

# L'alerte éthique, un instrument de lutte antifraude au service de l'institution

## « gouvernement d'entreprise »

Par Frédéric Compin, docteur en sciences de gestion, professeur agrégé d'économie et gestion, auteur de « Théorie du langage comptable ou comprendre l'art de la manipulation des comptes » chez l'Harmattan.

1. D'après Flament Lucien et Thomas Philippe, *Le whistleblowing : à propos de la licéité des systèmes d'alerte éthique*, *La Semaine Juridique Social*, n° 17, 18 octobre 2005, pp. 15-19

2. *Dir. n° 95/46*, 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données.

3. D'après Ledieu Marc-Antoine, Saffroy Frédéric, *Des mérites comparés de la délation et du silence (à propos des délibérations de la CNIL du 26 mai 2005 sur la mise en œuvre de la loi SARBANES-OXLEY)*, *La semaine juridique, Entreprise et affaires*, n° 44-45, 3 novembre 2005, pp. 1856-1861

Les affaires Enron et Worldcom ont conduit les États-Unis en se dotant de la loi Sarbanes-Oxley à mettre en œuvre des dispositions relatives au whistleblowing, alerte éthique à disposition des salariés, traduisible par « donner un coup de sifflet », « tirer la sonnette d'alarme », « dénoncer quelqu'un ».

### 1 - Les fondements juridiques du whistleblowing contenus dans la loi Sarbanes-Oxley

La loi Sarbanes-Oxley dispose dans son article 301-4-Plaintes : « Tout comité d'audit doit mettre en place les procédures relatives à la réception, la conservation et le traitement des plaintes reçues par l'émetteur en ce qui concerne les questions de comptabilité, de contrôles comptables internes ou d'audit et veiller à la transmission confidentielle et anonyme par les salariés de leurs préoccupations relatives à des problèmes de comptabilité ou d'audit douteux ».

Cette disposition s'applique aux sociétés américaines cotées à la bourse de New York ainsi qu'à leurs filiales dans le monde entier depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2005. Elle a également vocation à s'appliquer aux sociétés étrangères cotées à la bourse de New York à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2006<sup>1</sup>.

La loi Sarbanes-Oxley vise à prévenir de nouveaux scandales comptables et financiers en permettant aux détenteurs de l'information de déclencher des procédures d'alerte.

En effet, la faillite a touché des grandes entreprises dont les comptes avaient été contrôlés et audités sans que soient relevées des comptabilités infidèles ou frauduleuses.

Face à l'inefficacité de ces contrôles, le gouvernement d'entreprise se devait de pouvoir réagir en durcissant les règles et en permettant aux salariés d'être au cœur des systèmes d'information de gestion.

La solution retenue vise à protéger les salariés dénonciateurs en garantissant l'anonymat des salariés dénonçant des pratiques comptables ou financières illégales.

L'employeur ne pouvant sanctionner ceux dont l'identité ne lui est pas communiquée. Les règles internes prévoient des dispositifs d'alerte incluant la mise en œuvre d'un traitement informatique de données personnelles. Les États-Unis n'ont pas de dispositif législatif spécifique contrairement à l'Union européenne qui s'est dotée d'une directive<sup>2</sup> unifiant le régime de protection des données personnelles au sein des États membre<sup>3</sup>.

La SEC s'est emparée de la loi Sarbanes-Oxley en étendant le code d'éthique au-delà du cercle des dirigeants financiers, en élargissant l'objectif du code d'éthique à tous les comportements indéli-cats ou déviant (wrongdoing) et en ajoutant à l'obligation de signalement tout manquement au code d'éthique.

Cette « incitation généralisée à la délation » a été reprise par le US Department of Justice qui a publié le 1<sup>er</sup> novembre 2004, une nouvelle version des US Federal Sentencing Guidelines dont le chapitre 8 prévoit une atténuation des peines, en cas de crime ou délit commis par une personne morale, à condition que cette dernière ait établi un programme de bonne conduite et d'éthique, effectivement mis en œuvre au sein de l'entreprise.

### 2 - Les dispositions inhérentes à l'article 301-4 de la loi Sarbanes-Oxley sont-elles directement applicables en droit du travail en France ?

L'article 7, al. 1 de la loi 78-17 relative à l'information, aux fichiers et aux libertés modifié par la loi n° 2004-806 du 6 août 2004 relative à la protec-

tion des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel dispose qu'un traitement de données ne peut être mis en œuvre en principe qu'avec le consentement préalable de la personne concernée.

L'article 32 de la loi n° 78-17, modifiée énonce que la personne concernée doit être informée dès l'enregistrement des données par le responsable du traitement de l'identité du responsable du traitement, de la finalité du traitement, du caractère obligatoire ou facultatif des réponses qu'il fournit, des conséquences éventuelles d'un défaut de réponse de sa part, de l'identité du destinataire des données, des droits d'opposition, d'accès et de rectification [...] dont elle dispose et du transfert de données hors Union européenne.

Le manquement par l'entreprise « déclarante » à l'une quelconque de ces dispositions est sanctionné pénalement (C. pén., art. 226-16 à 226-24)

Il s'avère que les pouvoirs publics français ont, depuis plusieurs années, laissé les entreprises mettre en place des systèmes de dénonciation anonyme, au moyen le plus souvent de numéro vert.

Cependant, ni le législateur ni le juge, à l'exception d'une décision de référé, n'ont répondu à cette question.

La CNIL, dans le cadre des délibérations n° 2005-110 et 2005-111 du 26 mai 2005 relatives à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle et une demande d'autorisation de la compagnie européenne d'accumulateurs pour la mise œuvre d'un dispositif de ligne éthique, a répondu à une déclaration qui lui a été faite en considérant certains systèmes comme contraires à la loi informatique et libertés.

La CNIL, saisie d'une déclaration, a considéré qu'il s'agissait d'une demande d'autorisation en se fondant sur l'article 25 §4 de la loi du 6 janvier 1978.

La CNIL reproche aux deux mécanismes d'alerte qui lui étaient soumis de porter sur des données personnelles collectées à l'insu de la personne concernée, le salarié incriminé en l'espèce.

La CNIL se positionne sur la défense de valeurs, considérant le dispositif « disproportionné au regard des objectifs poursuivis et des risques de dénonciation calomnieuse et de stigmatisation des employés objets d'une alerte éthique ».

La CNIL relève que les dispositions légales existantes permettent de faire face aux carences relevées par le dispositif américain en soulignant les actions de sensibilisation par l'information et la formation des personnels, le rôle d'audit et

**L**a CNIL se positionne pour la diffusion d'une information claire, pertinente, adéquate, non excessive et complète sur le dispositif d'alerte.

d'alerte des commissaires aux comptes, les possibilités de saisine de l'inspection du travail ou des juridictions compétentes.

De plus, la CNIL intègre la critique des organisations syndicales qui reprochent au système issu de la loi Sarbanes-Oxley son absence de dimension collective.

**3 - Un rapprochement entre la CNIL et les dispositions de la loi Sarbanes-Oxley est-il pleinement envisageable ?**

La CNIL semble préoccupée par l'adéquation des principes qui fondent son action et les principes de gouvernance d'entreprise et de transparence. C'est la raison pour laquelle un rapprochement entre les dispositions de la SEC et la CNIL demeure envisageable.

Sur un plan général, la CNIL se positionne pour la diffusion d'une information claire, pertinente, adéquate, non excessive et complète sur le dispositif d'alerte.

Plus spécifiquement, dans le cadre d'un document d'orientation adopté le 10 novembre 2005 qu'elle vient d'envoyer à différents experts, elle déclare ne pas avoir « d'opposition de principe » à ces dispositifs qui permettent aux salariés de prévenir la direction de leur entreprise des comportements fautifs imputables à leurs collègues de travail.

La CNIL reconnaît la légalité des systèmes d'alerte dès lors qu'ils ont « un caractère subsidiaire, un champ restreint et un usage facultatif » mais s'interroge toutefois sur les dispositifs « à portée générale indifférenciés ». Selon la CNIL, les catégories de personnes doivent être « précisément définies » et les dispositifs d'alerte doivent être circonscrits, par exemple aux domaines financiers et comptables des entreprises ou encore à la lutte contre la « corruption d'agents publics étrangers dans les transactions internationales ».

Il importe donc de « ne pas encourager les dénonciations anonymes, de mettre en place une organisation spécifique pour recueillir et traiter les alertes et d'informer la personne concernée dès que les preuves ont été préservées ».

L'instauration d'un droit d'alerte pourrait aussi se construire in fine autour de la proposition l'ONG Transparency International de solliciter l'intervention du législateur pour faciliter l'adoption par les entreprises de codes de conduite encourageant la dénonciation de pratiques frauduleuses. ■