

Les enquêtes en droit du travail Colloque du Syndicat des avocats de France 11 décembre 2021

Par Mathilde ZYLBERBERG, Cheffe du pôle Emploi – bien et services privés au Défenseur des droits

Les enquêtes du défenseur des droits.

Il s'agira dans cette présentation uniquement d'enquêtes en matière de discriminations dans l'emploi et de représailles des lanceurs d'alerte. En effet, les compétences du Défenseur des droits, lequel je vous rappelle est une autorité administrative indépendante de rang constitutionnel¹, ne sont pas universelles mais sont limitées par l'article 71-1 de la Constitution et la loi organique 2011-333 du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits.

Ainsi, aux termes de l'article 71-1 « *Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.* » En application de cet article, la loi organique du 29 mars 2011 dispose à son article 4, 3° que « *le Défenseur des droits est chargé (...) De lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité* » et le 5° de ce même article ajoute qu'il est chargé « *D'orienter vers les autorités compétentes toute personne signalant une alerte dans les conditions fixées par la loi, de veiller aux droits et libertés de cette personne.* »

Là sont ses seules compétences en matière de droit du travail et donc les seuls domaines dans lesquels il est susceptibles de mener des enquêtes dans ce contentieux².

Mais, la compétence du Défenseur des droits s'étend également au volet pénal du droit de la non-discrimination pour les infractions définies aux articles 225-1 et suivants du Code pénal.

Il est également compétent pour traiter du harcèlement moral discriminatoire et du harcèlement sexuel puisqu'aux termes de l'article 1^{er} in fine de la loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations : « *La discrimination inclut : 1° Tout agissement lié à l'un des motifs mentionnés au premier alinéa et tout agissement à connotation sexuelle, subis par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ; 2° Le fait d'enjoindre à quiconque d'adopter un comportement prohibé par l'article 2.* »

La saisine du Défenseur des droits

L'article 5 3° de la loi organique du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits dispose qu'il peut être saisi « *Par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, ou par toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq*

¹ Article 71-1 de la Constitution introduit dans la Constitution par la Loi-constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République,

² A noter le Défenseur des droits est également compétent en matière de discriminations dans l'accès aux biens et services privés.

ans à la date des faits se proposant par ses statuts de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination ou avec son accord . »

La saisine est gratuite.

La saisine peut être faite par un syndicat mais celui-ci doit disposer de l'accord de la victime.

Si elle est faite par un avocat, la saisine est recevable, il est considéré que l'avocat a un mandat de son client sans qu'il n'ait à en justifier.

Le Défenseur des droits peut également se saisir d'office.

L'enquête et les pouvoirs d'enquête

Lorsqu'une saisine est déclarée recevable, le dossier est transmis à un juriste du pôle emploi – biens et services privés, compétent pour traiter les réclamations individuelles en matière de discriminations dans ces domaines.

La première étape de l'instruction sera une mise en état du dossier avec le réclamant impliquant la vérification de ce que celui-ci dispose d'un ou plusieurs éléments faisant présumer une discrimination. L'appréciation de l'existence de ces « indices » est plus souple quand les éléments de preuve sont exclusivement entre les mains de l'employeur (comme par exemple en matière de différence de rémunération ou de déroulement de carrière). Il en est évidemment autrement si une intervention sur le volet pénal de la discrimination a été décidée puisqu'en la matière la règle de l'aménagement de la charge de la preuve n'est pas applicable.

Il convient ici de rappeler que l'article 27 de la LO du 29 mars 2011 dispose que « *lorsque le Défenseur des droits estime (...) que la réclamation d'une personne s'estimant victime d'une discrimination (...) appelle une intervention de sa part, il l'assiste dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas, y compris lorsque celles-ci incluent une dimension internationale* ». Le seul autre des domaines de compétence du Défenseur des droits visé par cet article est la protection des droits de l'enfants. Cette disposition impose donc un rôle particulièrement actif du Défenseur des droits au côté de la victime de discrimination.

Il peut être proposé au réclamant une résolution amiable du litige. L'article 26 de la LO du 29 mars 2011 dispose en effet que « *Le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation. Les constatations effectuées et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être ni produites ni invoquées ultérieurement dans les instances civiles ou administratives sans le consentement des personnes intéressées, sauf si la divulgation de l'accord est nécessaire à sa mise en œuvre ou si des raisons d'ordre public l'imposent.* »

Après cette mise en état l'enquête se poursuit suivant plusieurs modalités, le Défenseur des droits déployant ou non l'ensemble de ses pouvoirs en fonction des dossiers.

1- Les demandes d'explications

Le DDD peut demander des explications, des informations, des pièces utiles à sa mission sans que le caractère secret ou confidentiel de l'information ne puisse lui être

opposé sauf « *en matière de secret concernant la défense nationale, la sûreté de l'Etat ou la politique extérieure* »

Les informations couvertes par le secret médical ou par le secret professionnel applicable aux relations entre un avocat et son client ne peuvent être communiquées au Défenseur des droits qu'à la demande expresse de la personne concernée. Toutefois, les informations couvertes par le secret médical peuvent lui être communiquées sans le consentement de la personne concernée lorsqu'elles sont relatives à des privations, sévices et violences physiques, sexuelles ou psychiques commis sur un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique. (*articles 18 et 20 de la LO*)

Il lui est possible de mettre en demeure ses interlocuteurs de répondre dans un délai qu'il fixe et si sa mise en demeure n'est pas suivie d'effet, il peut saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure que ce dernier juge utile (article 21 de la LO).

L'article 12 de la loi ordinaire du 29 mars 2011 relative au défenseur des droits dispose en outre : « *Est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende le fait de ne pas déférer aux convocations du Défenseur des droits, de ne pas lui communiquer les informations et pièces utiles à l'exercice de sa mission ou de l'empêcher d'accéder à des locaux administratifs ou privés, dans des conditions contraires à la [loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits](#).* ».

2 - Les auditions

Le DDD peut entendre toute personne dont le concours lui paraît utile. Les personnes auxquelles il demande des explications peuvent se faire assister du conseil de leur choix. Un procès-verbal contradictoire de l'audition est dressé et remis à la personne entendue. (Article 18 de la LO)

3 - Les testings ou tests de discrimination

Le DDD peut procéder à des testings. Les agents du siège sont spécialement habilités, l'alinéa 3 e l'article 37 de la LO disposant que « *les agents du Défenseur des droits assermentés et spécialement habilités par le procureur de la République peuvent constater par procès-verbal les délits de discrimination, en particulier dans le cas où il est fait application de [l'article 225-3-1 du code pénal](#)*. »

Il a publié sur son site internet une fiche pratique à l'usage des victimes des discriminations : « Le test de discrimination, une méthodologie à respecter »³.

4 - Les vérifications sur place (article 22 de la LO)

Ces vérifications peuvent avoir lieu dans des locaux administratifs comme dans des locaux privés.

³ <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/fiche-testdiscrpreuve-num-08.04.20.pdf>

Dans les locaux administratifs, l'autorité compétente peut s'opposer, pour des motifs graves et impérieux liés à la défense nationale ou à la sécurité publique. Elle doit fournir les « justifications de son opposition ». Le DDD peut saisir le juge des référés compétent d'une demande motivée pour obtenir l'autorisation d'opérer sa vérification.

Lorsqu'il s'agit de locaux privés le responsable des locaux est préalablement informés de la visite et de son droit à s'y opposer. S'il s'oppose, le DDD doit demander l'autorisation du juge des libertés et de la détention. Il en est de même s'il lui paraît nécessaire de faire une visite inopinée.

Une enquête contradictoire

La loi organique du 29 mars 2011 n'impose pas au DDD de respecter au cours de ses enquêtes le principe de la contradiction. Néanmoins, dans nos enquêtes nous nous attachons à respecter ce principe, garantie d'une enquête impartiale. Nous nous y attachons d'autant plus que le DDD est susceptible de présenter des observations en justice.

Pour cette raison nous laissons toujours aux mis en cause des délais de réponse à nos demandes d'explications et de pièces.

Ce pourquoi également à la fin de l'enquête nous rédigeons « une note récapitulative ». Cette note reprend tous les éléments en possession du DDD, et expose son argumentation sur la possible existence d'une discrimination en appliquant la règle de l'aménagement de la preuve. La note rappelle les faits, le cadre juridique, les raisons pour lesquelles le DDD considère que des indices/ éléments de présomption de discrimination existent et les raisons pour lesquelles les éléments fournis par le mise en cause paraissent insuffisants, à ce stade de l'instruction, à rapporter la preuve que la mesure « *est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Il est encore laissé un délai pour répondre à cette note et seulement ensuite, le DDD prend sa décision en tenant en compte la réponse.

Le respect du principe de la contradiction doit cependant s'articuler avec le caractère administratif de l'enquête menée par le DDD. La conséquence est que pendant l'instruction le DDD ne peut pas transmettre les pièces aux réclamants ou au mis en cause et ce en application du livre III du code des relations entre le public et l'administration lequel a codifié la loi n° 78-17 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public. Si ce texte prévoit le droit d'accéder librement à un document administratif lequel est défini comme « un document produit ou reçu par une autorité administrative et/ou dans le cadre d'une mission de service public », ce droit à communication ne s'applique qu'à des documents achevés⁴.

La commission d'accès aux documents administratifs a d'ailleurs rendu un avis sur la question du caractère secret de l'instruction. Elle a considéré que les documents rassemblés par la HALDE, dont le Défenseur des droits a repris les attributions, ne sont pas transmissibles tant que le Collège n'a pas délibéré car ce sont, à ce stade, des documents préparatoires. Ils sont

⁴ Article L. 211-2 du CRPA « le droit à communication ne concerne pas les documents préparatoires à une décision administrative tant qu'elle est en cours d'élaboration... »

donc temporairement exclus à ce titre du droit d'accès aux documents administratifs. (Cada, 21 février 2008, avis n°20080320).

Le regard du Défenseur des droits sur les « enquêtes internes » dont il a connaissance à l'occasion de ses propres enquêtes.

Dans ses décisions, le Défenseur des droits rappelle qu'au titre de l'obligation pesant sur l'employeur d'assurer la sécurité et de protéger la santé physique et mentale de ses salariés (issue de l'article L. 4121-1 du Code du travail - obligation de moyens renforcée. Soc. 25 Novembre 2015, n°14-24.444 Bull. 2016, n° 840,), celui-ci doit, lorsqu'il est alerté sur une situation de harcèlement moral discriminatoire ou de harcèlement sexuel⁵ faire cesser les faits en prenant toute mesure conservatoire permettant de protéger la santé et la sécurité des salariés concernés, mais aussi procéder à une enquête impartiale, approfondie et formalisée au cours de laquelle doivent être entendus l'ensemble des protagonistes et collègues de travail cités par les salariés concernés. (conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation qui exige que l'employeur prenne « les mesures immédiates propres à faire cesser la violence morale. » Soc, 17 octobre 2018, n°16-25438).

Le Défenseur des droits a pu ainsi conclure au manquement à cette obligation pour un employeur n'ayant pas diligenté d'enquête interne alors que des faits de harcèlement moral discriminatoire lui avaient été dénoncés et ce même si l'enquête menée par les services du DDD n'avait pas permis d'établir les faits de harcèlement moral. Cette position est également conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation (Soc., 27 novembre 2019 pourvoi n° 18-10.551, publié au bulletin) laquelle a jugé que « L'obligation de prévention des risques professionnels, qui résulte de l'article L. 4121-1 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 et de l'article L. 4121-2 du même code dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, est distincte de la prohibition des agissements de harcèlement moral instituée par l'article L. 1152-1 du code du travail et ne se confond pas avec elle. Dès lors, doit être cassé l'arrêt de la cour d'appel qui, pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, retient qu'aucun agissement répété de harcèlement moral n'étant établi, il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir diligenté une enquête et par là-même d'avoir manqué à son obligation de sécurité. »

Le Défenseur des droits a également décidé, par exemple, que la convocation à une réunion 18 jours après le signalement du harcèlement moral des salariés dont le comportement avait été dénoncé, avec pour seul objet de rappeler que les propos tenus étaient intolérables, au cours de laquelle les salariés ont admis « des blagues de mauvais goût » ne constitue pas une mesure appropriée, ajoutant que dès lors que la société a présumé le fait que les conversations avaient un caractère privé sans mener une enquête approfondie afin de vérifier la provenance des messages, elle ne pouvait se dédouaner en prétendant qu'elle n'avait « *pas connaissance que les adresses professionnelles avaient été utilisées pour se « logger »* ». (Décision 2021-130 du 29 avril 2021).

⁵ ce dernier étant plus particulièrement visé par l'article L. 1153-5 du Code du travail : « *l'employeur prend toutes les dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel* »).

A noter : S'appuyant sur l'arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 9 février 2012⁶, le ministère du travail⁷ préconise dans le cadre d'une enquête interne d'auditionner a minima la victime présumée, la personne mise en cause, les témoins, les responsables hiérarchiques directs et toute personne demandant à être auditionnée ou dont l'audition est souhaitée par la victime présumée ou la personne mise en cause.

⁶ Soc., 9 février 2012, n°10-26123 « Mais attendu que l'arrêt retient que l'employeur a mené une enquête sans discrétion, à charge et sans permettre au mis en cause de faire entendre ses témoins, peu important que devant le conseil de discipline national le salarié ait pu faire valoir ses droits, justifiant ainsi sans se contredire, l'allocation de dommages-intérêts au salarié ; »

⁷ Guide du ministère du travail de mars 2019 « *harcèlement sexuel au travail : définir, prévenir, agir, sanctionner* »