



Avocats au Barreau de Marseille

12 rue du Jeune Anacharsis
13001 Marseille
Tél. : 09.86.53.14.12
cabinet@karaa.fr

DES ENQUETES EN QUETE D'UN ENCADREMENT JUDICIAIRE

Léa TALRICH – Avocate Barreau de Marseille

En réaction aux condamnations¹ croissantes venant sanctionner l'inaction patronale face aux dénonciations de faits de harcèlement, les employeurs ont mis progressivement en place des enquêtes internes à l'entreprise, à leur frais, et sous leur contrôle.

Ce dispositif, unilatéralement instauré, est une novation puisqu'il va bien au-delà de l'enquête sur des faits disciplinaires, habituelle au sein des entreprises. En effet, la Haute juridiction exige des mesures plus poussées, telles que l'audition de témoin, pour recevoir l'enquête comme un mode d'exonération de la faute à l'obligation de sécurité².

Bien qu'elles se multiplient, ces « enquêtes internes » ne connaissent aucun encadrement textuel, à l'exception d'un accord national interprofessionnel³, prévoyant en son article 4 la mise en œuvre une procédure d'enquête appropriée quand le salarié dénonce des faits de harcèlement.

Les juges sont donc fréquemment saisis de questionnements judiciaires quant à la légitimité et la recevabilité de ces dispositifs, construisant un encadrement jurisprudentiel à géométrie variable. Le premier enjeu des salariés, quelle que soit leur position face à une enquête interne est d'obtenir les éléments de celle-ci (I), afin de pouvoir en contester éventuellement la méthode et le contenu (II).

¹ Cour de Cassation, Chambre Sociale, 29 juin 2011, pourvoi n°09-70902)

² Cour de Cassation, Chambre Sociale, 9 février 2012, pourvoi n°10-26123),

³ Accord cadre « *sur le harcèlement et la violence au travail* » en date du 26 mars 2010 (étendu par arrêté du 23 juillet 2010)

I. Quel accès à l'enquête pour les salariés ?

Auteurs des dénonciations, acteurs involontaires de l'enquête, cibles et parfois marionnettes, ils n'ont pas de droit d'accès consacré à l'enquête interne. Selon l'employeur, ce document, commandé, dirigé, et rédigé par lui n'a pas à être communiqué au salarié qui en est à l'origine, à celui qui en est l'objet, ou à celui qui y participe.

Des outils procéduraux sont déployés pour accéder aux éléments de l'enquête (IA), dont la nature est source de débat (IB)

IA. Des outils procéduraux pour accéder aux éléments d'enquête

Demandes provisionnelles en conciliation, référés sur le fondement de l'article 145 du Code de Procédure Civile, désignation de conseillers rapporteurs, procédure d'audition de témoins, requêtes en désignation d'huissier non contradictoires, le silence des textes pousse à l'imagination procédurale.

Les pouvoirs d'instruction du Bureau de Conciliation et d'Orientation sont peu utilisés, en raison notamment de la surcharge des rôles de cette audience relayée à un bureau d'enregistrement faute de moyens. La Cour de cassation reconnaît pourtant un droit au Bureau d'ordonner la remise au salarié du rapport d'enquête, sur demande provisionnelle⁴.

Le référé sur le fondement de l'article 145 du Code de Procédure Civile est un outil consacré pour l'obtention préalable d'éléments de preuve, bien que la nécessité d'y recourir avant toute procédure au fond n'en fasse pas toujours le recours optimal. La communication du rapport d'enquête interne peut être ordonné par le juge des référés⁵.

La requête en désignation d'huissier devant le président du Tribunal Judiciaire au visa de l'article 845 du Code de Procédure Civile, procédure non contradictoire, est une procédure jugée adéquate par la Cour d'appel de Toulouse pour obtenir la communication d'un procès-verbal d'entretien réalisé dans le cadre d'une enquête interne. La Cour allait jusqu'à assortir cette communication d'une astreinte⁶.

Quelle que soit la méthode procédurale choisie, l'étendue de la communication est souvent en débat. La Cour de cassation a récemment reconnu un droit d'accès aux rapports d'enquête concernant un salarié, et non juste à une synthèse de ce dernier⁷. Le droit d'accès repose sur l'utilisation disciplinaire d'éléments de l'enquête par l'employeur.

On peut imaginer, à l'instar du Conseil de Prud'hommes de Paris, que la répartition de la charge de la preuve entre les parties, notamment en matière de discrimination, puissent contraindre l'employeur à communiquer l'intégralité des éléments de l'enquête⁸.

Outre le contenu de l'enquête, l'accès à la méthodologie utilisée est fondamental pour pouvoir en apprécier le résultat, et mesurer l'objectivité de ses conclusions. Les juridictions administratives érigent la communication de la méthodologie comme exigence du contradictoire⁹.

Des arguments restent à inventer pour fonder le droit d'accès à des éléments de l'entreprise utilisés par les employeurs dans des relations contractuelles et les contentieux s'y référant.

IB. Lorsque les droits de la défense s'opposent à l'anonymat des témoins

Si les arguments sont nombreux en faveur du droit d'accès des salariés au contenu intégral de l'enquête les concernant, qu'ils soient victime ou accusé, le caractère privé de l'auteur de l'enquête impose le respect de l'anonymat des témoins, et de leurs données personnelles.

⁴ Soc., 2 mai 2001, pourvoi n 98-45.541

⁵ Conseil de Prud'hommes de Paris - Ordonnance du 1.04.2021 – RG R20/01108, Conseil de Prud'hommes de Marseille – ordonnance du 07.10.2021 – Rg n°R21/00246

⁶ CA Toulouse, 04-05-2011, n° 10/03887

⁷ Soc., 8 septembre 2021, pourvoi n° 19-15.039

⁸ Conseil de Prud'hommes de Paris - Ordonnance du 1.04.2021 – précité

⁹ CAA Lyon, 6e, 12 mars 2015, n° 12LY02386

L'équilibre entre les dispositions de l'article 6 de la CEDH, reconnu applicable à l'enquête disciplinaire¹⁰, et la protection de l'anonymat des témoins et de leurs données personnelles, est délicat, la Cour ayant exclu l'enquête interne du champ d'application de l'article L.1222-4 du Code du travail, relatif au droit d'accès du salarié aux données personnelles le concernant.

Dans le cadre des procédures disciplinaires, des décisions de première instance tendent à associer anonymat et déloyauté. Le parallèle avec la procédure pénale impose en effet la soumission de l'exercice des droits de la défense du salarié poursuivi disciplinairement à sa connaissance de l'identité des plaignants et témoins¹¹

La Cour de justice de l'union européenne articule ce précaire équilibre autour de la communication d'un résumé des déclarations de la personne accusée de harcèlement et des différents témoins entendus au cours de la procédure d'enquête, la communication de ce résumé devant être effectuée, le cas échéant, dans le respect du principe de confidentialité¹².

Certaines juridictions circonscrivent l'anonymat à l'existence avérée d'un risque de représailles envers les témoins ou la victime¹³. Ces dernières n'étant pas partie à la procédure prud'homale éventuelle, la démonstration de ce risque repose sur l'employeur, qui la subordonnera nécessairement à son intérêt.

Cet anonymat ne fait sens que lorsqu'il est opposé aussi à l'employeur par un prestataire extérieur. En effet, le détenteur du pouvoir de sanction est, au sein de l'entreprise, le seul apte aux représailles. C'est avec logique que des conseillers prud'hommaux considéraient que le salarié en cause devait avoir accès aux documents qui ont été accessibles aux représentants de l'employeur¹⁴.

Les méthodes de l'administration dans le cadre des enquêtes concernant les mesures disciplinaires des salariés protégés peuvent être sources d'inspiration pour préserver des intérêts parfois divergents¹⁵. Les inspecteurs du travail peuvent en effet se limiter à informer les parties, de façon suffisamment circonstanciée, de la teneur d'éléments dont la communication serait de nature à porter gravement préjudice à leurs auteurs.

La neutralité de l'inspection du travail dans le litige étant la clef de voute de cette articulation, la transposition de la méthode au conflit privé du travail nécessite l'intervention d'un tiers impartial.

L'employeur, auteur de l'enquête et partie à la procédure qu'il utilise ne peut se voir confier ce rôle de contrôle de l'anonymat. La composition prud'homale paritaire, dans le cadre de son rôle de conseiller rapporteur, pourrait-elle être cet arbitre impartial ?

II. Quelle méthodologie de l'enquête ?

L'ANI du 26 mars 2010, l'obligation de prévention des risques des articles L. 1152-4, L. 1153-5 et plus généralement L.4121-1 du Code du travail, les mentions du règlement intérieur prévues par l'article L.1321-2 du Code du travail, sont autant d'incitation à faire figurer un éventuel dispositif d'enquête interne dans un accord d'entreprise, une charte, le règlement intérieur, ou encore le document unique d'évaluation des risques.

Cela permettrait de définir de manière formelle la méthodologie de l'enquête et de déterminer ainsi la portée judiciaire de ses résultats.

Faute d'encadrement législatif, les juges sont venus poser des exigences au gré des espèces qui leur ont été soumises. La jurisprudence subit actuellement un transfert de la notion de loyauté de la preuve vers celle de légitimité (IIA), mais des principes pour tendre vers l'impossible objectivité de l'enquête se multiplient (IIB)

IIA. La fin justifierait les moyens

¹⁰ TJ LILLE, 30 septembre 2020, 19/01277

¹¹ Cph de Lyon, 1 septembre 2016, F14/04130, CPH Lyon 25 mars 2021, RG F18/02922

¹² Cour de justice de l'Union européenne, Arrêt du 4 avril 2019, OZ/BEI, C-558/17 P, Cour de justice de l'Union européenne, Arrêt du 25 juin 2020, Affaire n° C-570/18

¹³ CA LYON, 12 mai 2021, 18/03960

¹⁴ Conseil de Prud'hommes de Marseille – ordonnance du 07.10.2021 – Rg n°R21/00246

¹⁵ Circulaire DGT 07/2012 du 30 juillet 2012 relative aux décisions administratives en matière de rupture ou de transfert du contrat de travail des salariés protégés

L'enquête interne a pour vocation principale de devenir une preuve dans un contentieux judiciaire. Ce dernier peut reposer sur la contestation d'une sanction fondée sur cette enquête, ou sur la reconnaissance d'un harcèlement dont la dénonciation est à l'origine des investigations.

Ainsi, sa licéité repose en réalité sur sa recevabilité en tant que preuve, principalement dans le cadre d'un contentieux prud'hommal. La jurisprudence récente de la Cour de cassation a évolué en la matière, substituant à une exigence de loyauté une notion de légitimité, qui repose sur un calcul de proportionnalité¹⁶. Ainsi, si les méthodes de « surveillance » mise en œuvre dans le cadre de l'enquête sont illicites, elles n'en rendent pas l'enquête irrecevable.

La haute juridiction n'a, à ce jour, appliqué ce principe de droit à la preuve qu'en faveur des employeurs dans le cadre de justification de procédure disciplinaire. Or, si la notion de droit à la preuve est érigée en principe, il doit s'appliquer de manière égalitaire, et justifier notamment la production de conversations enregistrées à l'insu de l'employeur¹⁷. Conseiller aux salariés auditionnés d'enregistrer les entretiens à l'insu de l'employeur pourrait être un moyen de contester la retranscription de ces auditions.

Cette escalade jurisprudentielle de libéralisation de la preuve prud'hommale met en péril les rares protections légales venant équilibrer les forces des parties. L'employeur, titulaire de l'ensemble des moyens, aurait ainsi le champ libre pour interroger des salariés sous sa subordination, et en tirer des conclusions fondant la démonstration de l'existence ou de l'absence d'un harcèlement.

La responsabilité de l'employeur en la matière, ainsi que les pouvoirs de direction et de sanction dont il dispose à l'égard des témoins, imposent que son objectivité soit questionnée...

Pour restituer judiciairement cette évidence, la Cour Européenne des Droits de l'Homme rappelle qu'il « convient de prendre en compte la qualité de l'élément de preuve, y compris le point de savoir si les circonstances dans lesquelles il a été recueilli font douter de sa fiabilité ou de son exactitude ». ¹⁸

IIB. Des lignes directrices se dessinent

Les juges du fond n'ont pas entendu laisser toute latitude aux employeurs dans le déroulement de l'enquête, et soumettent la validité de cette dernière à des exigences émancipées de la notion de loyauté.

La Cour d'Appel de Paris y préfère notamment la notion de sérieux, considérant par exemple que l'anonymisation, la reconstitution de propos par l'intermédiaire d'une psychologue en l'absence de procès-verbaux d'audition, les attestations de salariés auditionnés rédigées postérieurement à l'enquête et toujours sous le lien de subordination, sont des éléments qui privent de sérieux la preuve d'un licenciement¹⁹. Dès 2010, elle érigeait la condition de sérieux comme élément de recevabilité de l'enquête interne à l'entreprise. ²⁰

La Cour d'Appel de Montpellier, de son côté, exige une certaine transparence, notamment sur « l'organisation et le déroulement de l'enquête »²¹.

A Colmar, la Cour a pu estimer que le faible nombre de salariés auditionnés ne permettait pas une analyse représentative de la situation²²

La Cour de cassation elle-même, sur la question précise de l'enquête interne pour harcèlement, estimait que l'employeur avait l'obligation de procéder à une enquête impartiale incluant le droit pour le salarié mis en cause de faire entendre ses témoins.²³ L'irrespect de cette condition lui permettait de caractériser le licenciement survenu comme vexatoire, et octroyer des dommages-intérêts en sus.

La Cour d'appel de Paris reprenait cette notion d'impartialité en reconnaissant à une plaignante le droit de refuser une confrontation avec l'auteur désigné des faits.²⁴

Les questionnements judiciaires sont à multiplier pour construire un cadre jurisprudentiel rééquilibrant les forces en œuvre. Ces derniers, à l'instar des enquêtes, se multiplient et les difficultés entraînées sont florissantes. Les juges ont été amenés à constater que l'enquête interne non contradictoire pouvait être utilisée par un employeur pour harceler le mis en cause lui-même²⁵

Les analyses et cas d'espèces qui précèdent occultent un angle de vue incontestable : la responsabilité civile, voire pénale de l'employeur dans l'existence d'un harcèlement au sein de l'entreprise exclue son objectivité.

Cette divergence d'intérêts conforte la lecture négative des enquêtes internes diligentées par les employeurs, trop souvent manipulées pour être cause d'exonération de faute, ou instrumentalisées pour écarter des salariés indésirables.

On ne peut que questionner l'absence manifeste des institutions représentatives du personnel dans l'organisation et la mise en œuvre de ces enquêtes. Les modalités d'organisation de l'entretien professionnel ne doivent-elles pas faire l'objet de consultation du CSE, conformément à l'article L. 2312-26 du Code du travail ? L'organisation d'une enquête suite à une dénonciation ne constitue par une mesure de prévention du harcèlement qui doit faire l'objet d'une consultation du CSE au titre de l'article L. 2312-8 du Code du travail ?

S'il n'est ni question de sous-traiter la responsabilité de prévention du harcèlement aux représentants du personnel, ou de faire de leur présence une garantie de sérieux, d'impartialité, de loyauté, et de légitimité, le constat actuel est sans appel, les CSE sont purement et simplement exclus de ces enquêtes unilatérales.

¹⁶ Cass. soc., 17 mars 2021, n°18-25.597

¹⁷ CA Bourges, 26 mars 2021, n°19/01169

¹⁸ CEDH, 17 oct. 2019, López Ribalda c. Espagne, Req. N° 1874/13 et 8567/13, § 151

¹⁹ CA Paris, pôle 6, Chambre 5, 24 juin 2021, 19/05515

²⁰ CA Paris, pôle 6, Chambre 11, 14 janvier 2010, n° 06/12441,

²¹ CA Montpellier, 14 janvier 2015, n° 13/01896

²² CA Colmar, 30 juin 2015, n° A 13/04914

²³ Soc, 9 février 2012, n°10-26123

²⁴ CA Paris, 6, 5, 02 mars 2017, n° 15/04212

²⁵ CA Versailles, 06 avril 2021, n° 18/04704