

DECRYPTAGE DU PROJET DE LOI « SAPIN 2 » LE LANCEUR D'ALERTE : AIGUILLON UTILE OU DELATEUR ?

Patrick Thiébart, avocat associé¹



Dans quelques semaines, la France se dotera d'une loi protégeant les lanceurs d'alerte ou, pour reprendre les termes du projet de loi Sapin 2, tel qu'il a été récemment voté en 2^{ème} lecture par l'Assemblée nationale, ceux qui dénoncent « *de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France (...) de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ».

Il était temps !

Il faut savoir, en effet que, plus d'un tiers des salariés affirment avoir déjà constaté des pratiques contraires au code du travail au sein de leur entreprise et 25% disent avoir été incités par un supérieur à enfreindre la loi².

La France, il est vrai, avait pris un certain retard sur ses voisins en la matière.

C'est ainsi que le Royaume-Uni dispose d'une législation protégeant les lanceurs d'alerte depuis 1998 dans des domaines aussi variés que la corruption, les délits civils, les erreurs judiciaires, les atteintes à la santé ou à la sécurité publique et les atteintes à l'environnement. Il a, depuis lors, été suivi par des pays que l'on ne s'attendait pas forcément à voir cités tels que la Hongrie, la Roumanie, la Serbie ou encore la Slovénie.

Et pourtant, dès 1982, la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail sur le licenciement, ratifiée par la France, rappelait que ne constitue pas un motif valable de licenciement le fait d'avoir déposé une plainte, participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités compétentes.

¹ pthiebart@jeantet.fr

² Etude réalisée par le cabinet de conseil en prévention des risques Technologia en novembre 2015

Qu'est-ce qui explique ce retard à l'allumage, côté français ?

Raisons historique et culturelles, tout d'abord, car le lanceur d'alerte n'a pas forcément bonne presse dans notre pays. Il reste aujourd'hui encore assimilé à un délateur, y compris au sein de l'entreprise, et renvoie qu'on le veuille ou non à une période troublée de notre histoire, l'Occupation allemande.

En 2005, la CNIL a même refusé d'autoriser les dispositifs d'alerte professionnelle, qu'elle n'avait alors pas hésité à qualifier de « *systèmes organisés de délation professionnelle* »³. La position de la CNIL a ainsi momentanément empêché la mise en place de dispositifs d'alerte en France, à un moment où nombre d'entreprises françaises cotées en bourse aux États-Unis comptaient en créer pour se conformer aux nouvelles règles imposées par la SEC à la suite de la réglementation Sarbanes Oxley.

Tout autre est la vision des pays anglo-saxons où le lanceur d'alerte n'est vu ni comme un dissident, qui s'opposerait radicalement à une collectivité, ni comme un délateur, qui agirait dans son intérêt personnel, ni encore comme un calomniateur, qui chercherait à nuire ou à jeter l'opprobre⁴.

La pratique de l'alerte éthique correspond à une tradition juridique bien ancrée aux États-Unis. Ainsi, dès 1777, soit avant même l'indépendance des États-Unis, une loi avait été adoptée afin d'enjoindre à « *toute personne travaillant au service des États-Unis de fournir [...] toute information [...] sur tout comportement immoral, toute fraude, tout abus d'autorité* ». Cette loi avait été prise après qu'un amiral de la flotte américaine ait perpétré des actes de torture sur l'un de ses subordonnés.

Toutefois, chacun s'accorde à reconnaître que le premier statut protecteur des lanceurs d'alerte est le False claim Act, adopté en 1863 pendant la guerre de Sécession et toujours applicable et qui permet à tout citoyen d'intenter une action civile au nom du gouvernement fédéral à l'encontre de quiconque commet des fraudes au préjudice de l'Administration⁵.

Nulle surprise donc qu'aux États-Unis, la dénonciation de comportements illicites soit encouragée et que personne n'y trouve à redire. Ainsi, dans les salles d'examen des universités américaines, il n'est pas nécessaire de recourir à des surveillants car les étudiants se surveillent mutuellement, conformément aux codes d'honneur en vigueur sur les campus, lesquels invitent tout étudiant qui surprendrait un camarade en trains de tricher à le dénoncer. Il est d'ailleurs assez courant de trouver sur les sites des universités américaines un formulaire standard afin de permettre aux étudiants à décrire le plus précisément possible la triche à

³ Délibérations CNIL n° 2005-110 et n° 2005-111 du 26 mai 2005

⁴ Le premier texte sur les lanceurs d'alerte, aux États-Unis, est une loi de 1778 adoptée par le Congrès continental en fonction avant l'indépendance des États-Unis. Cette loi se voulait une réponse à l'indignation suscitée par les révélations de marins de la marine nationale qui avaient dénoncé les actes de torture commis par un membre de leur hiérarchie sur des soldats britanniques

⁵ 31 U.S.C. §§ 3729–3733. Cette loi est également appelée, dans le langage courant, la « loi Lincoln ».

laquelle ils ont assisté (« *Date de la violation du code d'honneur* », « *cours où elle a eu lieu* », « *étudiant accusé* » ...)⁶.

Raisons culturelles mais aussi raisons juridiques. Certains opposants ont longtemps fait valoir que la France n'avait nul besoin de se doter d'une réglementation sur les lanceurs d'alerte puisque le code du travail a déjà doté les représentants du personnel et en particulier les délégués du personnel de prérogatives leur permettant de présenter à l'employeur toutes réclamations se rapportant à l'application du code du travail.

Ce n'est que sous la pression des autorités européennes que la France s'est résolue à adapter son système législatif. En particulier, les directives n° 2000/43/CE du 29 juin 2000⁷, 2000/78 du 27 novembre 2000⁸, 2002/73 du 23 septembre 2002⁹, 2004/113 du 13 décembre 2004¹⁰ et 2006/54 du 5 juillet 2006¹¹ comportent toutes une disposition comparable selon laquelle « *les États membres introduisent dans leur système juridique interne les mesures nécessaires pour protéger les personnes contre tout traitement ou toute conséquence défavorable en réaction à une plainte ou à une action en justice visant à faire respecter le principe de l'égalité de traitement* ».

Encore faut-il noter qu'il a fallu attendre 2007 pour que la France se dote d'une réglementation sur l'alerte éthique¹². Encore convient-il de relever qu'il s'agissait là d'une réglementation visant à ne protéger que les salariés dénonçant des faits de corruption. Depuis lors, la France a complété son arsenal législatif sur les lanceurs d'alerte mais en empilant des lois sectorielles les unes sur les autres dans des domaines aussi spécifiques que le secteur financier, la grande délinquance économique¹³, la lutte contre la corruption, l'atteinte à la santé publique¹⁴ et à l'environnement¹⁵, la prévention des conflits d'intérêts¹⁶...

Ces lois sont non seulement complexes et opaques. Elles manquent aussi de cohérence les unes à l'égard des autres. Elles sont, en outre, insuffisamment précises quant à la définition du lanceur d'alerte et aux procédures qu'il revient concrètement à l'intéressé et aux entreprises de suivre ou de mettre en œuvre.

⁶ Pourquoi il ne faut jamais tricher dans une fac américaine, blog de Guillaume Ouattara sur [Le Monde.fr](http://LeMonde.fr)

⁷ Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique

⁸ Directive portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

⁹ Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail

¹⁰ Directive mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services

¹¹ Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail

¹² Loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007

¹³ Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière

¹⁴ Loi n° 2011-2012 du 29 décembre 2011

¹⁵ Loi n° 2013-316 du 16 avril 2013

¹⁶ Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013

Prenons l'exemple du code du travail, qui contient nombre de dispositions sur les lanceurs d'alerte mais qui jamais ne renseigne sur la procédure à mettre en œuvre pour lancer une alerte.

Citons pêle-mêle et sans d'ailleurs que cette liste ne soit exhaustive :

- l'article L.1152-2 : « *Aucun salarié [...] ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] pour avoir subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral **ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés*** ».
- l'article L.1153-3 : « *aucun salarié [...] ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] **pour avoir témoigné** des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés* ».
- l'article L.4133-1 : « *le travailleur alerte immédiatement l'employeur s'il estime, de bonne foi, que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement* ».
- l'article L.1132-3 : « *[...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] **pour avoir relaté ou témoigné**, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ».
- l'article L.1161-1 : « *[...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] **pour avoir relaté ou témoigné**¹⁷, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.*

Une telle situation n'est pas sans conséquence car elle crée de l'insécurité juridique.

Cela explique certainement pourquoi les dispositifs d'alerte actuels ont jusqu'à présent été peu utilisés par les PME. En revanche, la quasi-totalité des grandes entreprises françaises est aujourd'hui dotée de dispositifs d'alerte professionnelle mais ce n'est que sous la pression des réglementations étrangères et notamment de la législation Sarbanes-Oxley sur les lanceurs d'alerte du 30 juillet 2002¹⁸.

¹⁷ La protection des témoins constitue l'une des clefs de l'effectivité du droit à la non-discrimination car, sans témoin, le juge ne dispose souvent d'aucun élément de fait pertinent indiquant que le travailleur a bien été victime d'une discrimination.

¹⁸ Dans un communiqué de presse du 8 mars 2007, la CNIL annonçait que « *près de six cent entreprises françaises et étrangères avaient déclaré avoir mis en place des dispositifs conformes aux règles fixées par la CNIL* »

Cela explique aussi pourquoi, selon un sondage réalisé en décembre 2015 par Harris Interactive pour Transparency International France, 39% des salariés préfèrent garder le silence par peur de représailles¹⁹. C'est d'ailleurs ce que souligne le Conseil d'Etat dans son étude du 25 février 2016²⁰.

Entre temps, les scandales n'ont pas manqué au cours de ces dernières années : Wikileaks, Panama Papers, affaire Snowden, LuxLeaks ... autant de noms qui raisonnent familièrement à nos oreilles.

Ces scandales ont engendré de réelles avancées. Ainsi, les révélations d'Edward Snowden au sujet des pratiques d'espionnage de la NSA ont ainsi, par exemple, amené la Cour de Justice de l'Union européenne à invalider l'accord de la sphère de sécurité, ou *Safe Harbor*, qui régulaient les transferts de données des citoyens européens vers des serveurs américains. Les révélations du lanceur d'alerte Antoine Deltour sur les LuxLeaks a conduit le Parlement européen à enquêter sur le système occulte « *d'optimisation fiscale* » dont bénéficiaient au Luxembourg de nombreuses multinationales en Europe par le biais d'accords conclus avec l'administration fiscale du Grand-duché.

Dans de telles circonstances, les pouvoirs publics français ne pouvaient plus rester longtemps inactifs et se consoler en se disant que d'autres pays européens, comme l'Allemagne ou l'Espagne, ne disposaient pas encore de réglementations visant à protéger les lanceurs d'alerte.

C'est ainsi que le gouvernement a confié au Conseil d'Etat une mission de réflexion sur la mise en cohérence des dispositifs d'alerte éthique dans le but de dresser un bilan des dispositions adoptées depuis 2007 pour protéger les personnes émettant, de bonne foi, des alertes et faire des propositions pour en améliorer l'efficacité. C'est ce qui a conduit au rapport du Conseil d'Etat du 25 février 2016²¹.

Sur la base de ce rapport, est né le projet de loi Sapin 2 qui a, tout d'abord, été examiné le mercredi 30 mars 2016 en Conseil des ministres avant d'être adopté le 14 juin 2016 par l'Assemblée Nationale avec une confortable majorité (304 voix contre 199) en première lecture. Il a ensuite été adopté par le Sénat, le 8 juillet 2016, mais dans une version assez largement amendée.

Le gouvernement ayant engagé la procédure accélérée sur le texte, une commission mixte paritaire s'est réunie, le 14 septembre dernier, pour tenter de trouver de concilier les positions de l'Assemblée et du Sénat. Faute d'accord, le texte a, à nouveau, été soumis à l'Assemblée Nationale²². C'est ainsi que, le 29 septembre 2016, les députés ont adopté, en seconde lecture, la version finale du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la

¹⁹ <https://transparency-france.org/project/sondage-alerte-ethique/>

²⁰ A ainsi été cité l'exemple d'un grand groupe du CAC 40 dans lequel le dispositif d'alerte professionnelle mis en place depuis plusieurs années n'enregistrait que cinq à dix saisines par an, pour un effectif de plusieurs dizaines milliers de salariés

²¹ <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Communiqués/Le-droit-d-alerte-signaler-traiter-protéger>

²² http://www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/transparence_lutte_corruption_economie.asp

modernisation de la vie économique, plus communément appelé loi « *Sapin 2* » en référence à la loi anti-corruption de 1993, dont Michel Sapin était également à l'origine. Les 3 et 4 novembre 2016, le Sénat examinera, en nouvelle lecture, le projet de loi avant que celui-ci ne revienne une dernière fois devant l'Assemblée nationale pour son adoption définitive.

Il n'est que temps de nous familiariser avec ce nouveau dispositif légal, qui a vocation à former le socle commun de l'ensemble des dispositifs d'alerte (corruption, environnement, renseignement, santé publique...) mais non à les remplacer.

I. LE PROJET DE LOI SAPIN 2, UN INSTRUMENT JURIDIQUE « COMPLEMENTAIRE »

L'alerte est un instrument complémentaire des différents instruments de droit commun d'ores et déjà à la disposition des salariés pour signaler à leurs employeurs ou autorités compétentes des faits répréhensibles ou des risques graves.

Il ne faudrait pas croire, en effet, que les salariés dénonçant des agissements illégaux au sein de leur entreprise étaient dépourvus de toute protection avant le projet de loi Sapin 2.

En effet, depuis 1982, s'est développé un droit d'alerte en matière de santé et de sécurité au travail.

I.1 Le droit d'alerte et de retrait

• Le droit d'alerte et de retrait des salariés

La loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux CHSCT a consacré un droit d'alerte et de retrait pour les salariés et le représentant du personnel au sein du CHSCT, qui a ensuite été étendu aux délégués du personnel, afin de prévenir la survenance d'accidents du travail.

S'agissant des salariés, ce droit est inscrit à l'article L.4131-1 du code du travail, qui dispose que « *le travailleur alerte immédiatement l'employeur de toute situation de travail dont il a un motif raisonnable de penser qu'elle présente un danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé ainsi que de toute déféctuosité qu'il constate dans les systèmes de protection* ». Ce signalement à l'employeur n'est pas soumis à un formalisme particulier, le salarié n'étant en particulier pas tenu de l'effectuer par écrit²³.

Face à une situation présentant un tel danger, le salarié dispose, en outre, d'un droit de retrait auquel est associée une protection. En effet, au titre de l'article L.4131-3 du code du travail, « *aucune sanction, aucune retenue de salaire ne peut être prise à l'encontre d'un travailleur ou d'un groupe de travailleurs qui se sont retirés d'une situation de travail dont ils avaient un motif raisonnable de penser qu'elle présentait un danger grave et imminent pour la vie ou pour la santé de chacun d'eux* ».

²³ CE, 11 juillet 1990, n° 85416, inédit.

En application de l'article L. 4131-4 du code du travail, la faute inexcusable de l'employeur est retenue de plein droit au bénéfice du salarié qui a signalé un risque qui s'est matérialisé et contre lequel l'employeur se serait abstenu d'intervenir.²⁴

- **Le droit d'alerte des représentants du personnel**

- **Le CHSCT :**

- Le droit d'alerte du représentant du personnel au sein du CHSCT est régi par l'article L.4131-2 du code du travail, qui dispose que « *le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, qui constate qu'il existe une cause de danger grave et imminent, notamment par l'intermédiaire d'un travailleur, en alerte immédiatement l'employeur* ».

Cette procédure permet également aux salariés d'exercer leur droit de retrait s'il y a un motif raisonnable de penser que la situation dénoncée présente un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé.

En application de l'article L. 4132-2 du code du travail, il revient au représentant du personnel qui alerte son employeur de consigner son avis par écrit sur un registre spécial, tandis que l'employeur est tenu de procéder « *immédiatement à une enquête* » avec le représentant du CHSCT qui lui a signalé le danger. Il est à noter que l'employeur est de la sorte astreint à une obligation de moyen, mais également à une obligation de résultat, dans la mesure où l'article L. 4132-2 du code du travail précise qu'il « *prend les dispositions nécessaires pour y remédier* ».

En cas de désaccord avec l'employeur, un CHSCT extraordinaire doit être réuni dans les 24 heures qui suivent la déclaration de signalement sur le registre spécial.

- Plus récemment, le CHSCT s'est vu confier un rôle de lanceur d'alerte par la loi du 16 avril 2013²⁵ « relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte », autrement appelée loi Blandin.

Aux termes de cette loi, si les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre par l'entreprise font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement, un salarié, de bonne foi, ou un représentant du personnel au CHSCT doit alerter immédiatement l'employeur.

L'alerte est alors consignée par écrit dans un registre. L'employeur doit examiner « *la situation conjointement avec le représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail qui lui a transmis l'alerte et l'informe de la suite qu'il réserve à celle-ci* ».

²⁴ Cass. soc., 17 juillet 1998, n° 96-20.988

²⁵ Loi 2013-316 du 16 avril 2013

En cas de divergence avec l'employeur sur le bien-fondé de l'alerte ou en l'absence de suite dans un délai d'un mois, le salarié ou le représentant du personnel au CHSCT peut saisir le préfet.

Dans la perspective de centraliser les enregistrements des alertes, une Commission nationale de la déontologie et des alertes en matière de santé publique et d'environnement est instituée (article 2 de la loi du 16 avril 2013).

Ce dispositif légal s'ajoute à la possibilité accordée aux représentants du CHSCT en cas de droit d'alerte pour danger grave et imminent (« DGI ») dans un établissement public ou privé. La procédure et le droit d'alerte pour DGI permet ainsi aux représentants au CHSCT de signaler à l'employeur une situation de danger qu'ils ont pu constater dans le cadre de leur mandat ou qui leur a été signalée par un salarié. Cette procédure permet également aux salariés d'exercer leur droit de retrait s'il y a un motif raisonnable de penser que la situation dénoncée présente un danger grave et imminent pour leur vie ou leur santé.

La déclaration de signalement du DGI par les représentants du CHSCT s'effectue également sur un registre spécial. En cas de désaccord avec l'employeur, un CHSCT extraordinaire doit être réuni dans les 24 heures qui suivent la déclaration de signalement sur le registre spécial des dangers graves et imminents.

➤ Les délégués du personnel

Le droit d'alerte du délégué du personnel est, défini par l'article L.2313-2 du code du travail, qui dispose que *« si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe une atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale ou aux libertés individuelles dans l'entreprise qui ne serait pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnée au but recherché, il en saisit immédiatement l'employeur »*.

A la différence des dispositions relatives au droit d'alerte du salarié et du représentant du personnel au CHSCT, il n'est pas ici exigé de situation de danger grave ou imminent mais une « simple » atteinte. Ceci permet au délégué du personnel d'exercer son droit d'alerte auprès de son employeur dans les situations de danger grave, mais qui ne présenteraient pas de caractère imminent, résultant par exemple d'une charge de travail excessive.

Dans ce cadre, les délégués du personnel peuvent tirer la « sonnette d'alarme » auprès de l'employeur toutes les fois qu'un salarié est victime de discrimination pour avoir dénoncé un comportement illicite au sein de l'entreprise. L'article L.2313-2 précise que si un tel signalement est effectué, l'employeur procède sans délai à une enquête avec le délégué du personnel et prend « les mesures nécessaires pour remédier » à la situation en cause. En pratique, ce mécanisme d'alerte reste largement méconnu des délégués du personnel, même s'il semble depuis quelques années connaître un certain regain.

Dans ce rôle, les délégués du personnel bénéficient d'une exclusivité. Cela signifie qu'un code de conduite éthique qui obligerait les salariés à faire remonter les réclamations directement auprès de l'employeur serait illégal et constitutif d'une entrave aux prérogatives des délégués du personnel. Les salariés n'en conservent pas moins le droit de présenter eux-mêmes leurs observations à l'employeur ou à ses représentants sans passer par les délégués du personnel, rappelle l'article L.2313-10 du code du travail.

Rien n'interdit donc à des salariés de prendre l'initiative d'instaurer, en concertation avec leur employeur, un dispositif d'alerte afin de présenter eux-mêmes des réclamations auprès de leur direction²⁶.

I.2 Le rôle supplétif de la jurisprudence

La Cour de cassation a cherché à pallier l'absence de cadre législatif général sur l'alerte éthique en entreprise en protégeant les lanceurs d'alerte.

La Cour de cassation a, tout d'abord, cherché à protéger l'effectivité du recours au juge.

C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, à partir de 2013, que toute mesure ou sanction prise par l'employeur et visant à sanctionner le salarié parce qu'il avait engagé une action en justice, le concernant directement ou concernant l'un de ses collègues, devait être annulée en ce qu'elle porte atteinte à une liberté fondamentale²⁷. Encore faut-il, lorsque mention n'en est pas explicitement faite dans la lettre de licenciement, que le salarié rapporte la preuve que le licenciement est en rapport avec la dénonciation des faits de harcèlement²⁸.

Par ailleurs, pour protéger de façon effective le droit du lanceur d'alerte de dénoncer des agissements illégaux, la Cour de cassation se fonde sur la liberté d'expression dont bénéficient les salariés sur leur lieu de travail et en particulier sur l'article 10 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose que :

Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

Ainsi, dans son arrêt du 30 juin 2016²⁹, la Cour de cassation avait à connaître du licenciement pour faute lourde du directeur administratif et financier d'une association qui avait pour mission de gérer un centre d'examen de santé, partie intégrante du dispositif de santé publique en Guadeloupe. Il était reproché à ce cadre d'avoir dénoncé au procureur de la République les

²⁶ TGI Nanterre 19 octobre 2007 n° 06/06460, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ Sté Dassault systèmes.

²⁷ Cass. soc., 6 févr. 2013 n° 11-11740

²⁸ Cass. soc. 2 juillet 2014, n° 13-19.990

²⁹ Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10557

agissements d'un membre du conseil d'administration et du président de l'association susceptibles de constituer une escroquerie ou un détournement de fonds publics.

Etonnamment, la cour d'appel avait refusé d'annuler le licenciement et avait débouté le salarié de sa demande de réintégration en retenant que la nullité ne pouvait être prononcée en l'absence de texte la prévoyant. Pour les conseillers à la cour d'appel, les articles L.1132-3-3 et L.1132-4 du code du travail (protection du lanceur d'alerte qui dénonce un délit ou un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions) n'étaient pas applicables à l'époque du licenciement et les faits dénoncés par le salarié ne se rattachaient pas à des faits de corruption, ce qui, de fait, excluait l'application de l'article L. 1161-1 du code du travail.

La Cour de cassation fait fi de ces arguments et pose, dans un attendu de principe, les fondements de la protection du lanceur d'alerte en se référant à l'article 10§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

« En raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression, en particulier au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, le licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser des infractions pénales, est frappé de nullité ».

A la suite de la publication de cet arrêt dans son rapport annuel et sur son site internet, la Cour de cassation a précisé que cette immunité joue *« non seulement lorsque les faits illicites sont portés à la connaissance du procureur de la République mais également, de façon plus générale, dès lors qu'ils sont dénoncés à des tiers ».*

Cet arrêt s'inscrit dans le droit fil de la jurisprudence de la Cour de cassation *« qui admet la nullité du licenciement ou de toute mesure de rétorsion portant atteinte à une liberté fondamentale du salarié »*³⁰. Dans le même sens, on citera un arrêt récent du 28 septembre 2016 de la cour d'appel de Metz³¹.

La jurisprudence de la Cour de cassation se calque sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme qui considère que les sanctions prises à l'encontre de salariés ayant divulgué des conduites ou des actes illicites constatés sur leur lieu de travail constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme^{32 33}.

La Cour de Strasbourg a, par exemple, rappelé dans l'affaire Fuentes Bobo contre Espagne, que *« l'article 10 s'impose non seulement dans les relations entre employeur et employé lorsque celles-ci obéissent au droit public mais peut également s'appliquer lorsque ces*

³⁰ Cass. soc., 29 octobre 2013 n°12-22447 Bull V n°252

³¹ <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000033185089&fastReqId=905077093&fastPos=1>

³² Cour européenne des droits de l'homme – Aff. Sosinowska c. Pologne n° 10247/09, 18 octobre 2011

³³ Cass. soc. 6 février 2013 n°11-11.740, Bull. V, n° 27 ; soc 29 octobre 2013 n°12-22447 Bull V n°252

relations relèvent du droit privé [...] » et que « l'Etat a l'obligation positive de protéger le droit à la liberté d'expression contre des atteintes provenant même de personnes privées »³⁴.

Plus particulièrement, dans cette affaire, la Cour a estimé qu'il ne peut être interdit à un salarié de publier des articles sur les dangers pour la santé d'une fabrication, et ce malgré les devoirs auxquels celui-ci reste soumis, limitant sa liberté de parole (secret industriel, secret commercial, devoir de loyauté)³⁵.

Les juges administratifs ne sont pas en reste.

Ainsi, le tribunal administratif de Melun a annulé, le 1er juin 2016, la suspension de deux ans, dont 18 mois avec sursis, prononcée par une commune contre une employée municipale peu de temps après qu'elle eut dénoncé les agissements de harcèlement sexuel de son supérieur hiérarchique. Pour le tribunal, cette sanction, constituait une mesure de représailles en réaction aux accusations de harcèlement sexuel visant le chef de la police municipale dont elle avait fait part à la commune. Le tribunal a alloué à la salariée 15.000 euros de dommages-intérêts « *eu égard à l'emploi occupé par l'auteur de ces faits, chef de la police municipale* », à « *la durée des faits subis sur une période au moins égale à une année et à leur gravité* » et eu égard « *aux conséquences sur sa carrière* »³⁶.

Précédemment, la cour administrative d'appel de Marseille avait jugé, dans son arrêt du 27 septembre 2011, que ne constitue pas un manquement à son obligation de réserve, le fait pour un fonctionnaire de signaler à la presse l'omerta régnant dans son service au sujet de pratiques de harcèlement moral³⁷.

II. UNE REGLEMENTATION SUR L'ALERTE ETHIQUE UNIFIEE MAIS TIMIDE

Qu'on se le dise, le projet de loi Sapin 2 vise à créer un socle de droits communs à tous les lanceurs d'alerte. Pour Michel Sapin, « *ce statut de lanceur d'alerte est une construction. La volonté du gouvernement est claire et nette, c'est que toutes les situations, et en particulier dans le domaine financier ou fiscal, soient couvertes* ». ³⁸

Aux termes de l'article 6C du projet de loi Sapin 2, l'obligation de se doter d'une procédure d'alerte concerne toutes les entreprises d'au moins 50 salariés³⁹. On peut cependant se poser la question de savoir s'il est réaliste de mettre en place un dispositif d'alerte professionnelle, comparable à ceux existants dans de grands groupes, dans des entreprises ne comprenant que 50 salariés.

³⁴ Cour européenne des droits de l'homme – Fuentes Bobo c. Espagne, n° 39293/98, 29 février 2000, paragraphe 38

³⁵ Cour européenne des droits de l'homme – Aff. Hertel c/ Suisse, N°53440/99, 25 août 1998

³⁶ Tribunal administratif de Melun, 1er juin 2016, n° 1503028

³⁷ Cour administrative d'appel de Marseille n° 09MA02175, 27 septembre 2011

³⁸ Déclaration de Michel Sapin le 07/06/2016 à l'Assemblée nationale

³⁹ « *des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel sont établies par les personnes morales de droit privé d'au moins cinquante salariés* ».

II.1 Qui peut revendiquer l'application du statut de lanceur d'alerte ?

Le texte fondateur est l'article 6A du projet de loi. Fondateur, il l'est et même à double titre puisqu'il fonde tout à la fois le statut général du lanceur d'alerte et le système de protection qui lui est accordé.

Aux termes de cet article 6A, l'Assemblée nationale a retenu, en seconde lecture, la définition suivante du lanceur d'alerte :

*« Un lanceur d'alerte est une personne **physique** qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».*

Cette définition, emprunte beaucoup à celle concoctée par les Sénateurs, et est, de fait, sensiblement différente de celle qui prévalait encore en première lecture :

« Un lanceur d'alerte est une personne qui révèle, dans l'intérêt général et de bonne foi, un crime ou un délit, un manquement grave à la loi ou au règlement, ou des faits présentant des risques ou des préjudices graves pour l'environnement ou pour la santé ou la sécurité publiques, ou témoigne de tels agissements ».

Le moins que l'on puisse dire est que le projet de loi Sapin 2 ne rend pas largement accessible les dispositifs d'alerte.

Livrons-nous ci-dessous à une petite explication de texte pour s'en convaincre.

- *« Est une personne physique »* : la définition finalement retenue ne vise plus que les seules personnes physiques, ce que souhaitaient les sénateurs. Pour reprendre les termes du rapporteur du projet de loi au Sénat, le lanceur d'alerte est avant tout « *un aiguillon utile* », un « *citoyen vigilant* » et donc une *personne physique* ». Disons le tout de go, cela est assez contradictoire avec la loi du 16 avril 2013 qui prévoit, en son article 1^{er}, que « *toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information* » relative à une action faisant peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement⁴⁰. Il en va de même de la loi du 11 octobre 2013, qui vise, en tant que lanceur d'alerte en matière de corruption ou de prévention des conflits d'intérêts, toute personne physique ou morale.

Le législateur semble oublier un peu vite que les personnes morales peuvent jouer un rôle utile pour dénoncer des agissements illégaux au sein des entreprises : associations de défense des consommateurs, associations de protection de l'environnement ou associations ayant une activité dans le domaine de la qualité de la santé et de la prise en charge des malades...

⁴⁰ La loi du 16 avril 2013 vise toute personne physique ou morale

- **« Une personne physique qui révèle ou signale de manière désintéressée » :**

Le mot « désintéressé » est susceptible de faire l'objet de deux acceptions, qui ne sont d'ailleurs pas exclusives l'une de l'autre.

Au terme de la première acception, le lanceur d'alerte ne doit pas avoir agi en raison d'incitations financières.

Dans la seconde acception, qui va dans le sens de ce que souhaitait le Sénat, le « lanceur d'alerte » ne peut avoir pour activité régulière d'alerter ou de faire connaître des comportements répréhensibles. Dans cette seconde acception, les lanceurs d'alerte ne peuvent pas être journalistes, inspecteurs du travail ou encore magistrats. C'est également la position exprimée par le Conseil d'Etat dans son étude de février 2016 puisqu'il y indique que *« les lanceurs d'alertes sont confrontés de manière inattendue à un comportement fautif ou à un risque, n'en font donc pas une activité habituelle et agissent dans l'intérêt général et non pour obtenir une rémunération »*.

De même, parce qu'il doit agir de manière désintéressée, le lanceur d'alerte ne semble pas pouvoir être la victime des agissements dénoncés.

- **« Qui révèle ou signale » :** le terme « signale » est celui qui avait la préférence des Sénateurs par rapport à celui de « révèle ». L'objectif était de conserver une certaine cohérence avec la définition de la procédure dite de signalement qui figure à l'article 6C du projet de loi. Il semble que l'on soit ici davantage dans une discussion sémantique que dans une discussion juridique.
- **« De bonne foi » :** le lanceur d'alerte doit avoir des motifs suffisants pour croire à l'exactitude des faits et des risques qu'il a entendu signaler, peu importe qu'au bout du compte il se soit trompé sur le caractère illicite des agissements dénoncés.

Cela rappelle ce que juge déjà la Cour de cassation en matière de droit d'alerte du salarié. La Cour de cassation n'exige pas, en effet, que la situation rencontrée par le salarié présente effectivement un danger grave ou imminent. Le seul fait que le salarié ait eu un motif raisonnable de le penser étant suffisant pour justifier l'exercice du droit de retrait⁴¹.

Sont ainsi exclues du champ de cette protection, les personnes émettant des signalements dont elles savent qu'ils sont totalement ou partiellement inexacts. Il en va de même des personnes émettant des signalements avec l'intention de nuire.

L'exigence de « bonne foi » n'est pas en soi une surprise dans la mesure où on la retrouve dans plusieurs dispositions du code du travail traitant de la protection du lanceur d'alerte.

⁴¹ Cass. soc., 5 juillet 2011, n° 10-23.319

Tel est le cas de :

- l'article L.1132-3 : « [...] *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] pour avoir relaté ou témoigné, **de bonne foi**, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ».
- l'article L.1161-1 : « [...] *aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire [...] pour avoir relaté ou témoigné, **de bonne foi**, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.*

Cette exigence de « bonne foi » se retrouve également dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Ainsi, dans son arrêt du 29 octobre 2013⁴², la Cour de cassation refuse d'annuler le licenciement d'un salarié « *qui avait rédigé une fausse attestation et informé ses collègues de travail de son intention de témoigner en faveur d'un autre salarié, en donnant ainsi une publicité à son opposition envers sa direction, de sorte que le licenciement ne reposait pas sur une atteinte à sa liberté de témoigner* ».

Citons dans le même sens, un arrêt du 6 juin 2012 de la Cour de cassation qui a approuvé les juges du fond d'avoir statué en faveur de l'employeur dès lors que « *la salariée avait dénoncé de façon mensongère des faits inexistantes de harcèlement moral dans le but de déstabiliser l'entreprise et de se débarrasser du cadre responsable du département comptable* »⁴³.

Dans le même sens, dans son jugement du 4 décembre 2015⁴⁴, le tribunal correctionnel d'Annecy a condamné un ancien salarié de la société Tefal à une peine d'amende avec sursis pour atteinte au secret des correspondances émises par voie électronique, et accès et maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données. Le tribunal lui a reproché d'avoir subtilisé fin 2013 des courriels internes à la société afin de les envoyer à une inspectrice du travail qui enquêtait sur l'entreprise. L'inspectrice du travail a elle-même été condamnée à la même peine pour recel d'informations et violation du secret professionnel.

Pour ce faire, le tribunal a écarté les arguments relatifs à la protection des lanceurs d'alerte au motif que les circonstances de l'affaire démontraient la « mauvaise foi » du salarié et le fait qu'il avait « *parfaitement conscience d'agir en infraction à la loi et en fraude à la charte informatique du groupe Seb et au règlement intérieur de la société Tefal* ».

⁴² Cass. soc., 29 octobre 2013 n°12-22447 Bull V n°252

⁴³ Cass. soc., 6 juin 2012, n° 10-28.345

⁴⁴ Trib. correct. d'Annecy, jugement du 4 déc. 2015 – n°1396/2015

N'aurait-on cependant pas pu faire l'économie de cette exigence de bonne foi, à l'instar de ce qui se pratique outre-Manche ? La réglementation anglaise⁴⁵ se révèle être moins contraignante et plus pragmatique que le projet de loi Sapin 2. Considérant, en effet, qu'il est préférable de se concentrer sur le contenu de l'alerte plutôt que sur les motivations du lanceur d'alerte, la réglementation anglaise a abandonné en 2013 l'exigence de bonne foi pour ne retenir que celle de l'alerte faite dans l'intérêt public.

- « **Un crime ou un délit** » : le projet de loi retient la possibilité de dénoncer des crimes et des délits. Ce critère s'inspire des dispositions insérées par la loi du 6 décembre 2013 qui a introduit l'article L.1132-3-3 du code du travail :

« Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat, pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ».

On peut néanmoins se demander si le champ particulièrement vaste des délits ne va pas créer de l'insécurité juridique pour les entreprises ... quand bien même nul n'est censé ignorer la loi.

- « **Une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement** » : il s'agit là d'une nouveauté par rapport à la définition retenue en première lecture. En se référant expressément aux manquements à une norme internationale, le législateur entend couvrir un champ plus large de l'alerte. Ainsi, la référence à un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ou un acte unilatéral pris sur le fondement d'un tel engagement permet d'y inclure, notamment, le droit de l'Union européenne.

On ne peut cependant qu'être surpris par le déséquilibre qui existe entre le fait que tout délit peut être signalé, alors que seule la violation « grave et manifeste » du droit international ratifié peut l'être.

- « **Une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général** » : l'objectif est de confiner l'alerte à ce qui est strictement nécessaire à l'intérêt public, et d'éviter que quiconque mette en péril les intérêts de son entreprise, de son administration ou encore de sa collectivité. Cette exigence doit être mise en rapport avec la recommandation du Conseil de l'Europe du 30 avril 2014 qui définit le lanceur d'alerte comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice

⁴⁵ Enterprise and Regulatory Reform Act (ERRA), with effect from 25 June 2013

pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé »⁴⁶.

Le Conseil de l'Europe, dans sa recommandation du 30 avril 2014 s'est cependant refusé à définir ce qu'est l'intérêt général autrement que par « *les violations de la loi et des droits de l'homme, ainsi que les risques pour la santé et la sécurité publiques, et pour l'environnement* ».

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut cependant offrir quelques pistes aux Etats-membres du Conseil de l'Europe. Celle-ci considère notamment que les sanctions prises à l'encontre de magistrats ou de salariés d'organismes publics ou privés qui ont divulgué des informations « *que les citoyens ont un grand intérêt à voir publier ou divulguer* » constituent une violation à leur droit d'expression au sens de l'article 10 de la CEDH. Parmi ces informations, figurent notamment les défaillances dans la délivrance de soins par l'Etat, le manque d'indépendance de la justice, les abus de pouvoir commis par des hauts fonctionnaires, les comportements contraires à la déontologie des professionnels de santé, l'existence d'un programme illégal de surveillance des communications, la critique du comportement de hauts fonctionnaires après un accident nucléaire, ou encore la dénonciation de la censure au sein d'une télévision publique. On trouve aussi les dangers pour la santé publique présentés par les fours à micro-ondes.

Le projet de loi Sapin 2 n'est pas plus précis sur ce qu'il faut entendre par « l'intérêt général ». Tout au plus peut-on imaginer que le juge devra prendre en compte pour déterminer la légitimité de la divulgation, l'intérêt prépondérant du public à connaître de cette information : crime ou délit, erreur judiciaire, corruption, atteintes à la sécurité, la santé publique ou l'environnement, abus de pouvoir, usage illégal de fonds publics, graves erreurs de gestion, conflits d'intérêts ou dissimulation des preuves afférentes...

Une fois encore, le Royaume-Uni se distingue par sa conception assez large de la notion d'intérêt public. Au contraire du projet de loi Sapin 2, la réglementation anglaise permet de protéger en tant que lanceur d'alerte celui qui dénonce les calculs erronés faits par son employeur concernant une commission applicable à 100 salariés. Ainsi, au Royaume-Uni, la somme des intérêts particuliers peut constituer l'intérêt général. Ce n'est pas là la conception française de l'intérêt public.

- **« dont elle a eu personnellement connaissance »** : il s'agit là encore d'une exigence souhaitée par les Sénateurs et qui ne figurait pas dans le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale. Cette formulation risque d'être un nid à contentieux car elle manque pour le moins de clarté : faut-il comprendre que le lanceur d'alerte doit avoir eu, directement, c'est-à-dire sans aucun intermédiaire, connaissance des faits ou du comportement litigieux ou faut-il considérer qu'il doit en avoir été lui-même informé par quelqu'un ayant constaté les faits ou le comportement en question ?

⁴⁶ Recommandation du Conseil de l'Europe du 30 avr. 2014 CM/RC 2014

II.2 Quelle protection pour le lanceur d'alerte ?

Le législateur protège les lanceurs d'alerte tant devant les juges civils que les juges répressifs. Sur ce point le projet de loi Sapin 2 se rapproche de l'article 806 de la loi Sarbanes Oxley, qui prévoit l'interdiction d'exercer des mesures de représailles à l'encontre des salariés qui auraient dénoncé des malversations et, en cas de violation de cette interdiction, le droit d'agir en justice contre l'employeur auteur des représailles.

II.2.1 Devant les juridictions civiles :

- **Un dispositif législatif propre au lanceur d'alerte**

Le lanceur d'alerte sera protégé au titre d'une réglementation sur la discrimination spécialement concoctée pour lui puisque l'article 6E du projet de loi Sapin 2 considère que le lanceur d'alerte ne peut être écarté d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, ou faire l'objet d'un licenciement, d'une sanction, d'une mesure discriminatoire directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération ou d'évolution professionnelle, ou de toute autre mesure défavorable. Toute décision contraire est nulle de plein droit.

Ainsi, le projet de loi Sapin 2 vise explicitement la rupture du contrat de travail comme l'un des actes dont le juge est susceptible de prononcer la nullité, s'il s'avère qu'elle constitue en l'espèce une mesure de rétorsion.

Fallait-il cependant aller jusqu'à créer un nouvel article, alors même que le code du travail dispose déjà d'une réglementation en la matière avec l'article L.1132-1. Cela aurait allégé le code du travail (merci pour lui !) et donné au lanceur d'alerte la protection propre à toute personne discriminée sur le lieu de travail (possibilité de recourir à l'inspecteur du travail, aux organisations syndicales, au Défenseur des Droits...)?

- **Il n'y aura pas de procédure de référé spécifique au lanceur d'alerte**

En première lecture, le projet de loi prévoyait que le salarié pouvait saisir le conseil des prud'hommes, statuant en la forme des référés. Le conseil des prud'hommes devait alors statuer dans les vingt-et-un jours suivant la saisine. Il pouvait ordonner le maintien du salarié dans l'entreprise ou, en cas de refus du salarié, ordonner le maintien du salaire jusqu'au prononcé du jugement.

Ces dispositions, assez ambitieuses et très contraignantes pour les conseils de prud'hommes qui ploient sous les dossiers qui s'entassaient sur les bureaux des greffiers, ont finalement été supprimées.

On en revient donc à des règles de procédure plus classiques. Cela ne signifie pas pour autant que le lanceur d'alerte se voit privé de toute possibilité d'agir en urgence. En effet, s'il a été victime de discrimination au travail en raison de l'alerte qu'il a lancé, le salarié peut procéder à la saisine directe du bureau de jugement, sans passer par la phase de conciliation dont on ne rappellera jamais assez son inefficacité chronique.

L'affaire sera alors directement portée devant le bureau de jugement qui :

- statuera en urgence sous la forme du référé ;
- jugera de la matérialité et de la gravité (ou non des faits) ;
- prendra des mesures immédiatement exécutoires afin de faire cesser la situation de discrimination.

Avec cette procédure, un litige pourra être tranché dans un délai compris entre 2 et 6 mois, alors qu'il faut actuellement entre 12 à 24 mois voire plus dans le cadre la procédure ordinaire (bureau de conciliation + bureau de jugement).

▪ **Aménagement de la charge de la preuve :**

Aux termes du projet de loi Sapin 2, dès lors que la personne présente des éléments de fait qui permettent de présumer qu'elle a relaté ou témoigné de bonne foi de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime ou qu'elle a signalé une alerte, il incombe à la partie défenderesse, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

A titre d'illustration, on citera un arrêt de la cour d'appel de Paris qui a jugé le 13 mars 2013, qu'était nulle la rupture du contrat de travail d'une personne dont l'employeur n'était pas parvenu à démontrer que cette rupture aurait été sans lien avec les faits de corruption signalés par la personne en cause⁴⁷. A l'inverse, est justifiée une mesure de mutation prononcée à l'encontre d'une personne qui avait signalé des faits de corruption à son employeur, dès lors que celui-ci était, en l'espèce, parvenu à démontrer que cette mesure de mutation relevait de l'intérêt du service.⁴⁸

Cette disposition s'inspire de la Loi Travail sur le harcèlement moral qui prévoit que le salarié harcelé ne devra plus « *établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement* » mais « *présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence* » d'un harcèlement, comme c'est déjà le cas en matière de discrimination⁴⁹ (modification du premier alinéa de l'article L. 1154-1 du code du travail).

Établir des faits renvoie à une démonstration et va au-delà de la simple présentation. Cela amoindrit les chances du demandeur de voir sa plainte aboutir car il peut être difficile d'apporter des preuves tangibles et directes dans les cas de harcèlement.

⁴⁷ CA Paris, 13 mars 2013, n° 12/03679

⁴⁸ CA Paris, 21 mars 2013, n° 11/06352

⁴⁹ L'article L. 1134-1 prévoit que le salarié « *présente des éléments de fait laissant supposer l'existence* » d'un harcèlement ».

II.2.2 Devant les juridictions pénales :

Toute personne qui fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice du droit mentionné à l'article 6A est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Article 6 FC (nouveau). Lorsque l'infraction est commise en bande organisée et avec violences, ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et à 45.000 € d'amende.

On peut regretter que le Défenseur des Droits ne se soit pas vu attribuer un pouvoir de sanction en cas d'entrave au droit d'alerte.

II.2.3 Protection financière du lanceur d'alerte :

Le lanceur d'alerte peut bénéficier d'un régime d'aides financières accordées par le Défenseur des droits pour faire face aux procédures judiciaires engagées contre lui, parfois pendant des années, ou pour faire valoir ses droits. Selon le projet de loi Sapin 2, le lanceur d'alerte doit bénéficier d'une réparation rapide de ses dommages financiers et moraux subis, à charge pour l'autorité publique de se retourner contre les auteurs pour récupérer les sommes versées au lanceur d'alerte.

Attention, il ne s'agit pas ici de rémunérer le lanceur d'alerte mais bien de l'indemniser à hauteur du préjudice moral et financier qu'il a subi. Y aura-t-il un fonds dédié chargé de l'indemnisation des lanceurs d'alerte à l'instar de ce qui se passe pour les victimes d'attentats ? Rien n'est dit à ce sujet dans le projet de loi Sapin 2.

Son bénéfice, dit la loi, peut être exceptionnellement accordé aux personnes morales à but non lucratif ayant leur siège en France. Cela paraît curieux, sachant que le lanceur d'alerte doit nécessairement être une personne physique.

Quant au montant de l'aide financière, il sera déterminé en fonction des ressources du lanceur d'alerte et de la mesure de représailles dont il fait l'objet, lorsque celle-ci emporte une privation ou une diminution de sa rémunération. Il sera diminué de la fraction des frais de procédure pris en charge au titre d'un contrat d'assurance de protection juridique ou d'un système de protection équivalent.

II.3 Quelle protection pour ceux qui sont la cible des alertes ?

▪ Au civil :

Le projet de loi Sapin 2 prévoit que non seulement les personnes à l'origine d'alertes infondées ou qui émettent des signalements avec l'intention de nuire n'ont pas vocation à être protégées, mais aussi qu'elles encourent des poursuites pour dénonciation calomnieuse sur la base de l'article 226-10 du code pénal ou encore pour diffamation.

Sur ce point, le projet de loi Sapin 2 ne semble pas tout à fait en phase avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 28 septembre 2016⁵⁰, qu'un salarié qui relate des faits de harcèlement moral ne peut être poursuivi pour diffamation. En effet, les exigences probatoires prévues pour ce délit de presse sont de nature à faire obstacle à l'effectivité du droit prévu par la loi de dénoncer de tels faits. En revanche, lorsqu'il est établi par la personne visée par les accusations que le salarié avait connaissance, au moment de la dénonciation, de la fausseté des faits allégués, la mauvaise foi de celui-ci est caractérisée et la qualification de dénonciation calomnieuse peut être retenue.

Prévu de longue date par le Code pénal, ce délit de dénonciation calomnieuse expose celui qui le commet à une peine de cinq ans d'emprisonnement et à une amende de 45 000 euros, sans préjudice de la condamnation à des dommages et intérêts qui pourraient être accordés à la victime et au remboursement de ses frais de justice.

Les personnes à l'origine d'alertes infondées peuvent également faire l'objet de sanctions disciplinaires car la liberté de dénonciation trouve sa limite dans l'abus de ce droit, ainsi que le rappelle la Cour de cassation⁵¹.

- **Au pénal :**

La responsabilité pénale du lanceur d'alerte peut-elle être engagée lorsque les informations qu'il divulgue portent atteinte à un secret protégé par la loi ? Non, s'il démontre que sa divulgation était nécessaire et proportionnée à la sauvegarde de l'intérêt général en cause.

En revanche, la responsabilité pénale du lanceur d'alerte sera engagée, à tous les coups, s'il vient à révéler quelque élément que ce soit relevant du secret de la défense nationale, du secret médical ou du secret des relations entre un avocat et son client. Ainsi, pour déroger aux secrets susvisés, qui sont pénalement protégés, les dispositions générales sur la protection du lanceur d'alerte ne suffisent pas.

Preuve d'une certaine défiance à l'égard du lanceur d'alerte, le projet de loi Sapin 2 lui rappelle qu'un juge d'instruction saisi d'une plainte pour diffamation à son encontre peut prononcer des amendes civiles dont le montant est porté à 30 000 €.

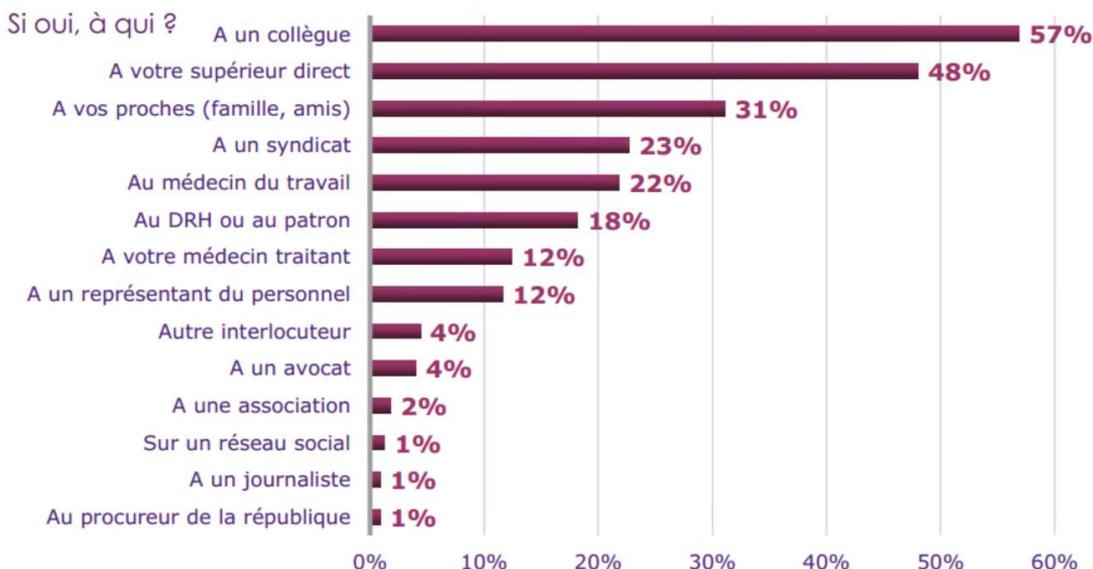
⁵⁰ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/1027_28_35086.html

⁵¹ Cass. soc. 3 mai 2011, n° 10-14.104 ; Cass. soc. 28 avril 2011, n° 10-30.107

II.4 Comment mettre en œuvre une politique de protection des lanceurs d’alerte ?

Selon un sondage Harris Interactive pour Transparency International France et Tilder publié le 3 décembre 2015, alors que 83% des salariés qui seraient témoins de pratiques de corruption sur leur lieu de travail se disent prêts à en parler, 39% d’entre eux choisissent de s’adresser à un collègue.

Les collègues sont les premières personnes à qui faire part de ses doutes.



(Tableau issu de l’étude de novembre 2015 du cabinet Technologia)

Se confier à un collègue de travail n’est cependant pas un bon réflexe.

« *Le réflexe d’en parler à un collègue est un signal du manque d’information apporté aux salariés sur l’attitude à adopter face à des situations de corruption* » rappelle à juste titre Nicole-Marie Meyer, chargée de mission alerte éthique pour Transparency International France. « *Le bon réflexe, c’est d’en parler à une instance interne ou externe qui puisse agir : selon les cas, la hiérarchie, les représentants du personnel ou une instance dédiée en interne. Les autorités compétentes ou les associations spécialisées en externe.* »

Toujours selon le sondage Harris Interactive, un tiers de ceux qui se taisent le feraient faute de savoir à qui s’adresser.

II.4.1 La mise en place de procédures confidentielles et sécurisées

En vertu du projet de loi Sapin 2, les entreprises d’une certaine taille (50 salariés) doivent se doter de procédures confidentielles et sécurisées permettant de rediriger l’alerte en interne, vers des organes compétents pour l’analyser et la traiter et de placer ces derniers à un niveau suffisant afin que l’alerte soit prise en charge de manière efficace.

- **Respecter la confidentialité de l’auteur de l’alerte et de la personne visée par l’alerte :**

- **Respecter la confidentialité du lanceur d’alerte**

- Par principe, les auteurs d'alertes mettant en cause des comportements attribués à des personnes désignées doivent s'identifier afin de :
 - les responsabiliser et limiter les risques de dérapage vers la délation et la dénonciation calomnieuse ;
 - faciliter la protection de l’auteur de l’alerte contre d’éventuelles représailles ;
 - permettre un meilleur traitement de l’alerte en ouvrant la possibilité de demander à son auteur des précisions complémentaires.

Amener les lanceurs d’alerte à avancer visage découvert n’est cependant pas chose aisée, ce qui est corroboré par le sondage Harris Interactive pour Transparency, selon lequel 62% des salariés ne souhaiteraient pas voir divulguée leur identité s’ils devaient lancer une alerte.

Le traitement des alertes doit donc s’attacher à respecter deux exigences :

- la procédure doit être conçue de manière telle que les salariés s'identifient à chaque communication ;
- la procédure et les outils informatiques mis en œuvre pour recueillir et traiter l’alerte doivent garantir une stricte confidentialité des informations transmises et de leur auteur.

La confidentialité est également le gage que les informations signalées puissent être recoupées, avant d’être portées à la connaissance du public. Un tel recoupement est non seulement nécessaire pour évaluer le bienfondé d’une alerte avant d’y donner suite, mais également pour éviter que la divulgation d’informations erronées porte atteinte de manière injustifiée, à la personne ou à l’organisation visée, comme cela a pu être le cas dans le passé.

C’est pourquoi, les recueils d’alertes, obligatoires dans les entreprises d’au moins cinquante salariés, doivent être confiés à un service ou une organisation spécifiquement mis en place pour traiter ces questions, spécialement formé et soumis à une obligation renforcée de confidentialité (**Document CNIL du 1^{er} mars 2006**).

Si le recueil et le traitement des alertes professionnelles sont confiés à un prestataire extérieur, la CNIL recommande une circulation des informations aussi limitée que possible. (**Document CNIL du 1er mars 2006**)

Reste à savoir si une alerte anonyme est, ou non, recevable et si elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement ? Le projet de loi Sapin 2 n'excluant pas expressément le traitement des alertes anonymes, le fait que l'alerte soit anonyme ne devrait pas suffire à la déclarer irrecevable.

Vision purement théorique des choses ? Pas forcément dans la mesure où en matière de risques sanitaires qui pourraient mettre en danger la vie humaine, une agence telle que l'agence de sécurité sanitaire de l'alimentation, de l'environnement et du travail (ANSES) traite les alertes anonymes de la même manière que les alertes dont l'auteur est clairement identifié pour étudier au plus vite le risque signalé et en maîtriser au mieux les conséquences.

Dans le même sens, rappelons que la CNIL considère que l'alerte d'une personne anonyme peut-être traitée notamment si la gravité des faits est établie et les éléments factuels sont suffisamment détaillés⁵².

- Les prestataires externes doivent s'engager par contrat à respecter les règles et principes français et européens de protection des données, et à respecter le contenu des engagements pris par leur donneur d'ordres dans le cadre de l'autorisation unique.

En tout état de cause, les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec le consentement de celui-ci.

Selon le projet de loi Sapin 2, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 50 000€ d'amende le fait de divulguer des éléments de nature à identifier les lanceurs d'alerte.

➤ **Respecter la confidentialité de la personne visée par le lanceur d'alerte**

Aux termes du projet de loi Sapin 2, les éléments de nature à identifier la personne physique mise en cause par une alerte ne peuvent être divulgués qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte. La formule est peu claire : quand considère-t-on que le caractère fondé de l'alerte est établi ? A l'issue de l'enquête menée par l'employeur, à la date de la notification de la sanction disciplinaire ou du renvoi de la personne devant une juridiction de jugement voire à la date de sa condamnation par un tribunal ?

▪ **Avoir un parcours de signalement sécurisé**

L'objectif est d'inciter les entreprises à se doter de procédures aussi simples et transparentes que possible afin que l'alerte soit redirigée, en interne, vers des organes

⁵² <https://www.cnil.fr/fr/declaration/au-004-dispositifs-dalerte-professionnelle>

compétents pour donner rapidement suite à celles qui sont légitimes, et écarter celles qui sont infondées voire abusives.

Cela passe par une information claire de l'employeur à l'égard des utilisateurs du dispositif d'alerte sur :

- l'identité du responsable du dispositif,
- les objectifs poursuivis et du périmètre limité,
- le caractère facultatif du dispositif,
- l'absence de conséquence à l'égard des salariés de la non-utilisation de ce dispositif,
- les destinataires des alertes,
- l'existence d'un droit d'accès et de rectification au bénéfice des personnes identifiées dans le cadre de ce dispositif.

Cela passe par une procédure de traitement des alertes reposant sur :

- sur des écrits,
- sur des écrits présentant des éléments factuels de manière chronologique : il faut donc réunir des preuves (courriers, rapports, documents comptables) et témoignages afin de constituer un dossier (historique, résumé, preuves), seul ou avec l'aide d'un tiers,

Si l'alerte ne rentre pas dans le champ du dispositif, la destruction ou l'archivage des données s'y rapportant doit être réalisé sans délai. Dans le cas contraire, l'organisation chargée de la gestion des alertes doit procéder à la vérification des faits recueillis et dispose de 2 mois, à compter de la fin de ces opérations de vérification, pour communiquer ses conclusions ainsi que les informations nécessaires aux personnes compétentes identifiées par l'employeur. A l'issue de cette période de 2 mois :

- soit l'employeur décide d'engager une procédure disciplinaire ou judiciaire : les données détenues par l'organisation chargée de la gestion des alertes peuvent être conservées jusqu'au terme de la procédure,
- soit l'employeur décide de ne pas donner suite à l'alerte : les données s'y rapportant sont détruites ou archivées sans délai. L'archivage s'entend de la conservation des données dans un système d'information distinct à accès restreint.

Par ailleurs, le lanceur d'alerte doit savoir à qui s'adresser.

Le projet de loi Sapin 2 prévoit une gradation des canaux susceptibles d'être empruntés par les lanceurs d'alerte, lorsque l'alerte interne se heurte à une absence de réponse apportée dans un délai raisonnable.

Sur ce point, le projet de loi Sapin 2 s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵³ et de certaines législations étrangères (notamment britannique et irlandaise⁵⁴) :

⁵³ La jurisprudence européenne comme les standards internationaux recommandent d'effectuer d'abord un

- les salariés peuvent également s'adresser à leur supérieur hiérarchique direct ;
- en cas de raisons plausibles de soupçonner une implication de la hiérarchie l'alerte peut être portée à la connaissance de la personne de confiance désignée par l'employeur via un numéro de téléphone (ligne éthique), une adresse électronique particulière ou encore un formulaire en ligne sur un site sécurisé : inspection interne, déontologue, comité de déontologie
- en tout état de cause, ce canal interne dédié devra être placé à un niveau décisionnel suffisamment élevé (comité exécutif, direction générale) et ses acteurs devront bénéficier de garanties d'indépendance afin que puissent être prises, le cas échéant, les mesures qui s'imposent pour remédier aux agissements ou risques signalés.

Ce premier niveau de graduation nous paraît cohérent avec la pratique. L'expérience démontre, en effet, que la plupart des donneurs d'alerte utilisent d'abord les procédures internes.

Dès lors, si aucune suite n'est donnée à l'alerte dans un délai raisonnable, l'alerte peut être adressée à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative, au Défenseur des droits, aux instances représentatives du personnel, aux ordres professionnels ou à toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date de l'alerte se proposant par ses statuts d'assister les lanceurs d'alerte.

Toujours en pratique, la police et la gendarmerie (16%) ainsi que les autorités judiciaires ou administratives (13%) ne font pas partie des interlocuteurs auxquels s'adressent en priorité les salariés témoins de situations de corruption, les salariés préférant s'adresser aux associations et organismes spécialisés dans la lutte contre la corruption.

À défaut de prise en compte par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa ou en cas d'urgence, l'alerte peut être rendue publique (presse). Selon le législateur, la divulgation au public ne devrait intervenir qu'en dernier ressort, en cas d'urgence et d'impossibilité absolue de faire cesser le fait dommageable à l'intérêt général.

En pratique, les témoignages dans la presse (6%) ou sur internet (2%) sont souvent la dernière solution envisagée par les salariés. Contrairement aux craintes de grand déballage parfois invoquées dans le débat public, la médiatisation semble être le dernier recours.

signalement interne, puis externe et en dernier recours la presse, « en cas d'impossibilité manifeste d'agir autrement » (Cour EDH, GUJA c. Moldavie, § 142).

⁵⁴ La loi britannique – le Public Interest Disclosure Act adopté en 1998 –, qui a servi de matrice à l'adoption de la loi irlandaise, retient de la sorte trois paliers

Quid si le lanceur d’alerte ne respecte pas ce chemin gradué ? Il expose assurément sa responsabilité civile ou pénale, ce que le conseil des ministres du conseil de l’Europe a souligné dans sa recommandation du 30 avril 2014 : « le fait que le lanceur d’alerte ait révélé des informations au public sans avoir eu recours au système de signalement interne mis en place par l’employeur peut être pris en considération lorsqu’il s’agit de décider (...) du niveau de protection à accorder au lanceur d’alerte ».

La Cour européenne des droits de l’homme n’exclut cependant pas qu’il soit procédé à une divulgation au public autrement qu’en dernier recours. Afin d’apprécier la pertinence d’une telle divulgation au public, la Cour prend en compte des critères, tels que l’intérêt public que présente l’information divulguée, l’authenticité de celle-ci, le poids respectif du dommage que la divulgation risque de causer à l’organisation visée, l’intérêt que le public pourrait avoir à obtenir cette divulgation, ou encore la motivation de la personne ayant émis le signalement.

Avoir un parcours sécurisé signifie aussi inciter voire obliger les responsables et autorités saisis à informer les lanceurs d’alerte, ainsi que les personnes visées, des suites données aux signalements dont ils sont destinataires.

Malheureusement, cela n’est pas prévu dans le projet de loi Sapin 2. Pourtant, en l’absence d’une telle information des autorités saisies, le droit d’alerte se vide de sa substance. Les entreprises auront tout intérêt à prévoir une disposition en ce sens dans leur dispositif d’alerte.

▪ **Traitement des données :**

- Comment déclarer un dispositif d’alerte professionnelle ?

Les dispositifs d’alerte, en raison de leur nature, entraînent la collecte de données à caractère personnel, posant ainsi la question de la conformité de cette collecte à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dite loi informatique et libertés.

C’est pourquoi, la CNIL a adopté une autorisation unique (AU-004) le 8 décembre 2005 modifiée le 30 janvier 2014 afin d’encadrer la mise en place d’un dispositif d’alerte professionnelle et de simplifier les formalités administratives de déclaration. Depuis 2014, ce dispositif a étendu aux domaines de la lutte contre les discriminations, du harcèlement, de la santé, de l’hygiène et de la sécurité au travail ainsi que de la protection de l’environnement.

Les entreprises qui respectent en tout point le cadre défini dans cette autorisation doivent adresser à la CNIL une déclaration de conformité (disponible sur le site de la CNIL). Il s'agit là d'une procédure purement déclarative sur laquelle la CNIL n'opère pas de contrôle avant de délivrer un récépissé.

Lorsque le dispositif d'alerte professionnelle envisagé sort du cadre fixé par l'AU-004, notamment au regard du fondement juridique et du champ d'application, l'entreprise doit adresser à la CNIL un dossier complet de demande d'autorisation individuelle⁵⁵.

- Droit d'opposition

Le droit d'opposition peut être exercé pour faire obstacle au traitement des données personnelles dès lors que ce droit repose sur des motifs légitimes (exemple : absence d'information sur l'existence du dispositif ; défaut manifeste de confidentialité, etc).

- Droit d'accès

La personne visée par l'alerte dispose d'un accès à ses données personnelles faisant l'objet d'un traitement d'automatisé.

La personne visée par l'alerte ne sera cependant pas en mesure d'obtenir la communication de l'identité de l'émetteur de l'alerte ou des données recueillies lors de la phase de vérification.

La CNIL considère en effet que le droit d'accès ne peut pas porter sur des documents préparatoires à une décision, en l'occurrence, la décision de poursuivre ou non la personne mise en cause. Toutefois, une fois la décision prise, ces documents deviendront accessibles sur le fondement du droit d'accès.

L'identité de l'émetteur de l'alerte restera, quant à elle, toujours inaccessible sur le fondement du droit d'accès (elle sera accessible dans le cadre d'une procédure judiciaire).

- Droit de rectification

La personne visée par l'alerte a un droit de rectification qui s'exerce en demandant la rectification des informations inexacts le concernant. Le droit de rectification complète le droit d'accès. Il permet d'éviter qu'un organisme ne traite ou ne diffuse de fausses informations.

Le droit de rectification n'est pas absolu. Il est soumis à la condition que les données dont la personne concernée demande la rectification soient « inexacts, incomplètes, équivoques, périmées ». Rapporté au fonctionnement des dispositifs d'alerte, ce droit prendra son sens, en particulier, dans les cas où il est établi qu'une personne a été mise en cause de manière injustifiée dans le cadre du dispositif d'alerte. La personne aura alors le droit de faire supprimer les informations la concernant. Il s'appliquera également dans le cas où il est établi qu'une personne a été mise en cause de manière justifiée mais que les enregistrements la concernant comportent des erreurs. La personne aura alors le droit de faire rectifier les informations la concernant.

⁵⁵ <http://www.cnil.fr/documentation/fiches-pratiques/fiche/article/les-alertes-professionnelles-enquestions/>