

DROIT SOCIAL

XXXX

Programme de compliance et droit social

Entretien avec Claire Olive-Lorthioir et Emmanuelle Rivez-Domont

Le 26 septembre dernier le Cabinet Jones Day et la Commission Gouvernance et Éthique du Cercle Montesquieu organisaient une « conférence-débat » sur le thème « *Programme de Compliance et Droit social : Principes de réflexion* ».

Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires : Les programmes de *Compliance* ne sont pas « prévus » par le Code du travail et leurs règles ne font pas toujours l'objet d'une réglementation spécifique, que recommandez-vous ?

Claire Olive-Lorthioir : La Commission Gouvernance et Éthique du Cercle Montesquieu recommande d'établir des « chartes informatiques » ou d'autres éléments du programme de *Compliance* comme des éléments du contrat de travail et notamment d'intégrer le programme de *Compliance* au règlement intérieur.

RICEA : Cela est-il suffisant pour que le programme de *Compliance* soit opposable au salarié ?

Maître Emmanuelle Rivez-Domont : En droit français, il est difficile d'appliquer une sanction à ce qui n'est pas *stricto sensu* une infraction à la loi, au règlement intérieur de l'entreprise, ou encore au contrat de travail. Or, s'il est parfois difficile et contraignant d'intégrer le programme de *Compliance* à des contrats de travail en cours, une adjonction au règlement intérieur est tout à fait recommandée.

En tout état de cause, il est indispensable pour les entreprises de s'assurer par avance de l'opposabilité de ces règles aux salariés, afin de pouvoir ultérieurement s'en prévaloir, notamment en cas de sanction éventuelle du non-respect d'un programme de *Compliance*.

À cet effet, il est recommandé de remettre le document au moment de l'embauche. Il faudra surtout s'assurer de la compréhension effective des règles par les salariés notamment en cas de mises à jour, et mettre en place des actions de sensibilisation et de formation.



Claire Olive-Lorthioir, responsable de la Commission Gouvernance et Éthique du Cercle Montesquieu, administrateur du Cercle Montesquieu, associate general counsel France Oracle

RICEA : Qu'en est-il de l'évaluation annuelle des salariés ?

C. O.-L. : L'évaluation annuelle du salarié mesure son aptitude professionnelle. Ainsi, cette évaluation doit tenir compte de critères objectifs relevant de la sphère professionnelle. Si l'entretien annuel révèle des violations du code de conduite telles que des faits de corruption par exemple, il faut appliquer rapidement les sanctions correspondantes. En revanche, l'évaluation annuelle doit exclure les notations subjectives portant sur les « valeurs de l'entreprise » dans la mesure où celles-ci seraient trop éloignées de la sphère professionnelle, *a fortiori* lorsque ces notations sont susceptibles d'être prises en compte pour le calcul de la rémunération.

RICEA : Dès lors, comment peut-on sanctionner la non-atteinte des objectifs du salarié tout en respectant l'interdiction des amendes et sanctions pécuniaires ?

M^e E. R.-D. : Il faut veiller à ne pas sanctionner un salarié coupable de faits fautifs directement en diminuant sa rémunération (y compris variable). En effet, les sanctions pécuniaires sont formellement interdites en droit français. C'est pourquoi il est important que les systèmes d'évaluation des salariés soient objectifs, et comportent des critères mesurables et quantifiables. Tout critère d'évaluation un tant soit peu subjectif pourrait faire glisser une baisse de rémunération ou une perte de bonus d'un salarié, sur le terrain d'une sanction disciplinaire prohibée.

RICEA : Le strict respect du programme de *Compliance* par un salarié doit-il être mis en avant ?

C. O.-L. : L'Éthique permet de réunir les salariés de l'entreprise autour des mêmes valeurs et des mêmes règles transcrites dans le programme de *Compliance* de l'entreprise. Ce programme décrit le comportement adéquat des salariés. Ainsi, le strict respect des règles de *Compliance* est une obligation essentielle qui ne se traduit pas par une rémunération spécifique.

RICEA : Peut-on encourager la « promotion » de la *Compliance* par des *incentives* ?

M^e E. R.-D. : La *Compliance* peut bien évidemment constituer un bon *incentive* notamment pour les salariés à risques (managers, périmètre international, commerciaux, etc.). Il est indispensable de mettre en place des critères objectifs, identifiables pour les salariés, mesurables et quantifiables. C'est également une façon de responsabiliser chaque manager et d'inscrire sa démarche professionnelle dans une démarche éthique et protectrice des intérêts de la société, donc de ses propres intérêts.

RICEA : Quelles preuves l'employeur peut-il valablement utiliser pour justifier une sanction disciplinaire voire un licenciement ?

C. O.-L. : L'entreprise est responsable des dommages causés par ses salariés. Elle doit à la fois les contrôler et garantir le respect de leur vie privée. L'usage dans la sphère personnelle des outils professionnels a donné lieu à des développements jurisprudentiels. Notamment, un fichier intitulé « mes documents » sur l'outil professionnel, n'est

Tous les procédés d'obtention de la preuve ne sont pas admissibles

pas considéré comme privé et l'employeur peut y accéder en l'absence de l'intéressé. La pratique inverse d'usage dans la sphère professionnelle des outils personnels (« *Bring your own Device* », *BYOD* ou son équivalent français « *Apportez votre équipement personnel de communication* », *AVEC*) pose le même type de questions relatives à l'accès aux preuves par l'entreprise. La Commission Gouvernance et Éthique recommande de définir dans la charte informatique (annexée au règlement intérieur) les règles relatives à l'utilisation des moyens informatiques mis à la disposition de l'employé par l'entreprise mais aussi l'usage professionnel des outils personnels de l'employé.

M^e E. R.-D. : En effet, la charge de la preuve du non-respect d'un programme de *Compliance* repose sur l'employeur. Toutefois, tous les procédés d'obtention de la preuve ne sont pas admissibles. La question se pose notamment avec l'utilisation des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC) dans l'obtention de la preuve de faits fautifs et du non-respect d'un programme de *Compliance*.

Toutes les informations et supports matériels contenus sur le lieu de travail du salarié sont



Emmanuelle Rivez-Domont, avocat associée, Cabinet Jones Day

présupposés avoir une nature professionnelle, de sorte que l'employeur pourra y accéder librement, même en l'absence du salarié. C'est notamment le cas du bureau, de l'ordinateur professionnel du salarié, mais également de sa boîte e-mail professionnelle. En revanche, les informations strictement personnelles et identifiées comme telles par le salarié ne sont pas accessibles par l'employeur et ne pourront pas fonder une sanction disciplinaire. C'est le cas de fichiers (physiques ou maté-

riels) clairement identifiés comme personnels mais aussi des correspondances privées du salarié.

Effectivement, la pratique du *BYOD*, qui consiste pour l'entreprise à permettre ou à encourager ses salariés à utiliser leurs appareils (ordinateurs et/ou Smartphones) personnels au travail et à des fins professionnelles, soulève des difficultés supplémentaires s'agissant notamment du contrôle de ces appareils, puisqu'ils ne sont pas par définition présumés d'utilisation strictement professionnelle.

La frontière entre vie personnelle et professionnelle est d'autant plus atténuée avec ce genre de pratiques. En tout état de cause, l'appareil étant privé, bien qu'utilisé à des fins professionnelles, tout contrôle de son contenu, même de nature professionnelle semble exclu en l'absence du salarié.

Il semble par ailleurs indispensable pour les entreprises de prévoir les stipulations adéquates (par exemple, dans la « charte informatique » de l'entreprise) leur permettant le cas échéant de pouvoir opposer un contrôle sur les appareils de type *BYOD* des salariés ; notamment les possibilités de copie des contenus litigieux selon des procédures qu'il conviendra d'anticiper et de formaliser par avance. En effet, le phénomène du *BYOD* nécessite un certain encadrement pour réduire les nombreux risques dans lequel il peut placer l'entreprise.