entreprise et fait l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du code du travail ;
- un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société. De toute évidence, ce régime est une partie intégrante du code de conduite ;
- un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence.

Et enfin, des procédures internes :

- Un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société ;
- des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ces contrôles peuvent être réalisés soit par les services de contrôle comptable et financier propres à la société, soit en ayant recours à un auditeur externe à l'occasion de l'accomplissement des audits de certification de comptes prévus à l'article L. 823-9 du code de commerce ;
- un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Quelles sont les infractions visées ?

Les infractions concernées par ce dispositif sont, d'abord, les délits de corruption qui ont pour finalité de réprimer ceux qui obtiennent, moyennant des avantages quelconques, d'une personne chargée d'une fonction publique qu'elle accomplisse, ou s'abstienne d'accomplir, un acte de sa fonction². La corruption d'agent public est passible d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans, et d'une amende de 1 000 000 € maximum.

Ensuite, cela peut être le trafic d'influence commis, soit par une personne privée ou publique, qui se prévaut d'une influence réelle ou supposée et qui sollicite ou accepte des dons, offres ou promesses, en vue de faire obtenir des avantages ou faveurs de toute sorte, dont les pouvoirs publics sont prétendument les dispensateurs³.

Il existe une différence fondamentale entre le délit de corruption et celui de trafic d'influence. La corruption procède de l'accomplissement d'un acte ou de son abstention par un fonctionnaire. Le trafic d'influence, ce n'est pas le fonctionnaire qui est concerné, mais la personne qui tente ou exerce une influence sur lui du fait de sa position, dans la société ou l'administration, du fait aussi des relations d'amitié qu'elle prétend avoir ou a effectivement. Le trafic d'influence est l'œuvre d'un intermédiaire dont l'influence, réelle ou supposée, est de nature à faire obtenir une faveur quelconque ou une décision favorable d'une autorité publique ou d'une administration⁴. Les peines encourues en matière de trafic d'influence sont les mêmes que celles prévues pour la corruption.

La corruption à l'occasion du travail par un membre de l'entreprise est aussi réprimée, sans que cela n'implique un fonctionnaire. C'est une corruption par le fait d'une personne qui exerce une fonction de direction ou un travail dans une entreprise privée pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte en violation de ses obligations légales,

²C. pén., art. 432-11 et 433-1 qui prévoient, une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 10 ans, et une amende de 1 000 000 € maximum

³ C. pén., art. 433-2

⁴ Cass. crim., 1^{er} oct. 1984, n° 84-93.806

contractuelles ou professionnelles. La peine encourue est de 5 ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction⁵.

Il existe aussi des délits de corruption du vote de l'actionnaire, de corruption et trafic d'influence des autorités judiciaires ou encore de corruption sportive.

On peut se demander si cette nouvelle législation ne vise pas également les délits voisins à la corruption et au trafic d'influence que sont la passation irrégulière des marchés publics ou la prise illégale d'intérêts.

Quel risque pour l'entreprise si rien n'est fait ?

L'Agence française anticorruption (AFA), instituée par la loi, contrôlera le respect des mesures et procédures exigées.

En cas de manquement, des injonctions de mise en conformité et des sanctions (jusqu'à 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 000 000 pour les personnes morales, éventuellement assorties de mesures de publication) pourront être prononcées par l'AFA, laquelle est dotée de larges prérogatives afin de lutter contre la corruption.

La loi crée également, pour les personnes morales qui auraient commis un délit au sens pénal, une peine complémentaire dite de mise en conformité, prévue par le nouvel article 131-39-2, I du code pénal, consistant en l'obligation de mettre en œuvre en leur sein un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence des mesures et des procédures de détection et de prévention des faits de corruption ou de trafic d'influence. Cette peine sera exécutée par les sociétés sous le contrôle de l'AFA.

Il apparaît clairement que le législateur a franchi une étape en imposant aux grandes entreprises la mise en place d'un dispositif important et traçable de prévention et de détection, outre un calendrier très serré à respecter puisque les dirigeants concernés ne disposent que d'un délai de six mois pour se mettre en conformité.

Quelle est la situation actuelle ?

Un nombre assez faible d'entreprises françaises dispose à ce jour de tels outils.

Il est évident qu'un très grand nombre d'entreprises vont devoir revisiter leur dispositif de mesures préventives anticorruption. Nous revenons ainsi à l'efficacité du contrôle interne en la matière et à la gouvernance mise en place afin d'assurer le suivi des mesures et procédures de prévention et de détection.

Les directeurs juridiques, auditeurs internes, risk managers et compliance officers sont directement concernés. Si les risques de corruption et de manquements à la probité n'étaient pas apparents dans la cartographie des risques, un traitement spécifique s'impose désormais, outre le fait de devoir définir les fonctions qui seront en charge du suivi des mesures et procédures.

⁵ C. pén., art. 445-1

Le constat opéré, aujourd'hui, fait apparaître que si les entreprises comprennent bien les enjeux liés à la corruption, celles-ci ne sont qu'une minorité à s'être dotées d'outils solides de prévention et de détection.

Les dirigeants d'entreprises françaises reconnaissent, en grande majorité, que les programmes de lutte contre la corruption sont perfectibles pour ne pas dire insuffisants. Une majorité de dirigeants déclarent avoir identifié au sein de leur organisation des pratiques susceptibles d'être qualifiées d'actes de corruption ou de trafic d'influence.

L'OCDE, quant à elle, reproche à la France, et ce depuis de nombreuses années, de ne pas suffisamment œuvrer en matière de lutte contre la corruption.

Il est déploré par cette organisation internationale, très impliquée sur le sujet, qu'aucune condamnation définitive n'ait été prononcée en France à l'encontre d'entreprises pour corruption d'agents publics.

Du côté de la vie publique, Transparency France, autre acteur majeur dans la lutte contre la corruption, a dressé tout récemment un bilan globalement positif des actions menées par l'Etat au cours des cinq dernières années en matière de transparence de la vie publique et de lutte contre la corruption. «L'association se félicite des avancées obtenues sur plusieurs sujets importants, tels que la prévention des conflits d'intérêts, la lutte contre la délinquance économique et la protection des lanceurs d'alerte. Toutefois, des progrès sont attendus pour favoriser la participation citoyenne ou la probité des décideurs publics.» (Cf. communiqué Transparency France émis le 19 décembre 2016)

Depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, l'entreprise, tant au sein du secteur privé que du secteur public, se voit ainsi assigner de nouvelles obligations en vue de contribuer au renforcement de la lutte contre la corruption notamment au niveau international. Celle-ci doit apprendre à mieux intégrer la conformité et l'éthique dans sa performance commerciale. Or, reconnaissons que l'exercice peut être délicat lorsqu'il s'agit de développer certaines activités dans certaines zones du monde. Il est reconnu que certains secteurs sont plus exposés que d'autres (cf. rapports de l'OCDE).

En termes de détection des pratiques condamnables, la mise en place de procédures d'alerte au sein des entreprises se développe indéniablement en France, après avoir été fortement critiquée. Celles-ci facilitent une meilleure détection des actes de corruption et autres manquements à la probité. Toutefois, il est impératif de bien les encadrer. La question de la protection des lanceurs d'alerte est essentielle, raison pour laquelle le chapitre II de la loi Sapin 2 y est consacré.

Quel état des lieux doit être réalisé par la direction ?

Aujourd'hui, l'urgence pour les entreprises est d'auditer les différents outils qui ont été mis en œuvre par celles-ci tant au niveau groupe qu'au sein des filiales, en France et à l'étranger. Il s'agit désormais d'une priorité. Un toilettage voire une remise à plat complète des dispositifs de prévention et de détection tels que les codes de conduite, chartes d'éthique, cartographies, s'avère impératif.

Parmi les 8 mesures imposées, la première est la mise en œuvre d'une cartographie des risques. Cette dernière prend la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de l'entreprise à des

sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels l'entreprise déploie son activité commerciale.

Voici un exemple synthétique de cartographie relative à l'exposition aux risques du personnel et de l'entreprise elle-même.

Evaluation du risque d'exposition à une corruption ou à un trafic d'influence					
Services	Aucun	Faible	Probable	Très probable	Elevé
Commercial	→				
Finance	→				
Logistique	→				
RH	→				
Informatique	→				
Achat	→				
Fabrication	→				
SAV	→				
R&D	→				
Administratif	→				
Risque		Acceptable	Acceptable moyen	inacceptable	Inacceptable extrême

Toutes les matrices d'évaluation des risques de personnel corruptibles sont possibles dès lors qu'elles permettent d'identifier les services de l'entreprise les plus exposés, les collaborateurs concernés, la teneur du risque et la gravité de ses conséquences pour l'entreprise.

Probabilité	Conséquences pour l'entreprise				
	Négligeable	Mineur	Modéré	Majeur	Extrême
Certains			<i>RH</i>		<i>Achat</i>
Probable			<i>Informatique</i>	<i>Logistique</i>	<i>Finance</i>
Possible			<i>R&D</i>		
Rare	<i>Fabrication</i>			<i>Logistique</i>	
Inexistant	<i>SAV</i>	<i>Administratif</i>			

Ensuite, il faut identifier la nature et l'origine du risque, notamment au regard de la cartographie des risques et de l'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires :

	Clients	Fournisseurs	Intermédiaires
--	---------	--------------	----------------

Achat		Corruption	
Finance		Corruption & trafic d'influence	Trafic d'influence
Commercial	Corruption		Corruption
Informatique		Corruption	trafic d'influence
R&D		Corruption	

Les zones de risques de corruption identifiées et leur gravité mesurée, il va alors falloir mettre en place les moyens internes pour les éviter ou pour les dénoncer, puis les sanctionner. Toutefois, le code est-il obligatoire dès lors que l'état des lieux n'identifie aucun risque de corruption ou de trafic d'influence ? A s'en tenir à la lettre du texte, la mise en place du code est justifié par une obligation de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter des faits de corruption ou de trafic d'influence, indépendamment de leur existence. Ainsi, l'article 17 prévoit que les dirigeants mettent en œuvre un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser ces faits. Le code est à rédiger et mettre en oeuvre dans tous les cas, même si aucun risque n'est avéré.

Que doit prévoir le code de bonne conduite ?

Les dirigeants des sociétés concernées doivent mettre en place un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Il s'agit donc d'un document personnalisé aux problématiques de corruption de l'entreprise, telles qu'elles ont été identifiées par la cartographie des risques.

Ainsi, par exemple, les cadeaux offerts par les clients ou fournisseurs, peuvent faire l'objet d'une réglementation très stricte, si l'entreprise constate ou craint que son personnel ne fasse l'objet d'une corruption privée.

Extrait d'un code de conduite

1. Interdiction des cadeaux et divertissements

Ne cherchez pas à obtenir un cadeau ou un loisir offert par quelqu'un avec qui l'entreprise entretient des relations commerciales, pour vous-même ou un membre de votre famille, et n'acceptez aucun cadeau ou loisir susceptible de vous influencer, ou de donner l'impression d'influencer les décisions de la société.

Les cadeaux de faible valeur, y compris les repas, sont permis.

Vous ne pouvez accepter aucune somme d'argent en cadeau ou somme d'argent en espèces. La politique de la société condamne l'offre ou l'acceptation de largesses, de cadeaux

inappropriés, ou la promesse de cadeaux dans le but d'influencer la prise de décisions commerciales de quelque manière que ce soit.

L'offre, la promesse ou la remise de cadeaux dans l'espoir d'influencer un agent de la fonction publique (que ce soit national ou étranger) sont strictement interdites.

1.1. Exemples de cadeaux :

Accepter qu'un fournisseur vous mette à disposition gratuitement un appartement pour un séjour de ski pour vous et votre famille.

Recevoir une somme d'argent en espèce afin de référencer un fournisseur.

Obtenir une remise importante sur des biens commercialisés par une entreprise concurrente.

Afin d'être retenu sur un appel d'offre, remettre à un fonctionnaire une somme d'argent ou un cadeau de valeur.

Faut-il modifier les codes et chartes éthiques ou de conduite déjà adoptés ?

Des groupes ont déjà mis en place des codes de conduite ou des chartes éthiques. Ces documents ont souvent un spectre beaucoup plus large que les seules infractions visées par le code de la loi Sapin. Ils concernent toutes les infractions pénales, comme le harcèlement et la discrimination, les fraudes, et notamment fiscales ou économiques. En outre, ils visent plus largement le respect d'une culture prônant véritablement l'éthique au sein du groupe. A ce titre on y trouve des règles vestimentaires, comportementales, d'entraide, de collaboration ou encore de moralité. Ainsi, par exemple, dans un arrêt récent, la Cour de cassation relève une charte éthique au sein d'une société dont les trois valeurs principales sont le respect, l'esprit d'équipe et la communication⁶.

Or, il semble difficile d'affirmer que tous les codes actuels sur l'éthique ou la bonne conduite sont conformes à la loi Sapin 2. Tout d'abord, le code de conduite, issue de la loi du 9 décembre, doit contenir des dispositions contraignantes, adaptées et illustrées des différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ensuite, le code de conduite est à intégrer au règlement intérieur de l'entreprise, ce qui n'est pas forcément le cas des codes existants.

Déjà en 2008, le ministère constatait que les chartes éthiques et codes de bonne conduite se développaient dans les entreprises françaises en réponse à de nouvelles obligations et à l'engagement plus fréquent de la responsabilité de l'employeur. Ils sont apparus comme un outil permettant, à l'inverse du règlement intérieur dont le champ est légalement limité, de réunir en un document, selon un contenu et un degré de précision variables, les engagements et obligations respectifs de l'employeur et des salariés dans le cadre de l'exécution du contrat

⁶ Cass. Soc. 26 septembre 2016 N° de pourvoi: 14-29933

de travail. Ils sont parfois accompagnés de la mise en place d'un dispositif d'alerte professionnelle. L'ensemble des dispositifs éthiques participe d'une démarche de prévention des risques devant permettre une amélioration des performances de l'entreprise. Pour le ministère, ces outils de la gouvernance d'entreprise, les chartes d'éthique (codes de conduites...) et dispositifs d'alerte professionnelle posent la question de leur régime juridique et des modalités du contrôle administratif de leurs clauses relatives à la discipline⁷.

Selon le ministère, les clauses d'un code de conduite relatives à l'acceptation ou au refus de cadeaux, à l'utilisation des biens de l'entreprise à des fins personnelles, relèvent du champ du règlement intérieur et seront contrôlées, à ce titre, par l'inspecteur du travail. Par contre, précise le ministère, la décision administrative ne devra pas, sous peine d'irrégularité, se prononcer sur des dispositions qui sont hors du champ du règlement intérieur ni en qualifier le contenu (disproportion, atteinte à la liberté individuelle...). De fait, le ministère semblait admettre que le même document puisse contenir des dispositions relevant du règlement intérieur et d'autres pas, alors qu'en 1983 il écrivait qu'en dehors de l'hygiène et de la sécurité et des règles relatives à la discipline, aucune matière ne peut y figurer, même à titre facultatif⁸. En définitive, toute violation de l'éthique d'un groupe ou de la bonne conduite des affaires, n'est-elle pas, par essence, disciplinaire.

De son côté, la jurisprudence estime qu'une charte régissant la politique de conflits d'intérêts entre salariés induit, dès lors que ses dispositions sont édictées à peine de poursuites disciplinaires, un processus de modification du règlement intérieur supposant la consultation régulière des institutions représentatives du personnel et la communication à l'inspection du travail⁹.

Issue de cette doctrine administrative et de cette jurisprudence, on trouve aujourd'hui dans les entreprises trois types de chartes dont le cadre juridique diffère. Il existe des chartes ou code constitués de dispositions qui :

- relèvent toutes du champ du règlement intérieur ;
- sont toutes étrangères au champ du règlement intérieur ;
- pour certaines seulement relèvent du champ du règlement intérieur.

Pour les codes existants il faut vérifier qu'ils respectent bien les conditions posées par l'article 17 de la loi Sapin, et notamment qu'ils prévoient des dispositions illustrées sur la corruption et le trafic d'influence, et qu'ils ont bien suivi la procédure d'adoption propre au règlement intérieur en étant soumis à l'avis des représentants du personnel et transmis à l'inspection du travail.

⁷ Circulaire DGT no 2008-22 du 19 novembre 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnelle et au règlement intérieur

⁸ Circ. DRT 5-83 du 15 mars 1983 n° 125 : BOMT n° 83/16.

⁹ CA Versailles 14 novembre 2007 n° 07-405, 14^e ch., SARL Exxonmobil Chemical France c/ Comité d'Etablissement de la Sté Exxonmobil Chemical France

A priori, si des dispositions sur la corruption sont bien prévues, les codes existants peuvent très bien envisager d'autres domaines, comme la discrimination, le harcèlement, le vol, le travail des enfants, etc.

Dans ces codes de conduite, il est parfois difficile de différencier les clauses qui affirment des valeurs et principes éthiques, de celles qui désignent des comportements dont la violation peut justifier une sanction disciplinaire. Pourtant, cette vérification s'avère indispensable, car les règles qui fixent des comportements constituant des fautes disciplinaires sont vérifiables par l'administration du travail au titre de l'article L. 1322-1 du code du travail. Si le code ne différencie pas, par lui-même, les règles de discipline des autres, l'administration risque de porter son contrôle sur l'ensemble du document et peut, dans ce cas, exiger le retrait des articles qui portent atteinte aux libertés individuelles.

Ainsi, la Cour de cassation juge illicite un code de conduite institué par une entreprise, alors que le dispositif d'alerte professionnelle ne prévoyait aucune mesure d'information et de protection des personnes répondant aux exigences de la loi du 6 janvier 1978 et de la délibération du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de la CNIL¹⁰.

Dans ces conditions, il est recommandé de différencier, dans deux chapitres distincts du code, les règles disciplinaires de celles qui ne le sont pas. Finalement, le code peut s'appliquer à bien d'autres domaines que ceux visés par la loi Sapin, dès lors que la prévention de la corruption et du trafic d'influence y figurent.

S'agissant des domaines concernés par le dispositif d'alerte qui serait visé dans le code, il conviendra de les désigner précisément, notamment au regard de l'autorisation unique de la CNIL modifiée le 30 janvier 2014.

Les représentants du personnel. Pourquoi cela risque d'être tendu ?

Le législateur impose, aux termes de l'article 17(II) de la loi Sapin 2, que le code de conduite soit intégré au règlement intérieur de l'entreprise et fasse l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du code du travail.

Ainsi, le code ne peut entrer en vigueur qu'après avoir été soumis à l'avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel ainsi que, pour les matières relevant de sa compétence, à l'avis du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

La lutte contre la corruption, si elle ne relève pas des matières entrant dans les attributions du CHSCT, en est-il de même pour le processus d'enquête interne servant à sa révélation ? Le CHSCT a vocation à intervenir dès lors que la direction envisage de mettre en place un dispositif de nature à avoir une incidence sur le comportement des salariés, leur évolution

¹⁰ Cass. soc. 8 décembre 2009 n° 08-17.191 (n° 2524 FP-PBRI), Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ Sté Dassault systèmes.

de carrière et leur rémunération¹¹. Une compétence en matière de prévention de risques psychosociaux qui ne cesse d'être affirmée par la jurisprudence¹². On peut craindre une interprétation judiciaire favorable à l'intervention du CHSCT.

Quant à l'intervention du comité d'entreprise, elle est expressément prévue et doit porter non seulement sur le projet de code de conduite, mais aussi sur la cartographie des risques qui a servi à son élaboration, au titre du droit d'accès aux informations nécessaires à la formulation d'un avis motivé. Qu'à défaut, on peut craindre que le juge allonge le délai à l'expiration duquel le comité d'entreprise est réputé avoir rendu son avis¹³.

Une démarche concertée avec les représentants du personnel apparaît pourtant inévitable en exposant, en amont, le dispositif législatif dans son ensemble. Pour autant, la direction risque de se heurter à des revendications tendant à inclure dans le code : la prévention de la discrimination syndicale, l'entrave au fonctionnement de la représentation du personnel, la participation d'un représentant des salariés à l'enquête interne, la mise en place d'une commission d'éthique par le CE ...etc. L'approche du plan anticorruption par l'adjonction au règlement intérieur s'avère une erreur grossière. Les débats au sein des instances de représentation des salariés risquent d'être houleux, voire chaotiques.

Quel rôle pour le lanceur d'alerte ?

Le dirigeant doit aussi mettre en place un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de la société.

Ce dispositif semble différent du lanceur d'alerte prévu par l'article 6 de la loi Sapin 2. Ce dernier est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

Dans le cadre de la lutte anticorruption, c'est une procédure interne que doit mettre en place le dirigeant. Celle-ci peut procéder d'une information du supérieur hiérarchique direct, du DRH, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci, comme un « ombudsman ». Cette alerte peut prendre, par exemple, la forme d'un numéro de téléphone "ligne éthique" ou d'une adresse électronique dédiée. Ce dispositif permet à tous salariés de signaler des problèmes de corruption.

¹¹ Cass. Soc. 28 nov.2007 n°06-21.964

¹² Cass. Soc 17 février 2016 N° de pourvoi: 14-25062

¹³ Cass. Soc 21 septembre 2016 N° de pourvoi: 15-19003

Les alertes recueillies sont ensuite vérifiées, dans un cadre confidentiel, et permettent à l'employeur de décider, en connaissance de cause, des mesures correctives à prendre.

L'exercice de l'alerte conduit l'employeur, en principe, à procéder sans délai à une enquête. La direction, dans le cadre d'un examen préalable, lance une enquête interne, mais cela ne signifie pas, pour autant, qu'elle doit mener l'enquête dans l'urgence, sauf à respecter le délai de prescription disciplinaire de deux mois¹⁴. Sur ce point, on rappellera qu'aucun fait fautif ne peut donner lieu à lui seul à l'engagement des poursuites disciplinaires au-delà d'un délai de deux mois, ce délai ne s'appliquant pas si l'employeur a engagé des poursuites pénales contre le fautif ou s'il n'a eu une « *connaissance exacte de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits reprochés au salarié* » qu'à l'issue de l'enquête¹⁵.

Avant la loi Sapin 2, la CNIL tout d'abord, puis la jurisprudence ont précisé les obligations de l'employeur en matière d'enquête suite à une alerte¹⁶. Ces précisions semblent toujours d'actualité et doivent s'appliquer aux situations visées par la loi Sapin 2.

Selon la CNIL, les utilisateurs du dispositif d'alerte doivent être clairement et préalablement informés par tout moyen approprié, notamment :

- de l'identité du responsable du dispositif. L'émetteur de l'alerte professionnelle doit s'identifier mais son identité est traitée de façon confidentielle par l'organisation chargée de la gestion des alertes,
- des objectifs poursuivis et du périmètre limité,
- du caractère facultatif du dispositif,
- de l'absence de conséquence à l'égard des salariés de la non-utilisation de ce dispositif,
- des destinataires des alertes,
- de l'existence d'un droit d'accès et de rectification au bénéfice des personnes identifiées dans le cadre de ce dispositif.

D'après l'autorité administrative, il doit être clairement prévu que l'utilisation abusive de l'alerte professionnelle expose son auteur à des sanctions disciplinaires, ainsi qu'à des poursuites judiciaires. A l'inverse, l'utilisation de bonne foi du dispositif, même si les faits s'avèrent par la suite inexacts ou ne donnent lieu à aucune suite, ne peut exposer son auteur à des sanctions. Ainsi, le licenciement d'un directeur administratif et financier d'une association est nul et il doit être réintégré, s'il dénonce au procureur de la République des agissements de corruption, en ce que le directeur du centre a tenté de se faire payer des salaires pour un travail qui n'avait pas été accompli et obtenu du président de l'association la signature d'un contrat de travail, alors qu'il était dans le même temps administrateur de l'association¹⁷.

¹⁴ C. trav., art. L. 1332-4

¹⁵ Cass. soc., 17 févr. 1993, n° 88-45.539, Bull. civ. V, n° 55

¹⁶ CNIL a adopté une autorisation unique (AU-004) le 8 décembre 2005, modifiée le 14 octobre 2010 et le 30 janvier 2014

¹⁷ Cass. Soc. 30 juin 2016 N° de pourvoi: 15-10557

Toujours d'après la CNIL, les personnes chargées de traiter les alertes doivent être en nombre limité, spécialement formées et soumises à une obligation renforcée de confidentialité qui doit être définie dans leur contrat. Ce statut juridique strict de l'enquêteur n'est pas repris par la loi Sapin.

L'enquêteur, selon la CNIL, doit :

- suivre une formation, sans que l'objet ou la nature de cette formation soit précisée. On peut logiquement penser qu'il s'agit d'une action de formation sur les « *alertes professionnelle* », le respect des libertés individuelles et la connaissance de la législation du travail ;
- faire l'objet d'une disposition contractuelle prévoyant une « *obligation renforcée de confidentialité* ». Cette consolidation du secret serait donc garantie par une stipulation qui en accentue la force juridique. Mais quelle disposition prévoir ? Il n'est pas possible de préconstituer un motif de licenciement, la jurisprudence l'exclut. Le juge n'est pas lié par les qualifications données à certains faits par la voie contractuelle. Aucune stipulation du contrat de travail ne peut valablement décider qu'une circonstance quelconque constituera un motif de licenciement¹⁸. Aussi juste que soit la cause qu'elle est sensée défendre. Faut-il prévoir une pénalité en cas de violation ? Pas plus, le code du travail interdit expressément les sanctions pécuniaires¹⁹, auxquelles la jurisprudence assimile la suppression d'une prime en raison d'une faute du salarié²⁰. Cette volonté affichée par la CNIL se réduirait à une clause de style, faute de pouvoir prévoir dans le contrat un outil de « *renforcement* » de son efficacité juridique.

Il convient de rappeler que la jurisprudence estime aussi que l'absence, dans un code éthique, des mentions prévues par la loi du 6 janvier 1978 en vue d'assurer la protection des personnes concernées et notamment la procédure permettant aux salariés visés par l'alerte d'accéder à ces données et de les rectifier, est un motif d'annulation de ce code²¹.

Dés lors, en présence d'une charte de bonne conduite déclarée et complète, l'enquêteur désigné par elle peut lancer ses investigations. Il doit, selon la CNIL, informer la personne faisant l'objet d'une alerte. Il est précisé à la personne mise en cause, notamment l'entité responsable du dispositif, les faits qui sont reprochés, les services éventuellement destinataires de l'alerte, ainsi que les modalités d'exercice de ses droits d'accès et de rectification. Cette information peut intervenir après la prise de mesures conservatoires, notamment pour prévenir la destruction de preuves relatives à l'alerte. La personne qui fait l'objet d'une enquête ne peut en aucun cas obtenir communication de l'enquêteur, sur le fondement de son droit d'accès, des informations concernant l'identité de l'émetteur de l'alerte.

¹⁸ Cass. soc., 5 juin 2002, n° 00-42.037

¹⁹ C. trav., art. L. 1331-2

²⁰ Cass. soc., 20 déc. 2005, n° 05-45.365, Bull. civ. V, n° 392

²¹ Cass. soc., 8 déc. 2009, n° 08-17.191 P+B+R+I

Les données relatives à une alerte considérée, dès son recueil par l'enquêteur, comme n'entrant pas dans le champ du dispositif, sont détruites ou archivées sans délai. Lorsque l'alerte n'est pas suivie d'une procédure disciplinaire ou judiciaire, les données relatives à cette alerte sont détruites ou archivées par l'organisation chargée de la gestion des alertes dans un délai de deux mois à compter de la clôture des opérations de vérification. Lorsqu'une procédure disciplinaire ou des poursuites judiciaires sont engagées à l'encontre de la personne mise en cause ou de l'auteur d'une alerte abusive, les données relatives à l'alerte sont conservées par l'enquêteur jusqu'au terme de la procédure. Les données faisant l'objet de mesures d'archivage sont conservées, dans le cadre d'un système d'information distinct à accès restreint, pour une durée n'excédant pas les délais de procédures contentieuses²².

Que risque l'employeur en cas de dénonciation erronée ?

Dans l'hypothèse où l'employeur dénonce sans précaution un collaborateur accusé de corruption, il peut être considéré qu'il y a une négligence de sa part. En effet, si le lanceur d'alerte est protégé aujourd'hui par la loi Sapin 2, ce n'est pas le cas de l'entreprise qui mène une enquête interne.

Sur le plan de la faute, la décision tardive de la direction d'annuler une procédure disciplinaire, alors que le salarié s'avère innocent des faits dont on l'accuse, constitue une faute de l'employeur génératrice d'un préjudice moral qui doit être réparé²³. Tel est le cas, par exemple, du retard de l'employeur à annuler une mise à pied conservatoire et à interrompre une procédure de licenciement pour vol alors que l'accusation s'est révélée infondée immédiatement après les faits reprochés²⁴.

Dans le cas d'une dénonciation inexacte d'un salarié pour un acte de corruption qu'il n'a pas commis, l'entreprise risque de devoir verser des dommages et intérêts pour avoir agi avec une légèreté blâmable, si les moyens d'investigation qu'elle a mobilisés sont insuffisants, voire superficiels.

Si la responsabilité de l'employeur peut être engagée sur le plan civil en raison d'une dénonciation erronée, il semble plus difficile de retenir contre ce dernier une infraction pénale, tel que le délit de dénonciation calomnieuse²⁵. En effet, l'erreur sur la personne ou l'absence d'une procédure rigoureuse pour identifier avec certitude le corrompu ou le corrupteur ne suffirait pas à établir l'élément intentionnel de ce délit. Selon la jurisprudence, il appartient à la juridiction saisie des poursuites pour dénonciation calomnieuse et dénonciation mensongère de crimes imaginaires, d'apprécier, d'après les éléments de la

²² Dispositifs d'alerte professionnelle (Autorisation unique n° 4) de la CNIL

²³ Cass. soc. 8 octobre 1987 n° 84-44.042 (n° 3172 D)

²⁴ Cass. soc. 8 octobre 1987 n° 84-44.042

²⁵ C. Pén., 226-10 La dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, lorsqu'elle est adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La fausseté du fait dénoncé résulte nécessairement de la décision, devenue définitive, d'acquiescement, de relaxe ou de non-lieu, déclarant que le fait n'a pas été commis ou que celui-ci n'est pas imputable à la personne dénoncée. En tout autre cas, le tribunal saisi des poursuites contre le dénonciateur apprécie la pertinence des accusations portées par celui-ci.

cause, la mauvaise foi du dénonciateur, laquelle exige pour être constituée, la constatation de la connaissance par le prévenu de la fausseté du fait dénoncé au moment de la dénonciation²⁶.

Faut-il déclarer l'alerte à la CNIL ?

La procédure d'alerte professionnelle" (ou "whistleblowing") s'inscrit dans un cadre précis déjà défini en 2005 par la CNIL. Ce régime simplifié d'autorisation unique défini par la CNIL dans sa délibération du 8 décembre 2005, modifiée le 30 janvier 2014, dispense les responsables de traitement automatisé de données à caractère personnel du régime normal de l'autorisation lorsque le traitement mis en œuvre répond à une obligation législative ou réglementaire visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans des domaines visés expressément par l'autorisation unique AU-004. Sont ainsi concernés les dispositifs d'alertes professionnelles permettant aux employés de signaler des problèmes relatifs aux domaines financier, comptable, bancaire et de lutte contre la corruption, aux pratiques anticoncurrentielles, aux discriminations et au harcèlement au travail, à la santé, l'hygiène et la sécurité au travail et à la protection de l'environnement. Il est précisé que les alertes doivent répondre à une obligation légale ou à un intérêt légitime.

Les employés doivent être informés préalablement à la mise en œuvre du dispositif. L'émetteur de l'alerte professionnelle doit s'identifier mais son identité est traitée de façon confidentielle par le gestionnaire des alertes.

Il semblerait, d'après nos sources d'information, que la CNIL n'envisage pas, à ce jour, une nouvelle autorisation qui tiendrait compte de la loi Sapin 2.

En conclusion, l'entreprise et ses dirigeants devront à tout moment pouvoir justifier de leur politique de prévention et de détection menée en matière de lutte contre la corruption, documents et actions sur le terrain à l'appui.

En matière de lutte contre la corruption et, plus largement, en matière d'éthique, les conseils d'administration et conseils de surveillance ont un rôle majeur à jouer en la matière. Ceux-ci ne manqueront certainement pas de challenger les directions générales sur leur programme de prévention et de mise en conformité.

En effet, comme nous le savons, il ne suffit pas de rédiger des procédures, encore faut-il que celles-ci soient diffusées, portées par le management, respectées et contrôlées. Le groupe ENRON n'était-il pas cité en exemple en matière de procédures de contrôle interne et ce avant sa chute en 2001, provoquée par des actes frauduleux commis par des membres du top management ? Rappelons-nous que c'est ce scandale qui fut le déclencheur d'une avalanche de réglementations dans le monde entier en matière de gouvernance, de contrôle interne, de gestion des risques et d'éthique.

²⁶ Cass. Crim. 30 mars 2016 N° de pourvoi: 15-81660

