

La protection du «sonneur de tocsin» (*whistleblower*) enfin assurée par la jurisprudence belge?

Observations sur Cour Trav. Liège, 26 novembre 2012 (*) (**)

I. LE CARACTÈRE LÉGITIME DE LA DÉMARCHE⁽¹⁾

L'arrêt annoté aborde la situation d'un travailleur qui envoie un courriel informant le directeur général des irrégularités constatées à charge de ce dernier à la lecture des documents comptables, ainsi que le refus de celui-ci de cosigner la lettre d'affirmation. Sur ce, le travailleur se voit «offrir» le jour même une mise à pied. Cette période d'un demi-mois de suspension unilatérale est suivie d'une suspension d'un mois et demi en raison de l'incapacité de travail du travailleur, pour se conclure par un licenciement notifié au cours de la maladie de l'employé par un écrit non motivé.

L'arrêt traite principalement du caractère abusif du licenciement, lequel a eu lieu immédiatement après une divulgation de faits. Il nous semble dès lors intéressant de l'examiner au vu de la jurisprudence européenne sur les sonneurs de tocsin⁽²⁾. La qualification de «sonneur de tocsin» concerne quiconque dénonce, sans mandat explicite pour ce faire, un dysfonctionnement supposé exister au regard de la règle de droit⁽³⁾.

Le caractère légitime ou non de la démarche du sonneur de tocsin est prépondérant pour l'appréciation de la sanction infligée. A cet effet, la Cour du travail de Liège avance cinq critères d'appréciation: la causalité entre la divulgation du dysfonctionnement et la notification du congé, l'apport de la preuve par le sonneur de tocsin, la compétence professionnelle liée à sa fonction dans l'entreprise, la démarche et le comportement qu'il a adoptés dans la révélation des faits qu'il estime exister, et enfin l'attitude de l'entreprise dans ce contexte.

1. Le lien de causalité «divulgations – congé» dans le cadre de la relation de travail

Les relations de travail entre l'employeur et le travailleur apparaissent déjà tendues préalablement à l'action du sonneur de tocsin. Il convient donc, selon la Cour, de déterminer avant tout la cause effective du congé.

La Cour établit un lien de cause à effet entre la communication des révélations et le licenciement. Il s'agit, selon elle, d'une cohérence autant dans la chronologie (le congé «offer» suivi de la suspension immédiate et irrégulière du contrat de travail résulte de la divulgation d'un dysfonctionnement et non pas de l'accumulation de faits conflictuels antérieurs) que de la plausibilité de l'absence d'intention maligne (le travailleur n'a pas monté un dossier contre son employeur résultant en une «rupture du lien de confiance», aux fins occultes de forcer sa mise en prépension).

(*) «De 'klokkenluider' eindelijk door de rechtspraak beschermd? Commentaar over Arbh. Luik, 26 november 2012» (n.v.d.r.).

(**) L'auteur remercie Monsieur C. ENGELS, Madame I. VERHELST et Monsieur J. JACQMAIN pour leurs remarques constructives et relecture, ainsi que Monsieur M. ROTTIERS pour les corrections de style et remarques rédactionnelles.

(1) Publié ci-après.

(2) Pour une confirmation de ce lien, cf. COCKX, S., «Willekeurig ontslag en misbruik van ontslagrecht. Overzicht van rechtspraak (2005-09). Deel II – Misbruik van ontslagrecht», *Or.* 2010, afl. 5, 147-148.

(3) ROTTIERS, L., *Le sonneur de tocsin: ses origines, son évolution et ses implications en droit social belge*, Série «Études pratiques de droit social», nr. 2012/4, Kluwer, Mechelen, 2012, p. 91.

Cette analyse est effectuée au seul titre des relations de travail, sans qu'il soit fait référence à la nature pénale du dysfonctionnement révélé.

2. L'administration de la preuve

L'ampleur de la sanction prise par l'employeur – le licenciement sur-le-champ – est ensuite évaluée sous l'angle de sa légitimité. A cette fin, la Cour pose la question du bien-fondé des accusations formulées par le sonneur de tocsin. Plus précisément, la Cour a examiné si les faits n'étaient pas manifestement non-fondés.

In casu, il se trouve que la nature des faits divulgués par le travailleur implique l'existence d'un volet pénal, nécessitant des mesures d'enquête et d'instruction judiciaires considérables (perquisitions, inculpation, etc.). La Cour estime pouvoir conclure en raison d'«absence de plainte» visant une révélation hâtive et calomnieuse dans le chef du travailleur. Certes, les dénonciations pratiquées par un sonneur de tocsin peuvent avoir un caractère pénal, et cela s'avère fréquent dans la pratique de telles affaires. Toutefois, la restriction de la protection du sonneur de tocsin à des dénonciations de telles nature et envergure ne doit pas en être induite *a contrario*.

Au niveau européen, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) invoque dans son arrêt *Heinisch/Allemagne*⁽⁴⁾, elle aussi les différents éléments susceptibles d'être pris en compte dans le cas d'un sonneur de tocsin. Ainsi vise-t-elle à déterminer le fragile équilibre entre d'une part le droit à la libre expression du travailleur qui signale des illégalités ou des pratiques répréhensibles et, d'autre part, le droit de l'employeur à la protection de sa réputation et des intérêts commerciaux de son entreprise. C'est donc par le biais de la liberté d'expression que la CEDH analyse l'étendue du critère imposé de l'authenticité de l'information: si la liberté d'expression est un droit, elle implique aussi obligation et responsabilité dans le chef de la personne qui révèle l'information. Cette dernière devra examiner avec attention la nature précise et fiable des données et des sources, et ce, de manière aussi pertinente que les circonstances spécifiques du dossier l'exigent et le permettent.

3. Les attributions professionnelles

Le travailleur occupe le poste de directeur financier⁽⁵⁾ rattaché à la direction générale. Il entre dans ses attributions, comme en font mention la Cour et le Tribunal du travail, de signer une lettre d'affirmation dans le cadre du contrôle des comptes annuels.

Le critère retenu par la Cour du travail de Liège concerne la nature des attributions professionnelles tant au niveau de la constatation des faits que de leur divulgation. Ce faisant, la Cour réduit potentiellement le rayon d'action du sonneur de tocsin à celles des accusations qui relèvent de telles compétences.

(4) Cf. § 71 – § 92, Cour eur. D.H. (5ième sect.) n° 28274/08, 21 juillet 2011 (*Heinisch / Allemagne*), <http://www.echr.coe.int> (27 octobre 2011).

(5) L'introduction du Sarbanes-Oxley Act aux Etats-Unis a durablement influencé la fonction et la responsabilité du directeur financier au sein des entreprises. En France, Loi n° 2003-706 du 1 août 2003 de sécurité financière, *JORF* n° 177 du 2 août 2003 p. 13220.

En l'état de la législation⁽⁶⁾, l'obligation de satisfaction à cet élément d'appréciation ne nous paraît toutefois pas indispensable. L'alternative consiste à ne pas retenir le caractère d'attributions professionnelles. Telle approche se fonde sur l'examen de la jurisprudence de la CEDH⁽⁷⁾ qui n'exige pas qu'un tel élément soit pris en compte en vue de la qualification des faits. La Cour du travail de Liège semblerait donc être plus sévère que l'est la CEDH.

4. Le comportement discret et cohérent du travailleur

Le directeur financier a transmis un courriel au directeur général afin de lui exposer personnellement la situation. Il a préalablement sollicité l'avis d'un expert-comptable et d'un réviseur d'entreprises. Il a chargé son épouse de la remise, auprès d'un avocat et d'un notaire, d'une note sous pli fermé relative aux divulgations.

La Cour estime que la première action ne pose pas question; les autres démarches peuvent soulever des interrogations quant à l'obligation de discrétion. Globalement, la Cour considère que le comportement du travailleur n'est ni problématique, ni révélateur d'un «projet plus rusé».

C'est à juste titre que la Cour souligne la discrétion et la cohérence avec lesquelles le sonneur de tocsin a agi. Compte tenu de l'obligation de loyauté et de discrétion du travailleur, le critère retenu par la Cour concorde avec la jurisprudence de la CEDH⁽⁸⁾. Selon celle-ci, le signalement de faits répréhensibles doit en premier lieu être porté à la connaissance des supérieurs hiérarchiques ou d'autres autorités ou organismes représentatifs (par exemple, le comité de direction, le conseil d'administration voire même le conseil d'entreprise). Si telle démarche s'avère manifestement infructueuse, l'information peut, en ultime recours, être rendue publique sur la base d'un droit à la liberté d'expression. La CEDH prône néanmoins de cadrer toute initiative par le biais d'une procédure interne spécifiquement adaptée à la situation dans laquelle se trouve le sonneur de tocsin.

5. Les commentaires abusifs des mandataires de l'entreprise

La Cour avance, dans le chef de l'employeur, l'abus de droit rencontré dans les conditions qui entourent le congé

signifié au travailleur. Selon elle, l'employeur a commenté certains aspects de l'affaire, de manière inexacte et même infamante quant à la réputation du travailleur.

Tout comportement consistant en commentaires publics abusifs conforte l'opportunité de formaliser, au sein de l'entreprise, publique ou privée, une procédure visant à considérer le cas du sonneur de tocsin. Tel processus ne peut que contribuer au déroulement serein d'une confrontation contradictoire⁽⁹⁾.

II. INDEMNISATION DU DOMMAGE SPÉCIFIQUE

Au bilan, la Cour estime le préjudice subi à 6.000 euros, ce qui correspond au montant octroyé par le Tribunal.

La Cour circonscrit la nature des différents dommages spécifiques. La Cour agit par le biais d'une indemnisation pour préjudice moral (consistant dans le sentiment d'injustice inspiré par les conditions abusives du licenciement) et d'une indemnisation pour dommage matériel (causé par les déclarations de la société faites à la presse) pour indemniser le licenciement abusif. Le préjudice psychosomatique, et les répercussions physiques qui en découlent, ne sont pas pris en compte: «il n'est pas d'usage d'admettre comme preuve suffisante des documents unilatéraux», en l'occurrence produits par le médecin consulté par le travailleur. L'intéressé n'a pas non plus sollicité une expertise médicale judiciaire. Le Tribunal⁽¹⁰⁾, par contre, avait retenu les éléments de prise en charge thérapeutique sur la base du rapport établi par le médecin du travailleur.

Bien que l'évaluation du préjudice soit concordante, les éléments retenus respectivement par le Tribunal et par la Cour ne relèvent pas tous exactement des mêmes motifs.

CONCLUSION

Sans qu'il fasse mention de l'appellation «sonneur de tocsin», l'arrêt de la Cour du Travail de Liège constitue une avancée majeure en la matière⁽¹¹⁾. La jurisprudence qu'elle développe pallie, de manière pertinente, une législation belge quelque peu vague voire inexistante sur le sujet.

Laura ROTTIERS
Avocate

(6) Cf. ROTTIERS, L., *Le sonneur de tocsin: ses origines, son évolution et ses implications en droit social belge*, op.cit., p. 61-64 (secteur privé), p. 74-76 (secteur public).

(7) Cf. Cour eur. D.H. (5ème sect.) n° 28274/08, 21 juillet 2011 (*Heinisch / Allemagne*), déjà cité; Cour eur. D.H. (1ère sect.) n° 29492/05, 26 février 2009 (*Kudeshkina/Russie*), <http://www.echr.coe.int>, J.T., 2009, 300, note; Cour eur. D.H. (Grande chambre) n° 14277/04, 12 février 2008 (*Guja/Moldavie*), <http://www.echr.coe.int>.

(8) Cf. § 72 - § 76 Cour eur. D.H. (5ème sect.) n° 28274/08, 21 juillet 2011 (*Heinisch / Allemagne*), déjà cité.

(9) Pour un exemple de ce qui est déjà d'application aujourd'hui en Belgique cf. ROTTIERS, L., *Le sonneur de tocsin: ses origines, son évolution et ses implications en droit social belge*, op.cit., p. 85-87 (pratique du service de médiation flamand).

(10) Trib. Trav. 20 janvier 2011, R.G. 388112, inédit.

(11) La jurisprudence en matière de «sonneur de tocsin» n'est pas abondante, cf. toutefois: Cour Trav. Liège 15 mai 1995, *Chr. D.S.*, 1997, 135, note F.K.; Cour Trav. Bruxelles 5 novembre 1998, *Chr. D.S.*, 1999, 482.