

227 En questions

ALERTES PROFESSIONNELLES ET INVESTIGATIONS :
DEUX OUTILS AU SERVICE DE L'ÉTHIQUE EN ENTREPRISE

Claire LE TOUZÉ,
avocat associé, *Simmons & Simmons LLP*,
membre d'AvoSial



Laurence RENARD,
avocat associé, *Simmons & Simmons LLP*,
membre d'AvoSial

L'ÉTHIQUE en entreprise constitue la nouvelle exigence revendiquée par les entreprises ces dernières années, avec une réalité de terrain souvent bien différente de l'affichage qui en est fait.

Comment les dirigeants (directeur juridique, directeur conformité ou DRH) peuvent-ils mettre en œuvre l'éthique en la transformant en une réalité concrète plutôt qu'en une incantation ?

Prévenir les risques pour l'entreprise elle-même s'avère également essentiel. L'impact de la révélation d'un comportement frauduleux peut s'avérer désastreux et parfois irréversible pour la réputation de l'entreprise.

Face à ces défis, deux outils récents, d'inspiration anglo-saxonne sont aujourd'hui à la disposition des praticiens : le « whistleblowing » ou alerte éthique et les « investigations » ou enquêtes internes.

1. Comment est pratiqué le *whistleblowing* ou alerte éthique en France aujourd'hui ?

Ce mécanisme d'alerte par les salariés, qui vient des États-Unis, doit s'insérer en France dans un contexte historique et culturel très différent (rôle de l'État, image historique de la « délation » etc.) et dans un système juridique autre (droit codifié/common law, procédure inquisitoire/accusatoire). Pourtant, les objectifs poursuivis sont identiques sur les deux continents : s'assurer de la bonne gou-

vernance des entreprises, obtenir des informations sur les dysfonctionnements et tenter d'assurer une certaine éthique dans le monde du travail.

Le « whistleblowing » à l'américaine avait initialement pour objectifs principaux de prévenir, dénoncer et lutter contre les scandales financiers. Aux États-Unis, les scandales financiers à répétition (type *Enron*) ont donné naissance au *Sarbanes Oxley Act* de 2002 qui a rendu obligatoire la mise en place d'une ligne éthique dans les sociétés américaines cotées et leurs filiales étrangères afin d'inciter les salariés à signaler tout comportement supposé fautif (en matière de fraudes, malversations en matière comptable ou financière...) ¹. Les remontées d'information se font de façon confidentielle et anonyme auprès d'un organe désigné dans l'entreprise.

Le législateur français s'est inspiré de cette réglementation tout en la limitant notamment pour des raisons de protection des données. Il a abouti à la création du dispositif d'alerte professionnelle mis à la disposition des salariés restreint aux signalements de faits graves dans les domaines financier, comptable ², bancaire ³, de lutte contre la corruption ⁴ et de lutte contre les pratiques

Ndlr : Dans cette rubrique mensuelle « En questions », un avocat en droit social, membre d'AvoSial, présente un point de vue sur un thème d'actualité et ses implications pratiques.

1. <https://www.sec.gov/about/laws/soa2002.pdf>

2. Par ex., *C. com.*, art. L. 241-3 et L. 241-4.

3. Not., *C. monét. fin.*, art. L. 561-1, L. 562-1 à L. 562-10 et L. 564-1 à L. 564-6.

4. Not., *C. pén.*, art. 435-1 et s. et 445-1 et s.

anticoncurrentielles⁵. Les dispositifs mis en œuvre par les entreprises soumises à la US SOX et Japanese SOX (droits étrangers) entrent d'office dans ce champ.

La CNIL a récemment élargi ce champ à la lutte contre les discriminations, le harcèlement au travail, la santé, l'hygiène et la sécurité au travail et la protection de l'environnement.⁶ Ainsi, une demande d'autorisation spécifique de la CNIL dans ces nouveaux domaines n'est plus nécessaire, une simple déclaration suffit, ce qui allège le dispositif déclaratif et permet une meilleure couverture des risques éthiques.

2. Comment mettre en place un tel système dans l'entreprise ?

Un numéro de téléphone, une adresse électronique ou une plate-forme dédiés aux salariés souhaitant faire une alerte constituent le dispositif. Mais il ne se substitue pas aux canaux d'alerte traditionnels déjà existant au sein de l'entreprise (hiérarchie, représentants du personnel, médecin ou l'inspection du travail). Il est donc facultatif et sa non-utilisation ne peut être reprochée aux salariés. Par ailleurs, les alertes professionnelles ne sont en principe pas anonymes, ce qui permet de responsabiliser les utilisateurs du dispositif et de limiter les risques de dérapages (délation, instrumentalisation ou dénonciation calomnieuse).

Les dispositifs d'alerte professionnelle peuvent être instaurés par décision unilatérale de l'employeur ou par accord collectif en suivant la procédure d'information et de consultation auprès du CE et du CHSCT. Une information individuelle des salariés est également nécessaire⁷, et, dans la mesure où le dispositif comporte un traitement automatisé des données à caractère personnel, le dispositif doit être déclaré à la CNIL.

Les informations communiquées par l'auteur de l'alerte doivent porter sur des faits ou des comportements frauduleux dont il a été le témoin direct. Le dispositif peut être géré en interne (sous réserve des conflits d'intérêt) ou en externe avec des moyens dédiés identifiés.

3. Comment l'auteur d'une alerte est-il protégé ?

Dans l'exercice de ses fonctions, le salarié est protégé contre toute mesure prise pour avoir relaté ou témoigné de faits de corruption (*C. trav., art. L. 1161-1*) ou des faits de constitutifs d'un délit ou d'un crime (*C. trav., art. L. 1132-3-3*). Le salarié, membre du CHSCT, est protégé de toute mesure prise pour avoir relaté ou té-

moigné de faits relatifs à un risque grave pour la santé publique ou l'environnement (*C. Santé publ. art. L. 1351-1*). Cette protection conduit ainsi à ce que le salarié ne puisse être écarté d'un recrutement, de l'accès à un stage, d'une formation, ou faire l'objet d'une sanction ou d'une mesure discriminatoire, pour avoir déclenché une alerte. Toute disposition contraire serait nulle de plein droit.⁸

4. Et qu'en est-il de la pratique des enquêtes internes ou des « investigations » ?

En France, le recours aux enquêtes internes est un phénomène nouveau. Cette pratique provient, pour la plupart, des services conformité (dits « compliance ») des groupes sur des sujets sensibles pouvant conduire à l'engagement de la responsabilité civile ou pénale de l'employeur. Les domaines d'investigations sont essentiellement les cas de discriminations et de harcèlements, d'accidents du travail, d'intelligence économique et de pratiques anticoncurrentielles ou dans des domaines très réglementés (bancaire, boursier, concurrence).

Cette question se heurte à de nombreuses inconnues : comment faire coïncider procédure pénale et déontologie ? Comment gérer les problématiques de la collecte des preuves et de leur opposabilité ? A ce jour, il n'existe pas de procédure légale formelle en France pour mener une enquête, chaque entreprise doit mettre en place sa propre procédure selon son organisation et pour les groupes, leurs obligations légales ou réglementaires internationales. Les remontées de problèmes éthiques peuvent avoir plusieurs sources : une alerte, une dénonciation, une procédure de plainte (« grievance ») ou celle plus classique provenant des représentants du personnel.

5. Quelle est la procédure à suivre ?

La procédure à suivre est variable et nécessite avant tout une réponse documentée et d'être enclenchée avant que la situation ne dégénère ou que l'inertie de l'employeur ne lui soit reprochée⁹. Il s'agira de déterminer la réalité des agissements et de mesurer leur caractère répréhensible en évitant toute manipulation¹⁰. La préparation de l'enquête doit être conduite avec méthode et sans précipitation. Or, ceci est parfois difficile : les situations sont humainement et juridiquement complexes, il faut agir vite pour éviter la disparition des preuves, la prescription, etc. Il convient de vérifier l'existence de procédures et de politiques internes et de s'interroger sur la consultation du CHSCT avant d'entamer la pro-

5. *L. n° 78-17, 6 janv. 1978. – Délib. CNIL n° 2005-305, 8 déc. 2005* portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle. – Autorisation unique AU-004 élaborée par la CNIL. – *Délib. CNIL n° 2010-369, 14 oct. 2010.*

6. *Délib. CNIL n° 2014-042, 30 janv. 2014.*

7. Les utilisateurs doivent être clairement et préalablement informés de l'identité du responsable du dispositif, 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.

8. La dénonciation de faits de harcèlement moral ne peut constituer une cause légitime de licenciement, sauf mauvaise foi (*Cass. soc., 10 mars 2009 n° 07-44.092. – Cass. soc., 27 oct. 2010, n° 08-44.446. – Cass. soc., 15 déc. 2011 n° 10-20.011. – Cass. soc., 7 févr. 2012 n° 10-18.035. – Cass. soc., 14 mars 2012, n° 10-28.335*).

9. *Cass. soc., 9 juill. 2014, n° 13-16.797* : l'employeur qui n'a entrepris aucune enquête sérieuse et laissé la situation se dégrader, a manqué à son obligation de résultat en matière, de protection de la santé et de la sécurité du salarié victime de harcèlement. – *Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902* : est sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un salarié auteur de harcèlement moral et sexuel dont la procédure a été engagée tardivement en raison de l'abstention fautive de l'employeur. – *CA Toulouse, 26 oct. 2000, n° 99-4112* : l'employeur a failli dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire en prenant délibérément la défense de la personne accusée, sans avoir procédé à aucune vérification et en exerçant sur la victime des menaces et des pressions morales destinées à la dissuader de maintenir ses déclarations.

10. Un employeur ne peut prononcer de sanction disciplinaire à l'encontre d'un salarié accusé de harcèlement moral sur de simples rumeurs ou témoignages non directs qu'il n'aurait pas cherché à démontrer en menant lui-même des investigations pour obtenir une vérification des faits reprochés (*Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-17.393*).

cédure d'enquête. Les questions de confidentialité des représentants du personnel susceptibles de nuire à l'enquête et à la solution retenue doivent être abordées.

La mise en place d'une commission d'enquête (souvent paritaire) dont la composition est définie conventionnellement ou par l'employeur constitue une étape recommandée dans laquelle l'impartialité est primordiale. Il conviendra, bien entendu, d'exclure les individus liés, directement ou indirectement, à des protagonistes de « l'affaire ».

Il convient ensuite d'organiser les missions de cette commission et de déterminer la liste des personnes auditionnées, les membres devant procéder à celles-ci, l'établissement d'un questionnaire, le planning et le lieu des auditions, les engagements de confidentialité, les modalités de recueil des témoignages des individus auditionnés (enregistrement, langue utilisée, traducteur) et enfin les formes du compte-rendu d'enquête. L'avocat, lui, a un rôle très différent de celui des pays anglo-saxons où il est un élément central de l'enquête, interrogeant lui-même les salariés. En France, du fait de ses règles déontologiques, un avocat ne peut pas conduire lui-même une enquête. Il assiste en revanche naturellement son client dans la préparation, le déroulement et les conclusions de l'enquête laquelle doit être neutre, impartiale et discrète¹¹.

6. Dans quelles conditions les salariés sont auditionnés ?

L'audition des salariés est la clef de l'enquête. Elle est néanmoins très délicate à conduire. Il faut s'interroger sur la forme de l'invitation à formuler de telle façon qu'elle n'ait pas d'impact négatif sur le

recueil de l'information. L'entretien doit être individuel, dans un lieu fermé et neutre. Il convient de présenter sommairement la situation et informer la personne entendue de la définition des concepts et des actes pour qu'elle se prononce en connaissance de cause, de l'enregistrement écrit voire oral de l'audition. Le salarié doit être assuré de la confidentialité et de sa protection en cas de témoignage à charge. Les réponses du salarié doivent être signées par celui-ci afin de pouvoir lui être opposables. Le compte rendu d'enquête doit établir les raisons de l'enquête, dater les auditions et les conditions dans lesquelles elle se sont déroulées. La conclusion de l'enquête doit conduire à caractériser les faits reprochés mais la question de sa validité juridique et de son opposabilité reste ouverte.

Une fois l'enquête achevée, la réussite de l'étape post-enquête est aussi primordiale. Si les faits sont avérés, la victime doit être protégée (par exemple en cas de harcèlement moral, mutation ou aménagements d'horaire à sa demande¹², et l'auteur des actes sanctionné (licenciement pour motif disciplinaire¹³. Le délai de prescription de 2 mois pour sanctionner débute à compter du dépôt du rapport d'enquête si le rapport était nécessaire pour informer l'employeur.¹⁴

Si les faits ne sont pas avérés, la « cohabitation » d'un salarié qui s'est considéré comme victime et d'un autre salarié qui a été accusé à tort devra être traitée. Le recours aux modes alternatifs de règlement des conflits notamment la médiation peut s'avérer une solution efficace dans ce cas pour éviter la sentence judiciaire ou médiatique.

11. L'employeur qui mène une enquête sur des faits de harcèlement moral avant de procéder à une éventuelle sanction est tenu de procéder loyalement, sans parti pris et en respectant une certaine discrétion (Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-17.393. – Cass. soc., 9 févr. 2012, n° 10-26.123 : « Mais attendu que l'arrêt retient que l'employeur a mené une enquête sans discrétion, à charge et sans permettre au mis en cause de faire entendre ses témoins, peu important que devant le conseil de discipline national le salarié ait pu faire valoir ses droits, justifiant ainsi sans se contredire, l'allocation de dommages-intérêts au salarié ».

12. CA Douai, ch. soc., 30 juin 2009, n° 09-356, Galland c/ SA Comareg.

13. Cass. soc., 21 mai 2014, n° 13-12.395. – Cass. soc., 18 févr. 2014, n° 12-17.557. – Cass. soc., 27 févr. 2013, n° 11-27.194. – Cass. soc., 7 juin 2011, n° 09-43.113.

14. Cass. soc., 10 juill. 2001, n° 98-46.180.