

La conduite d'un audit des fraudes requiert prudence et respect scrupuleux des textes



Valérie **Berche**

*directrice audit Groupe,
La Française des Jeux*



Noël **Pons**, CIA

*conseiller au Service
Central de Prévention
de la Corruption*

Tous ceux pour qui l'activité de poursuivre la fraude ne s'exerce pas dans un cadre procédural officiel, se doivent de bien connaître les risques encourus si les textes légaux relatifs au droit à la vie privée ne sont pas respectés. Ces textes sont de portée générale et s'appliquent dans les entreprises comme à l'extérieur de ces dernières.

Les intérêts de l'entreprise peuvent s'opposer au droit à la vie privée

Les nouvelles technologies ont bouleversé les rapports entre salariés et dirigeants. La prévention des fraudes passe par la maîtrise de l'activité. D'aucuns ont pu penser qu'elle passait par le « flicage » des salariés en utilisant les possi-

bilités offertes par les nouvelles technologies. Ces techniques, envahissantes, ont bouleversé la frontière entre vie professionnelle et vie privée. Les fichiers ou dossiers dont l'entreprise dispose permettent l'identification de la majeure partie des risques de fraudes. De même, l'utilisation des moyens de communication électroniques constitue à la fois un support de fraudes et un remarquable outil de contrôle.

Les utilisateurs de ces technologies peuvent être une source de problèmes techniques et juridiques pour une entreprise. De même, un encadrement excessif peut largement outrepasser la réglementation en vigueur pour atteindre des buts illégitimes.

Ainsi, en cas de soupçon de fraude, toute recherche doit respecter les règles encadrant la situation du salarié et de la société qui l'emploie. Il faut faire la part entre les intérêts légitimes des entreprises et le droit au respect de la vie privée du salarié.

Les textes édictés par la loi

La loi protège le secret de la vie privée et garantit le secret des correspondances. La vie privée recouvre le domicile, l'intimité, la vie affective, le droit à l'image, les comportements sexuels et l'usage de la parole.

L'article 9 du code civil, l'article 226-1 du code pénal, ainsi que l'article 226-15 du même code protègent l'individu contre les atteintes à l'intimité de sa vie privée ainsi que le secret des correspondances.

De même, l'article 224-1 du code pénal sanctionne la privation du droit d'aller et de venir. Cette privation est entendue au sens large, l'enlèvement, la détention ou la séquestration étant les comportements les plus graves. La jurisprudence a même considéré qu'une privation de moins de deux heures était constitutive du délit précité.

De plus, certains tribunaux utilisent l'article 433-12 du code pénal, pour sanctionner des comportements déviants. Ce texte sanctionne les personnes agissant sans titre qui

accomplissent des actes réservés aux titulaires d'une fonction tels que les contrôles d'identité et le fait de dresser procès-verbal ou de perquisitionner. Ils répriment aussi la théorie de l'apparence (port d'insignes de tenues, utilisation de véhicules deux tons, etc.) ou qui se comportent comme des représentants de la loi en dressant procès-verbal. Il faut distinguer le faux ressemblant au procès-verbal public, du procès verbal qui relate un acte ou une conversation. Ce corpus juridique doit évidemment être mis en balance avec le pouvoir de gestion et la subordination qui existent entre l'entreprise et le salarié.

C'est le code du travail qui protège les libertés des salariés :

- l'article L 120-1 dispose que les mesures prises par l'employeur doivent être proportionnées au but recherché ;
- l'article L 120-2 dispose que l'employeur peut apporter des limitations aux libertés individuelles de l'employé si elles sont justifiées par la tâche et si elles sont proportionnées ;
- l'article L 121-8 dispose pour sa part que l'employé doit être averti au préalable de toute mise en œuvre de contrôle dès l'instant où ce contrôle atteint le salarié ; dans le cas contraire il ne doit pas être averti ;
- l'article 432-2-1 alinéa 3 dispose que le comité d'entreprise doit être averti des mesures de surveillance.

Les preuves obtenues de manière irrégulière ne peuvent être présentées en matière prud'homale. En matière pénale, les moyens obtenus de manière illicite ne doivent pas être rejetés par ce motif. Les juges doivent en apprécier la valeur probante (Cass. Crim. 15 juin 1993 et 30 mars 1999) mais peuvent poursuivre le remettant.

Les conséquences d'une telle situation sont les suivantes :

La mesure de vérification doit être **proportionnée** au but recherché et respecter les droits et les libertés reconnus au salarié.

Le mandataire de l'employeur, à qui est confiée la mission d'enquête **peut être condamné** du même chef que l'employeur. La chambre criminelle de la cour de cassation a par

ailleurs déjà condamné des agents de sécurité qui ont enregistré et écouté des conversations téléphoniques de manière illicite (Cass. Crim. 30 mai 2001).

Matériellement les opérations de contrôle ou d'investigation portent d'abord sur les fichiers de gestion commerciale, sur les fichiers comptables mais aussi sur de nombreux autres documents ou supports qualifiés de supports généraux. Ces supports sont parfois suffisants pour identifier le responsable d'une fraude, pas forcément pour en faire la preuve.

Il faut alors tutoyer le périmètre dont dispose le salarié au titre des droits et libertés qui lui sont reconnus. C'est là que surgissent les litiges issus des situations présentées ci-dessus.

L'état du droit actuel est le suivant : Pour chacune des opérations pouvant poser problème on distingue si le salarié a été avisé de la mesure de contrôle, s'il accepte ou pas cette dernière et s'il n'a pas été informé.

Le tableau suivant synthétise ces situations.

L'employeur peut lire les correspondances professionnelles sauf celles sur lesquelles est indiqué « personnel » à moins que l'employé ne lui donne son accord. Une correspondance ne portant pas le terme personnel est présumée être professionnelle.

En cas de refus, l'employeur peut néanmoins lire les correspondances professionnelles.

Pour les fouilles des sacs, seule une inspection visuelle est autorisée.

Les surveillances à l'extérieur de l'entreprise sont inter-

Situation	Le salarié est avisé et accepte le contrôle	Le salarié est avisé et n'accepte pas le contrôle	Le salarié n'est pas avisé
Consultation de correspondance et des fichiers informatisés	La consultation peut être faite si le consentement a été donné librement.	La consultation peut être réalisée pour toute correspondance professionnelle.	L'employeur ne peut pas lire la correspondance ni ouvrir des fichiers sur lesquels est portée la mention « personnel ».
Les écoutes	L'écoute peut être faite si le consentement a été donné librement.	Si le système mis en place à fait l'objet d'une information, l'écoute peut être effectuée.	Pas d'écoute sans risque de sanction.
Les enregistrements audiovisuels	Les propos peuvent être enregistrés et le salarié filmé.	Seule l'information est nécessaire.	Pas de film.
Les fouilles du bureau, du casier des armoires	Fouilles possibles si le salarié est présent et s'il en est informé au préalable.	Il est contraire à la dignité du travailleur et au droit de la défense de fouiller en son absence. Lorsque le salarié est informé de la mesure il doit être présent.	Pas de fouilles sauf si une infraction a été constatée (art. 73 CPP). Dans ce cas le salarié peut être arrêté et les agents de la police judiciaire appelés.
Fouille des sacs	En cas de circonstances exceptionnelles et avec des moyens proportionnés fouille possible. En cas de vol appel immédiat de la police.		
Les surveillances	Interdites en dehors du lieu de travail.	Interdites en dehors du lieu de travail.	Totalement interdites.

dités, toutefois au pénal tous les moyens de preuve sont recevables (Cass. Crim. 6 avr.1993). Il faut noter que dans un arrêt récent de première instance, donc susceptible d'appel, le mandataire qui avait suivi un salarié soupçonné de fraude, et l'entreprise qui l'avait mandaté ont été condamnés à de lourdes peines. L'appel nous dira si cette analyse devient définitive.

Comme on peut le constater l'exercice de la vie privée et celui de l'activité professionnelle génèrent parfois des problèmes qu'il faut connaître pour prévenir les annulations de dossiers et les condamnations.

L'entreprise peut déclencher une procédure auprès du juge pénal en suivant quatre voies :

- le dépôt de plainte devant le procureur de la République du tribunal de grande instance du lieu de l'infraction. Il peut être produit sur un papier libre décrivant les faits et leurs conséquences et précisant l'identité complète du déclarant ;
- le dépôt de plainte, qui peut être effectué devant un service de police ou de gendarmerie, sera transmis au procureur de la République ;
- la constitution de partie civile devant le doyen des juges d'instruction du Tribunal de grande instance compétent. Cette plainte est recevable soit directement, soit si la personne justifie que le procureur de la République lui a fait connaître, au préalable, qu'il n'engagera pas lui-même les poursuites à la suite d'une plainte déposée devant lui ou les services de police, ou qu'un délai de trois mois s'est écoulé depuis qu'elle a déposé plainte devant ce magistrat ;
- la citation directe devant le tribunal de police ou le tribunal correctionnel.

Celui qui choisit cette dernière procédure court le risque, s'il ne détient pas les preuves de l'infraction et de l'étendue

du préjudice, d'être poursuivi pour dénonciation calomnieuse dans le cas où les faits ne seraient pas poursuivis. Dans le cas d'une décision de non-lieu qui affirme que la réalité des faits n'est pas établie, faute d'élément intentionnel, les juges répressifs saisis d'une telle poursuite doivent examiner eux-mêmes si, au moment de la dénonciation le prévenu connaissait ou non la fausseté des faits dénoncés. La bonne ou la mauvaise foi du dénonciateur devra se placer au moment de la dénonciation, les éléments postérieurs étant sans incidence sur cette appréciation.

« L'utilisation des moyens de communication électroniques constitue à la fois un support de fraudes et un remarquable outil de contrôle »

Il faut donc retenir que, dès lors qu'une plainte est déposée et que les poursuites se terminent par un non-lieu, une plainte en diffamation peut immédiatement suivre. La bonne foi du dénonciateur devra être appréciée au jour de la dénonciation.



Ces quelques points visent à éclairer les auditeurs, les mandataires et les managers qui auraient pour mission d'engager et de réaliser un audit de fraudes. Il ne sert à rien de développer des investigations qui pourraient à l'évidence être annulées par la suite, voire créer des problèmes à la personne qui poursuit. Par contre, respecter scrupuleusement les textes permet de finaliser la recherche avec un maximum d'efficacité, d'autant plus qu'une investigation de fraudes menée dans une entreprise génère des remous considérables, une problématique de gestion de crise, en fait un tension qu'il vaut mieux conclure par la condamnation du fraudeur que par un non-lieu préjudiciable à l'entreprise. ■