LAMY
REVUE

REVUE LAMY

Droit des Affaires

DOSSIER

Extraterritorialité des lois américaines, entre mythes et réalité

Hervé GUYADER, Raphaël GAUVAIN, Régis BISMUTH, Cathérine BOINEAU, Stéphane de NAVACELLE et Julie ZORRILLA

– **La transposition du « paquet marques » en droit français : nouveaux paradigmes**
Virginie BOUNOT

– **L'approche systémique des sanctions : le cas de la Russie**
Nina SHIPOVA

– **L'inefficacité de la rétractation du promettant conforme à la Constitution**
Quentin NÉMOZ-RAJOT

– **Vigilance aux droits des créanciers en matière de fusion**
Jacques-Antoine ROBERT, Anna VELITCHKOVA et Martin BINDER

157 | MENSUEL
MARS 2020

Wolters Kluwer

RLDA 6924

L'enquête interne menée par l'avocat : un renouveau de la pratique pénale des affaires ?

Stéphane de NAVACELLE

Avocat associé, Cabinet Navacelle, avocat au barreau de New York et ancien membre du Conseil de l'Ordre

Julie ZORRILLA

Avocat associé, Cabinet Navacelle

La pratique de l'enquête interne menée par l'avocat se développe de façon importante en France et s'impose comme un élément essentiel d'une nouvelle forme de défense pénale dans une justice négociée. Elle pose pourtant encore de nombreuses questions, à la fois quant à son originalité par rapport à la tradition de la défense pénale et quant aux règles auxquelles elle doit se conformer.

Le 31 janvier 2020, au cours de l'audience de validation de la Convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP »)[1] conclue le 29 janvier 2020 entre le procureur de la République financier et la société Airbus[2], Eric Russo, premier vice-procureur au parquet national financier (« PNF »), saluait « *le caractère exceptionnel de la coopération* » de la société Airbus dans ce dossier. Les conseils d'Airbus soulignaient, quant à eux, « *le caractère exemplaire du processus qui a mené à cette convention* », faisant référence à la fois à la décision de leur cliente de faire le choix d'une révélation spontanée mais également à l'ampleur de l'enquête interne menée.

L'unanimité l'emportait quant au fait qu'il s'agissait d'une décision historique, tant par le montant de l'amende revenant au Trésor public français, que par l'ampleur des investigations et le rôle joué par chacun des protagonistes du dossier. Derrière cet engouement, plusieurs victoires semblaient se dessiner.

D'abord, une primauté de la France retrouvée au travers d'une coordination avec le *Serious Fraud Office* (SFO) britannique et le *Department of Justice* (DOJ) des États-Unis menée par le PNF et de l'attribution d'une très grande part de l'amende payée par Airbus à la France[3].

Ensuite, la démonstration que cette convention est la résultante d'un choix adéquat d'Airbus de s'être auto-dénoncé et d'avoir mené une enquête interne en étroite collaboration avec les autorités de poursuites.

Après la circulaire relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi *Sapin II*[4] et les lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP[5], lesquelles encouragent l'enquête interne en inscrivant le caractère volontaire de la révélation des faits et le degré de coopération de la personne morale avec l'autorité judiciaire comme critères d'appréciation de l'opportunité de recourir à une CJIP, la promotion de l'enquête interne est faite.

(1) Alternative aux poursuites créée par l'article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(2) Communiqué de presse du procureur de la République financier du 31 janvier 2020, publié sur le site de l'Agence française anti-corruption.

(3) Communiqué de presse du procureur de la République financier du 31 janvier 2020, publié sur le site de l'Agence française anti-corruption, (« *Aux termes de cette CJIP, Airbus s'engage à verser au Trésor public, sous dix jours, une amende d'intérêt public de 2 803 137 455 euros. (…) Les accords conclus séparément par Airbus avec le SFO et les autorités judiciaires américaines prévoient qu'Airbus versera une amende de 983 374 311 euros aux autorités britannique et une amende 55 655 000 euros au Trésor des États-Unis* »).

(4) Circulaire n° CRIM/2018-01/G3-31.01.2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique du 31 janvier 2018.

(5) Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public émises par le parquet national financier et l'Agence française anti-corruption le 26 juin 2019, p. 9.

Ainsi, si l'enquête interne, introduite en France sous l'impulsion de la pratique de la *common law*, était déjà pratiquée en matière de droit bancaire, de droit de la concurrence et de droit du travail[6], elle connait désormais un nouvel essor en matière pénale.

L'enquête interne permet aux entreprises « *de faire jour sur la réalité, l'étendue et la qualification des faits dénoncés et, le cas échéant, de démontrer aux autorités leur pleine implication dans la recherche et la résolution de pratiques contrevenantes* »[7]. Forme d'enquête privée, elle remet en cause l'équilibre traditionnel de la défense pénale : avocat contre autorité de poursuite, et interroge certaines règles de la pratique de la profession d'avocat.

Eu égard aux enjeux intrinsèques au droit pénal, et en présence de très peu de normes réglementant la pratique de l'enquête interne, de nombreuses questions se posent.

I. – L'enquête interne crée une nouvelle approche de la défense pénale

La défense pénale, traditionnellement, est l'examen du dossier, la recherche d'une preuve ou d'une absence de preuve, d'un non-respect procédural. C'est également un développement juridique sur la constitution ou non d'une infraction pénale, une éloquence, un débat entre celui qui défend, celui qui poursuit et celui qui juge. L'enquête interne, en ce qu'elle est la recherche d'une réalité passée sur le terrain et non plus dans le dossier, et la base d'un échange non plus opposé mais négocié, constitue dès lors une nouvelle forme de défense pénale.

➜ *Les nouvelles formes d'interactions entre les parties au dossier*

Alors que les relations entre les parties et l'accès aux éléments de la procédure pénale sont régies par le code de procédure pénale, il a fallu définir un ensemble de normes s'agissant de l'enquête interne. Ces règles ne résolvent toutefois pas certaines problématiques, auxquelles les praticiens tentent de répondre au travers, notamment, de bonnes pratiques.

➜ *La place des personnes physiques dans l'enquête interne*

L'enquête interne, menée à la demande de la personne morale, requiert la participation des personnes détentrices d'informations nécessaires à la reconstitution des faits questionnés et s'organise dans l'entreprise grâce à des interactions avec des membres de la direction. Ces relations entre l'avocat enquêteur et ces différentes personnes physiques commandent précautions et méthodologie afin de ne pas mettre en péril l'intégrité de la pratique de l'enquête interne.

L'audition des salariés dans les enquêtes internes cristallise les critiques de nombreux commentateurs[8]. En effet, le salarié, en raison du pouvoir de direction de l'employeur, est tenu sous peine de sanctions disciplinaires de répondre à cette demande et de coopérer aux investigations.

Comparativement à la procédure pénale classique qui garantit des droits à la personne auditionnée[9], aucune norme législative n'est spécifiquement prévue pour les auditions de salariés dans le cadre d'enquêtes internes.

Et s'il est vrai que d'autres normes, non dédiées à l'enquête interne, sont applicables, telle la législation sur la protection des données à caractère personnel[10] et la jurisprudence de la chambre sociale de la cour de cassation sur les données personnelles du salarié[11] ou sur la garantie devant être apportée par l'employeur à son salarié à raison des actes commis dans le cadre de son contrat de travail, même lorsque ces actes sont susceptibles de constituer des infractions pénales[12], elles n'encadrent pas, *strico sensu*, l'audition.

(6) J.-P. Grandjean, Le nouveau statut d'avocat chargé d'une enquête interne, *in* Dalloz avocats, Exercer et entreprendre 2017, p. 10.

(7) Rapport sur les problématiques et les enjeux liés au statut et au rôle de l'avocat « enquêteur » dans le cadre d'une enquête interne, Ordre des avocats du Barreau de Paris, S. de Navacelle et B. Ader, 10 déc. 2019, p. 3.

(8) S. Sauphanor, Des enquêtes internes sans droits de la défense ?, *in* Point de vue, la Lettre des Juristes d'Affaires, n° 1429, 27 janv. 2020.

(9) CPC, art. 61-1, 62 et 62-2.

(10) Règl. PE Cons. UE n° 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(11) Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291 (« *Attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que celle-ci implique en particulier le secret des correspondances ; que l'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à sa disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* »), Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 10-17.284 (« *Mais attendu que le salarié a droit, même au temps et au lieu du travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; que si l'employeur peut toujours consulter les fichiers qui n'ont pas été identifiés comme personnels par le salarié, il ne peut les utiliser pour le sanctionner s'ils s'avèrent relever de sa vie privée* »).

(12) CA Rennes, 24 mars 2009, ch. prud'hommale 5, n° RG : 07/05511 ; Cass. soc., 5 juill. 2017, n° 15-13.702, publié au Bulletin (« *Et attendu que la cour d'appel a retenu, hors toute dénaturation, qu'il résultait de l'arrêt rendu le 30 juin 2010 par la juridiction pénale, d'une part que les actes poursuivis sous la qualification de complicité d'abus de bien sociaux avaient tous été exécutés par le salarié à la demande et sous l'autorité du président du directoire, qui lui avait donné mission de mener la vente de certains biens immobiliers, d'autre part que le salarié n'avait jamais dissimulé le moindre élément de ces opérations qui avaient toutes été validées par le conseil d'orientation et de surveillance de la caisse d'épargne, de sorte que l'intéressé avait agi dans le cadre de son activité professionnelle pour mener à bien une opération souhaitée par son employeur, et sans avoir abusé de ses fonctions à des fins personnelles ; qu'elle a exactement déduit de ces seules énonciations que l'employeur devait prendre en charge les frais*

Conscient de ce vide juridique s'agissant des auditions, le Barreau de Paris a adopté un *vademecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne annexé à son règlement intérieur. Ce *vademecum* adopté le 13 septembre 2016 et révisé le 10 décembre 2019, a formalisé un certain nombre de règles ayant pour but d'encadrer ces auditions et de préserver les droits des salariés[13].

> *L'Ordre du barreau de Paris a réaffirmé que l'avocat chargé d'une enquête interne est tenu au secret professionnel à l'égard de son client et que tous les documents qu'il établit dans le cadre de sa mission sont couverts par ce secret*

Ainsi, ce texte prévoit la nécessité pour l'avocat de préciser à tous tiers, avec qui il doit entrer en relation pour l'accomplissement de l'enquête interne, « *sa mission et le caractère non coercitif de celle-ci* »[14]. Il devra en outre préciser aux salariés qu'il entend dans le cadre de sa mission, qu'il ne les représente pas, mais qu'il défend l'entreprise elle-même[15] et que les propos qu'ils tiendront devant lui pourront être, en tout ou partie, retranscrits dans son rapport[16]. Il doit également leur préciser que « *le secret professionnel auquel il est tenu envers son client ne s'impose pas à [ceux]-ci, de telle sorte que leurs déclarations et toute autre information recueillie pendant l'enquête pourront être utilisées par son client, ainsi que le rapport qu'il lui remettra le cas échéant* »[17].

À cela s'ajoute l'obligation pour l'avocat d'indiquer aux personnes auditionnées qu'elles ont le droit d'être assistées ou conseillées par un avocat dans le cas où il apparait qu'il pourrait leur être reproché un agissement[18].

Comparées aux garanties accordées par le Code de procédure pénale aux personnes auditionnées, ces quelques règles semblent ne pas répondre à toutes les inquiétudes relayées par certains commentateurs, notamment en raison des risques potentiellement encourus par les personnes physiques, qu'ils soient judiciaires ou disciplinaires.

Ces inquiétudes se focalisent notamment sur le droit de ne pas s'auto-incriminer du salarié et sur son droit d'accès aux documents servant de base à l'audition et aux comptes rendus de celle-ci.

Ce dernier pourrait se retrouver tiraillé entre son obligation de participer à une audition au risque d'une sanction disciplinaire s'il ne s'y présentait pas et sa volonté de ne pas avouer une faute afin de ne pas risquer une sanction disciplinaire voire pénale. Ces appréhensions sont d'autant plus motivées que les lignes directrices publiées par le PNF et l'AFA prévoient, dans le cadre d'une coopération, la mise à disposition du parquet des comptes-rendus d'auditions menées.

En pratique, si aucun droit de se taire n'est garanti, la présence d'un conseil pour le salarié qui pourrait se voir reprocher un agissement permet de limiter le risque d'auto-incrimination. Ce conseil, à qui les documents servant de base à l'audition sont généralement communiqués, sera en effet là pour assister et préparer avec son client l'audition à venir afin de protéger au mieux les intérêts de ce dernier.

Les relations avec les dirigeants de la personne morale dans le cadre d'une enquête interne posent également des questions. Alors que dans l'enquête pénale, ils n'ont pas de rôle actif dans la conduite des actes d'investigations, les dirigeants ou les représentants de la personne morale pourraient devenir, dans le cadre de l'enquête interne, les décisionnaires de l'orientation donnée à l'enquête interne. En l'absence de normes précises s'agissant de ces relations, il a été, en pratique, proposé que l'avocat enquêteur rende compte à un comité *ad hoc*, souvent composé d'administrateurs, afin d'éviter toutes interférences dans la conduite de l'enquête par des dirigeants qui pourraient être impliqués dans les faits observés. Cette pratique semble d'ailleurs avoir été validée par la jurisprudence[19].

➜ *Des relations avec les autorités renouvelées*

Dans le contexte d'une enquête interne menée parallèlement à une enquête ouverte par les autorités de poursuite, où les conclusions de cette enquête devraient être communiquées, au nom de la coopération[20], les lignes

exposés par le salarié pour assurer sa défense ») ; Pour la fonction publique, L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 11 : « *Les fonctionnaires et les agents non titulaires ont droit à une protection et le cas échéant à une réparation lorsqu'ils ont fait l'objet, à l'occasion de leurs fonctions, de menaces, d'outrages, de voies de fait, d'injures ou de diffamations. Ils ont droit à une protection, dans certaines circonstances, en cas de poursuites pénales et civiles engagées par un tiers pour faute de service* ».

(13) Annexe XXIV, Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne, Conseil de l'Ordre, 13 sept. 2016 révisée le 10 déc. 2019.

(14) *Ibid*., rec. 4.

(15) *Ibid*., rec. 6.

(16) *Ibid*., rec. 4.

(17) *Ibid*., rec. 7.

(18) *Ibid*., rec. 8 (« *Il indiquera à la personne auditionnée qu'elle peut se faire assister ou conseiller par un avocat lorsqu'il apparaitra, avant ou pendant son audition, qu'elle puisse se voir reprocher un agissement à l'issue de l'enquête interne* »).

(19) CA Paris, 5 nov. 2019, n° RG : 170/2019.

(20) Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public émises par le parquet national financier et l'Agence française anti-corruption le 26 juin 2019, p. 9 (« *Le parquet attend*

directrices publiées par le PNF et l'AFA préconisent « *des échanges réguliers entre le parquet et les conseils de la personne morale doivent permettre d'assurer une bonne coordination* »[21]. L'avocat enquêteur doit-il, dans ces conditions, aussi assurer le rôle d'interlocuteur avec les autorités ?

II. – L'enquête interne nécessite la réaffirmation de certaines règles de la profession d'avocat

Face à de telles interrogations, l'avocat enquêteur peut se référer aux règles de sa profession pour trouver des éléments de réponse aux problématiques que cette nouvelle pratique de l'enquête interne soulève.

➜ *L'étendue du secret professionnel de l'avocat dans l'enquête interne*

L'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques prévoit qu'« *[e]n toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention «officielle», les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ». Le règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat précise en son article 2.1 que ce secret professionnel est d'ordre public, général, absolu et illimité dans le temps[22].

Ainsi et hormis dans le cadre de sa propre défense, l'avocat est tenu par ce secret et ne peut en être délié, pas même par son client.

Or, les lignes directrices du PNF sur la mise en œuvre de la CJIP ont affirmé que « *tous les éléments figurant dans le rapport d'enquête interne ne sont pas nécessairement couverts par le secret professionnel de l'avocat* ». Il est ajouté que « *[dans] l'hypothèse où l'entreprise refuse de transmettre certains documents, il appartient au parquet de déterminer si ce refus apparait justifié au regard des règles applicables à ce secret. En cas de désaccord, le parquet apprécie si l'absence de remise des documents concernés affecte défavorablement le niveau de coopération de l'entreprise. Cette appréciation tient compte, le cas échéant, des conséquences juridiques que pourrait entrainer la renonciation au secret professionnel au regard des législations étrangères* »[23].

L'Ordre du barreau de Paris, dans son rapport sur les problématiques et les enjeux liés au statut et au rôle de l'avocat « enquêteur » dans le cadre d'une enquête interne du 10 décembre 2019, a donc réaffirmé que l'avocat chargé d'une enquête interne est tenu au secret professionnel à l'égard de son client et que tous les documents qu'il établit dans le cadre de sa mission sont couverts par ce secret. Il a néanmoins précisé que le rapport ou tout autre document établi par l'avocat enquêteur est remis exclusivement à son client qui demeure libre de sa transmission à un tiers[24].

L'interrogation demeure quant à la position des autorités de poursuites : leur appréciation d'absence de remise reposera-t-elle sur l'analyse d'un refus de coopération ou sur une considération d'absence de secret professionnel applicable à certains échanges entre l'avocat chargé de l'enquête interne et son client ?

Cette interrogation est d'autant plus forte que la jurisprudence de la chambre criminelle de la cour de cassation tend ces dernières années à limiter le secret professionnel aux documents relevant de l'exercice des droits de la défense seulement[25]. Il pourra sans doute être argué que les échanges faits dans le cadre d'une enquête interne ré-

de la personne morale qui souhaite bénéficier d'une CJIP qu'elle ait elle-même activement participé à la manifestation de la vérité au moyen d'une enquête interne ou d'un audit approfondi sur les faits et les dysfonctionnements du système de conformité qui en ont favorisé la commission. Les conclusions de cette enquête doivent lui être transmises dans un temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire »).

(21) *Ibid.*

(22) D. n° 2005-790, 12 juill. 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, art. 4 (« *Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclaration ou de révélation prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel* »).

(23) Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public émises par le Parquet National Financier et l'Agence française anti-corruption le 26 juin 2019, p. 10.

(24) Rapport sur les problématiques et les enjeux liés au statut et au rôle de l'avocat « enquêteur » dans le cadre d'une enquête interne, préc., p. 8 (« *Comme en toute matière, l'avocat chargé d'une enquête interne est tenu au secret professionnel à l'égard de son seul client - nul autre ne peut en solliciter le bénéfice. Conformément aux règles du secret professionnel, lorsqu'un rapport ou tout autre document est établi par l'avocat lors de sa mission, il est remis exclusivement à son client qui demeure libre de sa transmission à un tiers* »).

(25) Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83.206, Bull. crom., n° 88 (« *Que, d'autre part, aucune disposition légale ou conventionnelle ne fait obstacle à la captation, à l'enregistrement et à la transcription des propos d'un avocat intervenant sur la ligne téléphonique d'un tiers régulièrement placée sous écoute, dès lors que, comme en l'espèce, en premier lieu, cet avocat n'assure pas la défense de la personne placée sous surveillance, qui n'est ni mise en examen ou témoin assisté ni même n'a été placée en garde à vue dans la procédure en cause, et, en second lieu, ses propos, seraient-ils échangés avec un client habituel, dont le contenu est étranger à tout exercice des droits de la défense dans ladite procédure ou dans toute autre, révèlent des indices de sa participation à des faits susceptibles de qualification pénale, tels que les a analysés, en l'espèce, sans insuffisance ni contradiction, la chambre de l'instruction* »).

pondent justement à l'exercice des droits de la défense de la société mandante.

➜ *L'indépendance comme garde-fou du rôle de l'avocat dans l'enquête interne*

Outre le secret professionnel, l'avocat enquêteur peut également compter sur le principe de son indépendance pour répondre à certaines difficultés pratiques.

Cette indépendance, vertu cardinale de la profession d'avocat, est en effet un garde-fou permettant à l'avocat d'exercer sa mission sans pression aucune et abstraction faite de toutes influences extérieures, y compris ses propres intérêts[26].

Ainsi, le *vademecum* affirme-t-il que l'avocat chargé d'une enquête interne doit s'abstenir d'accepter une enquête qui le conduirait à porter une appréciation sur un travail qu'il a précédemment effectué[27].

Il précise également « *[l]'avocat chargé d'une enquête interne devra s'assurer de son indépendance dans la gouvernance de l'enquête et les éventuels échangent avec une autorité. Dans le cas où celle-ci pourrait être remise en cause, il pourra recommander à son client d'être représenté par un autre avocat pour les étapes distinctes de l'enquête interne* »[28].

Cette indépendance protège également l'avocat, non plus enquêteur, mais conseil d'un salarié et dont les honoraires seraient payés par la personne morale ou un assureur. Cette hypothèse soulève en effet la question de savoir à qui et sous quelle forme transmettre son tableau des diligences. Dans la mesure où la personne morale paye, elle serait fondée à savoir pour quelles prestations. D'un autre côté, l'avocat doit pouvoir rester indépendant et protéger le secret professionnel auquel il est tenu. Pour préserver au mieux les intérêts des deux parties, l'avocat peut alors envoyer un tableau des diligences dénué de détails et évoquer les principaux jalons avec un confrère conseil du payeur.

Tenu par les principes essentiels à la profession d'avocat, l'avocat impliqué dans une enquête interne intervient dans un contexte de défense pénale, certes nouveau, mais dans lequel il doit répondre au même objectif que dans une procédure pénale plus classique, à savoir protéger au mieux les intérêts de son client après avoir analysé les normes applicables à la situation de ce dernier. ■

(26) Code de déontologie des avocats européens, art. 21.1.2 ; Déc. 12 juill. 2007, portant adoption du règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat, art. 1 (L. 31 déc. 1971 mod., art. 21-1).

(27) Annexe XXIV, Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne, préc., rec. 5.

(28) *Ibid.*, rec 10.