



**Hughes  
Hubbard  
& Reed**

**Réponses à la consultation publique  
sur le projet de guide pratique de l'AFA  
relatif aux enquêtes internes anticorruption**

Auteurs :

Pour le compte du Cercle Montesquieu, sa commission Gouvernance et Ethique, représentée par :

**Catherine Stavrakis, co-présidente**

**Sophie Leclerc, co-présidente**

**Stéphane Alaphilippe, co-président**

Email : [commissiongouvernanceethique@cercle-montesquieu.fr](mailto:commissiongouvernanceethique@cercle-montesquieu.fr) – Tél. : 01.84.20.26.60

Adresse : Cercle Montesquieu – 18, rue Marius AUFAN, 92300 Levallois-Perret

Assistés par le cabinet Hughes Hubbard & Reed LLP, Paris :

**Maître Nicolas Tollet, Associé**

Email : [nicolas.tollet@hugheshubbard.com](mailto:nicolas.tollet@hugheshubbard.com) – Tél. : 01.44.05.76.06

Adresse : Hughes Hubbard & Reed – 4, rue Cambacérès, 75008 Paris

**Maître Marie-Agnès Nicolas, Associée**

Email : [marieagnes.nicolas@hugheshubbard.com](mailto:marieagnes.nicolas@hugheshubbard.com) – Tél. : 01.44.05.80.23

Adresse : Hughes Hubbard & Reed – 4, rue Cambacérès, 75008 Paris

\* \*  
\*

**I. INTRODUCTION**

1. Depuis 30 ans, le Cercle Montesquieu (le « Cercle ») réunit des femmes et des hommes, Directeurs Juridiques et Secrétaires Généraux d'entreprises privées ou publiques, d'associations et d'institutions reconnues qui s'engagent pour marier les idées et l'action. Cinq cents membres à ce jour, ses principales missions sont de promouvoir la place du Directeur Juridique dans toute sa diversité, de valoriser son rôle de dirigeant, de manager et de conseil stratégique, d'offrir un lieu d'échanges, d'accompagner la transformation des métiers et la formation des Directeurs Juridiques, d'innover en participant à l'évolution nécessaire de la profession au regard des changements sociétaux et réglementaires. Il est un interlocuteur de référence sur tous les sujets d'actualité du monde du droit pour les pouvoirs publics.

2. La commission Gouvernance et Ethique du Cercle, est actuellement co-présidée par Madame Sophie Leclerc, Madame Catherine Stavrakis et Monsieur Stéphane Alaphilippe compte aujourd'hui 150 membres représentant des entreprises de taille et de secteurs différents. Son rôle consiste notamment à promouvoir les pratiques vertueuses en matière d'éthique et de gouvernance dans les entreprises, à travers de nombreuses actions, telles que l'organisation et l'animation de formations, parfois d'ailleurs en collaboration avec l'AFA.

3. Avant toute chose, le Cercle salue de nouveau la volonté de l'Agence Française Anticorruption (l'« AFA ») de prendre en compte l'avis des entreprises, fédérations professionnelles et avocats sur son projet de guide pratique relatif aux enquêtes internes anticorruption (le « Projet de Guide »).

Ce nouvel appel à consultation de l'AFA sur le Projet de Guide, accueilli de façon très positive par le Cercle, a permis une concertation de différents membres au sein de la Commission Gouvernance et Ethique. Ces derniers ont ainsi pu débattre et échanger leurs points de vue sur les objectifs, le contenu et la présentation du Projet de Guide, qui s'inscrit dans la continuité de la démarche d'accompagnement des entreprises par l'AFA. Des voies d'améliorations ont émergé de ces débats que le Cercle souhaite par la présente réponse transmettre à l'AFA sous la forme de commentaires et de suggestions. Cette réponse, comme les précédentes, s'inscrit dans la démarche constructive développée par le Cercle vis-à-vis de l'AFA depuis la création de cette dernière, dans le but de contribuer à faire progresser ensemble les acteurs de la lutte contre la corruption, notamment les entreprises et leur direction juridique et conformité.

## **II. REPONSE**

4. A titre liminaire, nous soulignons qu'en dépit des indications aux termes desquelles les parties surlignées en jaune dans le document ne doivent pas être commentées car « *relevant de la politique pénale* »<sup>1</sup>, il nous semble toutefois utile et en phase avec la dynamique de transparence et de dialogue caractérisant les dernières grandes évolutions de la politique pénale d'inclure ces parties à notre réflexion.

5. Sur la forme, il nous semble que le Projet de Guide, déjà très didactique gagnerait plus encore en pédagogie à inclure des listes de points clés et/ou questions pratiques fréquentes (sous forme de FAQ) visant à guider les enquêteurs internes, étant précisé que ces indications devraient tout au plus être caractérisées de meilleures pratiques non-contraignantes ne devant pas conduire à altérer le discernement nécessaire à la conduite de l'enquête interne.

6. Sur le fond, ce Projet de Guide soulève à notre sens deux grands types d'observations. D'une part, il nous semble que le Projet de Guide mériterait à reconnaître la flexibilité devant être laissée aux entreprises, dont le discernement reste déterminant dans la manière dont les préconisations du Projet de Guide peuvent être utilement articulées avec la réalité de leurs contraintes (A.). D'autre part, et compte tenu des difficultés pratiques que nous rencontrons dans la mise en œuvre des exigences respectives des autorités, notamment en matière de protection des données à caractère

---

<sup>1</sup> AFA, Site Internet, page de mise à disposition du Projet de Guide pour consultation (consultée pour la dernière fois le 31 mars 2022).

personnel et de droit du travail, au titre des enquêtes internes, il pourrait être opportun que le Projet de Guide soit l'occasion de clarifier certains points (B.).

#### **A. La nécessité pour le Guide de reconnaître la flexibilité devant être reconnue aux entreprises**

7. Nous comprenons parfaitement et partageons l'approche visant à permettre aux entreprises de disposer d'un guide de référence en matière de conduite d'enquête interne. Cela est d'autant plus utile que les règles auxquelles ce processus doit répondre relèvent de différents domaines (notamment droit du travail, droit des données à caractère personnel, droit de la preuve, etc.). Pour autant cet exercice nous semble avoir ses limites pour les raisons suivantes.

8. **En premier lieu, le Projet de Guide devrait reconnaître expressément que les enquêtes internes peuvent avoir à intégrer le respect de règles étrangères lorsqu'il y a des éléments d'extranéité.** En l'état, en présentant l'enquête interne comme constituant « *l'une des suites données à l'article 17 de la loi n° 2016-1691 (...) dite loi « Sapin II »* » (§9) et comme faisant « *donc partie intégrante du dispositif anticorruption* » (*ibid.*), le Projet de Guide suggère que les développements qu'il contient doivent guider toute enquête conduite au titre de la mise en œuvre dudit dispositif, indépendamment de toute circonstance d'extranéité. Or, si l'article 17 de la loi Sapin II revêt un caractère extraterritorial, le Projet de Guide adopte pour sa part une approche marquée par le droit français à bien des égards (en droit du travail notamment). Pour cette raison, il nous semble important que le Projet de Guide précise s'il a vocation à orienter la conduite de toute enquête interne, indépendamment du pays concerné, ou uniquement celles diligentées en France. Le cas échéant, il serait opportun de souligner que tout élément d'extranéité doit conduire les entreprises à s'interroger sur les implications susceptibles d'en découler au regard du/des droits nationaux susceptibles de s'appliquer (notamment en matière de transfert de données ou de droit du travail).

9. **En deuxième lieu, le Projet de Guide devrait rappeler que le dispositif de traitement des alertes des entreprises est généralement globalisé et couvre d'autres types d'alertes que celles portant sur des problématiques liées à la corruption.** D'une part, le dispositif d'alerte prévu à l'article 17 de la Loi Sapin II couvre un champ plus large que le seul domaine de la corruption (*i.e.* « *le recueil des signalements (...) relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société* »). D'autre part, s'il est pragmatique et bienvenu de la part de l'AFA d'avoir admis la possibilité de mettre en place un dispositif de recueil d'alerte unique, en dépit de la dissociation des obligations en la matière<sup>2</sup>, il conviendrait d'intégrer le fait que le dispositif de traitement des alertes au sein des entreprises est, lui aussi, de portée générale (et inclut le volet éthique notamment), et non limitée aux enquêtes anticorruptions telles que définies au § 10 du Projet de Guide. Il s'agit ici d'inviter l'AFA, non pas à se prononcer sur des domaines qui ne relèvent pas de sa compétence, mais à prévoir de laisser aux entreprises la flexibilité nécessaire à la mise en place d'un dispositif de traitement des alertes leur permettant de composer avec les différentes natures d'alerte et les impératifs qui peuvent leur être propres. Ce commentaire

---

<sup>2</sup> AFA, Recommandations du 12 janvier 2021, JORF, §511, p. 68

s'impose d'autant plus qu'en pratique, un même signalement peut couvrir des faits de différentes natures (corruption, harcèlement, discrimination, fraude, etc.).

**10. En troisième lieu, les règles et modalités des dispositifs d'alerte centralisés au sein des groupes de sociétés devant encore être précisées par décret** (et notamment celui visé à l'article 8-I-C de la loi n° 2022-401 du 22 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte), **il pourrait être opportun pour le Projet de Guide de n'être finalisé qu'une fois lesdites dispositions connues.** En effet, si le Projet de Guide prône le principe de subsidiarité, il faut relever qu'il n'est en l'état consacré ni par les termes mêmes de la directive n° 2019-1937 du 23 octobre 2019, ni par la loi française de transposition susvisée. En outre et en lien avec le principe de singularité des enquêtes internes développé ci-après, le principe de subsidiarité ne saurait être présenté comme le modèle vers lequel tendre nécessairement. En effet, chaque dispositif de traitement des alertes en général et chaque enquête interne en particulier doit répondre avant tout aux particularités de l'organisation et aux circonstances en cause. Enfin et en tout état de cause, la recommandation du Projet de Guide tenant à la formalisation d'une procédure d'enquête interne (§43 et 44), devrait intégrer l'hypothèse des groupes de sociétés et admettre qu'une telle procédure puisse être adoptée au niveau central avec des déclinaisons locales répondant aux spécificités applicables.

**11. En quatrième lieu, le Projet de Guide devrait admettre que toute enquête interne doit s'adapter aux circonstances de l'espèce.** En effet, il est important d'intégrer le caractère singulier de chaque enquête interne. Pour ce faire, il est important de pouvoir donner la possibilité aux enquêteurs internes de s'adapter à chaque situation. Cela passe notamment par leur nécessaire formation, qui doit leur permettre d'acquérir les bons réflexes et d'assurer le respect des grands principes en toutes circonstances. Le Projet de Guide, qui ne contient en l'état pas de développements sur ce point, pourrait gagner à le rappeler. Cela implique également d'encadrer la conduite des enquêtes internes par des règles suffisamment larges pour permettre de s'adapter aux circonstances spécifiques de chaque espèce et de prendre utilement en compte la dimension humaine liée aux personnes impliquées (indépendamment de leur statut au titre de l'enquête interne). Or, à plusieurs égards, le Projet de Guide suggère que les entreprises n'auraient guère de choix quant à la conduite à tenir en la matière, ce qui pourrait les induire en erreur (en particulier les entreprises qui seraient peu rompues à ces pratiques et/ou non conseillées). A titre d'exemples :

- Le Projet de Guide indique que « *il appartient à l'instance dirigeante de décider si [les] rapports [de contrôle et d'audit] justifient l'ouverture d'une enquête interne* » (§23). Or, réserver le déclenchement de l'enquête interne à l'instance dirigeante revient à imposer un calendrier et un formalisme n'étant pas nécessairement compatible avec les circonstances de l'espèce. En effet, selon les situations, il peut être opportun de lancer une enquête interne en cours d'audit (avant même donc la remise du rapport d'audit à l'instance dirigeante) et/ou de ne pas impliquer l'instance dirigeante (notamment dans les hypothèses où la gravité des faits suspectés ne le nécessite pas).
- Au titre de la conduite de l'enquête interne, il est « *recommandé que le compte-rendu d'entretien contienne les questions et les réponses et soit relu et signé par le salarié* » (§87) pour des raisons d'ordre probatoire. Or, nombre d'enquêtes internes montrent que (i) l'opposabilité des entretiens des salariés n'est pas systématiquement nécessaire, et (ii) ce

procédé peut être contre-productif pour l'enquête interne, notamment lorsque le salarié interrogé, même si non visé par l'enquête et intervenant simplement à titre de témoin, se révèle intimidé par une telle mesure.

- Au titre des suites de l'enquête interne, si le Projet de Guide rappelle par ailleurs que toute sanction à l'égard d'un salarié doit être « *proportionnée à la gravité des comportements en cause et relève[r] de l'échelle des sanctions prévues par le régime disciplinaire* » (§111), il conclut en recommandant « *de prononcer des sanctions* » (§140) « *à la suite de faits graves* » (§139). Or, cela revient à aliéner le caractère discrétionnaire du pouvoir disciplinaire de l'employeur et le principe d'individualisation des sanctions, qui exige précisément de s'adapter à la nature des faits et/ou aux circonstances de chaque situation.
- Au titre des relations avec les autorités, le Projet de Guide affirme (i) que s'il ressort des activités de contrôle ou d'audit interne, « *avant même l'engagement d'une enquête interne, des faits de nature pénale, il est conseillé à l'instance dirigeante de les porter sans délai à la connaissance de l'autorité judiciaire* » (§23) et (ii) que, faute pour l'entreprise de procéder à une telle information « *le plus précocement possible* » (*ibid.*), elle pourrait « *se voir imputer une (...) responsabilité en cas de dissipation des preuves ou de concertation frauduleuse* » (*ibid.*). De même, le Projet de Guide indique que la remise du rapport d'enquête aux autorités judiciaires sera gage de sa volonté de coopérer dans la perspective de la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) (§99). Ces précisions nous paraissent déraisonnables pour trois raisons au moins :
  - De première part, elles vident les enquêtes internes de leur substance. Aussi est-il difficile de comprendre comment les entreprises peuvent être à la fois encouragées à conduire des enquêtes internes et incitées à dénoncer « *des faits de nature pénale* » « *avant même l'engagement d'une enquête interne* ». En l'occurrence, et compte tenu de ce qu'implique l'intervention des autorités dans la vie d'une société, l'autodénonciation ne saurait être encouragée de manière absolue, sans que la société ne se donne les moyens de disposer d'un minimum de visibilité sur la matérialité, la nature ou encore la portée des faits en cause.
  - De deuxième part, ces précisions présentent l'autodénonciation de l'entreprise comme l'option à nécessairement privilégier, au regard des avantages qu'elle présente dans le cadre d'une procédure transactionnelle débouchant sur la conclusion d'une CJIP. Or, il est primordial de rappeler que l'autodénonciation relève du seul choix de l'entreprise et que la procédure de négociation d'une CJIP ne constitue qu'une simple option pour l'entreprise dans le cadre de sa stratégie de défense. A ce titre, il serait bienvenu de rappeler que la coopération, de même que la rigueur avec laquelle l'entreprise aura pu mener son enquête interne et en tirer les conclusions, pourront être portées au crédit de l'entreprise, même en l'absence d'autodénonciation.
  - De troisième part, le fait pour une entreprise de procéder à un signalement sur une simple « *suspicion sérieuse* » (§23), pourrait *a posteriori* être requalifiée de dénonciation calomnieuse imputable à l'entreprise par les personnes mises en cause.

- De quatrième part, il est important de rappeler aux entreprises que dans l’hypothèse où l’enquête interne aura été menée avec le concours d’un avocat, les communications aux autorités judiciaires devront se faire en respect du secret professionnel applicable.

Pour ces raisons, il nous paraît nécessaire de mettre en perspective ces précisions pour présenter de manière plus complète les options disponibles aux entreprises et les conséquences y attachées.

### **B. La nécessité pour l’AFA de clarifier certains points en droit du travail et en matière de protection des données à caractère personnel**

16. De manière générale, nous saluons l’effort de l’AFA et du PNF d’avoir cherché à couvrir l’enquête interne sous un angle à 360 degrés, à travers les différentes problématiques qu’elle recouvre, notamment au regard des libertés individuelles et la protection (i) des personnes impliquées dans une enquête interne en général, et (ii) des salariés en particulier.

17. Toutefois, certaines indications du Projet de Guide en matière de droit du travail et du droit des données à caractère personnel ne nous semblent pas être en adéquation avec la position d’autres acteurs publics.

A titre d’exemples en droit du travail :

- Le Projet de Guide indique que « *la personne visée doit pouvoir répondre aux avis, pièces et témoignages* » (§67). Or, nous n’identifions pas de texte prévoyant une telle obligation. D’ailleurs, le Projet de Guide indique également que « *le principe du droit à un procès équitable ne s’applique pas* » (§101) hors du cadre juridictionnel d’un licenciement éventuel. En outre, un tel accès reviendrait à enfreindre les obligations de confidentialité telles que notamment prévues à l’article 9 de la loi Sapin II.
- Le Projet de Guide affirme que le secret des correspondances s’applique dans l’hypothèse des « *messagerie[s] instantanée[s] (...) mise(s) à la disposition du salarié par l’entreprise* » (§94). Or, la jurisprudence visée au titre des messageries instantanées provenant d’une boîte e-mail personnelle ne nous semble pas, de facto et en l’absence de décision judiciaire en la matière, pouvoir être nécessairement appliquée aux messageries mises à disposition par l’entreprise. D’ailleurs, il a déjà été jugé au contraire que les messageries instantanées mises à disposition d’un salarié par son entreprise sont considérées par défaut comme couvrant des échanges non privés (voir Cass. Soc. 9 septembre 2020, n° 18-20.489).

A titre d’exemple en matière du traitement des données à caractère personnel :

- Le Projet de Guide indique que « *la personne visée par une alerte (témoin, auteur présumé des faits) doit être informée dès l’enregistrement des données la concernant et au plus tard jusqu’à un mois après cet enregistrement* » (§76). Cette indication pose difficulté pour plusieurs raisons :

- Aux termes de l'article 14 du Règlement UE sur la protection générale des données, le point de départ du délai de 30 jours susvisé ne court pas à compter d'un quelconque enregistrement mais de l'obtention des données concernées.
- Aux termes de l'article 14 du Règlement UE sur la protection générale des données, le délai de 30 jours contient deux exceptions : a) si les données doivent être utilisées aux fins de communication avec la personne concernée, l'information doit se faire au plus tard au moment de la première communication à ladite personne; b) s'il est envisagé de communiquer les informations à un autre destinataire, l'information doit se faire au plus tard lorsque les données sont communiquées pour la première fois..
- Le Projet de Guide ne vise que les modalités de l'information à fournir aux personnes « visées par l'alerte » (§76) (même si ces développements sont inclus dans un titre relatif aux « personnes visées par une enquête »). Or, il n'est pas rare (bien au contraire) que la conduite effective d'une enquête interne implique de s'intéresser à d'autres individus que ceux visés par l'alerte elle-même<sup>3</sup>. Dans le même sens, le Projet de Guide admet lui-même qu'une enquête interne peut être conduite en suite d'un autre élément déclencheur qu'un signalement émis via le dispositif d'alerte. La question se pose donc du régime de l'information en matière de données à caractère personnel des individus n'ayant pas été visés par l'alerte mais dont les données à caractère personnel sont traitées dans le cadre d'une enquête interne. Le cas échéant, il serait très utile aux entreprises de pouvoir bénéficier d'orientations pratiques en la matière.

\*\*\*

Le Cercle espère que tout ou partie de ses suggestions retiendront l'attention de l'AFA et remercie encore celle-ci pour l'opportunité qui lui a été donnée de répondre à cette consultation. Le Cercle se tient également à la disposition de l'AFA pour expliciter et illustrer par des cas pratiques ses observations, selon les modalités qui lui conviendraient le mieux et notamment à l'occasion d'un éventuel échange oral si cela s'avère opportun.

Le Cercle Montesquieu  
www.cercle-montesquieu.fr

7 avril 2022

---

<sup>3</sup> En pratique, une enquête interne peut conduire à traiter les données à caractère de plusieurs milliers de personnes, notamment dès lors qu'elle implique d'analyser des emails.

Pour le Cercle Montesquieu :

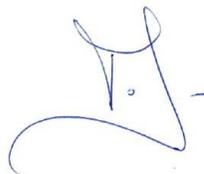
Laure Lavorel  
Présidente



Catherine Stavrakis



Sophie Leclerc



Stéphane Alaphilippe



Pour le cabinet Hughes Hubbard & Reed LLP, Paris :

**Nicolas Tollet, Associé**



**Marie-Agnès Nicolas, Associée**

