

Le respect du contradictoire dans les enquêtes internes

Face à l'essor des enquêtes internes, l'entreprise doit-elle, pendant ses investigations, respecter le principe du contradictoire à l'égard des personnes mises en cause ? Dans l'affirmative, quelle forme doit-il prendre ?



Thibault Guillemain,
avocat associé



Antoine Delacarte,
avocat collaborateur

SUR LES AUTEURS

Thibault Guillemain, avocat à la Cour, est le cofondateur de Guillemain Flichy, dont il dirige le pôle probité. Il conseille et défend les entreprises et leurs dirigeants confrontés à des situations judiciaires complexes et à des risques réputationnels, sur des problématiques exigeant la maîtrise simultanée d'enjeux réglementaires, corporate, pénaux et sociaux. Antoine Delacarte, avocat à la Cour.

Les entreprises pratiquent de plus en plus d'enquêtes internes pour prévenir et détecter, en leur sein, des situations potentiellement contraires aux lois et aux règlements. Autrefois réservée à la direction de l'audit et, dans certaines entreprises comme les banques, à « l'inspection générale », l'enquête interne est devenue l'outil quotidien des directions juridiques.

Pratique importée des États-Unis, l'enquête interne n'est cependant encadrée, en droit français, par aucun texte, hormis les quelques dispositions que comporte le Code du travail sur le droit d'alerte des représentants du personnel. C'est d'ailleurs le droit social qui, le premier, s'est emparé du sujet en France : alors qu'elle évoque davantage des situations à connotation pénale, l'enquête interne a fait irruption dans la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui rattache cette technique au pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur.

Hormis cette exception, vainement trouvera-t-on le moindre texte fixant les limites de cet exercice.

Dès lors, il n'est pas étonnant que la façon de mener une enquête interne varie considérablement en fonction de la matière concernée : l'enquête diligentée pour

des faits de corruption ou de concurrence n'a pas la même nature, ni les mêmes objectifs que l'enquête précédant un licenciement disciplinaire motivé par des faits de harcèlement ou de discrimination.

De quoi s'agit-il ?

Alors que le Code de procédure pénale encadre l'enquête menée par le parquet ou le juge d'instruction, avec le concours des services de police ou de gendarmerie (libertés fondamentales, règles d'exercice de l'action publique, contrôles et vérifications d'identité, type d'enquête, régime de la preuve, mesures privatives de liberté, information judiciaire, rôle du juge, application des peines, etc.), rien ne définit les droits et obligations de l'entreprise lorsqu'elle fait elle-même des investigations.

C'est bien là que se situe le problème : tandis que la loi impose de plus en plus aux entreprises de détecter elles-mêmes les comportements délictueux, quelle qu'en soit la nature, aucune des obligations, ni des garanties que prévoit la procédure pénale n'est transposée en droit des sociétés ou en droit du travail.

Or, le contradictoire est l'un des « angles morts » de l'enquête interne dans lequel le salarié ou le mandataire social a intérêt à ne pas se trouver.

Quels sont les principes ?

Deux exigences découlent du contradictoire : d'une part, l'accès au dossier d'enquête par la personne mise en cause, préalable indispensable à l'exercice des droits de la défense ; d'autre part, sa participation à l'enquête, au travers de la possibilité de demander la communication de pièces, des confrontations ou des actes complémentaires d'investigation.

Le degré d'information de la personne mise en cause est donc clé.

Sur ce point, les enquêteurs font face à un dilemme : d'un côté, l'enquête doit se dérouler en toute confidentialité pour être efficace et préserver les droits des parties ; de l'autre, la société est tenue au respect des libertés fondamentales des parties prenantes, quelle que soit leur qualité (salarié, mandataire social, sous-traitant, fournisseur, etc.).

Quel est l'enjeu ?

Le contradictoire et les droits de la défense figurent précisément au nombre des libertés fondamentales : il s'agit tout à la fois d'un principe général du droit, d'un principe fondamental à valeur constitutionnelle, et d'un droit garanti par les traités et accords internationaux (article 6 de la CEDH et article 7 de la convention n°158 de l'OIT notamment).

LES POINTS CLÉS

- Le droit français ne donne pas de cadre légal aux enquêtes internes.
- La jurisprudence ne subordonne pas la validité d'une enquête interne au respect intégral du contradictoire.
- Respecter le contradictoire, c'est toutefois assurer la crédibilité de l'enquête et limiter d'éventuelles contestations judiciaires sur la recevabilité des moyens de preuve.

Or, notamment, le Code du travail prévoit que tout licenciement notifié en violation d'une liberté fondamentale est entaché de nullité.

Pour autant, la jurisprudence sociale n'est pas fixée : si un contradictoire « intégral » n'est pas requis par les juges à peine de nullité du licenciement, l'absence de tout contradictoire rend *a priori* les conclusions de l'enquête interne inopposables au salarié. Il n'existe donc pas encore de réponse juridique claire.

Si ces obligations ne sont pas irréconciliables sur le papier, la pratique est beaucoup plus délicate et oblige à faire des choix.

Or, choisir, c'est renoncer...

En pratique, comment faire ?

Sur le terrain, l'enquêteur doit concilier deux paramètres : permettre à la personne mise en cause de s'expliquer le plus tôt possible, et ce dans le but d'aboutir à un rapport d'enquête solide, au risque toutefois de compromettre les investigations en lui permettant de faire disparaître des éléments de preuve ou d'influencer des témoins.

C'est en évaluant l'importance de ces éléments que l'enquêteur doit établir, avant le début des investigations, la liste des informations que la personne mise en cause doit connaître pour s'expliquer, et le moment où ces informations lui seront communiquées. En pratique, elle est prévenue en temps utile de l'existence d'une enquête, puis une première audition est organisée, à l'occasion de laquelle les éléments clés lui sont présentés.

Dans tous les cas, la préservation de la confidentialité nécessite de taire les informations qui ne peuvent être révélées sous peine de sanction pénale, notamment le nom de l'éventuel lanceur d'alerte. De même, le mis en cause devra être averti que toute tentative de représailles, d'obstruction ou de divulgation d'informations confidentielles sera susceptible de donner lieu à des sanctions autonomes.

Au final, quand peut-on considérer que le contradictoire a été respecté ?

L'appréciation se fera toujours au cas par cas. L'essentiel est que l'entreprise puisse ultérieurement prouver, devant les tribunaux, ses diligences en matière de contradictoire. L'entretien préalable de licenciement ou les explications qu'un mandataire social peut être amené à fournir préalable-

ment à sa révocation ne peuvent d'ailleurs, à eux seuls, compenser une enquête non contradictoire : comme chacun le sait, dans la plupart des cas, à ce stade de la procédure de licenciement ou de révocation, l'entreprise a déjà pris sa décision. Il est alors trop tard pour enquêter ou contre-enquêter.

« Alors que le code de procédure pénale encadre l'enquête menée par le parquet ou le juge d'instruction, rien ne définit les droits et obligations de l'entreprise lorsqu'elle fait elle-même des investigations »

Prendre le risque du non-contradictoire ?

Nombre d'entreprises préfèrent prendre le risque du non-contradictoire, pour des raisons politiques (taire une situation embarrassante), économiques (limiter le coût et/ou la durée de l'enquête, assumer le risque d'une condamnation judiciaire), ou juridiques (prescription imminente des faits, exigence particulière des autorités).

Certaines entreprises font même le choix de ne pas dévoiler l'existence de l'enquête interne à la personne mise en cause. L'arrestation surprise de Carlos Ghosn le 19 novembre 2018 à l'aéroport Haneda de Tokyo en est un exemple frappant.

Mais gare à l'effet boomerang de cette stratégie. L'affaire des faux espions qui a touché cette même société dirigée par M. Ghosn en janvier 2011 en est l'exemple : le licenciement expéditif de trois cadres soupçonnés d'espionnage sur la base de rapports d'enquête exclusivement à charge s'est soldé par une sérieuse déconvenue. ♦



© AVN Photo Lab