

# A la Une également - « Whistleblowing » - La dénonciation des fraudes dans l'entreprise ne fait pas recette

> Lire en format journal

Le "whistleblowing", ou le système organisé de dénonciation des fraudes de toutes sortes au sein des entreprises, est-il un vice ou une vertu ? D'un côté de l'Atlantique, il semble être une règle acceptée et partagée après une série de scandales financiers. Dans l'Hexagone, les filiales des groupes américains s'y sont mises, plus par obligation que par conviction. D'autant que la Commission nationale informatique et libertés (Cnil) encadre très strictement ce système et les tribunaux annulent sans états d'âme les mécanismes



de dénonciation qui ne respectent pas les libertés individuelles fondamentales. Au final, il apparaît que l'instauration d'un whistleblowing à la française a sans doute plus d'inconvénients que d'avantages car il se heurte parfois à la législation française, mais aussi à la culture d'entreprise nationale et aux blessures d'une France vichyste dans laquelle la délation était largement répandue. Au quotidien d'ailleurs, les sites Internet et les lignes téléphoniques dédiées à ce type d'alerte éthique enregistrent tout au plus quelques dizaines d'appels par an, alors qu'elles sont ouvertes à plusieurs dizaines de milliers de salariés.

Les traductions littérales des expressions anglaises suscitent parfois des hasards cruels. Le whistleblowing, pudiquement traduit par "dénonciation éthique", signifie littéralement coup de sifflet, en souvenir des alertes lancées dans les mines en cas de danger. Ironie du sort, fin 2009, c'est justement un sérieux coup de sifflet qu'ont lancé, l'un après l'autre, deux tribunaux, contre cette procédure importée des Etats-Unis. Le plus strident date du 9 décembre 2009. Ce jour-là, la plus haute juridiction française fixe des conditions très restrictives pour la mise en place des systèmes de dénonciation des fraudes au sein des entreprises. Obligeant au passage Dassault Systèmes à jeter l'éponge en France. Depuis, déontologues et directeurs juridiques font preuve d'un luxe de précaution dès lors qu'ils envisagent d'instaurer un mécanisme d'alerte professionnelle et accessoirement prévoient de verser de plantureux honoraires à un cabinet d'avocats qui les aidera à ne pas franchir la ligne jaune. Aujourd'hui, 1 500 entreprises françaises ont mis en place un système de ce type avec des fortunes diverses et un résultat très mitigé. Le whistleblowing est visiblement un produit d'importation qui a du mal à s'adapter aux spécificités du marché français.

## Né sur les décombres des scandales financiers américains

Flash-back sur l'été 2001, deux scandales financiers n'en finissent pas de secouer le monde des affaires aux USA. Worldcom et ses 11 milliards de dollars de revenus fictifs, Enron et ses 60 milliards de passif. Certes les dirigeants de ces sociétés ont écopé de 25 et 26 ans de prison ferme, mais une question revient de manière lancinante : pourquoi de tels agissements n'ont-ils pas été dénoncés plus tôt en interne ? Deux sénateurs, Paul Sarbanes et Mike Oxley, décident alors de remédier de façon vigoureuse à ce manque de contrôle. La loi qui porte leur nom est promulguée en décembre 2002. Une de ses dispositions rend désormais obligatoire la mise en place d'un système d'alerte aux fraudes pour les entreprises américaines cotées aux Etats-Unis ainsi que pour toutes leurs filiales, quelle que soit leur nationalité. En clair, chaque société concernée doit organiser un système de dénonciation obligatoire et anonyme pour les salariés, dès lors qu'ils détectent une fraude comptable, une opération de corruption ou de détournement. Le whistleblowing a désormais un acte de naissance officiel.

## Une version française sous la haute surveillance de la Cnil

A partir du moment où les filiales non américaines des sociétés cotées sont concernées, la question se pose rapidement pour des sociétés françaises dont l'actionnaire se situe de l'autre côté de l'Atlantique. "Mac Donald's France et la Compagnie européenne des accumulateurs sont les premiers à inaugurer un système de whistleblowing, et ils ont dans un premier temps été sommés par la Cnil de le retirer", se souvient Patrick du Besset, président du Cercle éthique, le think-tank

français le plus influent sur les questions de déontologie. La Commission nationale informatique et liberté (Cnil) est on ne peut plus vigilante sur ces questions, car la dénonciation en entreprise suppose que des données concernant des personnes physiques soient stockées et transmises. "Mac Donald's a alors expliqué aux autorités françaises qu'il lui était impératif de conserver ce dispositif et que des mesures de rétorsion contre des entreprises françaises s'installant aux Etats-Unis pourraient avoir lieu", poursuit Patrick du Besset. L'affaire prend alors une dimension diplomatique. Finalement en 2005, la Cnil adopte une position de principe moins radicale. Les systèmes de dénonciation seront donc autorisés dans les entreprises françaises, mais leur champ d'application est extrêmement encadré. Ils ne peuvent être utilisés que dans quatre domaines : "La lutte contre la corruption, les fraudes comptables, financières et bancaires", précise Alexandre Jaurett, avocat associé au cabinet White and Case.

Le whistleblowing à la française comporte surtout deux différences importantes par rapport à sa version américaine : "Il n'est pas obligatoire pour les salariés d'y recourir et il n'est pas systématiquement anonyme. Seule la confidentialité est garantie, ce qui signifie que le salarié doit s'identifier et qu'il sera protégé pendant la procédure", rappelle Alexandre Jaurett. Une fois ces conditions réunies, le mécanisme se présente le plus souvent sous forme d'un site Internet ou d'une ligne téléphonique dédiée. De plus en plus souvent, les entreprises sous-traitent à des prestataires de services spécialisés comme Ethic's point qui installent le système, réceptionnent les dénonciations et les transmettent. Une déontologue en poste dans une société financière explique sous le couvert de l'anonymat les raisons qui poussent les entreprises à adopter la technique du whistleblowing : "Cela fait partie d'une logique de signalement et de dénonciation qui tend à se généraliser. Lorsqu'une fraude est détectée dans une entreprise, il est légitime de se demander pourquoi on ne l'a pas vue. Or si un salarié était en position de la signaler, il risque de se retrouver en situation délicate, voire d'être soupçonné de complicité." La Cnil et les tribunaux veillent en outre à ce qu'une notion essentielle soit respectée : le contradictoire. Dès lors qu'un salarié est mis en cause par une dénonciation, il doit en être informé et pouvoir répondre aux accusations.

### **Un passeport pour les marchés internationaux**

D'abord, apanage des filiales de groupes américains, les alertes éthiques se sont progressivement développées dans la plupart des entreprises ayant la prétention de sortir des frontières de l'Hexagone. Difficile en effet de vouloir s'implanter sur le marché américain, sans pouvoir afficher de code de déontologie comportant un mécanisme de whistleblowing. "Si un salarié expatrié est soumis à des pratiques exotiques, il doit pouvoir disposer d'un système d'alerte. C'est même une manière de se protéger contre une action en responsabilité qui pourrait être menée par des actionnaires américains mécontents de constater que l'entreprise dans laquelle ils ont investi ne possède pas de mécanisme de signalement", constate l'avocat Alexandre Jaurett. Lors d'un appel d'offres pour un marché international, une entreprise américaine pourra également exiger que le cahier des charges fasse référence aux normes américaines en matière de corruption. Les concurrents qui n'auraient pas de procédure de dénonciation seraient immédiatement désavantagés.

### **Une forme de protection pour les salariés ?**

Les défenseurs de cette procédure bien étrangère à la culture d'entreprise française s'appuient également sur des considérations strictement internes. "Dans les sociétés soumises à de fortes pénalités, en cas de risque environnemental, comment s'assurer qu'un contremaître soucieux du respect de ses objectifs ne va pas déverser ses rejets toxiques dans la rivière voisine plutôt que de les faire prendre en charge par une station de traitement ?", s'interroge le déontologue de cette société financière. Pour le directeur de l'éthique au sein d'EDF, le whistleblowing serait même une forme de protection pour les salariés. "Il s'agit d'un droit à interpellier l'entreprise lorsqu'elle ne respecte pas ses engagements." A fortiori, lorsque les auteurs des fraudes sont assez haut placés dans l'organigramme de l'entreprise, le whistleblowing peut être utilisé si un directeur général a commis des écarts car on voit mal un cadre du comité exécutif dénoncer son PDG ou son DG. Dans ce cas de figure, cette procédure d'alerte serait la seule alternative. Joao Vierga, l'un des avocats ayant rédigé le rapport remis en 2005 aux pouvoirs publics sur le sujet, estime que l'alerte éthique pose à la fois des questions éthiques et juridiques : "Il s'agit d'un conflit de devoir, dois-je dénoncer ou dois-je protéger l'individu ? Toujours est-il qu'un salarié qui n'a pas de protections formelles en cas de dénonciation a toutes les chances d'être viré. Le problème est, peut-être, que l'on a prévu les protections, mais pas les nécessaires explications aux salariés." L'administrateur du cercle éthique Patrick du Besset ne voit au contraire derrière cet argument qu'un subterfuge pour faire accepter une mesure a priori impopulaire : "Les alertes professionnelles sont présentées au départ comme un mode d'expression afin de les faire accepter par les salariés." Même sentiment de doute du côté du secrétaire national de la CFE CGC, Bernard Valette. "Que vaut le oui d'un cadre qui ne peut dire non ?", interroge-t-il.

### **L'hostilité des représentants des salariés**

Or justement, au sein des entreprises, de la base au sommet, l'enthousiasme est on ne peut plus limité face au whistleblowing dont l'application engendre d'épineux problèmes. Sur le plan social, les dirigeants d'une entreprise désireuse de se doter d'un système d'alerte ont le choix entre deux voies. "Soit un accord d'entreprise est négocié avec les syndicats, soit le système de

whistleblowing prend la forme d'un engagement unilatéral de l'employeur, ce qui ne le dispense pas de passer par la consultation du comité d'entreprise", explique Alexandre Jaurett. En charge du dialogue social à la CGC, Bernard Valette ne voit pas d'un bon œil cette porte ouverte à la dénonciation : "Je n'y suis pas très favorable, d'autant que les codes éthiques sont le plus souvent adoptés sans concertation et sans se préoccuper de la manière dont cela va être vécu par les salariés." Soucieux de ne pas se laisser déborder par la montée en puissance de cette technique, les organisations syndicales ont rapidement riposté sur le terrain du droit en dénonçant en justice ces dispositions. Il s'est même trouvé un tribunal de grande instance, celui de Nanterre (Hauts-de-Seine), pour juger qu'il aurait d'abord fallu consulter le Comité hygiène et sécurité (CHSCT) en raison de l'impact du whistleblowing sur "la santé mentale des salariés".

## **Les tribunaux tout aussi réticents**

Syndicats et comités d'entreprise sont d'autant plus enclins à faire de la résistance, que la justice n'est pas loin de leur position. Lorsque la Cour de cassation a été saisie du code éthique en vigueur chez Dassault Systèmes, à la suite d'une action menée par la CGT, elle a clairement répondu que le système d'alerte envisagé ne pouvait aller au-delà de ce qui est prévu par la Cnil et qu'il devrait être proportionné au risque encouru. En outre, la Cour de cassation a considéré que Dassault Systèmes ne permettait pas aux personnes visées par une dénonciation d'être suffisamment informées de leurs droits et notamment de celui à la rectification des données les concernant. Hasard ou coïncidence, un mois avant ce jugement, le tribunal de grande instance de Caen suspendait le système d'alerte mis en place par la société Benoist Girard, un fabricant de prothèses de hanche. Les juges ont considéré que ce dispositif créait un "trouble manifestement illicite dans l'entreprise" et ont demandé sa suspension, sous peine d'une amende de 300 euros par jour et par salarié. En dressant une série de garde-fous, les magistrats ont voulu éviter que des tentatives de règlements de compte ne dérivent en dénonciation calomnieuse. Mais aussi, que ceux qui dénoncent de bonne foi ne fassent ensuite l'objet de mesures de rétorsion. Préoccupation que partage l'administrateur du Cercle d'éthique des affaires Patrick du Besset : "Le mécanisme a certes été mis en place mais il ne marche pas. Les dénonciations se comptent sur les doigts de la main et 50 % d'entre elles se soldent par le licenciement de celui qui a dénoncé."

## **L'étage de trop dans un système d'alerte déjà bien établi**

A analyser de près l'ensemble des procédures prévues par le code du travail et le code pénal, on peut se demander si le whistleblowing n'est pas l'étage de trop dans un empilement de mesures déjà très impressionnant. Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés financières, le comité d'entreprise peut déclencher un droit d'alerte et faire mandater un expert. En cas de mise en danger de la vie d'autrui, le Comité hygiène et sécurité (CHSCT) a la possibilité d'intervenir et de s'appuyer sur l'expertise des médecins du travail. Les commissaires aux comptes sont tenus d'alerter la justice s'ils constatent des irrégularités comptables. Quant aux délégués du personnel, ils peuvent tirer la sonnette d'alarme et exiger une enquête de la direction lorsqu'un soupçon de harcèlement moral ou sexuel existe. Depuis 2007, le code du travail a été modifié afin d'interdire toute sanction contre un salarié qui aurait dénoncé des actes de corruption. Dans le secteur public, l'article 40 du code de procédure pénale impose à tout fonctionnaire qui a connaissance de faits délictueux de les signaler au procureur de la République. Les banques et les sociétés d'investissement sont, de toutes manières, tenues par la loi de mettre en place un mécanisme d'alerte. Elles sont également dans l'obligation, comme les notaires ou les avocats, de signaler à l'organisme de contrôle des flux financiers Tracfin toutes les opérations financières qui peuvent ressembler de près ou de loin à du blanchiment de fonds. De fait, les systèmes d'alerte au sein des entreprises arrivent après toutes ces dispositions, dont certaines sont déjà très anciennes. D'où le doute persistant quant à la raison d'être du whistleblowing.

## **Le dispositif ne fait pas recette**

Chaque année, le nombre de dénonciations enregistrées reste d'ailleurs très modeste. "Je reçois environ 50 messages par an, pour une population de 70 000 salariés concernés par la procédure. Une partie concerne des atteintes personnelles qui relèvent du harcèlement ou de la discrimination. Les atteintes à l'entreprise représentent 20 % de ce total", précise Jean-Michel Guibert, le directeur de l'éthique d'EDF. Son confrère d'une société financière en recense une tous les 18 mois, pour une population il est vrai plus réduite. Chez GDF-Suez, on comptabilise 10 e-mails de dénonciation par an pour 104 000 salariés. Résultat, même les cabinets d'avocats conseillant les entreprises désireuses de mettre en place une procédure de whistleblowing sont extrêmement prudents : "Pour les entreprises franco-françaises, cela ne me semble pas nécessaire", estime l'avocat Alexandre Jaurett. L'un des plus importants cabinets français, Gide Loyrette et Nouel, dans un "Etat des lieux des systèmes d'alerte professionnels", relève que les entreprises françaises "demeurent pour la plupart réticentes à la mise en place de ces procédures", pour une raison bien déterminée : "Elles ont un fonctionnement démocratique qui pourrait éviter d'avoir recours à des outils exclusivement orientés vers le whistleblowing." D'autant que "la bonne communication interne doit rester prédominante et les entreprises françaises doivent pouvoir faire confiance à leurs structures et à leurs organisations managériales".

## **Une méfiance culturelle et historique**

## **face au risque de délation**

Au-delà des arguments juridiques et économiques sur le bien-fondé ou non du whistleblowing, la plupart des professionnels interrogés sur cette question par le *Nouvel Economiste*, à un moment ou un autre, et de manière plus ou moins explicite, évoquent le poids de l'histoire de France. Les dénonciations anonymes, nombreuses durant l'Occupation allemande, vivaces aujourd'hui en direction des services fiscaux, pèsent incontestablement sur le débat. "La France a un passé lourd en matière de délation et les directions des ressources humaines doivent prendre garde à ne pas susciter ce type d'attitude qui ne serait pas cohérent avec l'esprit d'entreprise", admet Jean-Michel Guibert d'EDF. Même analyse chez son confrère de GDF Suez, Gérard Kuster : "Pour les Etats européens c'est un sujet sensible, y compris pour les pays de l'Est qui ont connu leur lot de dénonciations." Instauré dans un but strictement professionnel aux Etats-Unis, le whistleblowing pourrait-il sérieusement se dénaturer en France ? Ancien bâtonnier du barreau de Paris et spécialiste des questions de droit du travail, Dominique de la Garanderie prône une attention de tous les instants face à un enjeu de taille : "La société de la transparence risque parfois de basculer de la vigilance à la délation."

*Par Franck Bouaziz*