

Paris, le 22 octobre 2020

Décision du Défenseur des droits n°2020-205

La Défenseure des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la convention n°158 de l'Organisation internationale du travail (OIT) ;

Vu l'article 10 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ;

Vu 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 loi Sapin II ;

Vu la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le code du travail ;

Saisie d'une réclamation de Madame Y, relative à des difficultés rencontrées avec son employeur et à son licenciement qu'elle estime constitutifs de représailles faisant suite à son alerte dénonçant de possibles pratiques délictueuses au sein de son entreprise ;

Constate que Madame Y bénéficie de la protection attachée à la qualité de lanceuse d'alerte au sens de la loi Sapin II ;

Rappelle qu'en qualité de lanceur d'alerte Madame Y doit bénéficier de l'aménagement de la charge de la preuve en application de l'article L1132-3-3 du Code du travail;

Constate que les difficultés rencontrées par Madame Y, ainsi que son licenciement, constituent des représailles en violation de l'article L.1132-3-3 alinéa 2 du code du travail et que le licenciement encourt la nullité, par application de l'article L.1132-4 du code du travail ;

Décide de présenter ses observations devant le conseil de prud'hommes de T.

Claire HÉDON

Observations devant la section des référés du conseil de prud'hommes de T dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame Y, relative à des difficultés rencontrées avec son employeur et à son licenciement, qu'elle estime constitutifs de représailles faisant suite à sa dénonciation de possibles pratiques délictueuses au sein de l'entreprise.

I. FAITS

2. Madame Y indique avoir été embauchée par le groupe Z le 1^{er} septembre 2014. À compter du 1^{er} juillet 2017, elle est engagée par la société Z (...) France SAS, ci-après « Z », avec reprise d'ancienneté.
3. Elle travaille sous la responsabilité de Monsieur A, et de Madame B, sa N+2.
4. Peu après sa prise de poste, le 3 juillet 2017, elle aurait pris connaissance, dans le cadre d'un déplacement à W, un pays étranger, concernant un projet pour le compte d'une organisation internationale, de la situation d'un agent du ministère F mis à disposition de cette organisation et salarié par Z, qui dans ce cadre, commettrait des actes susceptibles d'être qualifiés pénalement et/ou d'être contraires aux règles éthiques du groupe Z.
5. Madame Y indique qu'elle aurait attiré l'attention de sa hiérarchie sur cette situation qu'elle estimait irrégulière, dès son retour le 11 juillet 2017, dans le cadre du compte-rendu de sa mission à W. Elle communique à cet égard un échange de courriels du même jour dans lequel Monsieur A évoque la situation de ce salarié.
6. Madame Y indique que des réunions des 21 juillet, 1^{er} et 2 août 2017, consacrées à cette situation problématique, se seraient tenues sans elle.
7. Le 14 septembre 2017, la mise à disposition de ce salarié auprès de l'organisation internationale en question prend fin et, réintégré chez Z, il est placé sous la responsabilité de Madame Y, aux termes d'un courriel de Monsieur A du 29 septembre 2017.
8. Début 2018, Madame Y alerte sa hiérarchie sur le fait que ce même salarié veut désormais se faire embaucher directement par l'organisation internationale selon des modalités maintenant des liens avec Z.
9. La réclamante aurait de nouveau attiré l'attention de sa responsable, Madame B, sur les conditions du départ de ce salarié, lors d'une réunion du 12 février 2018. À cet égard, elle communique un SMS postérieur, daté du 9 janvier 2019, indiquant « *Quand je vous avais alerté sur le sujet, toi et A, début 2018, j'avais invité à la prudence et la transparence* ».
10. Madame Y n'aurait eu de cesse de dénoncer cette situation, dès lors que ce salarié aurait commis des faits susceptibles d'être qualifiés de faux en écriture privée dans le cadre de sa candidature à un poste de fonctionnaire international, et de corruption de personne privée suite à son embauche par l'organisation internationale.
11. Madame Y estime que ses signalements et mises en garde répétées auraient déplu à sa hiérarchie, auraient donné lieu à des reproches sur ses relations au sein de l'entreprise dès 2017, et qu'elle aurait été progressivement mise à l'écart ou empêchée dans ses fonctions.

12. Par courriel du 2 février 2018, Monsieur A reproche à la réclamante son « *caractère fort et entier* » qui « *génère parfois quelques tensions* » avec les équipes.
13. A l'occasion de sa première évaluation, le 30 mars 2018, Madame Y reçoit notification de son taux d'accomplissement des objectifs pour 2017, qui s'élève à 80%, alors qu'il était de 120% et 130% les années précédentes. Les appréciations sont excellentes concernant la qualité de son travail. Concernant son comportement, il est précisé qu'« *elle doit être plus réceptive au feedback (...) afin de dépassionner certaines situations où son engagement et ses convictions prennent le pas des rationnels d'entreprise* ».
14. Lors de son entretien d'évaluation du 12 septembre 2018, la qualité de son travail est saluée mais sa demande de passage en classification supérieure n'est pas soutenue par Monsieur A. Madame Y considère que cette évolution lui avait été promise à son embauche, au regard de la fiche de poste, d'un courriel de Monsieur C, directeur des ressources humaines, du 10 avril 2017 et d'un SMS de Madame B du 5 mai 2017.
15. L'opportunité d'une mobilité est étudiée en lien avec la direction des ressources humaines dès l'automne 2018.
16. Un déplacement à W, prévu le 1^{er} novembre 2018, aurait été annulé en raison, selon la réclamante, de la présence sur place de l'ancien salarié dont elle avait dénoncé la situation.
17. Le 15 novembre 2018, Monsieur A serait intervenu auprès de son équipe alors en mission à W, sans l'en informer.
18. Lors d'une réunion du 11 février 2019, relative à son bilan RH, la démarche de mobilité de Madame Y est abordée. Monsieur A, Madame B et Monsieur C lui auraient adressé de nombreux reproches relatifs à son management.
19. Lors de cette même réunion, elle aurait de nouveau évoqué la poursuite des agissements de l'ancien salarié de Z qu'elle avait mis en cause.
20. Par courriel du 25 février 2019 adressé à Monsieur A, Madame B et Monsieur C, Madame Y dresse le compte rendu de la réunion du 11 février 2019 et signale l'irrégularité persistante de la situation de l'ancien salarié de Z qui avait été placé sous son autorité. Elle précise qu'elle s'inscrit dans le cadre de la loi Sapin II.
21. Si son évaluation de février 2019 souligne la qualité de son travail, concernant son comportement, il lui est encore reproché « *un bilan 2017 qui n'a jamais été réellement accepté par [Y] et qui a suscité un climat de méfiance (...) ainsi que des échanges conflictuels répétés* ».
22. Par courriel du 13 mars 2019 adressé au président du comité de suivi des alertes du groupe Z, elle alerte la société de façon détaillée sur la situation de l'ancien salarié dénoncée depuis juillet 2017, exprimant ses « *doutes sur la légalité de cette situation* ». Elle renouvelle son alerte le 24 mars 2019 en l'adressant à la boîte dédiée « *alert.Z* ».
23. Le 26 mars 2019, un courriel du comité de suivi des alertes, représenté par Monsieur D, Director Corporate Responsibility Development, lui confirme que son signalement est « *recevable et fera l'objet d'investigations* ».
24. Par courriel du 28 mars 2019, elle reçoit confirmation par Monsieur D des règles de confidentialité de l'alerte et du fait que « *Z s'engage à ne pas sanctionner, licencier ou discriminer tout collaborateur lanceur d'alerte* ».

25. Par courriel du 28 mars 2019 adressé à sa responsable, Madame B, elle s'étonne du niveau d'augmentation salariale et d'objectifs qui lui a été notifié, qu'elle qualifie de « *mesure punitive* ».
26. Par courriel du 12 avril 2019, Monsieur D indique : « *Le Groupe a diligenté une enquête interne* » qui « *fait apparaître des maladresses dans la mise en place de cette organisation commerciale* ».
27. Par courriel du 6 mai 2019, Madame B justifie le faible niveau d'augmentation de la réclamante par son « *comportement* », son « *agressivité* », et des « *difficultés éprouvées par deux personnes de [son] équipe* ». En réponse, le 7 mai, Madame Y conteste ces accusations comme infondées et se plaint de tentatives de déstabilisation. Elle soutient également que Monsieur A ne lui aurait plus accordé d'entretien à compter de son alerte et ne lui aurait pas fixé d'objectifs pour 2019.
28. Le 28 mai 2019, Monsieur D indique que, suite à l'alerte de Madame Y, « *des mesures ont été prises* ».
29. Madame Y relate plusieurs événements qu'elle qualifie de représailles de sa hiérarchie. Ainsi, elle n'est pas incluse dans les échanges du 7 juin 2019 concernant l'un de ses dossiers. Le 27 juin 2019, Madame B lui reproche d'avoir communiqué « *sans concertation* » avec sa hiérarchie, dans le cadre d'un dossier. Le 31 juillet 2019, Monsieur C lui aurait fait « *une proposition de faire appel à un cabinet d'outplacement* », lors d'un entretien. Le 28 août 2019, Monsieur A annule subitement son déplacement à l'étranger.
30. Par courriel du 30 septembre 2019, suite à son entretien d'évaluation, Madame Y donne son accord pour être repositionnée sur un nouveau poste.
31. Madame B inscrit dans son compte rendu d'entretien d'évaluation : « *nous notons un profond désaccord avec ton management ainsi qu'une divergence d'interprétation de la situation : proposition d'un poste (...) correspondant à tes compétences afin de rebondir professionnellement* » Un « *coaching* » lui est également proposé.
32. Le 4 octobre 2019, Madame Y répond toutefois que « *le poste (...) ne correspond ni à mes compétences ni à mes ambitions de carrière* » et ajoute être victime d'une « *campagne de dénigrement* » de la part de Madame B et Monsieur A.
33. Par courriel du 20 septembre 2019, elle relève que sa hiérarchie ne répond pas à ses courriels concernant un dossier urgent. Le 18 novembre 2019, elle se plaint de harcèlement auprès de Monsieur A concernant un autre dossier.
34. Par courriel du 7 octobre 2019 adressé au comité de suivi des alertes et à deux responsables, elle fait valoir que la situation qui fait l'objet de son alerte concernant l'ancien salarié embauché dont elle a dénoncé les agissements aurait perduré. Elle réitère également « *son inquiétude concernant [son] traitement punitif* », se plaint d'être poussée à quitter son poste et d'être victime d'un « *harcèlement* » ayant des conséquences sur sa santé physique et psychologique. Le groupe Z considère qu'il s'agit là d'une seconde alerte de Madame Y.
35. Madame Y n'est pas incluse dans les échanges des 30 octobre et 12 novembre 2019 concernant la visite des [...] du 26 novembre 2019. Le 22 novembre, elle écrit à l'un des membres de son équipe : « *je t'ai demandé à plusieurs reprises de me mettre dans le boucle* ». Le 26 novembre 2019, Monsieur A lui demande d'annuler ses rendez-vous du lendemain.

36. Le 28 novembre 2019, elle est reçue en entretien par un membre du comité de suivi des alertes, et Monsieur D. Selon le compte rendu de cet entretien, ils l'informent que suite à son alerte, des « *rappels formels écrits aux personnes concernées des règles éthiques du Groupe en juillet 2019* » ont été faits.
37. A cette occasion, Madame Y se plaint d'avoir subi des mesures de représailles.
38. En décembre 2019, sa hiérarchie aurait tenté d'annuler son déplacement au siège d'une organisation internationale, prévu pour le 8 décembre 2019. Au final, il est décidé de soumettre ce déplacement à certaines conditions, par courriels des 4 et 6 décembre 2019 : Madame Y doit être sans cesse accompagnée d'un collègue et ne doit pas évoquer certains dossiers.
39. Un courriel de Monsieur E du 20 décembre 2019 réduit le périmètre des fonctions de Madame Y en lui retirant un dossier. Ses dossiers auraient ainsi été progressivement repris par un collègue, Monsieur G, ce dont elle se plaint régulièrement auprès de sa hiérarchie, notamment les 5 avril, 1^{er} octobre, 14 et 29 novembre 2019.
40. Par courriel du 28 décembre 2019 adressé au comité de suivi des alertes, elle récapitule les nombreuses décisions de sa hiérarchie qu'elle qualifie de mesures de représailles et communique de nombreuses pièces.
41. Par courriel du 9 janvier 2020, elle se plaint à Monsieur A qu'elle « *apprenne toujours par des tiers des décisions concernant [son] périmètre* ».
42. Par courriels des 9 et 20 janvier 2020, le comité de suivi des alertes l'informe que l'enquête nécessite le partage de certains documents avec des collaborateurs. Dans sa réponse du 7 février 2020, Madame Y ne répond pas sur ce point mais se plaint du manque de transparence du traitement de son alerte, de l'anonymat non respecté, de l'absence de démarches pour empêcher les représailles.
43. Par courriel du 28 janvier 2020, Madame Y reproche à Monsieur A d'avoir annoncé à l'un de ses collaborateurs un nouveau rattachement, sans l'en avoir informée.
44. Le 31 janvier 2020, elle demande à Monsieur E de la positionner sur un nouveau poste, tout en précisant qu'elle y est « *contrainte et obligée* » en raison des difficultés qu'elle rencontre avec sa hiérarchie.
45. Le 20 février 2020, le comité de suivi des alertes rend ses conclusions, après avoir auditionné Monsieur A, Monsieur C, deux directeur des ressources humaines et un responsable projet. S'agissant de l'alerte de mars 2019.
46. Le comité conclut que la situation dénoncée n'a pas persisté et ne nécessite donc pas « *d'autres mesures ni initiatives* ».
47. S'agissant de son alerte du 7 octobre 2019, le comité retient que des difficultés relationnelles entre la réclamante et sa hiérarchie sont antérieures à l'alerte qu'ils situent en février 2019, et qu'elles existaient depuis sa prise de poste. Ces difficultés concernant tant les dossiers traités que le management de son équipe, sa performance en 2017 et 2018 avaient déjà fait l'objet du refus de la faire passer à un niveau de classification supérieur.
48. Une procédure de licenciement est engagée en mars 2020, et par courriel du 3 avril 2020, Madame Y en fait part au comité de suivi des alertes. Monsieur D refuse de donner suite à son signalement, ce qu'elle conteste longuement par courriel du 17 avril 2020.

49. L'entretien préalable, en présence de Monsieur C, Monsieur A, et d'une représentante du personnel, Madame H, a lieu après plusieurs reports le 20 mai 2020.
50. Le compte rendu établi par Madame H indique que Monsieur C aurait déclaré : « *la relation était tendue (...) à partir de l'alerte, cela explique que les objectifs n'ont pas pu être fixés* ». Il aurait ajouté que « *l'alerte (...) n'a pas de lien avec le licenciement. Nous avons décalé cette procédure [de licenciement] qui avait déjà été initiée (...) Quand l'alerte a été traitée, nous avons décidé de la reprendre* ».
51. Une mesure de licenciement pour cause réelle et sérieuse lui est notifiée le 27 mai 2020. Il est reproché à Madame Y des manquements d'ordre professionnel et comportemental. Elle est dispensée d'exécuter son préavis.
52. Dès le 1^{er} juin 2020, elle est remplacée à son poste par Monsieur G.
53. Par courrier recommandé du 8 juin 2020 adressé à Z, elle conteste son licenciement et rappelle sa qualité de lanceuse d'alerte.
54. Le 30 juillet 2020, Madame Y saisit la section des référés du conseil de prud'hommes de T afin de faire reconnaître la nullité de son licenciement et obtenir sa réintégration. Une audience est prévue le 30 octobre 2020.

II. ENQUÊTE DU DÉFENSEUR DES DROITS ET PROCÉDURE :

55. Au titre de ses compétences en matière de protection des lanceurs d'alerte définies par l'article 4 5° de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, et en vertu des articles 18 et 20 de la même loi, le Défenseur des droits a adressé un courrier à la société Z afin de recueillir sa position et ses pièces concernant la réclamation de Madame Y, qui a répondu tout en demandant un entretien qui s'est tenu au siège du Défenseur des droits le 22 octobre 2020.

III. CADRE JURIDIQUE :

56. 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 loi Sapin II, a complété le dispositif avec la volonté de créer un statut du lanceur d'alerte.
57. Concomitamment à la loi Sapin II, le législateur a donné compétence au Défenseur des droits pour orienter et protéger les lanceurs d'alerte en droit interne.
58. Les dispositions de la loi Sapin II et de la loi organique n°2016-1690 sont entrées en vigueur le lendemain de leur publication au Journal officiel, le 11 décembre 2016.
59. Le lanceur d'alerte doit être protégé contre les mesures défavorables, les sanctions et le licenciement.
60. Le nouvel alinéa 2 de l'article L.1132-3-3 du code du travail 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 professionnelle, 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 signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 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* ».

61. L'article 6 de la loi Sapin II étend la protection du lanceur d'alerte qu'il définit comme « *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* ».
62. L'article 8 de la loi prévoit une procédure d'alerte en trois étapes que le lanceur d'alerte doit respecter pour bénéficier de cette qualité :
- « *I. - Le signalement d'une alerte est porté à la connaissance du supérieur hiérarchique, direct ou indirect, de l'employeur ou d'un référent désigné par celui-ci. En l'absence de diligences de la personne destinataire de l'alerte mentionnée au premier alinéa du présent I à vérifier, dans un délai raisonnable, la recevabilité du signalement, celui-ci est adressé à l'autorité judiciaire, à l'autorité administrative ou aux ordres professionnels. En dernier ressort, à défaut de traitement par l'un des organismes mentionnés au deuxième alinéa du présent I dans un délai de trois mois, le signalement peut être rendu public.*
- II. - En cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles, le signalement peut être porté directement à la connaissance des organismes mentionnés au deuxième alinéa du I. Il peut être rendu public (...)* ».
63. La procédure de recueil des signalements de l'article 8 I nécessitait un décret d'application qui a été adopté le 19 avril 2017 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018 (décret n°2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat).
64. L'article 6 du décret du 19 avril 2017 dispose que : « *L'organisme procède à la diffusion de la procédure de recueil des signalements qu'il a établie par tout moyen, notamment par voie de notification, affichage ou publication, le cas échéant sur son site internet, dans des conditions propres à permettre à la rendre accessible aux membres de son personnel ou à ses agents, ainsi qu'à ses collaborateurs extérieurs ou occasionnels. Cette information peut être réalisée par voie électronique.* »
65. Ainsi, la procédure de signalement interne ne peut être opposable au lanceur d'alerte que si elle a été portée à sa connaissance.
66. La loi Sapin II s'inspire directement de la jurisprudence de la CEDH qui a consacré et défini la première le statut du lanceur d'alerte sur le fondement de l'article 10 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH).
67. Au niveau européen, c'est à travers la liberté d'expression consacrée par l'article 10 §1 de la CESDH que s'effectue leur protection : *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 États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations* ».

68. Par un arrêt de référence du 12 février 2008, *Guja c/ Moldova*, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a consacré et défini le statut du lanceur d'alerte à travers six critères :

- L'existence ou non pour la personne qui a révélé les informations d'autres moyens de procéder à la révélation d'informations ;
- L'intérêt général présenté par les informations révélées ;
- L'authenticité des informations divulguées ;
- Le préjudice causé à l'employeur ;
- La bonne foi du lanceur d'alerte ;
- La sévérité de la sanction infligée à la personne qui a révélé les informations et ses conséquences¹.

69. Par des arrêts postérieurs, la Cour européenne a confirmé sa jurisprudence².

70. Dans les situations antérieures et ne relevant pas du cadre juridique de la loi Sapin II et des cadres juridiques protecteurs qui l'ont précédée³, la chambre sociale de la Cour de cassation a transposé la jurisprudence européenne en droit interne, par un important arrêt en date du 30 juin 2016, en retenant que les lanceurs d'alerte étaient dans tous les cas protégés contre les représailles en fondant leur protection sur l'article 10§1 de la CESDH⁴.

➤ Le régime de preuve

71. Concernant le régime probatoire, le principe est celui de l'aménagement de la charge de la preuve consacré par le dernier alinéa de l'article L.1132-3-3 du code du travail :

« En cas de litige relatif à l'application des premier et deuxième alinéas, 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 dans le respect des articles 6 à 8 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 précitée, 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 ».

72. Ainsi, toute mesure défavorable, d'évaluation, de rémunération, de mutation, de sanction ou de licenciement faisant suite au lancement d'une alerte doit être appréciée en appliquant le régime de l'aménagement de la charge de la preuve.

¹ CEDH, 12 fév. 2008, n°14277/04, *Guja c/ Moldova* : à propos d'un fonctionnaire, directeur du service presse du parquet général de Moldova, révoqué pour avoir communiqué à la presse des copies de correspondances révélant des pressions du Parlement sur le parquet. Le fonctionnaire avait alerté son supérieur hiérarchique qui n'avait donné aucune suite. Aucune procédure d'alerte interne n'était prévue.

² CEDH, 21 juill. 2011, n°28274/08, *Heinisch c/ Allemagne* et CEDH, 8 janv. 2013, n°40238/02, *Bucur et Toma c/ Roumanie*

³ En droit interne, les premières dispositions protectrices en droit du travail ont été introduites par la loi n°2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption au sein de l'article L.1161-1 du code du travail. La loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière est venue plus largement protéger les lanceurs d'alerte dénonçant un crime ou un délit, à travers l'article L.1132-3-3 du code du travail, introduit au sein du chapitre relatif au principe de non-discrimination : *« 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 ».*

⁴ Cass. soc., 30 juin 2016, n°15-10557

➤ La condition de bonne foi

73. Il convient de souligner que la jurisprudence rappelle régulièrement que quand bien même un salarié se tromperait sur la qualification à apporter aux faits dénoncés, ou que ceux-ci s'avèreraient infondés, il doit être considéré comme un lanceur d'alerte dès lors qu'il a dénoncé les faits de bonne foi.
74. Cette condition relative à la bonne foi du salarié est également rappelée dans la résolution 1729 (2010) du Conseil de l'Europe : « 6.2.4. *Tout donneur d'alerte doit être considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectifs illicites ou contraires à l'éthique*».
75. La recommandation 2014 précise, dans le même sens, que « *la personne ayant fait un signalement ou ayant révélé des informations ne devrait pas perdre le bénéfice de sa protection au seul motif qu'elle a commis une erreur d'appréciation des faits ou que la menace perçue pour l'intérêt général ne s'est pas matérialisée, à condition qu'elle ait eu des motifs raisonnables de croire en sa véracité* ».
76. La bonne foi rejoint ainsi l'honnêteté et signifie sans fraude ni tromperie. « *Cela ne signifie pas que la personne ne se trompe pas ou qu'elle n'a pas d'arrière-pensée. En matière d'alerte, la distinction est importante dans la mesure où elle implique que seule une personne qui signale ou révèle des informations qu'elle sait être inexacts ou fausses s'expose à perdre la protection de la loi* ».
77. Dans l'arrêt *Guja c/ Moldova* précité, la Cour européenne précise :
- « La motivation du salarié qui procède à la divulgation est un autre facteur déterminant pour l'appréciation du point de savoir si la démarche doit ou non bénéficier d'une protection. Par exemple, un acte motivé par un grief ou une animosité personnels ou encore par la perspective d'un avantage personnel, notamment un gain pécuniaire, ne justifie pas un niveau de protection particulièrement élevé (Haseldine, décision précitée⁵). Il importe donc d'établir si la personne concernée, en procédant à la divulgation, a agi de bonne foi et avec la conviction que l'information était authentique, si la divulgation servait l'intérêt général et si l'auteur disposait ou non de moyens plus discrets pour dénoncer les agissements en question »⁶.*
78. Elle confirme sa position dans l'affaire *Heinisch c/ Allemagne*, considérant que « *même à admettre que la requérante ait aussi été mue par la volonté d'améliorer ses conditions de travail, la Cour n'aperçoit aucune raison de douter que l'intéressée était de bonne foi, qu'elle était convaincue d'agir dans l'intérêt général en dénonçant un comportement prétendument illicite de son employeur au ministère public et qu'elle pensait ne pas avoir d'autres moyens, plus discrets, de remédier à la situation dénoncée* »⁷.
79. Dans une décision du 8 juillet 2020 la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé qu'il résulte de l'article L.1132-3-3 du code du travail, créé par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, que le salarié qui a relaté ou témoigné de faits constitutifs d'un délit ou d'un crime dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ne peut être licencié pour ce motif, sauf mauvaise foi, laquelle ne peut résulter que de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce et non de la seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis⁸.

⁵ CEDH, 13 mai 1992, *Haseldine c/ Royaume-Uni*, n°18957/91

⁶ CEDH, 12 fév. 2008, n°14277/04, *Guja c/ Moldova*, §77

⁷ CEDH, 21 juill. 2011, n°28274/08, *Heinisch c/ Allemagne*, §83

⁸ Cass. soc. 08/07/2020 n°18-13593

80. La jurisprudence reconnaît que la concomitance entre l'alerte, la sanction et le licenciement est un fait de nature à créer une présomption quant au lien entre l'alerte et la mesure⁹.

➤ **La sanction**

81. Concernant la sanction, la nullité de la mesure ou du licenciement, prévue par l'article L.1132-4 du code du travail, s'applique.

82. Si la nullité du licenciement est prononcée, le salarié a droit, s'il le demande, à sa réintégration dans l'entreprise. L'employeur ne peut alors pas s'y opposer. La Cour de cassation a précisé que le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et le jugement « *peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou des revenus de remplacement pendant cette période* »¹⁰.

83. Dans l'hypothèse où le salarié ne demande pas sa réintégration, il a droit aux indemnités de rupture et à une indemnité « *réparant l'intégralité du préjudice résultant du caractère illicite du licenciement* » conformément à l'article L.1134-5 alinéa 3 du code du travail, et au moins égale à celle prévue à l'article L.1235-3 du code du travail, soit une indemnité au moins égale à 6 mois de salaire.

➤ **La compétence du juge des référés**

84. La recommandation du Conseil de l'Europe du 30 avril 2014, relative à la protection des lanceurs d'alerte, prévoit « *qu'en attendant l'issue de la procédure civile, les personnes qui ont été victimes de représailles pour avoir fait un signalement ou une révélation d'informations d'intérêt général devraient pouvoir solliciter des mesures provisoires, en particulier en cas de perte d'emploi* »¹¹.

85. En droit interne, l'article 12 de la loi Sapin II du 9 décembre 2016 dispose qu' : « *En cas de rupture du contrat de travail consécutive au signalement d'une alerte au sens de l'article 6, le salarié peut saisir le conseil des prud'hommes dans les conditions prévues au chapitre V du titre V du livre IV de la première partie du code du travail.* »

86. Les travaux parlementaires relatifs à l'adoption à l'Assemblée nationale de l'amendement CL 392 en vue de l'adoption de l'article 12 de la loi Sapin II indiquent expressément qu'il s'agit « *d'améliorer la protection du lanceur d'alerte* » en lui procurant un accès spécifique « *au référé prud'homal, afin de « contrer les représailles qui détruisent la vie des lanceurs d'alerte* »¹², pour éviter d'attendre 24 mois pour accéder au juge après le licenciement¹³, et de prévoir « *la possibilité pour le lanceur d'alerte faisant l'objet d'un licenciement de saisir le conseil des prud'hommes pour bénéficier d'un référé conservatoire* »¹⁴.

⁹ CA Aix-en-Provence, 14/02/2019 n°18/08647.

¹⁰ Cass. soc., 11 juill. 2012, n°10-15905 ; Cass. soc., 29 mai 2013, n°11-28734

¹¹ Recommandation CM/Rec(2014)7, point VII, §26.

¹² Assemblée nationale, Rapport de l'Assemblée nationale n° 3785 de M. Sébastien Denaja du 26 mai 2016, page 44.

¹³ Ibid, page 93.

¹⁴ Assemblée nationale, Rapport n° 4045 et 4046 de M. Sébastien Denaja Page 56.

87. La cour d'appel de Versailles¹⁵ et la cour d'appel de Lyon¹⁶ ont par ailleurs décidé qu'au-delà de l'article 12 de la loi Sapin II qui procure au lanceur d'alerte un accès au recours en référé. Ces deux arrêts précisent qu'en cas de licenciement le lanceur d'alerte est également fondé à avoir recours au référé en application des articles R-1455-5 et R-1455-6 du Code du travail pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Le juge des référés doit vérifier si le licenciement du lanceur d'alerte est un trouble manifestement illicite.

III. ANALYSE JURIDIQUE :

88. Il convient de vérifier si Madame Y peut être considérée comme lanceuse d'alerte, au sens de la loi Sapin II (A), puis de déterminer si les difficultés qu'elle a rencontrées dans l'exécution de ses fonctions, ainsi que son licenciement, constituent des représailles, au sens de cette même loi (B).

A. Les conditions pour être considérée comme lanceur d'alerte

89. Pour bénéficier de la qualité de lanceur d'alerte, les conditions prévues par l'article 6 de la loi Sapin II doivent être remplies :

- Le lanceur d'alerte doit être « *une personne physique* » ;
- Son signalement doit être fait « *de manière désintéressée et de bonne foi* » ;
- L'alerte doit concerner « *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* »
- Le lanceur d'alerte doit en avoir eu « *personnellement connaissance* ».

90. Madame Y a signalé, depuis son arrivée en juillet 2017, une situation relative à un collaborateur de l'entreprise qui a ensuite été placé sous sa responsabilité, situation dont elle a eu personnellement connaissance peu après sa prise de fonctions.

91. Madame Y considère avoir signalé des faits pouvant caractériser les infractions de corruption de personne privée, réprimés par les articles 445-2 et 441-1 du code pénal, et de faux en écriture privée, prévus par l'article 445-1 du même code. La situation pourrait également constituer un manquement aux règles d'éthique du groupe Z.

92. À ce stade, il convient de rappeler que la jurisprudence de la CEDH ainsi que les recommandations du Conseil de l'Europe précitées, selon lesquelles quand bien même un salarié se tromperait sur la qualification à apporter aux faits dénoncés, ou que ceux-ci s'avèreraient infondés, il serait considéré comme un lanceur d'alerte protégé dès lors qu'il a dénoncé les faits de bonne foi.

93. En l'espèce, le contenu des courriels adressés par Madame Y relatifs à la situation dénoncée ne font apparaître aucune malveillance ou animosité envers le groupe Z. Celle-ci précise avoir reçu une formation de prévention de la corruption au sein de l'entreprise, et s'inscrire dans le cadre de la loi Sapin II. Son attachement à l'entreprise ressort également de ses entretiens d'évaluation. Aucun élément du dossier ne permet donc d'établir que Madame Y n'aurait pas dénoncé les faits de bonne foi.

94. Les éléments du dossier ne permettent de conclure à aucun intérêt ou avantage, financier ou autre, que Madame Y aurait cherché à obtenir en formulant cette alerte. La condition de désintéressement est donc également remplie.

¹⁵ CA Versailles 27 février 2018, n°RG 16/04357.

¹⁶ CA Lyon 28 novembre 2019 N° RG 19/02856.

95. L'ensemble de ces éléments permettent de considérer que le signalement de Madame Y entre dans le champ d'application de l'article 6 de la loi Sapin II.
96. La procédure de signalement prévue par l'article 8 de la loi Sapin II doit permettre à l'employeur de prendre toutes les dispositions utiles afin d'enquêter sur les faits signalés et d'y remédier le cas échéant. Ce n'est qu'en l'absence de réponse ou si celle-ci n'est pas satisfaisante que le lanceur d'alerte peut s'adresser aux autorités compétentes ou rendre publique son alerte, sauf à démontrer l'existence d'un danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles.
97. Il ressort de l'instruction que Madame Y a respecté cette procédure graduée puisqu'elle a alerté en premier lieu ses responsables hiérarchiques, puis l'organe de recueil des alertes spécifiquement créé à cet effet par le groupe Z.
98. L'alerte a alors été traitée par le comité de suivi des alertes de la direction éthique, intégrité et responsabilité d'entreprise (DEIRE) du groupe Z, qui l'a déclarée recevable et justifiant une enquête par courriel du 26 mars 2019.
99. Par courriels des 12 avril et 28 mai 2019, Madame Y est informée par le comité que « *Le Groupe a diligenté une enquête interne* » qui « *fait apparaître des maladroites dans la mise en place de cette organisation commerciale* » et que plusieurs personnes auraient été rappelées à l'ordre.
100. Madame Y saisit de nouveau le comité le 7 octobre 2019 concernant, d'une part, la persistance de la situation dénoncée dans sa première alerte et, d'autre part, les représailles dont elle s'estime victime dans l'exercice de ses fonctions.
101. Le 28 novembre 2019, le comité l'informe que suite à son alerte, des « *rappels formels écrits aux personnes concernées des règles éthiques du Groupe en juillet 2019* » ont été faits.
102. Le 20 février 2020, estimant que les difficultés avec la hiérarchie sont antérieures à l'alerte de février 2019, le comité de suivi des alertes ne constate pas l'existence de représailles et considère que son intervention est achevée.
103. Compte tenu de ces réponses du groupe Z, Madame Y a considéré que le comité de suivi des alertes n'avait pas apporté de réponse satisfaisante à ses signalements.
104. À cet égard, le Défenseur des droits relève que le groupe Z n'a apporté à Madame Y aucun élément montrant que la situation avait été régularisée et que des actions proportionnées avaient été prises. Madame Y ne pouvait donc pas considérer que le groupe Z avait entrepris les « *diligences* » mentionnées à l'article 8 I par. 2 de la loi Sapin II.
105. Il ressort de ce qui précède que Madame Y a signalé son alerte dans le respect de l'article 8 de la loi Sapin II.

B. L'existence de représailles suite à l'alerte de Madame Y

106. Madame Y soutient avoir rencontré des difficultés dans l'exercice de ses fonctions et avoir été licenciée en raison de son signalement.
107. Au titre des difficultés rencontrées dans l'exercice de ses fonctions en lien avec l'alerte, elle rapporte :
 - Des relations conflictuelles avec sa hiérarchie qui lui sont reprochées;

- Une mise à l'écart, se manifestant par son exclusion d'échanges relatifs à ses dossiers ou à ses missions ainsi que son exclusion de réunions;
 - Des reproches formulés par courriels ou lors de réunions, une dépréciation de sa rémunération suite aux évaluations, et un refus d'évolution vers la classification supérieure ;
 - Des déplacements à l'étranger annulés ;
 - Des interférences de sa hiérarchie auprès de ses collaborateurs ;
 - Un encouragement à s'orienter vers une mobilité interne ou externe ;
 - Une réduction de son périmètre, repris par un collègue, M. G, qui la remplacera par la suite
 - Son licenciement.
108. Les pièces transmises par Madame Y démontrent la réalité de nombreuses mesures défavorables décidées par sa hiérarchie. Elle communique également des courriels dans lesquels elle demande à être tenue informée de l'avancement de dossiers. Elle se plaint à plusieurs reprises d'interférences dans son périmètre et de harcèlement, d'intimidation, de dénigrement et de déstabilisation de la part de sa hiérarchie.
109. Dans les conclusions du comité de suivi des alertes du 20 février 2020, le groupe Z ne réfute pas les difficultés relationnelles existant entre Madame Y et sa hiérarchie. Le groupe relève ainsi de « *nombreux différends quant aux arbitrages retenus sur différents dossiers, au choix de management du département et aux modalités d'interaction avec les autres parties prenantes* » ainsi qu'« *un désaccord de Madame Y quant à l'appréciation de sa performance (...) et à son absence d'évolution en NR11 comme envisagé lors de son recrutement* ».
110. Le groupe Z soutient toutefois que ces difficultés étaient « *apparues bien avant l'alerte* » et qu'en conséquence, elles ne peuvent être qualifiées de représailles.
111. Il ressort de l'instruction des services du Défenseur des droits que Madame Y a pris connaissance de la situation qu'elle a dénoncée quelques jours après sa prise de poste, en juillet 2017. Elle indique en avoir fait part à sa hiérarchie dès le compte rendu de son déplacement à W, le 11 juillet 2017, et il ressort en effet d'un courriel de Monsieur A de ce jour que la situation de ce salarié posait difficulté. Madame Y considère avoir également alerté oralement sa hiérarchie en 2018 sur la persistance des problèmes liés à la situation dénoncée peu avant sa première évaluation. À partir du 25 février 2019, son signalement est adressé par écrit à sa hiérarchie, puis au comité de suivi des alertes, le mois suivant.
112. Le Défenseur des droits relève que Madame Y a ainsi émis des alertes informelles lors de réunions en 2017 et 2018 avant de les formuler par écrit en 2019.
113. L'appréciation globale de ces éléments conduit à conclure que les difficultés relationnelles rapportées par Madame Y ont pu naître dès sa prise de ses fonctions en raison de la situation irrégulière qu'elle a constatée et remontée à sa hiérarchie et du traitement de cette situation.
114. Le Défenseur des droits considère, en l'espèce, que la protection contre les mesures de représailles, si elle naît de l'alerte « *formelle* » émise par le salarié par écrit, doit s'étendre aux décisions de l'employeur prises antérieurement, dès lors qu'elles sont la conséquence des signalements qui ont précédé l'alerte.
115. Dès lors, les difficultés relationnelles de Madame Y dont se prévaut le groupe Z qui, telles que reconnues dans l'évaluation 2018, trouvent leur fondement dans l'évaluation de 2017, ne peuvent être considérées comme étant strictement indépendantes et antérieures à l'alerte.

116. Dans le cadre de l'aménagement de la charge de la preuve, Madame Y doit présenter un faisceau d'indices révélant un contexte qui laisse présumer un lien entre les mesures défavorables et l'alerte.
117. La jurisprudence reconnaît que la concomitance entre l'alerte et les mesures défavorables prises par l'employeur est de nature à créer une présomption quant au lien entre l'alerte et la mesure (CA Aix-en-Provence, 14/02/2019 n°18-08647).
118. Dans ce contexte, les éléments produits montrent que dès qu'elle a commencé à dénoncer la situation à l'origine de l'alerte, soit en juillet 2017, Madame Y a commencé à se faire reprocher ses relations avec sa hiérarchie et son entourage professionnel et que cette situation s'est poursuivie puis accentuée jusqu'à son licenciement.
119. La réalité de l'alerte et ces éléments sont suffisants pour que la charge de la preuve de l'absence de lien entre les motifs du licenciement et les difficultés rencontrées par Madame Y incombe à Z.
120. Il appartient dès lors à Z d'établir que les difficultés relationnelles dénoncées qui auraient mené au licenciement sont sans lien avec la dénonciation répétée de la situation signalée par Madame Y.
121. S'agissant du licenciement pour cause réelle et sérieuse prononcé le 27 mai 2020, Z reproche à Madame Y de passer outre sa hiérarchie, de communiquer de manière agressive, de critiquer ses responsables et collaborateurs, de multiplier les courriels à la direction générale sans motif, de manquer au pilotage de ses équipes et de ne pas coordonner les différents services dans certains projets, malgré des rappels à l'ordre préalables de sa hiérarchie et la mise en place d'un accompagnement.
122. Madame Y conteste, dans ses conclusions, chaque grief énoncé dans la lettre de licenciement et produit des pièces justificatives. Elle fait valoir :
- Qu'il n'y aurait jamais eu d'accompagnement, mais un simple rendez-vous avec le directeur des opérations, qu'elle a elle-même demandé ;
 - Que le grief d'avoir passé outre sa hiérarchie est imprécis ;
 - Qu'elle travaillait en bonne entente avec ses collaborateurs et que les difficultés rencontrées avec certains d'entre eux ne sont pas de son fait ;
 - Que le défaut de pilotage et de coordination qui lui est reproché entre en contradiction avec ses évaluations et avec les succès obtenus dans ses dossiers.
123. Par ailleurs, Z invoque des tensions et des échanges conflictuels entre la requérante, sa hiérarchie et ses collaborateurs sans apporter de précisions sur les situations ou les interlocuteurs concernés qui permettraient de démontrer que ces reproches sont sans lien avec la dégradation des conditions générales d'exercice professionnel de Madame Y au fil des signalements répétés de la situation visée par l'alerte. Or, le compte rendu d'entretien préalable rédigé par Madame H sur les propos de Monsieur C, DRH, fait expressément référence aux relations dégradées de Madame Y avec sa hiérarchie dans le contexte de ces signalements et alertes répétés.
124. Le Défenseur des droits constate que les reproches formulés dans les échanges, évaluations et dans la lettre de licenciement s'inscrivent dans le prolongement des difficultés rencontrées par Madame Y avec sa hiérarchie dans l'exécution de ses fonctions, difficultés qui sont en lien avec sa dénonciation de la gestion des relations d'un salarié de l'entreprise avec une organisation internationale visée par l'alerte.

125. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le Défenseur des droits considère que Z n'apporte pas d'élément précis, concordants et suffisamment étayés pour établir « *que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé* » et ne constitue pas une mesure de représailles au sens de l'article L.1132-3-3 alinéa 2 du code du travail, sanctionnée par la nullité en application des dispositions de l'article L.1132-4 du code du travail.

126. En conséquence et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Constate que Madame Y bénéficie de la protection attachée à la qualité de lanceuse d'alerte au sens de la loi Sapin II.
- Constate que les difficultés rencontrées par Madame Y, ainsi que son licenciement, constituent des représailles en violation de l'article L.1132-3-3 alinéa 2 du code du travail et que le licenciement encourt la nullité, par application de l'article L.1132-4 du code du travail.

127. Telles sont les observations que le Défenseur des droits entend porter à la connaissance de la section des référés du conseil de prud'hommes de T.

Claire HÉDON