



L'alerte éthique : vers une gouvernance omnicanal ?

By/Par | **Nathalie Devillier**

Professeur associé, Grenoble Ecole de Management,
nathalie.devillier@grenoble-em.com

ABSTRACT

Is the creation of a whistleblowing mechanism likely to strengthen corporate governance? This will be the subject of this legal study which first seeks to identify the existing legal instruments in French law, while briefly comparing them with those that exist abroad to map these mechanisms and identify structural features. Then the vocation of whistleblowing as corporate governance lever will be examined, including by questioning the effectiveness of the device.

Keywords: whistleblowing, confidentiality, compliance, ethics, protection, employees.

RÉSUMÉ

La création de l'alerte éthique est-elle de nature à renforcer la gouvernance d'entreprise ? Ce sera l'objet de cette étude juridique qui vise tout d'abord à identifier les instruments légaux existant en droit français, tout en les comparant brièvement avec ceux qui existent à l'étranger afin de cartographier ces mécanismes et en identifier les caractéristiques structurelles. Ensuite, la vocation de l'alerte éthique en tant que levier de la gouvernance d'entreprise sera examinée, notamment en questionnant l'efficacité du dispositif.

Mots-clés : alerte, confidentialité, conformité, éthique, protection, salarié.

JEL Classification: K42

« Au contrat, le salarié met à la disposition de l'employeur sa force de travail, mais non sa personne » : Jean Rivero, Les libertés publiques dans l'entreprise, Droit Social, 1982, p.423

1. INTRODUCTION

Aucune organisation n'échappe au risque de fraude. Une étude PwC (2014) révèle que 55% des entreprises françaises ont été victimes de fraudes au cours des 24 derniers mois : collaborateur détournant des fonds, acte de cybercriminalité, DAF d'une filiale falsifiant des résultats financiers, directeur commercial recourant à la corruption pour obtenir des marchés, pillage des *process* de production, abus de biens sociaux en complicité avec des salariés indélicats des cellules comptables.¹ Le dirigeant de l'entreprise, responsable de son organisation et de son contrôle interne, est le premier acteur de la lutte antifraude (Sherron Watkins, Vice-présidente d'Enron) avec dans son sillage les auditeurs internes (Cynthia Cooper, auditrice interne de WorldCom) et le DAF. Des vigies existent contre ces abus : expert-comptable, commissaire aux comptes, banques, assureurs, services de police, magistrats, *fraud examiners*, juricomptables, cour des comptes, TRACFIN et AMF, sans oublier les salariés. Colleen Rowley, agent du FBI, Stéphanie Gibaud, directrice de la communication chez UBS-France et bien sûr Edward Snowden, informaticien à la CIA et NSA, ont ainsi révélé des scandales mondialement connus. Tous ont tiré la sonnette d'alarme pour faire cesser les agissements d'une entreprise pouvant nuire à autrui : on les appelle des lanceurs d'alerte. Ils revendiquent leur loyauté à l'égard des institutions et entendent agir dans le cadre de la loi (Lochak, 2014).

Alerte éthique et gouvernance d'entreprise. La fraude professionnelle a un impact négatif sur l'entreprise : la perte médiane est de 325 000 USD en 2014 (AFCE, 2014) avec une durée moyenne de la fraude s'élevant à 32 mois (plus d'un million de dollar pour les fraudes détectées sur une obligation légale de dénonciation).² Sur le plan théorique, la vision financière de la détection de la fraude reflète la théorie de l'agence (Jensen et Meckling, 1976) selon laquelle la gouvernance d'entreprise vise à réduire l'asymétrie d'information entre le principal et l'agent et les pertes de richesses pour les actionnaires, donc à limiter les fraudes. Si l'on reprend la définition de Charreaux (1997) de la gouvernance, elle se réfère à l'ensemble « des mécanismes organisationnels qui ont pour effet de délimiter les pouvoirs et d'influencer les décisions des dirigeants, autrement dit, qui gouvernent leur conduite et définissent leur espace discrétionnaire ». La gouvernance a donc un rôle traditionnel dans la détection de la fraude.

¹ Les domaines phares en matière financière sont : le détournement d'actifs, la falsification d'états financiers et la corruption (KPMG Forensic Department, *Global profiles of the fraudster*, Marc Lefort, Les Echos, 26/02/2014). D'après cette étude, 61% des fraudeurs appartiennent à l'entreprise cible (homme manager au département finance ou des opérations, âgé de 36 à 55 ans et récidiviste) ; 54% des fraudes sont commises par des salariés ayant des fonctions d'encadrement ou de direction. Les mécanismes qui conduisent à la fraude sont multiples : l'opportunité d'une faille dans le contrôle interne, la psychologie du fraudeur (ego, crainte, enrichissement personnel), les entreprises à points de vente multiples (grande distribution, distribution, hôtellerie, restauration) et les groupes opérant sur d'importants marchés d'infrastructure ou à forte implantation internationale notamment dans les BRICS (corruption). La mise à jour de la fraude passe par l'investigation d'un expert externe (analyse de données comptables et financières) et la conduite d'entretiens, la recherche d'informations publiques sur les sociétés et les personnes, l'analyse de données électroniques (43% des fraudes sont mises à jour par détection informatique). PwC, 2014.

² L'étude de l'AFCE 2014 repose sur l'analyse de 1432 cas de fraude dans 100 pays.

L'alerte éthique : une dénonciation légitime d'un acte touchant à l'intérêt général.

Outre-atlantique, se taire à propos d'une infraction vous rend complice ou receleur, alors que c'est une loi du silence qui prime dans l'Hexagone (Lesniak, 2012). La dénonciation d'actes illégaux par les lanceurs d'alerte, les actions de classe et le lobbyisme, fortement ancrés dans les pays anglo-saxons, rencontrent la réticence des français pour des raisons historiques, culturelles et sociologiques. L'intégration progressive de ces arsenaux en droit français via le droit européen distille de nouveaux leviers au service d'une gouvernance économique globalisée. Salariés, consommateurs et citoyens disposent aujourd'hui d'outils permettant de révéler des informations portant atteinte à des valeurs essentielles menacées par des crimes ou délits, erreurs judiciaires, abus de pouvoir, usage illégal de fonds publics, la maltraitance, les fraudes comptables et financières, les délits d'initiés, les malversations au droit boursier, le blanchiment d'argent, l'évasion fiscale, les actes de concurrence illicites (ententes sur les prix, techniques de vente trompeuses), la corruption, le harcèlement, les dommages causés à la santé ou à l'environnement et les discriminations au travail. Ils obtiennent ensuite réparation des préjudices qui en résultent qu'ils soient épargnants spoliés, salariés licenciés, actionnaires ruinés ou fournisseurs en faillite.

La dénonciation devient légitime, elle est un mode de régulation sociale et rejoint le *whistleblowing* tel qu'il existe aux Etats-Unis : la dénonciation de comportements contraires à la réglementation ou aux valeurs sociales partagées au sein de l'entreprise. En effet, au-delà du préjudice financier direct généré par les fraudes, l'absence de réaction suscite un sentiment d'impunité. Divers termes sont employés pour traduire le mot *whistleblowing* (littéralement « lancer un coup de sifflet ») : dénonciation, alerte éthique, alerte professionnelle, signalement, déclenchement d'alerte, alerte interne ou divulgation. En tous cas, le signalement de ces comportements illégaux a pour but de renforcer la conformité aux lois et réglementations, l'intégrité, la loyauté, l'honnêteté et le respect d'autrui. Les bénéfices attendus de ces mécanismes sont donc la détection de fraudes, la protection de l'intérêt de la société et de ses actionnaires et l'engagement de la responsabilité des dirigeants.

Fondements juridiques en droit comparé et droit français. Les origines de l'alerte éthique se trouvent notamment dans le *False Claim Act* (US, 1863), le *Whistleblower Protection Act* (US, 1989), le *Public Interest Disclosure Act* (UK, 1998), la loi Sarbanes-Oxley (SOX, 2002) et le *Dodd Franck Act* (US, 2010). D'autres sources, issues des conventions internationales ou du Conseil de l'Europe sont également pertinentes³ ainsi que le droit de l'Union européenne, y compris les travaux du Groupe de l'article 29.⁴

³ Conventions civile et pénale contre la corruption (STN n°173 et 174 de 1999) du Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)7 du 30/04/2014 sur la protection des lanceurs d'alerte, Convention des Nations unies contre la corruption (2003) qui prévoit la protection de « toute personne qui signale aux autorités compétentes, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables » des faits de corruption (Art. 33) ; la convention n°158 sur le licenciement, ONU-OIT (art. 5-c : ne constitue pas un motif valable de licenciement le fait d'avoir participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation ou d'avoir présenté un recours devant des autorités compétentes) ; Recommandation de l'OCDE visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (2009) ; Recommandation du Conseil sur l'amélioration du comportement éthique dans le service public incluant les principes propres à favoriser la gestion de l'éthique dans le service public (1998).

⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art.11, 30, 41 et 47 sur le droit à la liberté d'expression, la protection en cas de licenciement injustifié, le droit à une bonne administration et à un recours effectif devant un tribunal impartial), la Charte sociale européenne qui garantit le droit à la protection et au dédommagement en

En France dans le secteur privé, les droits d'alerte professionnelle résultent de plusieurs sources juridiques sectorielles créant des protections disparates par domaine d'activité (corruption, santé...). Ils sont conçus comme des droits d'expression, et non comme des devoirs (contrairement au secteur public avec l'obligation de dénoncer des faits délictueux et sauf pour tout crime commis dans le cadre de l'article 434-1 CPP ou pour les entreprises soumises à des lois extraterritoriales des USA et UK). La dénonciation résulte soit d'une obligation légale (surtout dans le secteur bancaire) ou contractuelle (existence d'une charte ou d'un code de conduite interne à l'entreprise). La mosaïque de textes adoptés en droit français après 2002 reflète le *whistleblowing* américain auxquels on peut ajouter les textes imposant aux commissaires aux comptes, aux banques, aux avocats, salariés, médias, auditeurs, investisseurs de dénoncer certains faits délictueux dont ils ont connaissance.

La logique nouvelle de transparence est donc particulièrement marquante. On peut en conclure que ces personnes, au même titre que tous les salariés de l'entreprise, sont des composantes du gouvernement d'entreprise car elles permettent de lutter contre les abus commis par les dirigeants. Dès lors que la dénonciation a pour objet un fait illicite, elle joue un rôle important pour les actionnaires, les dirigeants, les salariés et la société en général. Mais des effets pervers existent pour le dénonciateur (risque de représailles pouvant aller jusqu'au licenciement), pour la personne dénoncée (diffamation), pour l'entreprise (atteinte à la réputation) et les actionnaires (baisse du prix de l'action).⁵

Caractéristiques de la dénonciation de pratiques illégales. Le droit international du travail parle de dénonciation d'abus en ces termes : « dénonciation par les employés ou ex-employés de pratiques illégales, irrégulières, dangereuses ou moralement répréhensibles ». Plusieurs définitions sont proposées en droit international et droit français, elles ont de commun les traits suivants : 1/ la révélation de faits illégaux commis sur le lieu de travail, 2/ une dimension d'intérêt public et non d'un grief individuel et 3/ la révélation de ces faits par des canaux spécifiques.⁶ L'informateur peut être interne ou externe à l'entreprise (employé,

cas de licenciement sans motif valable (art.24) et [Opinion 1/2006 on the application of EU data protection rules to internal whistleblowing schemes in the fields of accounting, internal accounting controls, auditing matters, fight against bribery, banking and financial crime](#) du Groupe de travail « Article 29 » (2006).

⁵ Jugé abusif le licenciement d'un salarié suite à une alerte interne sur des infractions pénales (CPH Paris, 2/08/2013, 10/00656 ; CPH Strasbourg, 19/02/2013, 10/00656). La Cour de cassation a rappelé que le fait pour un salarié de porter à la connaissance de l'inspecteur du Travail des faits concernant l'entreprise et lui paraissant anormaux, qu'ils soient ou non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute (Cass. Soc., 14/03/2000, N°97-43268, Bull. Civ. 2000 V N° 104 p. 81). Voir Rooryck-Sarret 2010.

⁶ Thésaurus du Bureau International du Travail. La définition retenue par l'OCDE est celle-ci : « discriminatory or disciplinary action public and private sector employees who report in good faith and on reasonable grounds to the competent authorities » (Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 2009). Enfin, celle du Conseil de l'Europe : « employés qui, de bonne foi et sur la base de soupçons raisonnables, dénoncent des faits de corruption aux personnes ou autorités responsables » (Convention civile contre la corruption, 1999). En droit français : « avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions » (lutte contre la corruption, art. L 1161-1 C. Trav.) ; « avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions » (lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, art. L 1132-3-3 C. Trav.) ; « avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à la sécurité sanitaire des produits mentionnés à l'article L. 5311-1 dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions (sécurité des médicaments et des produits de santé, art. L 5312-4-2 C. Santé Publ.) ; « avoir relaté ou témoigné, de bonne foi,

entreprise, concurrent, média...) il divulgue l'information auprès d'un interlocuteur interne à l'entreprise (auditeur interne, comité d'audit, *compliance officer*) ou externe (média, autorité financière, sectorielle ou gouvernementale). Sa motivation réside dans son sentiment de loyauté et de fidélité envers son employeur, les autres parties prenantes ou la société au sens large. Les conditions de la dénonciation varient : anonymat, confidentialité, existence de preuves ou simples soupçons. L'alerte éthique est donc un outil de détection des risques.

L'utilité de l'alerte éthique dans la moralisation de la vie des affaires.

L'alerte éthique constitue de fait un complément des instruments classiques de gouvernance d'entreprise (lois et codes de gouvernance). La convergence des dispositifs nationaux contribue à la neutralisation des stratégies des entreprises de « *legislative shopping* » qui instrumentalisent les variations réglementaires existant d'un Etat à l'autre dans le but d'échapper à des règles ne servant pas leur intérêt (c'est aussi le cas en matière fiscale et en matière processuelle).⁷ Une gouvernance économique globalisée voit le jour et constitue l'ultime limite à la liberté des acteurs économiques (Albiol, 2010). L'alerte éthique est-elle l'apanage des traîtres ou de héros ou alors s'agit-il d'un canal accessible de régulation et de contrôle ? La transparence qu'elle offre (2) renforce-t-elle effectivement la responsabilité des dirigeants (3) ?

2. ALERTE ETHIQUE ET RENFORCEMENT DE LA TRANSPARENCE

L'alerte éthique est un mécanisme antifraude original et puissant qui vient compléter les mécanismes de gouvernance traditionnels de lutte contre la fraude. Dans le cadre des réformes renforçant la qualité de l'information financière, législateurs et régulateurs internationaux ont reconnu l'efficacité du *whistleblowing* en tant que moyen de détection des fraudes.

2.1. Un outil de prévention des risques

La place de la confiance dans l'organisation. De multiples voies d'alerte existent dans l'entreprise et sont à la disposition du salarié qui souhaite signaler un problème pouvant sérieusement affecter l'activité de l'entreprise ou engager sa responsabilité (voie hiérarchique, commissaire aux comptes, audit et conformité internes, représentants du personnel, inspection du travail). Le dispositif de l'alerte professionnelle est donc facultatif. Pour maintenir la confiance, les faits signalés doivent répondre à des caractéristiques clairement énoncées : des gravité, nature comptable ou financière, de lutte contre la corruption ou relatifs à un manquement de droit de la concurrence.⁸ Il ne s'agit pas de viser toutes les dispositions législatives ou réglementaires. L'information sur l'existence et les

soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives de faits relatifs à un risque grave pour la santé publique ou l'environnement dont elle aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions » (santé et environnement, art. L 1351-1 C. Santé Publ.).

⁷ Affaire Vivendi, Cour Suprême des Etats-Unis, 24 juin 2010, "Morrison v. National Australia Bank Ltd" <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1191.pdf>.

⁸ Décision du Conseil de la Concurrence, n°07-D-21 du 26/06/2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location-entretien du linge : dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure de non-contestation des griefs (transaction, art. L 464-2 C.Com.), le Conseil accepte pour la première fois la mise en place d'un système de *whistleblowing*, en ligne (<http://www.cnrs.fr/aquitaine/IMG/pdf/CC07D21.pdf>).

modalités de l'alerte joue aussi un rôle important dans ce rapport de confiance : qui est responsable du dispositif ? Quelles seront les conséquences pour l'utilisateur de ce dispositif ? Existe-t-il un droit d'accès et de rectification au bénéfice des personnes identifiées dans ce cadre ? Réciproquement, l'utilisation abusive du droit d'alerte peut donner lieu à des sanctions disciplinaires ainsi qu'à des poursuites judiciaires. Le fait que le lanceur d'alerte ne soit pas anonyme renforce la responsabilisation et limite les risques de dénonciation calomnieuse. En principe, les alertes professionnelles ne sont pas anonymes : l'auteur de l'alerte doit s'identifier, cela facilitera à la fois le traitement de l'alerte (possibilité de lui demander des compléments d'information) et sa protection en cas d'éventuelles représailles. L'alerte éthique permet aussi à l'entreprise de communiquer sur ses valeurs à travers une norme de comportement. C'est le parfait vecteur pour générer une prise de conscience des risques qu'il faut identifier : il s'agit de préserver la réputation et l'intégrité de la société en adoptant un comportement adapté.

Les mécanismes antifraudes au sein de l'entreprise.

Restaurer la confiance en limitant le risque de fraude est un objectif poursuivi par plusieurs dispositifs au sein de l'entreprise au stade de la prévention, de la détection et de l'investigation. Les outils pouvant être mis en place dans l'entreprise sont les suivants (Bensadoun et Chafiol-Chaumont, 2013 et Le Bolzer, 2014) :

Mécanismes antifraudes au sein de l'entreprise.

Prévention	<ul style="list-style-type: none"> - Règlement intérieur, - Contrat de travail, - Charte informatique, - Responsable conformité/<i>Compliance Officer</i>, - Responsable Fraude/ <i>Fraud Officer</i>, - Adoption d'un code ou charte d'éthique/règles déontologiques/code de bonne conduite/guide des bonnes pratiques (v. ci-après l'exemple de Wavecom), - Cartographie des risques, - Sensibilisation et formation des salariés par le <i>Compliance Officer</i>.
Détection	<ul style="list-style-type: none"> - Comité d'audit, - Dispositif de whistleblowing, - Analyse des données électroniques/<i>data mining</i>.
Investigation	<ul style="list-style-type: none"> - Analyses comptables, financières et des données, - Entretiens, - Actions de <i>Corporate Intelligence</i>.

Le comité d'audit. Il assure le suivi des questions relatives à l'élaboration et au contrôle des informations comptables et financières ; ce contrôle porte notamment sur les processus d'élaboration de l'information financière et l'efficacité des systèmes de contrôle interne et de

gestion des risques. Il rend compte régulièrement à l'organe collégial chargé de l'administration ou à l'organe de surveillance de l'exercice de ses missions et l'informe sans délai de toute difficulté rencontrée (art. L 823-19 C.Com.). Cet organe, qui est une émanation du conseil, doit être composé d'au moins un administrateur indépendant afin de réduire les risques de fraude financière. En tant que garant des devoirs fiduciaires de loyauté, diligence et vigilance des administrateurs envers les actionnaires, le comité d'audit est en première ligne pour détecter les fraudes (Vera-Munoz, 2005).

Au Canada, la procédure d'alerte repose sur le comité d'audit avec un dispositif « concernant l'envoi confidentiel, sous le couvert de l'anonymat, par les salariés de l'émetteur de préoccupations touchant des points discutables en matière de comptabilité ou de vérification ».⁹ Ce processus repose entièrement sur le comité d'audit, autrement dit il est purement interne, ce qui suppose que le comité jouisse d'une certaine indépendance ce qui ne semble pas être le cas d'après Hunton et Rose (2011). On peut en conclure qu'à moins de garantir l'indépendance des membres du comité d'audit et de le doter de certains pouvoirs, cet organe à lui seul ne peut lutter efficacement contre les fraudes. A titre de comparaison, les Etats-Unis encouragent plus la dénonciation à une autorité financière (alerte externe).

L'efficacité démontrée de l'alerte éthique pour détecter les fraudes. Les études empiriques montrent que le cumul des fonctions de PDG augmente la probabilité de fraude (Farber, 2005 et Dechow, 1996) alors que la présence des administrateurs indépendants limite l'occurrence de fraude de ceux-ci (Beasley, 1996). Les outils habituels de gouvernance ont un cadre légal plus clairement défini que le *whistleblowing* mais sont souvent inefficaces pour détecter des fraudes (Dyck, Morse, et Zingales 2007), ce sont les mécanismes moins usuels tels que les médias et l'alerte éthique qui sont les plus efficaces : selon *l'Association of Certified Fraud Examiners*, l'audit externe, bien qu'utilisé dans 80% des sociétés victimes de fraudes, n'a permis de détecter que 5% des fraudes, alors que 45% des cas de fraude ont été découverts grâce aux employés. L'alerte éthique est donc un mécanisme de gouvernance informel efficace.

Les lois sectorielles françaises. Le droit français ne comprend pas d'obligation générale d'adopter des systèmes d'alerte professionnelle mais il ne compte pas moins de 5 lois sectorielles sur la dénonciation de faits illicites.¹⁰ Ces lois marquent l'intérêt des pouvoirs

⁹ Règlement 52-110 sur le comité d'audit, 2003.

¹⁰ Obligation pour les fonctionnaires et les élus de dénoncer au procureur de la République les infractions pénales dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions (on parle de lanceur d'alerte de droit) ([Loi n° 57-1426 du 31 décembre 1957 portant institution d'un code de procédure pénale](#), Art. 40 du code de procédure pénale) et art. 25 de la loi n°2013-907 du 11/10/2013 relative à la transparence de la vie publique. Alertes dans le secteur des établissements de crédit (Comité de la réglementation bancaire et financière, [Règlement n°97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement](#), Art. 11-2 et [Arrêté du 19 janvier 2010 modifiant le règlement n° 97-02 du 21 février 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement](#) sur le contrôle de conformité). Dénonciation d'un cartel à l'autorité de la concurrence (Art. L 464-2, IV C. Com.) ; harcèlement au travail ([Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007](#)) ; dans le domaine de la lutte contre la corruption : déclaration de soupçons de manquement de fonds, lutte contre le blanchiment d'argent (Art. L 561-1, L 562-1 à L 562-10 C. Mon. Fin. et Art. L 1161-1 C. Trav.) ; lutte contre le blanchiment d'argent (Art. L 823-12 al.2 C. Com.) ; le dispositif spécifique aux sociétés de gestion de portefeuille (Art. 313-71 C. Mon. Fin.) ; lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (Art. L 1132-3-3 C. Trav.) ; dans le domaine de la santé publique (loi Bertrand du 29/12/2011 n°2011-2012 relative au renforcement de la sécurité du médicament et des produits de santé, Art. L. 5312-4-2 C. Santé Publ.) et la [Loi n°2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière](#)

publics pour les lanceurs d'alerte dans des champs spécifiques : crimes et de délits, corruption, sécurité sanitaire et environnementale et conflits d'intérêts touchant des responsables publics. Mais il en résulte un manque d'opérabilité pour l'alerte éthique. La compréhension des mécanismes d'alerte reste difficile pour le juriste et l'entreprise. Comment l'entreprise peut-elle collecter efficacement de l'information ? Comment minimiser les fausses alertes ? La nécessité de mettre en place un régime des alertes éthiques a déjà été pointée en 2007 par Paul-Henri Antonmattei, Doyen de la faculté de droit de Montpellier et Philippe Vivien, DRH d'Areva dans leur rapport sur les chartes d'éthique, l'alerte professionnelle et le droit du travail remis au Ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes¹¹.

Les alertes éthiques dans les discours éthique des entreprises. On distingue 4 dimensions dans une charte : usage interne de type managérial, but financier voire commercial externe, usage interne de type patrimonial et usage externe complet où le *whistleblowing* figure (Archer, 2012) souvent en réponse à la loi américaine Sarbanes-Oxley qui impose aux entreprises cotées à la bourse de New York de mettre en place un système de transmission et de traitement des inquiétudes que les salariés pourraient avoir au sujet exclusivement de questions comptables, financières et boursières (Art. 301-4). Ainsi, pour les filiales étrangères de ces entreprises, cette obligation légale devient une simple charte éthique de nature volontaire, c'est ainsi que les entreprises françaises façonnent leurs propres règles sur l'alerte éthique dans une charte ou un code de conduite, elle relève ainsi de la RSE. Ceci génère automatiquement une grande hétérogénéité des sources qui ne sont soumises à aucune obligation de convergence, s'agit-il d'une intention réelle de lutter contre la fraude ou d'un outil marketing destiné à servir l'image de la société ?¹² Chez **L'Oréal**, la Charte éthique est considérée comme une véritable constitution : chaque collaborateur en reçoit un exemplaire imprimé lors de son embauche (elle est disponible en 45 langues et en braille). La portée de ces documents semble bien limitée à celle d'un outil de management.¹³ En formulant de telles revendications, l'entreprise se crée des responsabilités (ou des autolimitations), elle s'impose volontairement des devoirs en intégrant les préoccupations de ses parties prenantes. Ce sont des outils à la mode qui sont une alternative à la réglementation et correspondent aux objectifs de responsabilité sociétale tels que ceux décrits par la norme internationale ISO 26000. Issus de la *soft law*, ils peuvent toutefois avoir une force juridique proche des *gentlemen's agreement* : un engagement non sanctionnable par les tribunaux mais que l'entreprise respecte par crainte d'une sanction spontanée, non étatique (boycott des clients, grève des salariés, perte de contrats...). Cela est surtout le cas dans les pays de *Common Law*, mais en France les outils de RSE restent juridiquement non contraignants (Gaudu, 2009). Cela reflète aussi « l'ambiguïté des rapports entre législation et autorégulation en matière d'éthique des entreprises » (Riffard, 2014).

[de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte \(dite loi Blandin, Art. L 4133-1 à art. L 4133-5 C. Trav. et art. L 1351-1 C. Santé Publ.\).](#)

¹¹ Rapport disponible en ligne sur le site de la Documentation française : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/074000335.pdf>

¹² Par exemple : le « Code de déontologie et de conduite commerciale » de Exide Technologies ; « Code de conduite » chez Total.

¹³ Sur le rejet de la « transplantation » des codes éthiques de sociétés américaines aux sociétés françaises voir Collard, 2011.

La diffusion de l'alerte éthique dans les entreprises résulte des obligations réglementaires subies par les sociétés cotées à l'étranger (USA, Japon...) ou alors d'une démarche volontaire qui relève de la RSE. Dans les deux cas, le choix de l'outil de transmission de l'alerte et son traitement interne ou externe restent à la discrétion de la société. On observe donc une hétérogénéité des mécanismes mis en place.

2.2. L'essaimage ambivalent du dispositif

Mise en place du dispositif au sein de l'entreprise. L'alerte éthique est un moyen ou technique permettant un contrôle de l'activité des salariés au même titre que la vidéoprotection, le badge, la géolocalisation ou encore la biométrie. De ce fait, elle doit être soumise au comité d'entreprise (information et consultation préalable, art. L 2323-32 C.Trav.). Lorsque le dispositif d'alerte contient des dispositions relevant du champ du règlement intérieur (voir art. L 1321-1 C. Trav.) il est qualifié d'adjonction au règlement intérieur et sont donc soumis aux dispositions relatives à la mise en place du règlement intérieur. Concrètement, le projet est transmis à l'inspecteur du travail, il y a consultation du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel et soumis au CHSCT pour les matières relevant de sa compétence (art. L 1321-4 C. Trav., Merle, 2007).¹⁴ Ensuite, si la CNIL donne son accord, la procédure est mise en place par la direction.

Information des salariés. Le dispositif est porté à la connaissance de tous les salariés à titre individuel puisque « aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été préalablement porté à sa connaissance » (art. L 1222-4 C. Trav.). L'information collective et individuelle des salariés comprend : le responsable du dispositif, ses objectifs, les domaines concernés et son caractère facultatif, l'absence de conséquence à l'égard des employés de la non-utilisation de ce dispositif, les destinataires des alertes, l'existence des droits d'accès, de vérification et d'opposition et l'éventuel transfert de ces données hors de l'Union européenne. Il doit être clairement indiqué que « l'utilisation abusive du dispositif peut exposer son auteur à des sanctions disciplinaires ainsi qu'à des poursuites judiciaires mais qu'à 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 n'exposera son auteur à aucune sanction disciplinaire » (Marguerite, 2012 et Flament, 2005 et 2013). Il s'agit donc d'une initiative unilatérale des dirigeants, qui s'impose aux salariés sans qu'ils aient contribué à son élaboration. L'employé est donc un exécutant et non un réel acteur du dispositif, que ce soit au stade de sa conception (quels éléments doivent faire l'objet d'une alerte ?) et de son exécution (circuit suivi par l'alerte et ses répercussions, Vercher, 2011). Les moyens mis en œuvre peuvent être un numéro de téléphone (ligne éthique), un formulaire en ligne ou une adresse électronique.

Conditions de validité du dispositif d'alerte et rôle de la CNIL. Dès lors que l'alerte donne lieu à un traitement automatisé de données à caractère personnel, ou à un traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers, sa mise en place passe par une déclaration de conformité sur le site de la CNIL¹⁵. Le

¹⁴ A défaut, la mise en place du dispositif d'alerte crée un trouble manifestement illicite et le tribunal peut en suspendre l'application en référé et sous astreinte, TGI Caen, Comité d'Entreprise de la SAS Benoist Girard et a. c/ SAS Benoist Girard, Ordonnance de référé du 5/11/2009, Jugement n° 09/00287.

¹⁵ Autorisation unique (AU-004) modifiée en 2014. Seules peuvent être traitées les données suivantes : identité, fonction et coordonnées de l'émetteur de l'alerte professionnelle ; identité, fonction et coordonnées des personnes faisant objet de l'alerte ; identité, fonction et coordonnées des personnes intervenant dans le recueil ou dans le

dispositif doit « répondre à une obligation législative ou réglementaire de droit français visant à l'établissement de procédures de contrôle interne dans les domaines financier, comptable, bancaire et de lutte contre la corruption ou encore relatifs à des manquements au droit de la concurrence, de lutte contre les discriminations et le harcèlement au travail, la protection de la santé, hygiène et sécurité au travail et la protection de l'environnement » et faire mention du droit de la personne dénoncée d'avoir accès aux données la concernant et de pouvoir les rectifier.¹⁶ Si l'entreprise souhaite mettre en place une alerte professionnelle en dehors des hypothèses légales, elle devra obtenir l'autorisation préalable de la CNIL, sous peine d'encourir des sanctions civiles, pénales et administratives. En effet en France, le juge judiciaire se voit reconnaître la liberté d'appréciation des dispositifs d'alerte professionnelle et des codes de conduite même si ceux-ci relèvent du contrôle de la CNIL (Albiol et al. 2010).

Anonymat. L'émetteur de l'alerte doit s'identifier et son identité doit être traitée de façon confidentielle : le salarié ne doit subir aucun préjudice de sa démarche. L'anonymat ne peut être qu'exceptionnel.¹⁷ Cela évite toute dénonciation calomnieuse et permet à la personne mise en cause de bénéficier des droits élémentaires de la défense. La personne qui fait l'objet de l'alerte ne peut en aucun cas obtenir l'identité de son émetteur.

Durée de conservation. Si les données n'entrent pas dans le champ du dispositif, elles doivent être détruites ou archivées sans délai.¹⁸ Celles qui n'ont finalement donné lieu à aucune procédure disciplinaire ni judiciaire sont détruites dans un délai de 2 mois à compter de la date de la clôture des opérations de vérification. Dans le cas contraire, les éléments sont conservés jusqu'à la fin de la procédure.¹⁹

Choix du destinataire de l'alerte. Les informations obtenues sont vérifiées de manière confidentielle puis transmises à l'employeur qui décidera des mesures à prendre. Il doit être confié à un service ou à une organisation spécifiquement mise en place pour la traiter. La CNIL recommande que les personnes chargées de traiter les alertes soient en nombre limité, spécialement formées et soumises à une obligation renforcée de confidentialité définie dans leur contrat. L'entreprise choisit si elle veut traiter l'alerte en interne ou en externe via un prestataire chargé du recueil et du traitement de l'alerte. Ce choix est encore à la discrétion de l'employeur : soit l'entreprise considère que l'outil est un moyen de liberté d'expression au sein de l'entreprise, soit elle considère que le recours à un prestataire externe renforce la confidentialité et l'indépendance de l'auteur de l'alerte. Dans les pays anglo-saxon, il existe

traitement de l'alerte ; faits signalés ; éléments recueillis dans le cadre de la vérification des faits signalés ; compte rendu des opérations de vérification et suite donnée à l'alerte.

¹⁶ Affaire Dassault Systèmes, Cass. Soc. 8/12/2009, n°08-17.191, JurisData n°2009-050680, Bull. Civ. 2009, V, n°276, note Barrière, commenté par : Lepage A., L'alerte professionnelle devant la Cour de cassation, Communication Commerce électronique, 2010/5, comm.51.

¹⁷ « La seule existence d'un dommage potentiel imminent pour les libertés individuelles de salariés victimes de dénonciations anonymes recueillies par le biais d'un dispositif privé échappant à tout contrôle, sans que l'intérêt de l'entreprise ne permette sérieusement de le justifier » motive l'interdiction de la mise en place du dispositif d'alerte selon le juge français, TGI Libourne, 16/09/2005, CGT/ BSN-Glasspack, Caprioli A., De la validité (ou non) des systèmes d'alerte éthique, Communication Commerce électronique, 2005/12, comm.14.

¹⁸ Si elles sont archivées, elles doivent l'être dans le cadre d'un système d'information distinct à accès restreint. L'employeur pourrait les utiliser ultérieurement dans un contentieux prud'homal.

¹⁹ Délibération CNIL n°2005-305, 8/12/2005, JO du 4/01/2006.

de nombreuses entreprises de traitement d'alerte.²⁰ En pratique en France, la mise en œuvre est souvent placée sous l'autorité d'un comité spécialisé, (Comité de la conformité, Comité d'éthique). En cas de doute, le salarié doit s'adresser à sa hiérarchie, à son responsable Conformité ou au service juridique sur la conduite à tenir.²¹

Traitement interne ou externe de l'alerte. Le traitement interne de l'alerte peut être fait par le comité d'audit ou tout autre comité spécialisé du conseil d'administration, le conseil d'administration lui-même, une personne physique, pourvu qu'elle soit clairement identifiée (mais cela est déconseillé car source de partialité, la gestion collégiale de l'alerte est préférable, Merle, 2007). L'indépendance de l'organe de gestion de l'alerte repose sur la composition du comité (administrateurs indépendants, représentants syndicaux, représentants de la direction et une personne extérieure) et seule une analyse précise de ces structures pourrait établir leur degré d'indépendance. En cas de recours à un prestataire externe (sous-traitant), le contrat avec la société doit prévoir le respect de la protection des données (sécurité, confidentialité, conservation, destruction), le respect de la finalité du traitement (utilisation des données dans le strict cadre des instructions du donneur d'ordre) et la restitution des données en fin de prestation. Si le prestataire est établi en dehors de l'Union européenne dans un état offrant des garanties adéquates ou bénéficiant d'un accord de *Safe Harbor* (exemple : USA) alors l'autorisation du dispositif sera maintenue (Ledieu, 2006).

Il existe d'importantes différences entre les approches adoptées par les réglementations nationales quant à la dénonciation : auteur et receveur de la plainte, type de dénonciation, protection du dénonciateur, sa rétribution... Tous ces éléments conditionnent l'efficacité du dispositif en termes de gouvernance d'entreprise. L'alerte éthique, dispositif managérial qui se situe à l'autre bout de la chaîne de la conformité, à l'extrême opposé du code de gouvernance, permet-elle de renforcer la responsabilité des dirigeants ?

3. LA MISE EN ŒUVRE DE L'ALERTE ETHIQUE : UN POTENTIEL LEVIER DE GOUVERNANCE D'ENTREPRISE

Les dirigeants sont responsables de la protection des actifs et de la continuité de l'exploitation. L'alerte éthique fournit un levier disciplinaire contre les salariés, cadres et dirigeants malveillants qui sont à l'origine des fraudes pour une valeur estimée à 630 000 USD (AFCE, 2014).²² L'alerte éthique constitue également un appui potentiel pour une gouvernance « omnicanal », avec un dépassement de la théorie de l'agence. Ouvrir l'alerte aux parties prenantes, consolider la protection du lanceur d'alerte et renforcer le dispositif pour les PME permettrait de renforcer son efficacité.

3.1. Un levier disciplinaire hétéroclite

Les dispositifs d'alerte professionnelle adoptés par les entreprises sont le reflet de leur appétence pour la transparence et l'éthique. L'examen de quelques exemples d'alertes existant actuellement illustre leur caractère composite qui constitue une première résistance à

²⁰ Par exemple : Global Compliance, Navex, KPMG, Lighthouse Services...

²¹ Total, [Guide de l'intégrité](#).

²² Services financiers (17,4%), services d'exploitation (15,3%), ventes (12,5%) et exécutif (11,8%).

l'effet de levier souhaité. D'autres éléments relevant du traitement de l'alerte sont révélateurs des limites de ce dispositif.

Applications dans les entreprises françaises. Le code de déontologie professionnelle du **Groupe Axa** (2011), précise que l'alerte est facultative. Il renvoie également au droit local dont relève la société du groupe. Ainsi, le chapitre 6 « Dénonciation des manquements » ne s'applique pas en France en raison de certaines obligations légales : le collaborateur qui souhaite faire un signalement doit prendre l'attache du DRH, du département juridique ou déontologique s'il travaille pour une société AXA en France. Chez **SANOFI**, les dispositifs d'alerte existent au siège social en France et aux USA (ligne verte, fax, email). La procédure est placée sous la responsabilité de l'équipe *Global Compliance / Conformité* du Groupe qui procède à l'instruction du signalement avec le concours de toute direction de la société notamment celui de l'audit interne. La protection du lanceur d'alerte et les droits de la personne objet du signalement sont rappelés. A la **Société Générale**, le règlement intérieur du conseil d'administration impose aux administrateurs un devoir de vigilance et d'alerte (art.18 : secret). Le droit d'alerte des collaborateurs figure quant à lui dans le Code de conduite (2013). Plusieurs voies internes sont à la disposition du collaborateur : voie hiérarchique, saisine de la direction de la conformité ou du Secrétaire général du groupe. Toutefois, aucun outil concret ne figure dans le code (ni ligne téléphonique, ni fax, ni email) et la procédure n'est pas décrite : il est simplement mentionné que « celui qui recevra l'alerte veillera à conduire les investigations nécessaires ». La protection du lanceur d'alerte et les droits de la personne objet de l'alerte ne sont pas mentionnés. La Charte d'alerte professionnelle applicable en France pour les sociétés du groupe allemand **Bosh** est au contraire très complète. Ce document de quatre pages en annexe au code de déontologie comprend : une définition des collaborateurs au sens large (jusqu'au stagiaire), un rappel du cadre légal français (législatif et réglementaire), une description de la portée du dispositif (caractère facultatif et faits devant être signalés), l'anonymat, la collecte des informations (personnes et données) et l'organisation du dispositif. Celle-ci présente la particularité de laisser le collaborateur choisir entre une voie de signalement interne classique ou externe (ligne verte). Les droits du collaborateur faisant l'objet d'une alerte sont explicités ainsi que la sécurité et la confidentialité du mécanisme. On y trouve également la durée de conservation, les modalités de transfert de données en dehors de l'UE, l'évaluation du dispositif d'alerte, les formalités déclaratives faites à la CNIL, la date de son entrée en vigueur et l'adresse email du *Compliance Officer*. Enfin, exemple poussé à l'extrême, le code éthique de **Schindler** va jusqu'à imposer que les salariés informent le DRH de toute situation dans laquelle leur conjoint ou un membre de leur famille serait impliqué !

La phase d'enquête. Tout signalement est évalué à titre préliminaire afin de déterminer s'il entre dans le champ de la procédure. L'efficacité du système réside dans la capacité de l'entreprise à traiter toute alerte pertinente et à mener une enquête interne et immédiate sur les faits révélés. Afin d'éviter tout dérapage de dénonciation calomnieuse, le lanceur d'alerte est identifié, cela lui offre également une meilleure protection contre tout risque lié à sa démarche. Son identité est confidentielle, ainsi que l'objet de la dénonciation et le nom de la personne dénoncée : il appartient à l'employeur de garantir cette confidentialité, à défaut de quoi l'auteur de l'alerte et la personne dénoncée disposent d'une action en responsabilité contre l'employeur.

La bonne foi du lanceur d’alerte. L’exigence commune aux définitions de dénonciation de pratiques illégales est la bonne foi du lanceur d’alerte. Il appartient à la partie défenderesse de démontrer la mauvaise foi du lanceur d’alerte. Ceci subordonne le bénéfice de la protection offerte au lanceur d’alerte qui est calquée sur celle offerte en cas de dénonciation d’actes de harcèlement.²³ « De bonne foi » signifie qu’au moment où le collaborateur a donné les informations, il pensait qu’elles étaient honnêtes et exactes, même s’il est ultérieurement prouvé qu’il faisait erreur. La protection du lanceur d’alerte de bonne foi joue même si la réalité de fait de harcèlement n’est pas établie, dès lors que la mauvaise foi du lanceur d’alerte n’est pas établie.²⁴ Le dénonciateur de mauvaise foi encourt les sanctions applicables à la dénonciation calomnieuse.²⁵

Instruction secrète de l’alerte éthique et présomption d’innocence. L’organe qui reçoit l’alerte doit rechercher si les faits allégués sont établis. Un peu à la manière d’un juge d’instruction, il recherche la vérité objective, à charge comme à décharge et conserve les preuves. Une des conditions jurisprudentielles de la compatibilité des dispositifs de *whistleblowing* avec le droit français est le respect des droits de la défense de la personne dénoncée.²⁶ On perçoit donc concrètement le rapprochement avec le droit et la procédure pénale. Si les faits sont établis par exemple grâce à un audit interne, l’organe de gestion de l’alerte doit pouvoir prendre des mesures conservatoires pour éviter toute destruction des preuves. La preuve de l’information divulguée peut entrer en conflit avec le secret des affaires ou une clause de confidentialité, ou le devoir de réserve auquel est tenu l’individu (respect des droits fondamentaux et libertés individuelles, art. L 1121-1 C. Trav.). Dans ces cas, la dénonciation interne est difficile. La preuve peut être un écrit électronique à condition que la personne dont il émane soit clairement identifiée (l’imputabilité du fait fautif doit être établie par un système d’identification), sachant que l’ouverture de fichiers en dehors de la présence du salarié est irrecevable. La consultation par l’employeur de fichiers étant identifiés comme personnels est interdite (Bensadoun, 2013). Les DSI peuvent être sollicités pour fournir une preuve loyale des agissements en cause. Si la Cour de cassation reconnaît le droit de l’employeur de contrôler et surveiller l’activité de ses salariés durant leur temps de travail, elle exige en effet le respect de la loyauté de la preuve : l’existence du dispositif de surveillance et de contrôle doit avoir été portée à la connaissance des salariés (Griger, 2012).²⁷

Exercice des droits durant l’enquête. Toute personne identifiée dans le dispositif d’alerte jouit de droits d’accès et de rectification, et suppression des données la concernant (droit à l’oubli numérique). Ces droits s’exercent après l’issue de l’enquête.²⁸ Ils s’articulent mal avec le mécanisme de l’alerte éthique car ils impliquent la révélation de l’identité de l’auteur de l’alerte.

²³ Cass. Soc., 12/07/2006, deux espèces, n°04-41.075 et n°04-46.232, Bull. Civ. 2006, V, n°245, p.232 ; Cass. Soc., 8/11/2006, n°05-41.504, Bull. Civ. 2006, V, n°331 p. 321.

²⁴ Cass. Soc., 10/03/2009, n°07-44.092, JurisData n°2009-047388, Bull. Civ. 2009, V, n°66.

²⁵ Cinq ans d’emprisonnement et 45 000 euros d’amende, art.226-10 C. Pén.

²⁶ Arrêt Dassault, *op.cit.*

²⁷ Articles L1222-1 et L1222-4 C. Trav. combinés.

²⁸ Le responsable de traitement peut s’opposer aux demandes manifestement abusives, notamment par leur nombre, leur caractère répétitif ou systématique, art.39-II, a1 de la loi Informatique et Libertés.

Les poursuites de l'individu dénoncé à l'issue de la divulgation. La procédure est initialement entre les mains de l'employeur. Une fois le comportement fautif prouvé, l'employeur peut entamer des poursuites civiles et/ou pénales en plus des sanctions disciplinaires (art. L 122-40 C. Trav.). La responsabilité civile sera possible en cas de faute lourde du salarié²⁹ c'est-à-dire si l'intention de nuire à l'entreprise a été établie.

Sanctions applicables. Les sanctions pénales ont été renforcées par la loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière : la répression du délit d'abus de biens sociaux est aggravée lorsque l'infraction est commise au moyen d'un montage financier et les peines encourues sont aggravées de façon remarquable pour les infractions et manquements au devoir de probité (délit de concussion et de prise illégale d'intérêts, 500 000 euros au-lieu de 75 000 euros ; trafic d'influence commis par un particulier ; peine d'amende pour les délits de corruption active ou passive et le délit de favoritisme).³⁰ Cette loi a aussi étendu la peine de confiscation générale du patrimoine aux personnes morales reconnues coupables de blanchiment (art. 131-21 C. Pén.) et porté à 15 ans la durée de la peine complémentaire d'interdiction temporaire de gérer permettant ainsi de sanctionner le manquement éthique pénalement prohibé et d'en prévenir le renouvellement.

Importance de la culture institutionnelle. L'alerte éthique ne peut jouer que si de multiples facteurs convergent : la vigilance individuelle, qui permet de déceler la violation d'une norme, l'implication du lanceur dans les valeurs portées par l'entreprise, la crédibilité de l'entreprise à gérer l'alerte, l'autonomisation du lanceur d'alerte, son courage et les options dont il dispose pour exercer cette liberté de déclencher l'alerte (Berry, 2004). Ainsi, si une société ne fournit pas de système d'alerte interne, elle court le risque d'une dénonciation externe. Par exemple, aux USA et UK, le dénonciateur d'une fraude qui n'est pas entendu en interne peut exercer une action *qui tam* externe au nom du gouvernement contre la société auteur des faits illicites (Yeoh 2014b).³¹ Or, le risque d'alerte externe est moindre lorsqu'il existe un système interne de signalement (Barnett, 1993). L'alerte éthique est donc un moyen pour les actionnaires et les parties prenantes de créer de la valeur. En effet, ce dispositif organise la conformité de la société à son environnement normatif ce qui évite la destruction de valeur. Elle peut même se révéler un véritable avantage concurrentiel.

3.2. Les axes de progression de l'alerte éthique

L'alerte éthique pourrait devenir un instrument universel, un véritable « signalement dans l'intérêt général ». Cela passe notamment par la création d'un statut du lanceur d'alerte, d'une Agence nationale indépendante, réceptacle de l'alerte et qui procèdera aux vérifications de l'information divulguée.

²⁹ Cass. Soc., 27/11/1958, D 1959, 20, note R. Lindon. Cass. Soc., 11/04/1996, n°92-42.847, Bull. Civ. 1996 V N° 152 p. 107 ; Cass. Soc., 20/01/2010, n°08-41.944, inédit ; Cass. Soc., 18/01/2011, n°09-40.094, Bull. Civ. 2011, V, n° 25.

³⁰ Loi n°2013-1117 du 6/12/2013 : les peines encourues sont alors portées à 7 ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende ; lorsque sont utilisés de tels montages, l'infraction de fraude fiscale est désormais punie de 7 ans d'emprisonnement et 2 000 000 euros d'amende.

³¹ L'expression latine complète est : « *qui tam pro domino rege quam pro sic ipso in hoc parte sequitur* ». En Common Law, il s'agit du droit pour un lanceur d'alerte de poursuivre en justice une entreprise au nom du gouvernement et de recevoir une part de l'amende à titre de récompense (*False Claims Act*, USA).

Elargir la gamme des auteurs de l'alerte éthique. La source principale de l'alerte est majoritairement l'employé (49% des cas, 21% les clients, 4% les actionnaires, AFCE, 2014). L'alerte éthique leur donne la possibilité de dénoncer un fait illicite. En effet, leur position interne à l'entreprise facilite l'accès à l'information en comparaison d'autres acteurs traditionnels de la gouvernance (auditeur externe et autorités financières). Mais ce dénonciateur, « chevalier blanc dénonçant les turpitudes »³² encourt un réel risque de contrecoup. Il est donc opportun pour l'entreprise de conserver une variété des sources d'information avec une politique interne, une hotline et d'informer distributeurs, clients et actionnaires sur les hypothèses de fraudes et comment les faire connaître.³³

Les tiers en contact avec l'entreprise peuvent-ils être concernés par le dispositif d'alerte éthique ? L'Afep et le Medef y sont favorables car il n'y a pas lieu d'exclure les signalements provenant de tiers tels que clients et fournisseurs. L'administrateur salarié peut y avoir recours sur le fondement de la charte de l'entreprise alors que les autres administrateurs le feront sur la base de leur devoir légal de surveillance et de diligence (art. L 225-35 C. Com.). La dénonciation peut donc se faire par le biais des actionnaires, clients, fournisseurs, parties prenantes : cela offre un dépassement de l'approche financière du dispositif, vers une gouvernance omnicanal. Toutes ces vigies citoyennes garantissent la protection de l'intégrité sociale. Une telle perspective nécessite d'ouvrir une voie d'accès à la dénonciation par le biais d'un organisme extérieur à la société.³⁴ La société **Danone** a ouvert depuis 2009 son mécanisme d'alerte aux fournisseurs avec un code d'accès spécifique notifié à intervalle régulier par les directions des Achats-SSD afin qu'ils puissent communiquer confidentiellement toute violation aux Principes de Conduite des Affaires dont ils auraient eu connaissance.³⁵

Motivation. L'alerte éthique place sur les épaules des salariés une responsabilité morale accrue ce qui conduit à interpréter le dispositif comme un moyen pour le lanceur d'alerte d'exercer sa liberté d'expression et sa loyauté mais aussi de se protéger, contrairement aux mécanismes de gouvernance traditionnels dont la motivation repose sur la réputation ou une obligation légale. De là à faire des salariés la « cheville ouvrière » de la gouvernance d'entreprise il n'y a qu'un pas : sont-ils devenus les yeux et les oreilles des actionnaires ? Une telle perspective limiterait la fonction de l'alerte éthique à la protection de la valeur actionnariale et opèrerait un transfert de responsabilité des dirigeants vers les salariés. Or, comme la CNIL a pu le rappeler, l'alerte ne doit pas transférer sur les salariés la charge de l'employeur en matière de respect des réglementations, elle doit rester facultative.³⁶

De puissants facteurs psychologiques entrent en ligne de compte, tout d'abord le profil du lanceur d'alerte. Chercher à identifier un potentiel lanceur d'alerte au stade du recrutement est impossible, mais on peut affirmer que les éléments décisifs du point de vue moral pour le lanceur d'alerte sont sa conception de la justice, sa déontologie et sa vision utilitariste de l'alerte.³⁷ C'est surtout la capacité perçue de l'organisation d'y répondre qui importe à

³² Nicole Marie Meyer, Transparency International.

³³ La mise en place d'une hotline accroît de 18 points la fréquence des divulgations de fraude, AFCE, 2014.

³⁴ *Contra* : Merle, 2007 : « comment un règlement intérieur ou même un accord collectif pourrait-il lier les tiers ? ».

³⁵ Danone BCPs, Principes de Conduite des Affaires, Document Fr-v4.1-Mai09.

³⁶ Cité par Vercher, 2011.

³⁷ Sur la décomposition des décisions liées au déclenchement de l'alerte : O'Sullivan (2014).

l'employé : l'organisation par elle-même peut faire ou défaire l'alerte (Henik, 2015), plus les risques de représailles sont élevés moins la propension à souffler dans le sifflet est élevée (Liyanarachchi et Newdick, 2009). De ce fait, la divulgation se fera quand certaines conditions sont réunies, l'enjeu étant trop grand pour l'employé.

Il est possible d'utiliser la rétribution du lanceur d'alerte pour compenser les risques encourus. C'est le cas avec le *Dood Franck Act* où le dénonciateur reçoit entre 10% et 30% du montant de l'amende payée par l'entreprise coupable de fraude au-delà de 1M USD (art.922) ou le bénéfice d'une immunité. Ces pratiques existent dans les programmes de clémence du droit européen de la concurrence, et dans le droit français (art. L 464-2, IV C. Com., le droit américain parle de « *leniency program* »). Xu et Zeigenfuss (2003) ont démontré que les auditeurs internes seraient plus enclins à donner l'alerte contre rétribution. Alors que l'allocation d'une compensation incite les lanceurs d'alerte aux US (Dych, 2010 et Barrière 2011), l'objectif de moralisation de la vie des affaires poursuivi par l'alerte éthique conduirait à émettre des réserves sur la rétribution des dénonciateurs selon le professeur Vincent Rebeyrol (2012). Aux US, les rétributions sont énormes : 51 millions USD le lanceur de l'alerte contre Pfizer en 2009 (méthodes de marketing du Bextra) ; 3,6 millions pour Jerry Brown en 2012 (surfacturation des forces américaines en Iraq et Afghanistan par la société Maersk).

Limiter les coûts personnels pour le lanceur d'alerte. Les dispositifs de divulgation voient leur portée limitée par l'autocensure du salarié ou sa crainte de mise en responsabilité personnelle à l'issue de l'enquête par exemple pour soustraction de donnée, violation du secret bancaire ou diffamation. Le risque d'ostracisme existe même si l'organisation est sincère : le lanceur d'alerte est souvent mal jugé même par les personnes honnêtes (Summers et Nowicki, 2003, Reuben, 2013). La reconnaissance d'un licenciement abusif par le Conseil de Prud'hommes est à peine un soulagement pour le lanceur d'alerte. Dans l'affaire UBS, Stéphanie Gibaud a été harcelée sur son lieu de travail, mise à l'écart et ensuite licenciée en 2012. Elle a obtenu en mars 2015 la condamnation de son employeur pour harcèlement professionnel et une indemnisation de 30000 euros ce qui est minime en comparaison des montants de la fraude fiscale organisée par UBS (2,6% des 1,7 millions d'euros demandés). Le transfert de la gestion du risque vers les lanceurs d'alerte nécessite donc la mise en place de solides protections. Mme la Sénatrice Nathalie Goulet a déposé une proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur la protection accordée aux lanceurs d'alerte afin de clarifier ce point notamment.³⁸

Renforcer la protection du lanceur d'alerte.³⁹ D'après la Convention civile contre la corruption du Conseil de l'Europe « Chaque Partie prévoit dans son droit interne une protection adéquate contre toute sanction injustifiée » contre les lanceurs d'alerte (art. 9). Elle repose sur la confidentialité, la nullité des mesures individuelles de représailles. Pour éviter tout risque de stigmatisation du salarié, la confidentialité est garantie par l'organisation, sauf exception pour des faits extrêmement graves. En ce qui concerne la protection du lanceur d'alerte contre toute mesure individuelle prise en rétorsion ou représailles, elle couvre les périodes de recrutement, stage et formation et prend la forme

³⁸ Proposition de résolution tendant à la création d'une commission d'enquête sur une protection accordée aux lanceurs d'alerte, n°110, 26/10/2015 [<http://www.senat.fr/leg/ppr15-110.html>]

³⁹ Voir les sections 301, 404, 1107 et 806 de SOX.

d'une interdiction de toute discrimination ; elle s'accompagne de sanctions (nullité de la décision individuelle) mais la protection contre le licenciement n'est pas systématique.⁴⁰ La récente recommandation du Conseil de l'Europe préconise une protection contre les représailles au sens large : licenciement, suspension, rétrogradation, perte de possibilité de promotion, mutation à titre de sanction, diminution de salaire ou retenues sur salaire, harcèlement ou toute autre forme de sanction ou de traitement discriminatoire.

Laisser au lanceur d'alerte le soin d'opter soit pour la dénonciation externe soit pour la dénonciation par échelon au sein de l'entreprise. Si l'information est recueillie et examinée par une autorité extérieure à l'entreprise, la crainte de représailles serait amoindrie. La dénonciation externe et non seulement interne passe par la mise en place d'une autorité de contrôle comme le Service Central de Prévention de la Corruption (art. 40-6 C.P.P.), la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (lois de 2013) ou la Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement (loi de 2013). Monsieur Lionel Benaïche, Secrétaire Général du Service Central de Prévention de la Corruption, envisage la création d'une association ou d'une fondation chargée d'informer le lanceur d'alerte de ses droits, le recevoir en garantissant la confidentialité de son identité, le conseiller, s'assurer du respect de ses droits et l'accompagner pendant la procédure judiciaire s'il y a lieu.⁴¹ Il serait aussi possible de laisser au lanceur d'alerte le choix de passer à l'échelon supérieur au sein de l'entreprise, tel est le cas avec le *Public Interest Disclosure Act* (UK).

Former les employés et les actionnaires. Le manque de clarté sur les circonstances de signalement a été identifié comme un frein important au déclenchement de l'alerte (Yeoh 2014a)⁴². La communication sur l'alerte éthique auprès des salariés et des parties prenantes est essentielle : formation, mise en situation, guide pratique... La diffusion de la norme qui prescrit un comportement permet d'indiquer à tous les collaborateurs les valeurs à respecter quel que soit le pays où ils opèrent. L'entreprise doit avant tout communiquer sur l'éthique et sa politique antifraude et le management faire preuve d'exemplarité. Toutes les populations de l'organisation doivent être sensibilisées. L'absence significative de conscience de commettre une fraude, et *a fortiori* son cadre légal, a été identifiée comme un obstacle dans le lancement d'alertes (Yeoh 2014a). L'efficacité de la procédure d'alerte est subordonnée à la façon dont les populations de l'organisation reçoivent l'information et son contenu. Le support peut prendre la forme d'un livret, d'une note du conseil d'administration, d'un mémo de la direction ou d'un *briefing* du supérieur hiérarchique et devrait comprendre une description des actes devant être signalés, des personnes pouvant recevoir l'alerte et de la procédure suivie (Near et Dworkin, 1998). Des groupes de travail peuvent être mis en place au sein de l'entreprise pour promouvoir l'efficacité de l'organisation, la responsabilité sociale et l'engagement des employés, cela est aussi un moyen d'éliminer les tensions et de

⁴⁰ Voir les art. L 1132-3-3 et art. L 4133-5 C. Trav art. L 1351-1 C. Santé Publ., Laude, 2013.

⁴¹ Colloque « Lanceurs d'alerte. La sécurisation des canaux de procédures », Assemblée nationale, 4/02/2015, en ligne (<http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lanceurs-d-alerte-la-securisation-des-canaux-et-des-procedures>).

⁴² La Charte Wavecom fixe un champ beaucoup trop large à l'alerte : « *Bien que Wavecom soit dotée d'organes internes propres à assurer le respect des principes énoncés dans le présent Code, rien dans ce code n'interdit à un collaborateur de reporter à toute autorité extérieure toute violation d'une loi ou d'un règlement...* »

les gérer de façon collaborative avant que la situation ne devienne un dilemme individuel (Callaghan, 2002).

Faciliter l'alerte éthique dans les PME. Les ressources financières et humaines limitées des PME les rendent particulièrement sensibles aux fraudes alors qu'elles peuvent facilement être dévastées (la perte médiane pour les PME est de 154000 USD, AFCE, 2014). Les contrôles à effectuer impliquent souvent un investissement significatif, mais la rédaction d'un code de conduite, d'une politique antifraude, de procédures de révision du management et de programmes de lutte antifraude peuvent être mis en œuvre avec relativement peu de moyens.

4. CONCLUSION

L'efficacité d'un dispositif d'alerte éthique en termes de gouvernance d'entreprise repose sur trois piliers : cadre légal, responsabilité individuelle et culture d'entreprise. L'absence d'un cadre légal clair et protecteur du lanceur d'alerte fait pour le moment obstacle à son utilisation en tant qu'outil de gouvernance d'entreprise. Le passage à l'acte de signalement pourrait être favorisé à travers ce que j'appellerai le triangle de l'alerte éthique : motivation, opportunité et moyen. La motivation individuelle ne peut reposer seule sur la loyauté, la fidélité ou une obligation juridique de dévoiler l'acte illicite, elle se trouverait accrue par l'existence d'une incitation financière et des facteurs iso-morphiques c'est-à-dire liés à la capacité de l'organisation à accueillir l'alerte (opportunité et moyens). L'opportunité doit aussi être donnée au lanceur d'alerte : l'éthique et la politique antifraude de l'entreprise doivent être connues : l'entreprise doit définir ce qu'elle entend par fraude et communiquer sur cette définition auprès de son personnel. L'alerte est souvent efficace auprès des cabinets d'audit, or elle ne doit pas être l'apanage d'un groupe d'individus mais de chacun pour être réellement efficace (Alleyne, 2013 et Greenwood, 2015). Enfin, les moyens doivent dépasser la procédure interne à l'entreprise et s'ouvrir sur des autorités externes. A défaut, il y a un risque d'opacifier l'alerte. Le cadre national devrait faire la promotion de l'alerte éthique afin de développer une attitude positive au sein de l'opinion publique et des milieux professionnels.

REFERENCES

- Aglietta M. et Rebérioux A. (2004). *Dérives du capitalisme financier*, Paris, Albin Michel.
- André C. (1995). État providence et compromis institutionnalisés. Des origines à la crise contemporaine, in *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Boyer R. et Saillard Y., Paris, La Découverte, p. 144-152.
- Boyer R. et Orléan A. (1991). Les transformations des conventions salariales entre théorie et histoire. D'Henry Ford au fordisme. *Revue économique*, vol. 42, n° 2, mars, p. 233-272.
- Albiol J.-M., Maucci C., Slattery E., Neighbour K. et De La Villa L.E. (2010). Chez nos voisins européens. Le contrôle des systèmes d'alerte professionnelle et des codes de conduite, *JCP S* 2010, n°5, act. 47.
- Alleyne P., Hudaib M. et Pike R. (2013). Towards a conceptual model of whistle-blowing intentions among external auditors, *The British Accounting Review*, vol. 45, 2013, p.10-23.

- Archer J.-Y. (2012). Aie, la CNIL face à une probabilité de QPC : où se dira le droit ?, *Les Echos*, 20/04/2012
- Association of Certified Fraud Examiners (2014). *Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse*, Austin, Global Fraud Study.
- Barnett T., Cochran D.S. et Taylor G.S.(1993). The Internal Disclosure Policies of Private-Sector Employers: An Initial Look at Their Relationship to Employee Whistleblowing, *Journal of Business Ethics*, vol. 12, 1993, p.127-136.
- Barrière F. (2001). Du contrôle interne à la dénonciation rémunérée ?, *JCP E*, n°27, 2001, 1257, p.39.
- Beasley M.S. (1996). An empirical analysis of the relation between the board of director composition and financial statement fraud, *The Accounting Review*, vol. 71, issue 4, 1996, p.443-664.
- Bensamoun M.-H. et Chafiol-Chaumont F. (2013). La mise en place au sein de l'entreprise des outils pour prévenir et réprimer la fraude des salariés, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, 2013, dossier 5.
- Berry B. (2004). Organizational Culture: A Framework and Strategies for Facilitating Employee Whistleblowing, *Employee Responsibilities and Rights Journal*, vol. 16, issue 1, 2004, p.1-11.
- Callahan E.S. et al.(2002). Integrating trends in whistleblowing and corporate governance: Promoting organizational effectiveness, societal responsibility and employee empowerment, *American Business Law Journal*, vol. 40, issue 1, 2002, p.177-215.
- Charreaux G. (1997). Vers une théorie du gouvernement des entreprises, in *Le gouvernement des entreprises*, Coll. Recherche en gestion, Paris, Economica.
- Collard C. (2011). Confrontation du code d'éthique à la loi nationale. Les dangers de la traduction littérale d'un code venu d'ailleurs, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°5, 2011, dossier 30.
- Dechow P.M., Sloan R.G., Sweeney A.P. (1996). Causes and consequences of earnings manipulation: An analysis of firms subject to enforcement actions by the SEC, *Contemporary Accounting Research*, vol. 13, issue 1, 1996, p.1-36.
- Dych A., Morse A., et Zingales L. (2010). Who blows the whistle on corporate fraud?, *The Journal of Finance*, vol. 65, issue 6, 2010, p.2213-2253.
- Farber D. (2005). Restoring trust after fraud: Does corporate governance matter?, *The Accounting Review*, vol. 80, issue 2, 2005, p.539-561.
- Flament L. (2013). Comment mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle ?, *JCP S*, n°13, 26/03/2013, p.1133.
- Flament L. et Thomas P.(2005). Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique, *JCP S*, n°17, 18/10/2005, p.1277.
- Gaudu F. (2009), L'entreprise définie par ses responsabilités?, in *Analyses et transformations de la firme*, BAUDRY B. et al., Paris, La Découverte, p.319-331.

- Greenwood C.A., « Whistleblowing in the Fortune 1000 : What practitioners told us about wrongdoing in corporations in a pilot study », *Public relations review*, article à l'impression, 2015
- Griger M. (2012). Les DSI à l'épreuve de la licéité de la preuve, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°1, 2012, prat.5.
- Henik E. (2015). Understanding whistle-blowing: a set-theoric approach, *Journal of Business Research*, vol. 68, 2015, p.442-450.
- Hunton J.E. et Rose J.M. (2011). Effects of Anonymous Whistle-Blowing & Perceived Reputation Threats on Investigations of Whistle-blowing Allegations by Audit Committee Members, *Journal of management Studies*, vol. 1, issue 48, 2011, p.75-98.
- Jensen M.C., et Meckling W.H. (1976). Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure, *Journal of financial economics*, vol. 3, issue 4, 1976, p.305-60.
- Laude A. (2013). Science et démocratie : garantir un juste équilibre. A propos de la loi du 16 avril 2013, *JCP G*, n°24, 10/06/2013, doct. 690.
- Le Bolzer J. (2014). Fraude en entreprise : les bonnes pratiques de détection et de prévention, *Les Echos*, 26/02/2014.
- Ledieu M.-A. (2006). Les transferts internationaux de données à la française, *Communication Commerce électronique*, vol. 1, étude 2, 2006.
- Lesniak I. (2012). Etats-Unis : dénoncer ça peut rapporter gros !, *Enjeux Les Echos*, 01/04/2012.
- Liyanarachchi G. et Newdick C. (2009). The Impact of Moral Reasoning and Retaliation on Whistle-Blowing: New Zealand Evidence, *Journal of Business Ethics*, vol. 89, issue 1, 2009, p.37-57.
- Lochak D. (2014). L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance, *AJDA*, 2014, p.2236.
- Near J.P., Dworkin T.M. (1998). Responses to legislative changes: Corporate whistleblowing policies, *Journal of Business Ethics*, vol. 17, issue 14, 1998, p.1551-1561.
- Marguerite M. (2012). Les risques juridiques liés à la mise en place d'une démarche éthique dans l'entreprise, *Cahiers de droit de l'entreprise*, n°4, 2012, entretien 4.
- Merle C. (2007). L'alerte éthique, *Petites Affiches*, n°60, 23/03/2007, p.4.
- O'Sullivan P. et Ngau O. (2014). Whistleblowing: A critical philosophical analysis of the component decisions of the act and some new perspectives on its moral significance, *Business Ethics*, vol. 23, issue 4, 2014, p.401-415.
- PwC (2014). *Global Economic Crime Survey*, Londres, PwC.
- Reuben E. et Stephenson M. (2013). Nobody likes a rat: On the willingness to report lies and the consequences thereof, *Journal of Economic Behavior & Organization*, vol. 93, 2013, p.384-391.
- Rebeyrol V. (2012). La réception du « whistleblowing » par le droit français, *JCP A*, n°24, 14/06/2012, p.1386.

- Riffard J.F. (2014). Ethique de l'entreprise, *Petites Affiches*, n°165, 19/08/2014, p.6.
- Rooryck-Sarret A. (2010). Les limites à la mise en place de systèmes de dénonciation professionnelle, *Expertises*, n°346, 2010, p.142-145.
- Summers J. et Nowicki M. (2003). Whistleblowing: Does anyone want to hear?, *Healthcare Financial Management*, vol. 57, issue 7, 2003, p.82-84.
- Vera-Munoz S.C. (2005). «Corporate governance Reforms: Redefined expectations of audit committee responsibilities and effectiveness», *Journal of Business Ethics*, vol. 62, issue 2, 2005, p.115-127.
- Vercher C. Palpacuer F. et Charreire Petit S. (2011). Codes de conduite et systèmes d'alerte éthique : La RSE au sein des chaînes globales de valeur, *Revue de la régulation* [En ligne], 9 | 1er semestre / Spring 2011, mis en ligne le 16 juin 2011, consulté le 15 septembre 2015. URL : <http://regulation.revues.org/9259>
- Xu Y. et Zeigenfuww D. (2008). Reward Systems, Moral Reasoning, and Internal Auditors' Reporting Wrongdoing , *Journal of Business and Psychology*, vol. 22, issue 4, 2008, p.323-331.
- Yeoh P. (2014a). Enhancing Effectiveness of Anti-Money Laundering Laws through Whistleblowing, *Journal of Money Laundering Control*, vol. 17, issue 3, 2014, p.327-342.
- Yeoh P. (2014b). Whistleblowing: Motivations, Corporate Self-Regulation, and the Law, *International Journal of Law and Management*, vol. 56, issue 6, 2014, p. 459-474.