

« Lanceurs d’alerte et droit social »*

Par

Jean-Michel LATTES
Maître de Conférences en droit privé
Chercheur à l’Institut de droit privé (IDP - EA 1920)
à l’Université Toulouse 1 Capitole
Premier adjoint au Maire de Toulouse

INTRODUCTION

L’apparition en France de ce qu’il convient d’appeler désormais les « lanceurs d’alerte » peut être située dans les années 1990, essentiellement dans le domaine de l’environnement. C’est à cette période qu’une tentative de définition est proposée par les sociologues Francis Chateauraynaud et Didier Torny¹. Pour ces auteurs, cette expression est applicable à « *des personnes, spécialistes ou simple citoyens, ou à des groupes qui prennent la décision d’interpeller les médias ou les pouvoirs publics pour signaler un danger caché ou un risque décelé dans leur champ de compétence afin de les faire réagir et cela, parfois, en raison de l’absence de réaction d’une hiérarchie souvent complice de la dissimulation* ».

Le caractère désintéressé de cette action est une des clés de cette définition. Le but poursuivi par le lanceur d’alerte est d’enclencher un processus de régulation, voire de mobilisation collective, au nom du bien commun en dehors de toute recherche d’intérêt individuel. Celui-ci prend cependant un risque personnel pour protéger la société dans laquelle il évolue².

Le phénomène des lanceurs d’alerte est relativement récent et son émergence se retrouve tant dans les pays anglo-saxons³ que dans les pays francophones⁴. Le droit international, comme le droit européen, est venu compléter cette mutation en proposant des définitions juridiques applicables aux personnes concernées.

Selon Transparency International, le lanceur d’alerte est « *une personne qui, dans le contexte de sa relation de travail, signale un fait illégal, illicite et dangereux, touchant à*

*« *J’ai eu la chance de travailler dans la même section que le Professeur Deen Gibirila à l’Université Toulouse Capitole. C’est avec beaucoup de plaisir que j’ai participé à la rédaction de ces Mélanges Gibirila qui honorent, à la fois, l’enseignant, le chercheur et l’ami* ». NDLA.

¹ F. Chateauraynaud & D. Torny, Les Sombres précurseurs, Editions Ehes, 2013, pp.32 à 37.

² Le lanceur d’alerte le plus connu, tout en restant paradoxalement anonyme pendant plus de 30 ans, est Deep Throat, dont les révélations dans la presse en 1972 ont entraîné la démission du président américain Nixon.

³ Dans les pays anglo-saxons, on utilise le terme « *whistleblower* » qui peut se traduire comme la personne qui sonne l’alarme. Cela désigne aussi celui qui entend donner un coup d’arrêt à une action illégale, irrégulière ou injuste.

⁴ Au Québec et au Canada francophone, le terme utilisé a longtemps été celui de « *dénonciateur* » mais le terme « *lanceur d’alerte* » a aujourd’hui tendance à s’imposer.

l'intérêt général, aux personnes ou aux instances ayant le pouvoir d'y mettre fin»⁵. Cette définition est reprise par le Conseil de l'Europe dans une résolution de 2014⁶.

En droit français, la loi Sapin 2 met en place, pour la première fois, un régime général destiné à organiser la protection des lanceurs d'alerte. Elle en donne une définition pouvant être qualifiée de large⁷. Dans ce texte, 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. Les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client sont exclus du régime de l'alerte* »⁸.

Ce texte, par ailleurs précis, ne prend cependant pas en compte les personnes morales ou institutions sociales. Celles-ci nous semblent pourtant, au moins pour certaines d'entre elles, avoir été conçues pour exercer cette mission dans une perspective institutionnelle. Ainsi, dans la représentation du personnel, la capacité organisée de « *donner l'alerte* » attribuée par le Code du travail au Délégué du Personnel (DP), au Comité d'Entreprise (CE), au Comité d'Hygiène de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) et, aujourd'hui, au Comité Social et Economique (CSE) nous apparaît comme une forme d'organisation sociale destinée à permettre la révélation de difficultés, souvent graves, le plus souvent dissimulées ou négligées par l'employeur.

Certes, la « *gratuité* » de l'action menée par l'institution n'apparaît pas comme elle peut apparaître lorsqu'elle concerne une personne physique isolée et longtemps non protégée mais, même encadrée par le droit, cette forme d'alerte peut aboutir à la même finalité: faire cesser un trouble grave non traité par l'autorité responsable⁹.

⁵ Transparency International France est la section française de Transparency International. Cette structure mondiale vise à combattre tous les facteurs de corruption au niveau des États, des entreprises, de la société civile voire même des individus. Elle représente plus de 100 sections dans le monde et dispose d'un secrétariat international à Berlin.

⁶ Recommandation du Conseil de l'Europe CM/ Rec.2014.7.

⁷ La loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, dite « *Sapin 2* ».

⁸ D'autres textes participent à cette orientation. C'est le cas de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à « *la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière* » ayant permis d'insérer dans le code du travail l'article L. 1132-3-3 qui dispose qu'aucun salarié ne peut 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* », une telle mesure étant sanctionnée par la nullité du licenciement, en application de l'article L. 1132-4 du même code.

C'est aussi le cas de la loi relative à « *l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte* » du 16 avril 2013 visant à compléter les mécanismes d'alerte en matière de veille sanitaire. La loi permet aux salariés d'alerter l'employeur s'ils estiment - de bonne foi - que les produits ou procédés de fabrication utilisés ou mis en œuvre dans l'établissement font peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement. L'alerte doit être consignée par écrit.

Dans tous les cas, l'employeur doit informer le lanceur d'alerte de la suite qu'il réserve à celle-ci dans un délai maximum d'un mois (art. L. 4133-1).

En cas de divergence sur le bien-fondé de l'alerte ou sur les mesures à prendre, le lanceur d'alerte ou le délégué du CHSCT peuvent saisir le préfet.

⁹ Quelques ouvrages juridiques se sont emparés du sujet, traduisant ainsi l'évolution de la doctrine juridique sur un sujet de plus en plus encadré par le droit.

Cf. Florence Chaltiel, Les lanceurs d'alerte, Dalloz 2018 – Mathieu Disant et Delphine Pollet-Panoussis, Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?, LGDJ 2017 – Olivier Leclerc, Protéger les lanceurs d'alerte: La démocratie technique à l'épreuve de la loi, LGDJ 2017.

De fait, nous évoquerons à la fois les structures de représentations du personnel investies dès leur mise en place de cette mission dans un contexte juridique protecteur (Partie 1) et les personnes physiques dont la protection ne s'est organisée que progressivement (Partie 2).

PARTIE 1. Le droit d'alerte des représentants du personnel.

Le Code du travail organise la fonction d'alerte des représentants du personnel dès leur mise en place. Ainsi, le premier texte institutionnalisant la représentation du personnel dans l'entreprise, la loi du 24 juin 1936, organise le droit pour les délégués ouvriers d'intervenir auprès de l'employeur lorsqu'est en cause la protection ouvrière ou l'hygiène et la sécurité¹⁰. Alertes économiques, alertes sociales, alertes sur l'hygiène et la sécurité... les institutions représentatives du personnel préfigurent clairement, dans une perspective collective et protégée, le rôle aujourd'hui dévolu à l'individu lanceur d'alerte.

L'Ordonnance Macron du 22 septembre 2017¹¹ organise la fusion des Délégués du Personnel (DP), du Comité d'Entreprise (CE) et du Comité d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT) pour donner naissance à une nouvelle institution : le Comité Social et Économique (CSE). Le nouveau comité conserve les prérogatives reconnues aux anciennes institutions.

De fait, avant même que l'émergence des lanceurs d'alerte n'entraîne la nécessité de les protéger, le législateur social avait investi ces institutions de prérogatives aboutissant au même résultat : la mise en lumière de difficultés jusque-là escamotées par ceux qui disposaient du pouvoir de les réguler.

A. Les institutions anciennes.

1. Le CE, lanceur d'alerte économique.

Le rôle économique dévolu au Comité d'entreprise se limite à lui permettre d'être informé voire, parfois, consulté. Pour autant, le pouvoir de gestion demeure une prérogative de l'employeur et on ne peut parler de cogestion.

Afin de renforcer ses prérogatives dans le domaine de la prévention, le Comité s'est vu reconnaître la possibilité de faire jouer son « *droit d'alerte* » lorsque la situation économique ou sociale de l'entreprise lui apparaît préoccupante¹².

Plusieurs motifs peuvent permettre de justifier le déclenchement de la procédure d'alerte. Elle peut résulter d'une baisse importante du chiffre d'affaires de l'entreprise, du report renouvelé et excessif d'échéances, du refus de certification des comptes par le commissaire aux comptes, de retards réitérés dans le paiement des salaires, voire même de la perte d'un fournisseur ou d'un client important¹³...

¹⁰ J-L Costa, « *Les délégués ouvriers d'après la loi du 24 Juin 1936* », Revue d'économie politique, Vol. 51, N°5 - 1937 – pp. 1394-1412.

¹¹ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail – J.O.R.F. N°0223 du 23 septembre 2017 - texte n° 33.

¹² Article L.2312-63 du code du travail : « *Lorsque le CSE a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications* ».

¹³ Dès l'instant où des faits de nature à affecter la situation économique de l'entreprise sont établis, le comité dispose d'une grande latitude dans le déclenchement de la procédure d'alerte. La Cour confirme que c'est au Comité d'apprécier le caractère préoccupant de ces faits, le juge n'exerçant sur ce point qu'un contrôle minimum (Cass. soc. du 19.02.2002, n° 696 FS-PB).

Le CE est alors en droit d'exercer un droit d'alerte économique¹⁴ lorsqu'il a connaissance de faits lui paraissant préoccupants alors qu'aucune réaction significative ne vient de la direction de l'entreprise. Le comité peut ainsi demander à l'employeur de lui fournir des explications¹⁵. Si le CE n'a pas obtenu de réponses suffisantes de l'employeur ou si celles-ci confirment le caractère préoccupant de la situation, il établit un rapport¹⁶.

Pour l'aider dans sa mission, le CE peut être assisté d'un expert-comptable (une fois par exercice comptable) voire même convoquer les commissaires aux comptes¹⁷.

Dans les entreprises de plus de 50 salariés démunies de CE, les délégués du personnel (DP) peuvent exercer le droit d'alerte. La procédure est identique à celle de l'alerte déclenchée par le CE mais les DP ne rédigent pas de rapport. En l'absence de CE et de DP, l'alerte ne pourra pas être déclenchée.

La multiplication, ces dernières années, des procédures d'alerte économique liées aux risques économiques amène cependant à s'interroger sur leurs finalités réelles. Le comité sort parfois de son rôle de lanceur d'alerte pour utiliser une procédure de manière sans doute exagérée afin de faire pression sur l'employeur dans le cadre de négociations courantes au sein de l'entreprise. Le droit d'alerte devient alors le simple révélateur d'un malaise social sans doute éloigné de la perspective que trace un lanceur d'alerte.

2. Le CHSCT.

Le droit d'alerte des institutions représentatives du personnel a une importance particulière dans le domaine de la santé et de la sécurité. L'article L. 4131-2 du Code du travail affecte cette procédure au CHSCT, confortant ainsi sa fonction de base.

En cas de constat direct, ou par l'intermédiaire d'un salarié, d'une situation de danger grave ou imminent, les représentants du C.H.S.C.T. en avisent immédiatement l'employeur ou son représentant¹⁸.

L'avis est un document avant tout technique. Il est daté et signé. Il comporte l'indication du ou des postes de travail concernés, de la nature du danger, et de sa cause, ainsi que les noms des salariés exposés. Il est consigné sur un registre spécifique. L'employeur procède sur le champ à une enquête avec le représentant du C.H.S.C.T. ayant déclenché la procédure. Il prend ensuite les dispositions nécessaires pour faire cesser le danger.

En cas de divergences sur la réalité du danger et ou sur la manière de le faire cesser, une procédure doit être engagée. L'employeur doit organiser une réunion du C.H.S.C.T. dans les 24 heures. Il y aura une obligation d'information de l'inspecteur du travail et de l'agent de prévention de la Caisse Régionale d'Assurance Maladie (... désormais CARSAT) de cette réunion¹⁹.

En cas de désaccord persistant, l'employeur saisit l'inspecteur du travail. Celui-ci peut déclencher la procédure d'intervention du directeur départemental du travail ou saisir le juge des référés.

¹⁴ Le CE est également en droit d'exercer un droit d'alerte sociale, s'il constate un accroissement important (ou un recours abusif) des CDD ou du travail temporaire dans l'entreprise. L'examen de cette question est inscrit à l'ordre du jour de la réunion ordinaire suivante du CE, à la demande de la majorité de ses membres. Le CE peut en saisir l'inspection du travail.

¹⁵ Cette demande est inscrite de droit à l'ordre du jour de la prochaine séance du CE.

¹⁶ Les informations concernant l'entreprise communiquées au CE ont un caractère confidentiel.

¹⁷ Le CE peut aussi être aidé de 2 salariés de l'entreprise choisis en dehors du CE et qui disposent de 5 heures chacun pour aider le CE à établir ce rapport.

¹⁸ A compter du 1.01.2020, cette mission est dévolue au CSE.

¹⁹ Ces institutions peuvent assister à cette réunion. Depuis le 1.07.2010, les Caisses d'Assurance Retraite et de la Santé au Travail (CARSAT) ont succédé aux CRAM.

Signalons enfin, qu'en l'absence de C.H.S.C.T., les délégués du personnel exercent les missions attribuées à cet organe²⁰. Les conditions d'exercice de ces fonctions par les délégués varient selon la taille de l'entreprise (50 salariés ou moins)²¹ conformément à l'Article L. 2313-16 du Code du Travail.

3. Le rôle complémentaire du délégué du personnel.

Au-delà de leur rôle de substitution en l'absence de CE ou de CHSCT, les délégués du personnel disposent eux aussi d'un droit d'alerte propre. Ainsi, si un délégué du personnel constate, notamment par l'intermédiaire d'un salarié, qu'il existe dans l'entreprise une atteinte injustifiée aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale, ou aux libertés individuelles, il en avise immédiatement l'employeur²².

Celui-ci doit procéder ou fait procéder à une enquête. En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, le salarié - ou le délégué si le salarié concerné averti par écrit ne s'y oppose pas - saisit le Conseil de Prud'hommes qui statue selon la procédure de référé. Le juge peut ordonner sous astreinte toutes mesures de nature à faire cesser cette atteinte²³.

B. Le CSE.

La mise en place du Comité Social et Economique (CSE) concentre, pour l'essentiel, en son sein les prérogatives des anciennes instances représentatives du personnel, dont les droits d'alerte. En effet, répartis auparavant au sein des différentes instances de représentation du personnel, ces droits d'alerte sont désormais assumés par le seul CSE²⁴.

On retrouve, en effet, dans son champ de compétence, le droit d'alerte économique, le droit d'alerte sociale, le droit d'alerte en cas de danger grave et imminent ainsi que le droit d'alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale et aux libertés individuelles dans l'entreprise. On note cependant quelques nuances entre l'ancien et le nouveau dispositif.

Ainsi, l'alerte portant sur les droits des personnes²⁵ précédemment assumée par les Délégués du Personnel (DP) est attribuée au CSE dans les entreprises comptant au moins 11 salariés²⁶. On y retrouve les bases du dispositif précédent, à savoir: une atteinte aux droits des personnes, une atteinte à la santé physique et mentale ou une atteinte aux libertés individuelles²⁷.

Les salariés élus au CSE²⁸ peuvent saisir immédiatement l'employeur s'ils constatent une atteinte aux droits des personnes. Ce dernier doit procéder sans délai à une enquête avec le membre du CSE et prendre les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation.

²⁰ Art. L. 2313-16 et L. 4611-2

²¹ Art. L. 4611-3 du Code du travail.

²² Article L. 2313-2 du Code du travail.

²³ Depuis la loi du 17 janvier 2002, la procédure d'alerte des délégués du personnel en cas d'atteinte aux droits des personnes ou aux libertés individuelles est étendue aux cas d'atteinte à la « santé physique et mentale » des salariés. Le délégué du personnel peut donc utiliser son droit d'alerte en présence d'une situation de harcèlement moral.

²⁴ Art. L.2312-51 à L.2312-71 du Code du travail.

²⁵ Art. L. 2312-59 du Code du travail.

²⁶ Signalons que pour les autres droits d'alerte, on se situera à, au moins, 50 salariés.

²⁷ Cette alerte peut donc viser un certain nombre de situations telles que des atteintes à la dignité (injures, propos racistes...), le contrôle illégal de l'activité et la surveillance des salariés, des situations de harcèlement moral ou sexuel, des atteintes aux libertés fondamentales telles que la vie personnelle, des mesures discriminatoires, etc.

²⁸ Les membres du CSE, qu'ils soient titulaires ou suppléants, peuvent alerter. Il est toutefois possible d'élargir ce dispositif à d'autres élus. En effet, la loi ouvre la possibilité de prévoir, par voie d'accord, la mise en place de représentants de proximité élus parmi les membres du CSE ou par lui. Les attributions et les modalités de

En cas de carence de l'employeur ou de divergence sur la réalité de cette atteinte, et à défaut de solution trouvée avec l'employeur, le salarié²⁹ peut saisir le bureau de jugement du Conseil de prud'hommes qui statue en urgence selon la forme des référés. Le juge peut alors ordonner toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte et assortir sa décision d'une astreinte qui sera liquidée au profit du Trésor.

De même, l'alerte en cas de danger grave et imminent³⁰ – autrefois confiée au CHSCT – est aujourd'hui assumée par le CSE³¹. De fait, si un membre du Comité constate qu'il existe une situation de danger grave et imminent, il alerte immédiatement l'employeur qui doit procéder immédiatement, avec lui, à une enquête. Il prend alors les dispositions nécessaires pour y remédier³².

Enfin, l'alerte économique confiée auparavant au CE est, elle aussi, attribuée au CSE³³. Le Comité dispose de ce droit lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter, de manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise³⁴. Cela peut concerner un projet de délocalisation, une perte de clientèle, une baisse du chiffre d'affaires, une hausse de l'endettement, etc...³⁵

Le CSE demande à l'employeur de fournir des explications au regard de ses interrogations. Si le comité n'a pu obtenir de réponse suffisante de l'employeur ou si celle-ci confirme le caractère préoccupant de la situation, il établit un rapport. Le caractère contradictoire, insuffisant ou incohérent des explications données permet de justifier l'alerte³⁶. Ce rapport, est transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes³⁷.

fonctionnement de cette instance sont fixées par accord. Il est donc tout à fait possible, comme cela a été mis en place dans certaines entreprises, de prévoir que ces représentants disposent de tout ou partie des droits d'alerte du CSE. Généralement mis en place pour conserver une certaine proximité avec les salariés, ce partage de compétence peut trouver sa place notamment dans le cadre des droits d'alerte en cas de danger grave et imminent (ex. droit d'alerte des CHSCT) et d'atteinte aux droits des personnes (ex. droit d'alerte des DP).

²⁹ ... ou le membre de la délégation du personnel au CSE si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas.

³⁰ Le danger doit être grave, c'est-à-dire « susceptible de produire un accident ou une maladie entraînant la mort ou paraissant devoir entraîner une incapacité permanente ou temporaire prolongée » (Circ. DRT n°93-15, 25 mars 1993) et imminent, c'est-à-dire dont la réalisation peut intervenir dans un délai très proche.

³¹ Art. L.2312-60 du Code du travail.

³² Ajoutons que le CES est aussi investi du droit d'alerte en cas de risque grave pour la santé publique ou l'environnement, se substituant, ici encore, au CHSCT. En cas d'absence de réaction de l'employeur, le CSE peut saisir le préfet.

³³ Art. L.2312-63 et suivant du Code du travail.

Concernant le cas particulier du déclenchement de l'alerte en cas d'utilisation non conforme du crédit d'impôt pour la compétitivité et l'emploi (CICE) – ex. CE (art. L. 2312-61 et L. 2312-62 du Code du travail) - le CSE bénéficie du même droit d'alerte sur le CICE que le comité d'entreprise. Pourtant, dans la mesure où le CICE a vocation à être remplacé en 2019 par un allègement de cotisations, ce droit d'alerte va disparaître.

³⁴ La notion de situation économique est analysée de manière large et ne se limite pas à celle de la situation financière.

³⁵ La jurisprudence sociale permet de préciser ces orientations. Ainsi, suite à l'acquisition d'une nouvelle filiale, la réorganisation d'une entreprise concernait une partie de son activité mondiale. Les réponses de la direction sont apparues comme insuffisantes et le juge a pu, sur cette base, justifier l'utilisation du droit d'alerte (Cass. soc., 18 janvier 2011, n°10-30126). La même solution est retenue en cas de modification de la structure sociale de l'entreprise avec cession d'actions (CA Paris, 1^{er} chambre. B 21 juin 1990, RS 1990, n°794).

A contrario, l'existence d'un projet de fusion ne suffit pas à lui seul à permettre la justification de l'usage du droit (Cass. soc., 30 juin 1993, n°90-20158). Il en est de même pour un simple projet d'évolution des moyens informatiques (Cass. soc., 21 nov. 2006, n°05-45303).

³⁶ Cass. soc., 18 janvier 2011, n°10-30126.

³⁷ Ce rapport doit émettre un avis sur l'opportunité de saisir l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance dans les sociétés ou personnes morales qui en sont dotées, ou d'en informer les associés dans les autres formes de sociétés ou les membres dans les groupements d'intérêt économique.

Ce droit d'alerte économique se complète d'un droit d'alerte sociale³⁸ en matière de contrats précaires. Il vise à renforcer le pouvoir des élus sur l'évolution de l'emploi précaire au détriment de l'emploi stable. Lorsque le CSE a connaissance de faits susceptibles de caractériser un recours abusif aux CDD, aux contrats conclus avec une entreprise de portage salarial et au travail temporaire, ou lorsqu'il constate un accroissement important du nombre de ses contrats, il peut saisir l'agent de contrôle de l'inspection du travail. Les prérogatives du CE sont, ici encore, reprises par le CSE.

L'inspecteur du travail dresse un rapport sur l'ensemble de ses constatations à l'intention de l'employeur, qui en retour doit communiquer aux membres du comité d'entreprise une réponse motivée. Cette réponse doit également contenir des solutions pour limiter le recours de ces contrats dans le cadre d'un plan de résorption de la précarité³⁹.

PARTIE 2. Le statut du salarié, lanceur d'alerte.

Il est possible de considérer que les DP, les CE ou les CHSCT autrefois, le CSE aujourd'hui, sont assimilables à des lanceurs d'alertes institutionnels et qu'ils ont pu, à ce titre, être très tôt protégés par le Code du travail.

Les salariés lanceurs d'alerte, non protégés, ne bénéficient pas d'une telle protection et, dans un premier temps, seule la jurisprudence a tenté de les garantir, partiellement, des conséquences sociales de leurs engagements. La législation s'est cependant progressivement emparée du problème en organisant la protection juridique de leur liberté d'intervention.

A. La jurisprudence.

L'intervention protectrice de la jurisprudence a permis – avant même le vote de la loi Sapin II – de protéger les lanceurs d'alerte contre le risque de représailles venant de l'employeur.

Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 30 juin 2016⁴⁰, un salarié est engagé en qualité de directeur administratif et financier par une association ayant pour mission de gérer un centre d'examen de santé faisant partie intégrante du dispositif de santé publique en Guadeloupe. Il est licencié pour faute lourde, après avoir dénoncé au procureur de la République les 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.

Dans un premier temps, la cour d'appel juge que ce licenciement est sans cause réelle et sérieuse aux motifs que le salarié n'a commis aucune faute en révélant de tels faits vérifiés par les autorités judiciaires. La cour est, par contre, moins ouverte sur l'application du texte de la loi sur les lanceurs d'alerte en constatant que celle-ci n'était pas en vigueur au moment de la rupture du contrat de travail⁴¹.

³⁸ La loi Rebsamen ou loi du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi a mis en place une dichotomie entre le droit d'alerte d'ordre économique et le droit d'alerte d'ordre social (Art. L.2312-70 et L.2312-71 du Code du travail).

³⁹ Ce droit d'alerte est, en pratique, peu utilisé. Pour autant, cette alerte face au recours accru au travail précaire peut permettre de mettre en lumière une politique RH socialement dangereuse d'autant que ces emplois précaires, souvent imposés, sont encore et toujours destinés, en pratique, à certaines catégories de population et notamment aux femmes.

⁴⁰ Arrêt n° 1309 du 30 juin 2016 (15-10.557) - L'association Agrexam - Cour de cassation - Chambre sociale.

⁴¹ La cour refuse d'annuler le licenciement en considérant que la nullité ne pouvait être prononcée, en l'absence de texte la prévoyant, puisque les articles L.1132-3-3 et L.1132-4 du code du travail, issus de la loi du 6 décembre 2013, n'étaient pas applicables au moment de la dénonciation des faits ayant donné lieu au licenciement.

La Chambre sociale de la Cour de cassation va alors s'appuyer les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme qui considèrent que « *les sanctions prises à l'encontre de salariés ayant critiqué le fonctionnement d'un service ou divulgué des conduites ou des actes illicites constatés sur leur lieu de travail constituent une violation à leur droit d'expression* » sur la base du texte l'article 10-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme⁴². On retrouve, dans cette décision, l'orientation prise par la jurisprudence de la Cour de cassation admettant la nullité du licenciement ou de toute mesure de rétorsion portant atteinte à une liberté fondamentale du salarié⁴³.

Les termes utilisés par la Cour sont particulièrement importants en matière de protection du salarié : « *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 atteint de nullité* ».

En l'absence de texte spécifique sur le statut social du lanceur d'alerte, la jurisprudence joue pleinement son rôle en les protégeant des représailles patronales, à la fois 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.

Il convient de souligner l'importance du rôle joué par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dans cette construction jurisprudentielle. La Cour est amenée à considérer le fait que, dans cette situation spécifique en droit du travail, le préjudice causé à l'employeur est, le plus souvent important. La divulgation de l'information constitue une violation de l'obligation de loyauté et de confidentialité du lanceur d'alerte vis-à-vis de son employeur. Il rompt la confiance devant régir les relations de travail. Sa protection est, de fait, indispensable.

La CEDH a dû, à la fois, définir un cadre juridique justifiant ses orientations tout en précisant les critères permettant d'identifier les personnes à protéger. Le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme et de son article 10 paraît parfaitement adapté à la mise en œuvre d'une jurisprudence protectrice⁴⁴.

Un arrêt de référence de la Cour de Strasbourg du 12 février 2008, consacre pour la première fois un statut et une protection au lanceur d'alerte, à l'aide de six critères jurisprudentiels constants⁴⁵. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg examine pour la première fois la possibilité pour un fonctionnaire de violer volontairement et valablement son obligation de loyauté et de réserve. L'arrêt de la Cour européenne n'exclut pas le fait que le dispositif est aussi susceptible de concerner un salarié.

La Cour développe six questions permettant de caractériser la personne et la situation :

- Quels recours étaient à la disposition du lanceur d'alerte ?

⁴² CEDH 18 octobre 2011 Sosinowska n°10247/09.

⁴³ Cass. soc. du 6 février 2013 n°11-11.740, Bull. V, n° 27.

⁴⁴ Article 10 – Liberté d'expression

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.

L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

⁴⁵ CEDH, Grande Chambre, 12 février 2008, Guja c. République de Moldova.

- L'information divulguée servait-elle l'intérêt général ?
- L'information divulguée était-elle authentique ?
- Quel préjudice la divulgation de l'information a-t-elle causé ?
- Le lanceur d'alerte était-il de bonne foi ?
- Les sanctions infligées au lanceur d'alerte étaient-elles nécessaires ?

Ces six critères et le travail jurisprudentiel opéré par la Cour permettent, à la fois, d'inspirer les juridictions françaises et de jeter les bases de textes nationaux complets dans leur élaboration.

B. La loi.

La loi du 9 décembre 2016 dite « loi Sapin II » définit le lanceur d'alerte comme « *une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, ou notamment une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ».

Le lanceur d'alerte correspond, dans cette définition, à toute personne physique, citoyen, agent public ou salarié, signalant ou révélant une grave atteinte à l'intérêt général⁴⁶. La loi Sapin 2 exclut donc de sa définition, et par conséquent du régime général de protection, les personnes morales (ex. une association, un syndicat, une entreprise)⁴⁷. Ce statut octroie au lanceur d'alerte une protection contre le licenciement, sauf si l'employeur est en mesure de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs et étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé⁴⁸.

La loi nouvelle encadre la manière dont l'alerte doit être déclenchée. Lorsque l'alerte est mise en œuvre dans le cadre du travail, la protection du salarié est applicable sous réserve du respect d'une procédure organisée en trois étapes sauf dans l'hypothèse d'une situation caractérisée de danger grave et imminent⁴⁹. A l'inverse, si l'alerte intervient hors cadre du travail, le nouveau texte n'impose pas de procédure obligatoire⁵⁰.

Le lanceur d'alerte doit suivre une procédure d'alerte graduée priorisant, dans un premier temps, la hiérarchie de l'entité concernée par l'alerte, puis les autorités compétentes et, en dernier ressort, le public. Le passage d'une étape à l'autre dépend essentiellement du succès ou de l'inefficacité de la démarche initiée par le salarié⁵¹.

Cette efficacité est garantie par l'obligation faite à tout employeur - *Administration de l'Etat, Communes de plus de 10.000 habitants, Départements, Régions, Etablissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre, acteurs de l'économie sociale et solidaire...* - et, plus généralement, à toute personne morale de droit public ou privé employant au moins 50 salariés, de mettre en place des dispositifs d'alerte interne destinés à permettre de recueillir ces

⁴⁶ Certains secrets demeurent cependant inviolables et les auteurs de leur divulgation sanctionnés et cela même s'ils disposent de la qualité de lanceur d'alerte. Il s'agit de la défense nationale, du secret médical et du secret avocat/client.

⁴⁷ On retrouve ici la différence entre le lanceur d'alerte institutionnel tel que nous l'avons présenté en première partie et la personne physique « lanceur d'alerte » détaillée en deuxième partie.

⁴⁸ Une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale est ajoutée dans l'article 122-9 du Code pénal, aux termes de laquelle « *n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte* ».

⁴⁹ En cas d'urgence, le lanceur d'alerte peut porter directement le signalement à la connaissance des autorités ou le rendre public.

⁵⁰ Pour être protégé, le citoyen doit cependant agir de manière « responsable ».

⁵¹ L'efficacité de ce processus est pénalement garantie, toute personne faisant obstacle à la transmission de l'alerte encourant une peine maximale d'un an d'emprisonnement et de 15.000 € d'amende.

alertes⁵². La procédure doit par être portée à la connaissance des personnels et préciser les conditions de formalisation, de diffusion et de traitement de l'alerte.

La contrepartie du respect par le salarié lanceur d'alerte de la procédure issue de la loi Sapin II lui permet de bénéficier du régime de protection organisé par ce texte. Son identité est soumise à la confidentialité et il est protégé contre les mises à l'écart, sanctions, reclassement ou mutation, actions discriminatoires ou licenciements... sauf si l'employeur démontre que cette mesure est justifiée par des éléments autres que l'alerte. Le lanceur d'alerte jouit enfin d'une irresponsabilité pénale s'agissant des infractions sanctionnant la révélation d'un secret légalement protégé, sous réserve d'un contrôle de proportionnalité⁵³.

L'impact de la nouvelle loi sur les premières décisions de jurisprudence traitant des lanceurs d'alerte permet d'en mesurer l'efficacité. C'est ainsi que dans un arrêt rendu le 27 février 2018, la Cour d'appel de Versailles reconnaît le statut de lanceur d'alerte à un salarié ayant informé les médias des propos tenus par son supérieur laissant supposer une violation de sa liberté syndicale au sein d'une société cliente. La Cour rappelle que « *le juge des référés peut statuer si le licenciement lui apparaît manifestement abusif, notamment lorsqu'il constate que des dispositions relatives aux discriminations syndicales ou à des principes fondamentaux n'ont pas été respectées.* ». Elle s'attache donc à rechercher si, en l'espèce, le licenciement pour faute grave était fondé sur de telles atteintes et si le salarié pouvait être considéré comme un lanceur d'alerte⁵⁴. Cette décision ne prend pas en compte juridiquement le nouveau texte en raison des faits antérieurs à sa date de publication mais reconnaît l'existence du statut de lanceur d'alerte. Cette orientation positive des juges malgré une chronologie défavorable témoigne de la bonne orientation des juges dans la prise en compte du sujet.

La décision rendue par le Conseil de prud'hommes de Lyon le 17 avril 2019⁵⁵, confirme cette orientation. La loi « Sapin II » y est appliquée de manière rétroactive, le juge ne se plaçant pas à la date des faits mais prenant en compte la date des représailles subies par le requérant. La décision fait, par ailleurs, le choix de promouvoir une conception particulièrement équilibrée de la bonne foi du lanceur d'alerte. Enfin, le Conseil adopte une conception élargissant le champ de protection au titre du statut de « lanceur d'alerte » en neutralisant l'ensemble des mesures de représailles dont un lanceur d'alerte peut faire l'objet⁵⁶.

Ces deux décisions témoignent d'une orientation positive des juges dans la mise en œuvre d'une protection efficace des lanceurs d'alerte. En raison de l'évolution de la numérisation des activités professionnelles et de la diversification des sources d'information facilitée par l'accessibilité de données de tout ordre, l'avènement des réseaux sociaux et la montée dans nos sociétés des exigences de probité ont conduit à la multiplication des lanceurs d'alerte. La divulgation massive, sur ces réseaux, d'informations à la fois sensibles et

⁵² Il n'existe pas de dispositif type et chaque organisme est libre de déterminer l'instrument juridique qui lui semble le plus adapté au recueil des signalements. La procédure peut notamment reposer sur un référent interne ou être externalisée. Le décret d'application n° 2017-564 du 19 avril 2017 – en vigueur au 1er janvier 2018 – précise que le référent doit disposer « *de la compétence, de l'autorité et des moyens suffisants à l'exercice de ses missions* ».

⁵³ Pour ne pas tomber sous le coup de la loi pénale, l'alerte transmise en violation d'un secret légalement consacré doit apparaître « *nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause* ».

⁵⁴ La Cour s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence qui a étendu la protection du lanceur d'alerte à partir de l'année 2015 sur la base de l'article 10 de la CEDH. Elle mentionne également les dispositions issues de la loi du 9 décembre 2016, pour autant inapplicables aux faits de l'espèce.

⁵⁵ Dans son ordonnance du 17 avril 2019, le Conseil de prud'hommes de Lyon reconnaît à un salarié d'un EPIC le statut de lanceur d'alerte tel que prévu par la loi « Sapin 2 » du 9 décembre 2016 et annule la mesure de radiation des cadres prononcée par son employeur à son égard en ordonnant sa réintégration immédiate (*Conseil de prud'hommes de Lyon, 17 avril 2019, SNCF, RG n° R 19/00087*). Cette décision est confirmée par la Cour d'appel de Lyon dans sa décision du 28.11.2019.

⁵⁶ La décision du Conseil intègre la prise en compte des mesures de représailles même lorsque celles-ci sont postérieures à l'alerte.

confidentielles dans une démarche présentée comme citoyenne se devait d'être encadrée et protégée par le droit.

Les progrès juridiques dans la protection du lanceur d'alerte sont évidents. Pour autant, la multiplicité des textes les concernant dans de nombreux domaines (droit du travail, environnement, finance...) et certaines hésitations de la jurisprudence amènent à s'interroger sur leur statut⁵⁷. Une unification européenne pourrait permettre une simplification et une mise en cohérence des dispositifs au profit des lanceurs d'alerte eux-mêmes⁵⁸.

⁵⁷ Signalons cependant le guide de qualité publié par le Défenseur des droits.

<https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-lanceuralerte-num-20.06.18.pdf>

⁵⁸ H. Oberdorff, Vers un statut européen du lanceur d'alerte ? in Les droits de l'homme à la croisée des droits, Mél. en l'honneur de F. Sudre, LexisNexis, 2018, p. 513 et s, P. Lagesse et V. Armillei, Le statut du lanceur d'alerte, états des lieux et proposition de directive européenne, Rev. Int. de la Compliance et de l'Éthique des affaires 2019, n° 2, étude n° 64.