

Lanceurs d'alerte : quelle protection ?

Issu de Les Cahiers Sociaux - n°293 - page 66

Date de parution : 01/02/2017

Id : CSB120e7

Réf : Cah. soc. févr. 2017, n° 120e7, p. 66

Auteur :

Lydia Hamoudi, avocat au barreau de Paris

Le 16 décembre 2016, la cour d'appel de Paris a prononcé la nullité du licenciement d'un salarié lanceur d'alerte survenu antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi dite *Sapin II* du 9 décembre 2016. Cet arrêt amène à s'interroger sur le fondement de la protection conférée aux lanceurs d'alerte.

CA Paris, P. 6, ch. 11, 16 déc. 2016, n° 11/16550

Extrait :

Sur le moyen principal tiré de la nullité du licenciement

Monsieur S. soutient à titre principal qu'il a été licencié comme Monsieur F. licencié un peu avant lui, pour le motif véritable mais inadmissible qu'il est un lanceur d'alerte.

La société N. conteste ce moyen et soutient que la cause réelle et sérieuse mentionnée dans la lettre de licenciement est la cause exacte.

L'article L.1132-1 du Code du travail, qui est destiné à protéger les lanceurs d'alerte, dispose : « 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. En cas de litige relatif à l'application du premier alinéa, 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, il incombe à la partie défenderesse, au vu des éléments, de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. »

Aux termes de l'article L. 1132-1 du Code du travail, « toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul ».

En l'espèce, Monsieur Stéphane soutient que : le véritable motif de son licenciement est constitué par le fait qu'il a été un lanceur d'alerte et a saisi le 7 juillet 2008, conformément à ses obligations, le service de la conformité d'une pratique de front running autrement dit d'une manipulation des cours commise par Monsieur Jean-Marc le 3 juillet 2008 dans sa décision du 4 juillet 2011 (pièce n° 34 salarié), l'AMF a sanctionné Monsieur Jean-Marc et la société N. notamment pour les faits commis par Monsieur Jean-Marc le 3 juillet 2008, et relève qu'une réunion a même été organisée avec la direction générale et le responsable de la conformité avec pour objet la détermination d'éventuelles sanctions disciplinaires le 2 septembre 2008, à l'occasion de laquelle il a été décidé que Monsieur Jean-Marc ne serait pas sanctionné, mais que les lanceurs d'alerte, Monsieur et Monsieur S. seraient licenciés (pages 12 et 24 des conclusions) la concordance des dates et des faits démontre à elle seule que Monsieur S. a été licencié pour avoir exercé son devoir d'alerte qualifié par l'AMF « d'alerte éthique » (Page 10 de la décision de l'AMF) en décidant de saisir le service de la conformité car il était témoin des manipulations de cours réalisées par Monsieur Jean-Marc sous couvert de son supérieur hiérarchique Monsieur P. (pièces n° 11 à 17 et 25 salarié) il y a donc lieu de faire application des articles L. 1132-3-3 et 1132-4 du Code du travail et de juger qu'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 ; à titre subsidiaire 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 au sens de l'article 10-1 de la Convention des sauvegarde des droits de l'Homme.

Pour étayer ses affirmations, Monsieur S. produit notamment ses pièces n° 12 à 17 qui sont les courriers électroniques relatifs à sa dénonciation des manipulations de cours opérées par Monsieur Jean-Marc le 3 juillet 2008 sur les titres gaz de France et ses pièces 34 et 35 constituées de la décision de l'AMF et de son commentaire dans la presse spécialisée, décision dont il ressort que Monsieur Jean-Marc a effectivement manipulé les cours et commis un manquement à l'article 314-3 du règlement général de l'AMF et que la dénonciation des faits le jour même de leur commission par Monsieur S. constituait une alerte.

À l'examen des pièces produites et des moyens débattus, la cour dispose d'éléments suffisants pour retenir que Monsieur S. établit l'existence matérielle de faits pouvant laisser présumer l'existence d'une discrimination à son encontre au sens des articles L. 1132-3-3 et 1132-4 du Code du travail.

En effet, la cour retient à l'examen des pièces produites et des moyens débattus, que Monsieur S. a été un lanceur d'alerte en saisissant le 7 juillet 2008, conformément à ses obligations, le service de la conformité d'une pratique de front running autrement dit d'une manipulation des cours commise par Monsieur Jean-Marc le 3 juillet 2008 ; que Monsieur Jean-Marc a effectivement manipulé les cours et commis un manquement à l'article 314-3 du règlement général de l'AMF comme cela ressort de la décision du 4 juillet 2011 (pièce n° 34 salarié) et que ce manquement est susceptible de caractériser par ailleurs le délit d'initié.

Même si la cour note que contrairement à ce que veut induire Monsieur S. dans ses conclusions, l'AMF n'a pas relevé qu'une réunion a même été organisée le 2 septembre 2008 avec la direction générale et le responsable de la conformité avec pour objet la détermination d'éventuelles sanctions disciplinaires, à l'occasion de laquelle il a été décidé que Monsieur Jean-Marc ne serait pas sanctionné, mais que les lanceurs d'alerte, Monsieur F. et Monsieur S. seraient licenciés (pages 12 et 24 des conclusions) : « en effet l'AMF a seulement relevé « qu'une réunion a eu lieu le 2 septembre 2008 (avec pour objet de) déterminer les éventuelles sanctions disciplinaires à infliger à Monsieur Jean-Marc » - la cour retient que la concordance des dates et des faits permet à présumer à elle seule que Monsieur S. a été licencié pour avoir exercé son devoir d'alerte en décidant de saisir le service de la conformité car il était témoin des manipulations de cours réalisées par Monsieur Jean-Marc sous couvert de son supérieur hiérarchique Monsieur P. (pièces n° 12 à 17) en sorte que les conditions d'application de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail sont réunies.

En ce qui concerne la concordance des dates la cour relève en effet que :

le 3 juillet 2008, Monsieur S. intervient verbalement alors qu'il constate que Monsieur Jean-Marc triche et adresse un mail à Monsieur P. son supérieure hiérarchique pour s'en plaindre (pièce n° 12 salarié)

le 3 juillet 2008 : Monsieur P. lui répond : « Ce matin, à 9h08, tu as volontairement dérangé et perturbé Jean-Marc alors même qu'il était occupé à devoir déboucler une position délicate. Ce comportement est inacceptable car il a mis Jean-Marc et donc N. en situation de risque opérationnel important. Je te demande instamment d'adopter un comportement professionnel à l'avenir » (pièce n° 13 salarié) le 4 juillet 2008, Monsieur S. réplique « J'ai volontairement émis une remarque que tu aurais dû faire, celle

d'interdire à Jean-Marc de faire du Front running. De ce fait, je suis obligé alors que c'est ton rôle de faire part à N. de ces événements. Sache que vendre des titres avant l'acceptation d'un prix, pendant que le prix est demandé par le client dans la boîte c'est du front running et tu le sais. Il est à prévoir que ce n'est pas la première fois que cela est arrivé. Je te signale par là même que de vendre avant ça diminue les risques, cela favorise le trader dans son déboucement et donc sur son 1/3 volume source de ton évaluation dans notre travail. » (pièce n° 14 salarié)

Le 4 juillet 2008, Monsieur S. demande un rendez-vous au service de la conformité (pièce n°15 et 16 salarié)

Le 7 juillet 2008 : Monsieur S. exerce son droit d'alerte en adressant un mail au service de la conformité dont la teneur suit : « Suite à notre pré entretien d'aujourd'hui et dans l'attente de m'entretenir de façon plus approfondies, je vous livre un premier fait grave qui s'est déroulé le 3 juillet 2008. Lors d'une demande de prix faite par Gilles à 9 H 08, ce jeudi 3 juillet pour 50 K de Gaz de France à la vente pour le compte de client CAAAM, j'ai pu constater, à nouveau, que le front running et la manipulation de cours sont une pratique régulière de MR Jean-Marc sous couvert de Monsieur P. En effet, ce jour-là lorsque le client CAAM demande un prix à Monsieur Jean-Marc celui-ci vend 25K titres à 40,2 et fait décaler le cours à 40,1 pour lui proposer le prix de 10 cents plus bas. Le client d'ailleurs, s'aperçoit du décalage du cours et demande un moment puis finit par accepter le prix. Ce n'est pas la première fois que ce fait est constaté par le reste de l'équipe et je vous fournirai les informations pour vos recherches. Je me réfère à l'article VI du grand livre de l'AMF pour dénoncer ces actes d'irrégularité qui porte préjudice à l'intégrité de mon métier et à N.. Par ailleurs lorsque j'ai réagi verbalement à cette transaction pour en dénoncer l'irrégularité, je me suis fait rabrouer et insulter. J'ai de suite fait un mail à mon responsable M. P., pour lui faire constater les faits. Je vous joindrai sa réponse » incident la procédure de licenciement de Monsieur S. est engagée le 17 septembre 2008 et il est licencié le 4 octobre 2008.

La société N. s'oppose à ces moyens et fait valoir que : le licenciement n'est pas nul et le jugement déféré doit être confirmé sur ce point par simple adoption des motifs ; en effet il n'y a pas de nullité sans texte et Monsieur S. n'invoque aucun texte à l'appui de sa demande de nullité ; en outre la cause de son licenciement est indépendante des dénonciations qu'il a faites et il est inexact de soutenir, comme le fait Monsieur S., qu'il a été licencié pour avoir dénoncé des pratiques selon lui illégales commises par un de ses collègues sous couvert de son supérieur hiérarchique ; en effet Monsieur S. a exercé son droit d'alerte en dénonçant fin juin 2008 l'un de ses collègues en étant conscient qu'il n'était pas exempt de tout reproche (pièces n° 19 et 20 employeur) et que sa hiérarchie était insatisfaite depuis quelques mois de ses performances insuffisantes ; en outre, à la suite de l'alerte faite par Monsieur Stéphane, la direction de la conformité a fait les vérifications et rappels à l'ordre nécessaires en juillet 2008 ; le licenciement de Monsieur S. survenu en octobre 2008 est étranger à cette alerte ; il n'a été provoqué que par l'insuffisance professionnelle de Monsieur S. qui a même eu un taux de rétention négatif en août 2008, - 6,2 % quand l'équipe facilitation avait un taux de rétention de 79,6 % ; la saisine de l'AMF le 28 novembre 2008 est opportuniste par laquelle il essaye d'obtenir le moyen de se soustraire aux conséquences de son insuffisance professionnelle ; la décision de l'AMF du 4 juillet 2011 n'a d'ailleurs pas prononcé de sanction sévère, la carte professionnelle de Monsieur Jean-Marc ne lui ayant pas été retiré le licenciement de Monsieur S. repose sur une cause réelle et sérieuse en effet, s'agissant du premier grief, son insuffisance professionnelle est établie ; son niveau de performance apprécié au regard du taux de rétention est inférieur à celui de ses collègues ; son taux de rétention moyen pour les 9 mois de 2008 est de 65,7% contre 71,6 % pour l'équipe facilitation ; ses résultats étaient très variables ; en outre Monsieur S. a cumulé en 2008 des pertes qui ont atteint 35.000 € et l'autorisation de prendre des positions de trading accordée en octobre 2007 a dû lui être retirée le 12 juin 2008 (pièces n° 3 à 6 employeur) ; en outre, Monsieur S. a enfreint la réglementation et faussé la réalité des marchés en saisissant deux fois une application en juin 2008, une fois dans un sens, et l'autre fois dans l'autre sens pour annuler la précédente qui était erronée (pièces n° 7 à 12 employeur) s'agissant du second grief, le comportement de Monsieur Stéphane s'est dégradé courant 2008, à partir de l'annonce du bonus 2007 ; plusieurs opérateurs du font office se sont plaints de son comportement dans la salle des marchés et il y a eu notamment une altercation en novembre 2007 (pièce n° 16 employeur) et une nouvelle altercation le 3 juillet 2008 (pièce n° 17 employeur) ; en outre Monsieur S. dénigrerait la société N. et son management.

À l'examen des pièces produites et des moyens débattus, la cour retient que la société N. ne démontre pas que la décision de licencier Monsieur S. est justifiée par des éléments objectifs étrangers à l'alerte qu'il a lancée le 7 juillet 2008.

En effet, la cour rejette le moyen selon lequel le licenciement n'est pas nul, le jugement déféré doit être confirmé sur ce point par simple adoption des motifs, il n'y a pas de nullité sans texte et selon lequel Monsieur S. n'invoque aucun texte à l'appui de sa demande de nullité, au motif que Monsieur S. fonde précisément ses demandes sur les articles L. 1132-3-3 et 1132-4 du Code du travail et sur les règles selon lesquelles d'une part, 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, et sur les règles selon lesquelles d'autre part, 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 des sauvegarde des droits de l'Homme.

En outre, la cour rejette le moyen selon lequel le licenciement de Monsieur S. survenu en octobre 2008 est étranger à l'alerte qu'il a faite pour les faits commis par Monsieur Jean-Marc le 3 juillet 2008 et selon lequel son licenciement n'a été provoqué que par son insuffisance professionnelle et la dégradation de son comportement comme cela est mentionné dans la lettre de licenciement.

En effet la cour retient à l'examen des pièces produites et des moyens débattus, que la société N. n'apporte pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir l'insuffisance professionnelle attestée par un taux de rétention le plus faible de l'équipe invoquée à l'encontre de Monsieur S.

Et, en ce qui concerne le premier grief, c'est en vain que la société N. soutient que l'insuffisance professionnelle de Monsieur S. est établie, que son niveau de performance apprécié au regard du taux de rétention est inférieur à celui de ses collègues, que son taux de rétention moyen pour les 9 mois de 2008 est de 65,7 % contre 71,6 % pour l'équipe facilitation, que ses résultats étaient très variables, qu'il a même eu un taux de rétention négatif en août 2008, - 6,2 % quand l'équipe facilitation avait un taux de rétention de 79,6 %, qu'en outre Monsieur Stéphane a cumulé en 2008 des pertes qui ont atteint 35.000 € et l'autorisation de prendre des positions de trading accordée en octobre 2007 a dû lui être retirée le 12 juin 2008 (pièces n° 3 à 6 employeur) et que Monsieur S. a enfreint la réglementation et faussé la réalité des marchés en saisissant deux fois une application en juin 2008, une fois dans un sens, et l'autre fois dans l'autre sens pour annuler la précédente qui était erronée (pièces n° 7 à 12 employeur) dès lors que la cour retient, comme Monsieur S. le soutient, que : le taux de rétention ne peut pas servir à évaluer le travail d'un contrepartiste ni démontrer une insuffisance professionnelle (pièce n° 38 salarié) le taux de rétention de Monsieur S. n'est pas le plus faible de l'équipe si l'on prend comme période de référence septembre 2007 à septembre 2008 et non les 9 mois de l'année 2008 comme la société N. le fait ; qu'en effet sur la période d'un an de septembre à septembre, Monsieur S. a un taux de rétention moyen de 74,5 % identique à celui de l'équipe facilitation qui est de 74,66 % le gain de courtage préservé par rapport à ce qu'une machine aurait fait, était de 90.734 € pour Monsieur S., alors qu'il était en moyenne pour l'équipe de 40.724 € (pièce n° 37 salarié), ce dont il ressort que Monsieur Stéphane était performant contrairement à ce que dit la société NATIXIS l'erreur de saisie du 10 juin 2008 commise par Monsieur S. comme la perte de 35.000 € ne constituent pas des faits suffisamment sérieux pour caractériser la cause réelle et sérieuse exigée par la loi pour fonder un licenciement ; en effet lors des faits du 10 juin 2008, aucun reproche ne lui avait été fait et aucune dissimulation n'avait alors été évoquée ; en outre le retrait de l'autorisation de prendre des positions de trading est intervenue dans le contexte de prudence commandée par la crise de 2008 des « subprimes ».

Le premier grief relatif à l'insuffisance professionnelle de Monsieur S. est donc rejeté et ne peut ni justifier son licenciement, ni suffire à dire a fortiori que son licenciement est justifié par des éléments objectifs étrangers à l'alerte qu'il a lancée.

Par ailleurs, en ce qui concerne le second grief relatif à la dégradation du comportement, la cour retient à l'examen des pièces produites et des moyens débattus, que la société N. n'apporte pas suffisamment d'éléments de preuve pour établir le comportement inapproprié et inadmissible envers ses collègues et son supérieur hiérarchique invoqué à l'encontre de Monsieur S.

Et c'est en vain que la société N. soutient que le comportement de Monsieur S. s'est dégradé courant 2008, à partir de l'annonce du bonus 2007, que plusieurs opérateurs du font office se sont plaints de son comportement dans la salle des marchés, qu'il y a eu notamment une altercation en novembre 2007 (pièce n° 16 employeur) et une nouvelle altercation le 3 juillet 2008 (pièce n° 17 employeur) et que Monsieur Stéphane dénigrerait la société N. et son management dès lors que la cour retient, comme Monsieur S. le soutient, que : aucune pièce n'est produite à l'appui du grief relatif au dénigrement reproché à Monsieur Stéphane la pièce n° 16 employeur sur une altercation survenue fin novembre 2007 est un courrier électronique dépourvu de valeur probante l'altercation survenue le 3 juillet 2008 avec Monsieur Jean-Marc (pièce n° 17 employeur) n'est pas imputable à faute à Monsieur S. puisqu'elle est l'objet même de l'alerte litigieuse aucun autre élément de preuve n'est produit sur la dégradation du comportement de Monsieur S.

Le second grief relatif à la dégradation du comportement de Monsieur S. est donc rejeté et ne peut ni justifier son licenciement, ni suffire à dire a fortiori que son licenciement est justifié par des éléments objectifs étrangers à l'alerte qu'il a lancée.

Il ressort de ce qui précède que l'employeur n'a pas établi, à l'occasion de la présente instance, la cause réelle et sérieuse justifiant, au sens de l'article L. 1235-1 du Code du travail, le licenciement de Monsieur S. ; tout au contraire la cour retient que Monsieur S. a été licencié pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, en l'espèce le manquement d'initié commis par Monsieur Jean-Marc le 3 juillet 2008, en pleine

période d'augmentation du capital de la société N. étant précisé que ces faits caractérisent les conditions d'application de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail.

En application de l'article L. 1132-4 du Code du travail, le licenciement intervenu dans ce contexte est nul.

En outre ces faits caractérisent aussi une atteinte à la liberté d'expression, en particulier une atteinte au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, et donc une violation de l'article L. 1121-1 du Code du travail en sorte que le licenciement de Monsieur S. prononcé pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et qui, caractérisent une infraction pénale, est aussi frappé de nullité en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression.

Le jugement déféré est donc infirmé en ce qu'il a débouté Monsieur S. des moyens relatifs à la nullité de son licenciement, en ce qu'il a jugé que le licenciement de Monsieur S. était seulement dépourvu de cause réelle et sérieuse et en ce qu'il a octroyé à Monsieur Stéphane des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse de 32.825,34 € et statuant à nouveau de ce chef, la cour dit que le licenciement de Monsieur S. est nul.

CA Paris, P. 6, ch. 11, 16 déc. 2016, n° 11/16550

L'affaire

Au mois de juillet 2008, un salarié découvre qu'un de ses collègues se livre à des pratiques de « front running », forme de délit d'initié consistant à acquérir des titres pour son propre compte peu de temps après avoir reçu un ordre d'achat d'un client, puis à les revendre, profitant ainsi de la valorisation à la hausse du cours de l'action qui en découle. Il en alerte les responsables de la déontologie de la société et saisit l'Autorité des Marchés Financiers de ces agissements.

Il est licencié le 4 octobre 2008 pour cause réelle et sérieuse, consistant en une insuffisance professionnelle, un comportement inapproprié et inadmissible à l'égard de ses collègues et son supérieur hiérarchique et un dénigrement de son supérieur, de l'entreprise et du management. Le 4 juillet 2011, l'AMF sanctionne la société et les salariés impliqués pour les manipulations des cours précitées et le manquement au règlement général de l'AMF qui en résulte.

Considérant que le véritable motif de son licenciement tient à l'alerte qu'il a lancée sur ces agissements, l'intéressé saisit le conseil de prud'hommes de Paris pour lui demander, à titre principal, d'en constater la nullité. Par jugement du 4 décembre 2013, ce dernier le déboute de cette demande mais juge son licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Le salarié interjette appel de ce jugement. Dans son arrêt du 16 décembre 2016, la cour d'appel de Paris retient que « [le salarié] a été licencié pour avoir relaté ou témoigné, de bonne foi, de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions [...] étant précisé que ces faits caractérisent les conditions d'application de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail. » Elle en déduit qu'« en application de l'article L. 1132-4 du Code du travail, le licenciement intervenu dans ce contexte est nul. »

Elle ajoute qu'« en outre ces faits caractérisent aussi une atteinte à la liberté d'expression, en particulier une atteinte au droit pour les salariés de signaler les conduites ou actes illicites constatés par eux sur leur lieu de travail, et donc une violation de l'article L. 1121-1 du Code du travail en sorte que le licenciement [du 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, caractérisent une infraction pénale, est aussi frappé de nullité en raison de l'atteinte qu'il porte à la liberté d'expression ».

La cour infirme donc le jugement du conseil de prud'hommes de Paris sur ce point et prononce la nullité du licenciement sur deux fondements : d'une part, la protection conférée aux lanceurs d'alerte par l'article L. 1132-3-3 du Code du travail et, d'autre part, l'atteinte à la liberté d'expression de l'intéressé. Elle ordonne la réintégration du salarié dans l'entreprise et condamne la société à lui verser des dommages-intérêts au titre du préjudice découlant de la perte de rémunération qu'il a subi depuis son licenciement et à reprendre le paiement de son salaire.

Cet arrêt, qui a fait grand bruit dans la presse à la suite de sa révélation par le site Mediapart, est d'importance tant les décisions rendues sur le statut et la protection des lanceurs d'alerte sont rares. Toutefois, le raisonnement adopté par la cour d'appel de Paris laisse perplexe et amène à s'interroger sur le fondement de la protection du lanceur d'alerte.

La non-rétroactivité de la loi nouvelle

L'article L. 1132-3-3 du Code du travail dispose qu'« aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...], 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 », la sanction étant la nullité de ladite mesure patronale prévue par l'article L. 1132-4 du Code du travail.

Cette disposition est issue 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, qui est entrée en vigueur le lendemain de sa publication, le 8 décembre 2013. Elle n'était donc pas applicable aux faits de l'espèce, qui sont bien antérieurs (2008).

Par suite, il est surprenant que la cour d'appel de Paris ait appliqué l'article L. 1132-3-3 du Code du travail dans l'arrêt commenté, au regard du principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle, qui est d'ordre public (C. civ., art. 2). À cet égard, la loi du 6 décembre 2013 ne contient pas de disposition dérogeant à ce principe et/ou marquant l'intention du législateur d'écartier son application.

La violation de la liberté d'expression du lanceur d'alerte

L'arrêt commenté est d'autant plus troublant que la chambre sociale de la Cour de cassation avait trouvé, quelques mois plus tôt, une parade à la difficulté technique tenant au principe de non-rétroactivité de la loi du 6 décembre 2013 protégeant les lanceurs d'alerte.

En effet, elle avait jugé s'agissant d'un salarié licencié en 2011 pour avoir dénoncé au procureur de la République des agissements d'escroquerie et de détournement de fonds publics, au visa de l'article 10 § 1 de la CESDH, « qu'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 » (Cass. soc., 30 juin 2016, n° 15-10557).

Sur ce point, la chambre sociale considère en effet de longue date que la nullité du licenciement peut être prononcée, non seulement lorsqu'elle est prévue par un texte, mais également lorsque cette mesure contrevient à une liberté fondamentale (Cass. soc., 6 févr. 2013, n° 11-11740 : Bull. civ. V, n° 27 -

Cass. soc., 29 oct. 2013, n° 12-22447: Bull. civ. V, n° 252). À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà jugé à plusieurs reprises que les sanctions prises par l'employeur à l'encontre de salariés ayant critiqué le fonctionnement d'un service ou divulgué des agissements illicites sur leur lieu de travail constituent une violation de leur droit d'expression (CEDH, 18 oct. 2011, n°10247/09, Sosinowska - CEDH, 12 févr. 2008, n°14277/04, Guja).

En rattachant la protection du lanceur d'alerte à la violation de sa liberté d'expression, la Haute juridiction a préservé le droit pour les salariés de signaler un comportement illicite sur leur lieu de travail, quel que soit la date des faits. L'arrêt du 30 juin 2016, publié au *Bulletin*, avait d'ailleurs fait l'objet d'une note explicative mise en ligne sur son site internet, soulignant qu'il « est de nature à protéger les lanceurs d'alerte. »

Le fondement de la protection du lanceur d'alerte, une question de date

La nullité du licenciement du salarié lanceur d'alerte pouvait donc être prononcée, en fonction de la date des faits, sur le fondement :

- soit des articles L. 1132-3-3 et L. 1132-4 du Code du travail, pour les faits survenus après l'entrée en vigueur de la loi du 6 décembre 2013 ;
- soit de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la violation d'une liberté fondamentale, pour les faits survenus avant cette date.

Dès lors, on peut se demander pourquoi la cour d'appel de Paris s'est obstinée à appliquer l'article L. 1132-3-3 du Code du travail, en méconnaissance du principe de non-rétroactivité et alors que la seule constatation de la violation de la liberté d'expression du salarié aurait permis de prononcer la nullité de son licenciement.

Cela est d'autant plus déconcertant que l'intéressé avait manifestement invoqué la violation de sa liberté d'expression et formulait une demande indemnitaire à ce titre et que la cour a précisément relevé dans son arrêt que les faits « caractérisent aussi une atteinte à la liberté d'expression ». Il lui était donc loisible d'écarter les articles L. 1132-3-3 et L. 1132-4 du Code du travail pour prononcer la nullité du licenciement sur ce seul fondement.

Peut-être faudrait-il y voir un signe de la détermination de la cour d'appel de Paris à conférer au statut légal du lanceur d'alerte la portée la plus large, dans un contexte de scandales révélés par des salariés extrêmement médiatisés (Panama papers, Luxleaks etc.).

La question de la protection des lanceurs d'alerte revêt un intérêt particulier à l'aune de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite *Sapin II*, qui institue un statut unifié du lanceur d'alerte et une procédure d'alerte. En effet, comme cela a d'ores et déjà été relevé par certains commentateurs, ses dispositions laissent présager des débats judiciaires houleux sur l'appréciation des conditions de la protection qu'elle institue.

Issu de Les Cahiers Sociaux - n°293 - page 66

Date de parution : 01/02/2017

Id : CSB120e7

Réf : Cah. soc. févr. 2017, n° 120e7, p. 66

Auteur :

Lydia Hamoudi, avocat au barreau de Paris