

Vademecum AvoSial sur les enquêtes internes Destiné aux adhérents d'AvoSial

Un certain nombre de nos confrères travaillistes adhérents d'AvoSial ont, depuis quelques années, développé une activité d'enquêteur et il nous est apparu nécessaire, compte tenu de la spécificité de l'enquête en matière sociale, d'échanger sur nos pratiques et de partager nos réflexions sur cette expérience commune.

Le présent vademecum, résultat d'un an de travail collectif et d'auditions de confrères, a pour objet d'aider les membres d'AvoSial qui pourraient être questionnés ou sollicités par leurs clients sur cette question et/ou qui souhaiteraient développer cette activité d'enquêteur en droit social. Il n'est destiné qu'à répondre aux questions spécifiques que nous nous posons, tout en rappelant le cadre général dans lequel l'enquête s'inscrit. Il est rappelé à cet égard le rôle fondamental de la lettre de mission que tout avocat qui pratique une enquête se doit d'élaborer avec son client.

Il n'a aucunement pour objet de se substituer de quelque façon que ce soit aux dispositions ordinaires existant en la matière.

L'avocat enquêteur devra donc se référer aux dispositions spécifiques de son Ordre et au guide du CNB du 12 juin 2020 qui définissent les principes directeurs de l'avocat enquêteur ainsi qu'être attentif à la publication des décrets suite à la loi visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte du 21 mars 2022 de transposition de la Directive du 23 octobre 2019 sur les lanceurs d'alerte et se rapprocher de ses spécialistes en données personnelles sur l'aspect RGPD.

SOMMAIRE

I. LES DEUX FACETTES DE L'AVOCAT ENQUÊTEUR	4
<i>Introduction.....</i>	4
<i>Base textuelle / jurisprudence</i>	5
II. RÉOLUTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LES CABINETS D'AVOCATS, LA QUESTION DE L'INDÉPENDANCE	6
<i>Introduction / Problématique</i>	6
<i>Base textuelle / jurisprudence</i>	6
<i>Règles.....</i>	6
<i>Recommandations pratiques</i>	6
<i>Base textuelle / jurisprudence</i>	7
III. QUID DES MODES D'ALERTE OBLIGEANT L'EMPLOYEUR À OUVRIR UNE ENQUÊTE ?.....	8
<i>Introduction / Problématique</i>	8
<i>Base textuelle / jurisprudentielle</i>	9
<i>Règles.....</i>	9
<i>Recommandations pratiques</i>	10
IV. QUI ENQUÊTE ?	11
<i>Introduction / Problématique</i>	11
<i>Base textuelle / jurisprudence</i>	12
<i>Règles.....</i>	12
<i>Recommandations pratiques</i>	12
V. COMMENT ENQUÊTER ?	13
<i>Introduction / Problématique</i>	13
<i>Base textuelle / jurisprudence</i>	14
<i>Recommandations pratiques</i>	15
VI. LES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES S'IMPOSANT AUX AVOCATS ENQUÊTEURS	16
<i>Introduction / Problématique</i>	16
<i>Base textuelle / jurisprudence</i>	16
<i>Règles.....</i>	16
<i>Recommandations pratiques</i>	16
VII. ENQUÊTE ET RGPD	17
<i>Introduction / Problématique</i>	17
<i>Base textuelle / jurisprudence</i>	17
<i>Règles.....</i>	17
<i>Recommandations pratiques</i>	23
VIII. LE RAPPORT D'ENQUÊTE	24
<i>Introduction / Problématique</i>	24

<i>Recommandations</i>	24
IX. LES SUITES DE L'ENQUÊTE	26
<i>Introduction / Problématique</i>	26
<i>Recommandations</i>	27

I. LES DEUX FACETTES DE L'AVOCAT ENQUÊTEUR

Introduction

Le droit positif du travail regorge d'enquêtes, soit à la discrétion de l'employeur, soit lorsqu'il est contraint (AT, droit d'alerte, etc.) :

La loi du 17 janvier 2002 sur le harcèlement moral et ses sanctions civiles et pénales ainsi que les obligations de l'employeur en matière de santé et de sécurité au travail ont par ailleurs entraîné une forte montée en puissance des plaintes pour harcèlement au sein de l'entreprise.

Cette loi a été suivie d'un ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail qui a, en particulier, prévu que « Les plaintes doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard ».

Ces textes ainsi que la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte ont conduit à la nécessité pour l'employeur d'enquêter afin de répondre aux plaintes ou alertes.

C'est ce que rappelait la jurisprudence dès 2011 :

Dès que l'employeur a connaissance des faits de harcèlement, il doit, et ce afin de respecter son obligation de prévention des risques psychosociaux et de santé au travail, mener une enquête et des investigations afin d'établir la réalité des faits et prendre les sanctions qui s'imposent.

La loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 ayant pour objet la lutte contre la corruption a, de son côté, imposé de nouvelles obligations aux entreprises de plus de 500 salariés et dépassant 100 millions de chiffres d'affaires avec entre autres, l'instauration d'un code de conduite, un dispositif d'alerte interne et la mise en place d'un régime disciplinaire en cas de violation de ce code de conduite. Le recueil des alertes (article 8 III de la loi Sapin) concerne les entreprises d'au moins 50 salariés.

Cette loi a conduit à un fort développement des enquêtes internes pour répondre aux obligations de l'entreprise dans le domaine de la lutte anti-corruption.

Mais le champ d'investigation des enquêtes peut être beaucoup plus large, et porter, outre celles ayant une origine légale (droit d'alerte, droit de retrait, accident du travail, etc.), sur tous les domaines engageant la responsabilité de l'employeur : discrimination, risques psychosociaux, violences au travail, concurrence déloyale, fuite de données, dénigrement, etc.

L'enquête au sein de l'entreprise est donc devenue dans un très grand nombre de domaines un préalable nécessaire à toute sanction disciplinaire, et à la gestion des risques psychosociaux.

L'enquête a pour objet, par l'audition impartiale et loyale des parties intéressées (à tout le moins, l'auteur du signalement et la personne visée et l'entourage professionnel, voire les élus) de vérifier la réalité des agissements dénoncés et d'en apprécier la portée, en permettant, par exemple à l'employeur, d'exercer son droit disciplinaire ou de clore un signalement purement artificiel.

La méthodologie de l'enquête, par hypothèse non fixée par des textes, est toutefois empirique et hétérogène.

La question de l'identité de l'enquêteur se pose :

L'employeur peut conduire l'enquête seul (dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire), mais est-il dans l'obligation dans certains cas (RPS, harcèlement moral) de la mener avec des élus, et peut-il la sous-traiter à des tiers ?

Les enquêtes conjointes résultent soit de dispositions légales (droit d'alerte, de retrait) soit de dispositions conventionnelles. À défaut de dispositions textuelles spécifiques organisant les modalités de l'enquête, celles-ci sont libres.

Si rien ne s'oppose, en soi, à ce que l'enquête soit menée par l'employeur seul, ce dernier risque de voir son enquête non prise en compte par les tribunaux et écartée des débats, ce qu'illustrent plusieurs arrêts.

C'est la raison pour laquelle, de nombreuses enquêtes, quel que soit le domaine sont confiées à des tiers.

La question s'est posée de savoir si un avocat pouvait être ce tiers enquêteur en droit du travail.

Le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Paris a tranché positivement par une délibération du 8 mars 2016, en considérant, après une étude approfondie allant très au-delà du droit du travail, que l'enquête interne menée par un avocat, qui était, de fait, déjà pour certains confrères une activité courante en matière pénale ou en droit de la concurrence, entrait dans le champ d'activité de l'avocat. Cette délibération a été amendée par une délibération du 10 décembre 2019 qui a supprimé la dichotomie entre avocat conseil et avocat enquêteur.

L'avocat peut donc être enquêteur et son mandant aura ainsi la garantie du respect, en cette circonstance, des principes déontologiques essentiels de notre profession (dignité, conscience, indépendance, probité, humanité, loyauté, égalité, non-discrimination, délicatesse, modération et courtoisie), ce qui est un avantage incontestable par rapport aux autres types d'enquêteurs.

Sa qualité d'auxiliaire de justice constitue donc un gage de crédibilité de l'enquête et une garantie d'indépendance et de loyauté non seulement pour son mandant, mais pour toutes les parties intéressées par l'enquête.

Se pose ainsi la question du conflit d'intérêts lorsque l'avocat enquêteur est membre d'un cabinet full service et celle de son indépendance lorsqu'il intervient chez un client.

Il est en effet nécessaire que l'avocat soit mis en situation de totale indépendance par rapport à son mandant, c'est-à-dire libre de faire un rapport dont les conclusions pourront ne pas plaire à son donneur d'ordre d'où la garantie d'indépendance majeure qui en fait un tiers de confiance.

Intervenir comme enquêteur chez son client habituel risque en effet de rendre les résultats de l'enquête contestable et suspecte de partialité. L'avocat peut cependant bien évidemment être amené à intervenir auprès du DRH qui n'aurait ni les ressources ni la compétence ni l'indépendance nécessaire pour conduire une enquête dans des conditions très particulières.

La question centrale est par ailleurs de déterminer à qui l'avocat va rendre compte de son enquête (au DRH ? Au Conseil d'Administration ? au CSE ?).

Enfin l'enquête nous conduit à nous interroger sur les modalités d'application du RGPD.

Les développements ci-après tentent ainsi de répondre aux différentes questions que nous nous sommes posées à l'occasion des enquêtes que nous avons menées.

Il pourra s'enrichir au fur et à mesure de nos expériences futures.

Base textuelle / jurisprudence

Délibération du 8 mars 2016 amendée par la délibération du 10 décembre 2019 du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris (Vademecum relatif à l'avocat chargé d'une enquête interne, adjoint au Règlement Intérieur)

Guide du CNB du 12 juin 2020

Cass. Soc. 29 juin 2011 ; (no 09-70.902).

II. RÉOLUTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DANS LES CABINETS D'AVOCATS, LA QUESTION DE L'INDÉPENDANCE

Introduction / Problématique

Se pose la question de l'intervention de l'avocat enquêteur chez son client.

Une problématique est intervenue de façon récurrente et concerne plus particulièrement les cabinets full service : Quid de l'intervention d'un avocat du département droit du travail de ce cabinet au sein d'une entreprise cliente traitée par un autre département du cabinet ?

En effet, l'enquête pourrait porter atteinte à l'indépendance de l'avocat enquêteur dans la mesure où l'un de ses associés ou collaborateurs du cabinet conseilleraient l'une des personnes mises en cause.

L'enquête pourrait également conduire l'avocat enquêteur à porter une appréciation ou un jugement de valeur sur le travail réalisé par l'un de ses associés ou membre de son cabinet.

Enfin dans les groupes, une enquête menée au sein d'une entreprise du groupe peut conduire à identifier des responsables dans d'autres entités clientes d'autres associés du cabinet

Il convient pour résoudre cette question de faire référence à trois articles du Vademecum de l'ordre des avocats au barreau de Paris relatif à l'avocat chargé d'une enquête interne, qui est adjoint au règlement intérieur.

Base textuelle / jurisprudence

Délibération du 8 mars 2016 amendée par la délibération du 10 décembre 2019 du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris (Vademecum relatif à l'avocat chargé d'une enquête interne, adjoint au Règlement Intérieur)

Règles

Vademecum du barreau de Paris

Article 1

L'avocat chargé d'une enquête interne se doit d'observer, en toutes circonstances, nos principes essentiels (article 1.3 RIN). Il veillera notamment à observer les principes essentiels de conscience, d'indépendance, d'humanité, de loyauté, de délicatesse, de modération, de compétence et de prudence. Il s'abstiendra de toute pression sur les personnes qu'il entendra.

Article 5

L'avocat chargé d'une enquête interne devra s'abstenir d'accepter une enquête qui le conduirait à porter une appréciation sur un travail qu'il a précédemment effectué ;

Article 10

L'avocat chargé d'une enquête interne devra s'assurer de son indépendance dans la gouvernance de l'enquête et les éventuels échanges avec une autorité. Dans le cas où celle-ci pourrait être remise en cause, il pourra recommander à son client d'être représenté par un autre avocat pour les étapes distinctes de l'enquête interne.

Recommandations pratiques

Sur la base de ces trois articles se pose la question de l'enquête interne pour ses propres clients et de la résolution des conflits d'intérêts au sein des cabinets full service à l'occasion de l'intervention d'un avocat du département droit du travail de ce cabinet au sein d'une entreprise cliente traitée par un autre département du cabinet.

En effet, l'enquête pourrait porter atteinte à l'indépendance de l'avocat enquêteur dans la mesure où l'un de ses associés ou personne du cabinet conseilleraient l'une des personnes mises en cause.

L'enquête pourrait également conduire l'avocat enquêteur à porter une appréciation ou un jugement de valeur sur le travail réalisé par l'un de ses associés ou membre de son cabinet.

Enfin dans les groupes, une enquête menée au sein d'une entreprise du groupe peut conduire à trouver des responsables dans d'autres entités clientes d'autres associés du cabinet

Il est tout d'abord indispensable de procéder à une recherche interne de potentiels conflits d'intérêts puis il est majeur de pouvoir assurer l'indépendance des avocats des cabinets full service s'ils sont amenés à réaliser de telles enquêtes.

Ensuite, ne pas réaliser d'enquête interne non seulement pour ses propres clients, mais également pour des clients d'autres départements de son cabinet est une solution à cette garantie d'indépendance.

C'est ce que nous préconisons.

Dans les cabinets spécialisés, le fait de réaliser une enquête pour ses clients habituels ne pose pas la question du conflit d'intérêts, mais celle de la garantie d'indépendance.

Nous déconseillons pour notre part en droit du travail une intervention chez les clients habituels de l'avocat.

Intervenir comme enquêteur chez son client habituel risque en effet de rendre les résultats de l'enquête contestable et suspecte de partialité.

L'avocat peut cependant bien évidemment être amené à intervenir auprès du DRH qui n'aurait ni les ressources, ni la compétence, ni l'indépendance nécessaire pour conduire une enquête.

Base textuelle / jurisprudence

Dispositions ordinales

III. QUID DES MODES D'ALERTE OBLIGEANT L'EMPLOYEUR À OUVRIR UNE ENQUÊTE ?

Introduction / Problématique

La décision de mettre en œuvre une enquête interne appartient à l'employeur qui agit de son initiative ou à la suite d'un signalement (ou d'une alerte) lancé par les principaux acteurs suivants :

Par un élu (membre de la délégation du personnel au CSE) :

- Dans le cadre de l'exercice d'un droit d'alerte (i) pour atteinte aux droits des personnes (art. L.2312-59 du Code du travail) ou, (ii) en cas de danger grave et imminent (art. L. 2312-60 du Code du travail).
- L'employeur procède sans délai à une enquête avec le membre concerné du CSE (art. L. 2312-5 et L. 2312-59 du Code du travail) ;
- Si l'employeur ne réalise pas d'enquête ou s'il conteste la nécessité d'une enquête, un membre du CSE, et sauf opposition du salarié concerné par l'atteinte à sa santé ou à sa sécurité, pourra saisir le bureau de jugement du CPH, afin que le juge ordonne toutes mesures propres à faire cesser cette atteinte (art. L. 2312-59 c. trav).
- NB : Un référent harcèlement sexuel / agissements sexistes doit être désigné parmi les membres du CSE (article L. 2314-1 du Code du travail). Ce référent étant membre du CSE, il peut être à l'origine de l'alerte ou d'un signalement à l'employeur.

Par les salariés :

- Le salarié confronté à un danger grave et imminent dispose d'un droit d'alerte de l'employeur et de retrait (article L 4131-1 du Code du travail). Le fait, pour l'employeur, de diligenter une enquête à la suite de cette alerte, lui permet de démontrer qu'il n'a pas manqué à son obligation de sécurité (CA Montpellier, 16 mai 2018, n°17/00087).
- Le salarié qui alerte son employeur (en l'espèce, pour des faits de harcèlement moral) peut obtenir la réparation de son préjudice dès lors que l'employeur n'a pas ouvert d'enquête, peu importe que les agissements soient constitués ou non (Cass. Soc., 27 nov. 2019, no 18-10.551 ; Cass. Soc. 17-03-2021 n° 18-25597) ;
- En cas de carence de l'employeur qui ne souhaite pas diligenter d'enquête, suite à une alerte du CSE, le salarié concerné par l'atteinte à sa santé ou à sa sécurité peut saisir lui-même le CPH afin de voir ordonner toute mesure propre à faire cesser l'atteinte (art L. 2312-59 c. trav.)

Par un tiers :

- L'employeur qui, au travers d'une saisine du CPH ayant eu connaissance de l'existence éventuelle de faits de harcèlement moral et sexuel reprochés à un salarié à l'occasion de sa convocation devant le bureau de conciliation et qui n'a pas effectué d'enquête ou d'investigations lui permettant d'avoir connaissance exacte de la réalité, la nature et l'ampleur des faits, sans attendre l'issue de la procédure prud'homale, est critiquable sur le fondement d'une abstention fautive (Cass. soc., 19 juin 2011, n°09-70.902) ;
- Les lanceurs d'alerte : instaurés par la Loi SAPIN II. L'auteur du signalement peut être un salarié ou un ancien salarié, un stagiaire, un candidat à l'emploi, un collaborateur extérieur ou occasionnel. Il peut agir en cas de violation grave et manifeste de la loi ou du règlement (ex. : excès de pouvoir, non-respect des règles d'hygiène ou de sécurité...), ainsi qu'en cas de danger grave et imminent. Une enquête est alors recommandée en vue de déterminer la réalité et la matérialité des faits rapportés (Extrait du guide « Le dispositif anticorruption de la loi Sapin II » du MEDEF, 2017) - NB La formulation très large de la loi SAPIN rend possible la mobilisation des mécanismes prévus par le texte au-delà des faits de corruption et son extension à des manquements aux règles de santé, sécurité et conditions de travail et aux atteintes aux droits des personnes ;
- Par voie de presse : des allégations d'atteintes aux personnes ou de danger grave et imminent peuvent être diffusées par voie de presse si l'alerte du lanceur d'alerte n'a pas été traitée en interne dans un délai de trois mois, elle peut être rendue publique (médias, associations, ONG ou syndicats).

Par le médecin du travail :

- Le médecin du travail ayant constaté une souffrance au travail peut recommander à l'employeur de procéder à une enquête.

- Lorsque l'employeur qui, alerté par le médecin du travail, diligente immédiatement une enquête satisfait son obligation de santé et de sécurité (CA Paris, 28 oct. 2020, n°18/06494 ; CA Lyon 2 déc. 2020, n°18/01741)

Par l'inspection du travail :

- Il peut intervenir sur plainte des salariés et enjoindre à la direction de mettre en œuvre une enquête pour faire cesser les troubles qui lui sont rapportés dans le cadre de sa mission générale ;
- En cas d'alerte du CSE et d'impossibilité d'accord entre les élus et l'employeur, l'inspecteur du travail est saisi immédiatement afin qu'il puisse intervenir pour mettre en demeure l'employeur de procéder aux mises en conformité.

Par toute cellule d'écoute ou dispositif ad hoc mis en place au sein de l'entreprise par voie conventionnelle ou décision de l'employeur.

Base textuelle / jurisprudentielle

En général :

ANI du 26 mars 2010

Pour un élu :

Article L. 4131-1 et suivants du Code du travail ;
Article L. 2312-59 du code du travail

Pour les salariés :

Droit d'alerte et de retrait : art. L 4131-1 du Code du travail et CA Montpellier, 16 mai 2018, n°17/00087
Cass. soc., 27 nov. 2019, no 18-10.551 ; Cass. soc. 17-03-2021 n° 18-25597
Article L. 2312-59 du code du travail

Pour un tiers :

À l'occasion de la saisine du CPH : Cass. soc., 19 juin 2011, n°09-70.902
Lanceurs d'alerte : article 6 de la Loi SAPIN II
Voie de presse : Loi SAPIN II

Pour le médecin du travail :

Article L.4622-2 du Code du travail (mission générale)
CA Lyon 2 déc. 2020, n°18/01741
CA Paris, 28 oct. 2020, n°18/06494

Pour l'inspecteur du travail :

Articles L.8112-1 et s. du Code du travail (mission générale)
art. L. 4132-4 du Code du travail

Règles

La loi prévoit que :

- Dès lors que l'alerte provient des représentants du personnel ou des délégués du personnel au CSE, l'employeur est dans l'obligation de diligenter une enquête (articles L. 4131-1 et suivants du code du travail ; art. L. 2312-5 et L. 2312-59 du Code du travail).
- Lorsque l'alerte provient d'un lanceur d'alerte, il est préférable de diligenter une enquête, sous peine d'une possible alerte de la presse.
- L'inspecteur du travail a vocation à intervenir en cas de carence de l'employeur quant à ses obligations de diligenter une enquête.

La jurisprudence prévoit que :

- En cas d'alerte du médecin du travail, une enquête doit être diligentée, à défaut, un manquement de l'employeur sera retenu.
- En cas d'alerte d'un salarié, une enquête doit être diligentée, à défaut, le salarié sera légitime à demander réparation de son préjudice.

Recommandations pratiques

Hormis le droit d'alerte d'un membre de la délégation du personnel au CSE, il n'existe pas d'obligation légale imposant à l'employeur de mettre en œuvre une procédure d'enquête.

Le respect par l'employeur de ses obligations en matière de santé / sécurité lui impose toutefois le recours à une enquête interne dans de nombreuses hypothèses.

Ainsi, la mise en œuvre d'une telle procédure est fortement recommandée dès que l'employeur a connaissance de faits susceptibles de caractériser une atteinte aux droits des personnes et/ou à la santé et la sécurité des salariés. L'inaction de l'employeur pouvant lui être reprochée, au titre d'une abstention fautive et d'un manquement à l'obligation de sécurité et dans le cadre de contentieux ultérieurs à l'initiative des salariés.

IV. QUI ENQUÊTE ?

Introduction / Problématique

L'enquête menée par un membre de la direction ou le DRH seul :

Il est impératif que l'enquête interne soit objective et contradictoire. Par ailleurs, l'employeur doit agir rapidement. Enfin, il peut être nécessaire d'associer, en fonction des circonstances, le médecin du travail ou encore les représentants du personnel.

Dans les entreprises d'au moins 250 salariés, l'employeur doit désigner un référent chargé d'orienter, d'informer et d'accompagner les salariés en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (C. trav., art. L. 1153-5-1). Ce dernier peut réaliser, sur demande de l'employeur ou du CSE, des enquêtes.

La question de faire intervenir le médecin du travail ou l'inspecteur du travail pendant l'enquête peut se poser, il doit y être répondu en fonction de la nature de l'enquête et des circonstances.

L'enquête menée par les élus :

- En matière de harcèlement sexuel : Le CSE doit désigner un référent (différent de celui désigné par l'employeur) en matière de lutte contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes (C. trav., art. L. 2314-1) qui peut également mener une enquête interne sur demande du CSE. La désignation d'un référent harcèlement sexuel par le CSE au sein de ses membres est obligatoire depuis le 1er janvier 2019 dans toute entreprise peu important son effectif.
- En matière d'accidents du travail, de maladies professionnelles ou à caractère professionnel (C. trav. art. L 2312-5, al. 2 et. L. 2312-13) le CSE peut réaliser des enquêtes internes.

Toutes les enquêtes sont effectuées par une délégation comprenant au moins l'employeur, ou un représentant qu'il aura désigné et un membre élu du CSE (C. trav., art. R. 2312-2).

L'enquête menée par la Direction et les élus :

L'employeur est tenu en cas d'alerte pour danger grave et imminent, directement ou par l'intermédiaire de son représentant, de procéder sur le champ à une enquête avec le représentant du personnel au CSE qui lui a signalé le danger, et de prendre les dispositions nécessaires pour y remédier (C. trav., art. L. 4132-2).

L'enquête menée par un avocat :

L'article 6.2 du RIN prévoit que « L'avocat est le mandataire naturel de son client, tant en matière de conseil, de rédaction d'actes, que de contentieux (...) ». C'est, en partie, sur ce fondement que le Conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Paris a, par une délibération du 8 mars 2016, considéré que l'enquête interne entraine dans le champ professionnel de l'avocat. Le Conseil de l'Ordre a ensuite voté, au cours de la séance du 13 septembre 2016, la création du Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne. Cette délibération de 2016 a été amendée en 2019.

Le CNB de son côté a rédigé en juin 2020 un guide de l'avocat enquêteur.

L'enquête menée par un cabinet de RPS :

L'employeur peut faire appel à un cabinet spécialisé qui pourra mener une enquête.

Pour la Cour de cassation, « l'enquête confiée par l'employeur à un organisme extérieur » n'en est pas moins une enquête effectuée « au sein d'une entreprise », c'est-à-dire une enquête interne. Or, qu'elle soit directement diligentée par l'employeur ou confiée par lui à un prestataire externe, elle obéit à un régime identique et peut ainsi débiter sans information préalable du salarié concerné. (Cass. soc. 17 mars 2021, no 18-25.597 P + B + I).

L'enquête menée par l'inspection du travail :

Lorsque les agents de contrôle de l'inspection du travail sont saisis par des salariés d'une plainte pour des faits de harcèlement sexuel ou moral, ils peuvent être amenés à réaliser une enquête dans l'entreprise (Circulaire DGT n° 2012-14 du 12 novembre 2012 relative au harcèlement).

Base textuelle / jurisprudence

Un membre de la direction ou le DRH seul :

Pour l'employeur → Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-70.902.

Pour le référent harcèlement désigné par l'employeur → article L. 1153-5-1 du Code du travail.

Les élus :

Pour le référent harcèlement désigné par le CSE → article L. 2314-1 du Code du travail.

Par les membres du CSE en matière d'AT/MP → articles L 2312-5, al. 2 et L. 2312-13 du Code du travail.

L'enquête menée par la direction et les élus :

En cas d'alerte pour danger grave et imminent → article L. 4132-2 du Code du travail.

Par un cabinet de RPS :

Cass. soc. 17 mars 2021, no 18-25.597

Par un avocat : Une délibération du 8 mars 2016 du Conseil de l'Ordre des Avocats de Paris amendée, l'article 6.2 alinéa 5 du RIN (activité d'expertise), les 6.1 et 6.2 alinéa 2 du RIN, (activité d'assistance et de conseil), le guide du CNB.

Par l'inspection du travail : Circulaire DGT no 2012-14 du 12 novembre 2012

Règles

Un échange constructif et égalitaire

L'article 4.2 de l'ANI du 26 mars 2010 sur le harcèlement et la violence au travail stipule que « *toutes les parties impliquées doivent bénéficier d'une écoute impartiale et d'un traitement équitable* »

Une enquête proportionnée, justifiée et respectueuse de la vie privée du salarié

Lorsqu'un employeur diligente une enquête interne visant un salarié à propos de faits, venus à sa connaissance, mettant en cause ce salarié, 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. (CE 4 mars 2020, n°418640)

Enquête harcèlement

Faut-il informer l'harceleur présumé de la mise en œuvre d'une enquête ?

- En principe : le Code du travail prohibe la collecte d'informations concernant personnellement un salarié par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance (C. trav. Art. L1222-4)
- Exception : N'est pas déloyale la preuve obtenue au moyen d'une enquête confiée par l'employeur à une entreprise spécialisée en prévention des risques psychosociaux à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral, même si le salarié mis en cause n'en a pas été informé ni n'a été entendu dans le cadre de cette enquête (Cass. soc. 17 mars 2021, no 18-25.597 P + B + I en attente de l'arrêt de renvoi).

Une enquête interne concluant à l'inexistence d'un harcèlement moral ne lie pas le juge (Cass. crim., 8 juin 2010, no 10-80.570). Le recours à un juge apparaît en conséquence toujours possible pour la victime de harcèlement, quelle que soit la conclusion de l'enquête interne.

Recommandations pratiques

En ce qui concerne la procédure d'enquête interne, le processus doit être clair et précis. Aussi, il apparaît nécessaire de négocier/discuter en amont pour avoir un processus bien défini.

De plus en plus d'entreprises ont mis en place un dispositif d'enquêtes internes auquel il convient de se référer afin de tenir compte du cadre conventionnel existant et des droits garantis aux salariés dans ce cadre.

En tout état de cause, il faut veiller en tant qu'avocat au respect du contradictoire pendant l'enquête, de l'impartialité, et du principe de proportionnalité.

V. COMMENT ENQUÊTER ?

Introduction / Problématique

La lettre de mission :

- Elle est obligatoire et préalable à toute enquête du fait de l'article 6.2 du Règlement Intérieur et de l'article 2 du Vademecum relatif à l'avocat chargé d'une enquête (Paris);
- Elle permet de définir qui est son client (Maison Mère ? Filiale ? CSE ?), le plan d'enquête, son objectif, d'identifier les parties prenantes, un calendrier et de faire valider le plan d'enquête ainsi qu'une convention d'honoraires.
- Elle doit contenir une annexe RGPD (cf. guide de la sous-traitance de la CNIL) ;
- Elle doit définir à qui l'avocat reporte, qui sera destinataire du rapport et quels sont ses interlocuteurs potentiels ;
- Elle doit indiquer une première liste des personnes qui vont être auditionnées ou des pièces qui ont/ vont être analysées ;
- Elle peut prévoir la possibilité pour les salariés d'être assistés de confrères (hors pour le mis en cause ou la victime pour qui c'est une obligation de le proposer) ;
- Elle rappelle la finalité de l'enquête et le cadre légal dans lequel elle s'inscrit ;
- Elle doit préciser si des verbatim des entretiens seront faits et si oui à qui ils seront remis ;
- Elle doit préciser si un rapport sera rendu et si ce rapport qualifiera les faits ;
- Elle doit préciser la durée de conservation des données collectées et du rapport.

Analyse de la situation :

Une fois les premières informations recueillies auprès du client sur l'objet de l'enquête, il faut dans la mesure du possible :

- Analyser les relations entre les différents protagonistes (date d'entrée dans l'entreprise, rapports hiérarchiques, relations interpersonnelles)
- Analyser la culture de l'entreprise et du secteur d'activité (population ? Références ? Événements ? Ambiance ? Particularités dues au secteur ? etc.)
- Établir une liste de questions avec les informations préalablement recueillies, exclure certains sujets qui n'entrent pas dans le champ de la lettre de mission
- Établir un ordre de passage des entretiens : entendre la personne auteure du signalement en premier et la personne visée en dernier par exemple, prévoir de les réentendre dans un second temps pour compléter les questions.

Les auditions :

Un rappel préalable des informations requises

- Préalablement à l'audition, le salarié doit être destinataire d'une note d'information sur le traitement de ses données (cf. partie RGPD-) avec remise contre décharge ; Un simple renvoi au site du cabinet pourra suffire si le salarié a déjà bénéficié au niveau de l'entreprise d'une information RGPD concernant les enquêtes internes et si le site du cabinet comporte une partie relative à ces questions (nom du DPO notamment).
- Par cette invitation (et non convocation) Il doit être informé du contenu de la mission et de son caractère non coercitif (cf. Vademecum de l'avocat – Annexe XXIV du RI du barreau de Paris)
- Il devra être informé de la protection dont il bénéficie en tant que témoin de harcèlement moral, sexuel ou de discrimination.
- Il est informé, s'il est mis en cause ou victime, qu'il peut être assisté par un avocat et doit en être informé en amont. Il doit être informé de la façon dont le compte rendu sera formalisé (verbatim / signé ou pas). Si le déroulement de l'enquête conduit à identifier au cours de celle-ci d'autres personnes susceptibles d'être mises en cause, l'avocat enquêteur devra proposer aux personnes ainsi identifiées cette possibilité d'assistance par un avocat. Il faut veiller au respect des droits de la défense et au principe du contradictoire, sans coercition et selon nos principes de loyauté, probité, conscience et humanité.
- Il doit être informé de la communication à l'employeur de ses déclarations ou de son PV d'audition s'il en est établi un. Si son PV d'audition est destiné le cas échéant à être produit en justice, il doit en être

informé, cette production étant bien évidemment soumise à son accord et nécessitant l'établissement d'une attestation conforme.

Est-il obligatoire de participer / de répondre ?

Selon le Vademecum relatif à l'avocat chargé d'une enquête interne et selon le guide du CNB, l'enquête a un caractère non coercitif, les salariés sont donc libres d'y participer ou non et seul l'employeur pourrait en tirer, le cas échéant, des conséquences disciplinaires.

Pour autant, l'avocat enquêteur n'a pas à rappeler au salarié qui refuserait d'être auditionné par lui les risques qu'il prend à ne pas le faire, car ceci serait du ressort de l'employeur dans ses rapports avec son salarié. Toute intervention autre pourrait être considérée comme une pression et serait contraire au devoir de délicatesse de l'avocat.

- L'avocat enquêteur doit simplement informer le salarié qui refuse d'être auditionné, et dont le nom figurerait sur la lettre de mission, qu'il en prend acte et que son employeur sera informé de son refus de participer à l'enquête.
- L'avocat enquêteur pourra utilement se référer au règlement intérieur (ou charte éthique ayant valeur de RI) s'il prévoit l'obligation pour les salariés de participer aux éventuelles enquêtes internes et la possibilité de sanction en cas de refus de participer. Dans ce cas l'avocat pourra indiquer au salarié auditionné que son audition entre dans le cadre de l'article correspondant.

Confidentialité et anonymat

- Parce qu'ils peuvent refuser de participer à l'enquête conduite par l'avocat enquêteur, les salariés auditionnés peuvent subordonner leur audition à la conservation de leur anonymat ou au respect de la confidentialité. Si l'avocat accepte ces conditions et après en avoir convenu avec son client dans le cadre de la lettre de mission, il devra les respecter.
- Dans l'hypothèse de l'anonymat, les faits relatés pourront être conservés et traités dès lors que la personne les ayant relatés reste non identifiable.
- Dans cette hypothèse, l'employeur ne pourra bien évidemment être destinataire d'une information portant atteinte à cet anonymat ou à cette confidentialité.
- L'auditionné pourra être informé que cet anonymat/ cette confidentialité rendra difficile l'exercice de poursuites disciplinaires à l'encontre du salarié mis en cause et que cela affaiblira la crédibilité de son témoignage, et la portée du rapport d'enquête notamment en cas de contentieux.

Faut-il établir des PV d'audition (verbatim) ?

La question d'établir des PV d'audition est majeure et se pose à l'ouverture de chaque enquête. Il n'est pas obligatoire de systématiquement établir des PV d'audition. Tout dépend des circonstances et de la pratique des avocats enquêteurs. Mais s'il n'y a pas de PV d'audition, il n'y aura pas de preuve autre que le rapport sur le fond des allégations, qui sera ainsi plus facilement critiquable. Mais le rapport peut également intégrer le contenu des auditions effectuées. Si des PV d'audition sont établis, le salarié auditionné (et /ou son avocat) peut en obtenir une copie. Il ne sera pas possible d'empêcher la circulation des PV ainsi remis, même s'il est recommandé d'en rappeler la nature confidentielle tout au moins le temps de l'enquête. Cette diffusion pourrait générer de graves conflits internes. La confidentialité demandée est censée réduire fortement l'utilisation des dits PV.

Analyse des écrits

Les comptes rendus ou PV d'audition le cas échéant, doivent être analysés au fur et à mesure du déroulé de l'enquête : ils servent de base pour comprendre la situation et poser de nouvelles questions aux prochaines auditions et surtout, ils permettent de recouper les informations déjà recueillies. La teneur des comptes -rendus/ PV peut aussi amener à souhaiter entendre de nouvelles personnes qui ne figuraient pas dans la liste initiale des personnes à auditionner.

De nouvelles problématiques/sujets peuvent être découvertes au cours des auditions, ce dont il faudra alerter immédiatement le client. Il conviendra en particulier, si ce nouveau sujet ne rentre pas dans le champ d'intervention de la lettre de mission, de redéfinir les modalités d'intervention pour traiter ces nouvelles informations.

Base textuelle / jurisprudence

Vademecum du barreau de Paris

Recommandations pratiques

Veiller à la rédaction de la lettre de mission

- Donner les informations requises aux salariés entendus
- Rappeler au mis en cause et à la victime la faculté d'être assisté d'un avocat.
- Respecter le principe du contradictoire

VI. LES RÈGLES DÉONTOLOGIQUES S'IMPOSANT AUX AVOCATS ENQUÊTEURS

Introduction / Problématique

Qu'il intervienne comme conseil (avocat de l'entreprise) ou comme expert (avocat extérieur), l'avocat reste tenu par les dispositions du Règlement Intérieur de son Barreau ce qui est **notre force et identité par rapport aux cabinets de consultants**.

Base textuelle / jurisprudence

- RI du Barreau
- RIN

Règles

Pour mémoire :

L'article 1 du RIN sur le respect des principes essentiels :

« L'avocat exerce ses fonctions avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité, dans le respect des termes de son serment.

Il respecte en outre, dans cet exercice, les principes d'honneur, de loyauté, d'égalité et de non-discrimination, de désintéressement, de confraternité, de délicatesse, de modération et de courtoisie.

Il fait preuve, à l'égard de ses clients, de compétence, de dévouement, de diligence et de prudence ».

L'article 2 de l'annexe XV du RIBP : sur la nécessité d'une convention fixant la mission :

« Il conclura avec son « client » une convention qui, outre les modalités de sa rémunération, définira l'objet de sa mission ».

L'article 3 de l'annexe XV du RIBP : sur le secret professionnel :

*« Comme en toute matière, l'avocat chargé d'une enquête interne est **tenu au secret professionnel à l'égard de son seul client – 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 son client qui demeure libre de sa transmission à un tiers ».*

Les articles 4 et 7 sur l'information sur l'absence de secret à l'égard des tiers.

« Préalablement à tout contact avec des tiers en vue de l'accomplissement de l'enquête interne, il expliquera sa mission et le caractère non coercitif de celle-ci ; il leur précisera que leurs échanges ne sont pas couverts par le secret professionnel à leur égard et que leurs propos pourront être en tout ou partie retranscrite dans son rapport ».

« Il expliquera aux personnes auditionnées et aux autres personnes contactées pour les besoins de l'enquête interne que le secret professionnel auquel il est tenu envers son client ne s'impose pas à celui-ci, de telle sorte que leurs déclarations et toute autre information recueillie pendant l'enquête pourront être utilisées par son client, ainsi que le rapport qu'il lui remettra le cas échéant ».

Enfin, l'article 8 sur l'assistance des personnes auditionnées :

*« Il indiquera à la personne auditionnée qu'elle **peut se faire assister ou conseiller par un avocat** lorsqu'il apparaîtra, avant ou pendant son audition, qu'elle puisse se voir reprocher un agissement à l'issue de l'enquête interne ».*

Recommandations pratiques

- Conserver son indépendance par rapport au client
- Rester impartial
- Respecter le principe du contradictoire

VII. ENQUÊTE ET RGPD

Introduction / Problématique

Toute enquête est soumise aux règles de protection des données personnelles dès lors que le lanceur d'alerte, la victime, la personne mise en cause, et/ou les témoins sont identifiés ou identifiables.

Les dispositions du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD) et de la Loi Informatique et Libertés doivent donc être respectées.

Les règles applicables diffèrent selon que l'on est sous-traitant ou responsable du traitement.

Est sous-traitant celui qui traite des données personnelles pour le compte, sur la base d'instructions strictement définies et sous l'autorité du responsable de traitement (en l'espèce son client).

L'avocat, du fait de l'indépendance dont il dispose, est quasiment toujours responsable des traitements lorsqu'il opère dans le cadre des enquêtes internes (position du CNB).

Certaines règles sont différentes en fonction de l'objet de l'enquête, suivant qu'elle résulte d'une obligation légale (loi Sapin II, devoir de vigilance) ou d'une décision interne à l'entreprise (Charte éthique, code de conduite, règlement intérieur). La base légale du traitement, en vertu du RGPD, sera en effet différente (obligation légale dans le premier cas, intérêt légitime du client dans le second).

Base textuelle / jurisprudence

- Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ;
- Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) ;
- Référentiel CNIL relatif aux dispositifs d'alertes professionnelles (DAP) ;
- Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union ;
- Guide CNB L'avocat et les enquêtes internes de juin 2020 ;
- Textes internes à l'entreprise : Règlement intérieur

Règles

Détermination de la finalité et la base légale applicable

Notions clés :

- **Finalité** : La finalité du traitement est l'objectif principal qui justifie l'utilisation de données personnelles. Les données doivent être collectées pour un but bien déterminé et légitime et ne doivent pas être traitées ultérieurement de façon incompatible avec cet objectif initial. Ce principe de finalité limite la manière dont le responsable de traitement peut utiliser ou réutiliser ces données dans le futur.
- **Base légale** : La base légale d'un traitement est ce qui autorise légalement sa mise en œuvre, ce qui donne le droit à un organisme de traiter des données à caractère personnel. On peut également parler de « fondement juridique » ou de « base juridique » du traitement. Six bases légales sont prévues par l'article 5 du RGPD :
 - le consentement ;
 - le contrat ;
 - l'obligation légale ;
 - la sauvegarde des intérêts vitaux ;
 - l'intérêt public ;

- les intérêts légitimes.

Pour chaque traitement de données mis en œuvre, il convient d'en identifier la finalité. Cela permet de déterminer les données qu'il est nécessaire de collecter pour les besoins de ladite finalité et leur durée de conservation. La finalité ou le but poursuivi par l'enquête interne peut être de vérifier le respect par les salariés de leurs obligations contractuelles et des règles de discipline applicables dans l'entreprise, ou encore de vérifier des allégations de commission d'une infraction au sein de la société.

Une fois la finalité identifiée, il convient de déterminer la base légale applicable au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de l'investigation.

D'une manière générale, dès lors que l'enquête est mise en place à la suite d'une alerte reçue via un dispositif d'alerte obligatoire, la base légale sera l'obligation légale. Il en va de même quand l'investigation est entreprise au titre de l'obligation générale de sécurité qui pèse sur l'employeur.

Quand le traitement est mis en place hors obligation légale, l'intérêt légitime de l'employeur sera souvent la base légale la plus appropriée à condition de s'assurer que le traitement ne crée pas de déséquilibre au détriment des droits et intérêts des personnes dont les données sont traitées. Cette base légale pourra être utilement envisagée en cas d'une investigation pour fraude.

Nécessité de la conduite d'une analyse d'impact

Notion clé :

- **Analyse d'impact** : Une analyse d'impact sur la protection des données est une étude qui doit être menée lorsqu'un traitement de données personnelles est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées. Elle se décompose en trois parties :
 - Une description détaillée du traitement mis en œuvre, comprenant tant les aspects techniques qu'opérationnels ;
 - L'évaluation, de nature plus juridique, de la nécessité et de la proportionnalité concernant les principes et droits fondamentaux (finalité, données et durées de conservation, information et droits des personnes, etc.) non négociables, qui sont fixés par la loi et doivent être respectés, quels que soient les risques ;
 - L'étude, de nature plus technique, des risques sur la sécurité des données (confidentialité, intégrité et disponibilité) ainsi que leurs impacts potentiels sur la vie privée, qui permet de déterminer les mesures techniques et organisationnelles nécessaires pour protéger les données.

Une analyse d'impact (AIPD) préalable est nécessaire pour le traitement des données en lien avec les enquêtes internes (Délibération n° 2018-327 du 11 octobre 2018 portant adoption de la liste des types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise).

La CNIL a néanmoins précisé que l'avocat exerçant à titre individuel n'est pas tenu de conduire des analyses d'impact sur la protection des données pour les traitements mis en œuvre dans le cadre de son activité (Délibération n° 2019-118 du 12 septembre 2019 portant adoption de la liste des types d'opérations de traitement pour lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données n'est pas requise).

Le client devra néanmoins mener une telle analyse d'impact lorsqu'il est lui-même responsable de traitement, lorsque les informations ou rapports qu'il reçoit de l'avocat durant ou à l'issue de l'enquête contiennent des données personnelles.

Une seule AIPD peut être faite par type de traitement.

Mais elle sera différente suivant la nature de la faute recherchée (harcèlement moral, sexuel, discrimination), les risques sur la vie privée étant différents selon l'hypothèse concernée.

La CNIL propose des outils méthodologiques sur son site.

L'enquête

L'information des personnes

- **Informations**

Outre les éventuelles informations et consultations auprès des instances représentatives du personnel, selon la CNIL, une information générale doit être fournie par l'entreprise à tous les salariés avant le déploiement du dispositif d'alerte et préalablement à toute fourniture de données de leur part.

- **Informations collectées directement auprès du lanceur d'alerte et/ou des témoins**

La personne concernée par le traitement de ses données doit être informée du traitement qui en sera fait et les informations visées par l'article 13 du RGPD doivent lui être fournies notamment la finalité du traitement et sa base légale (obligation légale, intérêt légitime), les destinataires des données et ses droits à moins qu'il n'ait déjà cette information, et ce au moment de la collecte.

Cette information devrait figurer dans la notice de protection des données remise aux salariés pour les informer de comment leurs données sont traitées par leur employeur : si le traitement de leurs données dans le cadre d'une enquête interne ne figure pas dans cette notice, il convient de leur fournir cette information lors du premier entretien (dans le cas où les données ne sont collectées qu'au cours de l'entretien et non en amont) ou sur la plateforme qui est utilisée pour recueillir les alertes.

Il convient de s'assurer que cette information a bien été communiquée aux personnes concernées en amont de la collecte de leurs témoignages.

Dès lors que l'avocat agit comme responsable de traitement (et non pas comme sous-traitant), il convient également de respecter l'article 13 RGPD.

- **Informations collectées indirectement sur des tiers**

En cas de collecte indirecte de données (lorsque la collecte n'est pas effectuée directement auprès de la personne concernée), l'article 14 RGPD dispose que le responsable de traitement lui communique un certain nombre d'informations concernant la collecte et le traitement de ses données.

Le RGPD prévoit néanmoins que cette information qui doit être donnée dans le délai d'un mois de la collecte indirecte des données peut être reportée si elle est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement. En pareil cas, le responsable du traitement prend des mesures appropriées pour protéger les droits et libertés ainsi que les intérêts légitimes de la personne concernée, y compris en rendant les informations publiquement disponibles.

Le référentiel CNIL en matière de dispositif d'alerte professionnelle (DAP) indique que « *Tel est le cas lorsque la divulgation de ces informations à la personne visée compromettrait gravement les nécessités de l'enquête, par exemple en présence d'un risque de destruction de preuves. L'information doit alors être délivrée aussitôt le risque écarté. Cette information est réalisée selon des modalités permettant de s'assurer de sa bonne délivrance à la personne concernée. Elle ne contient pas d'informations relatives à l'identité de l'émetteur de l'alerte ni à celle des tiers. Toutefois, lorsqu'une sanction disciplinaire ou une procédure contentieuse est engagée suite à l'alerte à l'égard de la personne visée, celle-ci peut obtenir la communication de ces éléments en vertu des règles de droit commun (droits de la défense notamment).* »

Toutefois en droit disciplinaire, les éléments collectés n'ont pas à être communiqués au cours de la procédure disciplinaire et le salarié convoqué dans le cadre de cette procédure ne peut reprocher à l'employeur de ne pas avoir été informé du contenu et du déroulement de l'enquête.

Le secret professionnel permet enfin à l'avocat de se dispenser de cette obligation d'information pour les données collectées indirectement et devant rester confidentielles en vertu de ce secret professionnel. Telle est la position du CNB.

- **Informations collectées**

Seules les informations pertinentes et nécessaires au regard des finalités du traitement sont collectées et/ou conservées dans le dispositif d'alertes. La CNIL décrit plus précisément les catégories de données concernées aux différents stades du traitement de l'alerte au sein de son référentiel.

Confidentialité et anonymat

Les parties concernées ne pouvant être obligées de participer à l'enquête peuvent, de fait, subordonner leur participation à la conservation de leur anonymat et /ou demander que leurs propos restent confidentiels. Il est recommandé que le responsable de traitement n'incite pas les personnes ayant vocation à utiliser le dispositif à le faire de manière anonyme. En pratique, il convient d'éviter d'indiquer qu'une alerte peut être donnée anonymement.

Si la personne souhaite rester anonyme, elle doit être informée que cet anonymat affecte la portée de leur audition voire leur crédibilité, empêchera une éventuelle prise de sanction par l'employeur à l'encontre de la partie mise en cause et fera perdre toute efficacité à l'enquête.

Mais l'avocat enquêteur reste bien évidemment tenu de respecter l'anonymat des personnes entendues ou la confidentialité des propos retenus s'ils sont demandés.

Transfert de données hors UE (cf. Guide CNB)

- **Droits des personnes concernées par le traitement**

Les personnes concernées par des traitements de données personnelles disposent de droits leur permettant de garder la maîtrise des informations les concernant. Le responsable de traitement doit expliquer aux personnes concernées la procédure (où, comment et à qui s'adresser ?) permettant de les exercer concrètement. Le responsable de traitement dispose d'un délai d'un mois pour répondre aux demandes d'exercices de droits par les personnes concernées (un délai augmenté de deux mois en cas de demandes complexes et nombreuses, et sous réserve de justifications).

- **Droit d'accès**

Le droit d'accès est prévu par l'article 15 du RGPD : La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement, la confirmation que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées, et, lorsqu'elles le sont, l'accès aux dites données à caractère personnel.

La personne concernée a également le droit d'obtenir du responsable de traitement les informations visées à l'article 15 du RGPD.

L'exercice de ce droit d'accès ne doit pas permettre à la personne qui l'exerce d'accéder aux données à caractère personnel relatives à d'autres personnes physiques.

Par ailleurs, la demande ne peut porter atteinte aux droits et libertés d'autrui.

Le secret professionnel devrait pouvoir être opposé (cf. position du CNB).

À ce jour, ni la CNIL, ni l'Ordre des Avocats de Paris, ni le CNB ne se sont positionnés sur les documents ouverts au droit d'accès.

Nous estimons que les notes de l'avocat et le rapport destiné au client sont couverts par le secret professionnel. Sous réserve d'une position ultérieure contraire de la CNIL, du CNB ou de l'Ordre dont l'avocat dépend, l'avocat expert n'est donc pas tenu de communiquer à des tiers, autres que son client, ce rapport.

Quant aux verbatim, le salarié auditionné est destinataire de son propre verbatim s'il l'a signé (c'est la différence entre les notes de l'avocat et le verbatim).

La personne mise en cause ne peut avoir accès aux verbatim des autres personnes entendues, même si les données collectées le concernent sauf de manière anonymisée et sous réserve que la personne auditionnée ne soit pas identifiable.

Ainsi le verbatim ne peut être communiqué dans le cadre du droit d'accès de la personne mise en cause que caviardé et anonymisé et à la condition que le témoin ne soit pas identifiable, ce qui, en réalité, rend la communication sans intérêt pratique.

- ***Droit d'opposition***

Toute personne a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, au traitement de ses données, sauf si celui-ci répond à une obligation légale.

Conformément à l'article 21 du RGPD, le droit d'opposition ne peut pas être exercé pour les traitements nécessaires au respect d'une obligation légale. Il ne peut donc pas être exercé à l'égard des traitements mis en place par des sociétés remplissant les conditions des articles 8 et/ou 17 de la loi « Sapin II » ou encore celles de la partie I-4 de l'article L. 225-102-4 du Code de commerce.

Dans le cadre d'une enquête sortant de ce cadre légal, et pour laquelle existe un traitement de données, reposant sur l'intérêt légitime du responsable de traitement, les personnes concernées devront être informées de l'existence de leur droit d'opposition et le responsable du traitement doit veiller à en assurer le respect, et ce dans un délai maximum d'un mois. Toutefois, la personne qui exerce son droit d'opposition doit caractériser l'existence de « raisons tenant à sa situation particulière ». En cas d'opposition, le responsable du traitement ne traite plus les données à caractère personnel, à moins qu'il ne démontre qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice.

C'est donc sur la base de cette argumentation qu'il peut être fait obstacle au droit d'opposition. S'agissant des faits susceptibles de faire l'objet d'un signalement, ils sont par leur nature même liés à la constatation, l'exercice et la défense des droits en justice. Par conséquent, le droit d'opposition des personnes concernées pourrait être limité, sous réserve d'une démonstration circonstanciée de l'employeur.

- ***Droit de rectification***

Le droit de rectification des données personnelles, prévu à l'article 16 du RGPD, doit s'apprécier au regard de la finalité du traitement. Dans le cas des dispositifs d'alerte professionnelle, la CNIL indique qu'« il ne doit notamment pas permettre la modification rétroactive des éléments contenus dans l'alerte ou collectées lors de son instruction. Son exercice, lorsqu'il est admis, ne doit pas aboutir à l'impossibilité de reconstitution de la chronologie des éventuelles modifications d'éléments importants de l'enquête. Aussi ce droit ne peut-il être exercé que pour rectifier les données factuelles, dont l'exactitude matérielle peut être vérifiée par le responsable du traitement à l'appui d'éléments probants, et ce sans que soient effacées ou remplacées les données, même erronées, collectées initialement. »

Les mêmes règles devraient pouvoir s'appliquer aux enquêtes internes.

- ***Droit à l'effacement***

Le droit à l'effacement est exercé dans les conditions prévues par l'article 17 du RGPD.

Notamment, il ne s'applique pas lorsque le traitement est nécessaire à la constatation, l'exercice ou à la défense de droits en justice.

- ***Droit à la limitation du traitement***

La personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la limitation du traitement, c'est-à-dire le droit de demander de geler temporairement l'utilisation de certaines de ses données. Lorsque l'un des éléments suivants s'applique :

- L'exactitude des données à caractère personnel est contestée par la personne concernée, pendant une durée permettant au responsable du traitement de vérifier l'exactitude des données à caractère personnel ;
- Le responsable du traitement n'a plus besoin des données à caractère personnel aux fins du traitement, mais celles-ci sont encore nécessaires à la personne concernée pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice ;

Lorsque le traitement a été limité en vertu du paragraphe 1, ces données à caractère personnel ne peuvent, à l'exception de la conservation, être traitées qu'avec le consentement de la personne concernée, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice, ou pour la protection des droits d'une autre personne physique ou morale, ou encore pour des motifs importants d'intérêt public de l'Union ou d'un État membre. Une personne concernée qui a obtenu la limitation du traitement est informée par le responsable du traitement avant que la limitation du traitement ne soit levée.

Conservation des données, anonymisation

Principe : Conformément à l'article 5-1-e) du RGPD, les données à caractère personnel ne doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes que le temps strictement nécessaire à la réalisation des finalités poursuivies. C'est donc au regard de la finalité que la durée de conservation sera déterminée.

La CNIL préconise différentes durées de conservation en fonction des différentes finalités de traitement en cas de DAP, notamment en fonction de l'existence ou non d'une procédure disciplinaire ou contentieuse :

Si aucune suite n'est donnée à l'enquête, les données doivent être détruites dans les 2 mois de la fin de l'enquête. (NDR : la conservation de données anonymisées est toujours possible, mais le caractère effectif de l'anonymisation des données est très difficile à apprécier (voir Avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation de l'ancien Groupe 29)).

Lorsqu'une procédure disciplinaire est engagée et qu'elle a abouti à une sanction, les données relatives à l'enquête seront conservées jusqu'au terme de la procédure ou prescription des recours à l'encontre de la décision.

Elles seront ensuite archivées de façon anonymisée ou détruites.

Mais l'avocat enquêteur n'est pas l'employeur et n'est pas nécessairement informé de l'existence de ces procédures disciplinaires et contentieuses ni concerné par celle-ci.

La finalité de sa mission est de mener son enquête et le plus souvent de rédiger un rapport.

On peut estimer que sa mission terminée, il n'a plus à conserver ces données sauf pour faire face à une éventuelle mise en cause de sa responsabilité professionnelle voire de sa responsabilité pénale ou quasi-délictuelle en cas de contestation par un tiers notamment de la qualification donnée aux faits.

Un archivage intermédiaire (c'est-à-dire, un archivage dans une base de données à accès restreint, au sein de laquelle les données peuvent être consultées de manière ponctuelle et motivée par des personnes spécifiquement habilitées) pendant la durée de la prescription afférente à la responsabilité professionnelle de l'avocat est donc souhaitable/ (5 ans à partir du moment où le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer).

La lettre de mission pourra prévoir que le délai de mise en cause de la responsabilité contractuelle de l'avocat courra à compter de la remise dudit rapport.

S'agissant d'un problème de responsabilité, l'avocat enquêteur / son cabinet doit se rapprocher de sa compagnie d'assurance pour vérifier la durée de conservation nécessaire pour faire face à d'éventuels problèmes de responsabilité professionnelle.

Conclusion : Ce sujet devra être adressé avec les interlocuteurs données personnelles du client, la CNIL étant également un partenaire important sur ces sujets.

Recommandations pratiques

- Identifier les interlocuteurs auxquels l'avocat peut s'adresser pour pouvoir mener l'enquête efficacement tout en respectant ses obligations en matière de secret professionnel ;
- Assurer le caractère confidentiel de l'enquête, notamment en le soulignant auprès des personnes interrogées lors des échanges ou entretiens ;
- Identifier avec attention la base légale du traitement, pour connaître les règles applicables notamment concernant l'exercice des droits des personnes concernées ;
- Se coordonner avec le client pour la fourniture des informations requises par le RGPD aux personnes concernées, et s'assurer qu'elles précisent que l'avocat est une des personnes susceptibles d'être destinataires ou de collecter les données ;
- Ne reproduire, parmi les informations communiquées par les personnes concernées ou les documents communiqués par le client, que les informations pertinentes sur ces personnes, les faits en cause et les éléments nécessaires à la conduite de l'enquête, pour respecter le principe de minimisation des données ;
- Assurer un niveau de sécurité adaptée pour les données collectées et les documents préparés sur cette base, en particulier lors des échanges avec le client (par exemple, envoi du rapport), dès lors qu'ils sont susceptibles d'inclure des données personnelles relatives à des infractions (outre le respect du secret professionnel).
- Se rapprocher de sa compagnie d'assurance pour vérifier la durée de conservation des données nécessaire pour faire face à sa responsabilité professionnelle

VIII. LE RAPPORT D'ENQUÊTE

Introduction / Problématique

Le rapport est remis par l'avocat enquêteur au seul mandant ou aux personnes physiques qui auront été expressément désignées dans la lettre de mission comme destinataires.

S'il est soumis à la confidentialité dans les rapports avocat/ client, il pourra dans un deuxième temps être utilisé par le mandant comme bon lui semble et donc être produit le cas échéant en justice.

Il doit donc être suffisamment complet pour pouvoir avoir une force probante et il convient d'être très vigilant dans sa rédaction.

Recommandations

La rédaction du rapport, conclusions, qualification et recommandations.

Le rapport doit comporter à notre sens a minima les parties suivantes :

- Une introduction avec un rappel des règles de l'enquête et de la lettre de mission, les conditions de la saisine de l'enquêteur (auteur du signalement et personne ayant saisi l'avocat) et du périmètre de l'enquête.
- Il faut également poser une problématique : quel est le but de l'enquête et qu'est-ce que l'on cherche à établir. Il faut également à ce stade préciser si l'objet de l'enquête est de qualifier les faits ou non.
- La liste des personnes entendues.
- Lorsque cela est pertinent, une chronologie des faits est utile, car elle permet d'avoir une vision globale sur la situation.
- Une description des principaux protagonistes et de l'entreprise/ du secteur d'activité (auteur du signalement et personne contre qui les allégations sont faites) et leurs relations interpersonnelles lorsque cela est pertinent (en particulier dans les cas de harcèlement).
- Un exposé de la version des protagonistes (auteur et personne désignée) : il s'agit de reprendre ce que ceux-ci ont dit au cours de leur audition de la manière la plus objective possible sans interpréter ni confronter leur récit avec les autres auditions.
- Une analyse des faits : il s'agit à ce moment de confronter le discours de toutes les personnes entendues et de mettre en balance leur point de vue. Il n'est pas conseillé de citer individuellement le point de vue de chaque personne entendue individuellement, mais plutôt de regrouper les différentes tendances qui se dégagent à l'issue des entretiens (ex : « la majorité des personnes entendues estiment que [...] alors que les autres estiment que [...] », ou « toutes les personnes entendues ont fait part de [...] ». Au contraire, il est conseillé de rédiger le rapport par thématique en fonction des sujets abordés plutôt que par personne entendue. La difficulté est de ne pas interpréter ou sur-interpréter les dires des participants à l'enquête.

Il faut que chaque mot soit pesé afin de rester le plus objectif possible et puisse être vérifié avec les comptes-rendus des auditions qui seront, le cas échéant, au rapport.

- Une conclusion répondant à la problématique initiale : S'il était demandé de qualifier les faits, c'est à ce moment qu'il faut le faire. Néanmoins, il convient de rester mesuré dans la qualification des faits et de ne pas avoir de position trop tranchée, car c'est le rôle du juge et non celui de l'avocat enquêteur. En effet, la qualification des faits est un exercice délicat en ce qu'elle ne relève en principe pas du rôle de l'avocat. Néanmoins, l'avocat doit être en mesure d'évaluer le risque et d'analyser le risque que les faits, objet de l'enquête, tombent sous le coup d'une qualification juridique.

Par exemple, la conclusion pourrait être formulée de la façon suivante : « au regard des éléments recueillis, nous estimons que les faits exposés pourraient être qualifiés / seraient susceptibles d'être qualifiés de harcèlement moral de notre point de vue ».

- Suivant les conclusions de l'enquête, des recommandations pratiques peuvent être parallèlement proposées, en particulier lorsque les conclusions de l'enquête attestent que le signalement avait bien une base factuelle avérée et vérifiée. Les recommandations doivent donc éviter que le risque identifié ne se produise de nouveau.

Les recommandations peuvent donc être très variées : il peut s'agir de mettre en place des procédures d'alerte, de modifier le document unique d'évaluation des risques, de proposer des formations aux managers, etc.

La remise du rapport

Une fois finalisé, le rapport sera transmis au client. Cela suppose que le client ait été préalablement identifié. L'avocat ne doit le transmettre qu'à son client, qui décidera par la suite si d'autres personnes peuvent en être destinataires (tels que le service juridique ou les ressources humaines). Nous recommandons de conseiller à son client de ne transmettre le rapport qu'à quelques personnes afin de préserver la confidentialité de l'enquête et la vie privée des personnes concernées.

En particulier, nous recommandons de ne pas transmettre le rapport aux participants à l'enquête. Une communication pourra toutefois leur être faite, ce qui est une bonne pratique à adopter et permet de les rassurer sur l'issue de l'enquête.

Il est possible de scinder le travail en deux parties, un rapport et une consultation juridique indépendante du rapport.

Selon ce qui aura été déterminé dans la lettre d'engagement, les comptes rendus d'enquête pourront ou non être annexés au rapport. Si ce n'est pas le cas, ils seront conservés en séquestre au sein du cabinet de l'avocat enquêteur, sauf demande expresse du client.

En pratique, les personnes auditionnées risquent d'être beaucoup plus mesurées dans leur propos si elles savent que leur employeur aura accès aux comptes-rendus, ce qui peut biaiser l'enquête et conduire à passer sous silence des faits importants. D'un autre côté, annexer les comptes-rendus permet de crédibiliser le contenu du rapport et de responsabiliser les personnes entendues. En cas de contentieux, un rapport avec des comptes-rendus annexés sera pris en compte de manière plus sérieuse par les juges et pourra servir de mode de preuve pour étayer une argumentation et un jugement.

Une fois une première version du rapport transmise au client, celui-ci aura des questions et il y aura probablement quelques allers et retours avant de parvenir à une version finalisée.

En particulier, le client pourra demander des précisions sur certains passages, d'où l'intérêt d'être en mesure de justifier que ce qui est écrit est appuyé par les auditions des différentes personnes.

Au cours de ces échanges avec le client, il faut toujours veiller à rester indépendant vis-à-vis de son client et ne pas trahir la substance du rapport avec des modifications qui ne refléteraient pas la réalité de l'enquête menée. En effet, le client peut vouloir que certains passages soient modifiés ou au contraire, supprimer certaines sections. Il faut toujours veiller à ce que les propositions du client n'interfèrent pas avec l'indépendance de l'avocat qui doit garder la main sur le rapport.

IX. LES SUITES DE L'ENQUÊTE

Introduction / Problématique

Les salariés ont été auditionnés et le rapport a été remis au client.

Si le client sanctionne la personne mise en cause et notamment la licencié, cette sanction pourra bien évidemment être contestée devant le Conseil de Prud'hommes.

L'avocat enquêteur ne peut pas être l'avocat plaideur et utiliser le rapport qu'il a lui-même rédigé.

Mais ce rapport pourra être produit en justice.

La question se pose de l'utilisation par le client des comptes rendus d'entretien des salariés auditionnés, dans le contentieux.

La réponse est en fait assez simple. Tout dépendra tout d'abord du contenu de la lettre de mission établie par l'avocat enquêteur.

Ainsi que précédemment exposé, elle doit préciser si des verbatim des entretiens seront établis et dans l'affirmative à qui ils seront remis. (cf V Comment Enquêter ; la lettre de mission)

Il peut donc très bien y avoir une enquête, sans que les verbatim soient remis au mandant ou sans que des verbatim soient établis.

Ceci correspond à la pratique de certains confrères. (cf V Comment enquêter : Faut-il établir des PV d'audition ?)

Dans cette hypothèse, la question de leur utilisation en justice ne se posera donc pas puisqu'ils n'existeront pas ou ne seront jamais remis au client.

Si la lettre de mission prévoit que les verbatim seront remis au client, la question se pose de savoir comment pouvoir utiliser des témoignages donnés à l'avocat enquêteur à titre confidentiel.

La réponse est simple, si un témoin souhaite conserver la confidentialité ou l'anonymat, l'avocat enquêteur doit la respecter (cf V confidentialité et anonymat)

Il ne remettra donc pas de verbatim au client et ne pourra citer le témoignage dans son rapport que de façon anonyme en prenant la précaution que le témoin ne soit pas identifiable. Ce témoignage perdra toute valeur probante.

Comme indiqué précédemment, le salarié doit être informé en amont de l'enquête de l'utilisation qui sera faite de son audition (verbatim ou pas, transmission au client, production en justice)

Si des verbatim ont été établis mais sans que le salarié ait été informé avant son audition par l'avocat enquêteur de leur production possible en justice, ils ne pourront être produits dans le cadre d'un contentieux sans accord de sa part, ce qui supposera la rédaction d'une attestation ad hoc pour renforcer sa valeur probante.

Mais demander aux collaborateurs d'indiquer, dans une attestation, qu'ils réitèrent la déclaration qu'ils ont faite lors de l'enquête et autorisent l'employeur à la produire en justice présente le risque que peu de salariés acceptent ce soudain revirement de situation.

Si les verbatim ont été intégrés dans le rapport ou y figurent en annexe et que le salarié en a été informé en amont ainsi que de la production potentielle de ce rapport en justice, l'employeur n'aura pas à solliciter son accord.

Enfin si des PV d'audition ont été établis lors de l'enquête, il n'y aura bien évidemment plus de difficulté pour les produire en justice. Cependant, avertir les participants à l'enquête que leur déclaration pourra être produite en justice peut conduire les témoins à édulcorer leur propos.

L'employeur et donc l'avocat plaident pourra toujours demander, au stade du BCO, à ce que le CPH ordonne la production des PV d'enquête. Ceci risque néanmoins de rompre la confiance avec les salariés et d'entraîner des plaintes sur le fondement de la méconnaissance des règles sur le RGPD contre l'employeur et l'avocat enquêteur s'il n'a pas respecté son obligation d'information en amont.

Recommandations

Le rapport doit être remis par l'avocat enquêteur à l'employeur, **et seulement à l'employeur**, étant toutefois souligné que les personnes intéressées peuvent toujours solliciter, par voie de requête au président du tribunal judiciaire ou d'une ordonnance de référé (au visa de l'article 145 du CPC), une copie du rapport et de l'intégralité des documents de l'enquête.

Sur un plan disciplinaire, soit le rapport conclut à l'existence d'un harcèlement moral par exemple, et il appartient à l'employeur d'en tirer les conséquences (en règle générale, le droit positif fait partir le délai de deux mois – L 1332-4 - à compter du dépôt du rapport), soit l'enquête blanchit la personne visée par le signalement, et aucune poursuite ne peut être engagée, même contre l'auteur du signalement, sauf mauvaise foi.

Sur un plan judiciaire, le rapport d'enquête est une pièce comme une autre qui ne peut être, a priori, écartée par le juge. Toutefois, comme une évidence, le rapport ne s'impose pas au juge.

L'avocat enquêteur ne peut pas plaider contre les personnes qu'il aura auditionnées et devra en informer en amont son client dans le cadre de la lettre de mission. Il ne pourra pas plaider sur le dossier sur lequel il aura enquêté.

Attention, le mécanisme probatoire du harcèlement moral prévu par les articles L 1154-1 ne s'applique pas à l'auteur des faits.

Le considérable développement des enquêtes internes en Droit social ne peut que nous inciter à être plus présents dans ce domaine.

Si nous utilisons les enquêtes dans notre pratique contentieuse, peu nombreux sont ceux qui savent qu'en tant qu'avocat nous sommes habilités à les mener et encore moins nombreux ceux qui les pratiquent.

Notre qualité d'avocat nous donne des compétences et des avantages particuliers par rapport aux autres praticiens : une connaissance immédiate des évolutions législatives et jurisprudentielles, une capacité à les analyser juridiquement et enfin et surtout la garantie pour nos mandants du respect de nos règles déontologiques sous le contrôle de notre Ordre.

Enfin le partage de nos expériences au sein d'AvoSial renforce notre capacité à gérer au mieux ces enquêtes.

Soyons donc présents dans ce domaine passionnant et en constante évolution.

Nous sommes à l'écoute de toute remontée de questions pratiques que vous pourriez rencontrer, ce Vademecum étant amené à évoluer grâce à un travail collaboratif riche d'enseignements.

Nous remercions vivement nos confrères qui ont activement participé aux réflexions sur les enquêtes : Marie-Hélène Bensadoun, Sarah Bailey, Dominique Besse, Béatrice Bruges Reix, Pierre Bregou, Benoit Cazin, Emmanuel Daoud, Amélie d'Heilly, Aurélie Fournier, Elisabeth Laherre, Myrtille Lapuelle, Claire Le Touzé, Nathalie Leroy, Philippe Lucet, Nadège Mercier-Sermet, Stéphane de Navacelle, Valentin Pons, Nicolas de Sevin, François Vergne.

Mars 2022
