

BULLETIN MARS 2024

## Enquêtes internes : le Tribunal fédéral précise les devoirs des employeurs

### I. INTRODUCTION

Dans un arrêt du 19 janvier 2024 (4A\_368/2023), le Tribunal fédéral précise les obligations imposées à l'employeur lorsqu'il mène une enquête interne au sein de l'entreprise. Contrairement à ce qu'il avait laissé entendre dans un précédent arrêt (4A\_694/2015), l'employeur n'est pas tenu de respecter les garanties de la procédure pénale lors de la conduite d'enquêtes internes.

### II. L'ARRÊT DU TRIBUNAL FÉDÉRAL 4A\_368/2023

#### a. Les faits

En août 2018, suite à des soupçons de harcèlement sexuel émis par une employée de banque à l'encontre d'un de ses collègues, la direction décide d'ouvrir une enquête interne.

Au cours de cette enquête, l'employé soupçonné est auditionné par la banque employeuse. Il n'est toutefois pas informé à l'avance du motif de son audition, ce qui le prive de la possibilité de se faire accompagner par une personne de confiance, un droit pourtant prévu par une directive interne de la banque. Suite à son audition, l'employé se voit remettre le procès-verbal de l'entretien pour révision.

A l'issue de l'enquête interne, la banque arrive à la conclusion que les déclarations de l'employé soupçonné sont peu crédibles et contredisent les témoignages des autres employés.

La banque décide ainsi de résilier le contrat de travail de l'employé, tout en respectant son délai de préavis. En réponse, l'employé conteste son licenciement et réclame une indemnité pour licenciement abusif. Sa demande est rejetée en première instance, mais admise en appel à hauteur de CHF 70'000, équivalant à trois mois et demi de salaire.

L'affaire est portée devant le Tribunal fédéral qui est amené à clarifier les obligations de l'employeur lors de la conduite d'une enquête interne.

#### b. Le raisonnement juridique du Tribunal fédéral

##### (i) L'inapplicabilité des garanties pénales

L'employé se prévaut de l'arrêt 4A\_694/2015 du 4 mai 2016 dans lequel le Tribunal fédéral avait suggéré qu'en cas de soupçons, l'employeur devait procéder à une enquête complète, menée dans le respect de garanties équivalentes à celle d'une instruction pénale, telles que les possibilités de préparer sa défense, de se faire assister d'un conseil ou encore de participer à l'administration des preuves.

Le Tribunal fédéral revient sur cette jurisprudence. Il souligne que les enjeux et les buts du droit pénal et du droit privé sont fondamentalement différents, de sorte qu'il n'est pas justifié d'imposer à un employeur de mettre en œuvre les garanties découlant de la procédure pénale. L'employeur est uniquement tenu, en vertu de son devoir général de protection (art. 328 CO),

de clarifier les soupçons portés à l'égard d'un travailleur avant de prononcer son licenciement.

Le Tribunal fédéral souligne ainsi les points suivants :

- Il n'est pas nécessaire de prévenir l'employé à l'avance du motif de l'entretien d'enquête.
- Le fait que l'employé n'ait pas eu la possibilité de se faire accompagner par une personne de confiance, en violation des directives internes, ne constitue pas un vice suffisamment grave pour rendre le licenciement abusif.
- Une description dans les grandes lignes des faits reprochés satisfait à l'obligation d'information de l'employeur.
- L'employé accusé n'a pas de droit à connaître l'identité de l'employé dénonciateur.

#### **(ii) Le principe de la liberté de résiliation**

Cet arrêt est également l'occasion pour le Tribunal fédéral de rappeler le principe de la liberté de résiliation qui prévaut en droit suisse. Un employeur est ainsi libre de licencier un employé sur la base de soupçons, même si ceux-ci s'avèrent par la suite infondés, dans la mesure où l'existence même de ces soupçons rend, au regard des circonstances, la continuation des rapports de travail impossible.

La validité d'un congé-soupçon est toutefois soumise à la condition que l'employeur entreprenne toutes les mesures nécessaires afin de vérifier le bien-fondé des soupçons. L'employeur ne saurait en effet accuser l'employé avec légèreté sans procéder aux clarifications commandées par les circonstances. Dans un tel cas, le congé sera jugé abusif au sens de l'art. 336 CO, exposant l'employeur à une indemnité pouvant atteindre jusqu'à six mois de salaire pour le travailleur.

Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral constate que la banque a mené des investigations approfondies, par une équipe dédiée, ce qui a renforcé les soupçons pesant sur l'employé. La banque a été en mesure de décrire le genre de propos que l'employé aurait tenu à l'égard de sa collègue, son attitude générale envers les collègues de sexe féminin ainsi que les épisodes ponctuels de contacts physiques, de sorte qu'elle n'a pas accusé son employé avec légèreté avant de prononcer son licenciement. De plus, l'employé a bénéficié de la possibilité de relire et de corriger le procès-verbal de

son audition. Dans ces circonstances, le Tribunal fédéral conclut que le licenciement prononcé par la banque n'est pas abusif.

### **III. QUELQUES REMARQUES PRATIQUES**

Le Tribunal fédéral confirme que les enquêtes internes réalisées au sein d'une entreprise ne sont pas en soi soumises aux garanties procédurales déduites du droit pénal. Ce faisant, il assouplit les devoirs imposés à l'égard des employeurs dans ce contexte.

Cependant, l'employeur doit toujours prendre garde à respecter la personnalité de son employé sous enquête. Partant, il est recommandé d'adopter une approche au cas par cas afin de permettre au travailleur de se défendre équitablement et d'éviter ainsi le risque qu'un licenciement soit qualifié d'abusif. Dans cette perspective, nous recensons ci-après cinq mesures qui peuvent être prises par l'employeur :

#### **a. L'indépendance de l'enquêteur**

L'employeur doit en premier lieu veiller à l'indépendance de la personne en charge de l'enquête. Il peut, au choix, décider de confier l'exécution de l'enquête à un cercle déterminé de personnes au sein de l'entreprise ou à un professionnel externe. Le choix doit être guidé par la gravité des soupçons et le risque de conflits d'intérêts. Un licenciement prononcé à la suite d'une enquête menée par une personne en situation de conflit d'intérêts pourrait être qualifié d'abusif.

#### **b. La proportionnalité des mesures**

L'employeur doit s'assurer ensuite que les mesures prises à l'encontre de l'employé soupçonné sont proportionnées eu égard à la gravité des soupçons. Les mesures fréquemment utilisées lors des enquêtes internes sont les suivantes :

- la saisie de la documentation existante qui présente un lien avec l'objet de la procédure (documents physiques ; informations électroniques ; e-mails ; etc.)
- les interrogatoires ; et
- les mesures de surveillance.

En principe, seules les données en lien avec les rapports de travail peuvent être traitées par l'employeur. Tout document de nature privée devrait donc être exclu de

l'enquête, à moins qu'une justification basée sur l'intérêt prépondérant de l'entreprise puisse être établie.

Contrairement à la collecte de documents, qui porte sur des faits passés, les mesures de surveillance visent des comportements actuels. Les mesures de surveillance ne devraient être envisagées par l'employeur qu'à titre exceptionnel et de la façon la moins intrusive possible. A titre d'exemple, il est envisageable de procéder à la surveillance automatisée des courriels à l'aide d'un filtre par mots-clés, mais non d'utiliser un logiciel espion intégré à l'ordinateur de l'employé offrant une surveillance complète de son utilisation (*spyware*).

#### **c. Le droit de participer à l'enquête et d'être informé**

L'employé soupçonné dispose non seulement d'un droit à participer à l'enquête, mais il est également tenu de le faire. En vertu de son devoir de diligence et de fidélité (art. 321a CO), il incombe à l'employé de coopérer à l'instruction de l'enquête interne.

L'employé doit donc être informé de l'ouverture d'une enquête le concernant et des mesures d'instructions mises en œuvre dans ce cadre. Le moment de cette communication peut toutefois être différé. En effet, l'employeur peut être amené à prendre certaines mesures secrètes afin de confirmer les faits avant de les porter à la connaissance de l'employé. Au plus tard, l'employé devrait être informé de la mise en œuvre d'une enquête interne le concernant lors de sa première audition.

Une fois le principe de l'enquête communiqué à l'employé soupçonné, l'employeur est tenu de lui décrire les faits reprochés sans dévoiler l'identité du dénonciateur. Cette communication doit être objective et ne pas induire en erreur. Selon le Tribunal fédéral, une description dans les grandes lignes, et un résumé des événements avec des exemples ponctuels concrets suffisent.

L'employé doit également se voir reconnaître un droit à relire le procès-verbal tenu lors de son audition, et à le modifier. Plus généralement, l'employé dispose d'un droit d'accès au dossier de l'enquête conformément à l'art. 8 LPD. Ce droit lui ouvre donc l'accès aux différents documents et éléments récoltés et/ou établis lors de l'enquête interne, dans la mesure où ils contiennent des données personnelles le concernant.

#### **d. Droit d'être assisté d'un avocat ou d'une personne de confiance**

Les employeurs devraient accorder à l'employé soupçonné le droit d'être assisté d'un avocat et/ou d'une personne de confiance pendant le déroulement de l'enquête interne, quand bien même les directives de l'entreprise ne prévoiraient pas un tel droit.

Ce droit n'implique cependant pas nécessairement la prise en charge des honoraires du conseil. L'employeur pourrait envisager de supporter les frais de défense de l'employé si la procédure s'avère infondée et que l'employé soupçonné n'est pas responsable de l'ouverture de l'enquête. Tel ne serait pas le cas si les actes de l'employé étaient de nature à fonder l'existence de soupçons qui n'ont finalement pas été confirmés. De même, si l'enquête révèle des irrégularités commises par l'employé, les frais de défense devraient demeurer à sa charge.

#### **e. Le rapport d'enquête**

A l'issue de l'enquête interne, il est recommandé à l'employeur de rédiger un rapport d'enquête détaillant son déroulement, les faits établis et les recommandations formulées à l'intention de l'employeur, telles que des mesures disciplinaires à l'encontre de l'employé (avertissement, licenciement) et/ou une éventuelle réorganisation de l'entreprise.

Ce rapport revêt une importance capitale, car il vise à prouver que l'employeur a mené toutes les vérifications nécessaires et que l'enquête s'est déroulée dans le respect des droits de la personnalité de l'employé concerné.

#### **VOS CONTACTS**



Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, Associé  
arnaud.nussbaumer@jslegal.ch  
+41 22 716 96 96



Natacha Sandoz, Avocate-collaboratrice  
natacha.sandoz@jslegal.ch  
+41 22 716 96 96

## **NOTRE ETUDE**

Jacquemoud Stanislas  
Place des Philosophes, 10  
Case postale  
1211 Genève 4, Suisse  
Téléphone +41 22 716 96 96  
Fax +41 22 346 89 64  
jslegal.ch

## **MENTION LEGALE**

Le présent bulletin exprime les opinions générales des auteurs à la date du bulletin, sans tenir compte des faits et circonstances propres à une personne ou à une transaction particulière ou un cas particulier. Il ne constitue pas un avis juridique. Toute responsabilité quant à l'exactitude ou la justesse du contenu de ce bulletin est explicitement exclue.