

# Pratique d'un cabinet d'avocat en défense salariée : harcèlement et charge de la preuve

Publié le 29/11/2022



**Alexis Perrin**

Avocat associé, Revel Mahussier & Associés



**Pascale Revel**

Avocate associée, Revel Mahussier & Associés

Comité stratégique Avocats

Pascale Revel  
Avocate associée, Revel Mahussier & Associés

Lefebvre Dalloz  
ACTIVER LA CONNAISSANCE

Alexis Perrin  
Avocat associé, Revel Mahussier & Associés

“ Nous constatons que le harcèlement est devenu un grief de plus en plus plébiscité par les entreprises au soutien de multiples mesures de licenciements. ”

**Les récents arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation des 1er et 29 juin 2022, portant sur l'enquête diligentée par l'employeur en cas de harcèlement, questionnent légitimement les praticiens sur le cadre probatoire et l'exercice des droits de la défense. Ainsi, si la preuve est libre en la matière – comme nous le rappelle la Cour de cassation - , il n'en demeure pas moins que la valeur probante de cette enquête interne de l'employeur doit être interrogée.**

## **Le harcèlement 2.0**

### **Libération de la parole, réseaux sociaux, « balance ton ... »**

Le harcèlement moral a été introduit dans le Code du travail au travers de la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, et actuellement codifié à l'article L. 1152-1 du Code du travail qui précise que le harcèlement moral se manifeste par des agissements répétés qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail dus salarié susceptible

de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale, ou de compromettre son avenir professionnel.

Le harcèlement sexuel était lui codifié depuis la loi du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail.

Mais l'appréhension du harcèlement moral et des managements toxiques s'est transformée depuis #MeeToo et les différents posts « balance ton... » sur les réseaux sociaux.

D'un côté, il est indéniable que la communication externe facilite une prise de conscience globale tant pour les salariés directement impactés par les faits dénoncés, que pour les entreprises qui entendent ménager leur réputation.

Pour autant, il n'est pas certain que cela entraîne un réel changement de pratique dans les entreprises.

Même si les employeurs revendiquent de nouveaux paradigmes – mise en place de chartes éthiques, département compliance worldwide – qu'en est-il de l'utilisation réelle de ces outils ?

Ces instruments, garants du rétablissement d'une « morale » au travail, ne fonctionnent-ils pas au contraire comme autant d'alibis vertueux, venant légitimer, pour ne pas dire faciliter les licenciements ?

### **Une multiplication des licenciements sur le fondement du harcèlement ?**

Alors que le harcèlement était plaidé par le demandeur à l'instance et combattu par l'employeur, il est désormais régulièrement invoqué – instrumentalisé ? – par l'employeur pour licencier un salarié « harceleur ».

Au sein du Cabinet, nous constatons que le harcèlement est devenu un grief de plus en plus plébiscité par les entreprises au soutien de multiples mesures de licenciements.

Au tout départ, nous plaidions afin de faire reconnaître par le conseil de prud'hommes, le harcèlement subi par un salarié au cours de l'exécution de son contrat de travail, sans être particulièrement adoués par les conseillers prud'hommaux sur ce concept suspect.

Ainsi, bien souvent, la juridiction reconnaissait une exécution déloyale du contrat de travail par l'employeur, voire un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, sans juger toutefois qu'un salarié pouvait être victime de harcèlement.

De surcroît, le législateur de son côté imposait aux salariés d'établir les faits qui permettaient de présumer l'existence d'un harcèlement, et la boucle était bouclée !

La loi du 8 août 2016 a modifié l'article L. 1154-1 du Code du travail, afin de permettre, dans le partage de la charge de la preuve, au salarié, non plus d'établir des faits, mais de présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'un harcèlement. Le législateur entendait ainsi s'aligner sur la charge de la preuve en matière de discrimination (C. trav., L. 1134-1).

Le salarié s'estimant victime d'un harcèlement doit ainsi présenter des éléments de faits laissant supposer l'existence d'un harcèlement, et l'employeur doit prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement.

Le cadre de la charge de la preuve est donc désormais établi lorsque le salarié se dit victime du harcèlement.

Or les choses se compliquent lorsqu'il est reproché au salarié d'être l'auteur du harcèlement.

### **Haro sur le salarié harceleur...**

Pourtant depuis quelques années, nous constatons que de nombreux salariés sont licenciés pour harcèlement moral voire sexuel à l'encontre de collègues de travail. Toute forme de harcèlement semble bonne à prendre au soutien providentiel de la lettre de rupture...

L'employeur a beau jeu de justifier la procédure de licenciement au visa de son obligation de sécurité. Il lui suffit de mettre en œuvre une enquête qui n'a plus lieu d'être menée de manière impartiale (un DRH peut la mener seul) ni de manière exhaustive (sans entendre l'ensemble des salariés d'un même service) (Soc. 1er juin 2022, n° 20-22.058)...

C'est ainsi que le juriste social s'improvise officier de police judiciaire, quand il ne s'autopromeut pas apprenti-procureur ou juge d'instruction débutant !

La Cour de cassation a ainsi jugé que l'enquête interne de l'employeur n'était plus soumise à aucun formalisme [1].

De même, la Cour de cassation a pu souligner que « *le respect des droits de la défense et du principe de la contradiction n'impose pas que, dans le cadre d'une enquête interne destinée à vérifier la véracité des agissements dénoncés par d'autres salariés, le salarié ait accès au dossier et aux pièces recueillies ou qu'il soit confronté aux collègues qui le mettent en cause ni qu'il soit entendu, dès lors que la décision que l'employeur peut être amenée à prendre ultérieurement ou les éléments dont il dispose pour la fonder peuvent, le cas échéant, être ultérieurement discutés devant les juridictions de jugement* » [2].

Une « petite enquête maison » peut-elle désormais faire l'affaire ?

Cette évolution jurisprudentielle n'est-elle pas en train de reconnaître, voire de légitimer un « licenciement par précaution » dans le cadre de prétendus faits de harcèlement moral ?

Le salarié désigné comme harceleur n'est ainsi plus en mesure de s'expliquer avant son licenciement et la saisine *a posteriori* d'une juridiction : il est présumé coupable des faits à l'issue d'une enquête dont l'impartialité fait souvent question.

Les droits de la défense quitteraient-ils les frontières de l'entreprise pour regagner le seul cercle des prétoires ?

**Comment alors remettre en cause l'enquête interne / unilatérale de l'employeur ?**

**- Ou comment l'enquête de vaurien ne vaut rien -**

L'arrêt du 29 juin 2022 (n° 21-11.437) vient préciser qu'en matière prud'homale, la preuve est libre et que les faits de harcèlement moral et sexuel peuvent en conséquence être démontrés par l'employeur par tous moyens, notamment au travers d'un rapport d'enquête interne établi unilatéralement par le seul employeur.

Pour autant, quelle est la valeur probante de ce rapport ? Il s'agit d'un document unilatéral faisant état des affirmations de l'employeur ou de ses représentants, étayé ou non par les dépositions « extraits choisis » de prétendus témoins non moins opportunément choisis également !

Parfois même, un élu du personnel est désigné pour donner à l'enquête un semblant d'objectivité.

En quoi la production d'une enquête « harcèlement » est-elle recevable dans le débat judiciaire ?

Ce rapport a moins de valeur qu'une attestation rédigée dans les formes requises par l'article 202 du Code de procédure civile qui impose notamment à l'auteur de l'attestation d'indiquer qu'elle est établie en vue de sa production en justice et que son auteur a connaissance qu'une fausse attestation de sa part l'expose à des sanctions pénales.

Cette enquête interne, dont l'intitulé est souvent empreint d'un lexique de pénaliste en herbe – on l'appelle parfois « procès-verbal », « rapport d'enquête » sans qu'aucune garantie n'y soit toutefois attachée – est l'énoncé d'une succession de témoignages indirects : le DRH rapporte ce que tel ou tel salarié ; soigneusement trié sur le volet, lui a relaté...

Or, l'article 202 du Code de procédure civile dispose : « l'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés ».

Le témoignage indirect n'est donc qu'une preuve de seconde zone.

La force probante de l'enquête interne est réduite, imparfaite et il est nécessaire d'attirer l'attention des juges du fond sur ce point dans le cadre de leur appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve.

De même, de nombreuses entreprises font intervenir des cabinets externes chargés de mener une enquête en cas de dénonciation de faits de harcèlement.

Or, ces sociétés externes n'ont pas la qualité d'expert habilité en qualité du travail et de l'emploi, soumis à déontologie et indépendance.

Devant la multiplicité de ces pratiques, parfois – souvent ? – contestables, il apparaît nécessaire que soit déterminé un cadre légal applicable à l'enquête diligentée en cas de harcèlement et protecteur des intérêts de tous.

**Cadre dirigeant et harcèlement moral : un salarié pris en étau entre obligation de résultat et difficultés d'adaptation au changement**

Nous constatons depuis deux ou trois ans désormais que, régulièrement, le motif de rupture du contrat du cadre dirigeant est lié à l'allégation d'un prétendu harcèlement moral. Dans ces dossiers il y a une constante : le cadre dirigeant doit conduire une réorganisation, ou atteindre des objectifs ambitieux et se trouve confronté à des protestations voire une opposition des salariés et du comité social et économique.

Le cadre dirigeant est donc soumis à injonction paradoxale, que l'on pourrait résumer selon la formule suivante : « mettre la pression sans la mettre ».

En effet, le cadre dirigeant met en œuvre le souhait de réorganisation et fait face aux difficultés inhérentes à l'adaptabilité au changement, sous la pression de l'employeur (calendrier/résultat) auquel résiste souvent le facteur humain.

Pour autant, s'il répercute trop la pression qu'il subit lui-même, la frontière entre pouvoir de gestion et harcèlement peut devenir ténue.

Aussi, le salarié cadre dirigeant peut devenir, pour l'employeur, le fusible en cas de grande importance des salariés et des représentants du personnel : c'est le grand fautif, il est donc immolé sur l'autel de la réorganisation, qui quant à elle, reste bien en place...

C'est pourquoi, nous ne pouvons que conseiller au cadre dirigeant de s'appuyer sur le comité social et économique, et sur ses pouvoirs d'alerte, voire d'expertise, qui permettent de prendre distance et hauteur sur le projet.

Sans qu'il le sache, les organisations syndicales, le CSE, sont ainsi parfois ses meilleurs alliés, en ce qu'ils constituent un bon garde-corps et lui permettent de faire remonter à sa direction les préconisations aux fins d'adapter le projet et de préserver emplois, compétences et bien-être au travail.

---

1. Soc. 29 juin 2022, n° 21-11.437.

2. Soc. 29 juin 2022, n° 20-22.220.