

## LANCEURS D'ALERTE : ENJEUX ET RISQUES POUR L'ENTREPRISE

LE 28 SEPTEMBRE 2017, LORS D'UN PETIT DEJEUNER A L'HOTEL RAPHAEL, NOUS VOUS AVONS PRESENTE LES DISPOSITIONS DE LA LOI N° 2016-1691 DU 9 DECEMBRE 2016 RELATIVE A LA TRANSPARENCE, A LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION ET A LA MODERNISATION DE LA VIE ECONOMIQUE, DITE LOI « *SAPIN II* », CONSACREES AUX **LANCEURS D'ALERTE**, AINSI QUE CELLES DU DECRET N° 2017-564 DU 19 AVRIL 2017 RELATIF AUX **PROCEDURES DE RECUEIL DES SIGNALEMENTS EMIS PAR LES LANCEURS D'ALERTE**. NOUS AVONS ASSOCIE A CETTE PRESENTATION LE CABINET DE CONSEIL EN STRATEGIE D'INFORMATION VAE SOLIS CORPORATE POUR QU'IL NOUS APPORTE SON EXPERTISE EN MATIERE DE COMMUNICATION DE CRISE.

L'OBJET DE LA PRESENTE LETTRE D'INFORMATION EST DE REVENIR BRIEVEMENT SUR LES ENJEUX ET LES RISQUES QUE LA CREATION DE CE STATUT ET LA MISE EN PLACE DES PROCEDURES DE RECUEIL DES ALERTES REPRESENTENT POUR L'ENTREPRISE.

*Lettre rédigée par Christophe Pech de Laclause, François Berbinou et Magali Tocco-Perin, Avocats à la Cour*

### **Protection des lanceurs d'alerte**

#### *Définition du lanceur d'alerte*

La loi définit le lanceur d'alerte comme la personne physique qui révèle ou signale, « **de manière désintéressée et de bonne foi** », un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.

**Le lanceur d'alerte n'est donc pas nécessairement un salarié de l'entreprise.** Ce peut notamment être un collaborateur externe ou un intervenant occasionnel.

Sont exclus du régime de l'alerte « *les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support* », couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical et le secret de la relation avocat-client.

#### *La procédure de signalement*

La procédure comporte trois étapes :

1 - Le signalement est porté à la con-

naissance du **supérieur hiérarchique**, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un **réfèrent** désigné par celui-ci.

**2** - En l'absence de diligences, dans un délai raisonnable, par la personne destinataire de l'alerte et chargée de vérifier la recevabilité du signalement, celui-ci peut être adressé à **l'autorité judiciaire**, à **l'autorité administrative** ou aux **ordres professionnels**.

**3** - En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un de ces organismes dans un délai de trois mois, le signalement peut être **rendu public**.

En cas de **danger grave et imminent** ou en présence d'un **risque de dommages irréversibles**, le signalement peut être directement porté à la connaissance de l'autorité judiciaire, de l'autorité administrative ou des ordres professionnels et/ou être rendu public.

#### *La protection du lanceur d'alerte et du signalement*

La protection offerte au lanceur d'alerte par la loi Sapin II a été codifiée à l'article 122-9 du Code pénal dans les termes suivants :

*« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret*

*protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est **nécessaire et proportionnée** à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient **dans le respect des procédures de signalement** définies par la loi et que la personne **répond aux critères de définition du lanceur d'alerte** prévus à l'article 6 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ».*

Ainsi, le lanceur d'alerte qui répond aux critères de la définition légale et respecte la procédure de signalement se voit conférer une **immunité pénale**.

S'agissant plus particulièrement de la **procédure de recueil des signalements**, celle-ci doit garantir la **stricte confidentialité** de l'identité de l'auteur du signalement, de la personne et des faits visés ainsi que des informations recueillies.

La divulgation de ces éléments est punie d'une peine allant jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende.

Ne peuvent être divulgués les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte, sauf à l'autorité judiciaire et avec le consentement de l'auteur, ou ceux de nature à identifier la personne mise en



cause, sauf à l'autorité judiciaire, une fois établi le caractère fondé de l'alerte.

#### *L'interdiction de toute discrimination et les sanctions*

Aucune personne ne peut être sanctionnée, licenciée ou subir de discrimination, que ce soit, notamment, dans le cadre d'une procédure de recrutement ou en matière de rémunération, pour avoir signalé une alerte.

Par ailleurs, le fait de faire obstacle à la transmission d'un signalement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende.

En cas de plainte pour diffamation à l'encontre d'un lanceur d'alerte, l'amende civile prévue en cas de constitution abusive de partie civile est portée à 30.000 €.

#### *Recueil des signalements émis par les salariés et par les collaborateurs extérieurs et occasionnels*

Le décret n'offre pas beaucoup plus de précision que la loi quant aux « *procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels* » que les personnes morales de droit privé et de droit public d'au moins cinquante salariés ou agents doivent mettre en place **le 1<sup>er</sup> janvier 2018 au plus tard**.

#### *Désignation du référent*

S'agissant du référent que l'employeur peut désigner pour recueillir les alertes, le décret a apporté les quelques précisions suivantes :

- le référent peut être une **personne extérieure à l'entreprise**,
- il doit disposer, de par son positionnement, de la **compétence**, de l'**autorité** et des **moyens suffisants** à l'exercice de ses missions,
- il peut être une **personne physique ou morale**, que celle-ci soit dotée ou non

de la personnalité morale, qu'il s'agisse d'une entité de droit public ou privé.

Quel que soit le choix du référent, celui-ci est soumis à une obligation de confidentialité.

#### *La procédure à mettre en place*

Le décret est à peine plus précis s'agissant de la procédure à mettre en place.

Celle-ci doit prévoir les **modalités selon lesquelles l'auteur du signalement** :

- adresse son signalement au supérieur hiérarchique, direct ou indirect, à l'employeur ou au référent,

- fournit les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, de nature à étayer son signalement lorsqu'il dispose de tels éléments permettant le cas échéant un échange avec le destinataire du signalement.

La procédure doit également préciser les **dispositions prises par l'entreprise** :

- pour **informer sans délai l'auteur** du signalement de la réception dudit signalement, ainsi que du **délaï raisonnable et prévisible nécessaire à l'examen de sa recevabilité** et des modalités suivant lesquelles il est informé des suites données à son signalement,

- pour **garantir la stricte confidentialité** de l'auteur du signalement, des faits objet du signalement et des personnes visées, y compris en cas de communication à des tiers dès lors que celle-ci est nécessaire pour les seuls besoins de la vérification ou du traitement du signalement,

- pour **détruire les éléments du dossier** de signalement de nature à permettre l'identification de l'auteur du signalement et celle des personnes visées par celui-ci, **lorsqu'aucune suite n'y a été donnée** ; doit également être précisé le **délaï correspondant qui ne peut excéder deux mois** à compter de la clôture de l'ensemble des opérations de rece-

vabilité ou de vérification, étant précisé que l'auteur du signalement et les personnes visées par celui-ci sont informés de cette clôture.

Dans les **groupes de sociétés** ou autres groupements, des **procédures communes** à plusieurs sociétés ou entités peuvent être instaurées.

L'entreprise devra procéder à la diffusion de la procédure de recueil des signalements qu'elle a établie par tout moyen, dans des conditions propres à la rendre accessible aux membres de son personnel et à ses collaborateurs extérieurs ou occasionnels.

Enfin, la procédure doit mentionner l'existence d'un traitement automatisé des signalements mis en œuvre après l'obtention de l'**autorisation de la CNIL** (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés), laquelle s'est d'ores et déjà positionnée dans un avis du 22 juin 2017 vis-à-vis notamment des contraintes qu'impose le recours à une solution informatisée de recueil des alertes.

#### *Un cadre à adapter après avoir dressé une cartographie des risques*

Dans ce cadre, **plusieurs options** doivent donc être étudiées, après avoir procédé à l'**établissement d'une cartographie des risques**, s'agissant notamment :

- de la personne du référent, extérieur ou non à l'entreprise,
- de l'opportunité d'offrir au lanceur d'alerte la possibilité de rester anonyme, au moins dans un premier temps,
- de la mise en place d'une procédure commune ou non aux différentes entités au sein d'un même groupe,
- de la forme du signalement (courrier, email, numéro de téléphone dédié, outil informatique ...),
- des moyens permettant de répondre à l'obligation de confidentialité,



- de la détermination de la voie à adopter pour mettre en place la procédure de signalement (décision unilatérale de l'employeur, accord collectif, insertion dans le règlement intérieur...),

- des moyens de diffusion des règles relatives à la procédure d'alerte auprès des salariés et des collaborateurs extérieurs et occasionnels (notification, affichage ou publication, le cas échéant sur son site internet).

Ces choix nécessitent une **concertation** entre la **direction générale**, les **ressources humaines** et les **managers des départements les plus sensibles**, ainsi qu'un **éclaircissement juridique anticipant le traitement du risque contentieux**.

*L'intérêt pour les personnes morales non soumises à la loi Sapin II d'adopter une procédure de recueil des alertes*

Les personnes morales employant moins de cinquante salariés ou agents, si elles ne sont pas soumises par les textes à l'obligation de mettre en place une procédure de recueil des signalements, ne devraient pas pour autant ignorer la problématique posée par la loi Sapin II qui leur est applicable, s'agissant du lanceur d'alerte.

**Ne rien faire ne les exonèrera pas**, une fois confrontées à un lanceur d'alerte, **de respecter les obligations légales et notamment la protection qui lui est accordée**.

De plus, en l'absence de mise en place d'une quelconque modalité de recueil des alertes, elles ne pourront contrôler le traitement de l'alerte, que l'auteur aura pu, à défaut d'une procédure interne, transmettre à des tiers, tel le Défenseur des droits, dont le rôle et les pouvoirs ont été élargis par la loi n° 2016-1690 du 5 décembre 2016 qui l'autorise à orienter et protéger les lanceurs d'alerte.

**Aujourd'hui encore plus qu'hier, la vigilance est de mise**

**L'institution d'une protection légale du lanceur d'alerte porte en elle les ger-**

**mes d'une crise potentielle pour l'entreprise** qui devra la gérer en respectant les nouvelles contraintes imposées par les textes.

D'aucuns n'hésiteront pas à tenter de profiter du dispositif offert par la loi Sapin II, alors qu'ils ne sont pas animés de bonnes intentions envers leur employeur ou l'entreprise avec laquelle ils collaborent.

D'autres, plus certainement, qui auraient hésité par le passé, seront désormais plus enclins, en toute bonne foi, à lancer une alerte.

Dans tous les cas, face au risque de réputation et d'image, avec les possibilités de médiatisation inhérentes à une telle alerte, il convient dès aujourd'hui de prendre toutes les dispositions permettant de prévenir ce risque.

*Comment prévenir le risque que représente le lanceur d'alerte ?*

En amont de la crise, avant que l'alerte ne soit lancée, les mesures suivantes s'imposent :

- établissement d'une cartographie des risques (rendu par ailleurs obligatoire par la loi Sapin II pour les entreprises employant plus de 500 salariés) et identification des sujets sensibles : discrimination, harcèlement, corruption, ou tout autre comportement répréhensible dans le cadre de l'activité de l'entreprise,

- identification des collaborateurs ayant accès à des données sensibles,

- identification des collaborateurs qui n'ont pas accès à des données sensibles mais qui, s'ils venaient à avoir connaissance d'une quelconque difficulté, pourraient être amenés à vouloir se protéger d'une possible mise en cause,

- identification de la personne qui, si une crise médiatique devait éclater, serait amenée à prendre la parole devant les médias.

*Comment gérer une crise déclenchée*

*par le lanceur d'alerte ?*

Si malgré toutes les précautions prises, une crise éclate, il convient d'emblée de la traiter comme telle et d'en apprécier rapidement la gravité afin d'adapter la réponse à y apporter.

Au-delà des risques juridiques qu'une crise peut révéler, il convient de gérer immédiatement la communication interne et externe, dont les lignes devront bien entendu être définies en accord avec les avocats chargés de la défense de l'entreprise au sein de la cellule de crise constituée à cet effet.

Face à l'obligation de mettre en place des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les salariés ou les collaborateurs extérieurs et occasionnels et au risque accru que représente la création d'un statut du lanceur d'alerte, notre cabinet se mobilise, en amont de la crise, pour organiser la mise en place des dispositifs de recueil et de gestion des alertes les mieux adaptés, comme pour gérer la crise, le cas échéant avec l'appui d'experts de la communication, au mieux des intérêts de votre entreprise.

En partenariat avec des confrères américains et anglais, notre cabinet se tient également à la disposition des groupes internationaux qui sont soumis, pour la plupart, outre à la loi Sapin II, aux règles du FCPA américain, qui permet la rémunération des lanceurs d'alerte, et à celles du UKBA britannique.

*Lettre rédigée par  
Christophe Pech de Laclause,  
François Berbinou et Magali Tocco-Perin,  
Avocats à la Cour*

BFPL AVOCATS



10, square Beaujon – 75008 Paris  
Tél. : +33 (0)1 58 36 18 70  
Fax : +33 (0)1 58 36 02 10  
www.bfpl-law.com