

DE L'ETHIQUE DES AFFAIRES

REVUE DES ALUMNI DU MASTER DROIT & ETHIQUE DES AFFAIRES

Vie privée

Union Européenne :
vers un renforcement
de la protection
des données
personnelles

P. 3

Droit fiscal

Comment intégrer
des valeurs éthiques
à la stratégie fiscale
d'une entreprise ?

P. 7

Prix de transfert et équité
entre les nations

P. 8

Gouvernance

La démarche du
« comply or explain » :
un outil pour restaurer
la confiance des
parties prenantes.

P.10

La Commission en passe
de briser les mythes et le
plafond de verre ?
Une volonté européenne
d'imposer une
représentation féminine
plus égale dans le milieu
professionnel.

P.12

Responsabilité sociétale des entreprises (RSE)

L'agence de notation
extra-financière acteur
de l'information
extra-financière

P.15

Les parties prenantes,
des partenaires clés
dans la réussite
d'un programme RSE

P.17

Droit du travail

La place de la religion
en entreprise –
État des règles
légalles en vigueur

P.19

Le délit de harcèlement
sexuel : une notion aux
contours redéfinis
par le législateur

P.21

L'interview de...

Tiphaine de Sacy,
Compliance Officer,
Alstom Integrity.
Programme
Development

P.24

Actualités législatives
et jurisprudentielles

P.127

Page 4 › Droit boursier

Manipulation de cours,
Délits d'initiés,
Blanchiment de capitaux :
les places financières
dans la tourmente judiciaire.



Cercles des Juristes
Pour l'Éthique
des Affaires

Association du Master Droit & Éthique des Affaires



Enfin elle est née !

La parution de ce premier numéro de la Revue Juridique de l'Éthique des affaires est l'occasion de remercier les personnes qui nous ont encouragés dans cette vaste entreprise entamée il y a environ un an. Cette Revue a été créée à l'initiative du Cercle des Juristes pour l'Éthique des Affaires, l'association des diplômés du Master Droit & Éthique des Affaires (CJPEA-AMDEA) et a vocation à proposer un nouvel espace de publication pour les étudiants, jeunes chercheurs et professionnels de l'éthique appliquée au monde des affaires. Le projet a pu voir le jour grâce à l'appui de notre Directrice, Roxana Family, et au soutien financier du Cercle de l'Éthique des affaires (CEA) présidé par Yves Medina. Nous les en remercions chaleureusement. Nous espérons que ce premier numéro sera à la hauteur des attentes et qu'il sera suivi de nombreux autres.

La Revue Juridique de l'Éthique des affaires se veut actuelle et interdisciplinaire. Les contributions retenues pour ce premier numéro témoignent ainsi des défis émergents dont se sont saisis les entreprises, les établissements financiers ou les organisations internationales mais aussi de la diversité des problèmes de droit irrigués aujourd'hui par l'éthique. Ce premier numéro comporte dix articles rédigés par d'anciens étudiants du Master Droit & Éthique des Affaires de l'Université de Cergy-Pontoise mais aussi une interview d'un praticien qui apportent leurs visions sur des sujets de fond intéressants l'éthique des affaires. La rubrique « Actualités législatives et jurisprudentielles » est un outil pratique destiné aux professionnels et aux universitaires visant à fournir une veille juridique détaillée en matière d'éthique et de droit des affaires.

La Revue Juridique de l'Éthique des affaires a pour ambition d'appréhender les dynamiques d'une communauté financière aujourd'hui en pleine mutation. La crise économique qu'elle traverse nous a bien montré les risques d'une économie excessivement dérégulée, gouvernée largement par l'opacité et la sous-évaluation des risques et des responsabilités. Cette crise a été qualifiée de crise de l'excès : excès de complexité, excès de cupidité, aggravée par l'absence de garde-fou et l'absence de discernement. Le respect de l'éthique est un des leviers pour rétablir l'équilibre durable dans le système financier. Les opérateurs socio-économiques doivent aujourd'hui être les acteurs de leur responsabilisation à savoir des entreprises qui entreprennent pour le respect de l'environnement, des droits de l'Homme et des générations futures.

Les anciens étudiants du Master Droit & Éthique des Affaires ont ainsi fait le pari d'être parties prenantes d'une « moralisation des affaires », d'être les relais d'une autre vision du monde économique en soulignant la nécessité d'intégrer les préoccupations éthiques dans les stratégies de recrutement et de développement des entreprises. Leurs contributions à ce premier numéro en témoignent. Bonne lecture !

Céline Pires

Présidente du Cercle des Juristes pour l'Éthique des Affaires (CJPEA-AMDEA)
Doctorante en droit privé - Université de Cergy-Pontoise

› Le CJPEA : Qui sommes-nous ?

Le Cercle des Juristes pour l'Éthique des Affaires (CJPEA-AMDEA) créé en 2010, est l'association qui réunit les étudiants et les anciens étudiants du Master Droit & Éthique des Affaires de l'Université de Cergy-Pontoise (AMDEA). Le CJPEA-AMDEA promeut l'Éthique des affaires et la fonction de Compliance Officer à travers différentes initiatives :

- le création et développement d'un réseau d'anciens (étudiants/professionnels), afin de promouvoir le Master, les valeurs éthiques, et conseiller les étudiants ;
- la publication de la Revue juridique de l'Éthique des affaires, avec le soutien financier du Cercle de l'Éthique des Affaires (CEA) afin de fournir aux professionnels, une information pertinente des grands enjeux juridiques et éthiques actuels. Cette Revue propose des articles de fond, rédigés par les membres du CJPEA-AMDEA (étudiants et professionnels) sur la base d'une publication trimestrielle ;
- la reprise de la lettre d'information hebdomadaire Ethique des Organisations créée par M. Loosdregt, avec la participation des étudiants du Master ;
- l'organisation d'évènements en collaboration avec la Chaire de Droit et Éthique des Affaires de l'Université de Cergy-Pontoise (congrès, conférences).

Rédactrice en chef : Céline Pires

Directrice de la Publication :
Jennifer Kamgueu

Droit du travail : Për-Erwan Lescop,
Vanessa Guemisse

Gouvernance : Céline Pires, Julie Blot

Responsabilité sociétale des entreprises (RSE) : Siegfried Heinschild,
Clémence Fénaert

Droit fiscal :
Tiphaine Lemaire, Mouad Kaddam

Conception Graphique : Sans Exception

Rédactrice graphiste : Véronique Marmont

Photo de couverture : Shutterstock

**Cercle des juristes
Pour l'Éthique des Affaires** :
Association Loi 1901
Université de Cergy-Pontoise
33, boulevard du Port
95011 Cergy Cedex
www.cjpea.org/ asso.cjpea@gmail.com

➤ Union Européenne : vers un renforcement de la protection des données personnelles

La directive de 1995 relative « à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données »¹ constituait jusqu'ici, au niveau européen, le socle commun en matière de protection des données à caractère personnel.

Dès 2010, la Commission européenne a pris acte des nouveautés techniques et de l'évolution des mentalités en matière de protection des données personnelles et de la nécessité de moderniser le cadre juridique existant. Cette proposition a rencontré un écho favorable auprès du Parlement européen, comme en témoigne une résolution de juillet 2010, et du Conseil de l'Union européenne dans ses conclusions de février 2011. Protéger l'individu sans compromettre l'efficacité économique semble ainsi être l'objectif principal de la vaste réforme lancée en janvier 2012, par Viviane Reding², qui se concrétise par la présentation du projet de règlement européen du 25 janvier 2012 relatif à la protection des données à caractère personnel, qui refond l'ensemble du cadre juridique européen issu de la directive de 1995.

Le premier point à relever concernant cette future réforme est sans nul doute la forme choisie. En effet, un règlement européen étant d'application directe au sein des

états membres, il permettra de contourner les lenteurs d'une transposition en droit interne. Pour exemple, la France n'a transposé la directive de 1995 qu'en 2004³.

Quant au contenu, pas de révolution totale, mais des évolutions profondes. La Commission tend dorénavant à préférer un accompagnement *a priori* des responsables de traitement, plutôt qu'une sanction *a posteriori*. Ainsi, les formalités préalables auprès de la CNIL seront allégées pour les responsables de traitement, au profit d'un nouveau principe *d'accountability* (entendre par ce terme une « mise en conformité dynamique »), exigeant notamment de procéder à des études d'impact et des audits, mais également à la désignation d'un Correspondant Informatiques et Libertés. Le consentement explicite des personnes au traitement de leurs données personnelles, le droit à l'oubli numérique et le droit à la portabilité des données figurent également parmi les nouveaux principes visant à protéger l'individu.

Consulté en cours de procédure, le G29⁴ a rendu deux avis consultatif en mars et octobre 2012. Ce dernier, aussi bien que la CNIL elle-même, semblent ainsi avoir accueilli le projet de manière plutôt favorable. Un point névralgique fait cependant débat. Le dispositif prévoit en effet une compétence exclusive de l'autorité de contrôle nationale où siègerait l'établissement principal du responsable de traitement. Cela pourrait amener un citoyen français à devoir dans certains cas se tourner vers une autorité étrangère. La CNIL ferait alors seulement office de « boîte aux lettres » qui transmettrait les demandes des citoyens français aux régulateurs étrangers. Le G29 réclame donc la création « d'une autorité chef de file coopérant avec les autres autorités compétentes pour superviser les



Jean-Baptiste Deldyck
Master 2
Droit Pénal Financier en alternance à la direction de la conformité Oddo & Cie : promotion 2012/2013 – Université de Cergy-Pontoise
Master 2
Droit & Ethique des affaires, parcours finances & investissement responsables en alternance à la direction de la conformité du LCL : promotion Alstom 2011/2012 – Université de Cergy-Pontoise

« La Commission européenne a pris acte des nouveautés techniques et de l'évolution des mentalités en matière de protection des données personnelles et de la nécessité de moderniser le cadre juridique existant. »

traitements de données mis en œuvre dans les Etats Membres», pour mettre en œuvre un « guichet unique »⁵.

¹ Directive 95/46/CE

² Vice présidente de la Commission Européenne et Commissaire européen chargée de la justice, des droits fondamentaux et de la citoyenneté.

³ Loi Informatique et libertés du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004.

⁴ Groupe de travail européen rassemblant les représentants de chaque autorité indépendante de protection des données nationales.

⁵ CNIL, Projet de Règlement européen : point d'étape et calendrier prévisionnel, 17 /12/2012

Le 10 janvier 2013, l'examen du texte a commencé devant le Parlement européen. A cette occasion, Jan Philipp Albrecht, rapporteur de la Commission libertés civiles du Parlement européen, a demandé un renforcement du texte afin de garantir au mieux la protection des données personnelles, qu'il considère comme un « droit fondamental ». Il a ainsi réclamé que l'application du règlement des données soit étendue aux

entreprises, européennes ou non, dès que ces dernières traitent des données relatives à un citoyen européen, exigé une limitation sévère des exceptions et défendu la clarté du texte, pour limiter l'intervention de la Commission dans son application.

Le processus d'adoption du Règlement se poursuit. Les négociations entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne,

devrait se dérouler en mai 2013. Destiné à unifier les règles de protection des données personnelles au sein de l'Union européenne, le règlement pourrait entrer en application dès 2016⁶. A noter, que le gouvernement français envisage la rédaction de son propre projet de loi sur la protection des données personnelles⁷. ●

Jean-Baptiste Deldyck

⁶ Ethique des organisations, Vie privée sur Internet : le projet de règlement européen suscite des interrogations, 18/10/2012

⁷ Ethique des organisations, Un projet de loi pour la protection des données numériques prévu en 2013, 25/10/2012

Droit boursier

➤ Manipulation de cours, Délits d'initiés, Blanchiment de capitaux : les places financières dans la tourmente judiciaire.

Jennifer Kamgueu

Elève-avocate, spécialisée en droit pénal financier

Master 2
Droit & Ethique des affaires, parcours finances & investissement responsables en alternance au sein de la Direction Ethique de l'Oréal : promotion EADS 2009/2010 – Université de Cergy-Pontoise

L'actualité de ces derniers mois aura été chargée en matière de délits boursier et financier. Après la crise des « subprimes » qui avait défrayé la chronique quatre ans plus tôt, c'est le scandale du Libor qui a agité les places financières européennes et internationales au cours de l'été 2012. Retour sur cette actualité.

La manipulation de taux interbancaire : le scandale du Libor

Il convient dans un premier temps de revenir sur cette affaire qui a fait et fait encore couler beaucoup d'encre. Créé à la fin des années 1960, le Libor (*London interbank offered rate*) est un taux de référence permettant de mesurer le coût auquel les banques londoniennes se prêtent entre-elles. Etabli sur simple déclaration des banques elles-mêmes, ce taux sert ensuite de référence pour le calcul de prix dérivés ou de prêts.

Deux manipulations auraient eu lieu, la première, entre 2005 et 2007, concernerait une quinzaine de traders agissant dans le but d'augmenter leurs bénéfices. La seconde se serait déroulée pendant la crise financière de 2008 et 2009. Au cours de cette période, les établissements financiers ont dû faire face à un sensible ralentissement du marché interbancaire et à un brutal arrêt des prêts qu'ils se consentaient mutuellement. Afin de rassurer les investisseurs et de parvenir

à trouver des liquidités, certains établissements auraient communément convenu de sous-évaluer cet indice qui reflète le niveau de risques auxquels ils sont exposés. L'objectif principal de cette collusion était ainsi de dissimuler les difficultés de financement auxquelles les banques étaient confrontées et d'afficher une robustesse apparente.

L'étendue des dommages résultant de cette manipulation est considérable. En effet, une multitude de produits financiers dépendent directement du Libor, notamment les crédits accordés aux particuliers et aux entreprises. Dans l'ensemble entre 360.000 et 600.000 milliards de dollars de produits financiers seraient adossés sur ce taux¹. A titre d'exemple, la banque Fannie Mae and Fred-

¹ « Libor : le scandale qui fait trembler la planète finance » Marine Rabreau, Le Figaro, 6 juillet 2012

die Mac aurait fait les frais de cette manipulation en essuyant une perte d'environ 2 milliards d'euros. Cet établissement ayant été refinancé par l'Etat américain durant la crise dite des subprimes de 2008, c'est en définitive sur le Trésor et le contribuable américains que repose cette perte².

La Banque Barclays est la première à avoir vu sa responsabilité engagée en raison de son implication dans cette affaire. Dans le cadre d'un accord amiable signé avec les régulateurs américain et britannique, le groupe s'est soumis au paiement d'une amende d'un montant de 362 millions d'euros³ au mois de juin dernier. A son tour, l'établissement suisse UBS a, le 19 décembre dernier, signé une transaction afin de mettre un terme aux poursuites engagées à son encontre. Aux termes de cet accord, la banque s'est astreinte au versement d'une amende s'élevant à 1,1 milliard d'euros. Cette somme est non seulement largement supérieure à celle imposée à Barclays, mais également le montant le plus élevé que la *Financial Services Authority* (FSA), Autorité de surveillance des marchés britannique, n'ait jamais infligée. Dans son communiqué, Tracey Mc Dermot, Directrice de l'unité dédiée à la répression des fraudes financières au sein de la FSA, justifie l'importance du montant au regard de l'ampleur des infractions commises par l'établissement helvétique. Ainsi, explique-t-elle, les traders d'UBS ont non seulement manipulé les taux du Libor, mais également ceux de l'Euribor et du Tibor (équivalent du Libor sur

le Yen japonais). On peut néanmoins s'étonner qu'en dépit, tant de la gravité que de l'ampleur des faits reprochés, l'établissement ait pu bénéficier d'une réduction de peine de « niveau 2 », soit de 20%.

La mise en œuvre des responsabilités individuelles

Les poursuites pénales s'intensifient également sur le plan des responsabilités individuelles. En effet, le mois de décembre 2012 fut marqué par l'arrestation de trois traders par le *Serious Fraud Office*, Bureau londonien de répression des fraudes financières (Thomas Hayes, Terry Farr et James Gilmour)⁴. Le département de la justice américain a quant à lui engagé des poursuites à l'encontre de deux anciens traders d'UBS, pour complicité de manipulation des indices.

Dans l'hypothèse où la responsabilité de ces derniers serait retenue par les tribunaux, tout laisse à penser que les sanctions qu'ils subiront seront retentissantes. En effet, les condamnations de Jérôme Kerviel et de Kweku Agboli, respectivement ancien traders des établissements Société Générale et UBS, furent le symbole d'un alourdissement des sanctions prononcées à l'égard des « *rogue traders* » ou financiers peu scrupuleux. Ainsi, le 24 octobre 2012, Jerome Kerviel, reconnu coupable d'abus de confiance, d'introduction frauduleuse de données informatiques, ainsi que de faux et d'usage de faux, fut condamné à cinq ans d'emprisonnement et au remboursement de l'intégralité du préjudice subi par la banque,

soit 4915610 euros. Pour sa part, Kweku Adoboli, reconnu coupable de fraude mais acquitté des chefs d'accusation de manipulation comptable a néanmoins été condamné à sept ans de prison par un tribunal londonien.

L'ampleur des condamnations : une sévérité à géométrie variable ?

Aussi impressionnantes soient-elles, l'impact des sanctions infligées aux établissements financiers s'étant affranchis des règles du marché est à relativiser. D'une part, le recours aux

« L'étendue des dommages résultant de cette manipulation est considérable, Dans l'ensemble entre 360.000 et 600.000 milliards de dollars de produits financiers seraient adossés sur ce taux. »

transactions, accords signés avec les régulateurs en vue de mettre un terme aux poursuites, laisse penser que les sanctions sont de moins en moins imposées et de plus en plus en plus négociées. A titre d'exemple, prenons l'accord signé entre le département de la justice américain et la banque HSBC pour non respect de la réglementation en matière de lutte anti-blanchement de capitaux⁵. Il en est d'ailleurs de même pour la transaction signée par l'établissement Standard Chartered⁶ en vue de clore les poursuites engagées à son encontre pour violation des sanctions pro-

² "Fannie Mae and Freddie Mac Loss Top \$ 3bn in audit" Clea Benson , Bloomberg, 19 décembre 2012

³ FSA/PN/070/2012 - "<http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2012/070.shtml>"

⁴ "Three british men arrested in UK Libor probe" Matthew Tostevin et Alexander Smith _ Reuters 11 décembre 2012

⁵ <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/December/12-crm-1478.html>

noncées à l'encontre de l'Iran. S'élevant respectivement à un montant de 1,46 milliards d'euros et 253 millions d'euros, ces amendes représentent moins de 10% de la capitalisation de marché de chacun de ces établissements à la date à laquelle ces « sanctions » ont été prononcées. Par ailleurs, afin de minimiser l'impact financier généré par ces condamnations les deux banques auraient, en amont, provisionné les sommes au paiement desquelles elles seraient potentiellement exposées.

Le risque d'une condamnation influence-t-il vraiment la conduite des activités d'un établissement financier ? La question se pose. Selon Richard Kramer, Managing Partner au sein de Arete, lorsqu'ils font face à une situation pouvant les exposer à une

« Le risque d'une condamnation influence-t-il vraiment la conduite des activités d'un établissement financier ? »

condamnation, les décideurs procèdent à une basique analyse « coûts-avantages ». Lorsque la pratique en question est susceptible de générer un profit supérieur à l'amende infligée en cas d'une éventuelle condamnation, le choix de s'affranchir des règles du marché est tentant. Selon l'avocat, les sanctions financières doivent, pour revêtir un caractère dissuasif, représenter un montant équivalent à celui d'une année de profit ⁶.

Dès lors, la sévérité des sanctions retenues à l'encontre des traders laisse perplexe. Comme dit précédemment l'automne 2012 fut marqué par le prononcé de condamnations retentissantes à l'encontre de traders poursuivis pour fraude.

La sévérité des tribunaux français n'est en la matière pas en reste, notamment au regard de la condamnation de Jérôme Kerviel au paiement de 4,9 milliards d'euros, soit à 177 536 années de sa rémunération perçue en tant que traders pour la Société générale. Ainsi, les montants infligés à titre de sanctions semblent dérisoires, car inadaptés à la surface financière des personnes physiques et morales visées. Comment expliquer cette différence de traitement ? La nécessité de réprimer les atteintes à l'intégrité du marché varierait-elle en fonction de l'identité de l'auteur des faits reprochés ?

La nécessité de préserver l'emploi dans un secteur d'activité qui est au cœur de l'économie pourrait constituer un début de réponse. En effet, l'impact financier de lourdes condamnations à l'encontre des banques pourraient entraîner des suppressions de postes similaires à celles ayant eu lieu à la suite de la crise des subprimes. Par ailleurs, il faut admettre qu'au-delà des amendes, les établissements financiers éclaboussés par ces différentes affaires s'exposent à la sanction du marché et notamment à une potentielle dégradation par les agences de notation.

Vers une réorganisation des « règles du jeu » ?

Dans ce contexte, la nécessité de repenser les règles dans lesquelles les activités de marché s'exercent s'impose.

Sur le plan préventif, le régulateur britannique a depuis l'automne dernier, amorcé le processus de réforme des modalités d'élaboration du LIBOR. Ainsi pour éviter les collusions, conformément au rapport publié par son président Wheathley, la FSA souhaite élargir à un minimum de 20 le nombre de banques qui contribuent chaque jour au calcul du taux de référence qui est actuellement déterminé par un panel variant de 11 à 18 établissements. Par ailleurs, la supervision du calcul du taux ne sera plus assurée par la BBA, mais désormais placée sous la houlette de la FSA qui entend nommer des administrateurs à cet effet.⁸

Sur le plan répressif, afin de remédier à la fragmentation des environnements juridiques, un processus de révision de la directive communautaire abus de marché est en cours. Au cœur de la réforme se trouve, la redéfinition de l'infraction de délit d'initié ainsi qu'un élargissement du champ des comportements pouvant donner lieu au prononcé d'une condamnation pénale.

S'il convient d'admettre que ces réformes ne changeront rien aux scandales passés, il faut espérer qu'elles constitueront un message fort : le respect des règles n'est pas optionnel et toute infraction peut donner lieu au prononcé d'une sanction. ● **Jennifer Kamgueu**

⁶ <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/December/12-crm-1467.html>

⁷ "Admit it- banks can break the law and get away with it" Richard Kramer, Managing partner, Arete Research. Financial Times 20 décembre 2012.

⁸ "FSA consults on changes to the regulation and supervision of benchmarks" _ <http://www.fsa.gov.uk/library/communication/pr/2012/108.shtml>

➤ Comment intégrer des valeurs éthiques à la stratégie fiscale d'une entreprise ?

Il peut sembler hasardeux de rapprocher le concept d'éthique à la notion de fiscalité. Bien que la fiscalité ne soit pas dénuée de considérations éthiques, le phénomène de crise financière a mis en lumière le nécessaire besoin de mettre en place des règles éthiques dans les différents domaines de la finance.

Les Etats ne doivent plus être les seuls à s'engager dans une politique de lutte contre la fraude et l'évasion fiscale. Les entreprises, soumises aux exigences de rendement et de performance économique, sont également appelées à se responsabiliser. Comment peuvent-elles intégrer des considérations éthiques à leur stratégie fiscale ? La stratégie d'optimisation fiscale et tout particulièrement les montages opaques vers les paradis fiscaux sont aisément utilisés par les multinationales afin de réduire leur bénéfice imposable sur le territoire où elles exercent leur activité. Pourtant il est envisageable de mettre en place une démarche fiscale honnête et transparente. Mieux, la mise en place d'une éthique de la fiscalité serait la garantie de bénéfices pour l'entreprise à long terme.

La mise en place d'un code de conduite fiscale, un outil de prévention réalisable

Les entreprises ayant déjà mis en place une stratégie éthique au sein de leur structure pourraient créer un code de conduite fiscale. La naissance d'un code de conduite en la matière n'est pas nouvelle en Europe. Le code de conduite de l'Union européenne

en matière d'imposition des entreprises créé en décembre 1997 a permis d'engager les Etats à suivre une démarche éthique en matière de fiscalité, de façon à éliminer toute concurrence fiscale en Europe. La création de ce code pourrait être mise en place par analogie en entreprise. La Société Générale a publié en novembre 2010 un code de conduite fiscale dans lequel la banque s'engage à « ne pas faciliter ou soutenir des opérations avec les clients dont l'efficacité repose sur la non transmission d'informations aux autorités fiscales ». Elle assure un reporting annuel et maintient les archives fiscales en cas d'éventuel contrôle de l'Administration fiscale. L'entreprise assure un suivi particulier des transactions vers les territoires anciennement désignés comme « paradis fiscal ». Chaque entreprise pourrait créer un tel code ou bien intégrer une partie dédiée à la fiscalité au sein du code de conduite pour prévenir les éventuels risques fiscaux.

Anticiper les propositions et les mesures fiscales prises par le gouvernement français

La Commission d'enquête sénatoriale sur l'évasion des capitaux et des actifs hors de

France a rendu un rapport sur les paradis fiscaux le 24 juillet 2012. Parmi ses propositions, un outil statistique serait créé à partir de la remontée d'informations par les banques et les entreprises pour mesurer l'ampleur de l'évasion fiscale. La publication d'une comptabilité des entreprises pays par pays quant à elle, assurerait la diffusion des données clés pour mieux comprendre la fraude. Outre ces propositions, le législateur a renforcé le dispositif de lutte contre l'évasion fiscale en inversant la charge de la preuve de l'article 209B du Code Général des Impôts. Il incombe désormais à l'entreprise française qui contrôle une structure étrangère dans un état ou territoire non coopératif de prouver que les opérations de cette dernière ont principalement un objet et un effet autres que de permettre la localisation de bénéfices dans un Etat soumis à un régime fiscal privilégié.

Afin que l'entreprise ne se voie pas dépassée par la mise en place d'un dispositif de plus en plus contraignant, elle doit anticiper en assurant un reporting complet de façon à ce que toute opération soit justifiée. Cela lui permettra de gagner du temps en cas de contrôle fiscal. Il est désormais indispensable que les fiscalistes soient sensibilisés à cette problématique.

Les propositions en matière de stratégie éthique

Il est possible d'envisager la piste de la labellisation pour les entreprises dont les pratiques fis-



Tiphaine Lemaire
Master 2 Droit fiscal - promotion 2012/2013 - Université Paris I Panthéon Sorbonne

Master 2 Droit & Ethique des affaires, parcours finances & investissement responsables en alternance au sein du Groupe La Poste, chargée de mission déontologie : promotion Alstom 2011/2012 - Université de Cergy-Pontoise

« Il est désormais indispensable que les fiscalistes soient sensibilisés à cette problématique. »

cales seraient reconnues comme saines. Les critères d'obtention du label pourraient être définis grâce à des concertations de parties prenantes externes. Il serait alors accordé aux entreprises qui déclarent solennellement que leurs comptes ne comportent aucune filiale dans les paradis fiscaux et qu'elles ne font pas de commerce avec des pays non coopératifs. Une autre option, plus concrète, pourrait être défendue par les

entreprises auprès du gouvernement : l'établissement d'un quota « transactions vers les paradis fiscaux ». Ce quota permettrait en amont d'assurer a minima un certain nombre de transactions vers les états à fiscalité privilégiée en accord avec l'Administration fiscale. Pour cela, l'entreprise justifierait ces transactions afin de générer de l'argent « frais » pour développer ses structures sur le sol français. En aval, l'entreprise s'engagerait à sélectionner des paradis fiscaux qui n'assurent pas le financement de dictature ou qui ne facilitent pas le recyclage d'argent issu du trafic d'armes ou d'activités illicites.

Les bénéfices de ces propositions

Une entreprise qui intégrerait ces considérations éthiques au sein de son service fiscalité doit se projeter à long terme afin d'en mesurer les bénéfices. Bien que ces initiatives soient un pari sur l'avenir, il est certain que la mise en place d'une telle démarche assurerait un lien de confiance avec l'ensemble de ses parties prenantes. L'entreprise améliorerait ses relations avec l'Administration fiscale. Ainsi les entreprises et l'Etat pourraient trouver un compromis dans cette période de crise financière en dessinant pas à pas une éthique de la fiscalité. ●

Tiphaine Lemaire

➤ Prix de transfert et équité entre les nations



Mouad Khaddam
Stagiaire
fusions-acquisitions,
Cabinet Tolomei
Avocats
Master 2 Droit &
Éthique des affaires,
parcours finances
& investissement
responsables :
promotion Alstom
2011/2012 –
Université de
Cergy-Pontoise
LLM in International
Commercial Law,
University of
Dundee (UK):
promotion 2011/2012

« En ce monde rien n'est certain, à part la mort et les impôts¹ », voilà un proverbe démenti par l'explosion des affaires d'évasions fiscales en 2012. La nature de ses faits remet en cause la pertinence des systèmes de taxation contemporaine à l'épreuve de la mondialisation des transactions financières.

D'après un rapport de la SEC, la société Apple n'aurait été imposée qu'à hauteur de 2% sur l'ensemble de ses profits réalisés en dehors des Etats-Unis. Amazon en Grande Bretagne, dont le siège est basé au Luxembourg n'aurait eu qu'à déboursier 2,3 millions d'euros d'impôts pour un chiffre d'affaires de près de 260 millions d'euros en 2011. Quant à Facebook, le site est soupçonné d'avoir volontairement créé une perte afin de réduire son niveau d'imposition. En France, c'est Google qui s'oppose à la Direction des Finances publiques qui

lui réclame un milliard d'euros au titre de quatre années d'activités commerciales durant lesquelles une part du chiffre d'affaires français aurait été transférée vers sa filiale irlandaise. Si dans chaque espèce la méthode d'évitement de l'impôt diffère techniquement, l'intention est commune, celle de maximiser le profit.

Le développement du commerce international et la fluidité des mouvements internationaux de capital, appuyés par les doctrines successives des organisations internationales économiques a

eu pour conséquence l'émergence de pratiques contraires à l'équité entre les Etats. Cette valeur était pourtant celle qui commandait le rassemblement des nations au sein d'institutions régulatrices du marché mondial. Cet idéal, n'ayant pour certains jamais existé, redevient néanmoins, à la faveur d'une récession économique généralisée, un objectif que chaque Etat entend promouvoir par le biais de ses politiques publiques nationales et internationales. Le droit fiscal est à ce titre perçu comme l'instrument le plus efficace pour lutter contre l'endettement public et les

déficits budgétaires. C'est dans ce contexte particulier que se greffe naturellement le débat actuel relatif aux montages fiscaux internationaux que les praticiens nomment « optimisations » et que leurs pourfendeurs s'évertuent à démontrer qu'il s'agit d'évasion fiscale.

L'équité, une incantation historique de l'OCDE

Il est intéressant de constater un vif intérêt des opinions publiques pour ces problématiques et ce malgré la complexité inhérente au prix de transfert. Celui-ci désigne le prix des transactions conclues entre les filiales d'une même entreprise multinationale. Les montages fiscaux consistant à faire transiter le chiffre d'affaires d'une multinationale d'un pays vers un autre par le truchement des filiales qu'elle détient soulève la délicate question de la localisation des résultats taxables. Face à l'intransigeance grandissante des pouvoirs publics devant cette ingénierie fiscale, l'administration répond par des attaques de plus en plus virulentes contre ces montages, poussant les entreprises à renégocier leur stratégie de décentralisation du chiffre d'affaires. Mais le défaut de coordination politique, qui pourtant ambitionne de créer un nouveau régime international basé sur une réglementation efficace et l'opportunisme des dirigeants en matière de fiscalité, discrédite toute velléité de remise à plat du système. De ce point de vue les pays persistent dans le dumping et ceci mal-

gré les recommandations déjà anciennes de l'OCDE. Les Etats n'appliquent pas de bonne foi les modèles qu'ils appellent pourtant de leurs vœux et beaucoup structurent spécialement leurs systèmes de taxation pour attirer et offrir aux opérateurs privés un territoire plus accueillant fiscalement au détriment des pays voisins. Il n'est donc guère surprenant de constater un vide juridique dans le droit matériel de l'UE concernant les méthodes de calcul et de contrôle des prix de transfert ou d'observer que le

projet de directive ACCIS ne fait état que d'objectifs lacunaires. Les travaux menés entre juillet 2010 et juin 2012 par le forum conjoint de l'Union européenne sur les prix de transfert (FCPT) mettent en exergue une prise de conscience par la Commission européenne. Cette dernière a adopté le 19 septembre 2012 une communication sur les travaux menés et prolongé le mandat des experts. Cependant, les fortes incertitudes et les désaccords persistant sur les points essentiels de la réglementation ne laissent présager aucun doute sur l'issue des négociations.

tique de la réglementation qui s'est développée pour corriger tant bien que mal les failles révélées par les stratégies des entreprises mais qui néanmoins à contribuer à sa prolifération. Cette technique atteint aujourd'hui un niveau de sophistication très élevé qui est soutenu par des groupes de professionnels de tout horizon constituant un « véritable secteur d'activité, qui emploie des avocats, des fonctionnaires nationaux et internationaux et des économistes spécialisés² ». Or, l'univers académique s'est

« L'histoire des prix de transfert (...) témoigne du caractère chaotique de la réglementation qui s'est développée pour corriger tant bien que mal les failles. »

Abandonner le principe de pleine concurrence ? Cette inertie est le fruit de l'histoire des prix de transfert qui témoigne du caractère chao-

tenu à distance de ces mutations sans que les véritables problématiques ne soient posées. Ce décalage entre la science et la pratique devra nécessairement se résorber avant que toute réforme au fond ne soit envisagée. L'exemple brésilien qui impose une méthode inédite et plus extensive dite « d'application de la marge fixe » témoigne du volontarisme de certains Etats, qui suggèrent de revoir les approches historiques des relations intragroupes pour coller avec le dynamisme des transactions en perpétuelles mutations, en faisant fi du principe classique de pleine concurrence. En fin de compte c'est l'équité entre les nations qui devra guider la réglementation des prix de transfert pour que cessent ces pratiques. ●

Mouad Khaddam

¹ Benjamin Franklin

² Julien Pelfigue, thèse Paris 2, « la réglementation économique des prix de transfert »

➤ La démarche du « **comply or explain** » : un outil pour restaurer la confiance des parties prenantes.



Céline Pires

Doctorante en droit privé, spécialisée en droit des sociétés et éthique des affaires. Présidente du Cercle des Juristes pour l'éthique des affaires (CJPEA) Master 2 Droit & Ethique des affaires, parcours finances & investissement responsables en alternance auprès du Secrétariat Général du Conseil d'administration d'EDF : promotion Alstom 2011/2012 – Université de Cergy-Pontoise

La crise financière, qui a en partie trouvée sa source dans des défaillances liées à la gouvernance des entreprises, a porté atteinte à un actif essentiel à la bonne marche du système économique actuel : la confiance. Depuis lors, les émetteurs ont redoublé d'efforts pour améliorer leurs pratiques en matière de bonne gouvernance et leur communication à ce sujet auprès des investisseurs.

Les avancées sont incontestables depuis quelques années mais la reconquête durable de la confiance, donnée sensible et fluctuante, n'est possible que par la transmission d'une information exacte, accessible, précise et transparente par les sociétés dans leur déclaration de gouvernance.

La démarche du « **comply or explain** » (« **se conformer ou expliquer** »)

Ce principe de soft law apparu pour la première fois au Royaume-Uni dans le rapport Cadbury¹ de décembre 1992, a été introduit en droit français par la loi du 3 juillet 2008 transposant la directive n°2006/46/CE du 14 juin 2006. Aux termes des articles L.225-37 et L.225-68 du Code de commerce, la démarche du « **comply or explain** » consiste d'abord pour une société cotée dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, à se référer volontairement à un code de bonne conduite de gouvernement d'entreprise et à s'y conformer (« **comply** »), et à expliquer ensuite, le cas échéant, les écarts aux dispositions contenues dans ce code (« **explain** »). Si la société

a décidé de ne pas se référer à un tel code, elle doit expliquer les raisons qui l'ont conduite à ce choix et présenter les règles alternatives de bonne gouvernance qu'elle s'est imposée en complément des exigences légales. La très grande majorité des entreprises du CAC40 a fait le choix du Code de gouvernement d'entreprise AFEP-MEDEF². Les avantages du principe « **comply or explain** » sont multiples. En favorisant le développement des meilleures pratiques de gouvernance sur une base non contraignante et en écartant par ce biais la rigidité d'application du droit « dur », cette méthode de régulation permet une plus grande flexibilité pour les sociétés dans la mise en œuvre des règles de gouvernance et une meilleure prise en compte des spécificités des entreprises concernées (taille, actionnariat, secteur d'activités...). Cette souplesse lui vaut aujourd'hui un large soutien de l'ensemble des parties prenantes et une adoption massive par les États Membres de l'Union Européenne. Toutefois, s'il faut reconnaître les louables efforts d'application du

principe par les sociétés au sein de l'UE, ceux-ci doivent être poursuivis. La capacité des sociétés cotées à communiquer sur leurs pratiques de gouvernance de manière fiable et transparente constitue un des leviers pour restaurer la confiance des parties prenantes après les nombreux scandales financiers du début du 21^e siècle. Dès lors, il est primordial d'identifier les limites rencontrées par la démarche du « **comply or explain** » et d'en atténuer la portée pour permettre à cet outil de régulation souple de continuer à prospérer.

Les limites du principe

Le principe du « **comply or explain** » invite les entreprises à se responsabiliser et à justifier leurs choix, ce qui participe à une démarche d'amélioration constante tendant vers la conformité, à condition qu'il ne s'agisse pas de répéter chaque année les mêmes arguments et de tomber dans les travers d'une information opaque et trop générale. Or, il est parfois difficile aujourd'hui de savoir en lisant la déclaration de gouvernance d'une société, si celle-ci se conforme réellement ou non au code choisi. Le méca-

¹ Report of the Committee on the Financial aspects of corporate governance, Statement of Compliance, December 1992, Cadbury Report.

² Code AFEP-MEDEF résultant de la consolidation du rapport de l'AFEP et du MEDEF d'octobre 2003 et de leurs recommandations de janvier 2007 et d'octobre 2008 sur la rémunération des dirigeants mandataires sociaux de sociétés cotées. Il fut révisé en avril 2010.

nisme du « comply or explain » laisse en effet une très grande liberté aux sociétés cotées quant à la forme de la déclaration de gouvernance et au contenu de l'information publiée. Il s'agit alors de vérifier si les sociétés, qui justifient les dérogations au code de gouvernement d'entreprise, apportent des explications pertinentes et circonstanciées. Le caractère parfois déclaratif de la déclaration de gouvernance couplé avec une volonté d'utiliser ce mode de communication à des fins stratégiques constitue une limite à la démarche du « comply or explain » qui alimente le débat sur l'efficacité de l'autorégulation.

Les conditions d'efficacité du principe et les pistes d'amélioration

Afin de renforcer la crédibilité du principe et de résister à la menace d'une réglementation par le législateur, il est demandé aux sociétés cotées d'améliorer la qualité et l'exhaustivité des explications fournies en cas de non-conformité avec le code de gouvernement d'entreprise choisi. Au préalable, le rattachement à code de gouvernance, Code AFEP-MEDEF ou autre, doit être clairement spécifié par la société à travers l'utilisation de termes qui ne soient pas ambigus³. Après avoir fait explicitement référence au code, il est souhaitable que la société énumère successivement les dérogations à ses dispositions et les justifie de manière détaillée. Ce listing des écarts au code de gouvernement d'entreprise choisi peut prendre la forme d'un chapeau introductif situé en tête de la déclaration de

« La capacité des sociétés cotées à communiquer sur leurs pratiques de gouvernance de manière fiable et transparente constitue un des leviers pour restaurer la confiance des parties prenantes ».

gouvernance ou d'un tableau récapitulatif des recommandations du code non-appliquées. Ce mode de présentation permettrait une plus grande accessibilité à l'information pour le lecteur.

De plus, afin de répondre aux exigences de transparence et de précision de l'information communiquée, il est recommandé aux sociétés cotées de veiller à ce que les explications fournies détaillent les motivations conduisant l'entreprise à déroger au code de gouvernance. Les autorités de place ont très fréquemment souligné le caractère insuffisant des justifications publiées notamment qu'en au nombre d'administrateurs indépendants au sein du conseil et de ses comités, à la durée du mandat des administrateurs ou à la rémunération des dirigeants. Les explications relatives à la situation spécifique de la société sont admises. En revanche, ne peuvent constituer des explications suffisantes celles indiquant un désaccord de la société avec la disposition du code de gouvernance concernée ou faisant référence à la déviation de la société sans la justifier.

Contrôle de l'information publiée dans les déclarations de gouvernance : rôle des administrateurs

Il revient aux investisseurs d'examiner avec vigilance l'information

transmise sur les pratiques de gouvernance des sociétés dont ils détiennent les titres. Cependant, les administrateurs doivent veiller *a priori* à la lisibilité et à la fiabilité des informations publiées dans les déclarations de gouvernance et ce dans l'intérêt social de la société. Sont visées les informations comptables et financières figurant dans le rapport de gestion mais aussi les informations concernant la gouvernance de la société. Le conseil d'administration approuvant le rapport du président⁴, son contenu engage donc la responsabilité de ses membres. Les administrateurs doivent dès lors s'assurer que la déclaration de gouvernance prend en compte les recommandations du code de gouvernement d'entreprise choisi par la société et justifient les cas de dérogations de manière pertinente et précise.

Il est alors primordial que l'un des comités du conseil d'administration analyse la conformité de la déclaration de gouvernance par rapport au code de gouvernement d'entreprise. Le contrôle des informations liées à la gouvernance peut être opéré par les administrateurs notamment lors de l'examen en comité d'audit du Rapport du Président sur le contrôle interne et le gouvernement d'entreprise ou lors de l'examen en comité d'éthique (si ce comité existe) de l'indé-

► Pour en savoir plus :

B. Fasterling, J.-C. Duhamel,

« Le comply or explain : la transparence conformiste en droit des sociétés », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2009/2, t. XXIII, 2, p. 129-157.

B. Fasterling, J.-C. Duhamel

« Bilan de l'application du comply or explain par les sociétés françaises du SBF 120 », *Bulletin Joly Bourse*, 15 décembre 2009 n° 6, P. 524.

Conférence-débat du Club Recherche IFA du 5 décembre 2012,

« Les conditions d'efficacité du comply or explain : approche comparée ». Enregistrement audio disponible sur le site de l'Institut Français des Administrateurs (accès limité aux adhérents).

³ L'AMF recommande aux sociétés d'utiliser la terminologie du Code de commerce notamment le terme « se référer » ou « se conformer ». Rapport 2009 de l'AMF sur le gouvernement d'entreprise et le contrôle interne.

⁴ Rapport du Président sur le contrôle interne et le gouvernement d'entreprise

pendance des administrateurs mais aussi lors de l'évaluation du fonctionnement du conseil d'administration devant ce même comité. Dans tous les cas, les administrateurs doivent s'assurer d'abord de la qualité et de la clarté des explications produites, attirer ensuite l'attention des dirigeants sur les inexactitudes factuelles contenues dans la déclaration de gouvernance et enfin proposer les modifications nécessaires. Cette approche permet d'éviter la transmission d'informations opaques ou trop

générales qui pourraient être préjudiciables à la valorisation de la société sur les marchés.

Mieux utilisé le principe du « *comply or explain* » peut favoriser l'amélioration des pratiques de gouvernance et la transparence des informations communiquées. Cette démarche souple et évolutive repose sur la capacité des sociétés à se responsabiliser et apparaît aujourd'hui comme la meilleure technique de régulation en matière de gouvernement d'entreprise. Cependant, le

dispositif étant peu imposant, le risque n'est pas nul d'une application superficielle. Il s'agit alors de trouver un compromis entre une réglementation classique du législateur trop restrictive et une autorégulation originelle trop permissive. Ce compromis peut être trouvé par l'octroi de pouvoirs de contrôle renforcés à l'AMF et aux auditeurs mais aussi par l'exercice d'une vigilance accrue par les administrateurs et les actionnaires pour rétablir une confiance durable entre les différentes parties prenantes. ● **Céline Pires**

➤ La Commission en passe de briser les mythes et le plafond de verre? Une volonté européenne d'imposer une représentation féminine plus égale dans le milieu professionnel

Il aura en effet fallu attendre l'année 2012 pour s'en réjouir, mais la Commission européenne se place enfin comme un acteur déterminant dans la question de l'égalité hommes-femmes dans les postes décisionnels.

Rappelons nous, le Parlement européen avait, à une majorité écrasante, invité à plusieurs reprises la Commission à présenter une proposition législative en la matière notamment par ses résolutions des 6 juillet 2011 et 13 mars 2012. C'est à ce titre¹ que la Commission a, le 14 novembre 2012, présenté sa proposition de directive² sur le sujet. C'est à la France que revient le rôle de moteur sur la question,

ayant obtenu une augmentation de 10% du nombre de femmes présentes dans les Conseils d'administration des sociétés françaises³, relevant à 22.3% le nombre de femmes présentes en leur sein en janvier 2012, contre seulement 12.3% en octobre 2010. Le quota de 40% pour 2017 imposé par la loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration

et de surveillance et à l'égalité professionnelle⁴, dont la promulgation fut prononcée le 27 janvier 2011, n'y est certainement pas pour rien.

La représentation féminine dans les Conseils d'administration des grandes entreprises européennes en quelques chiffres

C'est sur cette base et face au constat d'un déséquilibre à l'échelle européenne entre hommes et femmes au sein des grandes entreprises que la Commission s'est basée pour proposer cette nouvelle directive. En effet, comme elle l'indique dans sa pro-

¹ M. José Manuel Barroso, président de la Commission européenne, a déclaré : «Aujourd'hui la Commission européenne répond avec cette proposition à l'appel pressant lancé par le Parlement européen en faveur d'initiative de l'UE visant à réaliser l'équilibre hommes-femmes au sein des conseils des sociétés. Nous demandons aujourd'hui aux grandes entreprises cotées de toute l'Europe de démontrer leur sérieux en matière de parité hommes-femmes dans les instances de décision économique. A mon initiative, nous sommes parvenus à renforcer sensiblement la présence des femmes au sein de la Commission européenne, de sorte que celle-ci compte actuellement un tiers de femmes parmi ses membres ».

position, les femmes n'occupent que 13.7% des sièges d'administrateurs dans les plus grandes entreprises cotées en bourse. Ce déséquilibre est marquant dans tous les Etats membres, oscillant entre 5%⁵ à 25% pour les meilleurs élèves⁶. En général, la croissance du nombre de femmes en Europe fut de 1.9% entre octobre 2010 et janvier 2012, soit 0.6% d'augmentation par an. Les chiffres se passent ici de tout commentaire, mais ne font que renforcer la nécessité de mettre en place un quota minimal à atteindre. De plus, les écarts croissants entre les Etats membres risquent de s'accroître, notamment en raison de divergences dans les approches. Les législations nationales n'œuvrent pas de concert sur ce sujet et s'orientent dans des directions diverses. Certains Etats membres privilégient le principe «se conformer ou se justifier» en vertu duquel les entreprises ne remplissant pas l'objectif visé doivent s'expliquer, alors que d'autres définissent, pour atteindre une représentation équilibrée, un objectif légal entièrement contraignant et assorti de sanctions. Et pourtant, l'augmentation du pourcentage de représentation des femmes dans les conseils des entreprises est la plus sensible dans les Etats membres et les pays tiers qui ont instauré des mesures

contraignantes. De plus, cette évolution hétérogène des législations entraîne une fragmentation des cadres législatifs en vigueur dans les Etats membres, qui se traduit pour les entreprises, les investisseurs et autres parties prenantes par des obligations juridiques contradictoires difficilement comparables, une certaine confusion et des surcoûts, entravant en fin de compte le bon fonctionnement du marché intérieur. Enfin, les divergences concernant la composition des conseils d'administration peuvent causer des problèmes pratiques aux sociétés cotées qui exercent des activités transnationales, notamment lorsqu'elles établissent des filiales ou procèdent à des fusions acquisitions.

Au regard de ces difficultés et divergences, nul doute que la proposition de la Commission arrive à point nommé pour rétablir l'équilibre de représentation au sein des Conseils d'administration des grandes entreprises européennes, mais aussi pour faciliter l'appréhension de ces mesures par ces mêmes entreprises.

Par cette proposition, la Commission entend « briser le plafond de verre qui continue d'entraver l'accès des femmes de talent aux postes de décision dans les plus grandes entreprises d'Europe »⁷. Cette proposition est ardemment supportée par la vice-présidente

Viviane Reding⁸, déclarant que, même si « l'Union européenne a promu avec succès l'égalité hommes-femmes pendant plus de 50 ans (...) on doit toutefois constater que les progrès restent inexistant dans un domaine particulier, celui des conseils de société (...) La proposition de la Commission permettra de faire en sorte que, dans le cadre de la procédure de sélection des administrateurs non exécutif, la priorité soit donnée aux femmes à niveau de qualification égal, pour autant qu'elles soient effectivement sous-représentées ». Elle ajoute enfin « je me sens redevable envers les nombreux membres du Parlement européen qui se sont battus infatigablement pour cette cause et dont l'aide m'a été précieuse pour mettre cette proposition sur la table ».

Les principaux éléments de la proposition

La proposition a donc pour objet d'accroître sensiblement la représentation féminine dans les conseils d'administration des grandes entreprises européennes. Pour ce faire, elle fixe un objectif de 40% des membres du sexe sous-représenté⁹ parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse, et imposent à ces mêmes sociétés d'appliquer des critères préétablis, clairs, univoques et formu-



Julie Blot
Chargée de projet Healthcare Compliance chez Johnson & Johnson
Ancienne stagiaire au sein du Secrétariat Général du Conseil de l'Union Européenne
Coopération judiciaire civile et commerciale

Master 2
Droit & Ethique des affaires, parcours finances & investissement responsables en alternance auprès de la Group Compliance Officer, MBDA : promotion Alstom 2011/2012 – Université de Cergy-Pontoise

² Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à un meilleur équilibre hommes-femmes parmi les administrateurs non exécutifs des sociétés cotées en bourse et à des mesures connexes.

³ Comme l'énonce l'index du CAC 40.

⁴ Ce quota n'est applicable qu'aux entreprises possédant plus de 500 employés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 50 millions d'euros

⁵ Ce pourcentage est notamment observé à Malte, Chypre, au Luxembourg, en Hongrie, en Italie, au Portugal, en Estonie et en Grèce.

⁶ Ici on observe ce pourcentage en Lettonie, en Finlande et en Suède.

⁷ Commission Européenne, communiqué de presse de présentation de la proposition de directive en date du 14 novembre 2012.

⁸ Viviane Reding est vice-présidente de la Commission concernant la justice, les droits fondamentaux et la citoyenneté.

⁹ Notons l'utilisation neutre utilisée par la Commission afin de ne pas mettre en place un système organisé de discrimination positive.

« Par cette proposition, la Commission entend briser le plafond de verre qui continue d'entraver l'accès des femmes de talent aux postes de décision dans les plus grandes entreprises d'Europe ».

lés en termes neutres dans leur processus de sélection des administrateurs non exécutifs. Le fait de ne cibler que cette catégorie des administrateurs est volontaire afin de laisser aux entreprises une marge de manœuvre dans la gestion de leurs activités quotidiennes, tout en conciliant la nécessité d'accroître la mixité en leur sein. Cet objectif doit être atteint à l'horizon 2020 pour les entreprises du secteur privé, et en 2018 pour les entreprises publiques entrant dans le champ matériel de la proposition. Il est également prévu un objectif dit « souple » en tant que mesure complémentaire, obligeant les entreprises visées de se fixer elles-mêmes, dans le cadre de l'autorégulation, des objectifs concernant la représentation des deux sexes parmi les administrateurs exécutifs, lesquels devront être atteints dans les mêmes délais évoqués ci-dessus.

Seules les sociétés cotées en bourse sont visées, en raison de leur importance économique et de leur forte visibilité. Cela permettra de mettre en place un système de répercussion au travers des grandes entreprises, montrant l'exemple pour les plus petites. Mais aussi, leurs conseils sont généralement plus grands et leur statut juridique semblable dans toute l'Union. Par ailleurs, l'égalité de représentation ne doit pas être préjudiciable aux candidats. C'est

pour cela que les compétences et le mérite doivent demeurer les critères de sélection des administrateurs. Cependant, la directive prévoit l'harmonisation de ces critères en préconisant la mise en place de critères de compétence objectifs. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne sur l'action positive, en présence de deux candidatures égales, priorité doit être donnée à la candidature émanant du sexe sous représenté, sauf appréciation objective contraire. Enfin, comme nous l'avons énoncé en amont, ces mesures ne disposeront d'une réelle efficacité que si elles sont assorties de contraintes pour les entreprises qui y sont soumises. C'est pour cela que les États membres doivent prévoir des sanctions appropriées et dissuasives en cas de non respect de la directive. Notons par ailleurs que la directive est une mesure provisoire, conformément au principe de « mieux légiférer ». Viviane Reding énonce que « cette mesure devrait rapidement amener une parité au sein des conseils des sociétés européennes. Elle ne sera plus nécessaire une fois que les progrès recherchés dans ce domaine auront été réalisés ». La directive viendra en effet à expiration en 2028.

Les mesures sous-jacentes

En parallèle de cette nouvelle avancée, l'initiative *Women*

on Boards a récemment lancé une base de données en ligne¹⁰ dans laquelle pas moins de 8000 femmes « prêtes à siéger au sein des conseils des entreprises dans le monde » ont été recensées. Les femmes faisant partie de cette liste répondent toutes à des critères rigoureux en matière de gouvernance d'entreprise, définis par les sociétés cotées en bourse, et sont dotées de qualifications et de compétences élevées les rendant aptes à devenir, dès aujourd'hui, membres des conseils d'administration. Cette liste, qui ne cesse de s'allonger, ne fait que démontrer qu'il existe un nombre conséquent de femmes disposant de toutes les qualités et compétences pour siéger dans ces conseils, ne permettant plus aux entreprises de se cacher sous les excuses de la qualification pour ne pas agir dans ce domaine.

Toute demande pour figurer sur cette liste est scrupuleusement étudiée, selon des critères clairs, élaborés et définis au cours des dix-huit derniers mois par les membres de l'initiative *European Business School / Women on Board*. Notons que toutes les femmes figurant sur cette liste possèdent toutes une expérience d'au moins cinq ans dans une ou plusieurs des fonctions clés dans des entreprises privées ou publiques cotées en bourse, mais également dans des agences gouvernementales, des organisations à but non lucratif etc. Ainsi, cette liste permettra aux entreprises de disposer d'un vivier certain pour remplir le futur nouveau quota de présence féminine au sein de leurs conseils. ● **Julie Blot**

¹⁰ Cette liste se nomme « Board Ready Women » ou « Femmes prêtes à siéger »

➤ L'agence de notation extra-financière acteur de l'information extra-financière

L'essor de la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise (RSE)¹ conduit à évaluer la performance de l'entreprise, non plus sur la seule performance financière, mais également sur des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance d'entreprise (ESG).

A l'instar de la notation financière, des acteurs doivent surmonter la dissymétrie de l'information et fournir une information pertinente sur les performances sociétales des entreprises. Les agences de notation extra-financière, également appelées agences de notation sociétale, jouent ce rôle. Organisées sous forme d'associations à but non-lucratif ou de sociétés commerciales, leurs interventions de plus en plus remarquées dans la vie des affaires a conduit le Medef a publié un document de travail « *pour optimiser les relations* » entre les entreprises et « *agences d'analyses extra-financières* ». Aujourd'hui plus que jamais, la notation sociétale s'impose « *comme un critère de choix sur le marché () un indicateur potentiel de performance financière future* »², un rapide aperçu des organismes menant ces missions s'impose.

Le marché de la notation sociétale

Le marché de l'analyse sociétale, a émergé dans les années 90, sur le modèle de la notation financière, et est actuellement en pleine consolidation³. Ce phénomène se marque par une professionnalisation accrue des organismes, notamment une spécialisation des structures les plus petites⁴. Par ailleurs la concurrence des prestataires en services financiers, qui créent en leurs seins des équipes spécialisées dans l'analyse des données sociétales, conduit les agences de notation sociétale à diversifier leurs clientèles en élargissant leurs gammes de produits et services⁵.

Au 1^{er} février 2012, le marché international des agences de notation sociétale, ou extra-financière, était composé de 28 agences⁶.

Rôle de l'agence de notation extra-financière

Les agences de notations sociétales, à la demande d'un tiers ou de l'entreprise elle-même, recueille, analyse, ordonne et compile les informations extra-financières rendues publiques par l'entreprise⁷. Dans le premier cas, il s'agit d'une notation dite « *déclarative* », qui s'apparente à une mission d'audit⁸, pour le compte d'un client manager de fonds, banques ou fonds de pension. Dans le second cas, la notation est dite « *solicitée* » et s'apparente alors à une mission de conseil⁹.

En résumé, l'agence de notation extra-financière joue le rôle d'un fournisseur d'informations, « *d'intermédiaire de marché entre les investisseurs qui achètent leurs notations et les entreprises qu'elles évaluent* » dans le cadre de la notation déclarative¹⁰.

Les informations recueillies dans



Siegfried Heinschild

Master 2
Droit & Ethique
des affaires,
parcours finances
& investissement
responsables
en alternance
au sein Secrétariat
Général du Groupe
Bolloré, chargé
de mission éthique :
promotion Alstom
2011/2012 -
Université de
Cergy-Pontoise

**Recherche
actuellement
un poste de juriste
droit des affaires –
droit des sociétés.**

¹ Pour rappel, la Commission européenne a défini la RSE comme « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société » in Communication Responsabilité sociale des entreprises: une nouvelle stratégie de l'UE pour la période 2011-2014.

² Comme l'indique l'organisme BMJ Ratings

³ OBSERVATOIRE SUR LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES, Guide des organismes d'analyse sociale et environnementale, Octobre 2012

⁴ Ibid.

⁵ Ibid.

⁶ Ibid. p.29

⁷ DELHAYE Catherine, LAVIALE Michel, 6 Bonnes pratiques pour optimiser les relations avec les organismes d'analyse extra-financière, MEDEF, 2011

⁸ CAMPRODON Marta, FLORENSA Albert, SOLS José, Analyse critique des agences de notation extra-financière, 5ème congrès de l'ADERSE, 10-11 janvier 2008

⁹ Ibid.

¹⁰ OBSERVATOIRE SUR LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES, Guide des organismes d'analyse sociale et environnementale, Octobre 2012

« L'agence de notation sociétale a une influence sur la perception qu'ont les investisseurs, mais plus largement la société civile de l'entreprise évaluée »

le cadre de la notation, déclarative ou sollicitée, permettent de mesurer le degré de mise en œuvre de la responsabilité sociale de l'entreprise en son sein. Généralement, l'agence de notation extra-financière analyse et note la politique des ressources humaines, les relations avec les clients, les fournisseurs et les sous-traitants, la politique environnementale, la gouvernance de l'entreprise, les relations de l'entreprise avec la société civile, ainsi que la politique d'intégrité de l'entreprise. L'agence de notation sociétale appréhende la réalité de la politique extra-financière de l'entreprise à travers une grille d'analyse qui varie selon les objectifs de l'organisme¹¹. L'existence de différences d'approches de notation sociétale, comme par exemple l'approche informationnelle, l'approche d'évitement, ou encore l'approche des risques et opportunités, incite les agences de notation sociétale à adopter des méthodologies d'évaluation différentes.

L'agence de notation sociétale : un acteur critiqué
Le manque de standardisation des procédés d'évaluation¹² est au-

jourd'hui critiqué. En l'absence de transparence sur la méthodologie, les critères utilisés sont considérés comme arbitraires¹³ et les informations utilisées proviennent de sources limitées et influencées¹⁴. Quand ce n'est pas la méthodologie de l'agence qui est remise en cause, c'est son intégrité. L'absence de déontologie collective, de norme et d'ordre professionnel, et ce malgré l'existence du *Voluntary quality standard for independent CSR research (CSRR-QS)*, porté par l'*Association for independent CSR research*¹⁵, fait peser des soupçons de conflits d'intérêts, d'absence de transparence et de problèmes d'indépendances vis-à-vis de leurs actionnaires, parfois composé d'entreprises notées.

Ces problèmes ont été soulevés le 20 mai 2012 par l'Association des conseils en Développement Durable et RSE (ADD)¹⁶, qui a attiré l'attention de l'AMF sur la confusion croissante des activités de notation et de conseil de la part d'agences de notation extra-financière. L'ADD invoquait une atteinte à la crédibilité de la RSE et au principe de bonne gouvernance concernant la séparation audit-conseil.

Vers une coopération entreprise / organisme de notation sociétale

L'agence de notation sociétale a une influence sur la perception qu'ont les investisseurs, mais plus largement la société civile de l'en-

treprise évaluée¹⁷. La coopération de l'entreprise lors de la notation devient aujourd'hui une nécessité. En effet, le refus, même motivé, de transmettre des informations à l'agence de notation extra-financière peut entraîner la dégradation de la note ou du rating¹⁸.

La notation déclarative commence en général, par la collecte des données accessibles au public (rapport annuel, document de référence, site Internet institutionnel). Toute information publiée par l'entreprise est susceptible d'être retenue dans l'évaluation finale. Les agences complètent ensuite ces informations par les réponses volontaires et informations complémentaires communiquées par les entreprises ou les parties prenantes de cette dernière. La non-coopération de l'entreprise n'empêche donc pas son évaluation.

La notation sollicitée implique une réelle collaboration entre les deux parties. Elle appelle à la prudence et nécessite une attention sur la confidentialité des informations transmises à l'agence de notation extra-financière, même si ces informations sont souvent tenues confidentielles par la politique de l'agence¹⁹.

Il n'en demeure pas moins que la réponse aux notations déclarative est chronophage pour l'entreprise²⁰. La décision de répondre ou non à une agence de notation doit se faire sur une véritable comparaison coûts/

► Lectures recommandées.

NOVETHIC,
Panorama des agences de notation extra-financière, septembre 2011

Observatoire Sur La Responsabilité Sociale Des Entreprises,
Guide des organismes d'analyse sociale et environnementale, Octobre 2012

DELHAYE Catherine, LAVIALE Michel,
6 Bonnes pratiques pour optimiser les relations avec les organismes d'analyse extra-financière, MEDEF, 2011

¹¹ OBSERVATOIRE SUR LA RESPONSABILITE SOCIALE DES ENTREPRISES, Guide des organismes d'analyse sociale et environnementale, Octobre 2012

¹² Ibid.

¹³ CAMPRODON Marta, FLORENSA Albert, SOLS José, Analyse critique des agences de notation extra-financière, 5ème congrès de l'ADERSE, 10-11 janvier 2008

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Composée d'agences de notation sociétale

¹⁶ Regroupement de conseils en développement durable et RSE

¹⁷ DELHAYE Catherine, LAVIALE Michel, 6 Bonnes pratiques pour optimiser les relations avec les organismes d'analyse extra-financière, MEDEF, 2011

¹⁸ Ibid.

avantages. Le temps passé à répondre à l'agence de notation et éventuellement justifier certains éléments de la politique ESG aura-t-il un impact sur la note définitive ? En absence de volonté de collaboration, il peut être nécessaire de vérifier que l'agence de notation sociétale n'a pas commis d'erreur factuelle. Le Medef attire l'attention sur le fait que la communication d'information doit respecter les contraintes légales et cite « l'infor-

mation préalable des instances représentatives des personnels ou la protection et la confidentialité des données nominatives », ainsi que les réglementations boursières si l'information peut avoir un impact significatif sur le cours de bourse ou les exercices en cours ou ultérieurs²¹.

Les recommandations du Medef ont pour objectif de créer une « véritable coopération » entre agences de notation sociétale et entreprises et faciliter ainsi

le processus de notation déclarative. Le Medef insiste sur le respect réciproque des « droits fondamentaux de l'entreprise et des agences de notation sociétale », « la prise en compte des contraintes de l'entreprise en matière de réponse », « la facilitation des démarches des agences de notation extra-financière », contribuant ainsi à une amélioration des relations entre entreprises et agences de notation. ●

Siegfried Heinschild

¹⁹ DELHAYE Catherine, LAVIALE Michel, 6 Bonnes pratiques pour optimiser les relations avec les organismes d'analyse extra financière, MEDEF, 2011

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

➤ Les parties prenantes, des partenaires clés dans la réussite d'un programme RSE

La place de l'entreprise dans la société a profondément évolué ces dernières années, entraînant un glissement de la seule responsabilité économique vers une responsabilité plus globale. Ainsi, la théorie des parties prenantes (*Stakeholder Theory*) connaît actuellement une application concrète au sein des entreprises qui s'engagent de façon responsable.

Le terme « partie prenante » est apparu pour la première fois lors d'une réunion au Stanford Research Institute aux Etats-Unis en 1963 et vise à prendre en compte dans la gestion de l'activité de l'entreprise les attentes de tous les acteurs, qu'ils soient internes ou externes à l'entreprise. La théorie qui en découle a été développée de façon emblématique par les travaux de R. Edward Freeman, à travers son livre « *Strategic Management: A Stakeholder Approach* ». Dans cet ouvrage, Freeman définit les parties prenantes comme « tout groupe ou individu qui peut affecter ou être affecté par l'accomplissement

des objectifs de la firme ».

Avec la promotion de la responsabilité sociale des entreprises (RSE) et sous la pression des nouvelles attentes de la société, les entreprises s'orientent de façon croissante vers la mise en place d'un processus d'intégration de leurs parties prenantes. Cette tendance connaît un réel renforcement compte tenu de la normalisation qui accompagne désormais cette démarche, notamment au regard de la norme ISO 26000. S'ouvrir au dialogue avec les parties prenantes représente désormais un réel enjeu pour l'entreprise qui devra définir le panel de ses parties prenantes

(I) et ce afin de retirer tous les bénéfices que peut engendrer une telle démarche (II).

Définition du panel des parties prenantes de l'entreprise

Toute entreprise s'ouvrant à un dialogue avec les parties prenantes devra dans un premier temps définir les parties concernées par son activité. De manière générale, les parties prenantes sont considérées comme tous les acteurs qui subissent, de manière directe ou indirecte, les effets liés à l'activité de l'entreprise. Il est, à ce stade de la définition, primordial pour l'entreprise de ne négliger aucune des parties et de



Clémence Fénaert

Chargée de mission RSE (6 mois) – Kiabi SAS

Master 2 Droit & Ethique des affaires, parcours finances & investissement responsables en alternance au sein du département Ethique et Compliance d'Alstom : promotion Alstom 2011/2012 – Université de Cergy-Pontoise

réaliser le panel le plus complet possible afin de garantir l'efficacité de la démarche. Une fois la définition réalisée, les différentes parties prenantes seront classées puis hiérarchisées.

Au-delà de la classification interne/externe, il existe deux grandes catégories de parties prenantes : d'une part les parties prenantes dites « primaires », qui représentent le triptyque classique constitué par les clients, les salariés et les actionnaires, et d'autre part, les parties prenantes « élargies » qui regroupent les ONG, la société civile de manière générale, les fournisseurs, les concurrents, les médias etc. Il apparaît alors que les différentes parties entretiennent des liens plus ou moins étroits avec l'entreprise. Par ailleurs l'intensité de

intérêts des uns et des autres. Une fois la cartographie réalisée, l'entreprise pourra alors instituer un dialogue avec ses parties prenantes dont les effets peuvent représenter un apport non négligeable dans l'exercice des activités de l'entreprise.

Les apports de la prise en compte des parties prenantes pour l'entreprise

Les atouts d'une politique de dialogue avec les parties prenantes sont multiples pour l'entreprise et se constatent à différents niveaux. Une telle démarche permet dans un premier temps d'asseoir la stratégie adoptée par l'entreprise sur une légitimité forte, tant en interne qu'en externe, et représente une certaine garantie d'efficacité. Par la suite, sur le plan opérationnel,

place d'un tel échange représente bien souvent un gain de temps et d'efficacité puisque comme vu précédemment, la participation des parties prenantes aux projets de l'entreprise permet d'éviter de nombreuses situations de blocage. Le dialogue avec les parties prenantes peut être également utile pour l'innovation, offrant à l'entreprise le bénéfice d'expertises extérieures et complémentaires. De plus, le challenge de l'entreprise par les parties prenantes pousse cette dernière à une perpétuelle remise en question, garante d'une amélioration constante. Pour finir, l'intégration des parties prenantes à la gestion de l'entreprise présente un avantage sur le plan du financement de l'entreprise en touchant les investisseurs sensibles à la RSE et qui ont recours aux agences de notation extra financière pour déterminer leurs investissements. Pour ces agences, le dialogue avec les parties prenantes et la considération de leurs intérêts reflètent une bonne gouvernance d'entreprise. En revanche, l'absence d'un tel dialogue pourra entraîner l'exclusion de l'entreprise de certains fonds d'investissements socialement responsables, ce qui aurait des effets négatifs en termes d'image.

En conclusion, la prise en compte des parties prenantes pourra offrir de nombreux bénéfices à l'entreprise, à condition qu'elles soient préalablement définies et de façon pertinente. Le recours à la concertation et à la transparence dans la prise de décision entrainera le succès de la relation entre l'entreprise et ses parties prenantes dont la qualité joue un rôle direct dans la réussite d'un programme RSE ●.

Clémence Fénaert

« les parties prenantes ayant des intérêts différents, voire contradictoires, il sera impératif pour l'entreprise d'établir une hiérarchie entre ces acteurs afin de prendre en compte de façon priorisée les intérêts des uns et des autres. »

l'impact de l'activité touchera de façon variable ces différents acteurs. Le degré de proximité avec l'entreprise est donc un élément à prendre en compte lors de l'identification de ces différentes parties.

L'objectif ici pour l'entreprise est d'établir une cartographie précise de ses différents acteurs et ce afin d'avoir une vision globale des intérêts en cause. Cependant, pour des raisons pragmatiques, les parties prenantes ayant des intérêts différents, voire contradictoires, il sera impératif pour l'entreprise d'établir une hiérarchie entre ces acteurs afin de prendre en compte de façon priorisée les

l'activité s'exercera dans une plus grande sérénité puisque les projets s'appuieront en principe sur un consensus général. L'intégration des préoccupations des différentes parties en amont permettent généralement d'éviter des situations de conflits telles que les boycotts, les manifestations, les grèves ou encore les recours contentieux qui représentent des freins certains pour l'activité de l'entreprise.

Du point de vue de la compétitivité et de la productivité, le dialogue avec les parties prenantes offre à l'entreprise un moyen de connaître l'évolution des demandes sociales, environnementales et sociétales et permet par conséquent de mieux les anticiper. De plus, la mise en

➤ La place de la religion en entreprise – État des règles légales en vigueur

L'actualité de 2011 et 2012 a été marquée par des sujets relatifs à la place de la religion en France et plus particulièrement en entreprise. On compte notamment comme débats soulevés ceux relatifs au port du voile et de la burqa ou plus récemment celui relatif à la neutralisation des jours fériés d'origine chrétienne. Au-delà de l'enjeu politique inhérent à ces thèmes, il nous apparaît essentiel, à travers cet article, de rappeler le dispositif légal en vigueur.

Le droit constitutionnel français connaît deux grands principes qui peuvent apparaître comme concurrents : *la laïcité* - et son principe corollaire de neutralité, qui impose aux agents de l'Etat de présenter, en apparence, une neutralité totale - ainsi que *la liberté religieuse*.

La laïcité est un principe fondamental de la République Française. Ce principe, consacré à l'article 1^{er} de la Constitution de 1958, a pu être très utilisé de manière inadaptée pour arguer de l'impossibilité, pour la religion, d'exister dans la sphère de l'entreprise. A ce titre, certains déduisent, qu'en vertu du principe de laïcité, les salariés du privé devraient procéder à un effort de neutralité et ne devraient en aucun cas exprimer leur(s) conviction(s) par nul moyen (aucun vêtement distinctif, aucun signe, aucune prière).

Or les principes de laïcité et de neutralité n'ont pas vocation à s'appliquer dans la sphère de l'entreprise privée mais uniquement dans les établissements publics. Sont ainsi uniquement visés par l'application du principe de laïcité, l'Etat et ses services. Autrement dit, le principe de laïcité à la française ne peut valablement constituer la justification de l'exclusion du principe

de liberté religieuse.

Le second principe constitutionnel français existant est la liberté religieuse, liberté fondamentale du salarié. Ce principe trouve quant à lui à s'appliquer en droit privé et traduit en premier lieu le fait que l'employeur ne peut, par principe, dans le champ de son pouvoir de direction, restreindre la liberté religieuse de son salarié.

- Le code du travail pose deux garanties pour la mise effective en droit de cette affirmation : L'article L1121-1 du code du travail, institué par la loi du 31 décembre 1992 qui dispose que « nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché » et ;
- L'article L1132-1 du code du travail sur l'interdiction de discrimination, notamment « *en raison de ses convictions religieuses* ». Une lecture combinée de ces articles conduit à retenir qu'un employeur ne pourra procéder à aucune mesure discriminatoire en fonction de la religion de son salarié, notamment, en matière de recrutement, d'évolution de carrière, d'accès à la formation ou de sanction et qu'il ne pourra non plus interdire de façon générale et

absolue tout signe ostentatoire et toute discussion religieuse, même si ces interdictions sont inscrites au règlement intérieur.

Encadrement de la liberté religieuse

L'employeur dispose de moyens pour sanctionner certains comportements et procéder à un encadrement de la liberté d'expression de ses salariés.

1. Tout d'abord, pourront être sanctionnés les comportements prosélytes. En effet, le prosélytisme, défini comme « *le zèle de faire des nouveaux convertis à une foi religieuse* »¹ est un abus du droit d'expression. La jurisprudence, même très peu fournie sur ce sujet, a pu considérer qu'un acte prosélyte constituait une faute pouvant conduire au licenciement.

A cet égard, la question du caractère prosélyte du port du voile a pu être posée. La CEDH, la HALDE ainsi que le Conseil d'Etat s'accordent à dire que le port du voile et l'acte de prosélytisme doivent être strictement distingués. Tous reconnaissent que le port du foulard constitue l'expression de convictions religieuses et non, dans tous les cas, un acte de pression ou de prosélytisme.

2. Certains comportements religieux pourront être également



Pär-Erwan Lescop
Relations Sociales
BNP Paribas Personal Finance –
Direction des Ressources Humaines

Master 2
Droit & Ethique
des affaires,
parcours ressources
humaines & emploi
responsable :
promotion EADS
2008/2009 –
Université de
Cergy-Pontoise

¹ Définition tirée du Litré

réglementés dans l'entreprise. En effet, l'article L1121-1 du code du travail autorise les restrictions lorsque celles-ci sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché. Deux exigences justifiant d'éventuelles restrictions peuvent être mises en exergue.

- Un premier motif de restriction à la liberté religieuse existe et a trait au droit à la sécurité. En effet, l'employeur, en vertu de son obligation de sécurité de résultat, doit assurer la sécurité et protéger la sécurité physique et mentale des travailleurs (article L1321-1 et L4121-1 du code du travail). Ainsi, il peut prendre des

seront établies en vue de protéger la sécurité, qui est un impératif absolu pour l'employeur.

- Un second motif de restriction peut être invoqué par l'employeur : l'intérêt de l'entreprise. - Cette notion peut tout d'abord recouvrir celle de l'organisation du travail.

Lorsque les convictions religieuses ne sont pas intégrées au contrat de travail, et si le salarié souhaite se dérober à ses obligations contractuelles de façon ponctuelle pour des motifs religieux, le principe veut que le salarié obtienne l'autorisation de l'employeur, qui devra traiter la requête de bonne foi. L'absence du salarié sans cette autorisation

demande d'absence du salarié est sans incidence sur le caractère fautif des agissements du salarié et ne lui permet pas de se fonder sur le terrain de la discrimination fondée sur ces convictions religieuses pour contester le refus d'autorisation d'absence.

A titre exemple, ne sera pas illicite le licenciement d'un salarié qui quitte son travail le vendredi soir avant les heures prévues pour aller prier ou qui a quitté son poste pour aller se marier religieusement.

En vue de faciliter le traitement du sujet des fêtes religieuses, des propositions ont été faites. L'une d'entre elle a retenu l'attention et permet à notre sens d'éluder le risque éventuel de discrimi-

nation. En effet, lors de leurs assises annuelles, les Directeurs des Ressources Humaines au sein de l'Association Nationale des Directeurs des Ressources Humaines (ANDRH) ont proposés de « neutraliser trois des six

jours fériés d'origine chrétienne afin que les salariés puissent les prendre comme ils le souhaitent » et de permettre ainsi de mieux combiner vie professionnelle et convictions religieuses de cha-

cun. Une telle mesure n'est pas liée à une intervention législative préalable et l'employeur ainsi que les organisations syndicales représentatives peuvent mettre le sujet sur la table des négociations.

- L'intérêt de l'entreprise comme motif de restriction de la liberté religieuse des salariés peut aussi être lié à la question de l'image de l'entreprise. En effet, il a été reconnu que certaines restrictions pouvaient être apportées en vue d'assurer l'image de l'entreprise.

A titre d'exemple, la jurisprudence a reconnu que des limitations au port de tenues vestimentaires pouvaient être

« l'employeur ne peut, par principe, (...) restreindre la liberté religieuse de son salarié (...). Toutefois, il dispose de moyens pour sanctionner certains comportements et procéder à un encadrement de cette liberté. »

mesures restreignant la liberté de religion du salarié imposées par des considérations de sécurité au travail, de santé ou d'hygiène. En ce sens, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en son article 9-2, retient explicitement les impératifs de sécurité ou de santé comme restrictions légitimes au droit de manifester ses convictions ou opinions.

Ainsi, ne sera pas discriminatoire le fait d'interdire de porter le turban lorsque le port du casque est requis sur le lieu de travail. Il en sera de même de l'interdiction de porter des vêtements autres que ceux prévus par l'entreprise en raison de la dangerosité des produits auxquels les salariés sont en contact. Ces mesures, qui restreignent la liberté religieuse,

de l'employeur constitue un refus volontaire de travail, acte d'insubordination qui peut légitimer un licenciement et caractériser la faute grave, et ce même si l'absence n'a entraîné aucun trouble dans le fonctionnement de l'entreprise. De même, si le salarié obtient l'autorisation d'absence pour cause religieuse, l'autorisation vaudra uniquement pour la pratique religieuse mentionnée à l'appui de la demande. Là encore, si l'absence est utilisée ensuite à d'autres fins, le salarié pourra être sanctionné. Ainsi les autorisations d'absence pour fête religieuse peuvent être refusées par l'employeur dès lors que la décision est étrangère à toute discrimination. Quelle que soit la réponse de l'employeur à la demande d'autorisation d'absence, le salarié doit la respecter. Le caractère religieux de la

apportées en raison de l'image de l'entreprise (arrêt Bermuda). De même, certaines Cours d'appel se sont montrées réceptives à l'argument de la restriction du port de signes et de vêtements religieux en raison de l'image véhiculée par l'entreprise. La Cour de cassation ne s'est, quant à elle, jamais prononcée sur le sujet. La notion d'image de l'entreprise est intimement liée à l'avis et l'attitude du public et de la clientèle. En effet, qui est le mieux placé pour juger de l'image d'une entreprise que ceux qui y ont recours ? Si l'on suit le raisonnement de certaines Cours d'appel, lorsque la clientèle n'est pas à même de traiter avec une personne voilée, l'entreprise,

afin de sauvegarder son image, pourrait interdire le port du voile de la salariée et *in fine* la licencier. Cette solution est contestable. En effet, en matière de discrimination fondée sur l'origine nationale, la jurisprudence pénale est sans équivoque et considère que l'employeur ne peut échapper à sa responsabilité en invoquant l'attitude hostile de la clientèle pour justifier une quelconque restriction. Par principe, on ne peut refuser un poste de vendeur en magasin à une personne d'origine X ou Y en prétextant que la clientèle n'apprécie pas les étrangers. Ainsi, il serait légitime de croire qu'un employeur ne peut interdire le port du voile, le port de la

kippa ou le port d'une croix à sa vendeuse ou son vendeur en raison de la réticence de ses clients. En ce sens, il convient de signaler que la HALDE, dans une délibération du 6 avril 2009, s'est positionnée en faveur d'un refus de la justification en raison de l'attente de la clientèle et énonce que le simple fait d'être au contact de la clientèle n'est pas en soit une justification légitime pour restreindre la liberté de religion et de conviction du salarié. Il y a tout à espérer que le nouveau Défenseur des Droits considère cette position et ne s'inspire pas des quelques arrêts de Cours d'appel sur ce sujet. ●

Pèr-Erwan Lescop

➤ **Le délit de harcèlement sexuel** : une notion aux contours redéfinis par le législateur

Par une décision en date du 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a abrogé l'article 222-33 du Code pénal qui encadrait le délit de harcèlement sexuel. Le vide juridique laissé par cette décision a amené le législateur à réagir au plus vite et à promulguer une loi ayant pour principal objectif de réintroduire le délit dans le Code pénal.

L'évolution de la notion de harcèlement sexuel en droit français

L'évolution du délit de harcèlement sexuel s'est opérée en trois temps.

La notion a été introduite par la loi du 22 juillet 1992¹ portant réforme des dispositions du Code pénal relative à la répression des crimes et délits contre les personnes et qui définissait le harcèlement sexuel comme étant « *le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes,*

dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions est puni d'un an d'emprisonnement et de 100 000 francs d'amende ». A cette époque, le harcèlement sexuel était caractérisé lorsqu'il existait un lien de supériorité (ou lien de subordination) entre l'auteur et la victime. Par conséquent, seul un employeur ou un supérieur hiérarchique étaient susceptibles de commettre ce délit. Dans un second temps, la loi

du 17 juin 1998² relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs est venue ajouter la notion de « pressions graves » (ordres, menaces et contraintes) aux éléments constitutifs du délit déjà prévus dans la loi de 1992. Enfin, la loi du 17 janvier 2002³ relative à la modernisation sociale du harcèlement sexuel a supprimé l'obligatoire démonstration d'un lien de subordination (ou de supériorité) entre l'auteur du délit

¹ Loi n°92-684

² Loi n°98-468

³ Loi n°2002-73



**Vanessa
GUEMISE**

Compliance Officer
Junior – Cabinet
d'avocats Taj
membre du réseau
Deloitte Touche
Tohmatsu Limited

Master 2
Droit & Ethique
des affaires,
parcours
ressources
humaines & emploi
responsable en
alternance au sein
Groupe Vallourec
en charge du
déploiement
opérationnel
du programme
d'éthique :
promotion Alstom
2010/2011 –
Université de
Cergy-Pontoise

et la personne harcelée. L'article 222-33 du Code pénal a élargi le champ des auteurs éventuels du délit qui peuvent désormais être un collègue, un chargé de recrutement etc. L'article 222-33 du Code pénal définit le harcèlement sexuel comme « *le fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions [...]* ». Du fait de cette définition peu précise, de nombreuses situations ont été qualifiées de harcèlement sexuel pendant plusieurs années comme, le fait pour un chef d'entreprise de tenir à une subordonnée des propos à connotation sexuelle ou le fait de procéder à des attouchements normalement étrangers à une relation hiérarchique⁴. Cependant, en dépit de l'évolution apportée par la loi de 2002, les faits constitutifs du harcèlement sexuel demeuraient encore trop vagues.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par la Cour de cassation⁵ suite à une question prioritaire de constitutionnalité posée par un ancien député du Rhône (condamné par la Cour d'Appel de Lyon par un arrêt du 15 mars 2011 à trois mois d'emprisonnement avec sursis, 5 000 euros d'amende et trois ans d'interdiction d'exercer une fonction ou un emploi public). La Cour de cassation a jugé la question de M. Ducray « sérieuse » et l'a renvoyée au Conseil constitutionnel qui a jugé le 4 mai dernier⁶ l'article 222-33 du Code pénal contraire

à la Constitution « en raison du manque de précisions dans la définition du harcèlement sexuel qui ne permettait à aucun moment de savoir quels faits étaient constitutifs du délit ». Selon le Conseil constitutionnel : « Le principe de légalité des délits et des peines est un des principes fondamentaux de la République Française selon lequel l'Etat ne peut imposer de sanctions sans que l'infraction soit prévue par un texte. Le citoyen doit, par conséquent, être informé des infractions réprimées par l'Etat et des sanctions qu'il encoure afin d'éviter que la justice ne soit arbitraire. »

La décision du 4 mai dernier a eu des conséquences non négligeables en droit français car elle a immédiatement abrogé l'article 222-33 du Code pénal et invalidé les procédures en cours, ce qui a engendré de vives réactions. Toutes les procédures en cours fondées sur le harcèlement sexuel ont été annulées. Les victimes et les associations de défense des droits de femmes se sont senties lésées et certains déploreraient même que cette abrogation ne délivre un message d'impunité aux auteurs de ce délit.

Le harcèlement sexuel : un délit redéfini par la loi du 6 août 2012

Conscient du vide juridique laissé par le Conseil constitutionnel, le législateur a rapidement redéfini les contours de la notion de harcèlement sexuel.

La loi du 6 Août 2012⁷ offre une protection plus solide aux victimes. Elle a, dans un premier temps, pour but de rétablir dans le Code pénal l'incrimination de

harcèlement sexuel puis, dans un second temps, de préciser les éléments constitutifs du délit. Désormais, le harcèlement sexuel est défini comme suit : « *Le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. (article 222-3 alinéa I). Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers » (article 222-33 alinéa II).*

De cette définition se dégagent deux situations dans lesquelles le délit sera caractérisé. Le nouvel article encadre donc le harcèlement sexuel dans l'hypothèse où les actes sont répétés mais également dans le cas où le délit n'a fait l'objet que d'un acte unique. Enfin, l'article 222-33 III du Code pénal instaure des sanctions beaucoup plus strictes.

Le harcèlement sexuel caractérisé par des actes répétés

Le premier alinéa de l'article 222-33 du Code pénal précise que, pour être caractérisé, le harcèlement sexuel doit être commis « de façon répétée ». Sur ce point, la circulaire d'application⁸ accompagnant la loi du 6 août 2012 « exige simplement que les faits aient été commis à au moins deux reprises ». De

⁴ Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation du 3 juin 2008 n°07-4292

⁵ Arrêt du 29 février 2012 n°11-85.377

⁶ Décision n°2012-240 QPC

⁷ Loi n°2012-954

plus, cette dernière ne requiert le respect d'aucun délai entre la commission des différents actes. Sont, dès lors, punissables des gestes (massages de la nuque, étreintes), propos, courriers, revêtant une connotation sexuelle. Cependant, ceux-ci doivent obligatoirement porter atteinte à la dignité de la victime ou créer à l'encontre de cette dernière une situation intimidante, hostile ou offensante. La circulaire illustre la première condition par des comportements « *ouvertement sexistes, grivois, obscènes, tels que des paroles ou écrits constituant des provocations, injures ou diffamations, même non publiques, commises en raison du sexe ou de l'orientation ou de l'identité sexuelle de la victime* ». La seconde hypothèse vise les cas où le comportement est tel qu'il a pour conséquence de rendre insupportables les conditions de vie et de travail de la victime (par exemple lorsqu'un collègue s'obstine à envoyer des mails à connotation sexuelle alors que la victime le somme d'arrêter). Enfin, ces actes doivent clairement être « *imposés* » de telle façon qu'ils sont subis et rejetés par la victime. A noter que la circulaire affirme qu'elle n'est pas contrainte de démontrer « *de façon expresse et explicite à l'auteur des faits qu'elle n'était pas consentante* ». Or, l'article 222-33 du Code pénal prévoit également strictement les cas où le harcèlement ne va être caractérisé à la suite d'un seul et unique acte.

Le harcèlement sexuel caractérisé par un acte unique

Le harcèlement sexuel peut être qualifié suite à la commission

d'un acte unique. Cette qualification étant d'une gravité non négligeable, le législateur l'a subordonné à la réunion de deux conditions essentielles. Dans un premier temps, selon l'alinéa II du nouvel article 222-33 du Code pénal, les faits doivent faire peser une « *pression grave* » sur la victime. Derrière cette notion, le législateur cherche à sanctionner le « *chantage sexuel* »⁹ visant à imposer un acte à connotation sexuelle à la victime contre un avantage (embauche, promotion, éviter un licenciement).

« Le Conseil constitutionnel a jugé, le 4 mai dernier, l'article 222-33 du Code pénal contraire à la Constitution en raison du manque de précisions dans la définition du harcèlement sexuel qui ne permettait à aucun moment de savoir quels faits étaient constitutifs du délit. »

Dans un second temps, la finalité de la pression doit être exercée « *dans un but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle* ». Cet alinéa induit qu'ici seule l'apparence compte. En indiquant que le but peut être seulement apparent, le texte vise à empêcher le prévenu de se prémunir du fait que son intention réelle n'était pas d'obtenir des faveurs sexuelles. L'importance de cet alinéa réside dans le fait qu'il répond au principe de légalité des délits et des peines en ce qu'il emploie des termes précis. Or, la loi du 6 Août 2012 poursuit également un objectif fort de dissuasion, affirmé dans le durcissement des peines encourues.

Le nouvel article 222-33 III du Code pénal fixe la peine prin-

cipale à « *deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende* ». Les peines ont, par conséquent, été doublées par rapport à celles prévues antérieurement. L'article prévoit également des circonstances aggravantes dans lesquelles la peine sera encore plus sévère (« *trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende* »). Il est important de noter que le texte réintègre de nouveau l'abus d'autorité qui constituait, jusqu'en 2002, un des éléments constitutifs du délit et consacre, pour la première fois, la circonstance

aggravante de vulnérabilité économique et sociale pour le harcèlement sexuel. Enfin, le harcèlement sexuel à l'égard d'un salarié est désormais sanctionné par le Code pénal et disparaît donc du Code du travail.

Pour conclure, la loi du 6 août 2012 a créé une sphère protectrice à la victime et poursuit cet objectif encore plus loin car elle s'attache également à sanctionner les discriminations résultant des faits de harcèlement sexuel, rappelle et insiste sur le rôle de prévention incombant à l'employeur (en lui imposant que l'article 222-33 soit affiché sur le lieu de travail) et interdit les représailles contre toute personne dénonçant la commission de ce délit. ●

Vanessa GUEMISE

⁸ CRIM 2012-15/E8-07.08.2012

⁹ Rapport Sénat numéro 619, 27 juin 2012



Tiphaine de Sachy
Compliance Officer,
Alstom Integrity
Programme Development

Tiphaine de Sachy est Compliance Officer en charge du Développement du Programme d'Intégrité d'Alstom depuis septembre 2009. Diplômée de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et de l'Executive MBA d'HEC, elle a exercé des fonctions marketing, commerciales et RH au sein de grands groupes industriels.

➤ **CJPEA. Votre démarche éthique est clairement détaillée et accessible sur votre site Internet. Quel élément de cette démarche souhaitez-vous mettre en avant ?**

Tiphaine de Sachy : Le fondement principal de la démarche éthique du groupe Alstom est la conviction suivante : « clean business is good business ». Vous ne pouvez fonder la valeur de l'entreprise ni sur des pratiques non éthiques ou illégales ni la fonder uniquement sur le pur respect des lois en vigueur, ce que j'appelle la pure compliance. Se conformer n'est pas suffisant pour une entreprise. Il s'agit au contraire de prendre un temps d'avance. Les mentalités changent la loi évolue, il est plus intelligent d'anticiper leurs évolutions. Si vous n'investissez pas dans ce qui fait la vraie valeur de l'entreprise, il suffit d'un incident, pour que l'entreprise se retrouve nue. La démarche éthique du groupe Alstom s'ancre dans cette conviction. Dans ce contexte, la mission du Département Ethique et Compliance, est de renforcer la culture d'intégrité. Elle couvre la prévention de la corruption, l'éthique des affaires au sens général et le respect du droit de la concurrence.

➤ **La culture d'intégrité n'est donc pas récente au sein du groupe Alstom. Toutefois, les dernières enquêtes, notamment celle menée par la juridiction suisse, ont-elles eu une influence sur la politique éthique du Groupe ?**

TdS. : Non effectivement elle n'est pas récente. Il ne faut pas voir la démarche éthique du groupe Alstom comme une réponse aux dernières enquêtes. Beaucoup de choses avaient démarré chez

Alstom en matière d'éthique avant même que le Groupe ne soit l'objet d'enquêtes. Notre programme d'intégrité ne s'est pas construit en un jour. Historiquement, nous avons mis en place le Code éthique dès 2001, qui fait expressément référence à la Convention de l'OCDE, et qui interdisait le recours à des pratiques illicites dans les différentes activités du groupe. Ce Code est traduit en 22 langues aujourd'hui. Dès 2001 donc, le Groupe était engagé sur le sujet et a amorcé un processus de réflexion sur le respect de l'éthique dans ses différents métiers. La Direction Ethique et Conformité a été créée en janvier 2006 et Jean-Daniel Lainé a été nommé Senior Vice President Ethics & Compliance. Notre processus de certification initié début 2008 (qui a abouti à la certification de la politique anti-corruption d'Alstom par l'agence ETHIC Intelligence en 2009) n'a pas été engagé en réponse aux investigations, qui ont démarré au cours de l'année 2008. Cette certification vient confirmer les efforts accomplis depuis plusieurs années pour renforcer et développer notre politique d'intégrité. Mais, il y a un calendrier qui nous appartient et un autre qui ne nous appartient pas... celui des enquêtes ne nous appartient pas. Les germes de notre politique éthique étaient posés au préalable. Ainsi, les enquêtes en Suisse n'ont fait que nous confirmer dans notre vision et les orientations de notre programme éthique.

Cependant, pour les grandes entreprises comme la nôtre, cela peut avoir une conséquence vertueuse... c'est l'accélération de notre capacité à avancer. L'implication des salariés, qui avaient connaissance des affaires, dans les formations au code éthique au niveau corporate a été très forte. Lorsqu'on est poussé par l'extérieur on avance. Mais il est vrai que nous apprenons toujours de ces enquêtes et nous sommes particulièrement vigi-

lants sur les points qui pourraient nous être reprochés.

➤ **Quels sont aujourd'hui les atouts de la politique éthique du groupe Alstom ?**

TdS. : Notre première force, comme je vous le disais, c'est la conviction des salariés et du top management que nous devons travailler dans le respect des lois et de l'éthique. Il existe une forte conviction de l'intégrité au sein de la Direction qui donne le « tone from the top ». La deuxième force du programme d'intégrité d'Alstom c'est le soutien complet de la Direction du groupe qui nous donne les moyens financiers, matériels et l'autorité nécessaire, par des rattachements hiérarchiques clairs garantissant l'indépendance du Senior Vice President & Compliance, d'intervenir efficacement. Nous avons également ciblé où les risques principaux du Groupe se trouvaient. Si aujourd'hui cette démarche paraît évidente, à l'époque, c'était plutôt intuitif. Pour le groupe, il s'agissait au départ d'encadrer les intermédiaires commerciaux, qui représentent un risque majeur. La Direction Ethique et Conformité s'est donc attaché à mettre en place des procédures et des règles de sélection des agents commerciaux (« business advisors »), se fondant sur la compétence professionnelle et l'intégrité de ces derniers. Parallèlement, il a été instauré des procédures de due diligence, des contrats standards et la vérification avant paiement de l'éthique des intermédiaires commerciaux. Le groupe Alstom refuse de payer si l'agent commercial ne répond plus aux critères d'intégrité que le Groupe s'est fixé aujourd'hui. Tous les deux ans les dossiers sont revus. Mais notre Programme d'intégrité ne couvre pas seulement notre principal risque, il s'est construit sur une analyse de tous les risques existants. Une fois ce cadre posé, nous avons créé des

équipes de compliance officers, centralisé les paiements et leur contrôle, lancé la procédure de certification en 2008, mené une politique de gestion des conflits d'intérêts, des cadeaux et invitations, traité la question du travail avec les fournisseurs et fédérer une communauté de 300 « ambassadeurs de l'éthique et de la conformité » au sein du Groupe. Notre troisième force c'est que nous nous inscrivons dans une démarche d'amélioration constante. Nous avons des idées.

➤ **Parmi vos pratiques, celle des Cafezinhos a plus particulièrement retenu notre attention. Pouvez-vous détailler cette pratique ?**

TdS. : Il s'agit de réunir un compliance officer, lors d'un déplacement, et des employés autour d'un café, pour parler ouvertement des difficultés rencontrées dans les missions quotidiennes. Il n'y a pas d'agenda, pas de compte-rendu. L'idée est de se rencontrer, de discuter d'éthique et d'intégrité et de la manière dont les opérationnels les appréhendent au quotidien afin d'échanger de nouvelles idées et de faire émerger des solutions concrètes et pratiques. C'est trop facile de rester dans son siège à réfléchir à des solutions géniales. Ces discussions permettent de faire émerger des solutions pour résister aux sollicitations que peuvent rencontrer les salariés notamment. Vous savez, les gens détestent payer des pots-de-
vin, Nous avons trois valeurs au sein du Groupe : Trust (Confiance), Team (Esprit d'Equipe), Action. Les salariés apprécient les Cafezinhos, c'est l'occasion pour eux de réfléchir en équipe, d'obtenir des réponses concrètes à des questions éthiques qui se posent au jour le jour et qui leur permettent d'agir rapidement. Cette pratique renforce, ce qui à mon sens est le troisième pilier de la politique d'intégrité du groupe, à savoir

le fait que les employés d'Alstom ont fondamentalement envie de travailler dans une entreprise qui est éthique.

➤ **Quel rôle jouez-vous dans le programme d'intégrité d'Alstom ?**

TdS. : Je suis arrivé en 2009, après la première certification, pour mettre en œuvre les recommandations faites par les experts et développer le Programme d'Intégrité.

Mon rôle est d'identifier, en collaboration avec le SVP Ethics & Compliance, les éléments nécessaires pour compléter le programme d'intégrité, de les créer et de les mettre en place. Dans ce rôle, je travaille avec toutes les fonctions de l'entreprises, aussi bien les opérationnels comme les Achats ou les fonctions support comme les Ressources Humaines, la Communication, l'Audit interne. Je participe également à la mise en place des procédures d'intégrité, au contrôle de leur application et à leur évaluation. Plus généralement, je suis à l'écoute de ce que font les uns et les autres, puis je diffuse les informations et les bonnes pratiques.

➤ **Les opérationnels vous font-ils part d'éventuelles propositions de procédures au regard de leurs métiers ?**

TdS. : Tout à fait. Les secteurs Transport et Grid ont mis en place des outils de progrès continus, les road-maps, qui couvrent différents sujets. Dans ce cadre, la Direction des achats, par exemple, nous a fait des propositions. Je n'ai pas la prétention de connaître toutes les manières d'acheter dans le monde entier. Mon rôle est d'insuffler mes connaissances, parce qu'il y a un certain nombre de documents qui existent sur de nombreux points de la compliance et de les partager avec les différentes divisions.

➤ **Corruption** U.S. Securities and Exchange Commission v. Eli Lilly and Companies, 20/12/2012

Selon une enquête de la SEC, des filiales du laboratoire pharmaceutique Eli Lilly and Companies (Lilly) auraient, entre 1994 et 2009 violé différentes obligations du FCPA. Ainsi, entre 2000 et 2003, une filiale polonaise a versé, l'équivalent de 39 000 dollars, à une œuvre de charité fondé par le directeur d'une autorité régionale de santé en échange de son soutien pour faire inscrire les médicaments du groupe dans la liste des médicaments remboursés. Les salariés de la filiale chinoise de Lilly ont faussé les livres comptables pour dissimuler des paiements indus à des médecins employés par le gouvernement chinois. Entre 2007 et 2009, au Brésil, le distributeur d'une filiale a corrompu des autorités médicales. Enfin, la filiale russe du laboratoire pharmaceutique a payé à des tiers des « services marketing » afin de convaincre des distributeurs pharmaceutiques et des agences publiques de recourir à ses médicaments.

La SEC a également reproché à Lilly, sur la période concernée par les allégations, d'avoir mis en place un système de contrôle conformiste (« *check the box mentality* ») en matière de *due diligence*, ainsi qu'un système de contrôle insuffisant pour « *fournir l'assurance que les transactions* (litigieuses) étaient effectuées avec l'accord du management ». La SEC a cependant relevé les progrès fait depuis par Lilly dans son programme d'intégrité.

La SEC a estimé le 20 décembre 2012, que Lilly a violé les règles du FCPA relatives à la tenue des livres comptables, aux contrôles internes pour prévenir les faits de corruption et aux faits de corruption. Lilly a négocié la fin des poursuites contre une amende d'un montant de 29 398 734 dollars. L'accord est également soumis à la nomination d'un consultant externe, chargé d'évaluer les mesures de prévention de la corruption, mises en œuvre par l'entreprise, et d'émettre recommandations sur ces mesures. ■

➤ <http://www.sec.gov/news/press/2012/2012-273.htm>

➤ **Droit du travail** Obligations renforcées sur la négociation en matière d'égalité hommes-femmes

Un décret du 18 décembre 2012 vient renforcer l'obligation pesant sur l'employeur d'assurer une égalité entre hommes et femmes. Le code du travail impose aux entreprises d'ouvrir des négociations sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. A cet égard, l'article L2323-57 du Code du travail précise un nombre minimal de domaines d'actions sur lesquels des objectifs de progression et des indicateurs chiffrés doivent être déterminés. A ce titre, sont cités, l'embauche, la classification, la formation, la promotion professionnelle, les conditions de travail, l'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale ainsi que la rémunération effective. Avant ce décret et depuis le 1^{er} janvier 2012, l'engagement traduit par un accord ou un plan d'action devait porter sur 2 objectifs de progression pour les entreprises de moins de 300 salariés, et sur 3 pour les entreprises de plus de 300 salariés. Désormais, l'accord collectif ou le plan d'action doit comporter 3 objectifs de progression pour les entreprises de moins de 300 salariés, et 4 pour les entreprises de plus de 300 salariés. En outre, la rémunération effective doit être impérativement traitée parmi les thèmes choisis. Cette nouvelle obligation est applicable à compter du 1^{er} janvier 2013 et ne s'applique pas aux accords ou plans d'actions en cours.

Par ailleurs, le décret précise également que la synthèse du plan d'action, qui fait l'objet d'une communication aux salariés par affichage, doit désormais comprendre des indicateurs par catégories professionnelles.

Enfin, le décret impose que le plan d'action, sur le modèle de la procédure attachée à la conclusion des accords collectifs, fasse l'objet d'un dépôt auprès de la DIRECCTE en deux exemplaires (version papier signée et version informatique). Cette nouvelle obligation est quant à elle d'application immédiate. Autrement dit, les plans d'actions en cours d'application doivent être communiqués à la DIRECCTE compétente. ■

➤ **Corruption** – U.S. Securities and Exchange Commission v. Allianz SE ; 17/12/2012

Entre 2001 et 2008, la filiale indonésienne du groupe Allianz SE, a selon une enquête de la SEC, obtenu 295 contrats d'assurances liés à des projets gouvernementaux en versant 650 626 dollars de paiements-indus. Les profits tirés de ces versements sont estimés à 5,3 millions de dollars. Au cours de ses investigations la SEC a démontré qu'Allianz SE avait été informée deux fois des malversations. Une première fois en 2005, à la suite de la découverte d'un paiement sans justificatif d'un agent commercial, un audit de la comptabilité de la filiale avait permis de découvrir l'existence de comptes non-déclarés destinés aux versements illicites. La pratique se serait poursuivie malgré cette découverte. La seconde fois, des irrégularités ont été portées à la connaissance de l'auditeur d'Allianz SE. Allianz n'a pas pu justifier certains versements figurant dans ces comptes. Les paiements figuraient comme des factures exceptionnelles à des agents commerciaux non liés aux contrats, ainsi qu'en remboursement comme trop perçus dans l'exécution des contrats. La SEC a estimé le 17 décembre 2012, qu'Allianz SE a violé les règles du FCPA relatives à la tenue des livres comptables, ainsi que celles relatives aux contrôles internes pour prévenir les faits de corruption. Allianz SE a négocié la fin des poursuites contre une amende d'un montant de 12,3 millions de dollars. ■

➤ <http://www.sec.gov/news/press/2012/2012-266.htm>

➤ **Droit boursier** Décision de la Commission des sanctions de l'AMF du 20 décembre 2012 à l'égard de la société OFI ASSET MANAGEMENT et de MM. Gérard Bourret et Thierry Callault

Le 20 décembre 2012, la société de gestion OFI Asset Management a été condamnée par la Commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers pour avoir manqué à leurs obligations de diligences concernant ses investissements dans certains fonds exposés au « risque Madoff ». En effet, en application de l'article 313-54 du règlement général de l'AMF, les sociétés de gestion doivent élaborer des procédures et mettre en œuvre des politiques permettant, tant lors de la sélection que du suivi des fonds sous-jacents, d'identifier les risques liés à leurs activités et, le cas échéant, de déterminer le niveau des risques pouvant être tolérés. Cette obligation se trouve renforcée dans le domaine de la multigestion alternative car l'information sur certains fonds sous-jacents est peu ou pas régulée et les stratégies sont complexes et variables dans le temps. La décision relève également les lacunes de la société dans le suivi et dans le respect des ratios réglementaires et contractuels, en contravention des dispositions des articles L.214-4 et L.533-2 du code monétaire et financier. Enfin, la société de gestion est également reconnue coupable d'avoir commercialisé des fonds non autorisés à la commercialisation.

En conséquence de ces divers manquements, la société de gestion et ses dirigeants font l'objet d'une lourde condamnation qui s'ajoute à la publication de la décision. La société est ainsi condamnée au paiement d'une amende s'élevant à 300 000 euros. Chaque dirigeant est quant à lui tenu de s'acquitter de 30 000 euros et reçoit un avertissement. ■

➤ **Congé paternité** le père, mais pas uniquement

Une loi du 17 décembre 2012 vient élargir le bénéfice du congé paternité à des personnes autres que le père de l'enfant. Pour rappel, le congé paternité, d'une durée maximum de 11 jours (ou de 18 jours en cas de naissance multiple) doit être pris dans les 4 mois qui suivent la naissance de l'enfant. Le congé paternité désormais appelé « congé paternité et d'accueil de l'enfant », est ouvert, à compter du 1^{er} janvier 2013, outre au père salarié, au conjoint salarié de la mère ou à la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou à celle vivant maritalement avec elle. ■

➤ **Whistleblowing** la plus grande récompense accordée cette année concerne le droit fiscal

Le plus grand montant accordé à un *whistleblower* en 2012, concerne une fraude fiscale¹. Revenons sur cette information signalée par le site Éthique des organisations². L'*Internal Revenue Service* (IRS), autorité fiscale américaine, a versée, en septembre 2012, 104 millions de dollars à Bradley Birkenfeld. En 2007, cet ancien gérant de la banque suisse UBS a révélé à l'IRS l'existence d'un système de fraude fiscale organisé par la banque au profit de ses clients américains. Accusé d'avoir retenu des informations durant l'enquête et d'avoir participé à la fraude, M. Birkenfeld aurait pu être privé du montant de la récompense, si les autorités américaines n'avaient pas souhaité défendre le caractère incitatif du programme de *whistleblowing* de l'IRS³. Il a toutefois été condamné à une peine de 40 mois de prison.

A la suite de la coopération de M. Birkenfeld avec l'IRS, UBS a payé 780 millions de dollars et signalé 17 000 clients américains détenant des avoirs en Suisse, ce qui aurait permis aux autorités américaines de récupérer plus de 5 milliards de dollars. ■

¹ FARNHAM Alan, 7 Richest Snitches: Time to Rat Out Your Boss?, abcnewsgo.com, 17/09/2012,

² Éthique des organisations 13 septembre 2012

³ KOCIENEVSKI Daniel, Whistle-Blower Awarded \$104 Million by I.R.S., The New-York Times, 11/09/2012

➤ **Droit boursier** Décision de la Financial Services Authority à l'égard de Gracechurch Investment, son Directeur Général et son Compliance officer.

Le 20 décembre 2012, l'Autorité britannique de surveillance des marchés a condamné la société Gracechurch Investment pour divers manquements à la réglementation boursière. La société est reconnue coupable d'avoir eu recours à des techniques de vente consistant à mettre sous pression ses clients afin qu'ils acquièrent des actions petites entreprises. Les courtiers auraient ainsi communiqué des informations trompeuses et erronées au sujet de la performance des titres visés. Dans son communiqué, le régulateur précise que les employés de Gracechurch ont volontairement ignoré les requêtes de clients désireux d'obtenir de plus amples informations concernant les titres visés. En conséquence de ces erreurs de placement, les clients ont dû essuyer des pertes s'élevant à environ 2 millions de livres. Si les faits semblent similaires à ceux étant à l'origine de la crise dite des « subprimes », la décision est singulière au regard de la sévérité de la sanction infligée. La société mise en liquidation judiciaire échappe à la sanction pécuniaire. En revanche, l'ancien Directeur général et le Compliance officer de la société ont fait l'objet d'une interdiction d'exercer dans ce secteur d'activité et doivent s'acquitter d'une amende s'élevant à 450,000 livres et 175,000 livres. Gracechurch Investment ayant été mis en liquidation judiciaire, il échappe à l'amende d'un montant de 1,5 millions de livres que le régulateur comptait lui infliger. ■