

Les enquêtes internes diligentées par les cabinets d'enquête et de conseil à la demande de l'employeur

Marie Becker, Directrice d'Aequality, Cabinet d'enquête et de conseil

Elodie Tuillon-Hibon, Avocate au Barreau de Paris, Enquêtrice

Nature et obligatorité de l'enquête interne

Les procédures « civiles » (droit du travail/ droit de la fonction publique) sont autonomes des procédures menées sous l'égide du droit pénal. Elles présentent des similitudes mais elles sont différentes, notamment dans leurs buts et leurs moyens.

Dans certaines situations, la haute juridiction leur confère un caractère d'obligatorité : « l'absence d'enquête interne après la révélation d'un harcèlement constitue une violation par l'employeur de son obligation de prévention des risques professionnels qui cause un préjudice à l'intéressé même en l'absence de harcèlement ». Cass. Soc. 27 nov. 2019 n°18-10.551

Le but d'une enquête interne c'est l'établissement des faits selon la méthode « dite du faisceau d'indices » retenue par les juridictions en France, afin de permettre à l'employeur de pouvoir qualifier ensuite les faits dont il est saisi dans le cadre de l'alerte/ de la dénonciation.

Différents types de prestataires font différents types d'enquêtes. Des cabinets « de coaching » ou de psychologie du travail ne peuvent pas faire le même travail que des cabinets dont les objectifs sont juridiques, mènent des enquêtes avec des juristes.

Indépendance et méthodologie, deux questions liées

Il nous semble important, notamment pour éviter les conflits d'intérêts, de ne pas mélanger établissement des faits et qualification de ceux-ci, même si aucune réglementation ne le prescrit explicitement. Mais la qualification juridique des faits, outre qu'elle aboutit à la mobilisation par l'employeur de son pouvoir de décision au besoin dans un cadre disciplinaire, se rapproche selon nous d'une opération de conseil relevant des métiers du droit qui n'est pas du périmètre d'un cabinet d'enquête.

La question de l'indépendance de l'enquête est celle de l'indépendance de l'enquêteur. Cela peut sembler évident mais c'est une question délicate. Que signifie indépendance ? Comment est-on indépendant ? N'est-ce qu'une question d'argent ? Les avocats aussi sont payés par leurs clients et c'est précisément un des marqueurs de leur indépendance. En payant une prestation, dans un cadre régit par des règles connues (traçabilité, TRACFIN, comptabilité, règles déontologiques ou professionnelles...) l'argent met aussi à distance, et permet une forme de transparence. Les choses sont claires. On peut évaluer si le financement d'une

enquête est déraisonnable ou pas au regard des compétences mobilisées, du travail à accomplir, des connaissances acquises...

Bien sûr, au long cours, des problématiques liées à l'indépendance dans une telle relation se manifestent. Il faut disposer de « soft skills, » maîtriser les techniques de négociation...savoir écouter son client, jusque dans son mécontentement, tout en restant ferme aussi, y compris face à des pressions fortes, pour son bien. Une enquête qui est complaisante, psychologisante, cela se voit : l'enquête est alors très contestable, et elle fragilise donc la décision de l'employeur. On peut débattre à la marge d'une formule ou d'un point de vue mais cela ne doit pas dénaturer l'enquête ni le rapport. Finalement, compétence et indépendance sont dans l'intérêt même du client/employeur.

Savoir conjuguer le nécessaire compte-rendu d'un prestataire à un donneur d'ordre tout en préservant l'indépendance, ne pas subir de pression, savoir déjouer les pièges de demandes implicites, sont des compétences qui s'apprennent.

Ce qui permet surtout de sauvegarder l'indépendance, c'est la négociation de la lettre de mission, et l'établissement préalable d'une méthodologie.

Il n'y a pas de prescriptions légales ou réglementaires. En revanche, il existe beaucoup de littérature (du CNB et du Barreau de Paris pour les avocats, mais aussi d'universitaires et d'organismes internationaux notamment américains), notamment issue des démarches anti-corruption anti-fraude dans le cadre de la compliance d'entreprise.

La méthodologie dépend aussi du cadre interne à l'entreprise. Le règlement intérieur prescrit-il des règles ? Y-a-t-il un accord d'entreprise consacré au traitement des violences sexuelles et sexistes ? Des lignes directrices et des processus préétablis ? Dans le même ordre d'idée, pour comprendre l'esprit de la méthodologie ou pour définir la méthodologie, on s'intéresse au contexte de l'enquête. Quelle est la culture d'entreprise ? Les responsables en charge de ces points sont-ils correctement formés ? Existe-t-il des référentes ? Sont-ils /elles formé.e.s ? Y-a-t-il des antécédents dans l'entreprise ? Comment ont-ils été traités ?

Les pouvoirs des enquêt.rices/eurs

Leurs pouvoirs sont restreints. Il est d'ailleurs peut-être plus intéressant d'aborder le sujet sous l'angle de leurs « devoirs » ou « obligations ».

Ces pouvoirs sont essentiellement le droit de poser toutes les questions qui semblent nécessaires à la résolution de l'enquête et de se faire communiquer tous les éléments qui semblent utiles (contrats, notes, messages, témoignage...)

Les obligations de l'avocat enquêteur changent en fonction du statut et de l'interlocuteur.rice (déontologie, RIN ou pas) Si on n'est pas avocat, attention à ne pas empiéter sur les plates-bandes des métiers du chiffre et du droit.

Marie Becker directrice du cabinet Aequality souligne que son entreprise travaille avec des avocats et des non-avocats. Les règles applicables et les contrats de sous-traitance changent en fonction des profils. Les « obligations » (hors statut, hors règlements...) découlent essentiellement du contrat conclu avec le donneur d'ordre.

Droits du/de la salarié.e

Les salariés n'ont pas plus de droits lors d'une enquête que lors d'une procédure disciplinaire. A ce stade on ne peut parler ni de « droits de la défense », ni de « contradictoire », ni de « présomption d'innocence »... Ce n'est pas du judiciaire ni même du précontentieux. A la rigueur on est dans une phrase préparatoire à un éventuel aspect disciplinaire. Mais pas plus. Le contentieux est encore loin et surtout, il est loin d'être systématique. En revanche, on peut parler de loyauté, de transparence sur la méthode et sur les personnes qui sont chargées de l'enquête. « Montrer patte blanche » (déclaration d'intérêts, CV, formation, méthodologie...) fortifie l'enquête. Il importe de pouvoir évaluer honnêtement et pour toutes les personnes concernées qui évalue quoi et comment. Ce qui importe ce n'est pas de trouver des personnes chimériquement « neutres » mais plutôt de savoir qui vient d'où et si l'enquête a été menée objectivement compte tenu de tous ces éléments. C'est une remise en question constante.

Contrairement à ce qu'on pense actuellement trop souvent, l'enquête est en réalité une bonne chose pour tout le monde, salarié.e plaignant.e comme salarié.e mis en cause mais également employeur et instances représentatives du personnel. Elle deviendra probablement une « routine » dans les entreprises et tout le monde finira par trouver cela normal (à juste titre).

Une enquête, si elle est correctement menée, c'est toujours « plus de droits » que « moins de droits » *in fine*.

Les droits qui doivent être garantis sont, dans une certaine mesure, la communicabilité de l'enquête et de ses annexes en cas de contentieux, mais aussi la plus grande discrétion, sinon une forme de confidentialité, relativement au contenu des entretiens et du rapport dans l'entreprise. De ce point de vue, il importe que l'employeur puisse garantir à l'entreprise qui enquête quel « circuit » emprunte le produit fini de l'enquête (le rapport, ses annexes) afin que l'enquêteur.rice puisse se porter garant.e le ou la concernant de la (non) circulation des informations. Toutefois, évidemment, l'entreprise qui enquête ne peut se porter garant du comportement de l'employeur par la suite. La méthodologie de l'enquête ne doit bien-sûr pas porter atteinte à la réputation, à l'honneur ou à la dignité des personnes directement concernées. Il n'y a pas de contradictoire au sens strict, mais le mis en cause doit pouvoir savoir, sur des points précis, ce qu'on lui reproche et parfois, qui lui reproche quoi, à moins, bien-sûr,

que des représailles soient à craindre, comme c'est très souvent le cas dans les affaires de harcèlement sexuel ou d'agissements sexistes (où nous déconseillons de divulguer l'identité des salariées qui se plaignent). Nous avons vu que la Cour de cassation n'exige ni contradictoire ni transparence totale et que le mis en cause peut ne pas être interrogé sans que cela invalide l'enquête.

Les difficultés rencontrées pendant l'enquête

Une enquête c'est aussi différents types de difficultés qui peuvent surgir.

Les difficultés techniques : l'enregistrement, les comptes-rendus, la relecture, l'organisation des rendez-vous d'entretien (en direct par l'enquêteur ou en passant par l'employeur ?)...

Les difficultés humaines : le salarié en arrêt de travail. Les ressentiments des salarié.e.s et leurs tentatives de déstabilisation de l'enquête. Les risques psycho-sociaux induits par une enquête...

Les difficultés rédactionnelles : retranscription, verbatim... ?

Les difficultés réglementaires : si un salarié mis en cause prend d'emblée un.e avocat.e, les relations avec les IRP...

L'irruption du contentieux au cours de l'enquête...

Marie Becker, Directrice d'Equality, Cabinet d'enquête et de conseil

Elodie Tuillon-Hibon, Avocate au Barreau de Paris, Enquêtrice