Les droits de la défense

Emmanuel Daoud, avocat associé

Cabinet Vigo

Colloque « Avocat et droits de la défense dans les enquêtes internes et la justice négociée »

20-21 avril 2023

Respect des droits de la défense

Dans le cadre d'une enquête interne, le respect des droits de la défense s'impose et s'inspire de la procédure pénale telle qu'enrichie ou précisée par la jurisprudence. Les droits de la défense doivent constituer le fil conducteur de l'avocat enquêteur lors de sa mission.

➢ Le respect des droits de la défense concerne **toutes les parties prenantes**

Le lanceur d'alerte

- Lors de l'enquête interne, l'identité du lanceur d'alerte demeure **confidentielle**.
- Le lanceur d'alerte est **protégé de toutes mesures de représailles** (par exemple : être écarté d'une procédure de recrutement, de l'accès à un stage ou à une période de formation professionnelle, être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte).

Ces protections bénéficient également aux facilitateurs au sens de la loi Sapin II.

L'entreprise

- L'entreprise bénéficie de **l'assistance d'un avocat lors de l'enquête interne**.
- L'entreprise est également assistée d'un avocat **en cas contestation des mesures disciplinaires** prises à l'issue de l'enquête interne.

Le mis en cause ou toute autre personne entendue

- **Toute personne entendue** dans le cadre d'une enquête interne bénéficie de droits de la défense. Ces droits existent avant le début de l'enquête et s'exercent pendant et après celle-ci.

Respect des droits de la défense

- Le respect des droits de la défense concerne **toutes les phases de l'enquête interne** pouvant être divisées selon une approche chronologique.

1. Le respect des droits de la défense **avant** l'audition
2. L'exercice des droits de la défense **pendant** l'audition
3. Le respect des droits de la défense **après** l'audition

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX
LES AVOCATS

01

L’exercice des droits de la défense avant l’audition

vigo

Le droits de la défense avant l'audition

Les moyens d'investigation propres à l'entreprise qui visent à rassembler et conserver les moyens de preuves sont juridiquement limités.

L'article L. 1121-1 du Code du travail dispose : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de* ***restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*** ».

Les principes directeurs de l'enquête interne

Ne pas recueillir d'élément par des procédés illicites, déloyaux ou portant une atteinte disproportionnée aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives (Guide conjoint de l'AFA et du PNF sur les enquêtes internes anticorruption, mars 2023, §2.3.1)

Conséquences en cas de non respect de ces principes

- → **Irrecevabilité des moyens de preuve**
- → **Dommages et intérêts au bénéfice du salarié dont les droits n'auraient pas été respectés**
- → **Condamnation pénale sanctionnant l'usage de procédés illicites**

vigo

Le droits de la défense avant l'audition

Dans le cadre d'une enquête interne, **les principes d'exhaustivité et d'impartialité** s'imposent dans la façon de déterminer les personnes à auditionner. L'enquête doit également être menée **à charge et à décharge**.

- Les personnes à entendre doivent être **déterminées de façon large** et représenter **un échantillon suffisant.**
  - Il n'est pas obligatoire d'entendre la personne visée, mais son absence peut nuire à l'appréciation objective et équitable de la situation (CA Rennes, 25 avril 2018, n°14/07736).
- L'enquête est **impartiale** lorsqu'elle met les parties mises en cause en mesure de faire valoir leurs **observations** et de **répondre aux allégations** adverses. Elle ne doit pas porter inutilement préjudice aux personnes visées par l'enquête (Soc., 9 février 2012, n°10-26.123).
- Les garanties d'impartialité s'apprécient notamment au regard du **nombre d'auditions**, de leur **durée**, et de leur **caractère contradictoire** *(CA Paris, 14 mars 2019, n° 18/03484).*

⚠ Quelques points d'attention

- Si l'échantillonnage des salariés est trop restreint, l'enquête interne ne permet pas de faire la lumière sur les faits à l'origine de l'alerte de façon satisfaisante (*Cass. soc., 19 juin 2019, n°18-11.343).*
- L'exigence d'impartialité ne commande pas que soient entendus tous les collaborateurs du salarié passible d'une sanction disciplinaire (*Cass. soc., 8 janv. 2020, n°18-20.151*).

vigo

Le droits de la défense avant l'audition

L'enquête doit respecter le **principe du contradictoire** pour prouver utilement la matérialité des faits dans le cadre d'une procédure contentieuse ultérieure.

En l'absence de contradictoire dans une enquête interne, la matérialité des faits imputés à un salarié peut être considérée comme non rapportée (*CA Paris, 22 janv. 2020, n°17/12240 ; CA Paris, 15 janvier 2020, n° 17/11200*).

➔ *Versement de dommages-intérêts au salarié mis en cause par son employeur à l'issue d'une enquête menée « sans discrétion, à charge et sans permettre au mis en cause de faire entendre ses témoins, peu important que devant le conseil de discipline national le salarié ait pu faire valoir ses droits (Cass. soc., 9 févr. 2012, n°10-26.123).*

Le droits de la défense avant l'audition

L'enquête doit respecter le **principe de proportionnalité au regard du but recherché.**

Cela implique le respect de la vie privée des salariés

- Le droit de la preuve est limité par le respect de la vie privée.
    - *Sauf si la production de cet élément de preuve est indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte est proportionnée au but poursuivi (Cass. civ., 25 février 2016, n°155-12.403)*
    - *Le responsable de l'enquête interne doit veiller à maintenir l'équilibre entre le droit des employés au respect de leur vie privée, et la bonne marche de l'entreprise (CEDH Lopez Ribalda et a./ Espagne, 17 octobre 2019, n°1874/13 et 8567/13)*

*N.B. : **En matière d'atteinte à la probité**, la CEDH a considéré que des moyens d'investigation importants peuvent être mis en œuvre dans la mesure où la lutte contre la corruption est reconnue comme un sujet d'intérêt général (CEDH, Kövesi c/ Roumanie, n°3594/19, §211)*

vigo

Le droits de la défense avant l'audition

Il est recommandé de respecter le **principe de discrétion** qui découle du droit au respect de la vie privée et du respect de la présomption d'innocence.

➔ Ce principe implique de ne pas porter inutilement préjudice aux personnes visées par l'enquête interne diligentée (Cass. Soc., 9 février 2012, n°10-26.123).

⚠ Cas particulier de l'alerte

- Si l'enquête interne résulte d'une **alerte prévue à l'article 8 ou 17 de la loi Sapin 2**, l'obligation de confidentialité (plus exigeante que le principe de discrétion) s'impose.
- **Stricte confidentialité** de l'identité de l'auteur du signalement, de celle des personnes visées, des informations recueillies, et de celle des tiers mentionnés.

Enfin, il convient d'utiliser des moyens technologiques permettant le **respect de la législation en matière de protection des données personnelles** (RGPD et la loi Informatique et libertés).

vigo

Le droits de la défense avant l'audition

L'information des salariés de l'existence du dispositif d'enquête interne

L'existence d'un dispositif de collecte des informations personnelles relatives aux salariés **doit faire l'objet d'une communication**.

➔ l'entreprise peut informer l'ensemble de ses salariés de la possibilité de recourir à un dispositif d'enquête interne, notamment en cas de réception d'un signalement.

➔ La procédure d'enquête interne peut être rendue accessible à l'ensemble des salariés, au même titre que la procédure d'alerte.

Afin de garantir l'utilisation éventuelle de la retranscription de l'audition dans une procédure ultérieure**,** il est recommandé d'inviter l'intéressé à **prendre connaissance des documents le concernant**, en amont de l'entretien, sauf s'il existe un risque de destruction des preuves.

La prise de connaissance des documents prend de multiples formes :

- **Mise à disposition des documents dans les locaux de l'employeur pendant un temps déterminé ;**
- **Notification de la liste des thématiques abordées lors de l'audition.**

vigo

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX
LES AVOCATS

02

L’exercice des droits de la défense pendant l’audition

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

Exemple de convocation

Madame, Monsieur,

Ainsi que vous en avez été informé.e par le **[DIRIGEANT / COMPLIANCE OFFICER / RH…]**, une enquête interne a été engagée à la suite d'une alerte interne émise le **[DATE]**, concernant des agissements allégués de **[FAITS]** pour lesquels vous êtes mis en cause.

Le cabinet VIGO a été mandaté par **[PERSONNE MORALE]** aux fins de **déterminer la matérialité et les circonstances de ces allégations en tout indépendance et impartialité**.

Dans ce cadre, nous souhaitons recueillir vos observations et vous poser diverses questions relatives à cette alerte interne.

Nous vous remercions de bien vouloir revenir vers nous avec vos disponibilités entre le **[DATE]** et le **[DATE]** afin que nous puissions organiser au mieux cet entretien.

Afin de garantir la confidentialité de cet entretien, celui-ci se tiendra au sein de **[LIEU]**.

Si vous le souhaitez, vous pouvez décider d'être accompagné.e soit par un conseil (avocat), soit par un représentant du personnel, soit par un.e proche.

Conformément aux obligations déontologiques applicables, nous vous précisons que cette invitation n'a aucun caractère **coercitif, que vous aurez le droit de répondre à nos questions ou de garder le silence**, et que nos échanges ne seront pas couverts par le secret professionnel vis-à-vis de **[PERSONNE MORALE]**. Aussi, toutes déclarations ou informations pourront être en tout ou en partie retranscrites dans le rapport d'enquête qui sera établi.

Un compte-rendu vous sera transmis pour relecture, modifications éventuelles et signature.

Cette procédure est confidentielle. Par conséquent, il vous est demandé de ne pas discuter du contenu de celle-ci et de son existence avec qui que ce soit, à l'exception de votre avocat.

L'enquête interne a pour objectif de permettre une communication sincère, fiable et responsable. Dans ce cadre, **si vous pensez faire l'objet de représailles en raison de cette alerte ou de notre entretien, nous vous invitons à nous contacter sans délais**.

A cet égard, nous vous rappelons qu'**aucun collaborateur ou ancien collaborateur ne peut subir de représailles pour avoir fait un signalement ou participé à son traitement**.

Nous restons à votre disposition si vous, ou votre conseil, souhaitez échanger préalablement à notre entretien.

Nous vous prions de croire, Monsieur, à l'assurance de nos sentiments distingués.

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

En vertu de l'obligation de loyauté et de l'obligation de transparence dans le traitement de données personnelles, il est recommandé de procéder à une **communication préalable** informant le salarié du contexte de l'audition dont il fait l'objet *(Guide conjoint de l'AFA et du PNF sur les enquêtes internes anticorruption, mars 2023, §2.3.2)*

Communication individuelle de la procédure d'enquête ou de la charte d'enquête interne, ou du moins leur accessibilité

1/2

Contenu de la communication préalable

- Objet de la mission de l'avocat enquêteur ;
- Rappel du caractère non coercitif de la mission de l'avocat enquêteur *(recommandation du CNB p.26)* ;
- Information relative au traitement des données personnelles ;
  - En cas de risque avéré de dépérissement des preuves et que la personne compromette gravement la réalisation des objectifs du traitement, elle pourra être informée du traitement à la fin de l'enquête.
- Exposé des faits à l'origine de l'enquête ;
- Rappel du caractère non coercitif de l'audition (liberté de quitter l'entretien à tout moment, *recommandation n° 4 Vademecum sur l'enquête interne, Barreau de Paris, 2019*) ;

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

En vertu de l'obligation de loyauté, il est recommandé de procéder à une **communication préalable** informant le salarié du contexte de l'audition dont il fait l'objet.

Communication individuelle de la procédure d'enquête ou de la charte d'enquête interne, ou du moins leur accessibilité

2/2

Contenu de la communication préalable

- Confidentialité de l'enquête interne et obligation de discrétion *(recommandation du CNB p.27)* ;
- Non-applicabilité du secret professionnel de l'avocat entre la personne auditionnée et l'avocat enquêteur *(recommandations n° 3 et 7 Vademecum sur l'enquête interne, Barreau de Paris, 2021)* ;
    - Possibilité que les propos tenus soient retranscrits dans le rapport d'enquête interne.
- Droit à l'assistance d'un avocat s'il apparaît avant ou pendant l'entretien que la personne peut être mise en cause dans le cadre de l'enquête interne *(recommandation n° 8 Vademecum sur l'enquête interne, Barreau de Paris, 2019 et recommandation du CNB p.27)* ;
- *Upjohn Warning :* indiquer que l'avocat est celui de la personne morale et non l'avocat de la personne auditionnée *(recommandation n° 6 Vademecum sur l'enquête interne, Barreau de Paris, 2019).*

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

L'audition est rythmée par diverses questions conduisant la personne entendue à s'exprimer et livrer sa version des faits.

Quelques exemples de question à poser :

- **Acceptez-vous de témoigner ?**
- **Êtes-vous au courant de l'affaire qui concerne X et Y ?**
- **A quelle date et heure les faits se sont-ils produits ?**
- **Les faits vous ont-ils interpelés ?**
- **Désirez-vous rester anonyme ?**

Le droits de la défense pendant l'audition

Il est conseillé de proposer à la personne auditionnée l'assistance d'un avocat, notamment si elle est mise en cause dans le cadre de l'enquête.

Le libre choix de l'avocat est de principe *(recommandation n° 8 Vademecum sur l'enquête interne, Barreau de Paris, 2019 ;*

- Le Barreau de Paris a rappelé ce principe de libre choix de l'avocat par une **résolution du conseil de l'Ordre** relative au Guide pratique de l'AFA et du PNF. Ainsi :
  - « *Tout justiciable, en ce compris toute personne morale, est **libre de se faire assister par l'avocat de son choix, quelles que soient les circonstances** et notamment pour contribuer à mener une enquête interne* »
  - *« L'avocat peut tout à fait **assister son client dans une procédure, amiable ou contentieuse, afférente ou consécutive à l'enquête interne qu'il aurait conduite** ».*
  - *« La **prévention des conflits d'intérêts** relève, pour les avocats, de leurs **obligations déontologiques, sans considération du domaine du droit concerné** ; qu'en particulier, le conflit d'intérêts s'apprécie au cas par cas, de sorte qu'il ne peut y avoir d'empêchement de principe pour l'avocat qui assisterait une entreprise dans la conduite d'une enquête interne d'assurer par ailleurs, ou par la suite, sa défense pénale ».*
  - *« Il est souvent de **l'intérêt de la personne mise en cause que l'avocat ayant conduit l'enquête interne assiste le client dans le cadre de sa défense pénale ou de ses négociations avec les autorités publiques**, notamment aux fins de conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public ; le cas échéant, que seul le bâtonnier est habilité à apprécier in concreto s'il y a lieu de relever un conflit d'intérêts susceptible de compromettre l'intervention d'un avocat ou d'un cabinet d'avocats ».*

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

La prise en charge des frais d'avocat

- L'employeur a **l'obligation de prendre en charge les frais occasionnées par la défense**, dès lors que le **contentieux est lié à l'exercice de ses fonctions** (Cass. soc., 18 oct. 2006, n°04-48.612 ; Cass. soc., 5 juill. 2017, n° 15-13.702). *Tel n'est pas le cas lorsqu'il a abusé de ses fonctions*.

  - Les fonctionnaires ont également droit à la prise en charge de leur défense en cas de poursuites pénales et civiles engagées « par un tiers pour faute de service » (L. n° 83-634 du 13 juill. 1983, art. 11).

✓ Si l'enquête interne est **menée de façon purement volontaire** et indépendamment de toute perspective de procédure pénale, **rien n'impose la prise en charge des frais d'avocat**. Elle est toutefois conseillée.

✗ Ainsi, si **l'action publique est susceptible d'être mise en œuvre** ou si une enquête préliminaire ou une information judiciaire est en cours, il semble raisonnable de déduire que les frais de l'avocat assistant les personnes auditionnées dans l'enquête interne soient **à la charge de l'entreprise.**

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

L'audition peut être est menée par toute personne.

Il convient cependant d'éviter qu'il ne s'agisse du supérieur hiérarchique de la personne auditionnée.

- Un tel entretien **est insatisfaisant** et **insuffisant** pour écarter toutes suites à l'alerte (*Cass. soc., 19 juin 2019, n°18-11.343).*
- Il est primordial de **garantir la préservation des preuves** et la **sincérité des témoignages** *(Lignes directrices du Parquet National Financier et de l'Agence Française Anti-corruption en date du 26 juin 2019, p. 9).*

Aucune pression ne doit être exercée sur le témoignage du salarié ou mandataire social entendu.

vigo

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX
LES AVOCATS

03

L’exercice des droits de la défense après l’audition

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

La rédaction d'un compte-rendu d'entretien est essentielle afin de conserver les propos tenus et de satisfaire au **principe du contradictoire** *(recommandation du CNB p.28 et Guide conjoint de l'AFA et du PNF sur les enquêtes internes anticorruption, mars 2023, §2.3.4).*

Le compte-rendu d'entretien :

Permet de garder une trace des propos tenus

Doit être envoyé à l'intéressé et signé par lui
(CA Paris, 9 janv. 2019, n°16/15627 et Cass. soc, 8 janv. 2020, n° 18-19.775)

Permet de retranscrire les propos tenus de manière fidèle et impartiale
(Guide conjoint de l'AFA et du PNF sur les enquêtes internes anticorruption, mars 2023, §2.3.2)

Droit être corrigé et/ou précisé par l'intéressé le cas échéant
Une mention peut être ajoutée afin d'assurer la traçabilité des modifications (Guide conjoint de l'AFA et du PNF sur les enquêtes internes anticorruption, mars 2023, §2.3.2)

Permet une relecture et une correction possible par la personne entendue

Constitue un élément de preuve en cas de procédure judiciaire
Il est recommandé d'ajouter une mention reflétant l'accord de la personne pour la production du document en justice
(Soc. 4 juillet 2018, n°17-18.241)

vigo

CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX
LES AVOCATS

04

Perspectives

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

Evolutions

- Une proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption a été déposée le 19 octobre 2021. Cette proposition vise notamment la **création d'un nouveau titre IV dans le code de procédure pénale dédié aux enquêtes internes et de six articles :**
  - **Article 706-183 CPP** : précise que les **garanties prévues par le nouveau titre du code de procédure pénale** sont applicables **dans le cas où une personne morale est mise en cause pour un ou plusieurs délits** et **diligente une enquête interne portant sur les mêmes faits**. Le Procureur ou le juge d'instruction en est informé.
    - Cet article ne concerne pas les enquêtes internes diligentées par une personne morale en l'absence de toute procédure pénale.
  - **Article 706-184 CPP** : impose le respect d'un **délai raisonnable** pour convoquer une personne physique, et l'ouverture de **droits à la personne entendue qui** doivent lui avoir été indiqués à l'occasion de la notification de la convocation :

Droit de mettre fin à l'audition quand elle le souhaite	Droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire
Droit de se faire accompagner par un avocat choisi par elle	Droit d'être assistée par un interprète

vigo

Le droits de la défense pendant l'audition

Evolutions

- **Article 706-185 CPP** : précise que toute audition donne lieu à la **rédaction d'un procès-verbal, relu et signé** par la personne auditionnée.

- **Articles 706-186 et 706-187 CPP** : prévoit la **consultation du dossier** par les personnes soupçonnées et que **celles-ci sont informées** de la clôture de l'enquête.

- **Article 706-188 CPP** : prévoit la possibilité pour le Procureur de demander au Président du Tribunal Judiciaire de **nominer un mandataire *ad hoc* ou d'un comité spécial chargé de conduire l'enquête interne**, afin de prévenir le risque de conflits d'intérêts, notamment lorsque des dirigeants ont pu participer aux faits pour lesquels la personne morale est mise en cause

Je vous remercie pour votre écoute !