

La protection du lanceur d'alerte durant la procédure de licenciement

Publié par Emmanuel Daoud, cabinet VIGO et membre d'AvoSial, Valentin Rigamonti, Paul Marcellin, VIGO avocats le 3 janv. 2022 | Mis à jour le 13 janv. 2022 à 20:50



Le statut de lanceur d'alerte confère au salarié une protection générale contre toute mesure discriminatoire, notamment en cas de licenciement ; la loi du 10 décembre 2016 a introduit un régime très protecteur lequel va en outre évoluer, une proposition de loi étant sur le point d'être adoptée.

A qui le régime de protection des lanceurs d'alerte s'applique-t-il ?

Les critères d'identification d'un lanceur d'alerte ont été définis par la loi n° 2016-1691 dite " Sapin II " du 10 décembre 2016.

Sur le fond

D'une part, une première série de critères est relative à la personne du lanceur d'alerte. Selon l'article 6 de la loi, le lanceur d'alerte doit être :

- une **personne physique** ;
- ayant eu une **connaissance personnelle des faits qu'il dénonce** (ce qui exclut les simples cas de déductions ou suppositions et la connaissance par l'intermédiaire d'un tiers) ;
- de **bonne foi** (il doit simplement avoir cru que les pratiques qu'il dénonçait étaient avérées, sans qu'il soit nécessaire qu'elles le soient véritablement) ;

- agissant de manière **désintéressée** ;
- agissant dans un **cadre professionnel** (ce critère inclut les salariés, mais aussi le personnel mis à disposition et les travailleurs intérimaires).

Il convient de souligner que ces critères sont cumulatifs.

D'autre part, une seconde série de critères tient aux faits dénoncés par le lanceur d'alerte. Ces faits doivent consister :

- en un délit ou un crime prévu par le droit français, à l'exclusion des simples dysfonctionnements de l'entreprise ;
- en la violation "**grave et manifeste**" de toute loi, règlement, engagement international ratifié par la France, ou acte unilatéral d'une organisation internationale ;
- ou plus largement en une **menace ou un préjudice graves** pour l'intérêt général.

Sur la forme

Pour bénéficier de la protection liée au statut de lanceur d'alerte, le salarié doit respecter une procédure stricte de signalement des faits qu'il entend dénoncer.

Aux termes de l'article 8 I. de la loi, le signalement d'une alerte par le salarié doit être porté à la connaissance :

- de son supérieur hiérarchique, en suivant une procédure de signalement stricte dont les modalités fixées par le décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 diffèrent en fonction du nombre de salariés et de l'éventuelle qualité de membre du CSE du lanceur d'alerte ;
- de **l'autorité judiciaire** (procureur), **administrative** (préfet) ou des **ordres professionnels**, si le supérieur hiérarchique n'a pas agi dans un délai raisonnable ;
- **du public**, si ces autorités n'ont pas agi dans un délai de trois mois.

Le signalement préalable au supérieur hiérarchique est écarté en cas de " danger grave et imminent " ou en présence d'un " risque de dommages irréversibles ".

S'agissant du stade auquel l'alerte est intervenue, la Cour de cassation a récemment précisé que la nullité du licenciement peut être prononcée même si le signalement par le salarié est postérieur à la convocation de celui-ci à son entretien préalable, dès lors que les conditions précitées sont réunies.[1]

De quelle protection le lanceur d'alerte bénéficie-t-il dans le cadre d'une procédure de licenciement ?

Dès lors que l'ensemble des conditions relatives à l'application du statut de lanceur d'alerte sont réunies, le salarié bénéficie des dispositions de l'article L.1132-3-3 al. 2 du code du travail, qui dispose qu'un lanceur d'alerte salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, de la part de son employeur.

Aux termes de l'article L.1132-4 du code du travail, le non-respect des dispositions de l'article L.1132-3-3 al. 2 du même code est sanctionné par la nullité de l'acte.

Autrement dit, **le licenciement d'un salarié trouvant sa cause dans l'alerte signalée par ce dernier**, dès lors que les conditions d'application du statut de lanceur d'alerte sont remplies, **est nul**.

La Cour de cassation prononce régulièrement la nullité de tels licenciements en visant, outre la discrimination au sens de l'article 1132-3-3 du code du travail, l'atteinte à la liberté d'expression.

En cas de non-respect de ces dispositions, il existe, d'une part, un risque de demande de réintégration ou d'indemnisation du salarié, et, d'autre part, un risque d'atteinte à la réputation de l'entreprise.

Dans quels cas le régime de protection des lanceurs d'alerte ne peut être appliqué ?

- Tout d'abord, il convient de rappeler que la protection accordée au lanceur d'alerte **n'est pas absolue** : le licenciement peut ainsi être valable si la décision de l'employeur est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration de l'intéressé et motivée par une cause réelle et sérieuse, conformément au code du travail.[2]
- Ce régime général trouvera à s'appliquer sans que l'éventuel **caractère discriminatoire du licenciement** ne soit envisagé si le salarié ne remplit pas les critères d'identification précités, ou s'il ne **respecte pas la procédure de signalement stricte** qui lui est imposée.

Tel est le cas du salarié qui utilise un courrier de dénonciation de **faits frauduleux comme un moyen de chantage pour négocier son départ**. La cour d'appel d'Amiens a relevé que cette démarche s'oppose par nature au signalement d'une alerte, qui doit être désintéressé.[3]

Par ailleurs, le fait pour un salarié de divulguer des faits concernant l'entreprise qui lui paraissent anormaux, bien que non susceptibles de qualification pénale, ne constitue pas en soi une faute justifiant le licenciement.[4] A l'inverse, la dénonciation de mauvaise foi, autrement dit lorsque le salarié a connaissance de la fausseté des faits allégués, pourrait être sanctionnée.

Quels sont les changements à venir ?

La directive européenne 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union est en cours de transposition en France.

La proposition de loi " visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte "[5] a été adoptée en première lecture à l'Assemblée nationale le 17 novembre. Elle prévoit un régime plus protecteur :

- le champ d'application du régime des lanceurs d'alerte devrait être **élargi notamment aux personnes ayant participé à favoriser le signalement** ;
- la procédure de signalement à respecter devrait être assouplie en permettant au lanceur d'alerte de choisir le mode de signalement sans avoir à respecter d'ordre entre le **signalement interne** et le **signalement externe** ; la **divulgaration publique restant quant à elle soit subsidiaire**, soit soumise à des conditions tenant notamment à un danger manifeste ou imminent pour l'intérêt général.
- en application de cette directive, les cas d'agissements susceptibles de constituer une discrimination au sens de l'article L.1132-3-3 s'ils sont motivés par le signalement de l'alerte devraient être élargis (non-conversion d'un contrat temporaire en un contrat permanent, annulation d'une licence ou d'un permis, orientation vers un traitement psychiatrique ou médical. ...)
- enfin, un nouveau délit de représailles, puni de 3 ans d'emprisonnement, est prévu.

Pour en savoir plus



Emmanuel Daoud, Avocat associé au cabinet **VIGO avocats** et membre d'**AvoSial**. Fondé en 2004, **AvoSial** est un syndicat français d'avocats d'entreprises en droit social rassemblant plus de 500 membres, qui conseillent et représentent les employeurs en justice.



Valentin Rigamonti, Avocat au cabinet VIGO avocats



Paul Marcellin, Juriste cabinet VIGO avocats

[1] Cass. soc., 7 juil. 2021, n° 19-25.754

[2] article L. 1132-3-3 al. 3 du code du travail

[3] CA Amiens, 9 janv. 2020, n° 18/00584

[4] Cass. soc., 30 juin 2016, n°15-10.557

[5] Proposition de loi n 4398 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte