

## ■ Whistle or not whistle?



[www.gide.com](http://www.gide.com)

## Etat des lieux et perspectives des systèmes d'alerte professionnelle

Synthèse de la conférence du 2 octobre 2008,  
organisée par Gide Loyrette Nouel à Paris



Gide Loyrette Nouel



## INTRODUCTION

---

Cette conférence sur le *Whistleblowing* doit être l'occasion d'ouvrir le débat sur ce type de dispositif d'alerte parmi d'autres au sein des entreprises françaises.

Le *Whistleblowing* n'est pas une fin en soi. C'est un outil de la *compliance*, démarche devenue aujourd'hui incontournable. Cet outil doit cependant être adapté en fonction des besoins spécifiques de chaque entreprise. Une telle démarche soulève nécessairement des questions en termes de valeurs et d'éthique.

Dans le cadre de ces programmes de *compliance*, on pourrait schématiquement distinguer deux sortes de *Whistleblowing* :

- Le *whistleblowing* "interne", à savoir les systèmes d'alerte interne à l'entreprise, à la disposition de chacun des salariés permettant de transmettre une information à une personne ou structure dédiée,
- Le *whistleblowing* "externe" qui permet de dénoncer les infractions commises aux autorités publiques compétentes.

Pour ouvrir les débats et leur apporter un éclaircissement constructif, partons d'une définition reposant sur trois questions de fond :

- **Comment ?** Comment ce dispositif est-il vécu ? Est-ce une manière de restreindre les libertés en instaurant un climat de méfiance, ou au contraire, s'agit-il d'une garantie pour se prémunir contre les risques juridiques et financiers ? Les avis peuvent différer en fonction, d'une part, des positions au sein de l'entreprise et, d'autre part, de la taille et de l'origine de l'entreprise.
- **Pourquoi ?** Pourquoi en est-on arrivé là ? Ne faut-il pas y voir une manière de combler les carences du droit de la preuve ? Doit-on adapter le code de procédure civile français en s'inspirant de la procédure de *discovery* américaine ?
- **Jusqu'où ?** Jusqu'où peut-on/doit-on aller ? Faut-il craindre une évolution des rôles et un système où les parties civiles s'accapameraient des fonctions d'investigation et de prise de sanctions ? Ces mécanismes sont-ils compatibles avec l'exercice de certaines professions comme celle d'avocat, où le secret professionnel revêt une importance cruciale ?

Il faut être réalistes : il y a encore en France et dans d'autres pays européens de sérieuses réticences à mettre en œuvre ce type de système. C'est en cela que cette conférence trouve tout son sens, afin d'identifier les obstacles, de partager les expériences et points de vue de l'ensemble des intervenants confrontés à cette problématique.

Les différents thèmes de la conférence ont été abordés au cours de deux tables rondes :

**Première table ronde :** les dispositifs d'alerte à l'épreuve des feux croisés de la concurrence et du pénal.

**Deuxième table ronde :** quel équilibre possible entre intérêt des entreprises et protection des individus ?



## **PREMIERE TABLE RONDE :** **Les dispositifs d'alerte à l'épreuve des feux croisés de la concurrence et du pénal**

---

### **1. Le Whistleblowing au regard du droit de la concurrence en France et en Amérique du Nord**

Depuis quelques années, le Conseil de la Concurrence français commence à reconnaître l'intérêt de la mise en place de programmes de conformité par les entreprises.

A la suite de quelques premières expériences encore succinctes, le Conseil a désiré approfondir sa réflexion en commandant une étude portant sur les programmes de *compliance* et, entre autres, sur le *Whistleblowing*.

Le Comité de pilotage chargé de suivre cette réflexion se laisse encore un peu de temps pour approfondir ses études, notamment en rencontrant des entreprises.

Néanmoins, les constats suivants peuvent déjà être établis :

- Les programmes de conformité ne sont pas très développés au sein des entreprises françaises. La conformité est un concept du monde anglo-saxon où ces types de pratiques sont largement répandus et acceptés. Cependant, on peut noter que les programmes mis en place dans certaines entreprises en ont poussé d'autres à suivre cette tendance.
- Un effort de formation adapté auprès de l'ensemble des membres composant l'entreprise est indispensable. La mise en place de systèmes d'alerte implique en effet une bonne compréhension des enjeux du droit de la concurrence.
- Le Comité préconise donc de commencer par un travail de sensibilisation au sein des entreprises et des associations professionnelles.

La formation et la communication sont nécessaires au développement d'une bonne *compliance*. C'est l'une des orientations que le Comité de Pilotage transmettra au Président du Conseil de la Concurrence.

La situation en Amérique du Nord contraste avec celle rencontrée dans l'Hexagone.

Au Canada, le Bureau de la Concurrence joue un rôle de premier plan diligentant les enquêtes et engageant les poursuites. Un véritable arsenal a été mis en place: perquisitions, interrogations de témoins, écoutes téléphoniques. Des protections sont garanties pour les *whistleblowers* (anonymat), de même que l'immunité est accordée non seulement aux personnes morales, mais aussi et c'est important, aux personnes physiques dénonçant des infractions auxquelles elles ont pris part.

De manière générale, le *Whistleblowing* est très encouragé en Amérique du Nord. C'est une pratique courante et la coopération avec les autorités publiques de régulation est fréquente, complète et sans tabou.

A la suite de scandales comme Enron, les autorités américaines puis canadiennes ont décidé de renforcer leur appareil répressif. Désormais, les amendes sont nettement plus élevées (jusqu'à 300 millions de USD), et les peines d'emprisonnement touchant les dirigeants plus nombreuses.



En 2004 au Canada, le Code criminel a été amendé. Les entreprises peuvent dorénavant se faire imposer des ordonnances de probation et le tribunal peut imposer des programmes de conformité. De plus, toute condamnation entraîne automatiquement la mise en place d'un programme de conformité incluant la mise en place d'une structure de *whistleblowing*.

Pour les autorités américaines et canadiennes, ce type de mesures est une sécurité supplémentaire face aux risques juridiques et économiques.

## 2. Le point de vue des entreprises

### **Les entreprises françaises demeurent, pour la plupart, réticentes à la mise en place de cette procédure pour plusieurs raisons...**

- **Il est inconcevable et maladroit de vouloir transposer littéralement un outil qui provient d'une culture anglo-saxonne dans un système qui, culturellement, n'est pas prêt à le recevoir.**

Certains considèrent ainsi que le passé français en matière de délation est suffisamment trouble pour que ce type de pratiques ne soit pas institutionnalisé au sein des entreprises.

Les codes éthiques et la dénonciation des faits de corruption, selon eux, suffisent et l'entreprise ne doit pas se transformer en un lieu où s'entretiennent suspicions et calomnies au détriment de l'activité économique.

D'une manière générale, l'application et l'efficacité des programmes de *compliance*, qu'ils comprennent ou non des procédures de *whistleblowing*, dépend en partie de la culture du pays dans lequel le programme est mis en œuvre et il n'est pas possible d'importer un programme sans l'adapter à la culture locale. En France, où la culture hiérarchique est très forte (sans même parler des incidences historiques), ce genre d'initiative est mal comprise et difficile à ancrer dans les cultures de terrain.

L'acceptation de ces systèmes passera inévitablement par l'impulsion donnée par les autorités de régulation dont les entreprises attendent une action stimulante et de sensibilisation à la culture de concurrence plutôt que la seule sanction qui ne permet pas un changement des comportements aux différents niveaux de l'entreprise.

- **Il ne faut pas méconnaître le rôle joué par les structures démocratiques déjà existantes telles que les comités d'entreprise et les délégués du personnel.**

Le rôle du *whistleblowing* est de favoriser la transparence et faire remonter l'information. Certains intervenants ont relevé que d'autres mécanismes internes existent déjà et permettent cette circulation.

En France, les Comités d'entreprise, les délégués du personnel et les syndicats remplissent déjà ce rôle d'écoute et de transmission de l'information. A tout moment, ils peuvent demander des explications sur les comptes et le fonctionnement de l'entreprise. Ils peuvent être des lieux de recueil et de passage des informations. Les entreprises en France ont donc un fonctionnement démocratique qui pourrait permettre d'éviter d'avoir recours à des outils exclusivement orientés vers le *whistleblowing*. La bonne communication interne doit rester prédominante et les entreprises françaises doivent pouvoir faire confiance à leurs structures et leurs organisations managériales.



- **Les entreprises ont conscience des risques d'abus**

En matière pénale, le droit français bien que ne prévoyant pas la dénonciation, reconnaît néanmoins le délit de dénonciation calomnieuse. Une telle disposition peut être en contradiction et poser des difficultés dans le cadre de la mise en place de dispositifs tels que le *whistleblowing* (là, peut se révéler l'une des limites du système entre anonymat, protection, risque pour le *whistleblower*, règlement de comptes internes, suivi des dénonciations recueillies par une hiérarchie impliquée, etc.).

**...Cependant, la mise en place de programme de *compliance* incluant du *whistleblowing* paraît inévitable à plus ou moins long terme en raison des avantages qu'offre cette mise en œuvre.**

Les entreprises ayant mis en place (en l'adoptant et en l'encadrant) un tel système constatent que le *whistleblowing* est un moyen de prévention des risques.

Il présente un double intérêt, à la fois pour l'employé et pour l'entreprise toute entière. Il permet de faire remonter l'information et d'exprimer les dysfonctionnements au sein de l'entreprise. Il aide à détecter les fraudes et offre la possibilité à l'entreprise de pouvoir réagir avant qu'une affaire n'éclate publiquement. Ainsi, l'entreprise conserve sa crédibilité auprès de ses actionnaires et des autorités. Elle constate également qu'il peut constituer, au sein d'un programme de *compliance* là encore adapté et efficace, un moyen de mettre en œuvre avec le plus de chance de succès, une procédure de clémence.

Le *whistleblowing* est alors considéré comme un outil efficace qui a permis de déceler un nombre significatif d'infractions et d'en tirer les conséquences de la manière la plus constructive possible.

Néanmoins, on constate au sein de ces entreprises que la culture joue un rôle prépondérant dans l'application et l'utilisation du *whistleblowing*, ce qui démontre la nécessité d'une implication forte des autorités en termes de sensibilisation et d'incitation.

Ainsi, à titre d'exemple, alors qu'un groupe d'origine américaine recense plus de 1.000 appels par an aux Etats-Unis, il n'en dénombre qu'une centaine dans ses filiales du reste du monde...





## DEUXIEME TABLE RONDE : Quel équilibre possible entre intérêt des entreprises et protection des individus ?

---

La dénonciation est un phénomène ancien et inhérent à l'homme qui revêt de nombreuses formes. En témoignent les nombreux synonymes, souvent péjoratifs du terme : délation, accusation, cafardage, mouchardage, rapportage, trahison, etc.

La dénonciation peut être aussi bien orale qu'écrite. Il peut s'agir d'appels téléphoniques, de lettres anonymes, de lettres signées par leur auteur, de plaintes pénales. Elle peut enfin résulter d'articles de presse ou de livres.

La dénonciation est soumise à divers régimes :

- elle peut être rendue obligatoire par le législateur, avec ou sans sanction<sup>(1)</sup>;
- elle peut être encouragée par la loi ;
- elle peut être interdite et répréhensible (exemple : le secret professionnel);
- elle peut tomber sous le coup de la loi pénale si elle est calomnieuse ;
- elle peut demeurer un acte libre.

Depuis 1988<sup>(2)</sup>, date à laquelle la dénonciation au sein de l'entreprise a fait son apparition sur la scène judiciaire, son appréciation jurisprudentielle a évolué. Dès 2006<sup>(3)</sup>, la jurisprudence semble avoir adopté une position stable selon laquelle, ne constitue pas une faute la dénonciation dans le cadre du contrat de travail. En revanche, le salarié commet une faute s'il dénonce de mauvaise foi ou avec une légèreté blâmable.

Indépendamment de toute considération sur la dénonciation, il est nécessaire de s'interroger sur les obligations des sociétés cotées à la bourse de New York et de leurs filiales de se conformer à la loi américaine Sarbanes-Oxley, qui exige la mise en place d'un dispositif de *whistleblowing*.

### 1. Les systèmes d'alerte professionnelle au regard de la protection des données et du droit social

Dans un premier temps, les systèmes d'alerte professionnelle ont été frappés de plusieurs condamnations.

Dans le cadre de deux demandes d'autorisation des sociétés McDonald's France et Compagnie Européenne d'Accumulateurs pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle, la CNIL a, dans ses délibérations du 26 mai 2005<sup>(4)</sup>, condamné la mise en place d'une *hotline* au sein de ces entreprises afin de permettre aux salariés de dénoncer certains agissements.

---

<sup>(1)</sup> Art. 40 du Code de procédure pénale sur l'obligation pour tout officier public ou fonctionnaire d'informer le procureur de la République de l'existence d'un crime ou d'un délit dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions ; Art. L.434-1 du Code pénal sur l'obligation de dénoncer un crime ou un délit en cours de commission; Art L.4131-1 du Code du travail sur l'obligation de signaler toute situation de danger grave ou imminent à l'employeur.

<sup>(2)</sup> CCass, ch soc, 28 avril 1988, *Société Anonyme Dunlop France c/ M. Claveau*, n° 87-41804, D Soc. 1988, p. 428

<sup>(3)</sup> Soc. 12 juillet 2006, n° 04-41.075, B n° 245 et Soc. 8 novembre 2006, n° 05-41.504, B. n° 331

<sup>(4)</sup> Délibération n° 2005-110 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de McDonald's France pour la mise en œuvre d'un dispositif d'intégrité professionnelle et Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative à une demande d'autorisation de CEAC pour la mise en œuvre d'un dispositif de ligne éthique - Délibération n° 2005-111 du 26 mai 2005 relative une demande d'autorisation de la Compagnie Européenne d'Accumulateurs pour la mise en œuvre d'un dispositif de ligne éthique.



Le Tribunal de Grande Instance de Libourne<sup>(5)</sup> a retenu qu'un dispositif de notes affichées par la direction d'une usine à l'attention de ses salariés en application de la loi américaine Sarbanes-Oxley était disproportionné par rapport à l'objectif de ladite loi. Le tribunal a jugé que "*quelles que soient les modalités effectives de traitement ultérieur des informations ainsi recueillies, une telle note contient en germe le risque imminent pour les salariés susceptibles d'être ainsi dénoncés anonymement, de voir déclencher à leur encontre une enquête interne et de faire l'objet d'éventuelles sanctions, sans avoir pu bénéficier des droits élémentaires de la défense*" et a ordonné l'instauration d'un dialogue entre la société et les institutions représentatives en ce qui concerne la mise en place d'un système de *whistleblowing*.

Dans un second temps, les systèmes de *whistleblowing* ont été encadrés.

Un système d'autorisation unique a ainsi été mis en place par la CNIL<sup>(6)</sup> qui énonce que pour instaurer un dispositif de *whistleblowing* il sera nécessaire de respecter une procédure bien définie, limitée à des cas spécifiques dans le cadre d'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 la lutte anti-corruption*". Sont également concernés par le régime d'autorisation unique les traitements mis en œuvre dans les domaines comptables et d'audit par des sociétés soumises à la loi Sarbanes-Oxley.

La procédure d'alerte professionnelle devra, en tout état de cause, être facultative. La CNIL a donc adopté une conception restrictive quant à la mise en œuvre de dispositifs de *whistleblowing* et se montre défavorable à l'anonymat.

Le rapport de MM. Antonmattei et Vivien<sup>(7)</sup> a tenté de donner une définition du *whistleblowing* et suggère d'introduire dans le Code du travail des règles spécifiques permettant aux entreprises de mettre en place des dispositifs organisant la possibilité de signaler non seulement des actes contraires aux dispositifs législatifs ou réglementaires et des atteintes aux droits des personnes et à la santé des salariés, mais également des actes contraires à des règles d'origine éthique ou professionnelle qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise.

La CNIL a alors rappelé début 2007 les règles qu'elle avait posées en la matière en précisant que les dispositifs d'alerte professionnelle devaient garder un champ spécifique restreint au domaine comptable, financier et bancaire, et à la lutte contre la corruption.

Interrogée, la CNIL indique qu'elle ne prévoit pas à ce jour d'élargir le champ d'application de l'autorisation unique.

Récemment, l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles<sup>(8)</sup> relatif à l'affaire "Dassault Systèmes" a considéré les systèmes de *whistleblowing* avec plus de souplesse dès lors que le système est limité à la protection de l'intérêt vital de la société qui le met en œuvre.

---

<sup>(5)</sup> TGI de Libourne, référé, 15 septembre 2005, *CE Bsn Glasspack, syndicat CGT/Bsn Glasspack*

<sup>(6)</sup> Délibération n° 2005-305 du 8 décembre 2005 portant autorisation unique de traitements automatisés de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de dispositifs d'alerte professionnelle

<sup>(7)</sup> Rapport "Chartes d'éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives" par Paul-Henri Antonmattei et Philippe Vivien, remis le 6 mars 2007 au ministre délégué à l'Emploi, au Travail et à l'Insertion professionnelle des jeunes.

<sup>(8)</sup> CA Versailles, 17 avril 2008.



Il est également possible de s'interroger, en droit du travail, sur la nature juridique des systèmes de *whistleblowing* et notamment sur la nécessité de suivre la procédure prévue en matière de règlement intérieur des entreprises ou de passer par la négociation collective.

Sur la scène européenne, le "groupe de l'article 29" (qui regroupe les autorités européennes de protection des données personnelles) a adopté le 1<sup>er</sup> février 2006 un avis sur les dispositifs d'alerte professionnelle dans les domaines financier, comptable, bancaire et de lutte contre le blanchiment. Ce document reprend les grandes lignes de l'autorisation unique de la CNIL de décembre 2005.

## **2. L'accueil des systèmes de *whistleblowing* par les entreprises**

Les dispositifs de *whistleblowing* ont été mis en place sans spontanéité au sein d'entreprises françaises. Certaines sociétés ont même constaté une "résistance interne" à ces systèmes. Il a pu être observé, au sein de ces entreprises, que la plupart des alertes traitées étaient d'ordre privé, mais qu'elles pouvaient parfois déboucher sur la révélation de réels problèmes de nature financière ou autre.

En dehors des Etats-Unis, l'usage de ces systèmes est très faible. En France, les contrôles menés par la CNIL ont permis de constater la faible utilisation, par les salariés français des sociétés contrôlées, des dispositifs d'alerte professionnelle.

A l'inverse, la mise en place de systèmes de *whistleblowing* a pu se révéler très positive au sein de certains groupes, notamment au sein de filiales françaises de groupes américains. L'installation culturellement facilitée de ces mécanismes a permis la révélation de fraudes.

La mise en œuvre de ces dispositifs est même perçue par certains salariés comme un outil supplémentaire mis à leur disposition pour s'exprimer, outil ne se substituant pas pour autant au rôle des représentants du personnel et aux autres moyens dont disposent les salariés pour faire valoir leurs droits, exprimer leur mécontentement ou transmettre ou relayer une information.

En 2006, un groupe de travail formé par le MEDEF et par l'AFEP a considéré qu'il n'y avait pas de problème majeur pour la mise en place, en France, de dispositifs d'alerte professionnelle afin de respecter les contraintes imposées par la loi Sarbanes-Oxley.

Le seul véritable problème qui demeure est l'incertitude juridique sur le champ d'application de l'autorisation unique de la CNIL. Cette incertitude devrait être prochainement levée. En effet, à la suite de l'arrêt de la Cour d'Appel de Versailles dans l'affaire "Dassault Systèmes", qui infirmait une décision du TGI de Nanterre, un pourvoi en cassation a été formé. La CNIL a d'ores et déjà indiqué, qu'à cette occasion, elle allait faire valoir ses observations devant la Haute Juridiction.



## CONCLUSION

---

Nos débats nous ont permis de dire avec assurance qu'il serait préférable d'adapter les dispositifs de *whistleblowing* plutôt que de les importer et de les transposer tels quels. Une adaptation de ces systèmes aux spécificités locales est nécessaire et elle est souhaitée.

Par ailleurs, les dispositifs d'alerte professionnelle sont et doivent rester complémentaires des canaux d'information et d'alerte qui existent déjà dans l'entreprise : voie hiérarchique, organes représentatifs du personnel et commissaires aux comptes.

Loin d'être une solution parfaite, si des dispositifs d'alerte professionnelle correctement adaptés et encadrés permettent de révéler des infractions et des fraudes, et d'y mettre un terme par l'adoption de la stratégie optimale pour les entreprises, ils auront fait la preuve de leur utilité.



**Gide Loyrette Nouel** R.A.R.P.I.

26, cours Albert 1<sup>er</sup>  
75008 Paris – France  
Tél. +33 (0)1 40 75 60 00  
Fax +33 (0)1 43 59 37 79  
[info@gide.com](mailto:info@gide.com)  
[www.gide.com](http://www.gide.com)

**Contact**

**Marie-Pia Hutin-Houillon, Avocat à la Cour**  
Tél. +33 (0)1 40 75 36 03  
[hutin@gide.com](mailto:hutin@gide.com)



**Gide Loyrette Nouel**

**Alger ■ Belgrade ■ Bruxelles ■ Bucarest ■ Budapest ■ Casablanca ■ Dubai ■ Hanoi ■ Hô Chi Minh Ville ■ Hong Kong  
Istanbul ■ Kiev ■ Londres ■ Moscou ■ New York ■ Paris ■ Pékin ■ Prague ■ Riyad ■ Shanghai ■ Tunis ■ Varsovie**