

- Liberté d'expression du salarié lanceur d'alerte : ultimes précisions prétoriennes avant réforme législative !

[Liberté d'expression du salarié lanceur d'alerte ultimes précisions prétoriennes avant réforme législative !](#)

[Les faits](#)

[Les demandes et argumentations](#)

La décision, son analyse et sa portée • La vaine quête de la mauvaise foi du salarié

La décision, son analyse et sa portée • L'élargissement du spectre de la protection

La décision, son analyse et sa portée • L'ombre du lanceur d'alerte

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, des 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 ou des manquements à des obligations déontologiques prévues par la loi ou le règlement, est frappé de nullité.

Philippe Pacotte

Avocat associé, Delsol Avocats

Arthur Lampert

Juriste, Delsol Avocats

[Cass. soc., 19 janv. 2022, pourvoi n° 20-10.057, arrêt n° 87 FS-B]

Les faits

Un salarié exerçant les fonctions de responsable du Pôle Audit et Commissariat aux comptes dans une société d'expertise-comptable et de commissariat aux comptes avait été licencié pour faute grave, après avoir dénoncé auprès de son employeur une situation de conflit d'intérêts, contraire aux règles déontologiques de sa profession. Dans sa lettre de licenciement, il lui était reproché différents griefs en lien avec le défaut d'exécution des tâches, l'absence de suivi des dossiers, une désinvolture et un désintérêt à l'égard des clients. La lettre de licenciement mentionnait enfin les menaces du salarié de saisir la Compagnie des Commissaires aux Comptes en lien avec la situation de conflit d'intérêts dénoncée.

Les demandes et argumentations

Le salarié a saisi le conseil de prud'hommes pour faire valoir que la mesure prise à son encontre était fondée sur la dénonciation qu'il avait faite, de sorte que son licenciement devait être jugé nul ou sans cause réelle et sérieuse. Le conseil de prud'hommes, suivi par la Cour d'appel de Paris, déboutait le salarié de l'ensemble de ses demandes.

Le salarié formait alors un pourvoi en cassation pour contester l'appréciation des juges du fond selon laquelle « *aucun élément pertinent ne corroborait les assertions du salarié selon lesquelles les motifs ayant fondé son licenciement ne seraient pas ceux retenus dans la lettre de licenciement* ».

Dans le cadre de son contrôle, la Cour de cassation constatait que la lettre de dénonciation était antérieure à l'engagement de la procédure de licenciement et cassait l'arrêt d'appel, en renvoyant les parties devant la cour d'appel de Paris autrement composée.

Jugeant l'affaire une seconde fois, la Cour d'appel de Paris a reconnu la nullité du licenciement, considérant que « *les termes employés dans la lettre de licenciement relatifs à cette saisine sont suffisamment ambigus pour soulever un doute qui doit profiter au salarié en ce qui concerne une mesure de rétorsion illicite* ».

L'employeur a formé un pourvoi à l'encontre de cette décision. En premier lieu, il soutenait que la nullité n'était encourue qu'en cas de licenciements prononcés à la suite de la dénonciation d'infractions pénales. En second lieu, l'employeur considérait que la mauvaise foi du salarié était caractérisée par le fait que sa menace de saisir la compagnie régionale des commissaires aux comptes intervenait en réponse aux reproches de la société « *afin de faire pression sur elle et faire échec à toute mesure destinée à sanctionner son comportement* ».

La décision, son analyse et sa portée

La Cour de cassation rejette le pourvoi.

En premier lieu, elle pose le principe selon lequel, « *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 ou des manquements à des obligations déontologiques prévues par la loi ou le règlement, est frappé de nullité* ».

En second lieu, la Cour suprême approuve l'arrêt d'appel en ce qu'il a constaté que la lettre de licenciement reprochait au salarié d'avoir menacé de saisir la compagnie régionale des comptes d'une situation de conflit d'intérêts dénoncée antérieurement et que la procédure de licenciement était concomitante à l'alerte du salarié, à laquelle l'employeur n'avait pas souhaité réagir. La Cour de cassation établit ainsi une corrélation entre l'alerte du salarié et la mesure de licenciement prononcée qui, dans ces circonstances, portait une atteinte à la liberté d'expression. Une fois cette atteinte caractérisée, la Cour de cassation s'attache à écarter la mauvaise foi du salarié. En conséquence, elle donne raison à la Cour d'appel de Paris d'avoir déclaré le licenciement nul.

Ce faisant, la Cour de cassation se livre à un rappel des règles cardinales en matière de liberté d'expression des salariés qui, sauf exception caractérisée notamment par la mauvaise foi du salarié, mérite la plus grande protection.

• La vaine quête de la mauvaise foi du salarié

La société estimait que la dénonciation du salarié et sa menace de saisir la Compagnie régionale des commissaires aux comptes étaient de mauvaise foi car elles constituaient une réponse aux reproches adressés au salarié et avaient pour objectif de « *faire pression sur elle et faire échec à toute mesure destinée à sanctionner son comportement* ».

Cet argument avait peu de chance de prospérer compte tenu de la chronologie des faits. En effet, le courrier de dénonciation du salarié était daté du 3 février 2011, soit antérieurement à l'engagement de la procédure de licenciement, la convocation à entretien préalable lui ayant été adressée le 7 mars 2011 pour un entretien fixé au 15 mars 2011.

En tout état de cause, caractériser la mauvaise foi du salarié est une quête difficile

En tout état de cause, caractériser la mauvaise foi du salarié est une quête difficile. La Cour de cassation a récemment jugé que même lorsque la lettre de dénonciation intervient postérieurement à la convocation à l'entretien préalable au licenciement, les juges doivent rechercher si le salarié n'a pas avisé sa hiérarchie des faits qu'il jugeait illicites préalablement à cette convocation (1).

Dans le sillage d'une jurisprudence bien établie, la Cour de cassation rappelle que la mauvaise foi du salarié peut uniquement résulter de la connaissance par le salarié de la fausseté des faits qu'il dénonce (2) et ne peut résulter de la

seule circonstance que les faits dénoncés ne sont pas établis (3) . Au cas particulier, l'employeur invoquait la mauvaise foi au vue du contexte litigieux sans pour autant avoir proposé des éléments de preuve permettant de caractériser le fait que le salarié avait conscience de la fausseté des faits dénoncés à la date à laquelle il les a portés à la connaissance de sa hiérarchie. Pourtant, c'est bien là que résidait toute la question ! et seule l'intention établie du salarié de dénoncer des faits qu'il sait manifestement faux peut permettre d'échapper à la protection reconnue à la liberté d'expression. Cette délicate question pose bien évidemment la difficulté des éléments de preuve susceptibles de pouvoir démontrer l'intention du salarié.

• L'élargissement du spectre de la protection

L'argument de l'employeur consistant à affirmer que la nullité du licenciement d'un salarié prononcé pour avoir relaté ou témoigné des faits dont il avait eu connaissance dans le cadre de ses fonctions s'appliquait aux seuls licenciements prononcés à la suite de la dénonciation d'infractions pénales n'était pas dénué de pertinence.

Cette position s'appuyait en effet sur des arrêts rendus par la Cour de cassation en 2016 et en 2020. Dans un arrêt du 30 juin 2016 portant sur des faits datant de 2009, la Cour de cassation avait déjà considéré qu'en raison de l'atteinte portée à la liberté d'expression, 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, devait être frappé de nullité (4) .

Dans un arrêt du 4 novembre 2020, rendu au visa de l'article L. 1132-3-3 du Code du travail issu de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013, la Cour de cassation réaffirmait 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* » (5) . Cet arrêt avait fait l'objet d'un commentaire particulièrement explicite des magistrats, précisant que « *sous l'empire des dispositions antérieures à la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, un salarié n'est protégé que s'il a relaté ou témoigné de faits susceptibles d'être constitutifs d'un délit ou d'un crime. Ce faisant, il s'impose aux juges du fond de caractériser l'infraction pénale susceptible d'être constituée par lesdits faits dénoncés* » (6) .

La Cour de cassation élargit le spectre des solutions précédemment rendues au-delà des seules infractions pénales

La Cour de cassation élargit le spectre des solutions précédemment rendues au-delà des seules infractions pénales. Sont désormais concernés « *les manquements à des obligations déontologiques prévues par la loi ou le règlement* ». En l'occurrence, la Haute Juridiction admet qu'une alerte formulée sur le fondement de l'article 8 du code de déontologie de la profession des commissaires aux comptes, dans sa version alors en vigueur, ouvre droit à la protection du salarié. La Cour de cassation semble ainsi vouloir renforcer la protection attachée à la liberté d'expression du salarié, qui ne saurait se limiter aux dénonciations de crimes ou délits. Cette jurisprudence propose donc des perspectives quasi sans limite aux acteurs de l'entreprise au regard de l'ampleur des obligations qui s'impose à cette dernière. Il est probable que le nombre de contentieux sur ce fondement risque d'évoluer à la hausse.

L'arrêt commenté intervient aussi dans un contexte législatif particulier puisque le Parlement étudie actuellement une proposition de loi portant sur les lanceurs d'alerte.

• L'ombre du lanceur d'alerte

La Cour de cassation évoque l'atteinte à la liberté d'expression, mais ne vise pas la notion de « lanceur d'alerte » car les faits de l'espèce, datant de 2011, étaient antérieurs à la loi « SAPIN II » du 9 décembre 2016 ayant introduit la notion de lanceur d'alerte en droit français. Les faits étaient également antérieurs à la loi n° 2013-1117 du 6 novembre 2013, relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, ayant esquissé en droit français la protection du lanceur d'alerte. À défaut d'être utilisée, la notion de lanceur d'alerte, actuellement au cœur

de débats législatifs, pèse sur la solution rendue.

À défaut d'être utilisée, la notion de lanceur d'alerte, actuellement au cœur de débats législatifs, pèse sur la solution rendue

En l'état du droit, le lanceur d'alerte est ainsi défini : « *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* » (7) .

Une proposition de loi visant à transposer une directive européenne du 23 octobre 2019 a été adoptée par une commission mixte paritaire du Parlement le 1^{er} février 2022. Dans sa dernière version disponible adoptée par le Sénat le 20 janvier 2022 (8) , la définition du lanceur d'alerte issue de la proposition de la loi est la suivante : « *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation 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, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. Lorsque les informations n'ont pas été obtenues dans le cadre des activités professionnelles mentionnées au I de l'article 8, le lanceur d'alerte doit en avoir eu personnellement connaissance* » (9) .

Dans un contexte d'élargissement de la protection du lanceur d'alerte par la loi, la Cour de cassation semble vouloir garantir aux salariés n'entrant pas dans le champ d'application de dispositions légales, une protection contre le licenciement. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation n'utilise aucun visa à l'appui de sa solution, comme elle a pu le faire encore récemment, en convoquant l'article 10 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (10) . Elle ne fait pas non plus appel à la notion de liberté fondamentale qui, de jurisprudence constante, justifie la nullité d'un licenciement même en l'absence de texte (11) . Qu'elle s'inscrive ou non dans un cadre législatif, la protection de la liberté d'expression du salarié est réaffirmée avec autorité.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 13 novembre 2019), rendu sur renvoi après cassation (Soc., 3 octobre 2018, pourvoi n° 16-23.075), M. [L] a été engagé à compter du 17 juillet 2000 en qualité d'assistant par la société d'expertise comptable et de commissariat aux comptes Diagnostic et investissement. A la suite de l'obtention de son diplôme d'expert-comptable et de commissaire aux comptes, le salarié a conclu un nouveau contrat de travail le 19 mai 2009, avec effet rétroactif au 5 janvier 2009.

2. Par lettre recommandée du 3 février 2011, le salarié a alerté son employeur sur une situation de conflit d'intérêts concernant la société entre ses missions d'expert-comptable et celles de commissaire aux comptes, en soulignant qu'à défaut de pouvoir discuter de cette question avec son employeur, il en saisirait la compagnie régionale des commissaires aux comptes. Il a saisi cet organisme par lettre du 14 mars 2011, veille de l'entretien préalable au licenciement, et il a été licencié pour faute grave le 18 mars 2011.

3. Contestant ce licenciement, il a saisi la juridiction prud'homale pour faire juger que le licenciement était nul ou sans cause réelle et sérieuse et obtenir le paiement d'indemnités liées à la rupture et d'un rappel de salaires sur primes.

Examen des moyens

Sur le moyen du pourvoi principal de l'employeur, pris en sa troisième branche et sur le moyen du pourvoi incident du salarié, ci-après annexés

4. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le moyen du pourvoi principal de l'employeur, pris en ses deux premières branches

Énoncé du moyen

5. L'employeur fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement est nul pour violation d'une liberté fondamentale et de le condamner en conséquence à payer au salarié des sommes à titre de salaire de mise à pied et congés payés afférents, d'indemnité compensatrice de préavis et congés payés afférents, d'indemnité de licenciement et d'indemnité pour licenciement nul, alors :

« 1^o/ que 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 ; qu'en déclarant le licenciement du salarié nul pour cela qu'il pouvait légitimement dénoncer à des tiers, tels que la compagnie des commissaires aux comptes, tout fait répréhensible dont il aurait connaissance dans le cadre de ses fonctions et que son licenciement, prononcé ensuite d'une menace de dénonciation d'un conflit d'intérêts auprès de la compagnie des commissaires aux comptes, constituait en conséquence une mesure de rétorsion illicite et était frappé de nullité, quand la nullité susvisée s'applique aux seuls licenciements prononcés ensuite de la dénonciation d'infractions pénales, la cour d'appel a violé l'article L. 1121-1 du code du travail et l'article 10 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2^o/ que le juge ne doit pas dénaturer les conclusions des parties ; qu'en affirmant que la mauvaise foi du salarié n'était pas invoquée par l'employeur, quand la société alléguait expressément la mauvaise foi du salarié, qui l'avait menacée de saisir la compagnie régionale des commissaires aux comptes, en réponse aux reproches qu'elle lui avait adressés, afin de faire pression sur elle et faire échec à toute mesure destinée à sanctionner son comportement, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

6. 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 ou des manquements à des obligations déontologiques prévues par la loi ou le règlement, est frappé de nullité.

7. La cour d'appel a relevé, d'une part, que la lettre de licenciement reprochait expressément au salarié d'avoir menacé son employeur de saisir la compagnie régionale des commissaires aux comptes de l'existence dans la société d'une situation de conflit d'intérêts à la suite de cas d'auto-révision sur plusieurs entreprises, situation prohibée par le code de déontologie de la profession, dont il l'avait préalablement avisé par lettre du 3 février 2011, et, d'autre part, que la procédure de licenciement avait été mise en œuvre concomitamment à cette alerte et à la saisine par le salarié de cet organisme professionnel après que l'employeur lui eut refusé toute explication sur cette situation. Ayant ainsi fait ressortir que le salarié avait été licencié pour avoir relaté des faits, dont il avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions, et qui, s'ils étaient établis, seraient de nature à caractériser une violation du code de déontologie de la profession de commissaire aux comptes dans sa version issue du décret n° 2010-131 du 10 février 2010, et ayant estimé, sans dénaturer dès lors que l'employeur ne soutenait pas que le salarié avait connaissance de la fausseté des faits qu'il dénonçait, que la mauvaise foi de ce dernier n'était pas établie, elle en a exactement déduit que le licenciement était nul.

8. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE les pourvois, tant principal qu'incident ;

Condamne la société Diagnostic et investissement aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre sociale, et prononcé par le président en son audience publique du dix-neuf janvier deux mille vingt-deux.

-
- (1) Cass. soc., 7 juill. 2021, n° 19-25.754, JSL n° 527, 7 oct. 2021, obs. H. Nasom-Tissandier, « *Extension de la protection du lanceur d'alerte* ».
-
- (2) Cass. soc., 7 févr. 2012, n° 10-18.035, JSL n° 318, 22 mars 2012, obs. M. Hautefort, « *Accusation mal fondée n'est pas mauvaise foi* ».
-
- (3) Cass. soc., 8 juill. 2020, n° 18-13.593, JSL n° 504, 28 sept. 2020, obs. Ph. Pacotte et S. Daguerre, « *Liberté d'expression du salarié et protection du lanceur d'alerte* ».
-
- (4) Cass. soc. 30 juin 2016, n° 15-10.557, JSL n° 415, 5 sept. 2016, obs. H. Nasom-Tissandier, « *Quelle protection pour les lanceurs d'alerte ? Un arrêt en demi-teinte* ».
-
- (5) Cass. soc., 4 nov. 2020, n° 18-15.669, JSL n° 513, 5 février 2021, obs. H. Nasom-Tissandier, « *Protection du lanceur d'alerte dénonçant des faits non constitutifs d'un délit ou d'un crime* ».
-
- (6) Lettre de la Chambre sociale de la Cour de cassation, novembre/décembre 2020.
-
- (7) Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, article 6, al. 1.
-
- (8) Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte. Texte n° 4979 élaboré par la commission mixte paritaire. A l'heure où nous écrivons ces lignes, de nouvelles discussions sur ce texte sont prévues le 8 février 2022 à l'Assemblée nationale et le 16 février 2022 au Sénat.
-
- (9) Sénat, Proposition de loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, article 1^{er}.
-
- (10) V. notamment Cass. soc., 31 mars 2004, n° 01-46.960 ; Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-17.882. La notion de liberté fondamentale a depuis été consacrée par le législateur par la modification de l'article L. 1235-3-1, tel qu'issue de l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 et de la loi de ratification n° 2018-2017 du 29 mars 2018.
-
- (11) V. notamment Cass. soc., 31 mars 2004, n° 01-46.960 ; Cass. soc., 9 oct. 2013, n° 12-17.882.
-