Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

23 juillet 2007

La Lettre du Dirigeant

L'ÉVÉNEMENT

- «Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives»
- Les peines «planchers» auront-elles un impact sur la délinquance d'affaires ?
- Les pouvoirs laissés au chef d'entreprise dans le cadre de la procédure de sauvegarde : l'un des facteurs de réussite de cette nouvelle procédure
- Précisions sur le champ des mesures d'investigations pouvant être ordonnées avant tout procès par un juge
- Interview de Jacques Fourvel, Magistrat en disponibilité, directeur de la prévention du Groupe Rallye, conseiller du Président du Groupe Casino

LES ACTUALITÉS

CAS PRATIQUE

LANDWELL & ASSOCIÉS
Cabinet d'avocats correspondant de PRICEWATERHOUSECOOPERS
Supplément du numéro 942
du 23 juillet 2007

Ethique des affaires et contrôle interne dans les entreprises

Comment préserver la réputation de l'entreprise, protéger son image ? Une procédure judiciaire, une mise en examen, des articles dans la presse, des accusations pas forcément fondées, et très rapidement l'image d'une entreprise et de ses dirigeants peut être atteinte, outre les conséquences sur le cours de bourse qui peuvent en résulter. Si l'éthique dans les affaires est devenue un impératif, la conformité aux lois et règlements devient une vraie préoccupation. Au cours des cinq dernières années, les dirigeants ont beaucoup travaillé sur ces sujets pour mettre en place des procédures et des bonnes pratiques destinées à améliorer l'environnement de contrôle de leur entreprise. L'enquête réalisée en juin 2007 par PricewaterhouseCoopers et Landwell & Associés[1] sur les rapports du Président du conseil relatif aux dispositifs de contrôle interne met notamment en exergue que les risques juridiques sont une préoccupation majeure. Il existe une progression très forte des efforts d'identification des risques juridiques et judiciaires au sein des entreprises du SBF 120 qui ont fait l'objet de l'enquête. 75 % des entreprises étudiées ont formalisé une charte d'éthique ou un code de conduite. Les valeurs qui étaient essentiellement un outil de communication externe il y a 10 ans se sont transformées peu à peu en de véritables règles de comportement codifiées pour le management et les collaborateurs de l'entreprise. Les codes de conduite ont véritablement fait leur entrée dans de nombreuses entreprises françaises cotées et non cotées. Il s'agit de véritables outils de sensibilisation sur la nécessité pour le management et tous les collaborateurs de respecter les lois et règlements et les règles internes de l'entreprise. Certaines sociétés y ont intégré des dispositifs d'alerte professionnelle pour être conformes à la loi américaine «Sarbanes Oxley» ; d'autres ont suivi le mouvement pour traquer les fraudes pouvant avoir un impact sur les comptes de l'entreprise. Le caractère essentiel de la gestion des risques pour une amélioration de l'environnement de contrôle de l'entreprise a été mis en exergue dans le cadre des travaux réalisés par le COSO[2] sur le concept de l'enterprise risk management (ERM) repris sous l'appellation COSO 2[3]. Il y a été rappelé que l'intégrité du management est le prérequis indispensable pour cultiver un comportement conforme à l'éthique dans tous les aspects de l'activité d'une entreprise. Le management joue un rôle-clé dans la détermination de la culture d'entreprise. Il donne en effet le ton et montre l'exemple en matière d'éthique.

1-Cabinet d'avocats correspondant du réseau PwC.
2-Committee of Sponsoring Organizations de la Commission Treadway.
3-Rapport COSO 2 – 29 septembre 2004 – traduit en français par l'IFACI, Pricewaterhousecoopers et Landwell & associés.

Sylvie Le Damany, avocat associée et Francis Collin, avocat associé, Cabinet Landwell & Associés, cabinet d'avocats correspondant de PwC

L'ÉVÈNEMENT

«Chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français : état des lieux et perspectives»

(rapport Antonmattei et Vivien, mars 2007)

Par FRANCIS COLLIN,
avocat associé, a intégré Landwell & Associés en 1997.
Il est spécialisé en droit du travail et Sécurité sociale et intervient en tant que maître de conférences à l'université de Reims.
francis.collin@fr.landwellglobal.com
Landwell & Associés

Urgences

Depuis plusieurs années, certains groupes ou sociétés ont institué des «chartes éthiques» qui s'appliquent à l'ensemble de leurs collaborateurs et même de leurs partenaires. Dans la pratique, ces chartes empruntent des formulations diverses : «code d'éthique», «code de conduite», etc.

La mise en œuvre et l'application de ces chartes ont suscité de sérieuses interrogations juridiques, source de contentieux et de débats contradictoires, notamment sur leur portée juridique (opposabilité, procédure) et sur les systèmes d'alerte professionnelle qu'elles comportent (légalité, protection du salarié). A première vue, ces systèmes semblaient se heurter à nos conceptions juridiques françaises (voir, par exemple, les premières positions de la Cnil). A y regarder de plus près, les questions s'avéraient plus complexes et les réponses plus difficiles. La pratique ne pouvait attendre, ni une réglementation que les pouvoirs publics n'envisageaient pas pour l'instant ni une jurisprudence constante qui aurait exigé plusieurs années. Ce rapport, commandé par le gouvernement, s'imposait.

> «Ce rapport constituera une référence sérieuse pour la pratique.»

Références

Le rapport a été établi par le professeur Paul-Henri Antonmattei, doyen de la faculté de droit de Montpellier et Philippe Vivien, directeur des ressources humaines du groupe AREVA.

La conception de ce rapport, très documenté, a impliqué une méthode très rigoureuse intégrant l'examen des nombreuses chartes existantes, l'analyse et la réflexion doctrinale, des entretiens avec de multiples acteurs (juristes, déontologues, organisations syndicales et professionnelles, avocats et magistrats). Le rapport a été remis au ministre délégué à l'Emploi le 6 mars 2007.

Ce rapport lève quelques incertitudes juridiques majeures et propose des lignes directrices claires permettant de sécuriser les chartes éthiques et les systèmes d'alerte professionnelle.

Même s'il n'aboutira pas, pour l'instant, au vote d'une loi, il constituera une référence (à notre avis, incontestable) tant pour les entreprises que pour les juges, de par la qualité de son contenu et la notoriété de ses auteurs.

Evidences

Le rapport analyse les relations entre les chartes éthiques et le règlement intérieur. Dans l'ensemble, les chartes tendent à imposer ou à interdire certains comportements aux salariés.

C'est la raison pour laquelle les tribunaux les ont généralement considérées comme des adjonctions au règlement intérieur en application de l'article L. 122-39 du Code du travail.

Pourtant, la réalité est plus complexe.

Le rapport distingue les dispositions qui se contentent de formuler des comportements pouvant fonder une sanction disciplinaire et celles qui contiennent une qualification juridique et constituent une «règle générale et permanente relative à la discipline» relevant du règlement intérieur. Les conclusions de ce rapport rappellent cette évidence : ce n'est pas parce qu'une obligation imposée au salarié peut donner lieu à une sanction disciplinaire qu'elle doit figurer dans le règlement intérieur.

En outre, le contrôle de l'inspection du travail ne se justifie plus puisque le juge judiciaire a désormais les moyens juridiques de contrôler la légalité de ces chartes (notamment, par les articles L. 120-2 et L. 122-45 du Code du travail).

Ainsi, la procédure légale relative au règlement intérieur ne devrait pas s'appliquer aux chartes éthiques en tant que telles. Le rapport préconise une modification législative permettant de soumettre les chartes à un régime juridique spécifique. Enfin, le rapport écarte l'idée d'une négociation collective sur le contenu des chartes, preuve que ces chartes constituent davantage des manifestations de la réglementation patronale unilatérale dans l'entreprise (cf. Cas pratique dans ce numéro).

> «La charte d'éthique est distincte du règlement intérieur. Les systèmes d'alerte professionnelle sont licites.»

Le rapport reconnaît la licéité de principe des systèmes d'alerte professionnelle. Cette position ne surprendra pas le juriste avisé des grands principes juridiques qui doivent régir cette matière (ex. : liberté d'expression du salarié).

Bien entendu, certaines conditions devront être respectées. Le rapport définit le domaine de l'alerte professionnelle (signalement des actes contraires à des dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles applicables à l'entreprise ou à des règles d'origine éthique ou déontologique, qui nuisent gravement au fonctionnement de l'entreprise – atteintes aux droits des personnes et aux libertés individuelles qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché – atteintes à la santé physique et mentale des salariés). Le rapport recommande la protection de l'émetteur de l'alerte ayant agi de bonne foi (interdiction de mesure discriminatoire à son encontre – caractère anonyme et/ou confidentiel de l'alerte). Selon le rapport, le système d'alerte peut être mis en place par accord collectif ou, à défaut, par décision unilatérale du chef d'entreprise. ■

Les peines «planchers» auront-elles un impact sur la délinquance d'affaires ?

Par CAROLINE JOLY, Avocat, 10 ans d'expérience, intervient en matière de droit de la responsabilité pénale et civile.
Elle conseille et assiste les entreprises, les groupes et leurs dirigeants tant en matière contentieuse qu'en matière de prévention des risques.
Elle est coauteur d'un ouvrage sur le délit d'abus de biens sociaux paru chez Economica.
caroline.joly@fr.landwellglobal.com
Landwell & Associés

Le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs présenté par Madame Rachida Dati, garde des sceaux, ministre de la Justice, au Conseil des ministres a été déposé au Sénat le 13 juin 2007, puis le 27 juin 2007 après une lettre rectificative. Le texte a été discuté en séance publique le 5 juillet dernier et devrait être examiné par l'Assemblée nationale dans le mois.
Fort d'une «petite» dizaine d'articles, ce projet annonce des modifications importantes sur les peines prononcées en matière pénale : il vise à lutter contre la récidive en instaurant des peines minimales d'emprisonnement applicables aux mineurs et aux majeurs récidivistes. Il entend faire de l'emprisonnement la peine de principe pour les récidivistes ; cet objectif peut laisser craindre une forte augmentation du nombre de personnes détenues.

Instauration de peines «planchers»

Le projet de loi prévoit d'instaurer une échelle de peines minimales applicables aux auteurs récidivistes de crimes et de délits punis d'au moins trois ans d'emprisonnement. En matière délictuelle, l'article 2 du projet de loi prévoit d'insérer un article 132-19-1 dans le Code pénal ainsi rédigé :
«Pour les délits commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne peut être inférieure aux seuils suivants :
1° un an, si le délit est puni de trois ans d'emprisonnement ;
2° deux ans, si le délit est puni de cinq ans d'emprisonnement ;
3° trois ans, si le délit est puni de sept ans d'emprisonnement ;
4° quatre ans, si le délit est puni de dix ans d'emprisonnement.»

Application possible à la délinquance d'affaires

Ainsi, en matière d'abus de biens sociaux ou de présentation de comptes inexacts commis en état de récidive légale, la peine d'emprisonnement ne pourrait être inférieure, par principe, à deux ans d'emprisonnement.
En matière de prêt de main-d'œuvre ou encore de contrefaçon de brevet, par exemple, la peine plancher serait d'un an.
En revanche, certains délits sanctionnés de peines inférieures à trois ans d'emprisonnement ne peuvent donner lieu à l'application de ces peines planchers. C'est le cas par exemple du délit d'initié ou encore du harcèlement sexuel.
Pour les délits punis d'une peine supérieure ou égale à trois ans d'emprisonnement, l'application des peines planchers ne privera pas la juridiction de la possibilité d'assortir la peine d'emprisonnement d'un sursis.

Sévérité accrue dès la première récidive

Le projet de loi vise à réprimer les délinquants en état de récidive légale.
L'état de récidive légale suppose la réunion de deux éléments : une première condamnation de nature pénale définitive (insusceptible de voies de recours) et non effacée (cas de l'amnistie ou du sursis devenu non avenu, par exemple) et une infraction commise ultérieurement, indépendante de la première. En matière correctionnelle, c'est-à-dire pour la plupart des infractions d'affaires, est récidiviste, la personne qui, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet dans le délai de cinq ans, le même délit ou un délit assimilé.

Des possibilités de dérogation permettraient d'écarter l'application des peines planchers

D'application générale, le projet de loi est susceptible de concerner les dirigeants pénalement responsables des infractions commises au sein de leur entreprise, ou encore les titulaires de délégations de pouvoirs. En effet, ces derniers peuvent voir leur responsabilité engagée sur le terrain pénal pour des infractions sans caractère intentionnel marqué.
Toutefois, les juridictions auront la possibilité d'écarter l'application des peines planchers ; on peut gager qu'elles en useront face à de tels prévenus. En effet, l'article 2 du projet de loi prévoit que la juridiction peut prononcer, lors de la première récidive, par une décision spécialement motivée, une peine inférieure aux seuils des peines planchers ou une peine autre que l'emprisonnement en considération :
– des circonstances de l'infraction ;
– de la personnalité de son auteur ;
– ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci.
Aucune étude d'impact..
Ce projet intervient dix-huit mois après la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales et trois mois après la promulgation de la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance qui est en attente de ses décrets d'application.
A l'instar du Conseil national des barreaux, représentant la profession d'avocat, il est possible de craindre que «cette succession de textes dans un délai très bref, en l'absence d'étude d'impact et d'évaluation, [soit] faite au détriment, d'une part, d'une véritable réflexion de fond sur les moyens appropriés pour prévenir la récidive, [...] et, d'autre part, de la cohérence des dispositifs répressifs en cette matière». ■

Les pouvoirs laissés au chef d'entreprise dans le cadre de la procédure de sauvegarde : l'un des facteurs de réussite de cette nouvelle procédure

Par LIONEL YEMAL, Avocat.
lionel.yemal@fr.landwellglobal.com
Landwell & Associés

et ELSA CARREIRA, Avocat,
5 ans d'expérience dans les domaines du contentieux commercial, du droit pénal, de la responsabilité des dirigeants.
Elle est chargée d'enseignement à l'Université de Paris XI.
elsa.carreira@fr.landwellglobal.com
Landwell & Associés

1/ Le rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises remis à l'Assemblée nationale le 31 janvier 2007 a dressé un premier bilan de l'application de la réforme des procédures collectives. A cette occasion, les rédacteurs du rapport ont tenu, d'une part, à souligner le «succès incontestable» de la procédure de conciliation et du mandat ad hoc et, d'autre part, à indiquer que la nouvelle procédure de sauvegarde s'imposait peu à peu aux côtés des procédures traditionnelles de redressement et de liquidation judiciaires, notamment du fait de la médiatisation des affaires Libération et Eurotunnel. Rappelons qu'une procédure de sauvegarde peut être ouverte sur demande d'un débiteur qui se sent exposé au risque de cessation des paiements pour faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.
Le rapport d'information indique qu'au 10 janvier 2006, 500 procédures de sauvegarde ont été ouvertes.Ce rapport précise que si les entreprises relevant de la procédure de sauvegarde sont essentiellement des petites structures, le tiers réalise plus d'un million d'euros de chiffre d'affaires (alors que c'est seulement le cas pour 6 % des entreprises en redressement ou en liquidation judiciaires) et 70 % sont créées depuis plus de 10 ans. Le rapporteur, Monsieur Xavier de Roux, en conclut que «la sauvegarde ne s'est pas substituée à des procédures existantes mais qu'elle a plutôt répondu à un réel besoin». Un des facteurs de succès de cette procédure de sauvegarde réside très certainement dans la volonté du législateur de réserver un sort favorable au dirigeant de l'entreprise en difficulté et ce, pour l'inciter à rechercher au plus tôt la protection du tribunal. Elle a vocation à devenir un outil d'anticipation pour les chefs d'entreprise, dans le cadre d'une démarche volontaire et spontanée. Parmi ces mesures favorables au dirigeant, on peut relever celles de son non-dessaisissement, autrement dit, son maintien aux fonctions de gestion et de direction de l'entreprise. Toutefois, l'affirmation de ce principe ne doit pas masquer les diverses dispositions prévues par le Code de commerce ayant pour conséquence de restreindre la liberté de mouvement du débiteur.

> **“ Un des facteur de succès de cette procédure de sauvegarde réside très certainement dans la volonté du législateur de réserver un sort favorable au dirigeant de l'entreprise en difficulté et ce, pour l'inciter à rechercher au plus tôt la protection du Tribunal. ”**

2/ Pendant la période d'observation ouverte par le jugement qui place le débiteur sous sauvegarde de justice, l'activité doit en principe se poursuivre normalement et cette dernière reste globalement sous la direction du chef d'entreprise (article L. 622-1, I). Bien plus, la désignation d'un administrateur n'est pas automatique. Cette souplesse trouve toute son expression dans les PME, dans la mesure où l'article L. 621-4 du Code de commerce autorise le tribunal à ne pas désigner d'administrateur judiciaire lorsque l'entreprise concernée présente un

chiffre d'affaires inférieur à 3 000 000 euros et compte moins de vingt salariés. Dans ces hypothèses, nombreuses en pratique, le chef d'entreprise sera donc seul pour assurer la direction.Si un ou plusieurs administrateurs ont été nommés, ils ont une mission de surveillance du débiteur dans sa gestion ou, tout au plus, d'assistance pour tous les actes de gestion ou pour seulement certains d'entre eux (article L. 622-1, II). Le débiteur continue ainsi à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur (article L. 622-3).

> « La procédure de sauvegarde peut être considérée comme une sorte de tutelle, voulue et acceptée par le chef d'entreprise et qui pourrait en pratique amener les tiers à exiger la signature de l'administrateur dans les cas douteux. »

En outre et du point de vue financier, contrairement aux dispositions applicables en matière de redressement judiciaire, le juge-commissaire n'a pas le pouvoir de fixer la rémunération du débiteur et les actions et parts sociales de la société qu'il détient restent librement cessibles. Enfin, en contrepartie du caractère volontaire de la procédure de sauvegarde, le débiteur peut librement y mettre un terme, à la condition que l'entreprise ne soit pas en situation de cessation des paiements car, dans cette hypothèse, le tribunal peut même d'office prononcer une conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire (articles L. 622-12 et L. 622-10).

3/ Les restrictions notables aux pouvoirs du chef d'entreprise pendant la période d'observation se manifestent, naturellement par une immixtion des organes de la procédure dans la gestion de l'entreprise.
Le jugement ouvrant la période d'observation a pour conséquence d'interdire au débiteur de payer toute créance née antérieurement à celui-ci, de conclure et de réaliser un pacte commissoire, de payer toute créance née après le jugement d'ouverture qui ne bénéficie pas d'un privilège de paiement (article L. 622-7). De plus, certains actes sont soumis à l'autorisation préalable du juge-commissaire : il s'agit des actes de disposition étrangers à la gestion courante de l'entreprise, ceux visant à consentir une hypothèque ou un nantissement ou à signer un compromis ou une transaction (article L. 622-7). En ce qui concerne les contrats en cours, l'administrateur lorsqu'il en existe un, peut seul exiger l'exécution de ces contrats et non le débiteur ou le juge-commissaire. L'administrateur peut enjoindre au débiteur de prendre des mesures conservatoires, définies comme tous les actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci (article L. 622-4). Les documents et livres comptables en la possession de tiers doivent être remis à l'administrateur sur demande (article L. 622-5).Des mesures d'investigation peuvent être menées auprès d'organismes tels que les administrations publiques ou les établissements de crédit par l'administrateur afin qu'il ait une exacte information sur la situation patrimoniale du débiteur (article L. 622-6). Enfin, au moment de l'adoption du plan de sauvegarde, la liberté du chef d'entreprise devient très encadrée : le tribunal peut, à la demande du ministère public subordonner l'adoption du plan à l'éviction d'un ou plusieurs dirigeants, immobiliser leurs parts sociales, les priver de leurs droits de vote ou les forcer à vendre leurs titres sociaux (article L. 626-4). Ainsi, la procédure de sauvegarde peut être considérée comme une sorte de tutelle, voulue et acceptée par le chef d'entreprise et qui pourrait en pratique amener les tiers à exiger la signature de l'administrateur dans les cas douteux. ■

Précisions sur le champ des mesures d'investigations pouvant être ordonnées avant tout procès par un juge

(Cour de cassation, chambre sociale, 23 mars 2007)

Par ELSA CARREIRA, Avocat, Landwell & Associés, Cabinet d'avocats correspondant de PwC et CELINE LEPARMENTIER, élève avocat.

En application de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile (NCPC), «s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé». En pratique, un futur plaideur peut se fonder sur ce texte pour solliciter du juge une mesure d'instruction in futurum, visant à rechercher des preuves qui lui font défaut ou à conserver celles qui risquent de dépérir (par le biais de constats d'huissier, expertises, demandes de communication de pièces...). En l'espèce, un employeur avait obtenu sur requête une ordonnance du président d'un tribunal de grande instance autorisant un huissier de justice à accéder aux données contenues dans l'ordinateur qu'il avait mis à la disposition de l'un de ses salariés et à prendre connaissance, pour en enregistrer la teneur, des messages électroniques échangés par ce salarié avec des personnes extérieures à l'entreprise et avec lesquelles il le soupçonnait d'entretenir des relations constitutives de manœuvres déloyales tendant à la constitution d'une société concurrente. La cour d'appel de Douai avait annulé cette ordonnance au motif que la mesure d'instruction ainsi ordonnée avait pour effet de donner à l'employeur connaissance des messages personnels du salarié et qu'elle portait ainsi atteinte à sa vie privée. La cour d'appel se situait dans le courant de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation selon laquelle le salarié a droit au respect, même au temps et au lieu de travail, de l'intimité de sa vie privée, laquelle implique le secret des correspondances. Selon cette jurisprudence, l'employeur ne peut prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail (arrêt Nikkon du 2 octobre 2001, Bull. civ. V, n° 291). La chambre sociale de la Cour de cassation censure pourtant ici la décision des juges du fond dans un attendu de principe : «le respect de la vie personnelle du salarié ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du nouveau Code de procédure civile dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime et sont nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées» (Soc., 23 mai 2007, pourvoi n° 05-17818). La chambre sociale relève également que «l'huissier avait rempli sa mission en présence du salarié». La haute juridiction semble ainsi soumettre l'exécution de la mesure à la condition du respect du principe du contradictoire, lequel devrait s'appliquer lors de l'exécution d'une mesure d'instruction in futurum, quand bien même cette mesure aurait été ordonnée sur requête, c'est-à-dire de manière non contradictoire. Par ce nouvel arrêt, le champ d'application et l'utilité des mesures d'instruction in futurum se trouvent une nouvelle fois renforcés : ni le secret des affaires (Civ. 2e, 7 janvier 1999, Bull. civ. II, n° 4), ni la protection de la vie privée ne sont en soi des obstacles au recours à l'article 145 du NCPC dès lors que la demande est fondée sur un motif légitime. ■

> « Par ce nouvel arrêt, le champ d'application et l'utilité des mesures d'instruction in futurum se trouvent une nouvelle fois renforcés : ni le secret des affaires, ni la protection au recours à l'article 145 du NCPC dès lors que la demande est fondée sur un motif légitime. »

Interview de Jacques Fourvel, Magistrat en disponibilité, directeur de la prévention du Groupe Rallye, conseiller du Président du Groupe Casino

Par SYLVIE LE DAMANY, Avocat, Associée de Landwell & Associés, cabinet d'avocats correspondant de PwC

Que pensez-vous du travail réalisé en France par les entreprises depuis 2001 en matière de transparence et d'éthique ?

Exiger plus de transparence de la part des entreprises est tout à fait fondé. L'opacité génère de la méfiance. Cela étant, l'approche américaine au travers de la loi Sarbanes Oxley n'est pas adaptable en totalité en France. L'affaire ENRON a généré une inquiétude tout à fait justifiée mais il ne faut pas non plus exagérer le mouvement du balancier.

Les parties prenantes des entreprises, les consommateurs demandent de la transparence. C'est normal. Néanmoins, il ne faut pas les mettre en situation d'opposition.

Chacun a un rôle social important à jouer. L'entreprise est d'abord un lieu où l'on crée des emplois et en cela elle est par essence respectable. S'agissant des entreprises du secteur de la grande distribution que je connais bien, celles-ci ont vu leur métier se transformer considérablement et continuent encore d'évoluer. On leur demande de jouer un rôle majeur notamment en ce qu'elles doivent permettre aux consommateurs de pourvoir à leurs besoins de première nécessité même en cas de pandémie. Elles sont devenues incontournables.

Notre groupe a joué le jeu de la transparence. Ce fut un chantier très lourd qui nous a amené à travailler sur nos grandes valeurs. C'est une évolution intéressante qui va dans le bon sens mais c'est avant tout une question individuelle.

Un grand nombre d'entreprises ont mis en place des codes de conduite et pour certaines y ont intégré un dispositif d'alerte professionnelle (whistleblowing) en tant qu'outil de détection ou de prévention des fraudes. Comment percevez-vous ces pratiques en tant que magistrat et déontologue d'entreprise ?

Il ne faut pas considérer que l'entreprise est un lieu privilégié pour commettre des fraudes. C'est l'affaire de comportements individuels. L'exemplarité doit venir tout naturellement du haut de la hiérarchie. Les sociétés, cotées a fortiori, ne peuvent pas se permettre d'être des navires naviguant en eaux troubles.

S'agissant de la procédure d'alerte, celle-ci, à condition qu'elle ne soit pas anonyme car il faut se garder d'en faire un instrument de délation, peut être en effet un outil intéressant pour déjouer certaines pratiques frauduleuses au sein de l'entreprise.

Il est également essentiel de distinguer la délinquance financière de la délinquance économique. Un grand nombre d'infractions sont commises sans intention particulière mais davantage par méconnaissance.

L'entreprise a donc un rôle majeur à jouer pour sensibiliser, informer, former les collaborateurs y compris le management sur la nécessité d'être conforme aux lois et règlements.

Il est important de travailler en respectant la loi. C'est un minimum. En cela, les codes de conduite sont les bienvenus en tant qu'outil de sensibilisation.

Il faut rendre la loi moins mystérieuse. Au sein de l'entreprise, on constate un besoin pour les opérationnels de mieux comprendre la réglementation applicable. Pour que la loi soit bien vécue, il faut qu'elle soit acceptée donc connue. C'est là que le déontologue ou le «Compliance officer» trouve sa légitimité.

La loi doit sortir de son cénacle pour dire les choses clairement.

La transparence sera plus facile à pratiquer si la loi elle-même est transparente, c'est à dire compréhensible, et si les institutions judiciaires sont moins mystérieuses.

Nous avons réalisé une enquête qui met en exergue que 75 % des entreprises étudiées ont formalisé une charte d'éthique ou un code de conduite et que 80 % des dirigeants jugent désormais les risques juridiques comme majeurs. Comment percevez-vous ces constats ?

Il est évident que le risque de non conformité aux lois et règlements est devenu majeur. Parmi les risques de l'entreprise, il est certain que le risque pénal tient une place particulière. Le risque d'image est considérable et peut être très facilement mis à mal par une affaire dite pénale quand bien même celle-ci se termine bien c'est à dire par un classement, un non lieu ou une relaxe mais souvent après un temps d'instruction et de jugement considérable.

Je pense qu'il serait opportun qu'un certain nombre d'infractions soient reconsidérées pour envisager leur dépénalisation et s'interroger sur les sanctions financières prononcées par certaines autorités administratives qui bien que non pénales n'en sont pas moins redoutables quand elles atteignent dans certains cas des montants astronomiques et souvent pour des faits très anciens.

Le risque pénal est un risque fort qu'il convient de mieux maîtriser notamment en mettant en place des chartes ou formations sur certains sujets «sensibles». ■

Rémunération variable et condition de présence

Par Blandine Lundy-Weerdmeester, Avocat
blandine.lundy@fr.landwellglobal.com
Spécialisée en droit du travail et Sécurité Sociale.

Quelle doit être la portée d'une stipulation contractuelle subordonnant le paiement d'une rémunération variable à une condition de présence à la date du versement ? En l'espèce, le contrat de travail du salarié – un commis de bourse – prévoit le versement d'une rémunération variable en fonction des résultats trimestriels. Il est contractuellement prévu que cette rémunération variable soit versée en deux temps : premier versement à hauteur de 60 % de la somme due à la fin de chaque mois suivant l'expiration du trimestre et second versement à hauteur de 40 % au mois de janvier suivant la fin de l'année civile. Il est également expressément prévu que cette rémunération variable est subordonnée à une condition de présence du salarié au moment de son versement. En application de cette clause, le salarié, licencié pour faute grave un 25 octobre, ne reçoit pas le paiement de la part variable correspondant au troisième trimestre ainsi qu'au solde de 40 % des trois premiers trimestres, faute d'être présent à la date de versement.

Le salarié intente alors une action contentieuse à l'encontre de son ancien employeur et en dépit de la stipulation contractuelle prévoyant expressément une condition de présence à la date de versement, obtient gain de cause devant la cour d'appel de Paris. Un pourvoi en cassation est alors formé à l'encontre de cet arrêt.Ce pourvoi vient d'être rejeté au motif que si l'ouverture du droit à un élément de la rémunération afférent à une période travaillée peut être soumis à une condition de présence à la date de son échéance, le droit à rémunération, qui est acquis lorsque cette période a été intégralement travaillée, ne peut pas être soumis à une condition de présence à la date, postérieure, de son versement (Cour de cassation, chambre sociale, 3 avril 2007, Cheminaud c/Sté CPR BK). Au cas d'espèce, le salarié ayant intégralement travaillé les trois premiers trimestres de l'année, les primes afférentes à ces trois premiers trimestres lui étaient donc acquises, peu importe qu'il soit présent ou non à la date de versement, date postérieure à la date d'acquisition. Ainsi, s'il n'est pas interdit de prévoir une date de versement postérieure à la date d'acquisition d'une rémunération variable, il n'est pas permis en revanche de s'en prévaloir pour s'opposer au paiement de cette rémunération au salarié qui, entre-temps, a quitté l'entreprise. Le défaut de présence du salarié ne peut donc pas entraîner la perte d'un droit déjà ouvert. Il pourrait être tentant de réduire les conséquences de cet arrêt en soutenant que si une condition de présence à la date de versement ne peut être imposée au salarié qui a intégralement travaillé la période de référence, en revanche, un versement prorata temporis au titre d'une période incomplète ne peut être dû que s'il est expressément prévu par le contrat de travail, une disposition conventionnelle ou s'il résulte d'un usage.

Manifestement, l'arrêt du 3 avril 2007 n'a pas eu à répondre sur ce point. En effet, nulle trace d'une demande du salarié en paiement du bonus du 4e trimestre prorata temporis. Pour autant, si la Cour de cassation avait eu à se prononcer à ce sujet, le salarié aurait eu vraisemblablement gain de cause. En effet, dans un arrêt du 21 septembre 2005 (Bogliolo c/Chouviat), la Cour de cassation a considéré que la prime d'intéressement en cause, qui constituait la partie variable de la rémunération versée au salarié en contrepartie de son activité, s'acquérait au fur et à mesure des ventes des produits de l'exploitation agricole. Il s'agissait précisément d'une prime d'intéressement prévue par la convention collective des cadres des exploitations agricoles du Gard ayant pour assiette le montant de toutes les ventes des produits de l'exploitation et dont le montant total et annuel ne pouvait être inférieur à 6 mois de salaire pour les chefs de culture. Quand bien même cette convention collective ne prévoyait pas de versement prorata temporis, et qu'il n'existait aucun usage en ce sens dans l'entreprise, la Cour de cassation a considéré qu'un paiement prorata temporis était bien dû au salarié ayant quitté l'entreprise avant la date de versement de ladite prime. Si cet arrêt concernait un salarié appartenant à un secteur d'activité tout à fait

> **« Ainsi, s'il n'est pas interdit de prévoir une date de versement postérieure à la date d'acquisition d'une rémunération variable, il n'est pas permis en revanche de s'en prévaloir pour s'opposer au paiement de cette rémunération au salarié qui, entre-temps, a quitté l'entreprise. »**

spécifique, cette jurisprudence a été récemment confirmée par la Cour de cassation dans une affaire concernant cette fois-ci le secteur tertiaire. En conclusion, il est fréquent, notamment dans les secteurs d'activités de la bourse, des banques d'affaires et du conseil, de subordonner le paiement d'une rémunération variable au titre d'un exercice à une condition de présence lors des versements effectués au cours des exercices suivants. Au regard de l'arrêt du 3 avril 2007, d'anciens salariés qui ne se seraient pas vus payer leur rémunération variable pour la seule raison que la condition de présence à la date de versement n'était pas remplie, quel que soit le motif de leur départ (démission ou licenciement) pourraient être tentés d'agir contre leur ancien employeur. Rappelons à cet égard que la prescription en matière de salaire est de cinq ans. Cet arrêt devrait conduire certaines entreprises à revoir, le cas échéant, leur politique de rémunération variable et la finalité qui y est attachée (récompenser les services rendus au titre d'un exercice, s'assurer de la fidélité du salarié, etc.). ■

Code de conduite et sanctions

Une société a mis en place un code de conduite applicable à tous les collaborateurs, salariés, mandataires, partenaires. Ce code contient des dispositions de nature diverse. La direction de l'entreprise souhaite savoir si les manquements du salarié à ces dispositions peuvent donner lieu à des sanctions disciplinaires.

Par FRANCIS COLLIN, Avocat, Associé de Landwell & Associés, cabinet d'avocats correspondant de PwC

Prologue : une sanction est subordonnée à l'existence d'une faute. L'agissement fautif du salarié peut résulter de la violation d'une disposition normative, d'une obligation contractuelle ou d'un ordre patronal.

1. Le code de conduite peut-il créer des obligations qui s'imposent au salarié ?

Quelle est la place du code de conduite dans la réglementation patronale ?

Parmi les multiples sources de droit du travail applicable à l'entreprise, il faut distinguer les sources externes (règles internationales, lois, règlements, conventions collectives de branche...) et les sources internes (accords collectifs d'entreprise, usages, règlements...).

En ce qui concerne les règlements d'entreprise, le règlement intérieur occupe une place essentielle mais qui n'est plus exclusive. D'autres ensembles normatifs ont émergé et une réglementation patronale est aujourd'hui reconnue en dehors du règlement intérieur. Cette réglementation patronale, hors le règlement intérieur, est fondée sur un pouvoir normatif du chef d'entreprise reconnu par la jurisprudence judiciaire et administrative. Ce pouvoir normatif est l'une des manifestations du pouvoir de direction du chef d'entreprise «responsable de l'organisation, de la gestion et de la marche générale de l'entreprise».

C'est dans ce «périmètre juridique» de la réglementation patronale que se sont développés les codes de conduite.

Le code de conduite a-t-il une valeur juridique et un effet normatif ?

Les codes de conduite ont un contenu varié, souvent hétérogène. Ils contiennent à la fois des valeurs, des normes de comportement, des procédures internes, des consignes générales, et, de plus en plus, des engagements pour l'employeur ou des obligations pour le salarié. Ils mêlent rappel de dispositions légales et conventionnelles, dispositions du règlement intérieur, obligations contractuelles, et comportent, c'est tout son intérêt, des dispositions originales. Lorsque le code de conduite rappelle des obligations déjà prévues par la loi, les conventions collectives ou le règlement intérieur, ce n'est qu'à titre informatif et le code n'a, de ce point de vue, aucune valeur juridique. Il faut seulement s'assurer de la cohérence entre le contenu du code et des autres sources.Lorsque le code de conduite comporte des dispositions nouvelles qui peuvent constituer de véritables règles de droit, il acquiert une valeur juridique et un effet normatif. Mais toutes les dispositions du code n'ont pas cette nature.

Lorsque la disposition du code ne crée pas d'engagement pour l'employeur ou d'obligation pour le salarié, il s'agit de simples règles de normalisation (et non des règles de droit) qui participent de la pratique du pouvoir de direction du chef d'entreprise. Dans ce cas, la violation du code ne peut faire l'objet en soi d'une sanction. Lorsque la norme du code crée un engagement de l'employeur ou une obligation du salarié, l'inobservation du code constitue un manquement susceptible de sanction (cf. infra 2).

La distinction entre «règle de droit» et «règle de normalisation» (ou norme de comportement ou de gestion) est importante. Par exemple, la disposition du code précisant qu'«il est interdit de donner ou recevoir des cadeaux sans l'accord de la direction» est une règle de droit. A l'inverse, lorsque le code de conduite «invite les collaborateurs à veiller à ne pas donner ou recevoir des cadeaux d'une valeur excessive», il s'agit d'une simple règle de normalisation. Ainsi, le code de conduite peut comporter des règles juridiques et constituer ainsi un instrument du pouvoir de réglementation patronal.

Comment distinguer code de conduite et règlement intérieur ?

Cette distinction est essentielle parce que l'établissement du règlement intérieur est soumis à des règles légales strictes (L. 122-34 et s. du Code du travail) qui ne s'appliquent pas aux autres formes de réglementation patronale.

Le projet de règlement intérieur doit être soumis à l'avis des représentants des personnels (CE et CHSCT) et au contrôle de légalité de l'inspection du travail. La consultation des représentants du personnel est une formalité substantielle en l'absence de laquelle le règlement intérieur est sans effet.

A l'inverse, le code de conduite n'est soumis pour avis aux représentants du personnel que s'il comporte notamment des procédures de contrôle de l'activité des salariés (ex : procédure d'alerte) et le cas échéant, aux formalités Cnil. Toutefois, si le code de conduite comporte des dispositions «disciplinaires» qui ne figurent pas déjà dans le règlement intérieur, il sera soumis, seulement pour ces dispositions, à la procédure d'élaboration (ou d'adjonction) du règlement intérieur. Par ailleurs, même quand la consultation des représentants du personnel n'est pas obligatoire, elle est vivement recommandée.

> « Le code de conduite peut imposer des obligations au salarié dont le non-respect peut donner lieu à des sanctions disciplinaires. »

Le contenu du règlement intérieur doit être strictement limité aux mesures d'hygiène et sécurité et aux dispositions générales et permanentes relatives à la discipline (L. 122-34 du Code du travail). La notion de «discipline» est entendue restrictivement. Elle englobe les mesures nécessaires pour assurer le fonctionnement de l'entreprise et la coexistence de ses membres sur les lieux de travail. En outre, la règle disciplinaire s'exprime sous la forme d'une obligation ou d'une interdiction de faire. Ainsi, «l'interdiction d'utiliser ou d'emporter le matériel de l'entreprise sans l'accord de la direction» est une règle disciplinaire, ou encore «l'obligation de prévenir en cas d'absence»...

La distinction entre ce qui est «disciplinaire» et ce qui ne l'est pas est parfois délicate. Par exemple, la disposition générale relative à l'obligation de confidentialité, souvent mentionnée dans le contrat de travail, a une nature «disciplinaire» et doit figurer dans le règlement intérieur (en ce sens CE 26 septembre 1990). Au contraire, les dispositions relatives aux cadeaux d'affaires ne sont pas de nature «disciplinaire» et n'ont pas à figurer dans le règlement intérieur (CE 11 juin 1999). Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat affirme à la fois que la règle «déontologique» n'avait pas à être incorporée au règlement intérieur et qu'elle s'imposait cependant au salarié. Toutefois, en pratique, de nombreuses obligations générales imposées au salarié ont une nature disciplinaire. A la différence du règlement intérieur, le contenu du code d'éthique est libre. Rien ne s'oppose donc à ce qu'il rappelle des dispositions déjà prévues par la loi ou la convention collective, voire dans le règlement intérieur ou le contrat de travail. Il peut comporter des dispositions originales. En tout état de cause, le contenu du code de conduite ne peut porter atteinte à des dispositions impératives et d'ordre public. Le code ne peut apporter une atteinte injustifiée aux droits de la personne ou aux libertés individuelles et collectives (L.120-2 du code du travail) (cf. par exemple TGI Nanterre, Ref, du 6 octobre 2004 concernant le «code de conduite» Novartis Pharma).

C'est le juge qui, en cas de litige, sera compétent pour contrôler la licéité du code de

conduite et si l'inobservation du code par le salarié/ou l'employeur constitue une faute.
En somme, il est vivement recommandé d'effectuer un inventaire et une analyse des règles figurant dans un code de conduite (règle de droit ou règle de normalisation, et si règle de droit : règle de nature disciplinaire ou non). Cette démarche est indispensable pour savoir si le manquement du salarié au code de conduite peut être sanctionné.

2. L'inobservation du code de conduite par le salarié peut-elle faire l'objet d'une sanction disciplinaire ?

Quels manquements peuvent être sanctionnés par l'employeur ?
Toute faute du salarié peut faire l'objet d'une sanction. Tout manquement du salarié à l'une de ses obligations constitue une faute susceptible de sanction. La faute peut résulter de la violation d'une règle disciplinaire prévue par le règlement intérieur. Mais l'agissement fautif peut aussi résulter de la violation d'une disposition légale (ex. harcèlement sexuel ou moral) ou d'une disposition de la convention collective ou d'une stipulation du contrat de travail (ex. obligation de mobilité – obligation de non-concurrence...). La faute peut encore être caractérisée par la violation des ordres ou instructions du chef d'entreprise dans l'exécution du travail. La faute peut donc exister même en l'absence de texte. Par conséquent, la faute susceptible de sanction peut résulter de la violation d'une disposition normative autre que le règlement intérieur.
Le non-respect d'une règle de droit fixée par le code est-il une faute ?
Cette question ne se pose pas lorsqu'il s'agit d'une obligation rappelée par le code mais prévue par un autre texte (loi, convention collective, règlement intérieur, contrat de travail), puisque dans ce cas, c'est la violation de ce texte qui sera sanctionnée. Cette question se pose, en revanche lorsque le code crée une règle de droit générant une obligation non prévue par un autre texte. Il faut donc qu'il s'agisse d'une règle de droit et non d'une simple «règle de normalisation» qui ne peut, en soi, être sanctionnée (cf. supra). Dans ce dernier cas, le comportement pourrait, le cas échéant, constituer le motif de la sanction mais pas, en soi, le manquement au code de conduite. Par exemple, le manquement à la disposition du code selon laquelle «les collaborateurs sont invités à éviter, autant que possible, les situations de conflits d'intérêts» ne peut être en soi sanctionnée. En revanche, le comportement du salarié sera sanctionné s'il caractérise un manquement au devoir de loyauté inhérent au contrat de travail. Un manquement aux règles de droit fixées par le code de conduite peut ainsi faire l'objet de sanction, au même titre que les fautes résultant de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat de travail. Mais à deux conditions essentielles : que le salarié ait bien eu connaissance du contenu du code et, s'il s'agit d'une obligation disciplinaire, qu'elle ait été fixée aussi dans le règlement intérieur.
Quelles sanctions peuvent être prises par l'employeur ?
La détermination de la faute et de la sanction relève du pouvoir patronal.
La sanction doit être proportionnée à la faute commise. Le juge contrôle la proportionnalité de la sanction à la faute. L'employeur ne peut prendre qu'une sanction prévue par le règlement intérieur. ■

Si vous souhaitez contacter les auteurs de cette lettre, vous pouvez vous adresser à la rédaction qui transmettra aux personnes concernées.
Vous pouvez également vous adresser à :

LANDWELL & ASSOCIÉS
Cabinet d'avocats correspondant de PRICEWATERHOUSECOOPERS
61, rue de Villiers
92208 Neuilly-sur-Seine Cedex
Tél. 01 56 57 56 57
Fax 01 56 57 56 58

Me Sylvie Le Damany - Tél. 01 56 57 82 70
E-mail : sylvie.le.damany@fr.landwellglobal.com
Me Caroline Joly - Tél. 01 56 57 45 32
E-mail : caroline.joly@fr.landwellglobal.com

Option Finance
Le premier hebdomadaire des décideurs financiers

Supplément du numéro 942 du 23 juillet 2007
Option Finance - 91 bis, rue du Cherche-Midi 75006 Paris - Tél. 01 53 63 55 55
SAS au capital de 2 043 312 € RCB Paris 343256327
Directeur de la publication : François Fahys
Service abonnements : B 310 - 60732 Ste-Geneviève Cedex. Tél. 03 44 07 44 52
Impression : Megatop - Naintre - N° commission paritaire : 1108 T 83896