

L'enquête interne en droit pénal des affaires : quel avenir ?

L'enquête interne consiste à déterminer si un fait dénoncé ou découvert est avéré et susceptible de fonder un engagement de responsabilité et/ou de sanctions. Elle peut être mise en œuvre directement par l'entreprise elle-même ou avec l'assistance d'un avocat mandaté par l'entreprise.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi dite Sapin II du 9 décembre 2016, un engouement certain pour l'enquête interne en matière de lutte anti-corruption, et en droit pénal des affaires plus généralement, a été constaté. De plus en plus de cabinets d'avocats se sont saisis de cette pratique, un *vademecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne a été rédigé par l'Ordre du Barreau de Paris et annexé au Règlement Intérieur du Barreau de Paris¹, un guide intitulé « *Avocat français et les enquêtes internes* » a été publié par le Conseil National des Barreaux², et un rapport sur les droits de la défense des personnes physiques dans l'enquête interne a été émis par un groupe de travail d'avocats³.

Cette pratique s'est immiscée au début des années 2000 dans la vie des entreprises et dans la pratique des avocats français par l'intermédiaire des cabinets anglo-saxons saisis par des entreprises françaises opérant aux Etats-Unis ou en Grande Bretagne parce qu'elles faisaient l'objet de poursuites par les autorités de ces Etats. Ces enquêtes internes avaient pour but de démontrer aux autorités de poursuite la volonté de coopérer de la personne morale mise en cause pour tenter d'obtenir un accord négocié mettant fin aux poursuites.

L'enquête interne était mise en œuvre en France déjà depuis plusieurs décennies, notamment en droit de la concurrence ou en droit social. Dans ces domaines, ce procédé a d'ailleurs pu être prévu législativement et normé. Par exemple, c'est ainsi qu'en application de l'article L4132-2 du code du travail, l'employeur, informé par un représentant du personnel au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de l'existence d'une cause de danger grave et imminent, procède immédiatement à une enquête.

Cette pratique s'est ensuite développée en France en matière de droit pénal des affaires comme un outil de gestion du risque pour une personne morale, qu'il soit

d'ailleurs juridique, opérationnel voire réputationnel. L'enquête interne est en effet un moyen d'évaluation, d'appréciation et de limitation du risque potentiellement encouru.

La loi Sapin II en instituant la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (« CJIP ») a, quant à elle, permis une forme de consécration de la pratique de l'enquête interne en cas de poursuites judiciaires. En effet, le Parquet National Financier (« PNF ») et l'Agence Française Anticorruption (« AFA »), dans leurs lignes directrices communes de juin 2019 portant sur la mise en œuvre de la CJIP, érigent, comme une condition requise pour bénéficier d'une CJIP, que la personne morale mise en cause « 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 »⁴.



Consacrée, l'enquête interne en matière de droit pénal des affaires devrait indéniablement être intégrée de façon croissante dans la pratique des entreprises, lesquelles ont tout intérêt à y recourir puisqu'elle leur offre un dispositif d'évaluation d'une situation potentiellement déviante, d'appréciation des risques que cette situation fait encourir à la société et d'identification des mesures correctrices à mettre en œuvre pour éviter la réitération ou le renouvellement d'une situation similaire.

Il apparaît pourtant qu'aucun texte normatif dédié n'en pose les règles. Il a bien entendu d'ores et déjà été emprunté à d'autres textes pour s'assurer que ces enquêtes respectaient les obligations pesant à la fois sur la personne morale en sa qualité d'employeur et sur l'avocat au regard de ses obligations déontologiques. Sont ainsi venues régir l'enquête interne les normes notamment applicables en matière de protection des données personnelles⁵, en matière de respect de la vie privée des salariés⁶, les règles déontologiques de l'avocat, tel le secret professionnel par exemple⁷.

Cette application d'autres normes ne permet toutefois pas de répondre aux nombreuses questions qui émergent au fur et à mesure que l'enquête interne prend sa place dans le droit pénal des affaires.

1 - Annexe XXIV *Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne*, adoptée par le Conseil de l'Ordre dans sa séance du 13 septembre 2016 et modifiée par le Conseil de l'Ordre dans sa séance du 10 décembre 2019.

2 - Guide « *L'avocat français et les enquêtes internes* », Assemblée générale du 12 juin 2020, CNB.

3 - *Rapport sur les droits de la défense des personnes physiques dans l'enquête interne*, dirigé par Dorothee Hever, mars 2021.

4 - « Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public », Parquet National Financier et Agence française anti-corruption, 26 juin 2019, p.9.

5 - Référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles, Commission Nationale Informatiques et libertés, le 18 juillet 2019 ; Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

6 - Cass. soc., 2 octobre 2001, n°99-42.942 (« 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 »).

7 - Article 2 du Règlement Intérieur National - Le secret professionnel (« 2.1 PRINCIPES - L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. 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 »).

En effet, à l'heure où peu de responsabilités pénales de personnes physiques ont encore été engagées en France sur la base d'un rapport d'enquête interne et encore moins à la suite d'une pleine coopération de la personne morale avec les autorités de poursuite, se pose déjà la question des droits de la personne physique dont la responsabilité pénale a été mise en lumière par une enquête interne.

De même, les cas de mise en œuvre d'une enquête interne sont aujourd'hui très variés et touchent même à la gouvernance des entreprises. Ainsi, il n'est pas rare qu'après une fusion acquisition ou un rachat par exemple, soient découverts des faits qui auraient potentiellement pu impacter l'économie du projet s'ils avaient été découverts avant l'acte d'acquisition ou de rachat. Lorsqu'une enquête interne est mise en œuvre pour faire la lumière sur la réalité, l'étendue et la potentielle qualification des faits découverts à la demande de la partie ayant acquis ou racheté l'entreprise, se pose encore la question de l'implication de la partie cédante à l'enquête interne.

Les interrogations qui émergent de la pratique sont nombreuses. Au travers de celles-ci se profile la question du contradictoire. Ce principe fondamental de la procédure pénale garantit aux parties qu'elles ne soient pas jugées sans avoir connaissance des arguments de fait, de droit et de preuve à partir desquels elles ont été mises en cause.

À ce titre, son application est de plus en plus revendiquée dans la tenue des enquêtes internes, d'autant lorsque ces

dernières sont menées par des avocats. A ce jour, aucune juridiction n'a eu à trancher cette question de l'absence ou de l'insuffisance du contradictoire dans l'enquête interne. De nombreuses critiques se sont élevées sur le même sujet dans le cadre des enquêtes préliminaires. La Cour de cassation juge régulièrement que l'absence de contradictoire pendant l'enquête préliminaire se voit combler par un procès qui dispose de toutes les garanties en droit de la défense⁸. Or, d'une part, l'enquête interne, enquête privée, ne peut se prévaloir des mêmes arguments qu'une enquête menée par une autorité publique. D'autre part, le débat n'est en rien clos s'agissant de l'enquête préliminaire. Gageons donc que l'avenir de l'enquête interne en matière de droit pénal des affaires sera émaillé de débats sur la nécessité et les moyens d'introduire plus de contradictoire.

Stéphane de Navacelle, Avocat au Barreau de Paris et de New York, ancien membre du conseil de l'Ordre du Barreau de Paris

Julie Zorrilla, Avocate au Barreau de Paris

8 - Cass, crim., 6 mars 2013, n°12-90.078 (« Et attendu que la question posée ne présente pas à l'évidence un caractère sérieux en ce que les dispositions légales critiquées, qui permettent au procureur de la République, lorsqu'il estime que les faits portés à sa connaissance constituent un délit, de décider que la poursuite se fera, après enquête préliminaire, par la voie de la citation directe devant le tribunal, sans ouverture d'information, ne modifient pas le déroulement du procès pénal, et ne privent pas la personne d'un procès juste et équitable, celle-ci, quant au respect des droits de la défense, ayant, devant la juridiction, des garanties équivalentes à celles dont elle aurait bénéficié si l'affaire avait fait l'objet d'une information »).