

Tribunal fédéral – 4A_368/2023

I^{re} Cour de droit civil

Arrêt du 19 janvier 2024 (all)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

David Raedler, Les enquêtes internes et les règles de procédure pénale : un mirage en forme de miroir aux alouettes, analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_368/2023 ; Newsletter DroitDuTravail.ch mars 2024

Newsletter Mars 2024

Procédure pénale,
enquête interne,
licenciement abusif

Art. 328, 336 et 337 CO ;
158 CPP ; LPD

unine
Université de Neuchâtel
Centre d'étude
des relations de travail



Les enquêtes internes et les règles de procédure pénale : un mirage en forme de miroir aux alouettes ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_368/2023

David Raedler, docteur en droit, avocat

I. Objet de l'arrêt

Droit du travail ; protection de la personnalité ; enquêtes internes ; harcèlement sexuel ; droit d'être entendu ; licenciement abusif

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

L'intimé A, a été engagé avec effet dès le 1^{er} novembre 2010 par la recourante, la Banque B, dont il est ensuite devenu directeur.

En août 2018, une employée de la banque a saisi la plateforme interne de médiation pour le comportement et l'éthique (*betriebsinternen Ombudsfrau für Verhalten und Ethik*) afin de dénoncer des actes de harcèlement sexuel de la part de A. Suite à cette dénonciation, une enquête interne a été menée et confiée à une équipe interne de la Banque B. Cette équipe a interrogé différentes personnes qui ont, en tout cas pour certaines, confirmé les actes de harcèlement sexuel qui avaient été dénoncés. Elle a également examiné une partie de la communication électronique de A¹. Ces éléments ont ensuite été formalisés dans un rapport d'enquête remis à l'instance disciplinaire interne de la Banque B.

Sur cette base, A a été convoqué à une audition le 20 septembre 2018. Il est précisé que l'invitation à ladite séance ne comprenait pas de référence au sujet qui serait alors discuté, ni de mention à la possibilité pour A de s'y faire accompagner par une personne de confiance. C'est le lieu de préciser que la Banque B dispose d'une « fiche d'information sur le harcèlement sexuel » qui prévoit la possibilité pour les personnes impliquées de se faire accompagner d'une personne de confiance. En outre, lors de son audition, les faits lui ont été présentés de façon générale, en évitant une description trop précise des faits qui aurait permis

¹ Cons. 4.3 de l'arrêt commenté.

une identification des autres personnes entendues². A ne s'est ainsi notamment pas vu communiquer le nom des personnes ayant porté les accusations ni le détail exact des faits en cause (lieu et temporalité exacts des faits). Suite à son audition, A a reçu le procès-verbal de ses dires, qu'il a pu relire et corriger. Il a en outre produit, en parallèle, une prise de position écrite séparée.

Au final, le contrat de travail de A a été résilié le 23 octobre 2018 pour le 31 janvier. Suite à cela, A a procédé par la voie judiciaire pour notamment faire valoir des prétentions en licenciement abusif. Celles-ci ont été rejetées en première instance mais, suite au recours de A, reconnues en seconde instance à hauteur d'une indemnité nette de CHF 70'000.- (avec intérêts à 5 % l'an). La Banque B a à son tour porté la procédure par-devant le Tribunal fédéral, qui admet le recours.

B. Le droit

Par-devant le Tribunal fédéral, l'unique point litigieux concernait l'existence d'un licenciement abusif au sens de l'art. 336 du Code des obligations (« CO » ; RS 220) et l'indemnité en découlant.

Après avoir rappelé le principe général selon lequel chaque partie est libre de résilier un contrat de travail de durée indéterminée (art. 335 al. 1 CO) et qu'aucun motif particulier ne doit exister pour justifier une telle résiliation, le Tribunal fédéral relève que cette liberté est néanmoins cadrée par les règles sur les licenciements abusifs (art. 336 ss CO). Un tel caractère abusif peut découler non seulement des hypothèses couvertes par l'art. 336 CO, mais également d'autres situations qui sont – par leur gravité – similaires à ces hypothèses, y compris lorsqu'elles se rapportent à la manière avec laquelle la partie résiliant le contrat exerce son droit. Ainsi, une résiliation notifiée par un comportement enfrenant gravement le contrat et créant une grave atteinte à la personnalité peut mener à qualifier le licenciement lui-même d'abusif. En revanche, le Tribunal fédéral relève explicitement qu'un comportement de l'employeur qui serait uniquement inconvenant et indigne des relations contractuelles ne suffit pas, à lui seul, à qualifier le licenciement d'abusif³.

De façon résumée, la première instance avait retenu que l'enquête interne diligentée par la Banque B et confiée à une équipe interne indépendante démontrait que les reproches avaient soigneusement été examinés. A ce titre, l'existence effective ou non du harcèlement sexuel n'était pas pertinent pour juger du caractère abusif du licenciement. Dans tous les cas cependant, la première instance a noté que les comportements en question avaient été confirmés par plusieurs personnes, permettant donc d'exclure l'existence d'un complot à l'encontre de A. En outre, l'anonymat qui avait été assuré aux personnes entendues était compatible avec une enquête interne correctement mise en œuvre. Enfin, le fait que A n'ait pas pu être accompagné d'une personne de confiance lors de son audition ne permettait pas, à lui seul, de qualifier le licenciement d'abusif⁴.

² Eléments factuels ressortant des cons. 3.1 et 3.2 de l'arrêt commenté.

³ « *Demgegenüber genügt ein bloss unanständiges, einem geordneten Geschäftsverkehr unwürdiges Verhalten des Arbeitgebers nicht, um die Kündigung als missbräuchlich erscheinen zu lassen* » ; cons. 3.1 de l'arrêt commenté.

⁴ Cons. 3.2 de l'arrêt commenté.

Pour la seconde instance en revanche, un premier problème réside bien dans le fait qu'A n'avait pas été informé de l'objet de son audition et qu'il ne s'était pas non plus vu reconnaître le droit d'être accompagné par une personne de confiance. Il n'avait pas non plus pu se préparer à son audition, ni rechercher des faits à sa décharge. En outre, A ne s'étant pas vu donner accès aux déclarations ni à un détail suffisant de celles-ci, les reproches n'avaient pas été suffisamment concrétisés et A n'avait pas été mis en position de se défendre correctement. Sur ce point, la seconde instance note que le droit à un procès équitable (« *fairen Verfahren* ») requiert bien une accusation précise permettant de se défendre. Elle tire ici un parallèle avec la procédure pénale et au droit d'être entendu qui s'y applique, retenant qu'A aurait au moins dû se faire communiquer le détail des reproches ainsi que l'identité des personnes concernées. Le fait qu'il ait pu communiquer une prise de position écrite n'y change rien. Ainsi, selon l'instance précédente qui se fonde ici sur ce qu'elle interprète d'une jurisprudence du Tribunal fédéral⁵, il en va de même lors d'une enquête interne que dans une procédure pénale⁶.

Au regard de ces considérations, le Tribunal fédéral admet que l'art. 328 al. 1 CO impose de donner à l'employé visé par une enquête interne la possibilité de se défendre correctement. Les modalités permettant de respecter cette exigence dépendent de toutes les circonstances. En revanche, il est exclu pour le Tribunal fédéral d'appliquer aux enquêtes internes le même degré d'exigences qu'aux procédures pénales. Il conteste ainsi notamment s'être rallié à une telle vue dans une précédente jurisprudence, comme cela était retenu par l'instance précédente⁷. Ainsi, le Tribunal fédéral confirme explicitement que les garanties de procédure pénale ne s'appliquent pas aux enquêtes internes menées par l'employeur. Il en va de même, pour les personnes privées, de l'essentiel des garanties fondamentales. Pour justifier l'exclusion claire d'une application des garanties pénales aux enquêtes internes, le Tribunal fédéral souligne notamment que les contextes ne sont pas les mêmes : alors que les parties au contrat de travail ont librement noué leurs relations contractuelles, la personne visée par une enquête pénale se trouve directement sujette aux pouvoirs de l'Etat sans sa volonté. En outre, alors que des sanctions de nature pénale peuvent s'appliquer en procédure pénale (amende, peines pécuniaires ou peines privatives de liberté), tel n'est pas le cas en droit du travail, le Tribunal fédéral notant que l'employé risque « au pire » un licenciement ordinaire dans le respect du délai de congé⁸.

A la suite de ce dernier point, et pour ce qui est justement du licenciement, le Tribunal fédéral note qu'un licenciement avec effet immédiat peut être prononcé sur la base du soupçon d'une faute grave. Or, on ne saurait se montrer plus restrictif pour le licenciement ordinaire. Ainsi, ce dernier ne peut être qualifié d'abusif au seul motif que les soupçons en question s'avèreraient, par la suite, infondés. Un abus ne peut être retenu que si l'employeur accuse le

⁵ Arrêt TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016, c. 2.4.

⁶ « Die Vorinstanz erwog, es verhalte sich vorliegend "durchaus ähnlich wie in einem Strafverfahren" », cons. 4.1 de l'arrêt commenté.

⁷ Cons. 4.1 de l'arrêt commenté.

⁸ « Geht es demgegenüber wie hier um den arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz, dann droht dem Arbeitnehmer im schlimmsten Fall eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist », c. 4.1 de l'arrêt commenté.

travailleur à la légère et sans motif raisonnable, c'est-à-dire s'il ne procède pas aux clarifications nécessaires avant le licenciement ou que les soupçons ne sont pas confirmés⁹.

Or, en l'espèce, le Tribunal fédéral constate que la Banque B a non seulement entendu la plaignante mais également d'autres personnes de son entourage. Elle a également analysé une partie des communications électroniques de A dans lesquelles il parlait de l'employée dénonciatrice. En outre, A a lui-même été entendu. Et c'est au regard de tout cela que la Banque B a estimé que les propos de A étaient contradictoires avec les autres éléments au dossier, de sorte qu'il était très vraisemblable que les faits en cause se soient déroulés.

Pour ce qui est de l'absence d'une information spécifique de A préalablement à son audition le 20 septembre 2018, le Tribunal fédéral relève que l'instance précédente applique ici un degré d'information allant même au-delà de la procédure pénale, dans la mesure où les reproches ne doivent être communiqués au prévenu qu'au moment de son audition (art. 158 al. 1 let. a du Code de procédure pénale ; « CPP » ; RS 312.0). En outre, le prévenu ne peut utiliser des documents ou autres pièces lors de son audition qu'avec l'accord de la direction de la procédure (art. 143 al. 6 CPP). Dès lors, il ne peut être exigé lors d'une enquête interne que la personne entendue soit informée, à l'avance, de l'objet de son audition¹⁰. Un constat d'autant plus concret en l'espèce que A n'avait, quoi qu'il en soit, pas relevé que ses déclarations auraient été différentes s'il eût su l'objet de son audition à l'avance.

S'agissant encore de l'absence d'une personne de confiance, le Tribunal fédéral opère ici un parallèle avec la procédure pénale et, plus précisément, l'art. 158 al. 1 let. c CPP selon lequel le prévenu doit être informé en début d'audition qu'il peut faire appel à un défenseur. Pour ce seul motif, l'absence d'une personne de confiance ne pouvait donc constituer en l'espèce un problème grave. Ceci d'autant moins que, à nouveau, le Tribunal fédéral rappelle que les garanties de procédure pénale ne s'appliquent, quoi qu'il en soit, pas à l'enquête interne. Et que A n'avait, de toute manière, pas non plus demandé à pouvoir être réentendu en présence d'une personne de confiance¹¹. Le fait que le processus mentionné par la fiche d'information n'ait pas exactement été respecté n'affecte par ailleurs pas ce constat.

Concernant enfin le détail des reproches communiqué à A, le Tribunal fédéral exclut d'appliquer ici un niveau d'information similaire à celui valant dans l'acte d'accusation pénal (art. 325 CPP) comme l'avait fait la seconde instance, toujours vu l'absence d'application de ces principes à l'enquête interne. Sous l'angle spécifique de la communication des informations à A, et de l'anonymat appliqué, le Tribunal fédéral souligne que l'employeur se trouve confronté à un conflit d'intérêts entre ceux de la personne accusée (à pouvoir se défendre) et ceux des personnes entendues (à être protégées). Sur ce point, le Tribunal fédéral tire le constat qu'il n'est pas débattu en doctrine que les données nominatives des personnes entendues ne devraient pas être communiquées à la personne visée par l'enquête, précisément car une telle communication peut avoir des effets très graves pour les personnes en question¹². Il ne se prononce en revanche pas sur la question de savoir si des dénonciations complètement anonymes (y compris à l'égard de l'employeur) sont admissibles, du fait que cela n'était pas le cas en l'espèce. Quoi qu'il en soit, le Tribunal fédéral fait sienne la

⁹ C. 4.2 de l'arrêt commenté.

¹⁰ C. 4.4.1 de l'arrêt commenté.

¹¹ C. 4.4.2 de l'arrêt commenté.

¹² C. 4.4.3 de l'arrêt commenté.

considération développée par la Banque B selon laquelle les informations communiquées à A étaient largement suffisantes, du fait qu'elles identifiaient la nature des faits en cause et donnaient des exemples relativement précis de ceux-ci.

Dans l'ensemble, le Tribunal fédéral confirme qu'une « condamnation-soupçon » n'est pas possible en droit pénal, mais qu'un « congé-soupçon » l'est en droit du travail et ne s'avère pas abusif du seul fait que le soupçon n'est finalement pas confirmé¹³. La Banque B ayant pris suffisamment sérieusement la situation, la nature abusive du licenciement ne saurait être considérée. Ceci, à nouveau, en rappelant qu'un licenciement n'a pas à être spécifiquement dû à un motif particulier. Le Tribunal fédéral admet donc le recours de la Banque B¹⁴.

III. Analyse

Bien que n'étant pas destiné à publication, l'arrêt qui est ici commenté présente une importance fondamentale pour toute entreprise qui mènerait en son sein – directement ou par l'intermédiaire d'un tiers externe – une instruction portant sur des faits qui pourraient mener à un licenciement. A ce titre, trois sujets méritent un développement spécifique :

- la possibilité d'un « congé-soupçon » et les conditions de celui-ci ;
- les modalités générales applicables à l'enquête interne, notamment par analogie avec la procédure pénale ; et
- le droit de la personne visée par l'enquête de recevoir des informations sur les reproches qui sont formulés et, entre autres, connaître le nom des personnes entendues.

Chacun de ces trois sujets sera repris ci-dessous.

A. *Le congé-soupçon*

1. Arrêt après arrêt, le Tribunal fédéral rappelle que le contrat de travail de durée indéterminée peut librement être résilié par chaque partie selon l'art. 335 al. 1 CO, moyennant le respect du délai et du terme de congé convenus ou légaux. A ce titre, le droit suisse du contrat de travail repose sur la **liberté de la résiliation et la liberté contractuelle**¹⁵. Des libertés qui se trouvent cependant limitées dans certains cas par l'éventualité d'une résiliation abusive (art. 336 CO) ou en temps inopportun (art. 336c CO). S'agissant spécifiquement de la première, et comme le Tribunal fédéral le souligne à nouveau dans l'arrêt commenté¹⁶, la nature abusive du licenciement ne saurait découler uniquement d'un comportement qui ne serait simplement pas convenable ou indigne des relations commerciales établies. Il n'appartient pas à l'ordre juridique, selon cette jurisprudence, de sanctionner une attitude qui serait seulement incorrecte¹⁷.

¹³ « *Verdachtsverurteilungen* » et « *Verdachtskündigung* » ; c. 4.4.3 de l'arrêt commenté.

¹⁴ C. 4.5 de l'arrêt commenté.

¹⁵ ATF 136 III 513, c. 2.3 ; arrêt TF 4A_396/2022 du 7 novembre 2023, c. 3.1.1 (destiné à publication). Voir aussi GENEVIÈVE ORDOLLI/AURÉLIEN WITZIG, *in* Thévenoz/Werro (édit.), *Commentaire romand, CO I*, Bâle 2021, art. 335 N 1 (cité : CR CO I-NOM DE L'AUTEUR) ; WOLFGANG PORTMANN/ROGER RUDOLPH, *in* Widmer Lüchinger/Oser (édit.), *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Bâle 2020, Art. 335 N 6 (cité : BSK OR I-NOM DE L'AUTEUR).

¹⁶ C. 3.1 de l'arrêt commenté.

¹⁷ ATF 131 III 535, c. 4.2 ; arrêt TF 4A_117/2023 du 15 mai 2023, c. 3.1 ; arrêt TF 4A_186/2022 du 22 août 2022, c. 4.1.

2. Parmi les cas de licenciements abusifs qui peuvent se poser, le « **congé-soupçon** » (**Verdachtskündigung**) constitue un cas qui a plusieurs fois été commenté¹⁸. En substance, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle l'employeur soupçonne de façon initialement fondée des infractions ou manquements graves de l'employé et prononce sur cette base le licenciement¹⁹. La question qui se pose consiste à savoir si un tel licenciement est injustifié (lorsqu'il intervient avec effet immédiat) ou, respectivement, abusif (lorsqu'il intervient dans le respect du délai de congé) lorsque les soupçons se révèlent infondés ou qu'ils ne sont autrement pas confirmés. Dans un arrêt de 2016, le Tribunal fédéral retenait que – confronté à des divergences doctrinales – il « n'excluait pas » que le soupçon d'une infraction grave ou d'un manquement grave puisse justifier un licenciement immédiat, quand bien même l'accusation portée contre l'employé se révélerait ensuite infondée ou ne pourrait autrement pas être prouvée²⁰. Dans d'autres arrêts (y compris plus anciens), il a été plus précis en admettant que, selon les circonstances, des soupçons qui se sont révélés infondés puissent rendre intolérable la poursuite des rapports de travail, légitimant donc un licenciement avec effet immédiat²¹. Une légitimité qui serait toutefois exclue si la carence alléguée, eut-elle été réalisée, n'aurait quoi qu'il en soit, pas été suffisante pour justifier un licenciement immédiat sans avertissement²². Elle serait également refusée si l'employeur n'a pas fait tout ce que l'on pouvait exiger de lui pour vérifier l'exactitude des soupçons²³. Dans encore d'autres arrêts, le Tribunal fédéral exclut le caractère justifié du licenciement avec effet immédiat lorsque les soupçons se révèlent infondés, « sauf circonstances particulières, notamment lorsque l'employé a empêché la manifestation de la vérité de façon déloyale »²⁴. Dans l'ensemble donc, la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de congé-soupçon prononcé avec effet immédiat demeure variable et en partie floue²⁵. Pour ce qui est du cas dans lequel le licenciement intervient dans le respect du délai de congé, l'éventualité de retenir alors un licenciement abusif répondra à des conditions plus strictes encore : cette qualification ne l'emportera selon le Tribunal fédéral que si l'employeur a accusé le travailleur avec légèreté,

¹⁸ Voir en premier lieu la thèse de DANIEL EGLI, *Die Verdachtskündigung nach schweizerischem und deutschem Recht*, thèse Zürich, Berne 2000, *passim* ; MANFRED REHBINDER/JEAN-FRITZ STÖCKLI *in* *Berner Kommentar*, art. 331-335 und 361-362, 2^e éd. Berne 2014, Art. 337 N 12 ss. Il est intéressant de relever qu'alors qu'une partie de la doctrine propose d'appliquer *mutatis mutandis* les principes entourant le congé-soupçon à la résiliation d'autres contrats de durée, une telle possibilité apparaît rejetée par le Tribunal fédéral ; cf. notamment arrêt TF 4A_59/2017 du 28 juin 2017, c. 4.4.1.

¹⁹ Arrêt TF 4A_365/2020 du 5 avril 2022, c. 3.1.2 ; arrêt TF 4A_395/2015/4A_253/2015 du 6 janvier 2016, c. 3.2.3 ;

²⁰ Arrêt TF 4A_419/2015 du 19 février 2016, c. 2.1.2. Également CR CO I-PERRENOUD, art. 336 N 57.

²¹ Arrêt TF 4A_365/2020 du 5 avril 2022, c. 3.1.2 ; arrêt TF 4A_59/2017 du 28 juin 2017, c. 4.4.1 ; arrêt TF 4A_419/2015 du 19 février 2016, c. 2.1.2 (bien que moins péremptoire). Voir aussi RÉMY WYLER/BORIS HEINZER, *Droit du travail*, 4^e éd., Berne 2019, p. 719. Plus restrictif : CR CO I-DONATIELLO, art. 337 N 11, qui refuse par principe le caractère justifié si les soupçons s'avèrent injustifiés après coup.

²² Sur la condition de la gravité : Boris ETTER/MARCEL STUCKY, *in* *Etter/Facincani/Sutter* (édit.), *Arbeitsvertrag*, Art. 337 N 32.

²³ Arrêt TF 4A_365/2020 du 5 avril 2022, c. 3.1.2.

²⁴ Arrêt TF 4A_251/2015 et 4A_253/2015 du 6 janvier 2016, c. 3.2.3 ; Boris ETTER/MARCEL STUCKY, *in* *Etter/Facincani/Sutter* (édit.), *Arbeitsvertrag*, Art. 337 N 35.

²⁵ Pour ce même constat : WERNER GLOOR, *in* *Dunand/Mahon* (édit.), *Commentaire du contrat de travail*, 2^e éd., Berne 2022, art. 337 N 57. Constatant les avis divergents en doctrine : THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER/KURT PÄRLI, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, 5^e éd., Berne 2024, N 661 ss.

sans justification raisonnable²⁶. A ce titre, il répète fréquemment que la résiliation ordinaire ne saurait dans tous les cas être soumise à des conditions plus stricte qu'un licenciement immédiat pour de justes motifs²⁷. Dans tous les cas cependant, et bien sûr, il est nécessaire que les soupçons en question se rapportent bien à un élément pour lequel l'employé est responsable²⁸.

3. A la suite de ce dernier point donc, **l'appréciation d'un congé-soupçon n'interviendra donc pas de la même manière selon que l'employé ait été licencié avec effet immédiat ou dans le respect du délai de congé**. Dans le premier cas, le caractère justifié du licenciement (au sens de l'art. 337b CO) pourra être admis uniquement si l'employeur a fait « ce que l'on pouvait exiger de lui pour vérifier l'exactitude des soupçons »²⁹. Une notion indéterminée à laquelle il sera revenu au par. 4 ci-dessous, mais qui suppose bien la mise en œuvre de mesures de clarification appuyées³⁰. Dans le second cas en revanche, soit en présence d'un licenciement ordinaire, le seul fait que l'employeur n'ait pas fait tout ce qui pouvait être attendu de sa part pour vérifier l'exactitude des soupçons ne suffit pas pour rendre le licenciement abusif. Il est en effet requis, en plus, que les accusations aient été portées « à la légère », sans justification raisonnable. Une distinction qui est centrale, dans la mesure où elle pourrait tempérer la nécessité pour un employeur de mener une investigation sur des soupçons apparus lorsqu'il prévoit de ne prononcer « qu'un » licenciement ordinaire. Il n'aurait alors qu'à s'assurer que les soupçons ne sont pas uniquement « pris à la légère », mais qu'ils apparaissent potentiellement justifiés et fondés. Cela étant, dans l'arrêt ici commenté, le Tribunal fédéral semble préciser son approche en ajoutant que, dans tous les cas, l'employé ne saurait être soumis à « l'arbitraire de l'employeur ». Ce dernier devra donc bien mettre en œuvre des vérifications dès le moment où il a des soupçons à l'encontre d'un employé donné, y compris lorsque seul un licenciement ordinaire est envisagé. Le *niveau* des vérifications et leur portée seront toutefois plus tempérés que s'il prévoit un licenciement avec effet immédiat. Dans l'ensemble, cette distinction dans la portée et l'importance des mesures d'instruction est conforme à la différence générale de nature existant entre la résiliation ordinaire et le congé immédiat³¹.

4. L'identification des **mesures de « vérification »** dont il est ici question dépendra naturellement de toutes les circonstances du cas³², dont en premier plan les sanctions envisagées (avertissement, licenciement ordinaire, licenciement avec effet immédiat). Seront aussi pertinents entre autres le nombre de personnes ayant dénoncé les faits en cause, la nature et la gravité objective de ces faits ou encore le domaine d'activité de l'employeur. Les risques réputationnels existant pour l'employé concerné seront également pris en compte, sous l'angle de l'art. 328 CO. Ainsi, l'employeur devrait mettre en œuvre des moyens de vérification plus poussés lorsque les faits concernés apparaissent de nature à pouvoir porter

²⁶ Arrêt TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016, c. 2.3 ; repris au c. 4.2 de l'arrêt commenté. Voir aussi CR CO I-PERRENOUD, art. 336 N 57, qui retient la nature abusive si l'employeur a élevé une accusation portant sur un comportement contraire à l'honneur, sans s'appuyer sur aucun indice sérieux et sans avoir dûment accompli toutes les vérifications que l'on peut attendre de lui.

²⁷ Arrêt TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016, c. 2.3.

²⁸ Cf. par exemple arrêt TF 4A_309/2022 du 4 septembre 2023, c. 3, dans lequel la nature abusive du licenciement est retenue non pas en raison de l'enquête interne menée (qui représentait des « investigations sérieuses », c. 4.3), mais car les faits en découlant ne relevaient pas de la responsabilité de l'employé.

²⁹ Arrêt TF 4A_365/2020 du 5 avril 2022, c. 3.1.2 ; arrêt TF 4A_419/2015 du 19 février 2016, c. 2.4.

³⁰ « *Erhebliche Verdacht* » ; arrêt TF 4A_59/2017 du 28 juin 2017, c. 4.4.1.

³¹ Relevant explicitement cette différence, cf. par exemple l'arrêt TF 4A_3/2023 du 30 août 2023, c. 4.1.

³² TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016, c. 2.4 ; c. 4.1 de l'arrêt commenté.

atteinte à la réputation du travailleur, par exemple en présence de faits de harcèlement sexuel ou de comportement moralement répréhensible. A ce titre, et parmi les mesures de base qui sont usuellement citées³³, l'on contera notamment l'audition de l'employé concerné³⁴, celle des autres personnes qui seraient en tout cas directement impliquées (dont la personne dénonciatrice) de même que l'analyse des documents pertinents (courriels, messages, etc.), dans la mesure bien sûr où l'employeur y aurait accès. A ce sujet, il convient en effet de rappeler que l'employeur ne peut notamment pas librement et dans tous les cas accéder à l'entier des éléments informatiques liés à l'employé, mais doit respecter dans ce cadre l'obligation générale d'information des art. 19 ss de la Loi fédérale sur la protection des données (« LPD » ; RS 235.1) et, cas échéant, les règles applicables selon l'art. 26 de l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (« OLT 3 » ; RS 822.113)³⁵. Pour la forme de ces mesures de vérification, un certain « sérieux » est requis, notamment par l'établissement de procès-verbaux relus et signés par les personnes auditionnées qui reprennent – en tout cas de façon résumée – leurs déclarations³⁶. En parallèle toutefois, et spécifiquement lorsque l'instruction est confiée à un avocat externe, il est encore intéressant de noter que la multiplication des mesures d'instruction mises en œuvre et leur complexité peuvent, paradoxalement, tempérer la possibilité pour l'employeur d'invoquer le secret professionnel de l'avocat³⁷. Enfin, il peut aussi être ajouté qu'une mise en œuvre problématique des mesures d'instruction pourrait – en elle-même – suffire pour rendre un licenciement abusif, ceci même si les soupçons instruits venaient à être confirmés³⁸. Une éventualité n'existant cependant que dans les cas les plus problématiques, impliquant une atteinte directe et grave à la personnalité de l'employé.

5. Les mesures mises en œuvre dans l'arrêt ici commenté ont consisté en l'audition de la personne dénoncée et d'autres employés impliqués (dont la dénonciatrice), ainsi que l'analyse des communications électroniques. A ce titre, **le Tribunal fédéral les considère comme suffisantes**³⁹.

6. Comme ainsi précisé, un licenciement avec effet immédiat qui se fonderait sur des soupçons (i) importants, (ii) liés à des faits graves et (iii) ayant donné lieu à un traitement « sérieux » de la part de l'employeur par la mise en œuvre de toutes les mesures de

³³ Pour quelques exemples de descriptions générales des mesures d'enquête : DAVID RAEDLER, Les enquêtes internes sous l'œil des autres procédures internes à l'employeur, *in* Bohnet/Dunand/Mahon (édit.), Les procédures en droit du travail, Genève – Zurich – Bâle 2020, p. 183 ss, p. 196 ss.

³⁴ Voir par exemple arrêt TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016, c. 2.3. Egalement ALIÉNOR DE DARDEL, Vers un droit d'être entendu avant le licenciement en droit privé ? Les cas du licenciement des travailleurs âgés et du congé-soupçon, PJA 4/2023 p. 423 ss, par. III. B en général ; STÉPHANIE BRUN POGGI, L'employeur privé doit-il entendre son employé avant de le licencier ? *in* Wyler, Panorama III en droit du travail, Berne 2017, p. 443 ss, *passim*. Voir aussi WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 718 (reconnaissant un droit d'être entendu avant le congé-soupçon).

³⁵ A chaque fois bien sûr dans la mesure de leur champ d'application.

³⁶ Notant l'absence de procès-verbaux comme un élément démontrant le « peu de sérieux » de l'enquête interne : arrêt TF 4A_283/2022 du 15 mars 2023, c. 4.3.3. Pour une lecture critique de cet arrêt, cf. CHRISTINE SATTIVA SPRING, Une plainte pour harcèlement à effet boomerang, Résumé et analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_283/2022, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2023, p. 5.

³⁷ Arrêt TF 1B_509/2022 du 2 mars 2023, c. 3.1.2 ; arrêt TF 1B_433/2017 du 21 mars 2018, c. 4.16 : « Une enquête interne ou un audit complexe impliquant l'examen de nombreux documents et des communications internes, ainsi que l'interrogatoire de collaborateurs, peuvent être confiés à l'organe de contrôle de la banque ou à des sociétés de révision ou d'audit et ne constituent pas des activités typiques de l'avocat ».

³⁸ Pour cette éventualité, non-retenue en l'espèce : arrêt TF 4A_157/2022 du 5 août 2022, c. 4.2.3.

³⁹ C. 4 de l'arrêt commenté.

vérification pouvant être attendues de sa part, sera qualifié de justifié au sens de l'art. 337b CO, ceci même lorsque ces soupçons seraient ensuite infirmés. Dans ce dernier cas toutefois, **le Tribunal fédéral opère un exercice particulier en admettant alors un droit de l'employé à recevoir son salaire durant le délai de congé**⁴⁰. Autrement dit : alors que le licenciement avec effet immédiat serait justifié (art. 337b CO), l'employeur devrait néanmoins verser le salaire de l'employé durant ce qui aurait été son délai de congé, soit une application de l'art. 337c al. 1 CO. Un raisonnement que nous ne suivons pas, précisément car le licenciement avec effet immédiat est justifié, même si le soupçon s'avère au final infondé. Mélanger un licenciement avec effet immédiat justifié avec néanmoins l'obligation de verser le salaire durant le délai de congé n'est pas conforme au système régissant les licenciements avec effet immédiat.

B. Les modalités applicables à l'enquête

7. Une question fréquente en pratique consiste à **identifier précisément les modalités qui doivent être suivies lors de l'enquête interne**. Celles-ci font l'objet à la fois de pratiques et considérations variables en pratique et de débats importants en doctrine. Alors que certains auteurs défendent une application quasiment directe des dispositions de la procédure pénale⁴¹, d'autres retiennent un cadre beaucoup moins strict compte tenu de la nature contractuelle du fondement de l'enquête interne. Des débats et considérations qui varient par ailleurs selon la nature des rapports de travail, qu'ils se fondent sur le CO ou la législation publique des rapports de travail (fédérale, cantonale ou communale)⁴².

8. Par un arrêt du 4 mai 2016⁴³, **le Tribunal fédéral avait créé une certaine confusion en la matière, en citant les auteurs qui exprimaient l'avis d'une application par analogie des dispositions et principes de procédure pénale à l'enquête interne**. Il y relatait que « l'employeur était censé accomplir ou faire accomplir, éventuellement par un mandataire externe si l'accusation est grave, une enquête complète comportant, pour le travailleur dénoncé, des garanties équivalentes à celles d'une instruction pénale, telles les possibilités de préparer sa défense, se faire assister d'un conseil et faire administrer des preuves ». Ces développements avaient ensuite été repris en doctrine, certains avis considérant que le Tribunal fédéral s'était alors rallié à cette application des principes de procédure pénale aux enquêtes internes⁴⁴ alors que d'autres le refusaient⁴⁵. Ces **débats avaient ensuite été en partie repris par le Tribunal fédéral dans un arrêt du 26 mai 2020 rendu en matière pénale**, dans lequel il abordait spécifiquement le sujet de l'application des règles de procédure pénale aux enquêtes internes, notamment sous l'angle du principe du *Nemo Tenetur*⁴⁶. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral relevait déjà explicitement que, dans les faits, les règles de la procédure pénale ne pourraient jamais être observées par un employeur⁴⁷. De sorte qu'il ne pouvait être requis de sa part qu'il fournisse toutes les informations prévues à l'art. 158 CPP

⁴⁰ Arrêt TF 4A_59/2017 du 28 juin 2017, c. 4.4.1 ; arrêt TF 4A_507/2010 du 2 décembre 2010, c. 3.5.

⁴¹ Voir notamment les auteurs cités par ALIÉNOR DE DARDEL, *op. cit.*, nbp 75.

⁴² Cf. par. 12 *infra*.

⁴³ Arrêt TF 4A_694/2015 du 4 mai 2016, c. 2.4.

⁴⁴ Par exemple MATTHIAS MEIER/SIMON HAMPL, *Beschaffung von Beweisen und deren Verwertung im arbeitsrechtlichen Prozess*, ARV 2021 1 ss, p. 3 ; AURÉLIEN WITZIG, *Droit du travail*, Genève/Zurich/Bâle 2018, N 799.

⁴⁵ Par exemple RÉMY WYLER, *Droit du travail*, JdT 2017 II 227 ss, p. 240 ; aussi WYLER/HEINZER, *op. cit.*, p. 720. Voir également et plus généralement ALIÉNOR DE DARDEL, *op. cit.*, nbp 81 pour une évocation de ces avis.

⁴⁶ Arrêt TF 6B_48/2020 du 26 mai 2020, c. 5. Voir aussi DAVID RAEDLER, *L'utilisation en procédure pénale des résultats d'une enquête interne in GesKR 4/2020*, p. 544 ss, *passim*.

⁴⁷ Arrêt TF 6B_48/2020 du 26 mai 2020, c. 5.3.

préalablement à l'audition de l'employé. Seul resterait à déterminer, dans l'éventuelle procédure pénale subséquente, si l'autorité pénale peut elle-même faire usage des résultats de l'enquête interne pour mener sa propre instruction et prononcer une sanction pénale⁴⁸. Le Tribunal fédéral n'avait en revanche pas explicitement exclu complètement une certaine influence éventuelle des principes découlant des règles du CPP sur l'enquête interne.

9. Ces questions et interrogations apparaissent aujourd'hui définitivement closes compte tenu de l'arrêt ici commenté. C'est ici la première fois que le Tribunal fédéral est à ce point clair sur **l'absence d'application – directement ou par analogie – des règles et garanties de nature pénale dans le processus d'enquête interne**⁴⁹. Un constat qui s'applique à tous les volets de l'enquête interne, qu'il s'agisse de l'information de la personne concernée, de son audition, de son droit d'être assistée à cette occasion ou encore du droit de participer plus généralement à l'instruction. Dans tous ces cas, le Tribunal fédéral exclut une pertinence des règles du CPP lors de l'enquête interne. Pour motiver sa position, il relève que l'employé n'est pas soumis au même pouvoir de contrainte de la part de son employeur que l'est l'administré face à l'autorité pénale : alors que le second risque une véritable peine (amende, peine pécuniaire ou peine privative de liberté), le premier ne risquerait « au pire » qu'un licenciement ordinaire dans le respect du délai de congé⁵⁰. Ce raisonnement est logique et peut être admis sur le principe. En effet, le lien de subordination de l'employé vis-à-vis de son employeur n'est pas de la même intensité que le rapport de force publique qui existe entre l'administré et l'Etat. Cela étant, le développement du Tribunal fédéral reste étonnant sur deux aspects. Premièrement, en retenant que l'employé risque « au pire » un licenciement ordinaire, il semble oublier l'existence du licenciement avec effet immédiat des art. 337 ss CO – lequel est pourtant évoqué immédiatement après en lien avec le congé-soupçon... Deuxièmement, l'exclusion d'une application *directe* de la procédure pénale à l'enquête interne n'implique pas pour autant que l'employeur n'est soumis à aucune restriction réelle dans sa marge de manœuvre : l'art. 328 CO mentionné par le Tribunal fédéral comme étant une « porte d'entrée » des droits fondamentaux dans les rapports de travail pose bien le cadre que doit respecter l'employeur. Et c'est à sa lumière précisément – et non au regard de la procédure pénale – que les modalités de l'enquête interne devraient être identifiées.

10. A la suite de ce dernier point cependant, le Tribunal fédéral ne se contente justement pas d'exclure simplement une portée des règles de procédure pénale à l'enquête interne. Allant un stade plus loin, il **reprend à plusieurs reprises des exigences exprimées par le CPP et en s'en sert pour interpréter, a contrario, les règles qui s'appliquent à l'enquête interne**. En d'autres termes, le Tribunal fédéral liste des obligations découlant du CPP pour retenir que l'inverse est vrai lors de l'enquête interne menée par un employeur privé. Ainsi, concernant tout d'abord l'information de la personne concernée avant son audition, le Tribunal fédéral opère un parallèle relativement étonnant avec l'art. 158 al. 1 CPP qui liste les informations à donner lors de la première audition d'un prévenu. Il en déduit que, vu que l'information relative aux infractions soupçonnées (let. a) et au droit de faire appel à un défenseur (let. c) n'intervient qu'au moment de la première audition en droit pénal, il n'y a pas lieu de retenir une obligation à charge de l'employeur de communiquer une information préalable à l'employé auditionné lors d'une enquête interne⁵¹. Répétant l'exercice, le Tribunal fédéral

⁴⁸ Arrêt TF 6B_48/2020 du 26 mai 2020, c. 5.3.

⁴⁹ C. 4.1 et 4.4 de l'arrêt commenté.

⁵⁰ C. 4.1 de l'arrêt commenté.

⁵¹ C. 4.4.1 de l'arrêt commenté.

opère aussi un parallèle entre l'art. 143 al. 6 CPP (obligation de principe du comparant à l'audition pénale de faire ses déclarations de mémoire, sans document) et la possibilité pour l'employé auditionné de venir avec des documents ou autres pièces qui lui permettraient de préciser ses propres dires : là encore, le Tribunal fédéral considère qu'un tel droit ne saurait exister au motif qu'il n'existe « même pas » en droit pénal. En troisième lieu encore, le Tribunal fédéral compare aussi l'information donnée à l'employé visé par l'enquête interne et celle qui doit figurer dans l'acte d'accusation du Ministère public selon l'art. 325 al. 1 CPP⁵². Il constate notamment que l'art. 325 al. 1 let. f CPP exige que le prévenu se voie communiqué « le plus brièvement possible, mais avec précision, les actes reprochés au prévenu, le lieu, la date et l'heure de leur commission ainsi que leurs conséquences et le mode de procéder de l'auteur ». Et, toujours selon la même logique, retient qu'un tel degré d'information n'est pas requis dans le cadre de l'enquête interne, en raison du fait qu'elle n'est pas comparable avec une enquête pénale. Pour finir, il fait même un parallèle entre la « condamnation pour soupçon » et le « congé-soupçon », notant que l'adage *in dubio pro reo* de l'art. 10 al. 3 CPP ne s'applique pas aux rapports de travail⁵³.

11. Dans l'ensemble, cette manière de procéder du Tribunal fédéral a de quoi étonner. En effet, **les obligations revenant à l'employeur ne sont ni les mêmes, ni influencées, ni même inspirées des règles de droit pénal**. Une partie d'entre elles découle des règles générales en protection de la personnalité (art. 28 CC), qu'il s'agisse de l'art. 328 CO ou des dispositions de protection des données. A ce titre d'ailleurs, et comme il y sera revenu au par. C *infra*, il est encore plus étonnant que le Tribunal fédéral n'ait pas même évoqué la LPD dans son arrêt, du fait que plusieurs des questions examinées (dont l'information à la personne concernée) sont pourtant directement influencées par cette loi. En se concentrant sur une application *a contrario* du droit de la procédure pénale, et sans évoquer la LPD, le raisonnement du Tribunal fédéral apparaît en partie lacunaire. Et la portée de « l'analogie par opposition » qui est utilisée par le Tribunal fédéral, peu claire. Faut-il par exemple retenir que tout droit de ne pas s'auto-incriminer (*Nemo Tenetur*) de l'employé devrait être exclu car il existe en procédure pénale (cf. art. 113 al. 1 CPP pour le prévenu) et qu'on n'applique pas les règles de procédure pénale à l'enquête interne ? Ou, au contraire, qu'il doit s'y appliquer précisément car il ne faut pas être plus strict dans l'enquête interne qu'en procédure pénale ? De même, faudrait-il exclure toute possibilité pour une personne de se faire assister d'un conseil ou d'une personne de confiance au motif que ce droit existe en procédure pénale (art. 127 CPP) et que cette règle n'est pas applicable à l'enquête interne ? Ces deux exemples montrent que le raisonnement du Tribunal fédéral n'est pas entièrement satisfaisant et qu'il aurait été préférable qu'il se concentre plutôt sur l'art. 328 CO et la LPD.

12. A noter enfin que les principes qui précèdent sont posés et exprimés par le Tribunal fédéral en ce qui concerne les enquêtes internes menées par des employeurs de droit privé⁵⁴. Le constat ne serait en revanche pas exactement le même pour un **employeur de droit public qui mènerait une telle instruction**. Celui-ci est en effet, par nature, soumis aux droits fondamentaux, qui comprennent également les garanties procédurales. En conséquence, un cadre plus strict entourera les modalités applicables à l'enquête interne « publique », notamment pour ce qui relève du droit d'être entendu. Cela étant, une telle enquête interne

⁵² C. 4.4.3 de l'arrêt commenté.

⁵³ C. 4.4.3 de l'arrêt commenté.

⁵⁴ Cf. notamment c. 4.4.3 de l'arrêt commenté : « *Doch wie bereits erwähnt wurde, ist die interne Untersuchung eines privaten Arbeitgebers nicht vergleichbar mit einer staatlichen Strafuntersuchung* ».

« publique » n'est pas non plus comparable à une procédure pénale. En particulier, le raisonnement suivi par le Tribunal fédéral en lien avec les risques de sanction (qui sont bien plus importants en procédure pénale qu'en droit du travail) s'applique pleinement aussi aux employeurs publics. Tempérant donc, là aussi, l'éventualité de soutenir une application des règles de procédure pénale. A notre sens donc, il convient de retenir que les enquêtes internes « publiques » ne doivent pas non plus se voir appliquer par analogie les règles de procédure pénale, y compris pour ce qui relève des modalités applicables. Seules les garanties procédurales plus générales – qui s'appliquent également à la procédure administrative – doivent influencer les modalités suivies, notamment pour ce qui relève du droit d'être entendu (et de ses tempéraments) ou du droit d'être assisté d'un conseil. C'est ici bien l'application des règles de *procédure administrative* qui assure le respect des droits fondamentaux et non celle des dispositions de *procédure pénale*.

C. Le droit à l'information

13. En troisième lieu, l'arrêt qui est ici commenté est intéressant spécifiquement sur la question de **l'information communiquée à la personne visée par l'enquête interne**. Ceci plus précisément sous l'angle de savoir s'il suffit de lui donner des informations générales sur les faits en cause ou si, au contraire, il doit en recevoir le détail exact. Et, par la même occasion, s'il doit donc se voir communiquer les noms des personnes entendues ou autrement impliquées dans l'instruction. Comme cela a été décrit au par. II *supra*, le Tribunal fédéral conclut que l'information en question peut effectivement demeurer générale, tant que la substance des reproches peut en tout cas être comprise. Et, vu les obligations en protection de la personnalité contradictoires qui peuvent revenir à l'employeur vis-à-vis des différentes personnes impliquées dans l'enquête interne, il doit se voir reconnaître la possibilité de conserver anonymes les noms et détails précis des personnes entendues. Ceci d'autant plus, toujours selon le Tribunal fédéral, considérant les conséquences négatives importantes qui peuvent affecter des employés dont le nom serait communiqué à la personne visée par l'enquête interne⁵⁵. Allant un stade plus loin, le Tribunal fédéral retient même que la doctrine ne remettrait pas en question « le fait que des données nominatives ne doivent pas être transmises à la personne accusée »⁵⁶. En conclusion donc, le Tribunal fédéral apparaît confirmer de manière très générale la possibilité pour l'employeur de ne pas partager avec la personne visée par l'enquête le nom ou d'autres éléments permettant l'identification des autres personnes impliquées.

14. Cette affirmation pour le moins tranchée du Tribunal fédéral a toutefois de quoi étonner. En effet, **la question de savoir quelles informations doivent être communiquées à la personne visée par l'enquête, et respectivement à quelles informations elle peut demander accès, dépend en premier lieu de l'art. 328 CO et des règles de la LPD⁵⁷**. Pourtant, comme déjà mentionné *supra*, le Tribunal fédéral ne fait aucune référence à la législation en matière de protection des données, que ce soit sous l'angle de l'obligation d'information (art. 19 ss LPD), du droit d'accès (art. 25 ss LPD) ou même du principe très général de la transparence (art. 6 al. 3 LPD). Une lacune qui, dans cet arrêt, demeure incompréhensible.

⁵⁵ C. 4.4.3 de l'arrêt commenté.

⁵⁶ « Dass die Personalien nicht an die beschuldigte Person weitergeleitet werden dürfen, steht in der Lehre, soweit ersichtlich, ausser Frage. » ; c. 4.4.3 de l'arrêt commenté.

⁵⁷ JEAN-PHILIPPE DUNAND/DAVID RAEDLER, in Dunand/Mahon (édit.), Commentaire du contrat de travail, 2^e éd., Berne 2022, Art. 328 N 76.

Ceci *a fortiori* vu le propos très engagé du Tribunal fédéral quant à cette unanimité d’auteurs qui retiendrait que des informations personnelles ne sauraient être transmises à la personne visée par l’enquête.

15. En réalité donc, **le raisonnement est plus complexe que ce que semble retenir ici le Tribunal fédéral**. Confronté à la mise en œuvre d’une enquête interne, l’employeur doit bien – comme relevé sur ce point par le Tribunal fédéral – opérer une soigneuse appréciation des faits afin de protéger au mieux la personnalité de chacune des personnes impliquées conformément à ses obligations découlant de l’art. 328 CO. Un exercice qui doit se retrouver aussi dans l’interprétation et l’application des règles en matière de protection des données, que ce soit conformément à l’art. 20 LPD (exceptions à l’obligation d’informer) ou l’art. 26 LPD (exceptions au droit d’accès). Dans les deux cas, l’information donnée à la personne visée par l’enquête pourra être restreinte, voire en partie exclue, pour tenir compte des intérêts prépondérants de tiers. Une situation particulièrement importante lorsque la personne dénonciatrice, ou d’autres personnes auditionnées dans le cadre de l’enquête, pourraient faire l’objet d’actes de rétorsion ou de vengeance de la part de la personne dénoncée. Ceci que ces actes visent les rapports de travail eux-mêmes ou d’autres aspects liés aux personnes en question, dont leur carrière ou leur vie personnelle.

16. Il est à noter que cette pertinence de la LPD en lien avec le droit à l’information de la personne visée par l’enquête **n’est pas écartée par la jurisprudence en partie restrictive du Tribunal fédéral en matière de droit d’accès**. En effet, alors même que le Tribunal fédéral ait restreint ce droit d’accès en lien avec les rapports de travail – notamment pour éviter des *fishing expeditions* de la part d’employés⁵⁸ – cela n’amène bien sûr pas à tout simplement exclure l’application de la LPD aux rapports de travail, ni plus spécifiquement aux enquêtes internes. En outre, les jurisprudences précitées ne concernent que le droit d’accès et non, par exemple, l’obligation d’information⁵⁹.

17. Dans l’ensemble, nous retenons que **la personne visée par l’enquête devra bien se voir présenter la substance des reproches et autres éléments qui lui sont opposés**. Une substance qui doit être suffisamment précise pour qu’elle puisse comprendre le cadre de l’enquête et, ainsi, correctement se défendre. En revanche, il est correct de retenir qu’il n’y a pas d’obligation de communiquer les noms ou d’autres informations identifiables à la personne visée par l’enquête, en tout cas lorsque cela s’avèrerait incompatible avec les obligations découlant pour l’employeur de l’art. 328 CO et de la LPD. L’anonymat est donc possible dans une enquête interne et ne sera pas tempéré en tout cas sous l’angle de la LPD. Un constat qui ne s’étend en revanche pas nécessairement à l’hypothèse, postérieure, dans laquelle le litige deviendrait judiciaire. Dans ce cas en effet, l’employé visé par l’enquête interne pourra le plus souvent citer à témoigner les personnes en question.

18. A la suite de ce dernier point, une question parallèle consiste donc à savoir **si l’employeur lui-même peut s’imposer l’anonymat des personnes qui dénonceraient des faits**. Une hypothèse, abordée par le Tribunal fédéral sans pour autant être tranchée⁶⁰, qui est réalisée par exemple lorsque l’employeur met en place une plateforme de dénonciation anonyme, par laquelle des travailleurs, clients ou fournisseurs peuvent dénoncer des

⁵⁸ Arrêt TF 4A_277/2020 du 18 novembre 2020, c. 5.3 à 5.5 ; également ATF 147 III 139, c. 1.7.2. Voir aussi DAVID RAEDLER, La fouille illicite de messages privés par l’employeur : entre traitement et moyens de preuve illicites ; analyse de l’arrêt du Tribunal fédéral 4A_518/2020, Newsletter DroitDuTravail.ch octobre 2021, p. 7.

⁵⁹ Sur l’obligation d’information : DUNAND/RAEDLER, *op. cit.*, art. 328 N 76 et Art. 328b N 1.

⁶⁰ C. 4.4.3 de l’arrêt commenté.

comportements constatés en lien avec l'entreprise sans pour autant communiquer d'informations personnelles, qu'il s'agisse d'un numéro de téléphone, d'une adresse électronique ou même, dans certains cas, d'une adresse IP automatiquement récoltée. Cette solution présente le fort avantage d'éviter dans tous les cas que l'employeur ne puisse être contraint de communiquer des données nominatives sur les personnes ayant participé à l'enquête. A l'inverse toutefois, elle s'avère également potentiellement dangereuse du fait que les personnes usant de ces voies de dénonciation anonymes peuvent en abuser et s'en servir pour porter faussement atteinte à une personne particulière. La nature anonyme rend par ailleurs les vérifications par l'employeur plus difficile. A notre sens, le critère déterminant résidera ici dans la force probante des informations obtenues par le biais de la plateforme de dénonciation : plus les informations communiquées sont probantes, plus l'admissibilité de cette manière de procéder sera donnée. Accroissant donc l'éventualité que le licenciement qui serait prononcé suite à l'enquête interne ne soit ni abusif, ni injustifié (s'il intervient avec effet immédiat). Cette force probante pourra découler soit d'un faisceau d'indices convergeant avec les informations anonymement reçues, soit de la possibilité de néanmoins échanger avec la personne, par exemple par le biais d'un système de messagerie anonyme. Dans un tel cas, les éventuelles questions complémentaires ou demandes d'information par l'employeur pourront permettre de préciser les dénonciations et, ainsi, en assurer le caractère probant.

IV. Conclusion

19. En conclusion, cet arrêt du Tribunal fédéral est utile en tant qu'il tranche enfin clairement la question de l'application ou non des principes et règles de procédure pénale à l'enquête interne : lorsqu'une telle instruction est mise en œuvre par un employeur privé, les règles de procédure pénale ne s'y appliquent pas et ne doivent pas non plus servir d'inspiration. A notre sens, ce raisonnement doit s'étendre également aux enquêtes qui seraient mises en œuvre par des employeurs publics, précisément car les rapports de force n'y sont pas non plus identiques à ceux valant en procédure pénale. Par ailleurs, cet arrêt est également intéressant par le fait qu'il confirme qu'une communication de données nominatives ou autrement identifiables à la personne visée par l'enquête sur les personnes y ayant pris part n'est pas requise pour respecter les exigences de l'art. 328 CO et, donc, assurer un processus valable.

20. En revanche, cet arrêt demeure très insatisfaisant par sa complète absence de référence à la LPD. Ceci alors que c'est bien dans la LPD que se trouvent les règles sur l'information des travailleurs et, potentiellement, leur droit d'accès à leur dossier personnel. Des règles qui, précisément, jouent un rôle potentiellement grand lors d'enquêtes internes. Dès lors, les principes généraux pouvant être déduits de cet arrêt doivent, en tout cas pour ce qui se rapporte à l'anonymat des personnes ayant participé à l'instruction, être tempérés.