COUR DE CASSATION

RAPPORT DE Mme OTT, CONSEILLERE

Arrêt n° 802 du 29 juin 2022 – Chambre sociale

Pourvoi n° 21-11.437

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes du 11 décembre 2020

société Crédit mutuel Arkéa
C/
M. [E] [D]

_____

1 - Rappel des faits et de la procédure

M. [D], engagé le 23 juillet 1990 en qualité de conseiller clientèle par le Crédit mutuel Arkéa (la société), occupant en dernier lieu le poste de directeur de caisse, a été mis à pied à titre conservatoire le 21 janvier 2015. Convoqué à un entretien préalable au licenciement s'étant tenu le 12 février 2015, il a sollicité la réunion du conseil de discipline qui a eu lieu le 10 mars 2015. Il a été licencié le 11 mars 2015 pour faute grave.

La teneur de la lettre de licenciement[1] du 11 mars 2015 est ainsi rappelée dans l'arrêt d'appel (p.5) :

[1] La lettre de licenciement figure en production n°5 annexée au mémoire ampliatif.

« *Votre comportement inapproprié, basé sur une alternance d'attitude d'exigence agressive et d'attitude d'empathie est incompatible avec l'exercice de vos fonctions et ne permet pas aux collaborateurs d'exercer leur activité dans des conditions de sérénité et de sécurité psychologiques normales. Certaines collaboratrices ont exprimé un malaise profond et une réelle souffrance de devoir subir soit une remise en cause injustifiée de leurs capacités professionnelles, soit des propos relatifs à leur physique, leur vie privée ou à caractère ouvertement sexuel.*
Une collaboratrice a eu à souffrir gravement de vos propos grossiers et dégradants, d'avances et d'insinuations à caractère explicitement sexuel. Votre comportement est d'autant plus inacceptable que vous êtes le responsable hiérarchique de ces collaborateurs et que ces faits se sont répétés dans le temps. Par voie de conséquence, les conditions de travail s'en sont trouvées lourdement altérées et vous avez fait peser un risque grave sur la santé des collaborateurs.
Cette situation impose une rupture immédiate de votre contrat de travail ». (cf prod. n°5 du mémoire ampliatif)

Le 26 octobre 2015, le salarié a saisi la juridiction prud'homale aux fins de contester son licenciement.

Par jugement du 6 juillet 2017, le conseil des prud'hommes de Lorient a dit que le licenciement du salarié repose sur une faute grave et l'a débouté de l'ensemble de ses demandes.

Par arrêt du 11 décembre 2020, la cour d'appel de Rennes a infirmé le jugement, sauf en ce qu'il a débouté le salarié de sa demande de dommages-intérêts au titre d'un préjudice moral, et, statuant à nouveau, a dit que le licenciement est dépourvu de cause réelle et sérieuse et a condamné l'employeur au paiement de diverses sommes au titre d'une prime et des congés payés afférents, d'indemnité compensatrice de préavis et des congés payés afférents, de l'indemnité conventionnelle de licenciement et d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, a ordonné le remboursement des indemnités chômage versées au salarié dans la limite de six mois et a condamné l'employeur à la remise sous astreinte des documents de fin de contrat.

DA :2 février 2021
MA : déposé le 2 juin 2021 et signifié le 9 juin 2021 au défendeur par acte d'huissier. Dde Art. 700 CPC: 3 000 €
MD : déposé et notifié le 9 août 2021. Dde Art.700 CPC: 3 500 €
La procédure paraît régulière.

2- Analyse succincte du moyen

La société fait grief à l'arrêt de dire que le licenciement du salarié était dépourvu de cause réelle et sérieuse, de la condamner à lui payer des sommes à titre d'indemnité compensatrice de préavis, de congés payés afférents, d'indemnité conventionnelle de licenciement et à titre d'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, et d'ordonner le remboursement par la société à tout organisme

financier intéressé des indemnités chômage versées au salarié dans la limite de six mois, alors :

« 1°/ ***qu'en matière prud'homale, la preuve est libre*** *; que* ***l'enquête interne réalisée par l'employeur pour établir l'existence des faits de harcèlement sexuel et moral reprochés à un salarié n'est soumise à aucun formalisme et ne peut être écartée des débats comme déloyale au prétexte de prétendus dysfonctionnements dans son déroulement*** *; qu'en l'espèce, il était constant entre les parties qu'à la suite de la dénonciation par deux salariées du Crédit Mutuel de faits de harcèlement moral et sexuel de la part de leur supérieur hiérarchique, la société exposante a mené une enquête interne et interrogé les salariés en relation directe avec ces faits, en l'occurrence, M. [D] et Mmes [W] et [K] et que, dans le cadre de cette enquête, le salarié licencié a admis la matérialité des faits fautifs ; que pour juger que le comportement fautif de M. [D] n'était pas caractérisé et écarter l'existence d'une faute grave de sa part, la cour d'appel a néanmoins estimé que l'enquête interne menée par l'exposante aurait été déloyale dès lors qu'elle s'était déroulée sans audition de l'ensemble des salariés témoins ou intéressés par les faits litigieux, que les salariées ayant dénoncé les faits ont été entendues ensemble, que le compte-rendu n'était pas signé et que la durée de « l'interrogatoire » de M. [D] n'était pas précisée, pas plus que les temps de repos ;* ***qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter cet élément de preuve pour déloyauté, la cour d'appel, qui a subordonné l'enquête interne à un formalisme que la loi n'exige pas, a violé les articles L. 1152-1, L. 1152-4, L. 1152-5, L. 1153-1, L. 1153-5, L. 1153-6, ensemble les articles L. 1234-1, L. 1234-9 et L. 1235-1 du code du travail*** *;*

2°/ qu'en matière prud'homale, la preuve est libre ; ***qu'en cas de dénonciation de faits de harcèlement sexuel ou moral par un ou plusieurs salariés, l'employeur n'est pas tenu de saisir ou d'informer les instances représentatives du personnel*** *; que pour juger que le comportement fautif de M. [D] n'était pas caractérisé et écarter l'existence d'une faute grave de sa part, la cour d'appel a estimé que l'enquête interne menée par l'exposante aurait été déloyale en l'absence d'information ou de saisine du CHSCT ;* ***qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a là encore subordonné la preuve de l'existence du harcèlement moral et sexuel à une condition que la loi ne prévoit pas, a violé les articles L. 1152-1, L. 1152-4, L. 1152-5, L. 1153-1, L. 1153-5, L. 1153-6, ensemble les articles L. 1234-1, L. 1234-9 et L. 1235-1 du code du travail*** *;*

3°/ ***qu'en matière prud'homale, la preuve est libre*** *;* ***que les faits de harcèlement moral et sexuel peuvent en conséquence être démontrés par l'employeur par tous moyens*** *; que les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les moyens dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties ; qu'en l'espèce, afin d'établir la matérialité des faits de harcèlement reprochés à M. [D], la société Crédit Mutuel faisait valoir qu'à la suite de la révélation des faits litigieux, et parallèlement à l'enquête interne menée auprès des salariées ayant dénoncé les faits, des entretiens avaient été réalisés avec les autres collaborateurs de M. [D] ; qu'étaient ainsi versés aux débats les comptes rendus de ces entretiens, au cours desquels de nombreux salariés de l'entreprise avaient fait état des propos déplacés et des méthodes de management agressives de M. [D] ; que pour juger que le comportement fautif de M. [D] n'était pas caractérisé, la cour d'appel s'est bornée à considérer que l'enquête interne menée par l'exposante était déloyale en l'absence d'audition de l'ensemble des salariés témoins ou intéressés par les faits dénoncés et d'information ou de saisine du CHSCT ;* ***qu'en statuant ainsi, sans s'expliquer sur les autres pièces versées aux débats par la société Crédit Mutuel, dont il ressortait que d'autres salariés de l'entreprise avaient été entendus et témoignaient des faits de harcèlement moral et sexuel reprochés à M. [D] dans la lettre de licenciement, la cour d'appel a privé sa décision de base***

légale au regard des articles L. 1152-1, L. 1152-4, L. 1152-5, L. 1153-1, L. 1153-5, L. 1153-6, ensemble les articles L. 1234-1, L. 1234-9 et L. 1235-1 du code du travail.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Preuve par l'employeur des faits de harcèlement sexuel imputés au salarié, licencié pour faute grave, et liberté de preuve en matière prud'homale : déloyauté de l'enquête menée en interne par l'employeur ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 Rappel des textes

harcèlement moral :
Article L1152-1 du code du travail :
Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel.

article L1152-4 du code du travail :
L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les agissements de harcèlement moral.
Les personnes mentionnées à l'article L. 1152-2 sont informées par tout moyen du texte de l'article 222-33-2 du code pénal.

Article L1152-5 :
Tout salarié ayant procédé à des agissements de harcèlement moral est passible d'une sanction disciplinaire.

harcèlement sexuel :
Article L1153-1 du code du travail
Aucun salarié ne doit subir des faits :
1° Soit de harcèlement sexuel, constitué par des propos ou comportements à connotation sexuelle répétés qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ;
2° Soit assimilés au harcèlement sexuel, consistant en toute forme de pression grave, même non répétée, exercée dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

Article L1153-5, dans sa version antérieure à la loi n°2018-771 du 5 septembre 2018, en vigueur du 06 août 2014 au 01 janvier 2019

L'employeur prend toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel, d'y mettre un terme et de les sanctionner.
Dans les lieux de travail ainsi que dans les locaux ou à la porte des locaux où se fait l'embauche, les personnes mentionnées à l'article L. 1153-2 sont informées par tout moyen du texte de l'article 222-33 du code pénal.

Article L1153-6 :
Tout salarié ayant procédé à des faits de harcèlement sexuel est passible d'une sanction disciplinaire.

On notera la différence de rédaction du premier alinéa de l'article L1153-5 qui définit plus précisément et strictement l'obligation de prévention en matière de harcèlement sexuel, l'employeur devant prendre toutes dispositions nécessaires en vue de prévenir les faits de harcèlement sexuel mais également « d'y mettre un terme et de les sanctionner », un tel ajout ne se retrouvant pas à l'article L.1152-4 relatif à la prévention du harcèlement moral.

4-2 Rappel sur le licenciement pour faute grave

On sait que la faute grave est celle qui rend impossible le maintien du salarié dans l'entreprise : Soc., 27 septembre 2007, pourvoi n° 06-43.867, Bull. 2007, V, n° 146.

La gravité du manquement imputé est appréciée in concreto, au regard du contexte, de la nature des agissements, des fonctions exercées par le salarié dans l'entreprise, de son ancienneté, d'éventuels manquements antérieurs et du préjudice en résultant pour l'employeur.

Notre chambre exerce un contrôle sur la qualification de la faute grave mais c'est aux juges du fond qu'il revient d'apprécier souverainement quels sont les faits qu'ils retiennent comme établis.

4-2-1 faute grave et harcèlement commis par le salarié

Notre chambre admet que des faits de harcèlement moral de la part d'un salarié justifient le licenciement de ce dernier pour faute grave.
Voir ainsi à titre d'illustration, :

* Soc., 21 mai 2014, pourvoi n° 12-25.315 :

Mais attendu qu'ayant retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des éléments de fait et de preuve, que le salarié avait, entre mars et décembre 2009, commis des faits répétés d'insultes, de menaces verbales et physiques et de comportements humiliants et dégradants à l'encontre des agents d'entretien, la cour d'appel **en a exactement déduit que ce comportement, constitutif de harcèlement moral, rendait impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et constituait une faute grave** ; que le moyen n'est pas fondé ;

* Soc., 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-20.085, cité par le mémoire ampliatif :

Vu les articles L. 1152-1 et L. 1152-4 du code du travail ;
Attendu selon l'arrêt attaqué, que M. X..., engagé par la chambre syndicale typographique parisienne le 27 janvier 1975, exerçant en dernier lieu les fonctions de directeur financier, a été licencié pour faute grave le 16 novembre 2007 ;

Attendu que pour dire que le licenciement n'est pas justifié pour faute grave, l'arrêt retient que si le grief de harcèlement est établi à l'encontre du salarié, ce qui justifie que l'employeur l'ait licencié dans le cadre de son obligation de sécurité afin d'empêcher la dégradation des conditions de travail de la salariée victime de ces agissements, l'employeur pouvait néanmoins prendre des dispositions pour assurer la séparation de ces deux salariés pendant le préavis ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait relevé que le salarié avait eu à diverses reprises des attitudes, gestes et paroles déplacés à l'égard d'une salariée ayant entraîné pour celle-ci un état dépressif majeur**, ce qui était de nature à caractériser un comportement rendant impossible son maintien dans l'entreprise et constitutif d'une faute grave, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés** ;

Il en est de même de faits de harcèlement sexuel. Voir en ce sens, Soc., 24 septembre 2008, pourvoi n° 06-46.517, Bull. 2008, V, n° 177, ayant jugé que « *Caractérise un harcèlement sexuel (constitutif d'une faute grave) la cour d'appel, qui, appréciant la valeur et la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis, a relevé que le salarié, cadre, avait eu un comportement, dénoncé par sa subordonnée mineure, consistant à tenter de l'embrasser contre son gré sur le lieu de travail, à l'emmener à son domicile en renouvelant à cette occasion des avances de nature sexuelle et à l'appeler fréquemment au téléphone en dénigrant la relation affectueuse que celle-ci entretenait avec un tiers, provoquant par ces agissements angoisse voire dépression.* »

Soc., 14 septembre 2016, pourvoi n° 15-14.630 :
Mais attendu qu'abstraction faite d'un motif surabondant critiqué par la première branche, la cour d'appel qui a constaté l'existence des faits de harcèlement sexuel reprochés au salarié, a pu en déduire qu'ils rendaient impossible le maintien du salarié dans l'entreprise et étaient dès lors constitutifs d'une faute grave ; que le moyen n'est pas fondé ;

Notre jurisprudence se montre stricte puisque nous considérons que les faits, qualifiés de harcèlement sexuel par les juges du fond, constituent nécessairement une faute grave lorsque le licenciement est notifié pour faute grave. Ainsi, cassation d'arrêts ayant retenu une seule cause réelle et sérieuse de licenciement :

* Soc., 19 avril 2000, pourvoi n° 98-40.583 :

Vu les articles L. 122-6 et L. 122-8 du Code du travail ;
Attendu que M. Y... a été engagé par la société Saliens Industries le 8 avril 1980 ; qu'il a été licencié pour faute grave par lettre du 25 octobre 1995 ;
Attendu que, pour juger que le licenciement de M. Y... reposait sur une cause réelle et sérieuse et non sur une faute grave, les juges du fond ont relevé que les faits reprochés à M. Y... ne rendaient pas impossible la poursuite du contrat de travail pendant la durée limitée du préavis ;
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que M. Y..., qui exerçait des responsabilités dans l'entreprise, avait abusé de l'autorité que lui conféraient ses fonctions et avait exercé des pressions sur une salariée, amenée quotidiennement à faire le ménage de son atelier, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit, ce dont il résultait que les faits de harcèlement sexuel commis par le salarié rendaient impossible son maintien dans l'entreprise, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé les dispositions susvisées ;

* Soc., 5 mars 2002, pourvoi n° 00-40.717, Bulletin civil 2002, V, n°, 83 :
« *Aux termes de l'article L. 122-46 du Code du travail, constituent un harcèlement sexuel les agissements de la personne qui, abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, a donné des ordres, proféré des menaces, imposé des contraintes ou exercé des pressions de toute nature sur un salarié dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers. De tels faits étant nécessairement constitutifs d'une faute grave, encourt la cassation l'arrêt qui, bien qu'ayant retenu que le grief de harcèlement sexuel était établi à l'encontre d'un salarié, estime néanmoins qu'il ne s'agissait pas d'une faute grave.* »

Etant observé que ces deux arrêts ont été rendus sur le fondement de l'article L.122-46 du code du travail dans sa version antérieure à la loi n°2002-73 du 17 janvier 2002 .

* Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.151 (cassation d'un arrêt ayant écarté la faute grave) :
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que dans leurs attestations les jeunes stagiaires déclaraient que le salarié leur avait tenu les propos suivants : "bon, c'est quand qu'on couche ensemble" et leur avait posé des questions intimes sur leur vie privée, **ce qui était de nature à caractériser un harcèlement sexuel , la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés** ;

et pour des illustrations plus récentes :
* censure d'un arrêt excluant la faute grave au visa de l'article L.1153-1 : Soc., 13 juillet 2017, pourvoi n° 16-12.493:
Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que la matérialité et le caractère fautif des faits reprochés au salarié, qui n'en contestait que la qualification de harcèlement sexuel , résultaient de son comportement insistant, évolutif puis violemment agressif par l'envoi d'un message pornographique, insultant, dégradant et d'un effet très préjudiciable pour sa destinataire, **ce qui était de nature à caractériser un harcèlement sexuel , la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés** ;

* Soc., 27 mai 2020, pourvoi n° 18-21.877 par lequel la chambre a censuré, au visa des articles L. 1234-1 et L. 1234-9 du code du travail, ce dernier article dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017, une décision qui avait dit le licenciement sans cause réelle et sérieuse, en jugeant que :
En statuant ainsi, alors qu'elle avait constaté que le salarié avait tenu à l'encontre d'une collègue de travail des propos dégradants à caractère sexuel, **ce qui était de nature à rendre impossible son maintien dans l'entreprise, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés**.

Pour des arrêts retenant l'existence d'une faute grave, rejet des pourvois:
Soc., 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-12.930, Bull. 2012, V, n° 9 :
Mais attendu que le fait pour un salarié d'abuser de son pouvoir hiérarchique dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles constitue un harcèlement sexuel même si les agissements ont lieu en dehors du temps et du lieu de travail ;
Et attendu que la cour d'appel, analysant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, a, sans inverser la charge de la preuve, retenu que le fait reproché au salarié d'avoir organisé un rendez-vous avec une collaboratrice placée sous ses ordres pour

un motif professionnel en dehors des heures de travail et de l'avoir entraînée à cette occasion dans une chambre d'hôtel était établi ; qu'elle **a exactement décidé que ce comportement, constitutif de harcèlement sexuel , caractérisait une faute grave rendant impossible le maintien de l'intéressé dans l'entreprise** ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Soc., 10 janvier 2017, pourvoi no 15-16.201 et Soc., 14 septembre 2016, pourvoi no15-14.630

Nous avons considéré que cela constituait à tout le moins une cause réelle et sérieuse, s'agissant d'un licenciement prononcé par l'employeur pour cause réelle et sérieuse, notre chambre censurant la décision de la cour d'appel qui avait retenu l'absence de cause réelle et sérieuse du licenciement : Soc., 15 novembre 2017, pourvoi n° 16-19.036 :
Qu'en statuant ainsi alors qu'elle avait constaté que le salarié avait tenu envers une jeune femme intérimaire les propos suivants : "Comment tu fais pour tes relations sexuelles ? Tu prends tes doigts ?", ce qui était de nature à caractériser un harcèlement sexuel constitutif à tout le moins d'une cause réelle et sérieuse de licenciement, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

On voit donc que notre jurisprudence se montre stricte pour sanctionner les faits de harcèlement que peuvent commettre des supérieurs hiérarchiques sur le personnel placé sous leurs ordres. C'est, en miroir, le rappel de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur lui imposant de protéger les salariés et de prévenir les agissements de harcèlement moral ou sexuel.

4-2-2 obligation de sécurité pesant sur l'employeur

En vertu des articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, l'employeur est tenu d'une obligation de sécurité envers les salariés, lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer leur sécurité et protéger leur santé physique et mentale, mais également de prendre des mesures de prévention.

Dans le prolongement d'un arrêt du 25 novembre 2015 (Soc., 25 novembre 2015, pourvoi n° 14-24.444, Bull. 2015, V, n° 234) cité au rapport annuel, arrêt par lequel notre chambre a infléchi sa jurisprudence en matière d'obligation de sécurité, nous avons jugé, en matière de harcèlement moral, que « *Ne méconnaît pas l'obligation légale lui imposant de prendre les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs, notamment en matière de harcèlement moral, l'employeur qui justifie avoir pris toutes les mesures de prévention prévues par les articles L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail et qui, informé de l'existence de faits susceptibles de constituer un harcèlement moral, a pris les mesures immédiates propres à le faire cesser.*
Viole les articles L. 1152-1, L. 4121-1 et L. 4121-2 du code du travail, la cour d'appel qui rejette la demande d'un salarié en harcèlement moral sans qu'il résulte de ses constatations que l'employeur avait pris toutes les mesures de prévention

visées aux deux derniers articles précités, notamment par la mise en oeuvre d'actions d'information et de prévention propres à en prévenir la survenance. »
Soc., 1 juin 2016, pourvoi n° 14-19.702, Bull. 2016, V, n° 123

Il faut citer l'arrêt Soc., 27 novembre 2019, pourvoi n° 18-10.551, publié , arrêt rendu en formation plénière, par lequel notre chambre a jugé que « *L'obligation de prévention des risques professionnels, qui résulte de l'article L. 4121-1 du code du travail dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2017-1389 du 22 septembre 2017 et de l'article L. 4121-2 du même code dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, est distincte de la prohibition des agissements de harcèlement moral instituée par l'article L. 1152-1 du code du travail et ne se confond pas avec elle.*
Dès lors, doit être cassé l'arrêt de la cour d'appel qui, pour débouter la salariée de sa demande de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation de sécurité, retient qu'aucun agissement répété de harcèlement moral n'étant établi, il ne peut être reproché à l'employeur de ne pas avoir diligenté une enquête et par là-même d'avoir manqué à son obligation de sécurité. »

Cet arrêt peut être rapproché d'un précédent arrêt dans lequel nous avons approuvé une cour d'appel qui avait retenu que l'employeur n'avait pris aucune mesure telle que la décision d'ordonner une enquête interne à la suite du signalement par le salarié d'agissements inadaptés de la part d'un collègue et retenu en conséquence un manquement de l'employeur à son obligation de sécurité, arrêt du 7 avril 2016 qui a rejeté le pourvoi de l'employeur critiquant sa condamnation au paiement de dommages-intérêts au titre de ce manquement :
Soc., 7 avril 2016, pourvoi n° 14-23.705 :

Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel, qui n'avait pas à entrer dans le détail de l'argumentation des parties ni à s'expliquer sur les pièces qu'elle décidait d'écarter, a constaté que l'employeur n'avait pris aucune mesure telle que la décision d'ordonner une enquête interne à la suite des correspondances adressées par le salarié les 23 septembre et 14 octobre 2011 évoquant des agissements inadaptés de la part d'un collègue avec lequel deux incidents étaient intervenus ; qu'elle a pu en déduire l'existence d'un manquement de la part de l'employeur à son obligation de résultat en matière de santé et de sécurité des salariés ; que le moyen n'est pas fondé ;

On voit ainsi apparaître la question de l'enquête interne réalisée par l'employeur, ici comme élément de preuve du respect par l'employeur de son obligation de sécurité envers un salarié se plaignant d'agissements de harcèlement moral (à noter que dans l'espèce du 7 avril 2016, tout comme celle du 27 novembre 2019, les juges du fond avaient écarté l'existence du harcèlement moral invoqué par le salarié).

A cet égard, on peut rappeler la teneur de l'accord national interprofessionnel du 26 mars 2010 sur le harcèlement moral et la violence au travail, exhortant les entreprises à mettre en place une "procédure appropriée" en cas de harcèlement et notamment des enquêtes systématiques suite aux plaintes :

« *Sans préjudice des procédures préexistantes dans l'entreprise, une procédure appropriée peut être mise en place pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail.*
Elle sera fondée sur les éléments suivants, sans pour autant s'y limiter :
- il est dans l'intérêt de tous d'agir avec la discrétion nécessaire pour protéger la dignité et la vie privée de chacun ;
- aucune information, autre qu'anonymisée ne doit être divulguée aux parties non impliquées dans l'affaire en cause ;
- les plaintes doivent être suivies d'enquêtes et traitées sans retard ;
- toutes les parties impliquées doivent bénéficier d'une écoute impartiale et d'un traitement équitable ;
- les plaintes doivent être étayées par des informations détaillées ;
- les fausses accusations délibérées ne doivent pas être tolérées, et peuvent entraîner des mesures disciplinaires ;
- une assistance extérieure peut être utile. Elle peut notamment s'appuyer sur les services de santé au travail. »

La problématique est toutefois différente dans le présent dossier, puisque le moyen soumis à la chambre invite à s'interroger, non pas sur l'enquête interne menée par l'employeur averti de faits d'un possible harcèlement au regard de son obligation de sécurité envers le salarié-«victime », mais sur l'enquête interne menée par l'employeur, suite à la dénonciation de possibles faits de harcèlement sexuel, et produite à titre de preuve d'une faute grave commise par le salarié- « auteur » et ce même s'il ne peut être fait totalement abstraction dans ce cas de l'aspect « obligation de sécurité » de l'employeur dès lors que cet élément de preuve de la faute grave pourra être également un élément d'appréciation de l'autre versant de l'obligation de sécurité imposant à l'employeur, informé, de réagir et de prendre toutes mesures de protection utiles et nécessaires vis-à-vis du salarié « victime » d'un collègue.

Un arrêt, publié du 18 février 2014, mérite encore d'être cité, le moyen au travers de certaines branches abordant en effet la question d'une enquête interne et venant critiquer l'arrêt d'appel qui avait dit que le licenciement du salarié était fondé sur une faute grave : Soc., 18 février 2014, pourvoi n° 12-17.557, Bull. 2014, V, n° 52

Sur le second moyen :
Attendu que le salarié fait le même grief à l'arrêt, alors, selon le moyen :
1°/ que l'employeur qui demeure sans réaction lorsque sont portés à sa connaissance les agissement d'un salarié susceptibles de justifier une mesure disciplinaire, ne saurait se prévaloir ultérieurement de faits de même nature pour motiver son licenciement ;qu'en l'espèce, la cour d'appel qui a constaté que l'employeur avait eu connaissance de faits de harcèlement sexuel dont une salariée aurait été victime de la part du salarié, plus de deux ans avant qu'il ne diligente un enquête interne et n'engage la procédure de licenciement, aurait dû en déduire que le licenciement fondé sur des faits longtemps tolérés par l'employeur était nécessairement injustifié ; qu'en décidant du contraire, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 1332-4, L. 1234-1, L. 1235-1, L. 1152-1, et L. 1153-6 du code du travail ;
2°/ que si lorsque des faits de harcèlement sont portés à la connaissance de l'employeur, ce dernier décide de procéder à une enquête interne en vue d'établir leur véracité, il lui incombe de le faire dans le respect du principe du contradictoire ; qu'en l'espèce, en se fondant sur le

rapport d'enquête de l'employeur pour retenir les faits de harcèlement à l'encontre du salarié sans avoir recherché si l'enquête avait été diligentée dans le respect du principe du contradictoire qui suppose que le salarié ait été régulièrement entendu et confronté à ses accusateurs, que l'identité des témoins lui ait été communiquée et qu'il ait été régulièrement informé des avancées de l'enquête, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1234-1, L. 1235-1, L. 1152-1, et L. 1153-6 du code du travail ;
3°/ que l'employeur ne peut se prévaloir au soutien d'un licenciement, d'un rapport d'enquête interne établi sur la base de témoignages anonymes, insusceptibles d'être vérifiés et contestés par le salarié ; qu'en infirmant l'inverse, la cour d'appel a violé le principe du contradictoire, ensemble les articles L. 1232-1, L. 1332-3 et L. 2251-1 du code du travail ;
4°/ que la cour d'appel qui n'a pas répondu au moyen des conclusions d'appel du salarié qui soutenait que son licenciement était intervenu à l'issue d'une enquête diligentée en violation de ses droits de la défense et du principe du contradictoire, l'employeur ayant refusé de l'entendre sur chacun des faits reprochés et de confronter sa version à celle de ses deux accusatrices, l'identité des témoins "A", "B" et "C " ne lui ayant jamais été communiquée ainsi que éléments déterminants de l'enquête, a violé l'article 455 du code de procédure civile ;
Mais attendu, d'abord, que si l'article L. 1232-3 du code du travail fait obligation à l'employeur d'indiquer au cours de l'entretien préalable au salarié dont il doit recueillir les explications le motif de la sanction envisagée, il ne lui impose pas de communiquer à ce dernier les pièces susceptibles de justifier la sanction ;
Attendu ensuite, qu'ayant constaté sur la base de témoignages nominatifs et précis que le salarié avait eu à l'égard de plusieurs salariées, des propos déplacés à connotation sexuelle et exercé sur l'une d'elles des pressions pour tenter d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, la cour d'appel a, quelle qu'ait pu être l'attitude antérieure de l'employeur, lequel est tenu à une obligation de résultat en matière de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et sans avoir à suivre les parties dans le détail de leur argumentation, caractérisé un harcèlement sexuel constitutif d'une faute grave ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

4-2-3 La charge de la preuve de la faute grave incombe dans tous les cas à l'employeur :

Voir notamment : Soc., 9 octobre 2001, pourvoi n° 99-42.204, Bull. 2001, V, n° 306 ; Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 06-46.391 ; Soc., 17 mai 2011, pourvoi n° 10-16.207.

Selon une jurisprudence constante, notre chambre juge que les juges du fond apprécient souverainement les éléments de preuve de nature à établir l'existence des faits reprochés, constitutifs d'une faute grave. Voir notamment : Soc., 7 décembre 2011, pourvoi n° 09-67.367, Bull. 2011, V, n° 286 ; Soc., 25 septembre 2012, pourvoi n° 11-12.962 dans une espèce où la faute grave imputée au salarié tenait à des faits de harcèlement sexuel :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Colmar, 6 janvier 2011), que M. Z..., engagé le 17 mars 1997 par la société Striebel et John France en qualité d'opérateur sur presse, a été licencié pour faute grave le 15 octobre 2007, pour harcèlement sexuel ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement de diverses indemnités au titre de la rupture ;

Attendu que le salarié fait grief à l'arrêt de le débouter de l'ensemble de ses demandes, alors, selon le moyen, que l'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constatés ; que, pour estimer que M. Z... s'était rendu coupable de harcèlement sexuel sur M. W..., la cour d'appel s'est uniquement fondée sur des attestations établies par des salariés précisant n'avoir pas personnellement constaté les faits décrits ; qu'en se fondant sur des attestations relatant des faits auxquels leurs auteurs n'avaient pu assister, la cour d'appel a violé l'article 202 du code de procédure civile ;
Mais attendu que sous le couvert du grief non fondé de violation de la loi, le moyen ne tend qu'à mettre en discussion devant la Cour de cassation l'appréciation par les juges du fond des éléments de fait et de preuve qui leur étaient soumis ; que le moyen n'est pas fondé ;

également, Soc., 10 janvier 2017, pourvoi n° 15-16.201 s'agissant d'un cas d'espèce où la faute grave imputée à un salarié du Crédit mutuel tenait à un harcèlement sexuel ; Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 17-30.911, 17-31.124.

Il faut encore rappeler que, selon une jurisprudence classique, les juges du fond ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de s'expliquer sur les pièces qu'ils décident d'écarter. Voir notamment pour une illustration, s'agissant d'un licenciement pour faute grave à raison de faits de harcèlement sexuel, Soc., 25 septembre 2019, pourvoi n° 17-31.171.
Ou encore, : Soc., 10 janvier 2018, pourvoi n° 16-20.872, ,s'agissant d'un licenciement pour faute grave.

4-3 la preuve

4-3-1 Le principe est qu'en matière prud'homale la preuve est libre.
Voir ainsi :Soc., 27 mars 2001, pourvoi n° 98-44.666, Bull. 2001, V, n° 108 *;*
Soc., 31 mai 2006, pourvoi n° 05-43.197, Bull. 2006, V, n° 199 ayant jugé (sommaire) que « *Encourt la cassation l'arrêt qui décide que l'employeur ne peut, pour justifier des griefs qu'il invoquait dans la lettre de licenciement, produire des attestations établies postérieurement à ce licenciement, alors que cette circonstance était indifférente et qu'il appartenait à la cour d'appel d'apprécier le contenu et la portée de ces attestations.* »

Soc., 23 octobre 2013, pourvoi n° 12-22.342, Bull. 2013, V, n° 245 : « *En matière prud'homale, la preuve est libre. Rien ne s'oppose à ce que le juge prud'homal examine une attestation établie par un salarié ayant assisté à l'entretien préalable en représentation de l'employeur. Il appartient seulement à ce juge d'en apprécier souverainement la valeur et la portée. Doit être cassé l'arrêt qui écarte des attestations au seul motif que nul ne peut témoigner pour soi-même. »*

4-3-2 une limite au principe tenant au caractère illicite du mode de preuve
Si la preuve est libre, elle ne doit pas être obtenue par un mode illicite de preuve.

Le caractère illicite peut ressortir d'une atteinte à la vie personnelle du salarié :
Soc., 26 janvier 2016, pourvoi n° 14-15.360, Bull. 2016, V, n° 12, ayant jugé que *« Statue à bon droit, la cour d'appel qui, constatant que les messages électroniques*

litigieux provenaient de la messagerie électronique personnelle du salarié distincte de la messagerie professionnelle dont il disposait pour les besoins de son activité, décide que ces messages doivent être écartés des débats en ce que leur production en justice porte atteinte au secret des correspondances. »

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 18 février 2014), qu'engagée le 21 février 2006 par la société Espace gestion Bordeaux Gironde en qualité d'assistante administrative et commerciale pour occuper en dernier lieu un poste de responsable d'agence, Mme V... a, par lettre du 17 novembre 2011, pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts de l'employeur et a saisi la juridiction prud'homale ; que le 4 mars 2015, l'employeur a été placé en liquidation judiciaire, la société Malmezat Prat étant désignée liquidateur judiciaire ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de l'employeur :

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt d'écarter la pièce 22 produite aux débats et de dire que la rupture du contrat de travail lui est imputable, qu'elle produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de le condamner à payer à la salariée diverses sommes au titre de la rupture du contrat de travail alors, selon le moyen, que les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel ; que des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils sont émis de ou vers la messagerie électronique personnelle du salarié ; qu'en écartant des débats la pièce n° 22 produite par la SARL Espace gestion bordeaux Gironde, motif pris que cette pièce, bien que « prove(nant) de l'ordinateur professionnel mis à la disposition de Mme V..... est un échange de courriels en date des 09 et 10 octobre 2011 reçu par Mme V... sur sa boîte de messagerie personnelle et émanant d'adresses privées non professionnelles... » de telle sorte que sa production porterait atteinte au secret des correspondances, la cour d'appel a violé les articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant constaté que les messages électroniques litigieux provenaient de la messagerie personnelle de la salariée distincte de la messagerie professionnelle dont celle-ci disposait pour les besoins de son activité, la cour d'appel en a exactement déduit que ces messages électroniques **devaient être écartés des débats en ce que leur production en justice portait atteinte au secret des correspondances** ; que le moyen n'est pas fondé ;

Egalement, Soc., 19 juin 2013, pourvoi n° 12-12.138, Bull. 2013, V, n° 158 ayant jugé que « *Les dossiers et fichiers créés par un salarié grâce à l'outil informatique mis à sa disposition par son employeur pour l'exécution de son travail sont présumés, sauf si le salarié les identifie comme étant personnels, avoir un caractère professionnel de sorte que l'employeur peut y avoir accès hors sa présence. Des courriels et fichiers intégrés dans le disque dur de l'ordinateur mis à disposition du salarié par l'employeur ne sont pas identifiés comme personnels du seul fait qu'ils émanent initialement de la messagerie électronique personnelle du salarié.* » (cassation au visa des articles 9 du code civil et 9 du code de procédure civile de la décision de la cour d'appel ayant dit un licenciement sans cause réelle et sérieuse en se fondant sur des messages issus de l'ordinateur professionnel du salarié, non identifiés comme personnels par ce dernier).

2e Civ., 17 mars 2016, pourvoi n° 15-11.412, Bull. 2016, II, n° 78 : « *Viole les articles 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du code civil et 145 du code de procédure civile, la cour d'appel qui autorise une mesure de constat au domicile d'un salarié suspecté de visiter des clients autres que ceux prévus par son employeur pendant son temps de travail, sans écarter dans sa motivation le moyen de preuve illicite consistant dans une filature de ce salarié par un détective privé, pendant une semaine, de la sortie de son domicile jusqu'à son retour.* »

Soc., 26 novembre 2002, pourvoi n° 00-42.401, Bull. 2002, V, n° 352 : *« Il résulte des articles 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 9 du Code civil, 9 du nouveau Code de procédure civile, et L. 120-2 du Code du travail qu'une filature organisée par l'employeur pour surveiller l'activité d'un salarié constitue un moyen de preuve illicite dès lors qu'elle implique nécessairement une atteinte à la vie privée de ce dernier, insusceptible d'être justifiée, eu égard à son caractère disproportionné, par les intérêts légitimes de l'employeur. »*

Mais en cas d'atteinte portée à la vie privée d'un salarié, cette atteinte doit être mise en balance avec le caractère indispensable de la production en justice d'une telle preuve. Voir Soc., 30 septembre 2020, pourvoi n° 19-12.058, publié au rapport annuel, ayant jugé que « *Il résulte des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[2]*, 9 du code civil et 9 du code de procédure civile, que le droit à la preuve peut justifier la production en justice d'éléments extraits du compte privé Facebook d'un salarié portant atteinte à sa vie privée, à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi.* »

Le principe d'égalité des armes, en effet selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, « implique l'obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause - y compris ses preuves - dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire (CEDH 27 oct 1993, Dombo Beheer c Pays Bas, n o 14448/88 ; 16 juin 2005, Stock c Allemagne, n 61603/00).

4-3-3 La preuve obtenue par un procédé déloyal doit être écartée.

Il en est ainsi : « *Si l'enregistrement d'une conversation téléphonique privée, effectué à l'insu de l'auteur des propos invoqués, est un procédé déloyal rendant irrecevable en justice la preuve ainsi obtenue, il n'en est pas de même de l'utilisation par le destinataire des messages téléphoniques vocaux dont l'auteur ne peut ignorer qu'ils sont enregistrés par l'appareil récepteur.* » Soc., 6 février 2013, pourvoi n° 11-23.738, Bull. 2013, V, n° 31

Cet arrêt étant dans la ligne de la jurisprudence dégagée par notre Cour en assemblée plénière, selon laquelle « *Il résulte des articles 9 du code de procédure*

[2] (droit au procès équitable, égalité des armes, droit au respect de la vie privée et familiale).

civile, 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve , que l'enregistrement d'une conversation téléphonique réalisé à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve . » : Ass. plén., 7 janvier 2011, pourvoi n° 09-14.667, 09-14.316, Bull. 2011, Ass. Plén. n° 1.

Voir pour des illustrations de preuves obtenues par un procédé déloyal :

* Soc., 18 mars 2008, pourvoi n° 06-45.093, Bull. 2008, V, n° 64 :

« *Les résultats d'un procédé de surveillance clandestin et déloyal du salarié, procédant d'un stratagème, ne peuvent être retenus comme moyen de preuve. Doit en conséquence être cassé l'arrêt qui se fonde, pour retenir une faute du salarié, sur des rapports dressés par d'autres agents mandatés par un supérieur hiérarchique pour se rendre dans le restaurant exploité par l'épouse de l'intéressé afin de vérifier si celui-ci y travaillait pendant ses heures de service, en se présentant comme de simples clients, sans révéler leurs qualités et le but de leur visite. »*

* Soc., 18 octobre 2017, pourvoi n° 16-16.462, cassation, au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, d'une décision ayant débouté un salarié de ses demandes en contestation de son licenciement :

« Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait d'une part constaté que le licenciement avait été prononcé sur la base des rapports des agents assermentés, extérieurs à l'entreprise, embarqués dans le véhicule sans révéler leur présence, **ce dont elle aurait dû déduire qu'ils constituaient un procédé de preuve déloyal**, et d'autre part, relevé que ces rapports n'avaient pas été présentés au salarié lors de l'entretien préalable, malgré sa demande, ce dont il résultait que l'intéressé avait été mis dans l'impossibilité de se défendre, la cour d'appel a violé le texte et le principe susvisés ; »

C'est au regard de ce principe de loyauté du mode de preuve que le moyen qui nous est soumis questionne, au titre de la preuve, l'admission et la pertinence d'une enquête interne menée par l'employeur, dont les résultats sont utilisés par lui comme preuve de la faute grave imputée au salarié licencié.

Il ne saurait toutefois dans cet examen être fait totalement abstraction de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur comme cela a déjà été évoqué en termes de prévention des harcèlement moral et sexuel, ce qui se différencie des modes de preuve auxquels peut recourir un employeur afin, au moyen d'une surveillance du salarié, de se procurer « préventivement » la preuve des faits fautifs commis par un salarié dans le cadre d'un licenciement à intervenir hors contexte de harcèlement.

Comment alors appréhender l'enquête interne à laquelle recourt l'employeur ?

4-4 le cas particulier de l'enquête interne : preuve déloyale ?

Dans un arrêt récent du 17 mars 2021, publié, notre chambre a jugé que « *L'enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4*[3] *du code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié.* »

Il faut souligner que dans le cas d'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, la salariée avait été licenciée pour faute grave, l'employeur lui reprochant notamment d'avoir proféré des insultes le plus souvent à caractère racial et/ ou discriminatoire et que la salariée, contestant son licenciement, avait demandé à la cour d'appel d'écarter des débats le compte-rendu de l'enquête réalisée par un organisme tiers à l'entreprise : dans le dispositif de l'arrêt critiqué par le pourvoi de l'employeur, la cour d'appel avait notamment « écarté le compte rendu de l'enquête confiée à l'organisme tiers à l'entreprise » et déclaré le licenciement sans cause réelle et sérieuse. Les faits d'espèce sont cependant assez proches de ceux du cas qui nous est soumis par le présent pourvoi.

Soc., 17 mars 2021, pourvoi n° 18-25.597 :

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 septembre 2018), Mme U..., engagée par la société M&C Saatchi Gad le 1er septembre 2005, en qualité de responsable trafic, statut cadre, a, par lettre du 22 septembre 2014, été mise à pied à titre conservatoire et convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement. Elle a été licenciée pour faute grave le 13 octobre 2014, au motif qu'un audit confié avec l'accord des délégués du personnel à une entreprise extérieure spécialisée en risques psycho-sociaux avait révélé, à la suite d'entretiens s'étant déroulés les 25 septembre et 1er octobre 2014, qu'elle avait proféré des insultes à caractère racial et discriminatoire et causé des perturbations graves de l'organisation et l'efficacité collective.

2. La salariée a contesté son licenciement devant la juridiction prud'homale.

Examen des moyens

Sur le premier moyen

Enoncé du moyen

3. L'employeur fait grief à l'arrêt d'écarter le compte-rendu de l'enquête confiée à un organisme, tiers à l'entreprise, de dire le licenciement sans cause réelle et sérieuse, de condamner l'employeur aux versements de sommes à titre d'indemnité conventionnelle de licenciement, de rappel de salaire pour la période de mise à pied conservatoire, de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, de dommages-intérêts pour le préjudice résultant des circonstances vexatoires de la rupture, en application de l'article 700

[3] article L1222-4 : Aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.

du code de procédure civile, outre les dépens et d'ordonner le remboursement des indemnités de chômage, alors « que ne constitue pas un mode de preuve illicite, l'enquête réalisée dans l'entreprise par un tiers en vue de recueillir des témoignages après que des faits de harcèlement ont été dénoncés, peu important que le salarié auquel les faits de harcèlement sont imputés n'en ait pas été préalablement informé, ni n'ait été entendu dans ce cadre ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir et offrait de prouver qu'avec l'accord des délégués du personnel, il avait missionné un cabinet d'audit aux fins d'entendre et d'accompagner psychologiquement les salariés après que des agissements de harcèlement imputés à Mme U... avaient été dénoncés ; qu'en déclarant illicite le compte rendu de cette mission faute pour Mme U... d'en avoir été préalablement informée ou, à tout le moins, d'avoir été entendue, la cour d'appel a violé les articles L.1222-1 et s. du code du travail, ensemble le principe de loyauté dans l'administration de la preuve. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 1222-4 du code du travail et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve :

4. D'abord, selon le texte susvisé, aucune information concernant personnellement un salarié ne peut être collectée par un dispositif qui n'a pas été porté préalablement à sa connaissance.

5. Ensuite, **si l'employeur a le pouvoir de contrôler et de surveiller l'activité de son personnel pendant le temps de travail, il ne peut mettre en oeuvre un dispositif de contrôle clandestin et à ce titre déloyal.**

6. Pour écarter le compte-rendu de l'enquête confiée par l'employeur à un organisme extérieur sur les faits reprochés à la salariée, la cour d'appel a retenu que celle-ci n'avait ni été informée de la mise en oeuvre de cette enquête ni entendue dans le cadre de celle-ci, de sorte que le moyen de preuve invoqué se heurtait à l'obligation de loyauté et était illicite.

7. En statuant ainsi, **alors qu'une enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du code du travail et ne constitue pas une preuve déloyale comme issue d'un procédé clandestin de surveillance de l'activité du salarié,** la cour d'appel a violé par fausse application le texte et le principe susvisés.

Et sur le second moyen, pris en sa troisième branche

Enoncé du moyen

8. L'employeur fait les mêmes griefs à l'arrêt, alors « que les juges du fond sont tenus d'examiner l'ensemble des éléments de fait et de preuve soumis aux débats par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en l'espèce, afin d'établir le harcèlement moral auquel se livrait Mme U... à l'encontre de nombreux salariés de l'entreprise, la société M&C Saatchi Gad produisait notamment aux débats, les attestations de Mmes T..., [S] et [R] ; qu'en s'abstenant purement et simplement de viser et d'analyser, serait-ce sommairement, ces témoignages directs et déterminants versés aux débats par l'exposante, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 455 du code de procédure civile :

9. Selon ce texte, tout jugement doit être motivé.

10. Pour juger que le licenciement de la salariée était sans cause réelle et sérieuse, la cour d'appel a retenu que les témoignages de Mmes Q..., O... et P... ne présentaient pas de valeur probante, étant indirects.

11. En statuant ainsi, **sans examiner, même succinctement, les autres témoignages qui étaient soumis à son examen et dont l'employeur soutenait qu'ils étaient directs, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé**.

Cet arrêt a été diversement commenté.

Marie Hautefort écrit (Jurisprudence Sociale Lamy, Nº 518, 20 avril 2021) :
« *Une fois de plus, le harcèlement justifie des règles spécifiques en matière d'administration de la preuve Pour censurer les conseillers parisiens, la Cour de cassation ne s'embarrasse pas de justifications, elle procède par affirmation : « une enquête effectuée au sein d'une entreprise à la suite de la dénonciation de faits de harcèlement moral n'est pas soumise aux dispositions de l'article L. 1222-4 du Code du travail », un point, c'est tout !*
Elle aurait pu argumenter sa décision en mettant en avant le fait que les délégués du personnel avaient été consultés, de telle sorte que la salariée ne pouvait réellement ignorer qu'elle faisait l'objet d'une enquête mais elle n'en fait rien.
Force est donc d'en déduire que les mesures prises pour prévenir ou réprimer le harcèlement moral échappent à la garantie de l'article L. 1222-4 compte tenu de l'enjeu.
Tenu d'une obligation de sécurité (qui n'est plus une obligation de résultat mais une obligation de moyens renforcée, Cass. soc., 1er juin 2016, no 14-19.702, JSL, 5 juill. 2016, no 413-2), l'employeur doit mettre son personnel à l'abri des harceleurs. Aux premiers soupçons, à la moindre plainte ou dénonciation, il doit diligenter une enquête, sans attendre l'issue d'une action en justice (Cass. soc., 29 juin 2011, no 09-70.902, JSL, 13 oct. 2011, no 307-4). Par ce dernier arrêt, la Cour de cassation semble reconnaître que l'employeur est aussi bien placé qu'un juge pour décider s'il y a, ou non, harcèlement.
On ne peut lui demander d'être efficace tout en lui imposant d'abattre ses cartes avant toute investigation.
C'est la conclusion pragmatique à laquelle sont arrivés les Hauts Magistrats dans le présent arrêt. »

Céline Leborgne-Ingelaere, maître de conférences en droit privé – membre du LEREDSCRD&P, université de Lille, dans un article « Enquête et loyauté de la preuve dans un contexte de harcèlement au travail » (La Semaine Juridique Social n° 23, 8 Juin 2021, 1148) écrit :
« *2. L'absence de déloyauté en cas d'enquête secrète dans un contexte de harcèlement*
Le fait qu'un employeur diligente une enquête dans un contexte de harcèlement moral est logique. Au titre de son obligation de sécurité, il est en effet tenu de prendre les mesures nécessaires pour prévenir le harcèlement et doit prendre les mesures propres à le faire cesser (C. trav., art. L. 4121-1 et L. 1152-4. – Cass. soc., 1er juin 2016, n° 14-19.702 : JurisData n° 2016-010257). Avant de sanctionner, encore faut-il vérifier la réalité de la situation et la qualifier juridiquement. Si les faits sont avérés, la sanction disciplinaire, pouvant aller jusqu'au licenciement, s'en trouve légitimée (C. trav., art. L. 1152-5).
Admettre le secret d'une telle enquête donne lieu à une analyse contrastée et suscite d'ailleurs des commentaires nombreux. Elle interroge tout d'abord en ce que la Cour de cassation semble se détacher de traditionnelle en matière d'enquêtes diligentées par l'employeur et menées par une entreprise extérieure (Cass.soc., 15 mai 2001, n° 99-42.219 : JurisData n° 2001-009575). Particulièrement favorable aux intérêts des victimes et témoins de harcèlement, cette solution s'explique sans doute par le contexte de l'enquête, à savoir la

dénonciation d'une situation de harcèlement moral. Permettre cette enquête « secrète » en écartant l'indispensable information du salarié en cause s'inscrit dans la logique protectrice des potentielles victimes et témoins. Rappelons que l'article L. 1152-2 du Code du travail protège le salarié qui aurait subi ou refusé de subir des agissements répétés de harcèlement moral ou aurait témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. Ce ne sont pas seulement les intérêts divergents de l'employeur et du salarié visé qui sont en cause mais aussi, et surtout, ceux d'une personne tierce qui a subi ou refusé de subir un harcèlement, ou a témoigné de ces agissements. Tout risque de pression sur les victimes ou témoins s'en trouve largement et légitimement atténué. Sur ce point, la solution nous semble pouvoir être saluée. Les mots utilisés par la Cour de cassation sont, au demeurant, éclairants.
Comme elle le souligne, ***cette position s'explique sans aucun doute par le fait que l'enquête constitue, non pas un procédé de surveillance de l'activité du salarié, mais une procédure permettant de vérifier la matérialité des faits dénoncés par une potentielle victime.*** *Or, l'article L. 1222-4 du Code du travail, en s'opposant à la clandestinité d'un dispositif de collecte d'informations personnelles sur le salarié, ne vise pas les recherches de l'employeur menées dans le but de mettre en exergue le comportement* ***passé*** *du salarié. La solution nous convainc donc. Nous noterons simplement l'absence de tout contrôle de proportionnalité, ce qui peut surprendre au vu des évolutions jurisprudentielles récentes relatives à la loyauté de la preuve et le respect de la vie privée (Cass. soc., 30 sept.2020, n° 19-12.058 : JurisData n° 2020-014949 ; JCP S 2020, 3042, note G. Loiseau. – Et Cass. soc., 25 nov.2020, n° 17-19.523 : JurisData n° 2020-019031 ; JCP S 2021, 1032, note B. Bossu). »*

Dans un article « Une enquête sur des faits de harcèlement moral, menée à l'insu du salarié mis en cause, mais avec l'accord des représentants du personnel, n'est pas un mode de preuve déloyal » (LPA 31 oct. 2021, n° 201d7, p. 65*),* Maturin Petsoko écrit: « *1 – Un rétrécissement tendant à une protection accrue du salarié dénonciateur et une sanction efficace du salarié harceleur Le sens de l'arrêt du 17 mars 2021 paraît compréhensible si on prend en compte l'impératif de protection du salarié qui dénonce les faits de harcèlement moral. Selon la doctrine, la décision mérite d'être saluée « en ce qu'elle témoigne d'un certain pragmatisme du juge » . Compte tenu des enjeux, les mesures prises pour prévenir ou réprimer le harcèlement moral échappent désormais à l'article L. 1222-4.*
En effet, informer le salarié présumé harceleur qu'il est visé directement ou indirectement par une enquête interne pourrait entraîner chez lui de vives réactions, voire des représailles pouvant se caractériser par des mesures de rétorsion ou bien une recrudescence des agissements fautifs.
Il est indéniable qu'une audition du salarié présumé harceleur impliquerait nécessairement qu'il ait connaissance de l'enquête en cours. Cette connaissance entre naturellement en contradiction avec l'impératif de protection du salarié qui est victime et/ou qui dénonce les faits de harcèlement.
Il apparaît donc clairement que la spécificité du harcèlement qui entraîne un rétrécissement du champ d'application de l'article L.1222-4 du code du travail, conduit in fine à une protection du salarié dénonciateur et à une sanction efficace du salarié harceleur. La solution de la chambre sociale de la Cour de cassation comporte également d'autres avantages pour l'employeur au rang desquels une souplesse accrue dans la réalisation des enquêtes internes et dans l'administration de la preuve du harcèlement. »

Voir également : A... Mouly,« Harcèlement moral : l'enquête réalisé par un organisme extérieur à l'entreprise, même à l'insu du salarié, est licite », Droit social, n°7-8, juillet 2021, p.657.

Il faut toutefois observer qu'en l'occurrence, contrairement à l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt du 17 mars 2021, le salarié « harceleur » licencié a été entendu lors de l'enquête interne, la cour d'appel s'étant précisément référée dans son arrêt aux conditions dans lesquelles celui-ci avait été entendu.

4-5 les motifs de l'arrêt critiqué

Pour dire le licenciement du salarié sans cause réelle et sérieuse, après rappel des dispositions des articles L.1152-1, L.1153-1 et L.1154-1 du code du travail, la cour d'appel a statué selon les motifs suivants (arrêt, p.5 et 6) :
« *Il résulte des éléments versés au débat qu'à la suite de la dénonciation par deux salariées de la caisse du Crédit Mutuel de [localité 1], Mme [W] et Mme [K], des pressions exercées par leur directeur, M [D] et des propos ou des comportements déplacés de celui-ci, le directeur général de la fédération du Crédit Mutuel de Bretagne a saisi la direction de l'inspection générale et du contrôle périodique le 19 janvier 2015. Dans le cadre de cette inspection menée par la responsable du département Prestations de Contrôle de l'inspection et par l'inspecteur général, Mmes [W] et [K] ont été entendues le 20 janvier 2015, étant précisé que "l'entretien a été commun, chacune s'étant exprimée distinctement à son tour" (sic). Puis les mêmes ont entendu M [D] le 20 janvier 2015.*

Selon le rapport de l'inspection en date du 26 janvier 2015, Mme [W] a décrit "des propos récurrents à connotation sexuelle" (sic) tels que des propos "graveleux et déplacés sur son physique, ses tenues vestimentaires ou celles de collègues, sur les seins de sa femme"*. Elle raconte ainsi, alors qu'elle était accroupie avec d'autres collègues pour la recherche de pièces comptables et en présence de M [N], que M [D] a fermé la porte du bureau du courrier et a dit* 'les filles maintenant que vous êtes en position, qui prend lequel'' *(sic). A l'occasion de l'arrivée d'une nouvelle collaboratrice et de la répartition des tâches induites, selon Mme [W], M [D] aurait dit* "je vais déshabiller son portefeuille même si j'aimerai bien déshabiller autre chose" *(sic). Elle précise qu'elle n'a pas noté l'ensemble des propos ou comportements déplacés, ne pensant pas en avoir un jour besoin. Les deux salariées soutiennent qu'elles ont été victimes de pressions de la part de leur directeur, d'un "management par la terreur"(sic). Mme [K] dénonce une pression quotidienne et des reproches permanents, M [D] lui ayant notamment "avoué être contre sa titularisation" lors de son entretien annuel d'appréciation en 2013. Elle évoque également une réflexion de M [D] sur son décolleté.*

Cependant, il convient d'observer que seules les deux salariées qui se sont plaintes des comportements de M [D] ont été entendues ; que de surcroît, elles ont été entendues ensemble. Alors que Mme [W] décrit une scène en présence d'autres salariés dans le local courrier, l'inspection générale n'a pas cru devoir procéder à l'audition des témoins de la

scène. Le document en date du 16 janvier 2015 présenté par l'employeur comme étant un compte rendu d'entretien n'est pas signé et ne comporte même pas le nom de son auteur. En outre, il ne contient en aucun cas la transcription des propos réellement tenus par des témoins directs des faits dénoncés.

De surcroît, le déroulement de l'interrogatoire de M [D] accompagné de [A] [M], Responsable des ressources humaines de la direction départementale du Morbihan" révèle que M [D] après "s'être d'emblée déclaré abasourdi*"(sic) par les faits reprochés et après les avoir niés, a finalement reconnu les faits du local courrier, dans les termes suivants :*

> *Inspection générale (IG) : Avez-vous tenus ces propos ?*
> *M [D] : Jamais je n'aurais dit des choses pareilles, je ne l'ai pas dit. C'est de la pure invention.*
> *IG : Pourtant la salariée qui vous met en cause a rédigé son témoignage et cela a la force d'un écrit.*
> *M [D] : C'est de la diffamation, cela voudrait dire que j'attends...je ne me souviens pas, je vais souvent dans ce local, je ne me souviens pas de cette situation.*
> *IG : C'est un événement très récent, il est étonnant que vous n'en ayez aucun souvenir, surtout si vous avez tenu de tels propos.*
> *M [D] : je n'ai pas dit cela.*
> *IG : Les yeux dans les yeux, vous nous confirmez que c'est faux'*
> *M [D] : oui.*
> *IG : Vous êtes conscient qu'il y a des témoins'*
> *M [D] : Cela veut dire que je suis seul contre plusieurs...je n'ai aucun souvenir. Cela ne pouvait avoir de connotation sexuelle.*
> *IG : Si la salariée ment, nous allons devoir nous retourner contre elle pour faux témoignage, vous aussi d'ailleurs. Qu'est ce qui expliquerait qu'elle aurait menti'*
> *M [D] : Je ne sais pas...La situation a pu exister. Dans ma tête, cela n'a pas existé mais s'il y a des témoins...je vais souvent dans ce local.*
> *IG : Que voulez-vous dire, vos propos sont ambigus.*
> *M [D] : La situation a pu exister.*
> *IG : Avez-vous vécu cette situation '*
> *M [D] : Sûrement. Il y a avait beaucoup de monde, j'ai confiance dans les deux autres collaborateurs qui sont cités, pas dans [D] [W]. C'est de l'affabulation totale.*
> *IG : Vos propos ne sont pas clairs. La situation a-t-elle existé ou pas '*
> *M [D] : Si tout le monde le dit, je ne peux pas le nier.*
> *IG : La situation a-t-elle existé '*
> *M [D] : oui.*
> *IG : Et les propos '*
> *M [D] : Oui, ils étaient déplacés et sans arrière pensée.*
> *...*
> *IG : Vous reconnaissez donc avoir menti et avoir tenu les propos rapportés par Mme [W] '*
> *M [D] : Oui. (Sic)*

La suite de l'audition n'est pas aussi détaillée, mais c'est après les avoir niés que, 'aux termes d'un échange' selon l'inspection, M [D] reconnaîtra les faits en ces termes : "quand on voit toutes les bêtises que je suis capable de dire, je ne suis pas à une près ; je fais de l'humour un peu trivial avec n'importe qui, de l'humour bas de gamme ; si elle l'écrit c'est que cela l'a heurtée, je ne peux pas mettre sa parole en doute ; quelqu'un qui souffre peut avoir gardé cela en tête ; oui j'ai prononcé ces propos". (sic)

S'agissant des faits de harcèlement moral, lors du même interrogatoire, M [D] a indiqué être exigeant, 'sans doute trop, dur je ne le crois pas, je suis râleur mais je passe vite à autre chose' (sic). Les faits relevant du 'management de terreur' ne sont jamais énoncés précisément.
La durée de cet interrogatoire n'est pas précisée, pas plus que les temps de repos. Le Crédit Mutule ne donne aucune explication sur l'absence de saisine ou d'information du CHSCT alors que la question est soulevée par M [D].

Aussi, l'ensemble de ces éléments et notamment du caractère déloyal de l'enquête à charge réalisée par l'inspection générale, sans audition de l'ensemble des salariés témoins ou intéressés par les faits dénoncés par Mmes [W] et [K], sans information ou saisine de CHSCT, ne permet pas d'établir la matérialité des faits dénoncés et de présumer l'existence d'un harcèlement sexuel ni d'un harcèlement moral. *»*

4-6 les thèses en présence

Le moyen, en ses trois branches, invoque une violation des articles L. 1152-1, L. 1152-4, L. 1152-5, L. 1153-1, L. 1153-5, L. 1153-6, ensemble les articles L. 1234-1, L. 1234-9 et L. 1235-1 du code du travail et repose sur le principe de liberté de la preuve en matière prud'homale.

4-6-1 La 1ère branche : l'absence de formalisme d'une enquête interne

Cette 1ère branche repose sur la prémisse selon laquelle, la preuve étant libre en matière prud'homale, l'enquête interne, à laquelle recourt l'employeur pour établir l'existence des faits de harcèlement moral ou sexuel reprochés à un salarié, n'est soumise à aucun formalisme et ne peut être écartée des débats comme déloyale au prétexte de prétendus dysfonctionnements dans son déroulement. Elle reproche à la cour d'appel d'avoir statué par des motifs impropres à écarter pour déloyauté cet élément de preuve, en subordonnant l'enquête interne à un formalisme non exigé par la loi.

Le mémoire ampliatif fait valoir que « *la jurisprudence se montre souple et pragmatique sur les modalités permettant à l'employeur de se prévaloir des résultats de cette enquête en tant que moyen de preuve des faits de harcèlement à l'origine du licenciement* », en se référant à l'arrêt publié du 17 mars 2021 précité ainsi qu'à un arrêt :
Soc., 8 janvier 2020, pourvoi n° 18-20.151 :
Sur le moyen unique :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;
Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. [B], engagé en qualité de directeur du développement et du patrimoine à compter du 21 mars 2011 par la société Habitat Beaujolais Val-de-Saône, a été licencié pour faute grave le 16 juillet 2015 ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale ;
Attendu que, pour juger le licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que, pour répondre à l'exigence d'exhaustivité et d'impartialité, l'enquête interne diligentée par l'employeur devait consister à entendre la totalité des collaborateurs du salarié puisque, dans la lettre de licenciement, l'employeur s'était prévalu à l'encontre du salarié d'agissements de

harcèlement moral envers tous ses collaborateurs ; qu'ainsi, dès lors que seule la moitié de ces collaborateurs, appartenant, en outre, presque tous à un seul des deux services dirigés par le salarié, avait été entendue, l'enquête interne devait être écartée des débats ;
Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter cet élément de preuve, la cour d'appel a méconnu les exigences du texte susvisé ;

La société soutient ainsi qu'elle n'était « *nullement contrainte d'interroger tous les collaborateurs de M. [D] ou tous les témoins potentiels des faits révélés par les auditions de Mme [W] et [K], et n'avait pas davantage à procéder à une audition séparée de ces deux salariées puisque ni la loi, ni la jurisprudence n'impose la moindre règle impérative à ce sujet. La conduite d'une enquête interne sur des faits de harcèlement moral et plus encore de harcèlement sexuel peut se révéler très délicate à mener, notamment à l'égard des victimes de ces agissements qui peuvent souhaiter, pour de multiples raisons dont la légitimité n'est pas douteuse, ne pas être directement confrontées à l'auteur des agissements qu'elles dénoncent. C'est ce qui explique qu'en pratique, dans bien des cas, les protagonistes peuvent être entendus séparément ou ensemble, si cela peut faciliter la sincérité de leur témoignage ; que certains salariés qui pourraient avoir été témoins ne sont pas immédiatement entendus pour ne pas donner de la publicité à des agissements dont la révélation pourrait entraîner des conséquences personnelles et humaines graves. Il n'y a pas, et il ne peut y avoir, en la matière, de règles formelles impératives comme ce serait le cas dans une enquête de police. L'employeur peut se contenter de réunir des éléments de preuve, en fonction du contexte auquel il est confronté, à charge pour lui de défendre la pertinence de ses choix devant le juge prud'homal. Ce qui importe, c'est que les éléments de preuve en question n'aient pas été obtenus de manière déloyale (enregistrements clandestins, pressions, machinations etc…). Il faut aussi tenir compte de la difficulté que peuvent éprouver les salariées victime de harcèlement sexuel, lorsqu'il s'agit de dénoncer les agissements dont celles-ci sont victimes de la part de leur supérieur hiérarchique. Aucun des motifs de l'arrêt attaqué ne caractérise de tels procédés déloyaux.* »

Le mémoire en défense oppose la lecture dénaturée de l'arrêt d'appel sur laquelle repose cette 1ère branche, puisque « *loin d'écarter l'enquête interne, la cour d'appel s'est, tout au contraire, livrée à une analyse minutieuse et de son contenu et des circonstances dans lesquelles elle s'est déroulée. (...) la cour d'appel n'a pas écarté l'enquête interne en la subordonnant à un quelconque formalisme, mais a constaté qu'elle n'établissait pas la matérialité des faits reprochés au salarié* ». Pour le salarié, le moyen « *opère une confusion entre deux aspects radicalement différents : écarter un élément de preuve et dire que cet élément est dénué de valeur probatoire. Lorsque le juge écarte un élément de preuve il ne l'examine pas, en revanche lorsqu'à l'issue de l'examen de cet élément il ne le retient pas, il ne fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation quant à la valeur probatoire qu'il lui accorde.* » Il fait observer que, contrairement aux arrêts cités par le mémoire ampliatif, la cour d'appel n'a pas « écarté » le compte-rendu de l'enquête, ce terme ne se retrouvant ni dans les motifs ni dans le dispositif de l'arrêt.
Il ajoute que la cour d'appel ne s'est pas déterminée au regard du seul caractère déloyal de l'enquête interne, ayant pris le soin d'indiquer que de « *l'ensemble de ces éléments et notamment du caractère déloyal de l'enquête... ne permet pas d'établir la matérialité des faits dénoncés* ».
Il renvoie enfin à l'appréciation souveraine par les juges du fond de la valeur probante des éléments versés aux débats pour déterminer si la preuve du fait litigieux est, ou non, rapportée et soutient que les juges du fond peuvent donc *« librement considérer qu'une enquête est peu crédible, ou sujette à caution, en raison des circonstances dans lesquelles elle s'est déroulée »* dès lors que la preuve doit être pertinente.

4-6-2 La 2e branche : la saisine des instances représentatives du personnel n'est pas exigée

Cette 2e branche repose sur la prémisse selon laquelle, la preuve étant libre en matière prud'homale, l'employeur peut effectuer une enquête interne sans être tenu de saisir ou d'informer les IRP. Elle reproche ainsi à la cour d'appel d'avoir ajouté à la loi une condition non prévue, en estimant que l'enquête interne était déloyale en l'absence de saisine ou d'information du CHSCT.

Le mémoire en défense fait observer que cette branche manque partiellement en fait, dans la mesure où la cour d'appel s'est fondée, non sur l'absence de saisine ou d'information du CHSCT, mais sur l'absence d'explication donnée par l'employeur sur ce point et qu'en tout état de cause, elle est inopérante comme s'attaquant à des motifs surabondants de l'arrêt.

4-6-3 La 3e branche : la prise en compte des autres pièces

Par cette branche, il est soutenu que les juges du fond ne peuvent accueillir ou rejeter les moyens dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont soumis, alors que le rapport d'enquête interne n'était pas le seul élément de preuve produit par l'employeur, lequel produisait notamment les comptes-rendus des différents entretiens lors desquels des salariés, au cours de l'enquête, ont dénoncé les propos déplacés et les méthodes agressives de management de M. [D]. Elle reproche ainsi à la cour d'appel d'avoir statué sans s'expliquer sur ces autres pièces dont il ressortait que des salariés de l'entreprise avaient été entendus et témoignaient des faits imputés dans la lettre de licenciement à M. [D].

Le mémoire ampliatif renvoie aux conclusions d'appel de l'employeur (prod. n°2) dans lesquelles celui-ci faisait état de l'audition de deux salariés de l'agence de [Localité 2], Mme [L] et M. [K], ainsi que d'un salarié de l'agence de [localité 1], Mme [J] (conclusions, p.20), considérant qu'il s'agit d'éléments déterminants que la cour d'appel a complètement occultés dans son analyse.
Il se réfère notamment à l'arrêt, publié, du 17 mars 2021, précédemment cité, dans la réponse apportée au second moyen, pris en sa 3e branche (cassation au visa de l'article 455 du code de procédure civile).

Le mémoire rappelle que la Cour de cassation fait obligation aux juges du fond de se prononcer sur l'ensemble des pièces versées aux débats (Soc., 6 juillet 2017, pourvoi n° 16-19.153 ; Soc., 21 janvier 2016, pourvoi n° 14-21.343[4] ; Soc., 22 octobre 2015, pourvoi n° 14-20.549), de sorte qu'ils ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner et analyser tous les éléments de preuve fournis par les parties au soutien de leurs prétentions (Soc., 31 mai 2017, pourvoi n° 16-10.372).

[4] Étant observé que cet arrêt, cité au mémoire ampliatif, censure au visa de l'article 455 l'arrêt ayant rejeté, sans examiner les éléments de preuve présentés par le salarié, la demande de ce dernier d'intégrer certaines primes dans l'assiette du calcul des indemnités de rupture, alors que le moyen, par lequel le salarié critiquait la décision ayant dit que son licenciement, prononcé pour faute grave, reposait sur une cause réelle et sérieuse, a été rejeté.

L’employeur souligne que des témoignages concordants sont suffisants pour établir le réalité d’agissements de harcèlement :

Soc., 5 décembre 2018, pourvoi n° 17-24.794 :

Vu les articles L. 1221-1, L. 1234-1, L. 1234-5 et L. 1153-1, dans sa rédaction alors applicable, du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué rendu sur renvoi après cassation (Soc., 3 décembre 2014, pourvoi n° 13-22.151), que M. [Y], engagé au sein du groupe Renault à compter du 1er septembre 1996, exerçant en dernier lieu les fonctions d'animateur formateur à l'école des ventes du groupe Renault, a été licencié pour faute grave par lettre du 1er juin 2010 ;

Attendu que, pour retenir que le licenciement pour faute grave du salarié est dépourvu de cause réelle et sérieuse, l'arrêt énonce que la société produit quatre témoignages de stagiaires à la session de formation animée par M. [Y], que ces témoignages font état des faits cités dans la lettre de licenciement, que Mme [Z] y indique que celui-ci lui a posé des questions sur sa vie privée lors de sa journée de coaching en janvier 2010 et a pris des photographies d'elle sans son autorisation, que Mme [A] affirme que M. [Y] lui faisait des remarques quotidiennes sur son aspect physique (« qu'est-ce que tu es belle) et tenait parfois des propos plus crus et ambigus (« bon quand est ce qu'on couche ensemble ?), qu'elle évoque de même certains gestes déplacés (« il m'a pris la main et l'a embrassée ») ainsi que la prise de photographies à son insu, que Mme [B] relate que « M. [Y] lui a pris le bras à plusieurs reprises en chantant des chansons salasses », qu'il a tenu devant le groupe des propos déplacés (« Mais c'est moi ton loulou, ça y est on couche ensemble une fois et tu m'oublies ») et intrusifs (« Fais attention aux garçons, lui ne lui parle pas, c'est une mauvaise fréquentation, tu es un agneau entouré de loups »), que Mme [C] évoque des faits de même nature et notamment des propos déplacés relatés par un autre stagiaire M. [D], ce dernier l'ayant prévenu que M. [Y] avait dit à son propos « qu'elle ne devrait pas mettre des « wonderbras », on ne voit que ça, ça ne se fait pas, elle met trop en avant sa poitrine », que les faits ainsi relatés sont de nature à caractériser un harcèlement sexuel, que toutefois les déclarations des quatre jeunes femmes manquent de spontanéité dans la mesure où, pour trois d'entre elles, elles ont été recueillies directement en la forme d'attestations pouvant être produites en justice, après un simple entretien avec le supérieur hiérarchique de M. [Y], sans que soient rapportées les circonstances dans lesquelles cet entretien s'est déroulé et la teneur des propos qui ont pu être tenus, que la société n'apporte aucun élément probant démontrant l'effectivité de l'enquête dont elle fait état dans la lettre de licenciement et que, à réception des témoignages, elle a laissé M. [Y] poursuivre sa formation avec les quatre stagiaires, que, partant, les griefs de harcèlement sexuel ne sont pas suffisamment établis et pertinents pour justifier la rupture du contrat de travail de M. [Y] ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants, impropres à écarter la valeur probante des attestations produites dont elle constatait qu'elles étaient de nature à caractériser un harcèlement sexuel, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Le mémoire en défense réplique que les pièces, dont entend se prévaloir l’auteur du pourvoi, sont, selon les termes mêmes des conclusions d’appel du salarié (prod. n°3 du mémoire ampliatif), des *«comptes rendus d’entretien téléphoniques avec quelques salariés des deux caisses qui sont de simples prises de notes non signées et dont la véracité est contestée»*
(conclusions, p.17), ce que confirme les pièces en question figurant en production n°4 annexée au mémoire ampliatif.

Il oppose le pouvoir souverain reconnu aux juges du fond d'apprécier les éléments de fait et de preuve qui leur sont soumis. « *ce n’est pas parce que les éléments invoqués par les parties ne sont pas expressément analysés et repris par les juges du fond dans leur*

décision que pour autant, ces derniers ne les ont pas examinés, ces éléments étant présumés, sauf preuve contraire, avoir été débattus contradictoirement devant eux. Il appartient en effet au juge d'apprécier les divers éléments de preuve qui lui sont soumis et lorsqu'il s'abstient de viser une partie de ces éléments et en retient d'autres, il marque, implicitement mais nécessairement, que les documents passés sous silence n'étaient pas de nature à déterminer sa conviction ou à la remettre en cause au regard de ceux déjà analysés. »

Le mémoire se réfère ainsi notamment à un arrêt du 26 mars 2014 ayant rejeté le pourvoi d'un employeur qui critiquait la décision ayant dit que le licenciement du salarié, prononcé pour faute grave, ne reposait pas sur une cause réelle et sérieuse: Soc., 26 mars 2014, pourvoi n° 12-25.236 :

Et attendu ensuite que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel, non tenue de s'expliquer spécialement sur chacune des pièces produites ni d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties et répondant aux conclusions prétendument délaissées, a retenu, usant des pouvoirs qu'elle tient de l'article L. 1235-1 du code du travail, que le doute devant profiter au salarié dès lors qu'elle ne pouvait trancher entre les thèses des deux parties, le licenciement ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse ; que le moyen n'est pas fondé ;

Il faut signaler que dans ses conclusions d'appel, l'employeur se prévalait des notes et comptes rendus des entretiens, faits lors de l'enquête, de salariés qui avaient travaillé dans les deux agences dirigées par M. [D] (les salariés évoqués ci-dessus par le mémoire ampliatif en renvoyant à la page 20 des conclusions d'appel de l'employeur) mais se prévalait également des « attestations conformément aux articles 200 à 203 du Code de Procédure Civile, et l'article 441-7 du nouveau code pénal » de certaines collaboratrices (p.21 des conclusions d'appel), à savoir :

- Madame [L], responsable de bureau (p.22 des conclusions, pièce 15) qui indique :

« *J'ai dû gérer à plusieurs reprises le désarroi de collaboratrices . J'ai vu [D] [W] pleurer à la suite d'entretiens avec Mr [D] et Mme [E] bouleversée de se voir refuser une journée de congé (...)*
Mr [D] tenait régulièrement des propos blessants et grossiers . Par exemple :
" Appelez l'autre feignasse au secteur en parlant d'une collègue du secteur de Lorient" , " Comme si les PD avaient besoin de se marier ".
Ou en parlant d'une administratrice à la suite d'un Conseil d'administration " cette grosse vache n'aurait pas bougé son cul de sa chaise pour faire la vaisselle " .(..) »

- de Madame [F], chargée de clientèle, (conclusions p.24, pièce 16) qui atteste que :

« " [...] Nous devions faire souvent face à ses excès de colère et à son comportement très lunatique . Plus personnellement, j'en veux à Mr [D] d'avoir généré en moi une grosse perte de confiance . J'avais régulièrement le droit à mon égard des propos et allusions dégradantes vis à vis de mon physique et de ma manière de me vêtir. Je me souviens d'une phrase qui m'a marqué "Pourquoi t'es habillé en noir? Arrête de t'habiller toujours en noir!
T'es ronde, tout le monde le sait, tu ne peux pas le cacher". »

- de Madame [E], employée de banque (conclusions p. 24, pièce 17), qui relève que « *Il était très blessant voir insultant dans ses propos et notamment avec les femmes (...) »*.

Il faut enfin rappeler que conformément à l'article L1232-6 du code du travail, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, notre Cour juge de façon constante que la lettre de licenciement fixe les limites du litige (récemment, Soc., 16 septembre 2020, pourvoi n° 18-25.943, publié ; Soc., 16 février 2011, pourvoi n° 09-72.172, Bull. 2011, V, n° 49 ; Soc., 22 février 2005, pourvoi n° 03-

41.474, Bull. 2005, V, n° 58) et que les juges sont tenus d'examiner l'ensemble des griefs énoncés dans la lettre de licenciement (voir notamment, Soc., 14 janvier 2014, pourvoi n° 12-12.744, Bull. 2014, V, n° 5 ; récemment, Soc., 14 octobre 2020, pourvoi n° 19-10.266). Or il convient d'observer que la lettre de licenciement pour faute grave reprochait en l'espèce au salarié deux griefs : des faits de harcèlement sexuel et des faits de harcèlement moral, s'agissant d'un management agressif.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, il reviendra à la chambre de dire si la décision de la cour d'appel, en disant le licenciement du salarié dépourvu de cause réelle et sérieuse, encourt ou non la censure.