

Séance commune

Commission ouverte de Droit social et AFDT



L'enquête interne et l'avocat enquêteur

20 janvier 2025

- *Sabrina Mraouahi, Maître de conférences en droit privé - Université de Strasbourg*
- *Nathalie Attias, Avocat au Barreau de Paris, Présidente de l'ANAES*
- *Natacha Lesellier, Avocat au Barreau de Paris, Présidente du Cercle de la compliance*
- *Mikael Klein, Avocat au Barreau de Paris.*

Plan

- I. Cadre juridique de l'enquête interne**
- II. Statut du lanceur d'alerte, Défenseur des Droits et RGPD : points d'attention**
- III. Approche pratique**
 - 1 Le signalement et l'appréciation de l'opportunité de l'enquête**
 - 2 La lettre de mission**
 - 3 La conduite des entretiens**
 - 4 Le rapport d'enquête**
- IV. Présentation et point de vue de l'ANAES**

I. Cadre juridique de l'enquête interne

INTRODUCTION

- Hétérogénéité des enquêtes internes
- **Objet de l'enquête interne patronale** : vérifier et établir la réalité et la matérialité de faits dénoncés ou soupçonnés afin d'analyser globalement la situation pour décider de la réponse appropriée à apporter.
- **Pluralité de finalités** : vérifier la véracité des faits, qualifier juridiquement les faits constatés, satisfaire les obligations légales (not. en matière de santé et de sécurité), réunir des éléments de preuve permettant de justifier les éventuelles mesures ultérieures et susceptibles d'être produites en cas de contentieux.

Le domaine du pouvoir d'enquête : l'illusion de la clarté

A. L'enquête interne, expression du pouvoir de l'employeur

❖ L'employeur, juge de l'opportunité et de la pertinence de l'ouverture d'une enquête

- Cass. crim., 28 février 2018, n° 17-81.929, P : « l'employeur, qui a connaissance de faits répréhensibles, susceptibles d'être disciplinairement sanctionnés, peut procéder à une enquête interne et recueillir les explications de ses salariés »
- La décision doit toutefois être légitime (CE, 1^e-4^e ch. réunies, 2 mars 2020, n° 418640).

❖ L'ouverture d'une enquête interne, source d'obligations pour les salariés ?

Exe

mple : CA Pau, 24 avr. 2014, n° RG 12/01540 (refus du salarié de se rendre à un entretien : sanction disciplinaire)

Le domaine du pouvoir d'enquête interne : l'illusion de la clarté

B. L'enquête interne, devoir de l'employeur

❖ Alertes professionnelles

1) Alertes du CSE

→ Enquêtes obligatoires et conjointes

- **Alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes** (*C. tr., art. L.2312-59*)

« L'employeur *procède sans délai à une enquête* avec le membre de la délégation du personnel du comité et prend les dispositions nécessaires pour remédier à cette situation. »

- **Alerte en cas de danger grave et imminent** (*C. tr., art. L.4131-2*)

« L'employeur *procède immédiatement à une enquête* avec le représentant du comité social et économique qui lui a signalé le danger et prend les dispositions nécessaires pour y remédier » (*C. tr., art. L. 4132-2*)

2) Alertes dites Sapin II (*Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016, art. 6, mod. Loi n°2022-401 du 21 mars 2022*)

Le domaine du pouvoir d'enquête interne : l'illusion de la clarté

❖ En cas de risque pour la santé ou la sécurité

➔ L'enquête interne, une obligation ?

- C. tr., art. L.4121-1 et L.4121-2
- ANI du 26 mars 2010 relatif au harcèlement moral et à la violence au travail, art. 4.2.

L'ANI invite à mettre en place « une procédure appropriée » « pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail », et ajoute que « les plaintes doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard »

- **En principe, l'ouverture d'une enquête interne est indispensable** : Cass. soc., 29 juin 2011, n° 09-70.902 P (« abstention fautive ») ; Cass. soc., 1^{er} juin 2016, n°14-19.702 P ; Cass. soc., 27 nov. 2019, n° 18-10.551 P (manquement à l'obligation de sécurité même si aucun danger finalement établi)

- **Toutefois, pas d'automatisme** : Cass. soc., 12 juin 2024, n°23-13.975 P

« Dans son appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui a fait ressortir que l'employeur avait pris les mesures suffisantes de nature à préserver la santé et la sécurité de la salariée, a pu en déduire, nonobstant l'absence d'enquête interne, que celui-ci n'avait pas manqué à son obligation de sécurité. »

La procédure d'enquête interne : le clair-obscur

- Le déroulement de l'enquête doit être défini **en fonction de l'objet de l'enquête interne**, mais aussi **au regard des différents enjeux** qui lui sont attachés :
 - pour satisfaire aux exigences découlant de l'**obligation de sécurité de l'employeur** (C. tr., art. L.4121-1 et L.4121-2) CA Paris, 26 nov. 2014, n°21/10408 : une enquête présentant des carences et/ou un manque de rigueur dans la méthodologie ne permet pas d'écarter la qualification de harcèlement.
 - pour **justifier la sanction disciplinaire ou du licenciement**, le cas échéant (C. tr., art. L.1333-1) ;
 - pour permettre la production en justice du rapport d'enquête et des pièces recueillies, **à titre de preuve** (Cass. soc., 29 juin 2022, n°21-11.437 P). Recevable, la valeur probante du dossier d'enquête est laissée à l'appréciation souveraine des juges fond, lesquels ne sont pas liés par les conclusions.
- Son déroulement doit être pensé en articulation avec les exigences du droit de la santé au travail, du droit disciplinaire, du droit de la preuve mais celles découlant du droit de la protection des données personnelles.

➔ **La portée du rapport de l'enquête dépend de la licéité et de la qualité de l'enquête**

La procédure d'enquête interne : le clair-obscur

Quels principes directeurs ? Quelle procédure ?

- Silence des textes sur le déroulement de la procédure d'enquête, à l'exception des enquêtes faisant suite à une alerte du CSE (enquêtes conjointes à bref délai) et à une alerte dite « loi Sapin II » (Loi 9 déc. 2016, art. 8 et 9 : procédure de recueil et de traitement des signalements dans les entreprises d'au moins 50 salariés, soumise à certaines garanties d'indépendance, d'impartialité, de stricte confidentialité,).
- Recommandations fournies par l'ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail (art. 4.2.) : discrétion, impartialité, traitement équitable,
- A défaut de procédure organisée par accord collectif ou règlement intérieur, importante marge de liberté laissée à l'employeur dans la fixation des modalités. Source d'insécurité juridique.

1. Cadre temporel

❖ Une célérité est généralement attendue dans le déclenchement et le déroulement de l'enquête.

- Alertes du CSE : « L'employeur procède sans délai à une enquête » (C. tr., art. L.2312-59) ; « L'employeur procède immédiatement à une enquête » (C. tr., art. L.4132-1)
- Enquêtes harcèlement moral : ANI du 26 mars 2010, art. 4.2. : « les plaintes doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard »

Par ex. : CA Riom, 16 avril 2024, n° RG 21/00732 : « Dans le cadre de son obligation de sécurité, l'employeur doit *impérativement et rapidement diligenter une enquête* suite à la dénonciation de faits de harcèlement au sein de l'entreprise »

- Mais l'enquête pouvant s'inscrire dans la durée, des mesures conservatoires peuvent être nécessaires (Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-23.503, inédit : mise en disponibilité provisoire).

❖ En revanche, en cas de faits susceptibles de poursuites disciplinaires, le temps de l'enquête doit être articulé avec le délai de prescription des faits fautifs (C. tr., art. L.1332-4).

Le délai de deux mois court à compter du jour où l'employeur (ou son représentant) a une « connaissance exacte et complète » des faits, soit, en cas d'enquête, à compter de ses résultats (Cass. soc., 7 déc. 2016, n° 15-24.420, inédit), sauf si l'employeur a « une connaissance certaine des faits » avant l'issue de l'enquête (Cass. soc., 29 mai 2024, n°22-18.887, inédit).

2. Cadre personnel

❖ Auteur(s) de l'enquête

- L'enquête peut être conduite par l'employeur seul (ou la personne désignée) ou collégialement (Cass. soc., 2 mai 2024, n°22-18.459).
 - Liberté de choix quant à la qualité du ou des enquêteur(s)
 - L'employeur, lui-même
L'adage « Nul ne peut se constituer de preuve à soi-même » (C. civ., art. 1353) est inapplicable : Cass. soc. 9 novembre 2017, n° 16-15.515, inédit
 - Membre(s) du personnel de l'entreprise (DRH, autres salariés)
v. Cass. soc., 1^{er} juin 2022, n°20-22.058, inédit
 - Représentants du personnel
 - Service de prévention et de santé au travail
 - Référent harcèlements
 - Prestataire extérieur à l'entreprise (y compris l'avocat)
- ➔ Sauf disposition particulière, la qualité de l'auteur ne détermine pas la licéité de l'enquête, mais intéresse son indépendance et son impartialité. Partant, elle influence la valeur probatoire de ses résultats.

❖ Acteur(s) associés

- Hors les cas où la loi ou une procédure interne l'impose, il n'est pas exigé d'associer les représentants du personnel (Cass. soc., 1^{er} juin 2022, n° 20-22.058, inédit).

3. Cadre procédural

➔ Conditions de licéité de l'enquête ?

❖ Transparence et loyauté

- **C. tr., art. L.1222-4** : « Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance. »
- **Principe de loyauté dans l'administration de la preuve**

➔ Le salarié mis en cause doit-il être informé de l'ouverture de l'enquête ?

- Cass. soc., 17 mars 2021, n°18-25.597 P : « une enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié »
- Confirmation : Cass. soc. 6 déc. 2023, n°22-14.062, inédit

3. Cadre procédural

❖ Principe de la contradiction et droits de la défense

- **Au cours de l'enquête**

L'enquête menée de manière non contradictoire n'est pas illicite.

- Ni le principe de loyauté probatoire (Cass. soc., 17 mars 2021, n°18-25.597 P), ni le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction (Cass. soc., 29 juin 2022, n°20-22.220 P ; Cass. soc., 19 avr. 2023, n°21-19.678, inédit) n'imposent que le mis en cause soit entendu au cours de l'enquête.
- De même, la confrontation avec les salariés qui l'ont mis en cause n'est pas imposée (Cass. soc., 29 juin 2022, n°20-22.220 P).
- S'il est entendu, le mis en cause ne peut exiger le respect des garanties procédurales du droit disciplinaire pour la tenue de cet entretien (Cass. soc., 22 mars 2016, n°15-10.503, inédit ; CE, 4^e et 1^{re} ch., 10 oct. 2018, n°400956).

Recevable, l'enquête non contradictoire se verra dotée d'une valeur probante plus limitée.

Comp. Expertises privées : Cass. ch. mixte, 28 sept. 2012, n°11-18.710 P

3. Cadre procédural

- **A l'issue de l'enquête**

Pas plus, n'est-il imposé que le salarié ait accès au dossier et aux pièces recueillies (Cass. soc., 29 juin 2022, n°20-22.220 P), sauf disposition particulière (Cass. soc., 8 sept. 2021, n°19-15.039 P).

La communication du dossier d'enquête peut-elle être demandée sur le fondement de l'article 145 du CPC ?

Ex : CA Toulouse, 19 janv. 2024, n°23/02401 (pas de motif légitime)

CA Paris, 1^{er} sept. 2022, n°21/06728 (pas de motif légitime)

3. Cadre procédural

❖ Licéité des mesures d'investigation

- C. civ., art. 9, CPC, art. 9 ; C. tr., art. L.1121-1 ; C. tr., art. L.1222-4 ; CESDH, art. 8 ; Principe d'administration loyale de la preuve

CE, 1^e-4^e ch. réunies, 2 mars 2020, n° 418640 : « les investigations menées dans ce cadre doivent être justifiées et proportionnées par rapport aux faits qui sont à l'origine de l'enquête et ne sauraient porter d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie privée. »

Cass. soc., 29 juin 2022, n°21-11.437 P :

« Il résulte des textes susvisés et du principe de liberté de preuve en matière prud'homale qu'en cas de licenciement d'un salarié à raison de la commission de faits de harcèlement sexuel ou moral, le rapport de l'enquête interne, à laquelle recourt l'employeur, informé de possibles faits de harcèlement sexuel ou moral dénoncés par des salariés et tenu envers eux d'une obligation de sécurité lui imposant de prendre toutes dispositions nécessaires en vue d'y mettre fin et de sanctionner leur auteur, peut être produit par l'employeur pour justifier la faute imputée au salarié licencié. **Il appartient aux juges du fond, dès lors qu'il n'a pas été mené par l'employeur d'investigations illicites, d'en apprécier la valeur probante, au regard le cas échéant des autres éléments de preuve produits par les parties.** »

- L'illicéité des mesures d'enquête (atteinte illégitime à la vie privée, atteinte à la liberté d'aller et venir, procédés clandestins, stratagèmes) rend illicite le rapport d'enquête.
- Toutefois, Cass. soc., 6 déc. 2023, n°22-14.062, inédit : à propos de l'écoute d'enregistrements clandestins par la ¹⁵ commission d'enquête

3. Cadre procédural

- La recevabilité du rapport d'enquête est largement accueillie. Mais les qualités de l'enquête renforceront sa valeur probante auprès des juges du fond, laquelle est laissée à leur appréciation souveraine :
 - **Sérieux et complétude de l'enquête** : enquête complète, approfondie (même si l'exhaustivité n'est pas requise : Cass. soc. 8 juill. 2020, n°18-20.151, inédit)
Ex. CA Paris, 11 déc. 2029, n° RG 17/14460
 - **Objectivité et impartialité** : enquête menée à charge et à décharge
 - **Loyauté**
 - **Confidentialité**
- Autres enjeux attachés aux modalités de l'enquête :
 - obligation de sécurité de l'employeur à l'égard du mis en cause et des personnes interrogées (Cass. soc., 6 juil. 2022, n°21-13.631, inédit : à propos de la mise en cause brutale et humiliante, sans ménagement ni précautions suffisantes)
 - circonstances vexatoires de licenciement (Cass. soc., 9 fév. 2012, n°10-26.123, inédit : à propos d'une enquête à charge, sans discrétion et sans audition des témoins souhaités par le mis en cause)

Eclairage déontologique

- Annexe XXIV du règlement intérieur du Barreau de Paris : « *Vade-mecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne ».
- Rapport du CNB de 2020
- Point de vue de l'Association Nationale des Avocats Enquêteurs en Droit social – ANAES

II. Statut du lanceur d'alerte, point de vue du Défenseur des Droits et RGPD : points d'attention

Le statut de lanceur d'alerte

Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite loi Sapin 2

⇒ Un salarié qui se plaint de faire l'objet de harcèlement moral/sexuel/discrimination...ou de ne pas être payé ses heures supplémentaires peut-il revendiquer le statut de lanceur d'alerte ?

« Un lanceur d'alerte est une personne physique qui signale ou divulgue, sans contrepartie financière directe et de bonne foi, des informations portant sur un crime, un délit, une menace ou un préjudice pour l'intérêt général, une violation ou une tentative de dissimulation d'une violation d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, du droit de l'Union européenne, de la loi ou du règlement. » (Article 6 I)

- **Position du Défenseur des Droits** : a priori un salarié n'est pas un lanceur d'alerte lorsque celui-ci agit exclusivement pour son propre compte ou qu'il ne dispose d'aucun élément lui permettant de penser raisonnablement que les faits dénoncés ne se limitent pas à sa propre situation. Concernant le représentant du personnel ou délégué syndical, a priori il ne peut pas bénéficier du statut de lanceur d'alerte s'il a agi dans le cadre de son mandat (en s'exprimant notamment au sein des instances dédiées à l'exercice de ce mandat, telles que le comité social et économique). *Rapport bisannuel La protection des lanceurs d'alerte en France 2022 – 2023*
- En l'absence de jurisprudence, il est sans doute plus prudent, en matière d'enquête sociale, de respecter, dans la mesure du possible, les règles qui s'appliquent aux lanceurs d'alertes.

Le statut de lanceur d'alerte

Impact sur les modalités d'enquête

- ⇒ **Obligation de conserver une preuve d'un signalement effectué oralement** : soit par un enregistrement soit une transcription écrite qui doit alors être revue et signée par le lanceur d'alerte
- ⇒ **Obligation de faire une « enquête »** : lorsqu'un signalement est réalisé dans le cadre de la loi Sapin 2, l'entité doit en assurer le traitement c'est-à-dire évaluer l'exactitude des allégations qui sont formulées (décret du 4 octobre 2022, art. 4 III)
- ⇒ **La désignation de la personne habilitée à conduire une enquête est plus précise** : selon la jurisprudence sociale, l'enquête interne doit être menée de façon impartiale, à charge et à décharge (Cass. Soc 9 février 2012, n°10-26.123) alors que l'article 8 B 4° de la loi Sapin 2 et art. 5 I du décret du 4 octobre 2022 prévoient que le signalement doit être traité par des personnes désignées dans la procédure de recueil et traitement des signalements, qui doivent disposer par leur positionnement ou leur statut de la compétence, l'impartialité, de l'autorité et des moyens nécessaires, la procédure devant par ailleurs prévoir les garanties permettant l'exercice impartial de ces missions.

Le statut de lanceur d'alerte

Impact sur les modalités d'enquête

- ⇒ **Obligation de faire un retour au lanceur d'alerte dans certains délais** : envoi d'un accusé de réception sous 7 jours ouvrés, retour sur les mesures envisagées ou prises pour évaluer l'exactitudes des allégations et le cas échéant remédier à l'objet du signalement ainsi que sur les motifs de ces dernières dans un délai maximum de 3 mois et information obligatoire de la clôture du dossier.
- ⇒ **Les obligations en matière de confidentialité sont plus strictes** : selon la jurisprudence sociale, il existe une obligation de « discrétion » (Cass. Soc. 9 février 2012, n° 10-26123) alors que l'article 9 I de la loi Sapin II prévoit une stricte confidentialité « de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et de tout tiers mentionné dans le signalement et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement » dont la violation est pénalement sanctionnée par deux ans d'emprisonnement et 30.000 € d'amende. Il est notamment interdit de divulguer (sauf à l'autorité judiciaire) les éléments de nature à identifier le lanceur d'alerte sans son consentement ainsi que les éléments de nature à identifier la personne mise en cause par un signalement avant que soit établi le caractère fondé de l'alerte.

Le Défenseur des Droits

Décision du Défenseur des droits n°2024-105 du 11 juillet 2024

- Dès lors qu'une audition est indispensable à la manifestation de la vérité et sans qu'il ne soit nécessaire que la victime l'ait demandée explicitement, l'employeur doit veiller à ce que l'enquêteur y ait procédé, l'enquête devant être effectuée loyalement.
- Pour rappel : un rapport ne doit pas être écarté aux motifs que tous les salariés n'ont pas été entendus (Soc. 29 juin 2022, n°21-11-437)
- Le fait de faire un rappel à l'ordre à l'issue d'une enquête à une salariée qui a procédé à des enregistrements à la suite d'une dénonciation de harcèlement sexuel constitue une mesure de représailles interdite par le code du travail

RGPD

Référentiel de la CNIL du 6 juillet 2023 sur les dispositifs d'alerte

⇒ **Information spécifique du lanceur de l'alerte**

- Les personnes qui émettent un signalement doivent recevoir les informations relatives au traitement dès le début du processus du recueil de l'alerte.

⇒ **Information spécifique de la personne visée par l'alerte**

- La personne visée par une alerte (par exemple, en tant que témoin, victime ou auteur présumé des faits) doit être informée dans un délai raisonnable, ne pouvant pas dépasser un mois à la suite de l'émission d'une alerte. Cette information peut être différée lorsqu'elle est susceptible de compromettre gravement la réalisation de l'enquête (risque de destruction de preuves). Cette information ne contient pas d'informations relatives à l'identité de l'émetteur de l'alerte ni à celle des tiers.
- Pour rappel : une enquête interne sans information préalable du salarié n'est pas un mode de preuve clandestin et à ce titre déloyal (Soc 17 mars 2021, n°18-25597)

A priori, ces obligations qui découlent des articles 13 et 14 du RGPD s'appliquent même si on ne considère pas le salarié comme un lanceur d'alerte.

RGPD

Référentiel de la CNIL du 6 juillet 2023 sur les dispositifs d'alerte

⇒ Statut de l'avocat enquêteur au regard du RGPD

- Le recours à différentes formes de mutualisation ou d'externalisation des opérations liées au traitement du signalement est susceptible d'entraîner une qualification des entités concernées en tant que « responsable de traitement », « sous-traitant » ou « responsable conjoint de traitement », au sens du RGPD. Il appartient à l'organisme qui décide de s'engager dans une telle démarche, de déterminer le statut respectif des parties prenantes précédemment à la mise en place du traitement en question. Un contrat, définissant les caractéristiques du traitement ainsi que les différentes obligations des parties en matière de protection des données, doit être établi entre elles.

III. Approche pratique

1. Le signalement et l'appréciation de l'opportunité de l'enquête

Signalement et appréciation de l'opportunité de l'enquête

L'appréciation de l'opportunité de réaliser une enquête

- La mise en œuvre d'une enquête interne n'est pas impérative pour caractériser le respect, par l'employeur, de son obligation de sécurité (Cass. soc., 12 juin 2024, n° 23-13.975 ; *comp.* Cass. soc., 7 avril 2016, n° 14-23.705) .
- En pratique, il faut apprécier l'opportunité d'une enquête au cas par cas :
 - au regard de la nécessité d'établir la lumière sur les faits dénoncés : y a-t-il besoin d'investigations complémentaires ?
 - au regard de l'obligation de sécurité de l'employeur : est-il possible de protéger la santé et la sécurité du salarié par d'autres mesures ?
- Dans la plupart des cas, il est plus prudent pour l'employeur de réaliser une enquête.
- Quoi qu'il en soit, il est recommandé :
 - en présence d'une alerte floue et imprécise, de demander des précisions au salarié pour apprécier l'opportunité de déclencher une enquête.
 - de documenter, auprès du salarié à l'origine de l'alerte, la décision de procéder ou de ne pas procéder à une enquête ainsi que les mesures éventuellement mises en œuvre.

Signalement et appréciation de l'opportunité de l'enquête

Les enquêtes menées après l'exercice par un membre de la délégation du personnel au CSE d'une alerte

- Chacun des membres de la délégation du personnel au CSE peut exercer un droit d'alerte :
 - En cas de danger grave et imminent (C. trav., art. L. 2312-60).
 - En cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique ou mentale ou aux libertés individuelles, résultant notamment de faits de harcèlement moral ou sexuel (C. trav., art. L. 2312-59).
- Dans les deux cas, l'employeur est tenu de procéder « *immédiatement* » ou « *sans délai* » à une enquête avec le représentant du personnel à l'origine de l'alerte.
- En cas de carence de l'employeur ou de divergence :
 - Alerte danger grave et imminent : le CSE est réuni d'urgence, dans un délai n'excédant pas 24 heures. A défaut d'accord entre l'employeur et la majorité du CSE sur les mesures à prendre, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement par l'employeur.
 - Alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes : le salarié (ou le membre de la délégation du personnel au CSE si le salarié intéressé averti par écrit ne s'y oppose pas), peut saisir le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, qui statue selon la procédure accélérée au fond.
- Dans les deux cas, il s'agit d'une enquête conjointe qui doit être menée par l'employeur et par le représentant du personnel à l'origine de l'alerte.

2. La lettre de mission

La lettre de mission

L'identification du client et les enquêtes conjointes

- En principe, le fait que l'employeur n'ait pas associé les représentants du personnel à la conduite d'une enquête ne fait pas perdre au rapport d'enquête sa valeur probante (Cass. soc., 1^{er} juin 2022, n° 20-22.058).
- En revanche, lorsqu'une enquête est diligentée à la suite de l'exercice, par un représentant du personnel, d'un droit d'alerte pour danger grave et imminent ou pour atteinte aux droits des personnes, cette enquête doit être réalisée conjointement avec le membre du CSE à l'origine de l'alerte.
- En pratique, si l'avocat a été mandaté conjointement par l'employeur et le représentant du personnel, les deux doivent à notre avis être considérés comme les clients :
 - la lettre de mission doit être signée par l'employeur et le représentant du personnel ;
 - l'avocat est tenu, à leur égard, au secret professionnel ;
 - le rapport d'enquête doit leur être transmis.
- Il arrive aussi parfois qu'un employeur mandate seul un avocat pour réaliser une enquête à la suite de l'exercice d'un droit d'alerte, avec l'accord du CSE : dans ce cas, le client de l'avocat peut être uniquement l'employeur.
- En tout état de cause, il est impératif de bien identifier le client dans la lettre de mission.

La lettre de mission

L'objet de l'enquête, la méthodologie de l'enquête et les auditions

- La lettre de mission doit définir l'objet de la mission (article 2 de l'annexe XXIV du RIBP).
- En pratique, il faut rappeler dans la lettre de mission :
 - le contexte ayant conduit à la réalisation de l'enquête ;
 - l'objectif de l'enquête : faire la lumière sur les faits dénoncés et, le cas échéant, les qualifier juridiquement.
- La lettre de mission a tout intérêt à rappeler la méthodologie qui sera suivie pour réaliser l'enquête : analyse documentaire, audition des salariés et rédaction du rapport d'enquête.
- En ce qui concerne les auditions, la lettre de mission peut préciser :
 - le nombre prévisible d'auditions à réaliser ;
 - une première liste de salariés dont l'audition apparaît nécessaire.

3. La conduite des entretiens

La conduite des entretiens

La liste et l'ordre des auditions

- Rappels : pour que le rapport d'enquête ait une valeur probante :
 - l'employeur peut choisir de n'entendre qu'une partie des collaborateurs potentiellement victimes du salarié auquel il est reproché des faits de harcèlement (Cass. soc., 8 janvier 2020, n° 18-20.151) ;
 - l'employeur peut mener l'enquête à l'insu du salarié mis en cause (Cass. soc., 17 mars 2021, n° 18-25.597) ;
 - l'enquête réalisée est valable même si le salarié mis en cause n'a pas eu accès au dossier et aux pièces recueillies (Cass. soc., 29 juin 2022, n° 20-22.220).
- Le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire n'impose pas que, dans le cadre d'une enquête interne destinée à vérifier la véracité des agissements dénoncés par d'autres salariés, le salarié mis en cause soit entendu sur les griefs susceptibles de lui être ultérieurement reprochés (Cass. soc., 19 avril 2023, n° 21-19.678).
- En pratique, pour que l'enquête se déroule dans des conditions satisfaisantes et ait une valeur probante plus importante, il est toutefois préférable :
 - que la personne mise en cause soit entendue et qu'il soit porté à sa connaissance les faits à l'origine de l'enquête et ceux ayant été révélés pendant l'enquête ;
 - que le plus de personnes possibles parmi les victimes et les témoins des agissements soient auditionnés.
- Il est d'usage d'auditionner en premier la personne à l'origine de l'alerte, les témoins identifiés en second et la personne mise en cause en dernier.
- Au cours de chaque audition, l'enquêteur a tout intérêt à inviter la personne auditionnée à lui indiquer s'il existe d'autres personnes dont l'audition lui semblerait utile.

La conduite des entretiens

L'invitation des personnes à être auditionnées et le rappel de leurs droits

- L'enquêteur doit inviter les personnes identifiées à être auditionnées.
- A cette occasion, l'avocat enquêteur doit informer la personne concernée (articles 4, 6 et 7 de l'annexe XXIV du RIBP) :
 - du contenu de la mission et de son caractère non coercitif ;
 - du fait qu'il n'est pas leur avocat mais mandaté par le client pour réaliser cette enquête, que leurs échanges ne sont donc pas couverts par le secret professionnel et pourront être retranscrits dans le rapport qui sera remis à la Société, qui pourra alors librement les utiliser.
- Préalablement aux auditions, il convient également de transmettre aux personnes auditionnées une notice sur le traitement de leurs données personnelles.
- La personne interrogée doit également être informée qu'elle peut se faire assister ou conseiller par un avocat lorsqu'il apparaît, avant ou pendant son entretien, qu'elle peut se voir reprocher un agissement à l'issue de l'enquête interne (article 8 de l'annexe XXIV du RIBP).
 - Mais quid d'une victime ou d'un témoin qui demanderait à être assisté d'un avocat ? Difficile de refuser à notre avis.
- Même si cette possibilité n'est expressément prévue que pour les personnes qui peuvent se voir reprocher un agissement, en pratique, si l'auteur de l'alerte ou un témoin demande à être assisté d'un avocat, il semble difficile de s'y opposer.
- Il est déconseillé, pour des raisons de preuve, d'accepter les témoignages anonymes. Toutefois, si une personne demande l'anonymat et que son audition apparaît nécessaire à la manifestation de la vérité, elle peut être envisagée.

La conduite des entretiens

Le déroulement des auditions

- Préalablement aux entretiens, il peut être opportun de rédiger un questionnaire d'entretien qui servira de trame : bien souvent, il est nécessaire de s'écarter de cette trame pour s'adapter aux déclarations des personnes auditionnées.
- Au début de l'entretien, il est recommandé de rappeler :
 - le contenu de la mission et le rôle de l'avocat enquêteur ;
 - si nécessaire, la possibilité pour la personne auditionnée de se faire assister ou conseiller par un avocat.
- Les questions posées aux personnes auditionnées partent d'une présentation générale du cadre et des conditions de travail pour arriver aux faits allégués.
- Lorsqu'un fait est rapporté par une personne auditionnée, il est recommandé de l'inviter à transmettre des éléments de preuve de nature à étayer ses déclarations.
- Si l'enquête intervient dans le cadre de la loi Sapin 2, il convient de garantir la confidentialité de l'identité des auteurs du signalement, des personnes visées par celui-ci et de tout tiers mentionné dans le signalement et des informations recueillies par l'ensemble des destinataires du signalement (article 9) : cela peut occasionner des difficultés pour mener à bien les auditions.

La conduite des entretiens

Le rôle de l'avocat assistant les salariés mis en cause, victimes ou témoins

- aider le salarié à construire ses arguments ;
- éventuellement le suppléer dans ses explications et/ou observations ;
- soutien psychologique (surtout face à un avocat) ;
- vérifier la pertinence des informations collectées :
 - veiller à ce que les investigations menées soient justifiées et proportionnées par rapport aux faits qui sont à l'origine de l'enquête et qu'elles ne portent pas d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie privée (CE, 4 mars 2020, n°418640) ;
 - éventuellement reformuler des questions / observations ;
- s'assurer de la licéité des preuves obtenues et des mesures mises en œuvre dans le cadre de l'enquête (proposition de modification du contrat de travail, mise à pied, etc.) ;
- vérifier la conformité du compte-rendu de l'entretien :
 - qualification des faits ;
 - reprise des arguments du salarié ;
 - alerter le salarié sur la force probante du compte-rendu une fois qu'il l'aura signé.

4. Le rapport d'enquête

Le rapport d'enquête

Le contenu du rapport d'enquête

- Le rapport d'enquête est rédigé à l'issue de l'enquête.
- En pratique, il est structuré de la façon suivante :
 - Rappel du cadre et de la méthodologie de l'enquête
 - Présentation de l'entreprise et des faits objets de l'enquête
 - Synthèse des témoignages et des pièces recueillies
 - Analyse des témoignages et des pièces recueillis
 - Conclusions
- Les auditions font l'objet de comptes rendus synthétiques ou *in verbatim*.
- Il est recommandé de donner à la personne auditionnée la possibilité de relire ses déclarations et de les signer. Les éventuelles observations de la personne entendue peuvent être annexées au procès-verbal.
- Les comptes rendus d'audition (et autres pièces recueillies dans le cadre de l'enquête) peuvent être annexés au rapport d'enquête.

Le rapport d'enquête

La diffusion du rapport d'enquête

- Article 3 de l'annexe XXIV du RIPB : « *Conformément aux règles du secret professionnel, lorsqu'un rapport ou tout autre document est établi par l'avocat lors de sa mission, il est remis exclusivement à son client qui demeure libre de sa transmission à un tiers* ».
- En cas d'enquête diligentée à la seule initiative de l'employeur, celui-ci est libre de sa diffusion aux représentants du personnel et/ou aux salariés concernés par l'enquête.
- En cas d'enquête conjointe entre l'employeur et un membre de la délégation du personnel au CSE à l'origine d'une alerte, si l'avocat a été mandaté par ces deux parties, le rapport d'enquête doit leur être communiqué.
- En qualité d'avocat de salariés, nous défendons la nécessité pour le CSE d'être destinataire du rapport d'enquête (ou à tout le moins d'une synthèse circonstanciée) :
 - dans le cadre de sa mission d'évaluation des risques professionnels (C. trav., art. L. 4121-3) et de contribution à la santé et la sécurité des salariés (C. trav., art. L. 2312-5 et L. 2312-9) ;
 - et sans que la nécessité de garantir la confidentialité du rapport puisse justifier de ne pas le transmettre, dans la mesure où les membres du CSE sont tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations confidentielles présentées comme telles (C. trav., art. L. 2315-3).

IV. Présentation et point de vue de l'ANAES

Présentation et point de vue de l'ANAES

Objectifs de l'ANAES

Créée pour promouvoir le rôle de l'avocat enquêteur :

- Promouvoir le rôle de l'avocat dans la pratique de l'enquête interne, en mettant en avant son expertise technique et sa déontologie. Par sa déontologie, il permet à l'entreprise de disposer d'une enquête loyale, grâce au respect des principes essentiels de l'avocat.
- S'assurer du respect de la charte par ses membres. L'ANAES n'est pas un organe régulateur, elle ne dénonce pas les membres. Elle dispose de 2 observateurs au sein de son bureau
- Elle constitue un réseau d'entraide, de soutien et de défense de ses membres. L'enquête peut constituer une charge mentale très lourde pour l'enquêteur souvent ciblé par le mis en cause.

⇒ Pourquoi une association nationale des avocats enquêteurs en droit social ?

- Les différences d'approches entre l'enquête interne en compliance et en droit social (colloque CNB en 2023). Essentiellement celle liée au conflit d'intérêts : le parti pris par l'ANAES : pas d'enquête chez son client.
- Un marché en expansion sur lequel pratiquent des acteurs sans déontologie. L'avocat doit se positionner sur ce marché sur lequel il a toute légitimité et offre toutes les garanties dans l'intérêt des clients.
- La nécessité d'embarquer toute la profession, sur tout le territoire, avec toutes les instances de la profession : Conseil National des Barreaux (guide), Barreau de Paris (vademecum) et Conférence des Bâtonniers, afin que les règles soient les mêmes pour tous (structure de l'association)

La déontologie est la boussole de l'enquêteur

La déontologie est non seulement un critère différenciant par rapport aux autres acteurs (psychothérapeutes, consultants RH etc...), elle est également une boussole pour l'avocat enquêteur

- L'enquête est pratiquée de manière empirique : pour promouvoir le rôle de l'avocat, encore faut-il que sa pratique soit à l'abri de la critique déontologique. D'où la volonté de mettre en place une charte de bonnes pratiques, enrichie des retours d'expérience de ses membres.
- La charte de bonnes pratiques met la déontologie au cœur des différentes phases de l'enquête : depuis le signalement jusqu'à la rédaction du rapport.
- L'adhésion à l'association est soumise à l'adhésion aux dispositions de la charte. Par ailleurs, elle fait l'objet d'une décision de son bureau, après un entretien avec un rapporteur qui va poser des questions sur les conditions de pratique de l'enquête. Nous avons pu refuser lorsque les conditions n'étaient pas conformes à notre déontologie (ex : entretiens avec un psychologue non soumis au secret, enquête chez son client).
- L'ANAES dispose de groupes de travail sur chaque étape pour travailler sur les questions qui se posent aux avocats enquêteurs. Elles sont très nombreuses, pas un jour sans que de nouveaux questionnements nous interpellent. Le droit au silence et le statut de lanceur d'alerte sont des sujets de discussion.

La charte de l'ANAES

⇒ Un préambule qui résume la pertinence du rôle de l'avocat

- Parce que les règles et usages de la profession, édictées dans l'intérêt du public, garantissent son indépendance et sa loyauté, conditions indispensables à la conduite d'une enquête interne ;
- Parce qu'il a l'expertise du droit positif nécessaire à la qualification juridique des faits dont il a à connaître,
- Parce que son expérience de la pratique judiciaire lui permet de garantir la validité et la recevabilité d'un rapport d'enquête interne dans le cadre d'un procès,
- Parce qu'il garantit le strict respect des droits fondamentaux de toutes les personnes entendues, y compris des mis en cause,
- L'avocat enquêteur est à même de conduire, en toute sécurité et impartialité, des enquêtes internes propres à éclairer celui qui a ordonné l'enquête sur la réalité et la gravité des faits ayant donné lieu à signalement.
- Les avocats enquêteurs qui adhèrent à l'association s'engagent à respecter la présente charte, considérée comme fondatrice et structurante de sorte que son respect est une condition d'adhésion à l'ANAES.

La charte de l'ANAES

- ⇒ **Chaque étape de l'enquête met en jeu les dispositions du Règlement Intérieur National de la profession. C'est ce que pose d'emblée l'article 1 de notre charte**
- L'avocat chargé d'une enquête interne se doit d'observer les règles applicables à la profession d'avocat et les principes essentiels rappelés à l'article 1.3 du Règlement Intérieur National de la profession d'Avocat qui guident son comportement en toutes circonstances.
 - Il devra veiller à respecter les principes de conscience, d'indépendance, d'humanité, de loyauté, de délicatesse, de modération, de compétence et de prudence.
 - Du principe d'indépendance découle l'obligation d'impartialité. L'enquêteur doit être impartial pendant l'enquête puis pouvoir qualifier les faits dans ses conclusions.
 - L'enquêteur s'abstiendra évidemment de toute pression sur les personnes qu'il sera amené à entendre ou rencontrer au cours de son enquête.
 - Il devra veiller à ce que toutes les phases de l'enquête interne jusqu'à la restitution soient respectueuses de la dignité de tous les intervenants.

La charte de l'ANAES

⇒ **La convention et la détermination de la mission sont une déclinaison de l'article 11.3 du Règlement intérieur**

- L'activité de l'enquête impose à l'enquêteur une impartialité absolue à l'égard de toute personne physique ou morale qui lui a confié l'enquête, des personnes interrogées, ainsi qu'à toute personne qui interviendrait à quelque titre que ce soit.
- Conformément aux dispositions de l'article 11.2 du Règlement Intérieur, l'avocat qui accepte de se charger d'une enquête doit conclure par écrit une convention de mission qui précise notamment le montant ou le mode de détermination des honoraires couvrant les diligences prévisibles, ainsi que les divers frais et débours envisagés.
- La convention doit également préciser un certain nombre d'éléments qui confirment son indépendance, délimitent les contours du secret professionnel et les modalités du déroulement de l'enquête.

La charte de l'ANAES

⇒ Le secret professionnel attaché à la profession est une garantie pour le client

- L'avocat chargé d'une enquête interne est tenu au secret professionnel à l'égard de la seule personne qui a ordonné l'enquête. Nul autre ne peut en solliciter le bénéfice.
- Conformément aux règles du secret professionnel, lorsqu'un rapport ou tout autre document est établi par l'avocat lors de sa mission, il est remis exclusivement à celui qui a ordonné l'enquête qui demeure libre de sa transmission à un tiers.
- Seule la personne qui a ordonné l'enquête sera habilitée à répondre aux demandes des administrations et autorités judiciaires et leur communiquera les éléments de l'enquête qu'elle jugera nécessaire.

La charte de l'ANAES

⇒ Les entretiens doivent être conformes à nos principes essentiels et à l'article 8 de notre règlement intérieur

- Toute personne autre que celle qui a ordonné l'enquête est considérée comme un tiers.
- S'il ressort des premières auditions qu'une personne est susceptible d'être mise en cause, l'avocat doit l'informer, par écrit, de cet état de fait avant de l'entendre. Il l'informe qu'elle peut se faire assister d'un avocat. Il l'informe qu'elle peut refuser d'être entendue, qu'elle pourra mettre un terme à l'audition à tout moment, qu'elle pourra remettre des documents et demander à l'avocat enquêteur d'entendre toute personne dont elle communiquera les coordonnées.
- Préalablement à tout contact avec les personnes entendues à quelque titre que ce soit en vue de l'accomplissement de l'enquête, l'avocat enquêteur expliquera sa mission, le caractère non coercitif de celle-ci.
- Il leur précisera qu'elles ne bénéficient pas du secret professionnel et que leurs propos pourront être, en tout ou partie, retranscrits dans son rapport ; il les informera sur la finalité du traitement de leurs données conformément aux dispositions des articles 12, 13 et 14 du RGPD.
- Le cas échéant, si un agissement est susceptible de leur être reproché, il les en informera préalablement à l'audition.
- Il rappellera au besoin durant l'audition à la personne auditionnée qu'elle pourra se voir reprocher un agissement à l'issue de l'enquête interne lorsque l'employeur en aura eu connaissance.
- L'avocat enquêteur indiquera à la personne entendue par ses soins que si elle le souhaite, son nom ne sera pas cité dans la restitution de l'enquête et/ou le rapport.
- Si la personne émet le souhait d'être assistée d'un avocat, et/ou si l'une des parties le souhaite, elle pourra être reçue en dehors de l'entreprise, dans un lieu respectueux des principes essentiels de la profession d'avocat.

La charte de l'ANAES

⇒ Les devoirs de diligence et de vigilance sont énoncés à l'article 1.3 du RIN

- L'avocat-enquêteur doit s'efforcer de conduire l'enquête dans les meilleurs délais pour réduire le stress inhérent à la conduite d'une enquête interne en entreprise.
- L'avocat-enquêteur devra attirer l'attention de celui qui a ordonné l'enquête sur l'existence de risques avérés pour la santé et la sécurité des salariés ainsi que sur d'éventuels manquements à la législation qu'il serait amené à découvrir en cours d'enquête.
- Si l'avocat-enquêteur identifie, en cours d'enquête, un ou des risques psycho-sociaux qui n'entraient pas dans sa mission initiale, il en informe immédiatement celui qui a ordonné l'enquête et lui propose un élargissement de sa mission ou une nouvelle mission avec un périmètre défini d'un commun accord.
- L'avocat-enquêteur veille à attirer l'attention de l'employeur sur le respect des délais éventuels de poursuites disciplinaires.

La charte de l'ANAES

- ⇒ **Le devoir d'impartialité et indépendance trouve sa source dans le devoir de loyauté et d'indépendance de la profession**
- L'avocat enquêteur agira en toute **impartialité** et s'assurera, à toutes les étapes de l'enquête, de sa plus stricte indépendance à l'égard de l'employeur, de ses conseils et des institutions représentatives du personnel.
 - Il devra également s'assurer de **l'absence de tout conflit d'intérêt** à l'égard de toute personne impliquée dans l'enquête.
 - L'avocat s'abstiendra de réaliser une enquête interne **pour le compte d'une personne morale ou physique dont il est l'avocat.**
 - De la même manière, l'avocat **s'interdit de représenter ultérieurement ceux qui l'ont mandaté pour l'enquête dans une procédure dirigée** contre une personne auditionnée pendant l'enquête interne.
 - Pour garantir son indépendance, **l'avocat enquêteur veillera à être intégralement rémunéré** de sa prestation avant la remise de son rapport ou la restitution définitive à celui qui a ordonné l'enquête.

La charte de l'ANAES

- ⇒ **Le rapport s'exerce dans le cadre du devoir de conseil de l'avocat, selon les mêmes principes déontologiques**
- Le rapport écrit doit contenir les éléments d'analyse et de conclusions qu'ils soient sous la forme d'une synthèse des éléments clés ou rédigés de façon complète.
 - L'avocat rédigera le rapport d'enquête en prenant constamment la mesure du risque de diffusion de celui-ci et en apposant sur chaque page la mention « couvert par le secret professionnel ».
 - Dans la rédaction du rapport, l'avocat fera preuve de prudence et de modération.
 - L'avocat enquêteur ne remettra son rapport qu'aux interlocuteurs désignés dans la convention de mission, et le fera dans des conditions garantissant le secret professionnel.

* Cette charte est susceptible d'être améliorée suivant l'évolution des travaux de l'association