



Note LDAJ – Compte-rendu du webinaire LDAJ du 12 décembre 2023

Compte-rendu du webinaire LDAJ du 12 décembre 2023

Thèmes abordés

- La protection des lanceurs d’alerte
- Les salariés protégés (secteurs privés)
- La protection fonctionnelle
- Questions d’actualités

Préambule

L’objet de ce compte-rendu est de communiquer aux participants au webinaire, et plus largement aux syndicats affiliés à la Fédération CGT de la santé et de l’action sociale, les principaux fondements juridiques des sujets évoqués au cours de la réunion. Il ne saurait remplacer une consultation juridique personnalisée.

1. La protection des lanceurs d’alerte

La protection des lanceurs d’alerte est définie par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 (dite Loi Sapin 2) modifiée par la loi n°2022-401 du 21 mars 2022 (dite Loi Wasserman) transposant en droit français la directive UE 2019/1937 du 23 octobre 2019. Cette loi est complétée par un décret n°2022-1284 paru le 3 octobre 2022.

Qui est lanceur d’alerte ?

- une personne physique,
- agissant sans contrepartie financière directe et de bonne foi¹
- ayant personnellement eu connaissance des faits qu’il dénonce, sauf si l’alerte a lieu dans un cadre professionnel, auquel cas les faits peuvent seulement lui avoir été rapportés.

Bénéficient également d’une protection les « facilitateurs », définis comme toutes personnes physiques ou morales de droit privé à but non lucratif qui aident un lanceur d’alerte à effectuer un signalement ou une divulgation. Un syndicat, un délégué syndical, un élu ou un collègue peuvent par exemple être facilitateurs.

Quelles informations peuvent donner lieu à une alerte ?

Des informations portant :

- sur une « menace ou un préjudice pour l’intérêt général », ou
- un fait illicite : un crime ou un délit ou la violation ou tentative de dissimulation d’une violation d’un engagement international, du droit de l’Union européenne, de la loi (notamment un harcèlement ou une discrimination) ou du règlement.

La divulgation de ces informations ne doit pas être interdite par le secret de la défense nationale, le secret médical, le secret des délibérations judiciaires, le secret de l’enquête ou de l’instruction judiciaire ou le secret professionnel de l’avocat.

En revanche, le secret des affaires n’est pas opposable au lanceur d’alerte dès lors que ce dernier exerce son alerte conformément à la loi.²

Des régimes spécifiques d’alerte sont prévus pour les militaires, les services de renseignement, les activités nucléaires... Excepté dans le domaine du renseignement, les protections offertes au lanceur d’alerte doivent être au moins aussi favorables que celles prévues par le droit commun. A défaut, celui-ci s’applique.³

¹ Pour être considéré de bonne foi, le lanceur d’alerte ne doit pas avoir connaissance de la fausseté des faits qu’il dénonce. Cass. soc. 6 juin 2012, n°10-28.345.

² Article L.151-8 du code de commerce, 2°

³ Article 6-III de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016

Comment donner l'alerte ?

L'alerte peut aussi bien être donnée en interne, dans l'entreprise ou l'administration, qu'à des entités externes définies par loi. La divulgation publique reste soumise à certaines conditions pour être protégée par le régime des lanceurs d'alerte.

- **L'alerte interne** est adressée à l'employeur, à conditions que l'alerte :
 - Porte sur des informations professionnelles, c'est-à-dire obtenues dans un cadre professionnel sur des faits qui se sont déroulés ou sont susceptibles de s'être déroulés dans la structure professionnelle en cause,
 - émane d'une personne en rapport avec l'organisation en cause (membre du personnel ancien ou actuel, candidats à un emploi, prestataire, cocontractant...).

Les personnes morales de droit privé employant au moins 50 salariés et celles de droit public employant plus de 50 agents doivent obligatoirement mettre en place une procédure d'alerte interne.

Cette procédure doit garantir l'intégrité et la confidentialité des alertes recueillies. Si une alerte orale est prévue, la personne doit pouvoir être reçue dans les 20 jours et l'échange donner lieu à un enregistrement ou un procès-verbal signé. Des modalités de traitement des signalements anonymes doivent être prévues. Un avis de réception de l'alerte doit être notifié dans un délai de 7 jours et donner lieu à une première réponse dans un délai de 3 mois.

Les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte ne peuvent être divulgués qu'avec le consentement de celui-ci. Ils peuvent toutefois être communiqués à l'autorité judiciaire dans le cas où les personnes chargées du recueil ou du traitement des signalements sont tenues de dénoncer les faits à celle-ci. Le lanceur d'alerte en est alors informé, à moins que cette information ne risque de compromettre la procédure judiciaire. Des explications écrites sont jointes à cette information.

Les éléments de nature à identifier la personne mise en cause par un signalement ne peuvent être divulgués, sauf à l'autorité judiciaire, qu'une fois établi le caractère fondé de l'alerte.

La violation de ces règles de confidentialité est punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. ⁴

➤ **L'alerte externe** est adressée à l'une des autorités publiques désignées par le décret du 3 octobre 2022 :

- le Défenseur Des Droits ;
- un organe ou organisme européen listé par la Directive 2019/1937 ;
- une autorité administrative listée par le décret ;
- l'autorité judiciaire.

L'autorité externe doit accuser réception dans un délai de sept jours et informer le lanceur d'alerte dans un délai de trois mois.

➤ **La divulgation publique** consiste à porter l'alerte à la connaissance du public, par exemple par les médias ou réseaux sociaux. Elle n'est protégée par le régime des lanceurs d'alertes que dans quatre cas :

- **l'autorité externe saisie n'a pas apporté de réponse appropriée dans le délai imparti** de 3 mois ou, pour l'autorité judiciaire, l'institution de l'UE ou le défenseur des droits, de 6 mois ;
- **en présence d'un danger grave et imminent ;**
- **en présence d'une alerte sur des informations obtenues dans un cadre professionnel et qui caractérisent un danger grave OU manifeste pour l'intérêt général**, notamment s'il existe une situation d'urgence ou un risque de préjudice irréversible,
- **s'il existe des risques de représailles en cas de saisine de l'autorité externe ou si cette saisine ne permettrait pas de remédier efficacement à l'objet de l'alerte**, par exemple parce que des preuves risquent d'être dissimulées ou détruites ou parce qu'il existe des raisons sérieuses de penser que l'autorité est en conflit d'intérêts, en collusion avec l'auteur des faits ou est impliquée dans les faits.

De quelles protections bénéficient les lanceurs d'alerte ?

➤ **Interdiction des représailles.** Toute mesure de représailles contre les lanceurs d'alerte est interdite, notamment, sans que cette liste soit limitative : suspension, mise à pied, rétrogradation, refus de promotion, transfert de fonctions, changement de lieu de travail, réduction de salaire, modification des horaires de travail, suspension d'une formation,

⁴ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, article 9.

évaluation négatives, coercition, intimidation, harcèlement, ostracisme, discrimination, traitement désavantageux ou injustice, non-conversion d'un contrat de travail à durée déterminée ou temporaire en contrat permanent lorsque le travailleur pouvait légitimement espérer se voir offrir un emploi permanent, non-renouvellement ou résiliation anticipée d'un CDD ou temporaire, atteinte à la réputation de la personne, perte financière, mise sur une liste noire formelle ou informelle destinée à empêcher à la personne de retrouver un emploi dans le secteur ou la branche d'activité, résiliation ou annulation d'un contrat pour des biens ou des services, annulation d'une licence ou d'un permis, orientation abusive vers un traitement psychiatrique ou médical...⁵

- **Interdiction des discriminations.** La loi interdit toute discrimination à l'encontre des lanceurs d'alerte salariés⁶, agents publics⁷, dont les militaires⁸. La discrimination des lanceurs d'alerte et des facilitateurs est également constitutif d'une discrimination pénale.⁹
- **Aménagement de la charge de la preuve.** Lorsque le lanceur d'alerte conteste en justice une mesure de représailles, il lui incombe de présenter des éléments de faits qui permettent de supposer qu'il a signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues par la loi. Il revient ensuite à la partie adverse de prouver que sa décision est justifiée par des raisons sans lien avec l'alerte. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, si besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Toute mesure de représailles, toute discrimination est nulle.
- **Droit à réintégration et à annulation d'une mesure de représailles en référé.** En cas de rupture de son contrat de travail consécutive à une alerte, le lanceur d'alerte salarié peut saisir le Conseil de prud'hommes en référé afin qu'il soit ordonné l'annulation de la mesure, son indemnisation et sa réintégration éventuelle.¹⁰ Dans le secteur public, les agents publics peuvent saisir le juge administratif d'un référé-liberté, à condition de caractériser l'urgence et la nécessité de sauvegarder une liberté fondamentale¹¹. Le juge statue dans les 48 heures. Il est également possible d'agir par la voie d'un référé-suspension, pour obtenir la suspension d'une décision illégale. Le juge statue dans un délai d'un mois.

⁵ Pour le secteur privé : loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, article 10-1, II et L.1132-1 du code du travail. Pour le secteur public : article L135-4 du code général de la fonction publique. ⁶ Art. L.1132-1, L.1132-3-3 et L.1121-2 du code du travail. ⁷ Art L.135-1 et L.135-4 du code général de la fonction publique. ⁸ Art. L.4122-4 du code de la défense.

⁹ Art. 225-1 du code pénal. ¹⁰ Art. L.1132-4 du code du travail.

¹¹ Il a déjà été jugé que des mesures de représailles portaient atteinte aux droits des lanceurs d'alerte : CA Paris, Pôle 6 ch.11, 16 décembre 2016, n°14/01231 ; CA Versailles, 6 mai 2011, n°19/02049 ; CEDH, 12 février 2009, Guja c. Moldova, req. N°14277/04.

- **Provision pour frais de procédure judiciaire.** Pour limiter le coût financier des procédures que doivent engager ou subir le lanceur d’alerte (contestation de licenciement ou procédure en diffamation par exemples), le juge (civil, administratif ou pénal) peut dès le début du procès et dans un bref délai, ordonner à la partie adverse de verser au lanceur d’alerte une provision pour frais de justice. Cette provision peut être accordée de manière définitive, quelque soit l’issue du procès. L’appréciation du juge dépend de la situation économique des parties.¹²
- **Subsides.** Lorsque que la situation financière du lanceur d’alerte s’est gravement dégradée en raison du signalement ou de la divulgation publique, il peut demander aux autorités externes une provision visant à couvrir ses subsides.¹³
- **Soutien du Défenseur Des Droits.** Le lanceur d’alerte peut saisir le Défenseur Des Droits d’une demande d’avis pour que soit reconnue sa qualité de lanceur d’alerte. L’avis est rendu dans un délai de 6 mois à compter de la réception de la demande. Par ailleurs, le DDD peut informer le lanceur d’alerte sur ses droits, intervenir auprès d’un organisme pour lui recommander de cesser des mesures de représailles et présenter ses observations au cours d’une procédure judiciaire. Il traite en qualité d’autorité de signalement externe les alertes de certaines matières, notamment relatives aux discriminations.
- **Immunité civile et pénale.** La responsabilité civile du lanceur d’alerte ne peut être engagée si l’alerte a été réalisée conformément aux textes et que le lanceur d’alerte avait des motifs raisonnables de croire que le signalement ou la divulgation de l’intégralité des informations était nécessaire à la sauvegarde des intérêts en cause.

En matière pénale, le lanceur d’alerte qui a porté atteinte à un secret protégé par la loi, ou soustrait, ou recélé des documents ou tout autre support contenant des informations auxquelles il a eu accès de manière licite¹⁴ est exonéré de responsabilité pénale à condition que :

- l’alerte ait été effectuées conformément à la loi ;
- l’auteur du signalement corresponde à la définition du lanceur d’alerte ;
- la divulgation d’informations soit nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause.

¹² Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, Art. 10-1 III.

¹³ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, même article.

¹⁴ Article 122-9 du code pénal.

¹⁵ Article 226-1 du code pénal.

A noter que l'enregistrement d'une conversation dans un cadre professionnel à l'insu de son interlocuteur n'est pas en soi constitutif d'une infraction pénale dès lors que les propos échangés ne concernent pas l'intimité de la vie privée.¹⁵ De tels enregistrements par des personnes privées, bien que déloyaux, sont des éléments de preuve recevables pour démontrer l'existence d'une infraction pénale. Devant le juge civil, leur recevabilité est soumise à un contrôle de proportionnalité. L'assemblée plénière de la Cour de cassation doit fixer sa jurisprudence sur cette question dans les prochaines semaines.

- **Accompagnement psychologique.** Les autorités de signalement externe peuvent mettre en place des mesures de soutien psychologique à destination des personnes physiques ayant adressé un signalement. Certaines associations, comme la Maison des lanceurs d'alerte, peuvent également proposer une aide psychologique aux auteurs de signalement.

En conclusion

- Avant de procéder à un signalement, il est recommandé que le lanceur d'alerte prenne conseil auprès d'un syndicat, d'un avocat ou d'une association spécialisée, comme la Maison des lanceurs d'alerte ;
- Le lanceur d'alerte doit agir dans le cadre fixé par la loi, il ne doit pas percevoir de contrepartie financière directe ;
- Son alerte ne peut porter que sur « une menace ou un préjudice à l'intérêt général » ou sur des faits illicites. Elle ne doit pas porter atteinte à l'un des secrets énoncés par la loi (défense nationale, renseignement, secret médical, secret des délibérés judiciaires, de l'enquête ou de l'instruction pénale, de l'avocat) ;
- Avant toute divulgation publique, le lanceur d'alerte doit s'assurer que sa situation relève de l'un des cas prévus par la loi (danger grave et imminent ; ou, dans un cadre professionnel, danger grave ou manifeste pour l'intérêt général ; absence de réponse à un signalement externe ; risque de collusion ou de conflit d'intérêt de l'autorité externe).

2. La protection des salariés élus ou désignés du secteur privé

Les salariés protégés

Dans le secteur privé, sont protégés les salariés représentant le personnel ou un syndicat dans l'entreprise ou à l'extérieur de celle-ci, notamment :

- Élus ou désignés représentants syndicaux au CSE ;
- Délégués syndicaux ;
- Salariés mandatés ;
- Représentants du proximité ;
- Représentants des salariés au Conseil d'administration ou de surveillance ;
- Titulaires de mandats électifs ou désignatifs hors de l'entreprise : conseiller du salarié, conseiller prud'hommes, défenseur syndical, membres de commissions paritaires, etc... (pour une liste complète voir l'article L.2411-1 du code du travail)

Les salariés exerçant un mandat extérieur à l'entreprise doivent être en mesure de prouver que leur employeur a connaissance de l'existence de celui-ci.¹⁶

Sont également protégés les salariés qui, bien que dépourvus de mandat :

- demandent à l'employeur l'organisation d'élections professionnelles, à condition que la demande soit reprise par une organisation syndicale habilitée à participer aux élections ;¹⁷
- sont candidats aux fonctions de membre du CSE, représentants de proximité, membres du CSE interentreprises ;
- ou dont l'employeur connaît l'imminence de la candidature à des fonctions électives ou à un mandat syndical.¹⁸

Durée de la protection

La protection dure 6 à 12 mois, selon les cas, après la fin du mandat. Un délégué syndical ou le représentant de section syndicale désigné depuis au moins un an bénéficie d'une protection de 12 mois après la fin de son mandat. Les représentants syndicaux au CSE sont protégés 6 mois après la cessation de leur mandat à condition de l'avoir exercé pendant au moins deux ans.¹⁹

¹⁶ Cass. Soc. 16 janvier 2019, n°17-27.685.

¹⁷ Art. L.2411-6 du code du travail.

¹⁸ Art. L.2411-3 et suivants du code du travail

¹⁹ Art. L.2411-5 du code du travail.

Contenu de la protection

- **Contre la rupture du contrat de travail** : l'employeur qui envisage de rompre le contrat de travail (rupture de période d'essai, licenciement, rupture conventionnelle, mise à la retraite) doit, en plus de la procédure classique, impérativement convoquer le salarié à une audition du CSE en vue d'une consultation (sauf pour les DS et RSS)²⁰ et demander l'autorisation préalable de l'inspection du travail, qui diligentera une enquête contradictoire pour déterminer si la volonté de l'employeur a un lien avec le mandat.
- **Contre un changement des conditions de travail**, à la différence des salariés non protégés, l'employeur ne peut imposer à un salarié protégé un simple changement de ses conditions de travail (qui ne modifie pas son contrat). En cas de refus, il appartient à l'employeur, s'il estime que ce refus est fautif, de saisir l'inspection du travail d'une demande d'autorisation de licenciement. L'inspection du travail détermine si le refus du changement des conditions de travail demandé est, ou non, constitutif d'une faute justifiant la rupture du contrat. L'autorisation est également nécessaire si le salarié refuse un transfert de son contrat dans le cadre d'une reprise de l'entreprise.
- **Contre les entraves à la mise en place des instances représentatives du personnel, à l'exercice et à la protection du mandat syndical ou électif**, sauf pour les représentants de proximité, dont les prérogatives ne sont pas définies par la loi.

²⁰Art. L.2421-3 et L.2421-4 du code du travail.

3. La protection fonctionnelle des agents publics

La collectivité publique est tenue de protéger l'agent public contre les atteintes volontaires à l'intégrité de sa personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée.

Elle est tenue de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté.²¹

Lorsqu'elle est informée, par quelque moyen que ce soit, de l'existence d'un risque manifeste d'atteinte grave à l'intégrité physique de l'agent public, la collectivité publique prend, sans délai et à titre conservatoire, les mesures d'urgence de nature à faire cesser ce risque et à prévenir la réalisation ou l'aggravation des dommages directement causés par ces faits.

Ces mesures sont mises en œuvre pendant la durée strictement nécessaire à la cessation du risque.²²

La protection dans l'exercice des fonctions prévue au présent chapitre est mise en œuvre au bénéfice des personnels de direction de la fonction publique hospitalière, selon la nature de l'établissement dans lequel ils exercent leurs fonctions :

1° Dans les établissements mentionnés au 1° et 2° de l'article L. 5, par le directeur général de l'agence régionale de santé compétent ;

2° Dans les établissements mentionnés aux 3°, 4°, 5° et 6° du même article, par le représentant de l'Etat dans le département et par le directeur général de l'agence régionale de santé pour les établissements et services relevant de sa compétence exclusive ou conjointe où l'établissement d'affectation a son siège.²³

Le secteur LDAJ de la Fédération CGT Santé Action Sociale

²¹ Article L.134-5 du code général de la fonction publique.

²² Article L.134-6 du même code.

²³ Article L.134-9 du même code

