CONSEIL NATIONAL DES BARREAUX

LES AVOCATS

GUIDE

# L'AVOCAT FRANÇAIS ET LES ENQUETES INTERNES

ASSEMBLEE GÉNÉRALE DU 12 JUIN 2020

CNB / CREA

# EDITORIAL

Les enquêtes internes ont pris leur essor avec la loi Sapin II du 9 décembre 2016 qui a défini des règles pour lutter contre la corruption dans l'entreprise notamment grâce à des outils de prévention et de détection de la corruption. Mais les enquêtes internes sont nées bien avant l'adoption de la loi Sapin II, pour faire la lumière sur des suspicions de pratiques anticoncurrentielles, frauduleuses ou encore de harcèlement.

Le développement des enquêtes internes s'inscrit dans un mouvement national et international de transformation de l'élaboration et de la pratique du droit et partant du rôle joué par ses acteurs traditionnels. L'entreprise qui est le sujet de l'enquête interne en est également l'acteur et l'organisateur. Pour conduire une enquête interne en son sein, elle doit faire appel à des professionnels du droit qui lui sont extérieurs, au premier chef desquels se trouve l'avocat du XXIème siècle.

Il s'agit en effet à l'avocat d'endosser un rôle qui requiert qu'il obtienne la confiance et l'autorité nécessaire à l'égard de l'entreprise, cadre et sujet de l'enquête interne. Il doit pour cela mettre en oeuvre ses qualités de technicien dans le respect des principes essentiels déontologiques qui règlent l'exercice de la profession.

Il ne s'agit pas pour l'avocat de dénaturer son rôle de conseil mais d'étendre le champ d'expression de ses qualités professionnelles pour aller là où se déplacent l'anticipation et la résolution des litiges.

Il existe donc une pratique, une méthodologie, de l'enquête interne que ce guide pratique a vocation à synthétiser grâce au travail commun de confrères expérimentés qui ont su confronter leurs interrogations et leurs pratiques pour élaborer des recommandations.

Ce guide a ainsi vocation à intéresser tous les avocats qui souhaitent développer cette activité et connaître les bonnes pratiques à suivre en la matière.

**Anne-Laure-Hélène Des Ylouses,**
avocate élue au Conseil national des barreaux
responsable du CREA

# SOMMAIRE

EDITORIAL ..... 3

INTRODUCTION ..... 6

REMARQUES PRELIMINAIRES ..... 8

ENQUETES INTERNES ET DESIGNATION DE L'AVOCAT, PREVENTION DES CONFLITS D'INTERETS ET MANDAT DE L'AVOCAT ..... 9

**I. DESIGNATION DE L'AVOCAT DANS LE CADRE D'UNE ENQUETE INTERNE ET PREVENTION DES CONFLITS D'INTERETS** ..... **9**

**II. MANDAT DE L'AVOCAT** ..... **15**

ENQUETES INTERNES ET IDENTIFICATION DU CLIENT 18

**I. QUI EST LE CLIENT ?** ..... **18**

**II. L'INTERLOCUTEUR DE L'AVOCAT** ..... **19**

ENTRETIENS AVEC LES COLLABORATEURS DE L'ENTREPRISE ..... 22

**I. DROIT POSITIF** ..... **22**

**II. RECOMMANDATIONS** ..... **26**

ENQUETES INTERNES ET SECRET PROFESSIONNEL ..... 29

**I. DROIT POSITIF** ..... **29**

**II. RECOMMANDATIONS** ..... **34**

ENQUETE INTERNE ET RGPD ..... 37

**I. DROIT POSITIF** ..... **37**

**II. RECOMMANDATIONS** ..... **44**

ENQUETES INTERNES ET COMMUNICATION DES INFORMATIONS A L'INTERNATIONAL ..... 46

I. DROIT POSITIF ..... 47

II. RECOMMANDATIONS ..... 55

ENQUETES INTERNES ET PROBLEMATIQUES TRANSFRONTALIERES ..... 59

I. INTRODUCTION ..... 59

II. QUAND Y A-T-IL LIEU DE CONSIDÉRER QU'UNE ENQUÊTE EST « TRANSFRONTALIÈRE » ? ..... 60

III. DROITS ET DEVOIRS DES PERSONNES MISES À CONTRIBUTION DANS LA CONDUITE D'UNE ENQUÊTE INTERNE ..... 61

IV. PROTECTION DES DONNÉES ..... 62

V. NATURE ET ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT ..... 62

VI. IDENTIFICATION DES AUTORITÉS ÉTRANGÈRES SUSCEPTIBLES D'INTERVENIR ..... 63

VII. ANALYSE DE L'ENVIRONNEMENT MULTI-JURIDICTIONNEL ET DE SES CONSÉQUENCES AU NIVEAU DES AUTORITÉS ..... 64

VII. IDENTIFICATION DES RÈGLES ET PRATIQUES PROCÉDURALES APPLICABLES À L'AVOCAT ..... 64

ENQUETES INTERNES ET HONORAIRES D'AVOCAT ..... 65

I. DROIT POSITIF ..... 65

II. RECOMMANDATIONS ..... 69

ENQUETES INTERNES ET DROIT DE LA CONCURRENCE ..... 71

LEXIQUE ..... 76

MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL ..... 78

# INTRODUCTION

Les personnes morales confrontées à des agissements susceptibles de donner lieu à des sanctions pénales ou administratives ont, depuis toujours, fait appel à des avocats pour enquêter directement ou indirectement sur les faits entourant lesdits agissements afin d'obtenir le maximum d'éléments leur permettant d'assurer leur rôle, construire leurs dossiers et de préparer la défense de leurs clients ou de les assister dans la gestion de ces situations.

Cependant, ce rôle de l'avocat s'est, depuis quelques années, sensiblement développé sous l'influence, notamment, de la pratique anglo-saxonne.

Avec l'entrée en vigueur de la Loi Sapin II et la création des CJIP, le recours aux enquêtes internes se sont considérablement multipliées et constituent une nouvelle mission pour l'avocat.

Mais les enquêtes internes ne se limitent pas aux affaires de corruption ou d'atteintes à la probité visées par la Loi Sapin II. Cela fait longtemps que dans le cadre des affaires de concurrence les enquêtes internes sont la règle. De même, tout ce qui relève des violations de la loi et du règlement en matière sociale a donné lieu depuis longtemps à des enquêtes internes (accident du travail, harcèlement, discrimination, etc.).

Dans ce cadre, l'avocat a un rôle déterminant, d'une part parce qu'il est souvent le mieux placé, en raison de son expérience en matière judiciaire, pour mener l'enquête dans le respect de la loi, d'autre part, parce que les échanges entre un avocat et son client sont couverts par le secret professionnel.

Même si cela peut sembler antinomique avec le rôle traditionnel de l'avocat dans son acception française, l'enquête interne peut, lorsqu'il en va de l'intérêt de sa cliente, conduire l'avocat à être en relation avec les autorités de poursuites dans une démarche de coopération à la procédure judiciaire. Une telle coopération a d'ailleurs toujours existé quand l'entreprise y voyait son intérêt.

Toutefois, cette coopération se traduit par une obligation d'objectivité à la charge de l'avocat dans ses relations avec les autorités de poursuite qui attendent son aide dans la « *manifestation de la vérité*[1] » Aussi, l'avocat qui assiste sa cliente dans une enquête interne, alors qu'une enquête pénale est en cours, doit faire face à trois écueils :

**1.** Lignes directrices, page 9.

1) Vis-à-vis des autorités de poursuite, il devra être perçu comme un interlocuteur fiable ne cherchant pas à dissimuler les preuves ou à mettre des obstacles au déroulement de l'enquête judiciaire [2],

2) Vis-à-vis de l'entreprise cliente, l'avocat devra être perçu comme un défenseur efficace de ses intérêts tout en respectant les points mentionnés au 1).

3) Vis-à-vis de ceux que l'avocat va contacter dans le cadre de l'enquête interne, alors qu'il n'est pas leur avocat, il devra se comporter de manière loyale afin de leur permettre de se défendre efficacement en cas d'enquête pénale ou administrative.

A cette fin, l'Ordre du Barreau de Paris a notamment travaillé le sujet et a émis le 13 septembre 2016 le Vademecum qui été amendé le 10 décembre 2019. Toutefois, si ce texte est une étape importante et dont les recommandations restent d'actualité, il a paru utile, plus de trois ans après la loi Sapin II et alors que plusieurs CJIP ont été conclues, de pousser la réflexion afin de dégager les bonnes pratiques à mettre en œuvre par les avocats dans la conduite des enquêtes internes, en gardant à l'esprit que l'enquête, dans nombre de cas, précède ou est concomitante à une procédure judiciaire et doit donc être menée dans la perspective de la préservation du droit à un procès équitable et de son corolaire, le droit à la défense.

**2.** Lignes directrices, page 9.

# REMARQUES PRELIMINAIRES

L'enquête interne est le processus lancé par l'entreprise afin de lui permettre, lorsqu'elle est confrontée à des soupçons d'agissements pouvant constituer une violation de ses règles internes ou de la règlementation, législation lui étant applicable, de déterminer si ces soupçons sont fondés ou non. Son objet est d'établir les circonstances d'une situation factuelle afin de permettre à l'entreprise de prendre, le cas échéant, les mesures appropriées (résiliations de contrats, sanctions disciplinaires, changement de dirigeants, renforcement des contrôles et de sa politique de conformité...) et de gérer les conséquences qui peuvent s'en suivre (par exemple, prise de contact avec les autorités, préparation à une enquête pénale ou règlementaire, ou préparation de contentieux).

L'enquête interne se distingue, tant par sa forme que par sa finalité de l'audit ou revue de conformité qui vise pour sa part, à évaluer de manière prophylactique et périodique[3] ou en raison d'évènements, le bon déploiement du programme de conformité au sein d'une entité donnée[4]. Si l'avocat français peut être conduit à assister une entreprise aussi bien dans la réalisation d'enquêtes internes que d'audits de conformité, le présent guide pratique et les préconisations qu'il contient ne concernent que le cas des enquêtes internes.

Au jour de la parution de ce guide, la pratique des enquêtes internes constitue en France une discipline encore nouvelle, dynamique, et en plein essor[5]. Conscience que les pratiques dans ce domaine continueront à évoluer sous l'impulsion de divers acteurs, le groupe de travail a néanmoins souhaité proposer une première synthèse de problématiques que l'avocat français mandaté pour conduire une enquête interne devrait se poser. Ce guide ambitionne de nourrir une réflexion en cours et d'orienter les confrères en recherche de renseignements. Cependant ce guide ne se veut ni exhaustif, ni contraignant et devra l'objet de mises à jour.

**3.** Ou de manière ponctuelle lorsque les circonstances le requièrent (par exemple : une acquisition)

**4.** Il n'en demeure pas moins que les dysfonctionnements éventuellement identifiés dans le cadre d'un audit de conformité peuvent donner lieu au lancement parallèle ou subséquent d'une enquête interne

**5.** Il est utile ici de se rappeler les propos sages de Portalis pour un ouvrage autrement plus important : « *Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles quelles ont été écrites ; les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours ; et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit à chaque instant quelque combinaison nouvelle, quelque nouveau fait, quelque résultat nouveau.* » *Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil*

# ENQUETES INTERNES ET DESIGNATION DE L'AVOCAT, PREVENTION DES CONFLITS D'INTERETS ET MANDAT DE L'AVOCAT

## I. DESIGNATION DE L'AVOCAT DANS LE CADRE D'UNE ENQUETE INTERNE ET PREVENTION DES CONFLITS D'INTERETS

Le lien entre l'avocat et son client repose sur la confiance. Cela suppose pour toute personne la liberté de choisir son avocat et, pour l'avocat, la liberté d'accepter le mandat qui lui est confié, liberté consubstantielle à la nature de la profession :

« ***La profession d'avocat est une profession libérale et indépendante quel que soit son mode d'exercice*** » (article 1er du RIN).

La liberté de choisir ses dossiers ne connaît que peu d'entraves.

Outre (i) l'exercice, par l'avocat, de sa clause de conscience et (ii) la renonciation à un mandat faute de la compétence requise, du temps nécessaire ou d'une difficulté d'identification du client (articles 1.3 et 1.5 du RIN), la (iii) prévention du conflit d'intérêts est une obligation déontologique cardinale de l'exercice de la profession.

Pour mémoire, selon l'article 4.1 du RIN :

« *L'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire s'il y a conflit entre les intérêts de ses clients ou, sauf accord des parties, s'il existe un risque sérieux d'un tel conflit.*

*Sauf accord écrit des parties, il s'abstient de s'occuper des affaires de tous les clients concernés lorsque surgit un conflit d'intérêts, lorsque le secret professionnel risque d'être violé ou lorsque son indépendance risque de ne plus être entière.*

*Il ne peut accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client.*[6]

**6.** Voir notamment : Civ 1ère 30 juin 1981, n° 80-15557 (absence d'identité des affaires mais existence d'intérêts opposés). Civ 1ère, 3 mars 2011, n° 10-14012 (l'avocat n'avait pas, dans l'exécution de son second mandat, exploité, en violation du secret professionnel, des informations confidentielles obtenues dans l'accomplissement du premier).

*Lorsque des avocats sont membres d'un groupement d'exercice, les dispositions des alinéas qui précèdent sont applicables à ce groupement dans son ensemble et à tous ses membres. Elles s'appliquent également aux avocats qui exercent leur profession en mettant en commun des moyens, dès lors qu'il existe un risque de violation du secret professionnel* ».

L'article 4.2 du RIN précise :

« *Il y a conflit d'intérêts :*

- *dans la fonction de conseil, lorsque, au jour de sa saisine, l'avocat qui a l'obligation de donner une information complète, loyale et sans réserve à ses clients ne peut mener sa mission sans compromettre, soit par l'analyse de la situation présentée, soit par l'utilisation des moyens juridiques préconisés, soit par la concrétisation du résultat recherché, les intérêts d'une ou plusieurs parties ;*
- *dans la fonction de représentation et de défense, lorsque, au jour de sa saisine, l'assistance de plusieurs parties conduirait l'avocat à présenter une défense différente, notamment dans son développement, son argumentation et sa finalité, de celle qu'il aurait choisie si lui avaient été confiés les intérêts d'une seule partie ;*
- *lorsqu'une modification ou une évolution de la situation qui lui a été initialement soumise révèle à l'avocat une des difficultés visées ci-dessus.*

*Risque de conflit d'intérêts*

*Il existe un risque sérieux de conflits d'intérêts, lorsqu'une modification ou une évolution prévisible de la situation qui lui a été initialement soumise fait craindre à l'avocat une des difficultés visées ci-dessus* ».

Un auteur y voit « *les situations dans lesquelles une personne en charge d'un intérêt autre que le sien n'agit pas, ou peut-être soupçonnée de ne pas agir avec loyauté ou impartialité vis-à-vis de cet intérêt, mais dans le but d'en avantager un autre, le sien ou celui d'un tiers* »[7].

Autrement dit, hormis la question spécifique de l'avocat rédacteur d'actes (article 7 du RIN), il y a conflit d'intérêts :

- En matière de conseil, « *lorsque l'avocat, qui doit délivrer une information complète, loyale et sans réserve, ne peut mener sa mission sans compromettre les intérêts d'une ou de plusieurs parties, soit par l'analyse de la situation présentée, soit par l'utilisation des moyens juridiques préconisés, soit par la concrétisation du résultat recherché* »[8] ;
- En matière d'assistance ou de représentation, « *lorsque l'assistance de plusieurs parties conduirait l'avocat à présenter une défense différente de celle qu'il aurait choisie s'il avait défendu une seule partie* »[9].

**7.** J. Moret-Bailly, *Définir les conflits d'intérêts*, Dalloz 2011, n° 1100.
**8.** Stéphane Bortoluzzi, Dominique Piau, Thierry Wickers, Henri Ader, Adrien Damien, *Règles de la Profession d'avocat*, n° 441.15.
**9.** Idem.

# 1. Les cas de conflits d'intérêts

Il convient de distinguer trois cas de figures :

- Le conflit entre les intérêts des clients ;
- La connaissance, par l'avocat, des affaires d'anciens clients ;
- L'avocat rédacteur d'actes.

## 1.1. Le conflit entre les intérêts des clients

L'avocat ne peut être ni le conseil ni le représentant ou le défenseur de plus d'un client dans une même affaire si leurs intérêts sont divergents, qu'il existe effectivement un conflit d'intérêts ou qu'il existe un « *risque sérieux* » d'un tel conflit, sauf à obtenir le consentement écrit des parties.

## 1.2. La connaissance, par l'avocat, des affaires d'anciens clients

Un avocat ne peut davantage accepter l'affaire d'un nouveau client si le secret des informations données par un ancien client risque d'être violé ou lorsque la connaissance par l'avocat des affaires de l'ancien client favoriserait le nouveau client.

En revanche, un avocat pourrait défendre un nouveau client contre un ancien s'il n'est pas démontré que le secret professionnel des informations aurait été violé et que la connaissance qu'il a pu avoir des affaires de l'ancien client ne lui procure aucun élément de nature à avantager le nouveau client contre l'ancien[10].

De même, sauf circonstance particulière, un avocat, conseil habituel d'une société prise en la personne de son représentant légal, ne se trouve pas en situation de conflit d'intérêts s'il conseille cette société dans une affaire l'opposant à ce représentant légal après que celui-ci a été démis de son mandat[11].

A noter que l'existence d'un conflit d'intérêts doit s'apprécier au sein de la structure d'exercice de l'avocat, les dispositions en matière de conflit d'intérêts étant applicables à ce groupement dans son ensemble comme à tous ses membres. Ces dispositions s'appliquent au sein d'une structure de moyens. Elles s'appliquent également au regard des dossiers personnels des collaborateurs (article 4.1 du RIN).

Lorsqu'un ou plusieurs des avocats amenés à travailler sur une enquête interne ont exercé dans un autre cabinet, les dossiers passés des uns et des autres méritent d'être pris en compte.

**10.** Paris, avis n° 252947, 3 juin 2014 (Admission de la représentation d'une société au stade de la déclaration de cessation des paiements puis de ses salariés lors de leurs demandes en paiement de salaires, le conseil ne tirant aucun avantage d'avoir préalablement défendu la société).

**11.** Paris, avis n° 221259, 13 septembre 2011.

Ainsi, lorsqu'une avocate a, dans une structure d'exercice où elle fut collaboratrice, conseillé par le passé une société dans des circonstances lui permettant « *une connaissance de sa situation* » et des « *conditions dans lesquelles la société (...) organisait sa défense dans de telles affaires* », elle ne peut plus représenter un client contre cette société et doit se déporter[12].

De la même manière, si un avocat a partagé le même bureau que sa consœur en charge de l'élaboration d'une stratégie en faveur d'un client, il ne peut plus, même s'il a quitté la structure, assurer par la suite la défense d'une personne dont les intérêts sont opposés à ce client dans le même dossier[13].

En conséquence, sauf accord écrit des parties, un avocat devra s'abstenir d'intervenir sur les dossiers qu'il a eu à connaître dans son précédent cabinet ou d'assister ou de représenter un nouveau client dans un dossier l'opposant à un ancien client, dès lors que le secret professionnel risque d'être violé et que la connaissance d'informations pourrait potentiellement favoriser le nouveau client, notamment en raison de l'exploitation d'informations obtenues du seul fait du lien de confiance qui l'unissait à son ancien client[14]. En cas de difficultés, une analyse au cas par cas s'impose.

En tout état de cause, l'évaluation d'une situation de conflit d'intérêts doit se faite à la lumière de l'organisation mise en place par le cabinet :

« *En cas de difficultés, il convient de procéder à une analyse au cas par cas de la situation au regard du dossier en cause, et il appartient au bâtonnier d'apprécier en fonction des circonstances de fait la question de savoir si tous les membres de la structure d'exercice devront également se dessaisir des dossiers dans lesquels ce même avocat est intervenu personnellement antérieurement. L'analyse des circonstances doit être faite, notamment, au regard de l'organisation mise en place au sein du second cabinet, et si elle est telle qu'il n'existe aucun risque de violation du secret professionnel (répartition cloisonnée des dossiers litigieux entre associés en toutes circonstances, bureaux indépendants et fermés), les règles en matière de conflit d'intérêts ne s'appliquent qu'à l'avocat concerné et non pas nécessairement à l'ensemble des membres du cabinet* »[15].

### 1.3. L'avocat rédacteur d'acte

Selon l'article 7.1 du RIN, l'avocat rédacteur est celui qui élabore, seul ou en collaboration avec une autre personne, un acte juridique pour le compte d'une ou plusieurs parties, qu'elles soient assistées ou non de leur conseil, et qui recueille leur signature sur cet acte.

**12.** Paris, avis n° 203863, 5 mai 2010.
**13.** Paris, avis n° 230487, 5 juin 2012.
**14.** CNB, Comm. RU, avis n° 2017-008, 16 mars 2017.
**15.** Stéphane Bortoluzzi, Dominique Piau, Thierry Wickers, Henri Ader, Adrien Damien, *op. cit.* n° 441.39.

L'article 7.1 du RIN prévoit deux cas de figure :

- Si l'avocat est intervenu comme rédacteur unique de l'acte, il ne peut agir ou défendre sur la validité, l'exécution de l'acte qu'il a rédigé, sauf si la contestation émane d'un tiers à l'acte.
- Si l'avocat est intervenu en qualité de rédacteur unique de l'acte sans être le conseil de toutes les parties, ou s'il a participé à sa rédaction sans être le rédacteur unique, **il peut agir ou défendre sur l'exécution de l'interprétation de l'acte dont il a été le rédacteur ou à la rédaction duquel il a participé**.

## 2. Les principaux cas de conflit d'intérêts identifiés par le groupe de travail

Au regard de ce qui précède, les points d'attention identifiés par le groupe de travail en matière d'enquêtes internes sont les suivants :

- L'enquête interne concerne ou est susceptible de concerner, outre la société et ses collaborateurs, un client ou un ancien client de l'avocat habituel de la société dont les intérêts seraient distincts de ceux de la société (autre société, dirigeant ou salarié d'une autre société, fournisseur, sous-traitant, intermédiaire, agent public etc.) ;
- L'avocat habituel de la société objet de l'enquête interne a assisté, par le passé, la filiale, le dirigeant de la société, l'un de ses collaborateurs ou une personne qui a rejoint la société, dans le cadre d'une affaire et a acquis à cette occasion des informations qu'il risquerait de violer ou qui favoriseraient les intérêts de la société dans la conduite de l'enquête interne ;
- L'avocat lui-même, ou un confrère de sa structure d'exercice, a pris part aux faits objet de l'enquête interne, notamment en participant en tout ou partie à la négociation, la conclusion ou l'exécution d'une convention dont la licéité est discutée ;
- En revanche, le fait que l'avocat ait mis en place ou travaillé à la mise en place d'un programme de conformité au sein de l'entreprise mandante ne constitue pas une situation de conflit d'intérêts susceptible d'interdire la conduite ou sa participation à une enquête interne dans l'intérêt de ladite société. Rien ne tend en effet à démontrer que l'avocat, dans un pareil cas de figure, ne pourrait mener sa mission sans compromettre les intérêts de sa cliente. Par définition, si une enquête interne est ouverte, c'est souvent par l'effet du fonctionnement d'un mécanisme de détection des faits objet de l'enquête, mécanisme qu'il a ou non mis en place. Reste le cas de figure, limité, dans lequel le comportement objet de l'enquête interne aurait été rendu possible en dépit de la mise en place du programme de conformité ou, plus globalement, du dispositif de prévention du comportement en cause mis en place par l'avocat pressenti pour la conduite de l'enquête interne ou à la rédaction duquel il a participé (voir les recommandations du groupe de travail ci-dessous).

## 3. Les recommandations du groupe de travail

Nos recommandations sont les suivantes :

- La mise en place d'une procédure de contrôle des conflits d'intérêts qui comprend la revue des clients pour lesquels, le cas échéant, les collaborateurs interviennent à titre personnel ou sont intervenus par le passé, dans une précédente structure ;
- Si à l'issue de cette première vérification survient l'existence ou le risque d'un conflit d'intérêts, il convient de ne pas faire travailler l'avocat ou les avocats concernés sur l'enquête interne et de s'assurer du strict cloisonnement, au sein du cabinet, des diligences relatives à l'enquête interne réservées aux seuls avocats habilités à en connaître ;
- L'avocat devra s'assurer que son intervention dans l'enquête interne ne compromet pas les intérêts d'une autre personne, physique ou morale, dont il est ou fut le conseil ;
- S'il pressent que l'enquête interne est susceptible de compromettre les intérêts de ses mandants habituels dans la société (directeur général, directeur juridique, directeur de la conformité, etc.) dont il n'est pas le conseil à titre personnel mais qui sont ses interlocuteurs dans le cadre de l'exercice de son mandant, il devra les inviter, *ab initio*, à saisir un conseil personnel ;
- Si l'avocat lui-même, ou un confrère de sa structure d'exercice, a pris part aux faits objet de l'enquête interne, notamment en participant en tout ou partie à la négociation, la conclusion ou l'exécution d'une convention dont la licéité est discutée, elle ou il devra s'abstenir de participer à l'enquête interne. Cette hypothèse, extrêmement rare, est d'ailleurs celle visée par l'article 5 du Vademecum, rédigé en ces termes : « *L'avocat chargé d'une enquête interne devra s'abstenir d'accepter une enquête qui le conduirait à porter une appréciation sur un travail qu'il a précédemment effectué* ». Le groupe de travail s'associe à cette solution ;
- Dans le cas de figure limité dans lequel le comportement objet de l'enquête interne aurait été rendu possible en dépit de la mise en place du programme de conformité ou, plus globalement, du dispositif de prévention du comportement en cause mis en place par l'avocat pressenti pour la conduite de l'enquête interne ou à la rédaction duquel il a participé à la rédaction. Il convient de s'interroger :
- D'une part, sur le fait de savoir si le dispositif en cause a été correctement animé ;
- D'autre part, sur le fait de savoir si l'auteur du comportement n'a pas employé des moyens destinés à circonvenir ledit dispositif.
- Si le dispositif a été correctement animé et que l'auteur des faits objet de l'enquête interne n'a pas employé de moyens destinés à contourner ledit dispositif, l'avocat devra lui-même s'assurer en son âme et conscience que la conduite ou la participation à l'enquête interne se fera en toute indépendance, sans que la qualité de ses diligences ne soient altérées.

# II. MANDAT DE L'AVOCAT

## 1. Rappel du droit applicable

L'article 6.2 du RIN prévoit que :

« *L'avocat est le mandataire naturel de son client, tant en matière de conseil, de rédaction d'actes, que de contentieux. Il peut exercer ses missions pour le compte de personnes physiques ou morales agissant sous forme ou pour le compte de fonds fiduciaires ou de tout instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation.*

*Lorsqu'il assiste ou représente ses clients en justice, devant un arbitre, un médiateur, une administration ou un délégataire du service public, l'avocat n'a pas à justifier d'un mandat écrit, sous réserve des exceptions prévues par la loi ou le règlement.*

*Dans les autres cas, l'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence.* ***Le mandat écrit, ou la Lettre de mission, doit déterminer la nature, l'étendue, la durée, les conditions et les modes d'exécution de la fin de la mission de l'avocat****.*

*Il peut recevoir mandat de négocier, d'agir et de signer au nom et pour le compte de son client. Un tel mandat doit être spécifique et ne peut en conséquence avoir un caractère général.*

*L'avocat s'assure au préalable de la licéité de l'opération pour laquelle il lui est donné mandat.* ***Il respecte strictement l'objet du mandat et veille à obtenir du mandant une extension de ses pouvoirs si les circonstances l'exigent****. S'il se trouve dans l'impossibilité d'accomplir le mandat qui lui est confié, il doit en aviser sans délai le mandant.*

***L'avocat ne peut, sans y avoir été autorisé spécialement et par écrit par le mandant, transiger en son nom et pour son compte ou l'engager irrévocablement par une proposition ou une offre de contracter*** (...) ».

Le mandat – ou Lettre de mission – confié à l'avocat est le fondement de ses diligences à venir. C'est lui qui définit le champ d'intervention de l'avocat dans l'intérêt de son client, quel que soit le domaine dont il s'agit :

« *Il convient dès lors de se reporter tant au régime légal et réglementaire applicable au mandat en cause, tel qu'un mandat de représentation en justice, de mandataire sportif, de représentation d'intérêts, de transaction immobilière,* ***d'enquête interne****, etc., qu'au contenu de celui-ci en tant qu'il définit la mission de l'avocat, et notamment ses obligations à l'égard de son client* »[16].

**16.** Stéphane Bortoluzzi, Dominique Piau, Thierry Wickers, Henri Ader, Adrien Damien, *op. cit.* n° 412.53.

Il conviendra donc de définir avec précision le champ d'intervention de l'avocat dans le cadre de la conduite de l'enquête interne, s'agissant tant de l'objet de l'enquête interne que de la mission précise de l'avocat dans le cadre de celle-ci (directeur d'enquête, co-directeur d'enquête avec le client, participation à l'enquête aux côtés du client - directeur d'enquête).

En aucun cas, l'avocat ne pourra prendre des initiatives au nom de son client sans avoir au préalable recueilli son consentement :

« *Le dépassement par l'avocat de ses pouvoirs est de nature à engager sa responsabilité non seulement sur le plan civil, mais aussi sur le plan disciplinaire. D'une manière générale, les relations de l'avocat avec son client sont fondées sur la confiance mais, au-delà des exigences procédurales, les règles déontologiques imposent à l'auxiliaire de justice un devoir de prudence.* ***Il doit recueillir les instructions de son client et, le cas échéant, lui faire approuver ses initiatives et ses diligences. L'avocat doit respecter strictement l'objet du mandat et veiller à obtenir du mandant une extension de ses pouvoirs si les circonstances l'exigent*** »[17].

Ainsi en va-t-il de l'exercice des voies de recours pour lesquelles un avocat doit nécessairement obtenir l'accord du client.

Dans une décision rendue le 28 avril 2015, le conseil de discipline du barreau de Paris rappelait notamment que « *l'avocat est le conseil du client et qu'il ne lui appartient pas de prendre la décision d'engager pour un client quelconque une procédure judiciaire ou administrative sans avoir obtenu au préalable le consentement de ce client.* (...) *En l'espèce, nonobstant toute question relative à l'existence d'un mandat écrit,* ***l'avocat ne peut, sans avoir obtenu l'accord préalable de son client, engager une quelconque procédure ou faire une démarche administrative au nom de ce client*** »[18].

De la même manière, un avocat ne peut, sans manquer aux principes d'honneur et de probité, signer à la place de son client et sans l'accord de celui-ci une transaction définitive, par exemple avec une société d'assurance[19].

Aussi, une attention toute particulière méritera d'être accordée dans le mandat aux conditions dans lesquelles l'avocat entretiendra des échanges avec les autorités judiciaires ou réglementaires en lien avec l'enquête interne[20].

Si les Lignes directrices préconisent des « *pourparlers informels* » entre le ministère public et l'avocat, ceux-ci ne pourront intervenir qu'après l'aval exprès du client. Cela vaut également pour la considération, reproduite dans ces Lignes directrices, selon laquelle « *des échanges réguliers entre le parquet et les conseils de la personne morale doivent permettre d'assurer une bonne coordination* »[21]. La « *bonne coordination* » entre le parquet et les conseils de la personne morale répond à un désir très fort exprimé par les membres de ce groupe de travail, mais qui ne saurait en aucun cas outrepasser la bonne coordination vitale entre un avocat et son client.

**17.** Rép. min. à QE n° 75215, JOAN Q. 27 déc. 2005, p. 12117.
**18.** AD n° 258905, 28 avr. 2015.
**19.** AD n° 01.2992, 29 avr. 2008.
**20.** On rappellera au passage que le mandat de l'avocat chargé d'une enquête interne n'est pas un mandat *at litem* et ne lui confère donc pas, *per se*, de pouvoir de représentation.
**21.** Lignes directrices, p.7.

Au demeurant, une démarche autonome, du moment qu'elle a trait à l'enquête interne, irait plus loin que la seule violation des accords convenus avec le client, puisqu'elle caractériserait une violation manifeste du secret professionnel, pierre angulaire de notre profession.

## 2. LES RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE TRAVAIL

Les recommandations du groupe de travail sont les suivantes :

- Définir le référent de l'avocat au sein de la société et envisager la résolution d'une éventuelle situation de blocage en cas de survenance d'un empêchement dudit référent dans l'hypothèse où celui-ci viendrait à être mis en cause ;
- Délimiter strictement dans le mandat le champ d'intervention de l'avocat s'agissant :
- Des faits objet de l'enquête interne ;
- Des interlocuteurs au sein de la société avec lesquels l'avocat pourra s'entretenir de l'enquête interne ;
- Le cas échéant, si celles-ci sont envisagées, les modalités d'interaction de l'avocat avec les autorités judiciaires ou réglementaires en lien avec l'enquête interne.
- Si, au cours de l'enquête interne, des faits étrangers à ceux visés dans le mandat de l'avocat sont mis au jour, celui-ci doit immédiatement avertir le client et s'abstenir de poursuivre ses investigations sur ces faits ;
- Si, à la suite de l'enquête interne, des faits délictueux compatibles avec la recherche d'une solution négociée devaient être mis au jour, ce n'est que sur instructions du client que l'avocat pourrait prendre attache avec les autorités judiciaires. De même, il ne saurait répondre à une sollicitation de ces autorités sans avoir obtenu au préalable l'aval du client. En toute hypothèse, le groupe de travail souhaite rappeler que l'avocat doit s'abstenir, en toute hypothèse, d'engager la moindre discussion avec les autorités judiciaires ou réglementaires, sans avoir préalablement l'accord de son client.

# ENQUETES INTERNES ET IDENTIFICATION DU CLIENT

De multiples acteurs peuvent avoir vocation à participer au déroulement de l'enquête interne, du lancement d'une éventuelle alerte ou de la décision d'effectuer des vérifications de conformité à la communication des conclusions de ce travail, en passant par la conduite des investigations elles-mêmes. Or, l'avocat chargé de l'enquête interne, qu'il soit l'avocat habituel de l'entreprise ou qu'il ait été missionné uniquement pour la conduire, n'est lié par une Lettre de mission qu'à l'égard de son client et ses échanges ne sont soumis au secret professionnel qu'avec celui-ci. Il convient donc d'identifier précisément le client (1) et la personne représentant le client qui sera l'interlocuteur privilégié de l'avocat au cours de l'enquête interne (2).

## I. QUI EST LE CLIENT ?

L'avocat en charge de l'enquête interne et son client sont liés par une Lettre de mission qui, outre les modalités de sa rémunération, définit l'objet de sa mission.

C'est donc la seule personne (physique ou morale) désignée dans la Lettre de mission qui se voit conférer le statut de client.

### 1. La détermination du client dans l'hypothèse d'un groupe de sociétés ou d'une joint-venture

Il est très courant que le client de l'avocat soit une société appartenant à un Groupe de sociétés Or, si chacune des sociétés du Groupe possède une personnalité juridique propre, le Groupe n'est pas, aux termes du droit français, en lui-même doté de la personnalité morale.

A ce titre, lorsqu'une société appartenant à un Groupe mandate un avocat, seule cette société se voit conférer le statut de client et le bénéfice attaché du secret professionnel. Dès lors, dans l'hypothèse où une, société mère chargerait un avocat de conduire une enquête interne sur les activités de l'une ou plusieurs de ses filiale(s), il conviendrait de s'assurer que l'avocat agit bien également pour le compte de la société mère et de la filiale et donc de les désigner conjointement comme clientes. Cela implique toutefois de prendre les mesures nécessaires de vérification des éventuels conflits d'intérêts entre ces sociétés dans le cadre de la conduite de l'enquête interne.

**Le cas de la joint-venture.** Dans le cas des joint-ventures, l'hypothèse d'un conflit d'intérêts est d'autant plus prégnante que les sociétés qui la composent sont souvent concurrentes par ailleurs. Il conviendra donc de s'assurer avant de désigner l'avocat en charge de l'enquête interne que ce dernier n'a pas de conflit d'intérêts avec, notamment, les actionnaires de la joint-venture. Pour éviter toute difficulté, il serait préférable que la joint-venture ait son propre avocat.

## 2. Cas spécifique de l'avocat mandaté par le conseil d'administration ou un comité spécialisé

Dans certaines circonstances particulières, l'avocat en charge de mener l'enquête interne peut être mandaté par le conseil d'administration ou un comité spécialisé tel que le comité d'audit. Le conseil d'administration ou de surveillance, de même que le comité d'audit n'ayant pas de personnalité morale propre, il conviendra d'être particulièrement vigilant dans la rédaction de la Lettre de mission afin de spécifier que la société est le client.

# II. L'INTERLOCUTEUR DE L'AVOCAT

## 1. L'interlocuteur privilégié de l'avocat

### 1.1. L'interlocuteur de droit

En droit français, seul le client de l'avocat en charge de l'enquête interne bénéficie du secret professionnel. Toute personne ou entité non identifiée comme client, notamment dans la Lettre de mission, ne pourra se prévaloir de la protection de ses échanges avec l'avocat.

Ainsi, lorsque le client est une personne morale, l'avocat en charge de l'enquête interne aura pour interlocuteur son représentant légal qui est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société, afin de garantir le secret professionnel.

Il s'agit donc du directeur général et éventuellement des directeurs généraux délégués dans les sociétés anonymes à conseil d'administration, du président du directoire ou du directeur général unique pour les sociétés anonymes à directoire et conseil de surveillance, du gérant pour les SARL, du président et éventuellement des directeurs généraux / directeurs généraux délégués pour les SAS.

Il convient de préciser que n'ont pas la qualité de représentants légaux les membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance et du directoire, ni les actionnaires et leurs représentants.

### 1.2. L'interlocuteur désigné

Le directeur juridique, ou de la conformité et son équipe sont souvent des interlocuteurs clés pour cadrer la procédure d'enquête et, le cas échéant, construire une stratégie judiciaire adaptée aux intérêts du client. S'agissant du directeur de la conformité et de son équipe, dans le cadre d'enquêtes internes à caractère transnational ou qui pourrait le devenir, il est recommandé de s'assurer au préalable que tout échange sera bien soumis au secret professionnel dans chaque juridiction visée par l'enquête[22].

Ils seront donc les interlocuteurs privilégiés de l'avocat chargé de l'enquête interne.

Cependant, si le représentant légal ou son délégataire sont eux-mêmes soupçonnés des faits objets de l'enquête interne (qu'il s'agisse de soupçons ab initio ou apparus en cours d'enquête), une tierce personne sera alors désignée pour être l'interlocuteur privilégié de l'avocat pour les besoins de l'enquête interne.

## 2. Précautions à prendre avec les tiers intéressés par ou intervenant dans la conduite de l'enquête

S'agissant des tiers dont l'intervention serait nécessitée par des besoins techniques spécifiques dans le cadre de l'enquête (comme un expert informatique, un comptable ou une société de *forensic* qui opérera le traitement des données), il est conseillé de les faire mandater par l'avocat en charge de l'enquête afin de revendiquer le secret professionnel[23]. Cela implique également que la communication entre le(s) tiers concerné(s) se fasse par l'intermédiaire de l'avocat. En tout état de cause, il faut être extrêmement prudent dans la communication avec de tels tiers dès lors qu'ils ne sont pour leur part pas soumis au secret professionnel vis-à-vis du client.

## 3. Communication au conseil d'administration

Même s'il n'a pas directement mandaté l'avocat chargé de l'enquête interne, le conseil d'administration (ou, le cas échéant le conseil de surveillance) pourra demander à être tenu informé de l'avancée et des résultats de l'enquête interne, voire, demander à pouvoir consulter l'avocat en charge de l'enquête. Il pourra être conseillé au client de rappeler à ses administrateurs la confidentialité des informations transmises et les obligations auxquelles ils sont tenus.

En effet, le conseil peut se saisir de toute question intéressant la bonne marche de la société et de procéder aux contrôle et vérifications qu'il juge opportun (article L225-35, alinéa 1 du code de commerce).

**22.** Voir fiche « Enquêtes internes et secret professionnel »
**23.** Voir fiche sur « Enquêtes internes et secret professionnel ».

Le conseil d'administration pourra également demander communication du rapport d'enquête interne[24], au titre de son droit de demander au président ou au directeur général tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission (article L225-35 alinéa 3 du code de commerce).

Même si les administrateurs sont tenus à la discrétion à l'égard des informations qui leur sont données (article L225-37, alinéa 5 du code de commerce), il pourra être utile de leur rappeler l'extrême confidentialité de l'enquête interne et des données qui en sont issues.

**24.** Si un tel rapport est rédigé.

# ENTRETIENS AVEC LES COLLABORATEURS DE L'ENTREPRISE

Le sujet traité dans cette fiche pratique concerne les problématiques liées aux entretiens avec les dirigeants, salariés et tiers menés par des avocats chargés d'une enquête interne, mandatés par une entreprise.

L'enquête interne peut nécessiter de s'entretenir avec des collaborateurs de l'entreprise et de vérifier des documents et fichiers, le cas échéant en recourant à des outils informatiques.

La présente fiche ne traite pas des obligations de l'employeur au titre de la règlementation sur les données à caractère personnel ni au titre du droit du travail même si ces matières sont abordées à la marge afin de permettre une mise en perspective[25].

## I. DROIT POSITIF

### 1. Règlement Intérieur National de la profession d'avocat (« RIN »)

L'enquête d'un avocat doit respecter les principes essentiels de la profession, notamment :

- **La loyauté[26] :** lorsqu'une procédure judiciaire est envisagée ou en cours, l'avocat ne peut recevoir la partie adverse qu'après avoir avisé celle-ci de l'intérêt d'être conseillée par un avocat. Si la partie adverse a fait connaître son intention de faire appel à un avocat, celui-ci devra être invité à participer à tout entretien ;
- **La prudence :** entrer en contact avec un témoin dans une procédure pénale subséquente peut entraîner une sanction disciplinaire[27] ;
- **La délicatesse :** l'avocat doit faire preuve de délicatesse dans ses rapports avec ses clients et ses confrères[28].

**25.** Voir fiche « Enquêtes internes et RGPD ».
**26.** Article 8.3 du RIN.
**27.** Arrêté disciplinaire du Conseil de l'ordre des avocats à la cour de Paris, séance du 8 décembre 2003, formation de jugement n°3, n°23.353.9.
**28.** Article 1.3 du RIN.

## 2. Annexe XXIV du Règlement intérieur du barreau de Paris : Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne

Le tableau ci-après récapitule les différentes obligations déontologiques de l'avocat chargé d'une enquête interne, figurant dans le Vademecum.

**OBSERVATIONS GENERALES APPLICABLES A TOUTE ENQUÊTE INTERNE**

- L'avocat doit s'abstenir de toute pression sur les personnes qu'il entendra[29].
- Avant le début de tout entretien, l'avocat mentionnera les informations suivantes[30] :
  - Le contenu de la mission et son caractère non coercitif ;
  - Il n'est pas l'avocat de la personne avec laquelle est mené l'entretien et qu'il n'est, de ce fait, pas tenu à son égard au secret professionnel et pourra donc communiquer à son client et aux autorités de poursuite la teneur des propos échangés au cours de l'entretien ;
  - Le secret professionnel auquel il est tenu envers son client ne s'impose pas à ce dernier qui pourra donc utiliser comme bon lui semble les déclarations et informations recueillies pendant l'entretien et plus généralement pendant l'enquête.
- Aucune restriction ne s'impose quant aux personnes pouvant être entendues par l'avocat : dirigeants, salariés – actuels ou anciens – tiers (inclus les clients, fournisseurs, partenaires commerciaux…).
- Si les propos ont été recueillis *verbatim*, la personne entendue doit pouvoir relire, signer et recevoir une copie du procès-verbal de son audition. Il convient alors de garder la copie annotée par la personne entendue.
- La personne interrogée sera informée qu'elle peut se faire assister ou conseiller par un avocat lorsqu'il apparaîtra, avant ou pendant son entretien, qu'elle peut se voir reprocher un agissement à l'issue de l'enquête interne[31].

## 3. Obligation générale de loyauté

L'article L.1222-1 du code du travail oblige les salariés et employeurs à exécuter de bonne foi le contrat de travail. En découle l'obligation de loyauté.

**29.** Article 1 du Vademecum.
**30.** Article 2 du Vademecum.
**31.** Article 8 du Vademecum.

### 3.1. Obligation de loyauté de l'employeur

En matière d'enquête interne, l'obligation de loyauté se traduit par :

- L'interdiction faite à l'employeur de recourir à des artifices ou stratagèmes, ou encore à des dispositifs clandestins visant à confondre le salarié ;
- L'obligation énoncée à l'article L.1222-4 du code du travail d'informer préalablement le salarié sur les dispositifs mis en œuvre pour collecter des informations le concernant personnellement[32] . L'information prévue à l'article L.1222-4 du code du travail porte non seulement sur les dispositifs mis en œuvre, mais également sur leur finalité et sur leur étendue.

Le défaut d'information préalable du salarié sur les dispositifs mis en œuvre pour collecter des informations le concernant personnellement emporte l'illicéité de la preuve obtenue[33]. Toutefois, le contrôle de l'activité d'un salarié, au temps et au lieu de travail, par un service interne à l'entreprise chargé de cette mission ne constitue pas en soi, même en l'absence d'information préalable du salarié, un mode de preuve illicite[34].

### 3.2. Obligation de loyauté du salarié

L'obligation de loyauté implique que le salarié s'abstienne de tout acte contraire à l'intérêt de l'entreprise. L'obligation de loyauté du salarié est généralement décrite comme étant une obligation de fidélité, de non-concurrence et de discrétion. Cette dernière porte sur les informations à caractère confidentiel dont le salarié a connaissance du fait de ses fonctions.

## 4. Obligation de se conformer aux instructions de l'employeur

L'obligation de se conformer aux instructions de l'employeur découle du lien de subordination qui caractérise le contrat de travail. Le refus du salarié d'exécuter une tâche entrant dans ses attributions et qualifications ou d'obéir à une instruction de son employeur constitue une faute pouvant justifier son licenciement, sauf violation de la loi ou risque d'atteinte à sa santé et à sa sécurité[35].

Lorsqu'une personne quitte l'entreprise en cours d'enquête, il est recommandé d'insérer une clause de coopération dans son contrat de départ afin de s'assurer que cette personne coopère avec l'enquête et se présentera aux entretiens si nécessaire.

**32.** Une information est considérée comme personnelle dès lors que sa révélation est susceptible de porter atteinte aux droits et libertés des salariés. Il peut, par exemple, s'agir de données nominatives sur le salarié ou de données concernant la situation familiale du salarié.
**33.** Cass. Soc., 10 janvier 2012, n°10-23.482.
**34.** Cass. Soc 5 nov. 2014 n° 13-18427.
**35.** Cour d'appel de Pau, Ch. Soc., 24 avril 2014, n°12/01540.

## 5. Précautions lors des entretiens

- **Délit de séquestration**[36] : dans le cadre d'une réunion sans la présence d'un avocat, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que retenir un salarié dans un bureau sous la menace d'un licenciement était justifié dans le cadre d'une enquête interne et dès lors, ne constituait ni une privation de liberté d'aller et venir, ni un délit de séquestration[37].
- **Harcèlement moral :** la cour d'appel de Saint-Denis a considéré que des « méthodes utilisées, pour désagréables qu'elles aient pu être (ainsi de l'interrogatoire mené, sans discontinuer, de 15 heures à 20 heures 30) ne sauraient caractériser un harcèlement moral au sens de l'article L.1152-1 du code du travail, même si elles ont pu avoir des conséquences sur l'état de santé [de la personne interrogée, à laquelle] un arrêt de travail a été prescrit »[38].
- **Délit de subornation de témoins**[39] **:** afin d'éviter le risque de subornation de témoins, il convient d'éviter d'exercer ou de proposer des promesses, offres, présents, pressions, menaces, voies de fait, manœuvres ou artifices dans le but d'obtenir une déclaration mensongère[40].

## 6. Admissibilité de la preuve

Si l'enquête aboutit à établir des faits fautifs, les salariés concernés pourront faire l'objet de sanctions disciplinaires, à la condition toutefois que la preuve des faits établis par l'enquête soit licite. Dans ces conditions et afin que les preuves collectées puissent être opposables aux salariés en cas de sanction disciplinaires, les personnes chargées de l'enquête doivent veiller à ce que soient respectées les règles de droit du travail.

Dans ce contexte, il convient de rappeler que l'employeur est investi du pouvoir de direction et est, à ce titre, investi du droit de surveiller et de contrôler l'activité des salariés aux lieu et temps de travail.

Dans l'exercice de ce pouvoir de contrôle de l'activité des salariés, l'employeur doit toutefois respecter (i) l'obligation de loyauté résultant de l'article L.1121-1 du code du travail aux termes duquel « *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* », ainsi que (ii) les obligations d'information et de consultation des instances représentatives du personnel et des salariés en cas de mise en œuvre par l'employeur de moyens et de dispositifs de contrôle et de prévention de la sécurité des salariés.

- **En procédure pénale :** la preuve étant libre, les modalités de l'entretien ne conditionnent pas l'admissibilité de la preuve devant les juridictions pénales[41]. Il faut néanmoins souligner que la présence d'un avocat aux côtés du salarié entendu est de nature à renforcer l'admissibilité et la portée de son audition.

**36.** Article 224-1 du code pénal.
**37.** Cass. Crim., 28 février 2018, n°17-81.929.
**38.** Cour d'appel de Saint-Denis (Réunion), 25 août 2009, n° 08/02071.
**39.** Article 434-15 du code pénal.
**40.** Article 434-15 du code pénal.
**41.** Article 427 du code de procédure pénale.

- **En procédure prud'homale :**
- En principe, la preuve est libre[42] ;
- Toutefois, elle ne peut être déloyale :
  - Elle ne peut porter une atteinte disproportionnée à la vie privée du salarié43 ;
  - L'entretien ne peut être enregistré à l'insu du salarié[44].
- **En procédure administrative et civile :** la preuve d'un fait fautif doit avoir été obtenue loyalement.

## 7. Procès-verbal d'entretien

Le Vademecum n'impose la revue et la signature d'un procès-verbal d'entretien que lorsque les propos sont recueillis verbatim. Il conviendra en pratique de s'interroger, en fonction des nécessités de l'enquête, de sa finalité et des faits en cause, sur l'opportunité d'un recueil verbatim des propos de la personne auditionnée.

L'employeur est généralement libre de produire le rapport de l'enquête interne, pour peu qu'un rapport soit établi, dans le cadre d'une procédure contre un salarié[45]et peut donc refuser de le produire, sans que cela ne soit contraire aux droits de la défense du salarié. En effet, la cour d'appel de Paris a jugé que l'employeur qui a conduit une enquête interne est en droit de ne pas communiquer au salarié concerné le rapport établissant le cas échéant sa faute avant l'entretien préalable, dès lors que celui-ci ne dispose pas en tout état de cause, de droit d'accès à son dossier disciplinaire[46].

# II. RECOMMANDATIONS

Ces recommandations ne sont pas exhaustives et ne répondent qu'aux obligations professionnelles des avocats.

## 1. Caractère non coercitif de l'entretien

Il convient d'informer les salariés participant à l'enquête du caractère non coercitif de l'entretien auquel il leur est demandé de participer. Cela implique pour le salarié la liberté de refuser de se présenter à l'entretien ou de le quitter à tout moment, sous réserve toutefois pour l'employeur d'en tirer toutes conséquences potentielles[47].

**42.** Cass. Soc., 23 octobre 2013, n°12-22.342.
**43.** Cass. civ. 1ère, 25 février 2016, n°15-12.403.
**44.** Cass. Soc., 20 novembre 1991, n°88-43.120.
**45.** Pour deux exemples : cour d'appel de Paris, 30 novembre 2016, n° 15/01947 ; cour d'appel d'Angers, 9 juin 2015, n° 12/01512 ; pour un exemple d'une enquête diligentée après l'alerte d'un salarié : cour d'appel de Nancy, ch. soc., 24 octobre 2018, n° 16/03043.
**46.** Cour d'appel de Paris, 29 août 2018, n°16/13810.
**47.** Cour d'appel de Pau, Ch. Soc., 24 avril 2014, n°12/01540.

En effet, le salarié est, d'une façon générale, tenu de :

- Se présenter aux entretiens organisés pendant son temps de travail, sauf à présenter un motif légitime d'absence ;
- Répondre aux questions qui lui sont posées par son employeur sur les tâches qu'il a accomplies pour ce dernier ;
- Rendre compte de son activité pour l'employeur.

Néanmoins, l'avocat doit veiller à observer les principes essentiels de la profession et s'abstenir de toute pression ou moyen d'intimidation sur les personnes entendues.

## 2. Droit à la présence d'un avocat

Au regard de l'obligation du principe de loyauté, il convient de proposer à un salarié entendu, qu'il soit ou non soupçonné d'avoir commis des faits susceptibles de conduire à des sanctions disciplinaires d'être assisté par un avocat.

Dès lors, les deux cas de figure suivants peuvent se présenter :

(i) L'avocat sait que la personne est soupçonnée d'avoir commis une infraction ou une violation des règles internes de la société avant de l'entendre : il convient de lui notifier par écrit, préalablement à l'entretien, qu'elle a le droit de se faire assister par un avocat ;

(ii) Il apparaît en cours d'entretien avec que la personne auditionnée est susceptible d'avoir commis une infraction au sein de la société ou une violation des règles internes de la société : il convient alors de mettre un terme à l'entretien et de proposer à la personne en cause de le reporter afin de lui permettre d'être lui-même assisté d'un avocat.

## 3. Confidentialité

Il convient d'informer les collaborateurs participant à l'enquête de son caractère confidentiel et leur rappeler leur obligation de discrétion et de ne pas discuter de l'entretien avec leurs collègues ou divulguer le fait qu'un entretien ait eu lieu.

## 4. Langue utilisée / droit à un interprète

Il est recommandé de tenir l'entretien dans une langue que le collaborateur maîtrise.

Dans certaines circonstances, il peut s'avérer nécessaire de prévoir l'intervention d'un traducteur pour la personne entendue afin de s'assurer d'une bonne compréhension.

## 5. Procès-verbal d'entretien

Lorsqu'une déposition est recueillie verbatim, il convient de donner à la personne entendue la possibilité de relire ses déclarations et de les signer si elle y consent.

Il est possible que la personne entendue en demande une copie qui pourra lui être remise, sauf si la préservation de la confidentialité de l'enquête commande de s'en abstenir. Cela pourrait en effet fragiliser la confidentialité de l'enquête.

Il est conseillé que les personnes interviewées soient averties, avant l'entretien, des points suivants par écrit afin d'être en mesure d'en conserver la preuve lorsque cela sera considéré comme nécessaire. Alternativement, au début de l'entretien, l'avocat peut demander au collaborateur s'il consent à être enregistré, communiquer l'essence du message ci-dessus et lui demander s'il l'a bien compris. Enfin, ces informations peuvent être transmises à l'oral si un verbatim est signé par le collaborateur de l'entreprise.

1) Les avocats du cabinet ***[A compléter]*** sont les avocats de ***[A compléter]*** dans le cadre de la présente enquête interne n'ayant aucun caractère coercitif.

2) Par conséquent, le secret professionnel avocat-client s'applique, mais seulement dans la relation entre les avocats du cabinet ***[A compléter]*** et ***[A compléter]*** ; Vous ne pouvez donc vous en prévaloir. ***[A compléter]*** pourra utiliser toute information ou déclaration recueillie dans le cadre de l'enquête et de notre entretien.

   [***A ajouter si la personne interviewée peut se voir reprocher des agissements***] 3) Vous avez la possibilité, si vous le souhaitez, de vous faire assister par le conseil de votre choix.

4) La présente enquête interne ayant un caractère confidentiel, vous êtes tenus de ne pas en révéler l'existence et/ou le contenu (questions, réponses, informations obtenues) à quiconque, au sein ou en dehors de ***[A compléter]***. Vous pouvez néanmoins vous en ouvrir auprès de votre avocat, si vous décidez de consulter un avocat.

   ***[Le cas échéant, si cela n'a pas déjà été fait par ailleurs dans les procédures de l'entreprise liées à la collecte et au traitement des données personnelles et générales d'enquête interne, il convient de rajouter la phrase suivante :***

5) Des informations vous concernant sont collectées et traitées dans le cadre de l'enquête interne. Vos droits et leurs modalités d'exercice sont exposés dans la notice ci-jointe, dont il vous a été remis un exemplaire[48].***]***

6) Il convient de conserver et préserver la totalité des documents professionnels en votre possession. Ainsi, il vous est demandé de ne pas les modifier, détruire, jeter ou supprimer électroniquement de quelque autre façon que ce soit.

**48.** Voir fiche « Enquêtes internes et le RGPD ».

# ENQUETES INTERNES ET SECRET PROFESSIONNEL

La présente fiche traitera des problématiques liées au secret professionnel des avocats intervenant dans le cadre d'une enquête interne au sein d'une entreprise.

La fiche fait état du droit positif (I) s'agissant des personnes concernées par le secret professionnel de l'avocat (1) du principe quant au contenu protégé par celui-ci (2) et de ses exceptions (3) notamment dans le cadre des enquêtes pénales et administratives.

En conséquence, la fiche émet des recommandations dans la conduite d'une enquête interne au regard du secret professionnel de l'avocat (II).

## I. DROIT POSITIF

### 1. Les personnes concernées par le secret professionnel de l'avocat

#### 1.1. L'avocat est tenu au secret professionnel

En cas de révélation d'un élément couvert par le secret professionnel, l'avocat s'expose à des poursuites pénales (article 229-13 du code pénal) et disciplinaires (article 2.1 du RIN) et peut voir par ailleurs sa responsabilité civile engagée. Le droit français prévoit que nul ne peut relever l'avocat de son obligation au secret, pas même le client.

#### 1.2. Le client n'est pas lui-même tenu au secret

Dans la mesure où le secret professionnel ne s'impose qu'à l'avocat et non à son **client**[49], ce dernier est libre de communiquer une correspondance échangée avec son avocat à un tiers, qui sera ensuite libre de l'utiliser ou de le transférer à son tour[50]. Il convient donc de garder à l'esprit qu'en cas de remise volontaire par le client à une autorité de documents protégés par le secret professionnel, ces documents cessent de bénéficier de la protection légale.

**49.** Cass. Civ. 1ère, 30 septembre. 2008, n° 07-17.162.
**50.** Cass Civ. 1ère, 4 avril. 2006, n° 04-20.735.

## 2. Le contenu de conseil et de défense protégé par le secret professionnel de l'avocat

Le secret professionnel couvre toutes les confidences que l'avocat a pu recevoir à raison de son état ou de sa profession, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense[51]. Il s'agit non seulement des confidences du client, mais également des informations reçues de tiers dans le cadre du dossier concernant ledit client[52], mais encore de tout ce qu'il a pu constater, découvrir ou déduire de son activité professionnelle[53].

Au contraire, les correspondances suivantes se sont vu refuser le bénéfice du secret : lorsque les évènements sont dépourvus de caractère secret[54], lorsque les faits matériels sont connus des tiers et dépourvus de liens avec l'exercice des droits de la défense ou l'activité de conseil[55], enfin lorsque les réunions ont lieu en présence de tiers.

## 3. Le secret professionnel de l'avocat face aux enquêtes pénales et administratives

**Remarques liminaires sur le juriste d'entreprise**

La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour de cassation considèrent que les échanges au sein d'une société avec un juriste d'entreprise, ne bénéficient pas de la protection attachée au secret professionnel[56].

En cas de perquisitions ou de visites domiciliaires, les échanges des salariés de l'entreprise ou de tiers non soumis au secret professionnel avec les juristes de l'entreprise ne bénéficieront donc pas de la protection du secret professionnel.

**51.** L'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose que : *« En 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 (…) ».*

**52.** CA Paris, 30 novembre. 1994, D. 1996, 311, obs. J. Castelain.

**53.** CA Paris, 30 novembre. 1994, D. 1999. 230 – Cass. Crim., 2 mars 2004, n° 03-85.295 ; CA Paris, 14e ch., 13 nov. 1979.

**54.** CD Paris, arr. n° 236168, 14 décembre. 2004.

**55.** CD Paris, arr. n° 185182, 10 juillet. 2009.

**56.** CJUE 14 septembre 2010, Akzo Nobel Chemicals Ltd. c/ Commission européenne ; Civ. 1re, 3 novembre 2016, n° 15-20495.

Cependant, dans l'affaire *Whirlpool*[57] le premier président de la cour d'appel de Paris a considéré que les échanges entre juristes d'une entreprise étaient protégés dès lors que ces échanges reprenaient une stratégie de défense mise en place par l'avocat de l'entreprise. La saisie de ces échanges et des pièces qui y étaient jointes portait donc atteinte au secret professionnel et devait être annulée avec interdiction d'en faire état de quelque manière que ce soit[58].

Il convient toutefois de souligner que cette jurisprudence intervient dans le cadre d'opérations de visite et saisie ordonnée par le juge des libertés et de la détention autorisant les services d'instruction d'Autorité de la concurrence à effectuer cette opération en vue de rechercher la preuve de pratiques anticoncurrentielles.

### 3.1. Cas des perquisitions et saisies au domicile ou au cabinet de l'avocat lors d'une enquête pénale

Il n'existe pas de jurisprudence quant à la protection de l'enquête interne par le secret professionnel en cas de perquisition réalisée au cabinet de l'avocat en application de l'article 56-1 du code de procédure pénale[59]. Ce groupe de travail considère que l'enquête interne est protégée par le secret professionnel en ce qu'elle participe des droits de la défense, au sens de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation rendue au visa de l'article 56-1 du code de procédure pénale[60].

### 3.2. Cas des perquisitions et saisies chez les clients de documents couverts par le secret professionnel

Les mêmes remarques que pour les perquisitions dans un cabinet d'avocat s'appliquent en cas de perquisition chez le client.

**57.** CA Paris, ordonnance du premier président, 8 novembre 2017, n° 14/13384, Whirlpool. Cette décision a fait l'objet d'une cassation avec renvoi devant la juridiction du premier président, autrement composée, sans que la chambre criminelle ne se prononce s'agissant de la protection des échanges entre les juristes de l'entreprise et l'avocat, Cass. Crim. 13 juin 2019, n°17-87.364.

**58.** Christophe Lemaire, Simon Naudin (8 novembre 2017, Revue Concurrences N° 1-2018, Art. N° 86239, pp. 159-163) ont salué l'ordonnance du premier président dans son principe – l'application du secret des correspondances avocat-client à des correspondances internes d'entreprises reprenant le contenu de consultations d'avocats – mais ont également déploré la mise en œuvre de ce principe ainsi que la sanction de son non-respect : En reconnaissant le principe, le premier président « *s'est aligné sur la position – déjà bien établie – des juges de l'Union, selon laquelle «compte tenu de sa finalité, la protection [des correspondances avocat-client] doit être regardée comme s'étendant également aux notes internes diffusées au sein d'une entreprise qui se bornent à reprendre le texte ou le contenu de communications avec des avocats indépendants comportant des avis juridiques*» » (TUE, 17 septembre 2007, Akzo Nobel Chemicals et TUE, 4 avril 1990, Hilti c/ Commission). Une solution opposée aurait été, selon eux, ingérable en pratique quand on sait que « *la vocation même d'une consultation d'avocats est d'être restituée et diffusée au sein de l'entreprise, que c'est d'ailleurs (entre autres) le rôle des juristes d'entreprise* ».

**59.** L'article 56-1, alinéa 1er, du code de procédure pénale dispose notamment que : « *Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité (...). Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière (...)* ».

**60.** Cass. Crim., 30 juin 1999, n° 97-86318, bull. n° 172 ; 22 mars 2016, n° 15-83206, Bull. n° 96.

**Toutefois, il convient de remarquer que la protection conférée par le secret professionnel cesse en cas de remise volontaire aux autorités par le client de documents couverts par le secret professionnel et est, de fait, fragilisée dès lors que :**

- Les enquêteurs prennent connaissance, au cours d'une fouille, même sommaire, d'éléments couverts par le secret professionnel ;
- Les enquêteurs prennent connaissance / possession, de l'intégralité d'un disque dur comprenant indifféremment des éléments couverts et non couverts par le secret professionnel ce, même si les éléments couverts ne pourront pas être utilisés ; et
- Des documents couverts par le secret professionnel ont fait l'objet d'une large diffusion au sein de l'entreprise (et à fortiori au-delà du cercle de l'entreprise concernée).

Par ailleurs, les Lignes directrices[61], qui ne traduisent que la position de l'AFA et du PNF et n'ont pas de portée juridique, rappellent que le secret ne s'impose pas au client qui est libre de remettre les documents couverts par ce secret. Elles précisent qu'il appartient au parquet de déterminer dans le cadre d'une CJIP, si le refus de transmettre certains documents est justifié au regard des règles applicables au secret. En cas de désaccord, le PNF appréciera si l'absence de remise des documents concernés affecte défavorablement le niveau de coopération de l'entreprise.

Le groupe de travail rappelle que le client est libre de faire ce qu'il veut des travaux de son avocat. Le parquet est libre de penser ce qu'il veut d'une remise ou d'une non remise d'un document.

### 3.3. Le secret professionnel à l'épreuve des visites domiciliaires et contrôles administratifs

Les règles gouvernant les pouvoirs des administrations et/ou autorités administratives d'obtenir ou prendre connaissance de documents reconnaissent la protection due au secret professionnel[62].

**61.** Le 27 juin 2019, le Parquet financier et l'Agence française anticorruption ont adopté des Lignes directrices relatives à la mise en œuvre de la CJIP. S'agissant du secret professionnel de l'avocat lors de la conduite des enquêtes internes, les Lignes directrices indiquent notamment que « *lorsque les investigations internes sont conduites par un avocat, il appartient à l'entreprise et à son conseil de déterminer quels documents ils souhaitent mettre à disposition du parquet pour être versés au dossier de l'enquête judiciaire. Tous les éléments figurant dans le rapport d'enquête interne ne sont pas nécessairement couverts par le secret professionnel de l'avocat* ».

**62.** Le Conseil d'état en matière fiscale considère que le secret professionnel est bien opposable à l'administration fiscale : CE, 3ème-8ème ch. réu., 24 déc. 2018 : Il ressort de l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, dans sa rédaction issue de la loi n° 97-308 du 7 avril 1997, que l'ensemble des correspondances échangées entre un avocat et son client, et notamment les consultations juridiques rédigées par l'avocat à son intention, sont couvertes par le secret professionnel. Toutefois, la confidentialité des correspondances entre l'avocat et son client ne s'impose qu'au premier et non au second qui, n'étant pas tenu au secret professionnel, peut décider de lever ce secret, sans y être contraint. Ainsi, la circonstance que l'administration ait pris connaissance du contenu d'une correspondance échangée entre un contribuable et son avocat est sans incidence sur la régularité de la procédure d'imposition suivie à l'égard de ce contribuable dès lors que celui-ci a préalablement donné son accord en ce sens. En revanche, **la révélation du contenu d'une correspondance échangée entre un contribuable et son avocat vicie la procédure d'imposition menée à l'égard du contribuable et entraîne la décharge de l'imposition lorsque, à défaut de l'accord préalable de ce dernier, le contenu de cette correspondance fonde tout ou partie de la rectification.**

Ainsi, par exemple, l'AMF rappelle dans sa Charte de l'enquête la valeur et l'opposabilité du secret professionnel des avocats[63]. L'Autorité de la concurrence prévoit également un dispositif permettant d'extraire de ses saisies les documents couverts par le secret professionnel suite aux opérations de visite et saisies qu'elle conduit dans les locaux des entreprises sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce.

S'agissant plus spécifiquement des messageries électroniques, les juges rejettent les demandes d'annulation globale des « *saisies massives et indifférenciées* ». Ils accueillent néanmoins les demandes d'annulation de saisie lorsqu'elles sont fondées sur les seules pièces couvertes par le secret[64]. Ce faisant, la jurisprudence préserve la confidentialité des échanges en imposant la sécabilité des messageries saisie[65].

**Conclusion sur le droit positif**

- L'avocat est tenu au secret professionnel et ne peut s'en affranchir sauf pour « *les strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction* » et « *dans les cas de déclaration ou de révélations prévues ou autorisées par la loi* »[66].
- Si le client est libre de communiquer les documents et les informations issues des échanges avec son avocat, une telle communication aura néanmoins pour effet de priver les éléments concernés du bénéfice de la protection du secret professionnel.
- Les textes ne prévoient pas de dispositions spécifiques quant à la protection du secret professionnel de l'avocat dans le cadre des enquêtes internes et la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur ce point.
- La position du groupe de travail est de dire que les enquêtes internes sont couvertes par le secret professionnel. Elles participent en effet des droits de la défense, car elles visent à déterminer si des violations de la loi ou du règlement ont été commises et, dès lors, à permettre de préparer une stratégie de défense (cf. en ce sens la jurisprudence anglaise[67]). Ceci signifie qu'en cas d'enquête pénale ou administrative, le client peut toujours, même en cas de perquisition, refuser la remise des documents relatifs à l'enquête interne conduite par un avocat et, en cas de saisie de ceux-ci, émettre par écrit les réserves qui s'imposent.
- La jurisprudence ne s'étant pas encore prononcée en ce sens, les avocats et leurs clients doivent faire preuve de prudence et de vigilance et s'attacher à faire respecter le secret professionnel de l'avocat, sans lequel les droits fondamentaux que sont le droit au procès équitable, le droit à la défense et le droit à ne pas s'auto-incriminer ne peuvent exister.

**63.** L'article L. 621-9-3 du code monétaire et financier, mentionné dans la Charte de l'enquête de l'AMF, dispose que : « *Dans le cadre des contrôles et enquêtes mentionnées aux articles L. 621-9 et L. 621-9-1, le secret professionnel ne peut être opposé à l'Autorité des marchés financiers (...) sauf par les auxiliaires de justice* ». La Charte de l'enquête prend également le soin de préciser que « *la qualité d'auxiliaire de justice s'attache aux avocats, huissiers de justice, administrateurs judiciaires, les notaires et mandataires liquidateurs* ».

**64.** Cass. Crim., 5 avril 2018, n° 17-81.831 ; CA Paris, 13 janvier. 2016, n° 13/16225.

**65.** Com. 29 janvier. 2013, n° 11-27333.

**66.** Article 4 du décret du 12 juillet 2005.

**67.** Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, 5 sept. 2018, SFO c/ ENRC : la cour d'appel a estimé dans sa décision que des investigations (les enquêtes internes) étaient souvent nécessaires afin d'évaluer la prévisibilité d'une procédure judiciaire, pareille incertitude n'empêchant pas nécessairement de considérer ladite procédure comme raisonnablement envisageable ; et que les **conseils juridiques prodigués en vue d'éviter une procédure judiciaire ou de transiger sur celle-ci méritaient autant d'être protégés que ceux donnés dans le cadre de la défense ce, au titre du « *litigation privilege* ».** En outre, n'étant pas saisie de la question, la cour a tout de même indiqué dans un *obiter dictum* que **les entreprises de grandes envergures devraient être en mesure de solliciter et de recevoir des conseils juridiques de leurs avocats sans craindre une atteinte au « *legal advice privilege* ».**

# II. RECOMMANDATIONS

- **S'agissant de la décision d'ouvrir une enquête interne :**
- Veiller à ce que le sujet soit confié à un nombre limitativement énuméré de personnes habilitées à en connaître et à traiter le sujet au sein de l'entreprise cliente de l'avocat ;
- Le cas échéant, solliciter, par l'intermédiaire de l'une desdites personnes habilitées, l'avis d'un avocat quant à l'opportunité d'ouvrir une enquête interne ;

- **Objet de l'enquête interne :** l'avocat conclura avec l'entreprise, préalablement à l'ouverture et à la conduite de l'enquête interne, une Lettre de mission précisant :
- Les avocats de son cabinet (collectivement, « l'avocat ») intervenant dans le cadre de l'enquête interne ;
- Le contexte de l'enquête interne ainsi que ses différentes étapes. Il s'agit ici de préciser succinctement les faits objet de l'enquête interne ;
- Que l'enquête interne ait pour objectif afin de faire la lumière sur les faits en question et de préparer la défense et/ou l'assistance de l'entreprise en cas de découverte de faits susceptibles d'entraîner des conséquences contentieuses, que l'entreprise soit potentiellement plaignante ou mise en cause ;
- Les interlocuteur(s) de l'avocat dotés des pouvoirs de représenter l'entreprise dans le cadre de l'enquête interne envisagée ;
- La possibilité, pour l'avocat, de déléguer une partie des tâches à des experts spécialement mandatés par ses soins, qui lui répondront et dont les travaux seront couverts par le secret professionnel de l'avocat.

- **Collecte et analyse des documents de la société :**
- L'avocat veillera, dans le cadre de la stratégie qu'il met en place, à définir strictement le périmètre des documents dont la collecte et l'analyse se révèleraient nécessaires ;
- La collecte desdits documents méritera d'être opérée par les interlocuteurs désignés de l'avocat au sein l'entreprise qui mettront en œuvre les préconisations de l'avocat à cet égard ;
- Une vigilance particulière s'impose quant aux échanges écrits concernant lesdits documents qui devront être factuels et objectifs, ce qui implique de notamment s'abstenir de toute qualification juridique, pour prévenir toute erreur d'interprétation ou tout malentendu ; et
- L'avocat sera prudent dans sa rédaction. Il datera ses notes de travail et apposera sur celles-ci la mention « Confidentiel -Avocat / Client ».

- **Communication avec des tiers dont l'intervention serait nécessitée par des besoins techniques :**
- L'avocat mandatera ces tiers et sera leur interlocuteur afin de protéger ces échanges par le secret professionnel[68].

- **Auditions :**
- Voir fiche « Enquêtes internes et entretiens avec des collaborateurs de l'entreprise ».

- **Rédaction et diffusion du rapport d'enquête interne :**

La rédaction d'un rapport d'enquête constituant une phase particulièrement sensible de l'enquête, l'avocat évaluera avec son client l'opportunité de consigner par écrit les éléments d'analyse et de conclusion et le cas échéant déterminera sous quelle forme ceux-ci doivent l'être (rapport complet ou synthèse des éléments clés notamment). Dans l'hypothèse où il serait décidé de consigner les conclusions de l'enquête par écrit, l'avocat rédigera le rapport d'enquête en prenant constamment la mesure du risque de diffusion de celui-ci, particulièrement au stade des différents projets, sur lesquels il conviendra d'apposer le marquage « *Projet* » en plus du marquage « *Confidentiel -Avocat / Client* ».

L'avocat procèdera, s'il l'estime opportun, à l'intégration des commentaires et compléments que les interlocuteurs de l'avocat pourraient vouloir apporter au projet de rapport d'enquête interne, sans toutefois se départir de son indépendance. Il ne s'agit en effet pas pour l'avocat de se faire rédacteur d'éléments dictés par l'entreprise dès lors que ceux-ci ne correspondraient pas aux constats qu'il a opérés dans le cadre de la conduite de l'enquête interne et/ou aux analyses que sa mission l'a conduit à développer. Le constat d'une situation de blocage ne doit cependant pas conduire l'avocat à enfreindre le secret professionnel mais, le cas échéant, à mettre fin à son mandat.

Sur la communication du rapport à l'entreprise : celui-ci ne pourra être communiqué, le cas échéant qu'aux interlocuteurs désignés dans des conditions garantissant le secret professionnel.

Sur la communication du rapport à des tiers : l'avocat ne procédera à aucune diffusion du rapport d'enquête interne ni à aucune information concernant celui-ci. Il appartiendra au client d'en faire l'utilisation qu'il souhaite, la prudence devant inciter le client à s'en entretenir au préalable avec son avocat. Devra dans ce cadre se poser la question de la communication du rapport avec les commissaires aux comptes de l'entreprise : l'opportunité d'une telle communication devra faire l'objet d'une discussion entre la cliente et son avocat. Enfin, dans le cas où plusieurs avocats se seront succédé dans le cadre de la conduite de l'enquête, l'ensemble des avocats seront tenus au secret pour les informations qu'ils auront eu respectivement à connaître, qu'ils en aient ou non été les instigateurs ou les auteurs.

**68.** Voir fiche « Enquêtes internes et secret professionnel ».

- **En cas de perquisition ou de visite :**

Dans un souci d'identification rapide des documents couverts par le secret professionnel de l'avocat en cas de demande de communication ou de perquisition, un marquage apparent des documents pourra être effectué comme « *Confidentiel – Couvert par le secret des correspondances entre l'avocat et son client* » voire comme « *Document préparé dans l'intérêt de la défense de la société [...] en date du [...]* ».

En tout état de cause, la possibilité d'une visite ou d'une perquisition doit toujours être envisagée. Il convient alors de sensibiliser l'entreprise à cette éventualité en l'informant du risque de violation du secret professionnel et de saisie, y compris des éléments a priori couverts par le secret professionnel attaché aux échanges avocat-client. Dans ce cas, il est opportun de rappeler au client qu'il peut s'opposer à la saisie de documents couverts par le secret professionnel de l'avocat et qu'en cas de remise volontaire des documents par le client la protection conférée par le secret cesse.

Enfin, il convient par principe de s'opposer à la saisie de tout document ou échange protégé par le secret professionnel, quel que soit son contenu et quelle que soit l'autorité procédant à la saisie. En conséquence, il peut être exigé l'extraction sur place des échanges couverts par le secret professionnel de l'avocat. Dans ce cas, le fait d'avoir procédé au marquage des documents protégés par le secret professionnel, sera particulièrement utile, en pratique. En cas de saisie, il conviendra de consigner par écrit les réserves qui s'imposent.

# ENQUETE INTERNE ET RGPD

Entré en vigueur le 25 mai 2018 et d'application directe, le RGPD, dont l'objectif est d'harmoniser des législations des Etats membres, créé de nouvelles obligations dans le cadre du traitement de données à caractère personnel. Il a été précisé à l'échelle nationale par la loi informatique et libertés[69] modifiée et par les recommandations de la CNIL. Cette dernière a notamment publié en décembre 2019 un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles, dont les nombreuses solutions peuvent être transposées et appliquées à l'enquête interne.

L'ambition du RGPD est d'assurer la protection des droits des personnes, en leur redonnant le contrôle de leurs données, à travers la responsabilisation – *accountability* – des acteurs traitant des données à caractère personnel. Pour parvenir à cet objectif, la responsabilité qui incombe au responsable de traitement est doublée d'une obligation de transparence, de façon à permettre aux personnes dont les données sont traitées, de savoir que leurs données sont utilisées, de connaître l'utilisation qui en est faite et, le cas échéant, de la limiter ou de s'y opposer.

Comment s'articule cette exigence de transparence avec celle de confidentialité de l'enquête interne et avec l'obligation de secret professionnel à laquelle est soumis l'avocat chargé d'une enquête interne ?

Cette fiche ne constitue qu'une mise en perspective des principes qui se dégagent du RGPD et de leur articulation avec les règles de la profession d'avocats, dans le contexte d'une enquête interne menée par l'avocat. Elle n'a pas vocation à traiter de l'exhaustivité des questions que pose le traitement de données à caractère personnel à l'occasion d'une enquête interne. Elle ne traite notamment pas de la question de la durée de conservation des données collectées et traitées dans le cadre d'une enquête interne. Elle ne traite pas non plus des questions afférentes aux transferts de données à caractère personnel hors de l'UE, question qui est traitée dans la fiche relative aux enquêtes internes et communication des informations à l'international.

## I. DROIT POSITIF

### 1. Traitement de données à caractère personnel : principes généraux

L'article 5 du RGPD énonce les principes relatifs au traitement de données à caractère personnel, indiquant notamment que tout traitement doit être licite, loyal, transparent et limité à sa finalité. Les données doivent quant à elles être exactes, conservées pour une durée limitée et répondre au principe de minimisation des données, selon lequel seules les données strictement nécessaires doivent être collectées, et aux principes d'intégrité et de confidentialité.

**69.** Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Le responsable de traitement est responsable de la conformité du traitement avec le RGPD[70]. Le règlement le définit ainsi : « **la personne physique ou morale**, [...] qui, **seul ou conjointement avec d'autres**, détermine l**es finalités et les moyens du traitement** »[71].

En tant que responsable de la conformité du traitement au RGPD, il doit assurer la protection des données, réaliser l'analyse d'impact, répondre aux demandes d'exercice de droits des personnes dont les données sont collectées et traitées, dans le cadre du traitement.

Dans le guide « *Les avocats et la loi informatique et libertés* », paru en 2011, la CNIL avait indiqué considérer que l'avocat agit en qualité de responsable de traitement dans le cadre de la gestion des affaires contentieuses[72]. En revanche, dans le même guide, elle indiquait considérer que l'avocat qui intervient dans un audit, sur la « base d'instructions strictement définies par ses clients », a la qualité de sous-traitant[73]. Ainsi, ce n'est que si le client dicte à l'avocat la manière dont il doit conduire sa mission dans les moindres détails, que ce dernier peut être considéré comme sous-traitant.

Par ailleurs le G29 (groupe de réflexion de l'Union Européenne sur la protection des données) a précisé que l'avocat peut être qualifié de responsable de traitement s'il joue, dans sa mission, un rôle prépondérant[74].

Plus généralement, on considère que l'avocat, du fait de son indépendance, est responsable des traitements qu'il opère.

On peut en déduire que dans le cadre de l'enquête interne, l'avocat est responsable de traitement, du fait de son indépendance, qui fait que c'est lui qui en détermine les modalités et les moyens mis en œuvre.

## 2. Finalité et base légale du traitement

La finalité et la base légale du traitement délimitent les obligations incombant au responsable de traitement et les droits dont disposent les personnes dont les données sont collectées et traitées (ci-après, « les personnes concernées »).

Par « finalité » sont entendus les objectifs poursuivis par le traitement. La finalité doit être légitime et explicite. Elle permet de déterminer les données qu'il est nécessaire de collecter pour les besoins de la finalité et leur durée de conservation. En l'espèce, l'enquête interne peut avoir pour objet de vérifier le respect par les salariés de leurs obligations contractuelles et des règles de discipline applicables dans l'entreprise, ou encore de vérifier des allégations de commission d'une infraction au sein de la société ou d'une violation des règles internes de la société.

**70.** Article 24 du RGPD.
**71.** Article 4-(7) du RGPD.
**72.** « Les avocats et la loi informatique et libertés », p.8.
**73.** *Ibid*, p.7.
**74.** G29, Avis 1/2010 sur les concepts de « responsable du traitement » et « sous-traitants », p.28.

Un traitement n'est licite que si sa finalité repose sur au moins l'une des bases légales énumérées par l'article 6 du RGPD. De plus, dès lors qu'un traitement a plusieurs finalités, chacune d'entre elles doit reposer sur une base légale. En l'espèce, l'enquête interne, en fonction de sa finalité, peut reposer sur deux bases légales différentes, toutes deux prévues par le RGPD :

- **La conformité à une obligation légale,** comme c'est le cas pour les enquêtes diligentées (i) à la suite d'une alerte professionnelle reçue dans via un dispositif d'alerte obligatoire, ou (ii) au titre de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur[75] ;
- **L'intérêt légitime,** qui ne sera justifié que si la personne concernée peut raisonnablement s'attendre, au moment et dans le cadre de la collecte des données à caractère personnel, à ce que celles-ci fassent l'objet d'un traitement à une fin donnée. A titre d'exemple, la prévention de la fraude constitue, selon le RGPD, un intérêt légitime[76].

## 3. L'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD)

Le règlement européen précise que lorsqu'un type de traitement est **susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés** des personnes physiques, le responsable de traitement doit en analyser l'impact préalablement à la mise en place du traitement.

Le G29 (groupe de réflexion de l'Union Européenne sur la protection des données) a publié une liste de critères fondée sur le Considérant 75 du RGPD qui déterminent la nécessité d'une AIPD[77]. Ainsi, lorsque deux ou plus de ces critères s'appliquent au traitement, elle sera nécessaire : évaluation ou notation, prise de décisions automatisées avec effet juridique, surveillance systématique, collecte de données sensibles, collecte de données à large échelle, croisement de données, personnes vulnérables (sont considérées comme des personnes vulnérables les salariés par rapport à l'employeur), usage innovant de solutions technologiques, exclusion du bénéfice d'un droit.

L'enquête interne, en ce qu'elle a pour finalité de déterminer si des violations de la loi ou du règlement ont été commises et si des sanctions ou suites judiciaires doivent être prises, doit être précédée d'une AIPD.

D'ailleurs, la CNIL a publié le 11 octobre 2018 une liste de traitements pour lesquels elle estime nécessaire qu'une AIPD soit réalisée. Cette liste n'est pas exhaustive. Figurent dans cette liste les traitements ayant pour finalité la gestion des alertes et des signalements en matière professionnelle, et donc des enquêtes internes découlant des alertes et signalements professionnels. Par analogie, l'enquête interne, y compris celle menée indépendamment de toute alerte, constitue un traitement de données à caractère personnel nécessitant une AIPD. La CNIL précise néanmoins qu'il n'est pas nécessaire de refaire une étude d'impact pour des traitements similaires. Ainsi, si toutes les enquêtes

**75.** Voir la jurisprudence récente de la Cour de cassation sur l'obligation pour l'employeur de conduire une enquête dès lors qu'une situation de harcèlement a été signalée par un salarié : Cass. Ch. Soc., 27 novembre 2019, n°18-10.551.
**76.** Considérant 47 du RGPD.
**77.** G29, Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données, pp.10-13.

sont menées de la même façon et conduisent à collecter le même type de données, une seule AIPD suffira[78].

L'AIPD doit contenir :

- Une description systématique des opérations de traitement envisagées et les finalités du traitement, y compris, le cas échéant, l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ;
- Une évaluation de la nécessité et de la proportionnalité des opérations de traitement au regard des finalités du traitement ; et
- Une évaluation des risques sur les droits et libertés des personnes concernées.

Les mesures envisagées pour faire face aux risques, y compris les garanties, mesures et mécanismes de sécurité visant à assurer la protection des données à caractère personnel et à apporter la preuve du respect du règlement. Le responsable est par ailleurs tenu de consulter la CNIL dès lors que le risque élevé identifié est avéré, si le responsable de traitement n'a pas pris de mesures pour l'atténuer[79].

## 4. Les droits des personnes concernées

La raison d'être du RGPD est d'assurer le droit à la protection des données à caractère personnel. Ce droit connait néanmoins des exceptions, puisque, comme l'indique le règlement européen dans ses considérants, « Le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas un droit absolu ; il doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité »[80]. Dès lors, le RGPD s'applique à déterminer dans quelle mesure les droits et libertés d'autrui peuvent s'opposer au droit à la protection des données à caractère personnel.

### 4.1. L'obligation d'informer – articles 12, 13 et 14 du RGPD

L'obligation d'informer les personnes concernées sur le traitement de données à caractère personnel est la première obligation imposée par le RGPD au responsable de traitement. En effet, celle-ci constitue une réelle condition d'effectivité des autres droits dont disposent les personnes concernées, puisqu'elle en conditionne l'exercice (notamment droits d'accès ou d'opposition)[81].

L'obligation d'information est due :

- Préalablement à la mise en œuvre du traitement, à toute personne potentiellement concernée. L'information en question doit être concise,

**78.** Articles 50 à 53 de la Délibération de la CNIL n°2019-055 du 9 mai 2019 portant avis sur un projet de décret pris pour application de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
**79.** Article 36-1 du RGPD.
**80.** Considérant 4 du RGPD.
**81.** C'est notamment la position de l'Avocat Général Cruz Villalon dans son opinion du 9 juillet 2015 dans l'affaire Bara (Cas C-201/14), paragraphe 74 : *"the requirement to inform the data subjects about the processing of their personal data, which guarantees transparency of all processing, is all the more important since it affects the exercise by the data subjects of their right of access to the data being processed, referred to in article 12 of Directive 95/46, and their right to object to the processing of those data, set out in article 14 of that directive."*.

transparente, compréhensible et aisément accessible[82]. Elle doit contenir, pour chaque traitement effectué, les informations suivantes : identités et informations de contact du responsable de traitement et du Délégué à la Protection des Données (DPO), finalité du traitement, base légale (et donc le cas échéant l'intérêt légitime), potentiels destinataires des données, période de stockage, droits de la personne concernée ainsi que son droit de recours devant la CNIL. Cette information faite, les traitements de données nécessités par l'enquête pourront alors être réalisés sans autre formalité sous le contrôle du DPO (ou équivalent) avec inscription au registre.

- Dès l'enregistrement des données, à toute personne dont les données auront été collectées. Cette obligation d'information diffère selon que les données auront été obtenues de façon directe (les données à caractère personnel ont été recueillies auprès de la personne elle-même) ou indirecte (les données à caractère personnel ont été recueillies auprès d'un tiers). Dans ce dernier cas, la personne dont les données ont été collectées doit en être informée dans un délai d'un mois suivant leur collecte. La source de l'information doit également être renseignée.

Le législateur européen prévoit néanmoins des exceptions à l'obligation d'information en cas de collecte indirecte, notamment parce qu'elle peut être résolument contraire aux objectifs du traitement, comme par exemple lors de l'enquête interne. Parmi les exceptions citées, celles pertinentes aux cas d'enquête interne concernent les cas où :

- Informer la(les) personne(s) concernée(s) représenterait un **effort disproportionné** ou rendrait impossible ou c**ompromettrait gravement la réalisation de l'objectif** ; ou
- Les données doivent rester confidentielles en vertu d'une **obligation de secret professionnel.**

Concernant « l'effort disproportionné », la CNIL a précisé, dans son guide à destination des avocats de 2011, que cette exception ne s'appliquait pas aux avocats dans le cadre de la gestion de contentieux de leurs clients, puisque « dès lors que des poursuites judiciaires peuvent être engagées sur la base de ce type de traitements, les diligences à accomplir n'apparaissent pas disproportionnées »[83]. On peut présumer que l'entrée en vigueur du RGPD laisse inchangée cette position de la CNIL et qu'elle s'applique également aux enquêtes internes. En revanche, les exceptions tirées (i) de ce que l'information risquerait de compromettre gravement la réalisation de l'objectif et/ou (ii) du secret professionnel devraient pouvoir être valablement invoquées pour justifier de l'absence d'information des personnes concernées dont les données auront été, dans le cadre de l'enquête interne dont l'avocat est chargé, collectées indirectement. Il convient de préciser que l'exception tirée de ce que l'information risquerait de compromettre gravement la réalisation des objectifs du traitement ne permet pas de s'exonérer de l'obligation d'informer la personne concernée, mais seulement de différer son information, tandis que l'exception tirée du secret professionnel est permanente.

**82.** Article 12 du RGPD.
**83.** « Les avocats et la loi informatique et libertés », p.4.

## Les droits des personnes concernées

Le RGPD consacre plusieurs droits qui ont pour finalité d'assurer le droit plus général à la protection des données à caractère personnel. Néanmoins, comme précédemment indiqué, ces droits comportent des exceptions, lorsque le droit à la protection des données à caractère personnel se heurte aux droits et libertés d'autrui.

Le tableau ci-après synthétise et schématise les droits des personnes concernées et les exceptions susceptibles de leur être opposées, dans le contexte d'une enquête interne.

| DROIT | DEFINITION ET CONDITIONS (lorsqu'elles sont pertinentes au regard de l'enquête interne) | EXCEPTIONS (pertinentes au regard de l'enquête interne) |
|---|---|---|
| DROIT D'ACCÈS – ART 15 | Permet d'obtenir la confirmation que ses données à caractère personnel sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, l'accès auxdites données ainsi qu'aux informations qui font l'objet de l'obligation d'informer précitée. | Porte atteinte aux **droits et libertés d'autrui**, y compris au secret des affaires ou à la propriété intellectuelle[84].<br>La demande ne peut être infondée ou excessive. |
| DROIT DE RECTIFICATION – ART 16 | Permet à la personne concernée de voir des données à caractère personnel la concernant inexactes rectifiées[85]. | Pas d'exception pertinente au regard de l'enquête interne. Cependant, ces droits sont tous deux des conséquences directes du droit d'accès (sans accès à ses données, la personne n'a pas la possibilité de les rectifier ni d'en limiter le traitement). Ainsi, on peut en déduire que les limites au droit d'accès s'imposent également aux droits de rectification et de limitation, ce d'autant plus qu'une fois le traitement limité, les données ne peuvent être traitées qu'avec le consentement de la personne, sauf pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice ou pour la protection des droits d'une autre personne physique ou morale |
| DROIT DE LIMITATION – ART 18 | Permet de limiter le traitement des données durant la période de rectification, la période d'opposition ou encore lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la finalité du traitement mais requises par la personne pour constater, exercer ou défendre des droits en justice. | |

**84.** Considérant 63 du RGPD, repris par la CNIL.

**85.** D'après la CNIL dans son référentiel sur les alertes professionnelles, ce droit ne peut s'exercer que sur des données factuelles, et sous condition que le responsable de traitement vérifie les données et que les données collectées initialement, même erronées, ne soient pas effacées. Cette position peut être transposée aux enquêtes internes.

***** Les traitements qui reposent sur une base légale **d'obligation légale** permettent de s'opposer à l'exercice des droits d'effacement et d'opposition. Au contraire, lorsqu'ils ne reposent que sur un intérêt légitime, le responsable de traitement ne peut s'opposer à l'exercice de ces droits, sauf autre exception.

| | | |
|---|---|---|
| DROIT D'EFFACEMENT – ART 17 | Permet l'effacement de données à caractère personnel concernant la personne ; ne peut être exercé que lorsque les données ne sont plus nécessaires au regard de la finalité pour lesquelles elles étaient traitée, ou lorsque la personne concernée s'oppose au traitement et qu'il n'existe pas de motif légitime impérieux pour le traitement | • *Le traitement est nécessaire au respect d'une **obligation légale**** ;<br>• Le traitement est nécessaire à la **constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice**. |
| DROIT D'OPPOSITION – ART 21 | Permet à la personne de s'opposer à tout moment, *pour des raisons tenant à sa situation particulière*, au traitement de ses données à caractère personnel. Ce droit ne peut qu'être exercé lorsque le traitement est fondé sur un intérêt légitime | • *Le traitement est nécessaire pour respecter une **obligation légale**** ;<br>• Existence de **motifs légitimes et impérieux** qui prévalent sur les intérêts et les droits de la personne ;<br>• Le traitement est nécessaire à la **constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice.** |

Le tableau ci-contre appelle les observations suivantes :

- **Exception tirée du secret professionnel de l'avocat**

Bien que le RGPD ne mentionne pas expressément, parmi les exceptions aux droits d'accès, de rectification, de limitation, d'effacement et d'opposition, le secret professionnel de l'avocat, il est toutefois raisonnable de penser qu'un avocat ne pourrait donner suite à l'exercice d'un de ces droits s'il devait le conduire à violer son secret professionnel, ce d'autant que le secret professionnel est une des exceptions au droit d'information des personnes concernées dont les données sont collectées indirectement.

- **Exception de secret professionnel dont le client peut se prévaloir**

Parallèlement, il convient de rappeler que dans le cadre de l'enquête interne conduite par l'avocat, le secret professionnel de l'avocat bénéficie au client, pour lequel il constitue un droit fondamental, en ce qu'il participe de ses droits de la défense, du droit à un procès équitable et du droit à ne pas s'auto-incriminer. Ainsi, le secret professionnel dont bénéficie le client peut légitimement être opposé aux personnes concernées exerçant leurs droits, lorsque le RGPD prévoit à titre d'exception « la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice ».

En revanche, il ne peut être affirmé que le secret professionnel dont bénéficie le client puisse être opposé par lui au titre de l'exception tirée des « droits et libertés d'autrui », même si figurent, dans les droits et libertés d'autrui, le droit au procès équitable et son corollaire, le droit à la défense. La CNIL fournit des exemples d'exceptions tirées des « droits et libertés d'autrui », pour s'opposer au droit d'accès, mais n'en délimite pas précisément le périmètre. Ainsi, l'exercice du droit d'accès ne peut porter atteinte : « (i) au droit des tiers : seules [vos] données peuvent être communiquées au titre du droit d'accès et non celles de tiers, (ii) à la propriété intellectuelle : par exemple le droit d'auteur, lorsqu'il protège le logiciel, (iii) au

secret des affaires, (iv) etc. »[86]. Il semble donc que malgré le choix du terme général « droits et libertés d'autrui », l'interprétation qu'en fait la CNIL en est en réalité restrictive, l'exception étant, en l'état des commentaires de la CNIL, circonscrite aux droits visant à protéger les données à caractère personnel d'autrui.

- **Constatation, exercice et défense d'intérêts en justice**

Une autre perspective tendrait à affirmer que si l'enquête interne a pour finalité de révéler une violation de la loi, du règlement ou des règles internes, elle est nécessairement liée à la constatation, l'exercice et la défense de droits en justice de quelqu'un, si ce n'est de l'entreprise.

## 5. Obligations de secret vis-à-vis de l'autorité de contrôle

L'article 90 du RGPD rappelle l'obligation de secret que peuvent opposer certaines professions aux autorités de contrôle. La loi informatique et libertés[87] vient préciser cette limite au pouvoir de la CNIL, en disposant que « Le secret ne peut leur [membres et agents de la CNIL] être opposé sauf concernant les informations couvertes par le secret professionnel applicable aux relations entre un avocat et son client, par le secret des sources des traitements journalistiques ou, sous réserve du deuxième alinéa du présent III, par le secret médical ».[88]

Ainsi, les informations recueillies lors de l'enquête interne par l'avocat étant soumises au secret professionnel, ne pourront être contrôlées par la CNIL. Cependant, rien n'indique que la CNIL ne pourrait contrôler l'existence de procédures et de moyens mis en place afin de se conformer au RGPD, sans pour autant avoir accès aux données protégées par le secret professionnel de l'Avocat. Ainsi, la CNIL pourrait vérifier qu'une étude d'impact a été réalisée, que les obligations d'information prévues au RGPD ont été respectées, ou encore que les personnes concernées aient pu exercer leurs droits.

# II. RECOMMANDATIONS

- Etablir une AIPD.
- S'assurer que la notice d'information a bien été diffusée par le client à toutes les personnes concernées, et qu'elle mentionne notamment :
  - Que les données collectées le sont également à des fins contentieuses,
  - Que l'avocat est une des personnes susceptibles d'être destinataires des données.

**86.** Voir : https://www.cnil.fr/fr/le-droit-dacces-connaitre-les-donnees-quun-organisme-detient-sur-vous.
**87.** Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
**88.** Article 19 III, loi informatique et libertés, loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

- S'assurer que toute personne potentiellement concernée par le traitement (les salariés notamment) ait été informée préalablement à sa mise en œuvre.
- Estimer quelle est la démarche la plus appropriée pour, si nécessaire, faire suite au droit d'accès :
  - Extraire toutes les données à caractère personnel des documents lorsqu'elles concernent la personne (processus potentiellement très chronophage),
  - Communiquer les documents qui contiennent les données à caractère personnel concernant la personne (potentiellement contraire à l'objectif de l'enquête).
- Répondre aux demandes émanant des personnes dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai d'un mois, tout en motivant sa réponse lorsqu'aucune suite ne sera donnée à la demande.[89]
- Préserver la confidentialité de l'enquête et les droits de la défense, ainsi que les droits et libertés d'autrui, en retenant que peuvent être opposés aux droits des personnes concernées les exceptions ci-dessus mentionnées.

**89.** Considérant 59 et article 12 du RGPD.

# ENQUETES INTERNES ET COMMUNICATION DES INFORMATIONS A L'INTERNATIONAL

Dans le cadre d'une enquête interne relative à des faits susceptibles d'avoir des implications extraterritoriales, les entreprises françaises peuvent être sollicitées ou contraintes par des autorités de poursuite ou de régulation étrangères à communiquer certains éléments de preuves concernant leurs activités et leurs salariés. Or, ces informations ne peuvent être transmises à l'étranger que dans le respect des dispositions de la Loi de blocage, d'une part, et du RGPD d'autre part.

Ces deux dispositifs constituent un cadre légal permettant aux autorités françaises d'encadrer la transmission à l'étranger de renseignements détenus par des personnes soumises aux droits français et européen. L'objectif n'est pas de « bloquer » le flux d'informations, mais de protéger ces personnes des risques de poursuite à l'étranger et d'utilisation de leurs données personnelles à des fins qui ne seraient pas conformes aux exigences du RGPD et de la Loi de blocage.

En pratique, le respect par les entreprises françaises du RGPD et de la Loi de blocage, dans leur rédaction actuelle, pose des difficultés croissantes à l'occasion d'enquêtes internes menées en prévention ou en réponse à des procédures étrangères. Les entreprises et leurs conseils n'ont bien souvent pas d'autre choix que de devoir trancher entre deux stratégies de défense opposées quand la coopération dans le respect des textes s'avère difficile : résister en application du droit français ou coopérer par nécessité avec les autorités étrangères, au risque de violer la loi française et le RGPD.[90]

En conséquence, le gouvernement français a décidé d'entreprendre une refonte du dispositif encadrant la mise en œuvre de la Loi de blocage, dont les premières mesures ont été introduites par la Loi Sapin II et précisées en avril 2019, par le Rapport Gauvain.

Après avoir rappelé les dispositions pertinentes de la Loi de blocage et du RGPD applicables (I), des recommandations seront proposées dans le but de permettre aux avocats, dans le contexte d'une enquête interne, de concilier des normes juridiques divergentes tout en préservant les intérêts de leurs clients (II).

**90.** Voir également fiche « Les enquêtes internes et les problématiques transfrontalières ».

# I. DROIT POSITIF

Tandis que la Loi de blocage s'applique en toutes circonstances lors d'une enquête interne nécessitant la transmission d'informations à l'étranger (1), les dispositions du RGPD concernent uniquement les données personnelles relatives à des personnes physiques (2).

## 1. Loi de blocage

### 1.1. Etat actuel du droit

L'article 1 de la Loi de blocage impose, de manière générale, que :

« *Sous réserve des traités ou accords internationaux, il est interdit à toute personne physique de nationalité française ou résidant habituellement sur le territoire français et à tout dirigeant, représentant, agent ou préposé d'une personne morale y ayant son siège ou un établissement de communiquer par écrit, oralement ou sous toute autre forme, en quelque lieu que ce soit, à des autorités publiques étrangères, les documents ou les renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique dont la communication est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels de la France ou à l'ordre public, précisés par l'autorité administrative en tant que de besoin* ».

L'article 1 bis de la Loi de blocage, applicable quant à lui à la communication d'informations dans le cadre de procédures étrangères visant à la constitution de preuves, énonce que :

« *Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur, il est interdit à toute personne de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci* ».

Il résulte des dispositions qui précèdent que :

- **La Loi de blocage encadre la communication, la demande et la recherche des informations concernées par renvoi aux** « traités et accords internationaux et des lois et règlements en vigueur ».
- Toute communication, demande et/ou recherche en dehors de ces encadrements est strictement interdite et expose le demandeur et/ou le communiquant à des sanctions.

La transmission d'informations – écrites ou orales – recueillies dans le contexte d'une enquête interne par l'entreprise doit donc obligatoirement s'effectuer via les « canaux officiels »[91], c'est-à-dire à la suite d'une commission rogatoire internationale échangée entre la France et l'autorité centrale désignée par la juridiction étrangère ou la désignation d'un commissaire. Il s'agit de mettre en œuvre les mécanismes d'entraide judiciaire prévus :

- **En matière civile et commerciale**, par la Convention de La Haye[92],

- **En matière pénale**, par tout traité d'entraide conclu entre la France et une juridiction étrangère (notamment, par exemple, le Traité d'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats-Unis d'Amérique et la France du 10 décembre 1998) ou, en l'absence de traité ou de convention internationale, par les articles 694 et suivants du code de procédure pénale[93] ;

- **En matière administrative**, par tout accord de coopération conclu entre la France et une juridiction étrangère, par exemple le *Memorandum of Understanding* (« **MoU** ») entre l'AMF et la *Securities and Exchange Commission* (« SEC ») des 14 décembre 1989 et 22 juillet 2013[94], ou sur la base de la Convention de La Haye susvisée en l'absence d'accord[95].

L'article 2 de la Loi de blocage impose en outre aux personnes assujetties à la loi « *d'informer sans délai le ministre compétent lorsqu'elles se trouvent saisies de toute demande concernant de telles communications* ». Historiquement, le ministre des Affaires Etrangères était considéré comme étant le ministre compétent pour toute demande d'entraide judiciaire (jusqu'à la conclusion de traités bilatéraux d'entraide, notamment en matière pénale, qui ont institutionnalisé le rôle du ministère de la justice).

Ainsi, toute communication de renseignements à des autorités étrangères en dehors de l'intervention des autorités françaises et du contrôle du juge français[96] est sanctionnée pénalement. Selon l'article 3 de la Loi de blocage, la violation de l'article 1 bis de la loi constitue une infraction punie de « *six mois d'emprisonnement et d'une amende de 18.000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement* » pour une personne physique (le quintuple, soit 90.000 euros pour une personne morale), étant « *sans préjudice des peines plus lourdes prévues par la loi* ».

**91.** La Loi de blocage a été adoptée à l'origine dans le but de protéger les entreprises françaises face aux procédures américaines de pretrial discovery, ayant pour effet d'imposer à une personne partie à un procès dans lequel une telle procédure est appliquée, de communiquer des informations très larges à la partie adverse, sous la seule limite imposée par le tribunal américain chargé de juger ce procès.

**92.** Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale du 18 mars 1970.

**93.** S'agissant des mécanismes de coopération mis en place entre la France et les Etats membres de l'Union européenne en matière pénale, la transmission d'informations sera opérée à la suite d'une décision d'enquête européenne (prévue par la Directive 2014/41/UE du 3 avril 2014 – voir également articles 694-14 à 694-49 du code de procédure pénale).

**94.** Voir : https://www.amf-france.org/en_US/L-AMF/Relations-institutionelles/Accords-et-actions-de-cooperation/Conventions-bilaterales.

**95.** Voir, notamment : TA de Paris, 6ème section – 2ème chambre, 17 décembre 1985, n°51546/6.

**96.** Voir Le Berre, Y., Pataut, E., *La recherche de preuves en France au soutien de procédures étrangères au fond* - Revue de Droit des Affaires Internationales n° 53, spéc. 56, 2004.

**Chambre criminelle de la Cour de cassation – 12 décembre 2007, *Executive Life***

**Cet arrêt représente la première application de la Loi de blocage et la seule condamnation pénale prononcée au visa de son article 1 bis. Cette décision a été présentée par certains commentateurs comme le signe d'un « regain d'intérêt porté à la Loi de blocage »[97] mais d'autres ont douté de sa portée[98] en raison – entre autres – de la particularité des faits de l'espèce.**

Selon l'arrêt, le conseil américain du commissaire aux assurances de Californie avait demandé à son correspondant français – avocat de nationalités française et américaine, membre des barreaux de Paris et de New York – d'obtenir d'un ancien dirigeant de la Mutuelle d'Assurance Artisanale de France (MAAF) des renseignements sur les circonstances de sa participation au rachat d'*Executive Life*, compagnie d'assurance-vie californienne ayant fait faillite en 1991.

Considérant que les renseignements sollicités et obtenus par l'avocat correspondant en France sur les « *circonstances dans lesquelles le conseil d'administration de la MAAF a pris ses décisions sur le rachat de la société Executive Life* » étaient bien d'ordre économique, financier ou commercial et tendaient à la « *constitution de preuves dans une procédure judiciaire étrangère* », la Cour de cassation a jugé que cette communication s'était déroulée hors des procédures prévues par la Convention de la Haye et que cet avocat avait violé l'article 1 bis de la Loi de blocage.

A cet égard, la Cour a rappelé les déclarations de la cour d'appel en soulignant que l'avocat « *ne s'était pas contenté d'approcher, de manière neutre, des personnes dont le témoignage aurait pu être ultérieurement sollicité dans le cadre d'une procédure conforme aux dispositions de la Convention de la Haye, mais a obtenu, ou, en tout cas tenté d'obtenir, la preuve que les administrateurs de la MAAF avaient pris leur décision en pleine connaissance de cause* » et, qu'en agissant ainsi, l'avocat « *a recherché, alors qu'il était dépourvu de tout mandat autorisé au sens de la convention précitée, des informations à caractère économique, commercial ou financier tendant à la constitution de preuves, susceptibles de justifier la désignation de la personne approchée comme témoin à charge dans la procédure suivie devant la juridiction californienne et d'orienter son interrogatoire ultérieur* ».

Par ailleurs, et comme cela a été confirmé par un arrêt Taitbout rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 30 janvier 2008[99] le champ d'application de la Loi de blocage ne se limite pas aux seuls faits commis en France. Dès lors, il est interdit de transmettre directement à des parties / autorités étrangères des informations recueillies / récoltées à l'étranger dans le cadre de l'enquête interne (comme cela peut être le cas lorsque des entretiens sont conduits sur le sol étranger par exemple) dès lors que celles-ci répondent aux critères des articles 1 et 1bis de la Loi de blocage.

**97.** Voir par ex. Barlow, D., *La loi du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique : un état des lieux* - La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 43-44, 25 Octobre 2007, 2330.
**98.** Voir par ex. Danis, M., *Sanction de la communication illicite de renseignements à une autorité judiciaire étrangère,* La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 35, 2016.
**99.** Cass. Crim., 30 janvier 2008, n° 06-84098.

**Chambre criminelle de la Cour de cassation – 30 janvier 2008, *Taitbout***

L'intérêt de cet arrêt est de faire état de poursuites pénales pour violation de la Loi de blocage et de confirmer l'application extraterritoriale de la loi.

Dans cette affaire, une partie française en défense dans une procédure civile en Californie a transféré à son avocat aux Etats-Unis (hors Convention de la Haye) des documents pour étude afin que ce dernier prenne connaissance du dossier et prépare une éventuelle communication de documents dans la procédure américaine. Les documents d'origine française étant d'ores et déjà situé sur le sol américain lorsqu'ils ont été communiqués à la partie adverse, la Cour d'appel dans l'arrêt infirmé n'avait pas trouvé de lien suffisant entre une communication de documents entre deux avocats tous deux situés aux Etats-Unis avec le territoire français pour justifier la compétence pénale des juridictions françaises. La Cour de cassation en revanche déclare que « *c'est à tort que, par motifs adoptés, la chambre de l'instruction a exclu la compétence des lois et juridictions françaises pour connaître des faits réputés commis aux Etats-Unis alors que la victime, la société Taitbout prévoyance, étant une société de droit français et les poursuites ayant été engagées par un réquisitoire du ministère public précédé d'une plainte de ladite société, le délit aurait pu être poursuivi en France, en application des articles 113-7 et 113-8 du code procédure pénale, [...]* ».

La grande efficacité des procédures d'obtention de preuves conventionnelles confirme que les sanctions visées ci-dessus servent non pas à bloquer la communication de preuves, mais bien à encadrer la procédure dans le respect des principes de courtoisie internationale qui anime la Convention de la Haye[100].

Toutefois le nombre limité de décisions en matière pénale[101] rendues en application de la Loi de blocage a conduit certaines juridictions étrangères, notamment américaines, à écarter toute incidence de cette Loi dans leurs lois et procédures nationales. En effet, depuis l'arrêt Aérospatiale en 1987 la Cour Suprême américaine a déclaré que les procédures de la Convention de la Haye ne sont que facultatives[102]. Depuis lors, le recours par les tribunaux américains aux procédures conventionnelles est rare car il doit être justifié, dans chaque dossier, par l'importance des intérêts souverains du pays étranger qui oppose une Loi de blocage[103] pour faire obstacle aux procédures américaines d'obtention de preuve.

**100.** Dans l'affaire Executive Life, la cour d'appel de Paris a confirmé que des demandes de documents de formulation très large, visant un grand nombre de documents sur une période de dix ans sont valables, déclarant que les réserves limitatives françaises à l'article 23 de la Convention de la Haye n'exigent pas une description exacte de la pièce réclamée ; « l'énumération des documents est limitative dès lors que ces derniers sont identifiés avec un degré raisonnable de spécificité en fonction d'un certain nombre de critères tels que leur date, leur nature ou leur auteur. » De même, la Cour a rejeté l'argument que les demandes de documents obligeraient la partie française à contribuer à sa propre accusation en violation des libertés fondamentales garanties par la CEDH. CA Paris, 18 septembre 2003 (2002/18509). Voir, contra, CA Nancy, 4 juin 2014, n°1335/4 (annulation d'une ordonnance d'exécution rendue par le juge des référés d'une demande de communication de documents formulée par un tribunal américain à deux sociétés françaises car la demande portait sur un trop grand nombre de documents).

**101.** La Loi de blocage a toutefois fait l'objet de décisions en matière civile. En 2014 la cour d'appel de Nancy a annulé une ordonnance d'exécution rendue par le juge des référés d'une demande de communication de documents formulée hors Convention de la Haye dans une procédure américaine, n'ayant lieu à référer car relevant d'une véritable pêche aux renseignements se heurtant à une contestation sérieuse tirée de la Loi de 1968.

**102.** *U.S. Supreme Court, Société nationale industrielle aérospatiale v. U.S. District Court*, 107 S. Ct 2542 [1987])

**103.** *In re Air Cargo Shipping Servs. Antitrust Litig.*, 278 F.R.D. 51 (E.D.N.Y. 2010) (les intérêts souverains de la France exposés dans la Loi de 1968 et l'arrêt Christopher X n'obligent pas cette juridiction américaine de recourir aux procédures conventionnelles qui ne sont que facultatives) ; *Strauss v. Crédit Lyonnais S.A., 249 F.R.D. 429 (E.D.N.Y. 2008) ; In re Global Power Equip. Group, 418 B.R. 833* (Bankr. D. Del. 2009).

Or, l'arrêt Christopher X de 2007, malgré la sanction pénale, n'a pas fait évoluer l'appréciation par les tribunaux américains de la Loi de blocage, même si les procédures volontaires de la Conventionde la Haye sont régulièrement ordonnées par les tribunaux américains[104].

En réaction à la montée en puissance des enquêtes de nature transnationale visant les entreprises françaises, une série de mesures a été récemment introduites afin de renforcer l'application et le contrôle de la mise en œuvre de la Loi de blocage, en particulier :

- L'article 3 de la Loi Sapin II a donné compétence à l'AFA pour veiller à l'application effective de la Loi de blocage dans le cadre de l'exécution de décisions d'autorités étrangères imposant à une société, dont le siège est situé sur le territoire français, une obligation de se soumettre à un monitorat (procédure obligatoire de mise en conformité des procédures internes de prévention et de détection de la corruption). Cela implique que hors monitorat l'AFA n'a pas de rôle à jouer dans la transmission des informations à l'étranger ;
- L'article 3 du décret n°2019-206 du 20 mars 2019 a réaffirmé le rôle du SISSE, dépendant du ministère de l'économie et des finances, afin de veiller à l'application de la Loi de blocage par les personnes qui y sont assujetties, « *sous réserve des compétences attribuées par la loi en cette matière à une autre autorité et, le cas échéant, en lien avec celle-ci* » [105].

## 1.2. Propositions de réforme du Rapport Gauvain

Dans le prolongement de la Loi Sapin II et des nombreux débats parlementaires ayant prôné depuis plusieurs années le renforcement de la Loi de blocage[106], le Rapport Gauvain préconise notamment les mesures suivantes :

- Renforcer le rôle du SISSE en tant que « *guichet unique de la Loi de blocage* pour *les entreprises* »[107], notamment en obligeant les entreprises françaises à lui déclarer les procédures étrangères dont elles font l'objet [108]. Il est prévu que cette obligation soit sanctionnée d'une peine de 6 mois d'emprisonnement et/ou d'une amende pénale de 50.000 euros pour les personnes physiques (le quintuple, soit 250.000 euros pour les personnes morales) ;
- Introduire un « *parcours d'accompagnement de l'entreprise déclarante* » [109] par le SISSE ;
- Augmenter les sanctions pénales en cas de violation de la Loi de blocage à hauteur de deux ans d'emprisonnement et/ou de 2 millions d'euros pour une personne physique (jusqu'à 10 millions d'euros pour une personne morale en application de l'article 131-38 du code pénal) ;

**104.** *In re: Commodity Exchange, Inc., Gold Futures and Options Trading Litigation, No. 14-md-02548, Sullivan v. Barclays PLC, No. 13-cv-02811; Lataillade v. LVMH Moet Hennessy-Louis Vuitton SE, No. 16-cv-06637. A. Blumrosen, International Comity and Chapter II of the Hague Evidence Convention,* The International Dispute Resolution News, page 2, https://www.yumpu.com/en/document/read/62639932/idr-news-spring-2019-4-17-19-final.

**105.** Le décret n°2016-66 du 29 janvier 2016 avait institué un commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économique et créé le SISSE, celui-ci étant investi de contrôler l'application de Loi de blocage.

**106.** Loi sur le secret des affaires, loi sur la croissance économique, etc.

**107.** Voir : Fiche de poste, Responsable « *Loi de blocage et souveraineté des données* », publiée par le ministère de l'économie et des finances en mars 2019.

**108.** Le SISSE étant en période de création et sans doute pas encore pleinement opérationnel, l'impact de cette nouvelle institution sur les pratiques au quotidien des procédures d'obtention de preuve n'est pas pour l'instant probant.

**109.** Rapport Gauvain, pp. 69-70.

- Créer des règles encadrant l'exercice en France du « *monitoring* » d'une entreprise française lorsque celui-ci est ordonné par une autorité étrangère ;
- Préciser dans la Loi de blocage que celle-ci ne s'oppose pas à la coopération des autorités françaises avec leurs homologues étrangers sur la base des conventions internationales et accords bilatéraux, tels que la convention de l'OCDE sur la corruption des agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et les accords conclus par l'Autorité de contrôle prudentielle et l'AMF ;
- Codifier la Loi de blocage dans le code pénal entré en vigueur le 1er mars 1994 pour remplacer le code pénal de 1810, dans le ce 19è siècle marqué par l'industrialisation et la démocratisation.

Ces propositions devraient aboutir à l'adoption d'une nouvelle loi visant à moderniser la Loi de blocage, amendée pour la dernière fois en juillet 1980, et dont le texte ne correspond plus à la réalité actuelle du droit face à la multiplication des poursuites multi-juridictionnelles et au développement en France des enquêtes internes en matière pénale.

# 2. RGPD

## 2.1. Etat actuel du droit

### 2.1.1. Le transfert des données vers des pays tiers

Le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers à l'UE est prévu par les articles 44 à 50 du RGPD et les articles 112-113 de l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018, ayant modifié la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel [110].

Dans le cadre d'un tel transfert, le RGPD énonce un principe général destiné à assurer le respect des conditions de protection des personnes physiques édictées par le règlement. Ce transfert ne peut en effet être effectué que :

- En cas de décision d'adéquation (article 45 du RGPD) par la Commission européenne à l'égard d'un pays tiers, d'un territoire, ou d'une organisation internationale qui confirme le respect d'un niveau de protection adéquat par le pays tiers, le territoire, le secteur déterminé de ce pays tiers ou l'organisation internationale ;
- En cas de garanties appropriées (ex : clauses types de protection, code de conduite approuvé, mécanisme de certification) et, pour les personnes concernées, de droits opposables et de voies de droit effectives (article 46 du RGPD) ;

**110.** Voir également, Délibération CNIL n°2009-474 du 23 juillet 2009 (*portant recommandation en matière de transfert de données à caractère personnel dans le cadre de procédures judiciaires américaines dite de « Discovery »*) et l'avis WP 158 du groupe de travail dit de l'«article 29» adopté en date du 11 février 2009 (*sur la procédure d'échange d'informations avant le procès («pre-trial discovery») dans le cadre de procédures civiles transfrontalières ;* https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2009/wp158_fr.pdf).

- En cas de règles d'entreprise contraignantes (article 47 du RGPD) ;
- En cas d'accord international tel qu'un traité d'entraide judiciaire, en vigueur dans le pays tiers demandeur et l'Union ou l'Etat membre (article 48 du RGPD) ;
- En cas de dérogations pour des situations particulières impliquant une protection équivalente des données à caractère personnel, notamment si (i) la personne a donné son consentement explicite, ou (ii) le transfert est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense des droits en justice. Si aucune de ces dérogations n'est applicable, le texte prévoit l'existence d'intérêts légitimes impérieux qui pourraient justifier le transfert (article 49 du RGPD).

La communication spontanée par une entreprise française de données à caractère personnels à un pays tiers préalable à toute procédure judiciaire ou administrative à l'étranger n'est donc pas interdite par le RGPD, dès lors que les conditions ci-dessus sont réunies.

### 2.1.2. Le cas particulier de règles d'entreprise contraignantes

Les règles d'entreprises contraignantes (BCR en anglais) sont un outil permettant à un groupe d'entreprise d'encadrer juridiquement ses transferts de données hors de l'Union Européenne, et d'assurer la mise en conformité globale à l'échelle du groupe. Dans le cas particulier des enquêtes internes, le BCR offre donc la possibilité non négligeable de transférer des données rapidement et de manière sécurisée et conforme. La CNIL a publié des contenus dédiés aux codes de conduite et aux règles d'entreprise contraignantes (BCR) le 7 février 2020 [111].

Les BCR doivent être (i) juridiquement contraignants, (ii) mis en application par toutes les entités concernées du groupe d'entreprise, et (iii) conférer aux personnes concernées des droits opposables. Ils doivent également répondre aux exigences prévues par le RGPD au paragraphe 2 de l'article 47, qui contient notamment :

- L'application d'un régime de responsabilité pesant sur le siège européen, qui fait peser sur l'entreprise la charge de la preuve en cas de violation,
- Les procédures de gestion des plaintes, d'audit, d'actualisation, ainsi que d'AIPD si applicable, comme c'est le cas en matière d'enquête interne,
- La mise en place d'un réseau de délégués à la protection des données (DPO),
- La formation du personnel,
- La déclaration du champ matériel et géographique.

Enfin, les BCR doivent respecter le principe général de transparence, c'est-à-dire être accessibles à toutes les personnes concernées et rédigés dans un langage clair et intelligible.

**111.** Voir : https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-publie-des-contenus-dedies-aux-codes-de-conduite-et-aux-regles-dentreprise-contraignantes.

### 2.1.3. Le RGPD et la Loi de blocage

Par ailleurs, l'article 48 du RGPD consacre l'ineffectivité en France de toute demande émanant d'une autorité étrangère qui n'est pas formulée dans le cadre d'une convention internationale [112] :

« ***Transferts ou divulgations non autorisés par le droit de l'Union***. *Toute décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative d'un pays tiers exigeant d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant qu'il transfère ou divulgue des données à caractère personnel ne peut être reconnue ou rendue exécutoire de quelque manière que ce soit qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire, en vigueur entre le pays tiers demandeur et l'Union ou un État membre, sans préjudice d'autres motifs de transfert en vertu du présent chapitre* ».

Contrairement à la Loi de blocage, l'article 48 du RGPD dans sa rédaction actuelle :

- A un champ d'application bien plus restreint, puisqu'il concerne toute « *décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative* » et non pas des informations « *tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères* » ;
- Instaure un moyen de défense supplémentaire permettant à l'entreprise de s'opposer à une demande de transfert d'informations, mais ne constitue pas une interdiction formelle pesant sur le responsable de traitement ou le sous-traitant dès lors que les conditions visées aux articles 44-47 du RGPD sont respectées.

## 2.2. Propositions de réforme du Rapport Gauvain

Afin de renforcer le champ d'application de l'article 48 du RGPD à la transmission de données numériques de personnes morales aux autorités étrangères, et en réaction à l'adoption par les Etats-Unis du *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act* en 2018, le Rapport Gauvain préconise les mesures suivantes :

- Introduire une interdiction faite à tout fournisseur de services de stockage ou de traitement de données de transmettre les données d'une personne morale française hors entraide judiciaire, qui serait sanctionnée par une sanction administrative d'un montant maximal de 20 millions d'euros ou 4% du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent (similaire à l'article 83-5 du RGPD). Le montant total de cette amende serait modulé en fonction de critères tels que le dommage causé à l'économie, la nature des informations en cause, la gravité et fréquence de la violation, ainsi que les antécédents de son auteur ;
- Attribuer à l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (« ARCEP ») le rôle de supervision et de sanction des individus et des entreprises s'agissant des obligations relatives à l'interdiction de transmettre les données des personnes morales.

**112.** Contrairement à l'attitude des tribunaux américains envers la Loi de Blocage, les lois européennes sur la protection des données personnelles semblent mieux accueillies dans les procédures, certains juges nommant ainsi sur la base des recommandations de la CNIL et du Groupe de travail 29 un « Privacy Monitor » tiers devant contrôler la conformité de toute communication de pièces en provenance de l'Europe aux Lois sur la protection des données personnelles. *Lataillade v. LVMH Moet Hennessy-Louis Vuitton SE*, No. 16-cv-06637 (district fédéral sud de New York, 2016)

# II. RECOMMANDATIONS

En attendant l'éventuelle adoption des propositions formulées dans le Rapport Gauvain, certaines solutions procédurales (**1**) et pratiques (**2**) peuvent permettre de pallier les difficultés liées à l'application des dispositions de la Loi de blocage et du RGPD dans le contexte d'une enquête interne.

## 1. Solutions procédurales

En dehors ou avant tout déclenchement d'une action pénale, le recours aux procédures prévues par la Convention de la Haye, notamment celle du Chapitre II qui permet la désignation d'un commissaire autorisé à accomplir des actes d'instruction sur le territoire français, peut se révéler efficace. Cette procédure offre une solution rapide et peu encombrante, applicable uniquement en matière civile et commerciale, et dont le recours pourrait contribuer à l'établissement de la bonne foi de l'entreprise et de sa volonté de coopérer avec les autorités étrangères en anticipation de potentielles poursuites. Elle nécessite toutefois l'autorisation d'une autorité judiciaire compétente qui en fixe les conditions spécifiques de mise en œuvre.

Selon les enjeux de l'espèce, un recours auprès d'une juridiction pénale ou civile aux fins d'obtention en référé d'un avis motivé (calqué sur le « *Protective Order* »[113] américain) pourrait être envisagé. Cette solution permettrait éventuellement d'habiliter un juge à intervenir pour interdire, limiter, ou autoriser la communication de preuves ou de pièces par ordonnance à faire valoir auprès des autorités étrangères.

Dans tous les cas, il convient de rappeler aux autorités étrangères qu'une demande d'entraide judiciaire doit être effectuée auprès de leurs homologues français, selon des procédures qui peuvent paraître contraignantes mais dont la rapidité d'exécution dépend du degré de coopération de l'autorité requérante et de l'entreprise concernée.

En tout état de cause le juge des référés a compétence pour faire obstacle à des demandes d'obtention de preuves hors Convention de la Haye ou qui ne remplissent pas les conditions établies par la France dans ses réserves conventionnelles dès lors que ces demandes constituent un trouble manifestement illicite.

**113.** Ordonnance restrictive émise aux Etats-Unis ou au Canada par un juge civil, émettant une injonction de faire ou de ne pas faire.

## 2. Solutions pratiques

Les solutions exposées ci-dessous sont inspirées des enquêtes internes menées en France par des avocats français, diligentées à la suite (i) de requêtes envoyées par les autorités étrangères aux clients, personnes morales, ou (ii) d'alertes ayant permis la révélation de certains faits potentiellement répréhensibles.

### 2.1. Respect de la loi de blocage

Dès le début de l'enquête, il est utile d'entamer des négociations avec l'autorité étrangère susceptible d'entamer des poursuites, dans le but de réduire le champ de la requête formulée. En fonction des informations demandées et des dispositions législatives visées par la requête, il peut s'avérer pertinent de faire valoir que, que compte tenu de leur nature, les informations susceptibles de correspondre à des « des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique » ne sauraient faire l'objet d'un transfert.

Dans ces conditions, afin d'éviter tout transfert inutile de données hors du territoire français, il est préférable de choisir un prestataire forensics pouvant héberger toutes les données en France et permettant une revue des informations et des documents répondant à la requête des autorités étrangères en France.

### 2.2. Respect du RGPD

Tout transfert de données à un pays tiers qui a lieu lors de la conduite d'une enquête doit se conformer au RGPD en deux temps :

- Dans la mesure où ce transfert s'inscrit dans un traitement de données à caractère personnel, il doit respecter les conditions prévues par les provisions introductives du RGPD prévues aux articles 5 et 6 du RGPD (principes et base légale) [114].
- Dans la mesure où c'est un transfert vers un pays tiers, il doit respecter les conditions prévues au chapitre V du RGPD et détaillées ci-haut.

Dès lors, la conformité aux provisions relatives au transfert des données doit suivre une approche stratifiée : le responsable de traitement détermine la base légale de son transfert en se demandant d'abord s'il existe une décision d'adéquation, puis s'il y a des garanties appropriées, si des règles d'entreprises contraignantes ont été déterminées, et enfin, en dernier recours, si les dérogations pour situation particulière peuvent s'appliquer.

Ces dérogations doivent s'interpréter de manière restrictive [115] :

- Le consentement doit être explicite, circonscrit au transfert et la personne doit être informée des risques que ce transfert peut comporter ;
- La constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice n'est applicable que pour un transfert occasionnel (qui n'est pas régulier) et nécessaire.

**114.** Voir la fiche pratique « Enquêtes internes et le RGPD ».
**115.** Considérant 111 du RGPD, lignes directrices sur l'article 49, adoptées le 6 février 2018 par le groupe de travail de la Commission européenne sur la protection des données.

Enfin, la dernière exception prévoyant l'existence d'intérêts légitimes impérieux ne peut s'appliquer que pour des transferts « non répétitifs et qui ne touchent qu'un nombre limité de personnes concernées »[116], sous la condition que lesdits intérêts prévalent sur les intérêts ou libertés et droits fondamentaux des personnes concernées et que le responsable de traitement ait prévu des garanties appropriées pour protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes concernées. Le règlement précise de plus que « de tels transferts ne devraient être possibles que dans les cas résiduels dans lesquels aucun des autres motifs de transfert ne sont applicables »[117], et que, chose non négligeable dans le cadre de l'enquête interne, l'autorité de contrôle et la personne concernée devront être informées du transfert. En pratique cependant, les transferts dans le cadre de l'enquête interne devraient être couverts par les provisions générales prévues par le RGPD, ou, en dernier ressort, devraient pouvoir se justifier par la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice.

De manière générale, préalablement à toute enquête, il est primordial de s'assurer de la conformité de l'entreprise avec le RGPD[118] et du respect des dispositions applicables au transfert de données à caractère personnel lors d'une enquête interne, en particulier : (i) dans le cadre de l'information générale faite aux salariés concernant les traitements de leurs données à caractère personnel, préciser la possibilité de transfert de données lors de l'enquête et la base légale applicable, mentionnant en particulier l'intérêt légitime que peut représenter pour l'entreprise la constatation, l'exercice ou la défense de ses droits[119], (ii) l'implication dès le début de l'enquête du DPO dans l'optique d'un contrôle et d'une coopération étroite entre celui-ci et les avocats menant l'enquête interne pour le compte de l'entreprise, (iii) la nécessité de limiter la collecte et le transfert d'informations afin de minimiser les traitements aux seules données pertinentes et utiles à l'enquête, (iv) la réalisation de l'AIDP liée à tout transfert potentiel de données hors EU, étant précisé qu'en cas de risques et/ou incertitudes à l'issue de l'AIDP, cette dernière doit être communiquée à la CNIL.

Dans l'hypothèse où l'avocat effectuant l'enquête interne intervient en tant que responsable de traitement, celui-ci devra également établir une AIDP s'agissant des risques pour les salariés de l'entreprise (son client) dont les données personnelles feront l'objet d'un traitement [120].

**116.** Considérant 113 du RGPD.
**117.** Ibid.
**118.** Voir fiche « Enquêtes internes et le RGPD ».
**119.** Article 49 du RGPD et article 113 de l'Ordonnance n°2018-1125 du 12 décembre 2018.
**120.** Voir fiche « Enquêtes internes et le RGPD ».

En tout état de cause que le responsable de traitement soit le client et/ou l'avocat, une AIDP commune à toutes les enquêtes internes[121] impliquant des traitements de données similaires, à large échelle, et aux finalités et modalités de mise en œuvre identiques, pourra être envisagée afin de limiter les coûts non nécessaires et d'assurer une action rapide et opérationnelle[122].

S'agissant des salariés ou des tiers (fournisseurs, clients, prestataires, etc.) qui ne sont pas directement visés par l'enquête et/ou pour lesquels l'information préalable ou le recueil d'un consentement écrit est sinon impossible à tout le moins difficile, un caviardage des données personnelles pertinentes constitue une option permettant de préserver la confidentialité et l'anonymat[123]. Si des filiales de l'entreprise française visée par la requête se situent à l'étranger, il est utile de vérifier la nationalité et la loi applicable à la relation avec les salariés et les tiers concernés, certaines données pouvant par ailleurs déjà être disponibles sur le territoire étranger.

En tout état de cause, il convient de déterminer, préalablement à l'enquête interne et de s'assurer tout au long de la conduite de celle-ci, la proportionnalité des actions à entreprendre et/ou entreprises et la nature et le degré des risques encourus par l'entreprise d'une part et par les individus impliqués (ou potentiellement impliqués) d'autre part.

**121.** Voir fiche « Enquêtes internes et le RGPD ».

**122.** Les lignes directrices concernant l'AIPD, adoptées le 4 avril 2017 par le groupe de travail de la Commission européenne sur la protection des données, offre la possibilité d'effectuer et d'utiliser une seule et même AIPD pour évaluer plusieurs opérations de traitement similaires en termes de nature, de portée, et de contexte, de finalités et de risques, notamment dans les cas (à savoir des opérations de traitement effectuées dans un contexte spécifique et à des fins spécifiques) qui ont déjà été étudiés. Tel peut être le cas lorsque des technologies similaires sont utilisés pour collecter le même type de données pour les mêmes finalités. L'article 50 de la Délibération de la CNIL n°2019-055 du 9 mai 2019 portant avis sur un projet de décret pris pour application de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés semblent confirmer une telle possibilité pour des enquêtes impliquant des traitements similaires de données personnelles.

**123.** Ce procédé répond doit répondre à des critères très rigoureux rendant impossible l'identification par ailleurs au moyen notamment de recoupement d'informations. Il convient de faire appel à prestataire spécialisé pour faire ce travail. Voir https://www.cnil.fr/fr/lanonymisation-des-donnees-un-traitement-cle-pour-lopen-data

# ENQUETES INTERNES ET PROBLEMATIQUES TRANSFRONTALIERES

## I. INTRODUCTION

La présente fiche a vocation à présenter les différentes problématiques d'ordre procédural et déontologique liées au caractère transfrontalier d'une enquête interne lorsqu'elle est conduite par un avocat inscrit à un barreau français.

L'objectif, plus raisonnable, vise à déterminer, pour les différentes problématiques identifiées comme pouvant se poser dans le cadre d'une enquête interne transfrontalière, les axes d'analyse pertinents devant permettre à l'avocat concerné de définir le cadre de l'enquête de manière utile et dans l'intérêt de son client.

Cette fiche reprend plusieurs des sujets traités dans ce guide en les mettant en perspective dans le contexte transnational.

Il convient de distinguer les problématiques susceptibles d'impacter la conduite même de l'enquête de celles à anticiper dans la perspective d'une analyse plus stratégique de la défense du client concerné.

S'agissant des spécificités nationales devant être combinées afin que l'enquête interne puisse être conduite conformément aux impératifs applicables ou non, il s'agit essentiellement :

- Des droits et devoirs des personnes mises à contribution pour la conduite de l'enquête et/ou susceptible d'être mises en cause (voir section III) ;
- Des protections attachées aux informations susceptibles d'être utiles (voir section IV) ;
- De la nature et l'étendue du secret professionnel de l'avocat (voir section V).

S'agissant des spécificités nationales devant être anticipées d'un point de vue stratégique, elles couvrent essentiellement les relations avec les autorités de poursuite et/ou administratives et visent des questions telles que les suivantes :

- Identification claire des autorités susceptibles de se déclarer compétentes (voir section VI) ;
- Analyse de l'environnement multi-juridictionnel et de ses conséquences au niveau des autorités (voir section VII) ;
- Identification des règles et pratiques procédurales applicables à l'avocat (voir section VIII).

# II. QUAND Y A-T-IL LIEU DE CONSIDÉRER QU'UNE ENQUÊTE EST « TRANSFRONTALIÈRE » ?

Le caractère transfrontalier d'une enquête interne peut ressortir de circonstances tant de fait que de droit.

Les facteurs factuels d'extranéité à prendre en compte pour les modalités de la conduite matérielle de l'enquête couvrent, généralement et à titre d'exemple, les éléments suivants :

- Le fait que tout ou partie des événements faisant l'objet de l'enquête se sont déroulés dans un Etat étranger ;
- Le fait que tout ou partie des sujets de droit susceptibles d'être impliqués dans la conduite de l'enquête (qu'il s'agisse des auteurs soupçonnés, des victimes ou simplement de personnes susceptibles de contribuer à faire la lumière sur les évènements concernés) se trouvent à l'étranger ;
- Le fait que tout ou partie des informations susceptibles de devoir être analysées pour les besoins de l'enquête se trouvent à l'étranger ;
- Le fait que l'avocat français doive conduire son enquête à l'étranger ;
- Le fait qu'une autorité étrangère mène une enquête impliquant des faits s'étant déroulés ou des personnes se trouvant sur le territoire français.

Par circonstances de droit, il faut ici entendre les éléments n'ayant pas nécessairement d'impact sur la conduite matérielle de l'enquête mais pouvant justifier la compétence de certaines autorités étrangères. Elles sont également à prendre en compte pour s'assurer que l'analyse de la situation en cause soit complète et permette ce faisant de servir au mieux les intérêts du client. Pour identifier de telles circonstances, il faut s'interroger sur les questions suivantes :

- Les événements faisant l'objet de l'enquête rassemblent-ils les éléments constitutifs permettant de qualifier une infraction aux termes du droit étranger ?
- Les événements faisant l'objet de l'enquête sont-ils susceptibles d'être considérés comme prescrits ?
- Les événements faisant l'objet de l'enquête sont-ils susceptibles de caractériser une infraction pour laquelle les autorités ont tendance à se reconnaître une compétence extraterritoriale (par exemple en matière de corruption, de trafic d'influence, de blanchiment d'argent, de financement du terrorisme, de sanctions économiques internationales, etc.) ?
- Les juridictions ainsi identifiées sont-elles parties à un traité international d'entraide ou de répartition des compétences ?
  - Quelle est la pratique en matière de poursuite des juridictions ainsi identifiées ?
  - Existe-t-il des facteurs en termes de relations internationales qui seraient susceptibles d'inciter les autorités ainsi identifiées à s'y intéresser ?

# III. DROITS ET DEVOIRS DES PERSONNES MISES À CONTRIBUTION DANS LA CONDUITE D'UNE ENQUÊTE INTERNE

S'agissant des garanties entourant le dispositif d'alerte (dans le cas où celui-ci aurait été activé), il conviendra de s'interroger si la juridiction en cause :

- Requiert la mise en place d'un dispositif d'alerte ;
- Offre une protection légale à l'égard du lanceur d'alerte ;
- Limite les sujets susceptibles de constituer une alerte assortie d'une protection légale ;
- Prévoit des exigences particulières quant aux modalités de traitement d'une alerte (confidentialité par exemple).

S'agissant des garanties relevant généralement du droit du travail, il conviendra de s'interroger si des mesures spécifiques :

- Encadrent la collecte et la revue de la correspondance email des salariés (notamment la correspondance personnelle) et, le cas échéant, les modalités applicables à un tel encadrement ;
- S'appliquent à la conduite d'entretiens avec des salariés, comme par exemple :
- L'obligation de le prévenir à l'avance ;
- La nécessité de lui indiquer les thèmes qui seront abordés avec lui ;
- L'obligation de l'inviter à venir accompagné et/ou à se faire représenter, indépendamment de toute mise en cause ;
- Les formalités devant entourer la convocation éventuelle ;
- Les conséquences d'un refus de coopérer.

S'agissant des garanties spécifiques à la personne / aux personnes susceptible(s) d'être mise(s) en cause, il y a lieu de déterminer en amont :

- S'il est nécessaire qu'elle(s) se fasse(nt) assister dès lors qu'il devient vraisemblable qu'elle(s) est/sont mise(s) en cause ;
- Si des règles spécifiques encadrent l'adoption de mesures disciplinaires s'il s'agit d'un salarié, comme par exemple un délai de carence à compter de la découverte de la mise en cause ;
- S'il lui est possible de faire usage d'un droit de ne pas s'auto-incriminer ou équivalent.

# IV. PROTECTION DES DONNÉES

Il convient de se renseigner sur les obligations nationales et internationales qui s'appliquent dans différents pays quant au traitement des données obtenues dans le cadre d'une enquête. Le cas échéant, il convient également de vérifier si des règles d'entreprise contraignantes ont été mises en place entre les entités du Groupe[124].

Dans un premier temps, pour les besoins de la conduite de l'enquête à proprement parler, il conviendra de bien identifier les réglementations applicables à l'utilisation et/ou au transfert de données qu'il s'agisse :

- Des règles protégeant le transfert des données considérées comme relevant des intérêts du pays en cause (réglementation type Loi de blocage) ;
- Des règles protégeant l'accès, le traitement et le transfert des données à caractère personnel ;
- Distinction entre pays européens (RGPD) / hors Europe[125];
- Question des droits des personnes concernées (information, consentement notamment)[126] ;
- Question de la durée de conservations.

Afin de pouvoir déterminer les informations qui sont susceptibles d'être collectées par les autorités étrangères et, ce faisant de peser les risques de l'accessibilité à l'information, il conviendra de s'interroger sur l'existence d'accords bilatéraux ou multilatéraux d'entraide judiciaire facilitant et/ou encadrant la coopération des autorités des pays signataires (tout en identifiant les pays et autorités concernés).

# V. NATURE ET ÉTENDUE DU SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT

Plusieurs problématiques tenant au secret professionnel peuvent se poser lorsqu'un avocat inscrit à un barreau français intervient dans une enquête interne transfrontalière.

Il convient de rappeler que le secret professionnel d'un avocat inscrit à un barreau français s'applique peu importe où se situe l'avocat français conduisant l'enquête interne. Toutes les informations que l'avocat, membre d'un barreau français, a pu avoir connaître, à raison de sa profession, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, en France comme à l'étranger, sont protégées par le secret professionnel français[127].

Néanmoins, la protection attachée en France au secret professionnel de l'avocat français n'étant pas nécessairement reconnue à l'étranger, dans les juridictions dans lesquelles l'avocat français peut avoir à intervenir pour les besoins de l'enquête qu'il conduit, une bonne pratique pourrait consister pour l'avocat à se renseigner,

**124.** Voir la fiche pratique « Enquêtes internes et communication des informations à l'international »
**125.** Voir la fiche pratique « Enquêtes internes et communication des informations à l'international »
**126.** Voir la fiche pratique « Enquêtes internes et le RGPD »
**127.** Voir fiche « Enquêtes internes et secret professionnel »

au préalable, sur le traitement et la reconnaissance de son secret professionnel par le pays dans lequel l'enquête se déroule.

Cela étant, lorsqu'un avocat est inscrit auprès de plusieurs barreaux, français et étranger(s), les secrets professionnels sont cumulables et conduisent donc l'avocat concerné à se soumettre à / se prévaloir d'une application cumulée ou alternative, en France et/ou à l'étranger selon les circonstances.

Il est recommandé de consulter les éventuelles règles de conflit de lois des différentes juridictions auprès desquelles l'avocat est inscrit et de garder à l'esprit qu'une autorité française pourrait ne pas reconnaître le régime applicable à un secret professionnel étranger ou inversement avec le secret professionnel français vis-à-vis d'une autorité étrangère.

Il peut être une bonne pratique de discuter avec son client au début de l'enquête des règles applicables au secret professionnel dans un contexte transfrontalier aux fins de maximiser les protections que ces dernières peuvent apporter.

## VI. IDENTIFICATION DES AUTORITÉS ÉTRANGÈRES SUSCEPTIBLES D'INTERVENIR

Afin d'anticiper la stratégie à adopter dans les hypothèses où une ou plusieurs autorités juridiques sont susceptibles de se saisir de l'objet de l'enquête interne, il convient de les identifier clairement. Pour ce faire, il est conseillé de s'interroger sur les questions suivantes :

- Quels sont les actes potentiellement punissables dans les différentes juridictions ?
- Quelles sont les pénalités encourues ?
- Quelles sont les procédures internes à chaque juridiction et quels sont leurs délais ?
- Quelles sont les autorités susceptibles de se saisir de l'objet de l'enquête ?
- Quel est leur statut (autorités judiciaires, administratives, autres) ?
- Quel est leur champ de compétence (pénal, civil, règlementaire, spécialisé) ?
- Quels sont leurs pouvoirs (perquisitions, saisies, arrestations…) ?
- Quelles sont les pratiques / règles en matière de négociation avec elles ?
  - Est-ce prévu / encouragé ?
  - Qu'est-ce qui est attendu en termes de coopération de la part d'une société ou d'un individu souhaitant négocier ? Inversement, quelles sont les conséquences d'un refus de coopération ?
  - Existe-t-il des délais pour le faire ?
- Quelles sont les politiques des autorités concernées à propos des enquêtes internes ?
  - S'attendent-elles à ce que la société leur fournisse toutes les notes et conclusions qui en résultent (et si oui, est-il préférable que l'avocat cherche à donner ses conseils à l'oral et évite de transmettre toute consultation) ?
  - Quelles sont leurs attentes quant au périmètre de l'enquête (notamment personnel : salariés à impliquer ou à éviter) ?

## VII. ANALYSE DE L'ENVIRONNEMENT MULTI-JURIDICTIONNEL ET DE SES CONSÉQUENCES AU NIVEAU DES AUTORITÉS

Afin d'anticiper la stratégie à adopter dans les hypothèses où une ou plusieurs autorités juridiques sont susceptibles de se saisir de l'objet de l'enquête interne, il convient de s'interroger sur les questions suivantes :

- Quels sont les accords et pratiques d'entraide bilatéraux ou multilatéraux entre les différentes autorités impliquées et/ou susceptibles d'être impliquées ?
- Dans quelle mesure les juridictions susceptibles d'être impliquées appliquent le principe *ne bis in idem* ?

Lorsque des enquêtes internes sont menées en parallèle dans plusieurs juridictions et qu'il existe un risque de procès dans différents pays, les avocats représentant la personne mise en cause auront intérêt à convenir d'une stratégie de défense globale.

## VII. IDENTIFICATION DES RÈGLES ET PRATIQUES PROCÉDURALES APPLICABLES À L'AVOCAT

Les règles déontologiques applicables aux avocats peuvent considérablement varier d'un pays à l'autre et doivent donc être prises en considération dans leur ensemble. Par exemple, la préparation d'un témoin avant sa comparution devant une cour ou un tribunal constitue une pratique courante et parfaitement légale dans certaines juridictions (comme par exemple aux États-Unis où on parle de « *witness preparation* ») mais pourrait constituer une violation grave des obligations professionnelles de l'avocat dans certains autres pays.

Il existe également des différences en termes de cultures et de pratiques juridiques (autrement dit, des « façons de faire ») qui doivent être prises en compte par les avocats français menant une enquête interne dans laquelle des avocats étrangers sont impliqués. Par exemple, il convient de vérifier si d'autres représentants de la personne mise en cause dans différentes juridictions s'attendent à avoir des conversations informelles avec les autorités de poursuite et/ou le juge au sujet de l'enquête interne et ses résultats, et/ou la stratégie de défense. En effet, d'un pays à l'autre, ces conversations pourraient relever d'une pratique standard ou au contraire constituer des violations à part entière des règles déontologiques applicables.

# ENQUETES INTERNES ET HONORAIRES D'AVOCAT

Sera ici traitée la question du paiement des honoraires des avocats qui interviennent dans les enquêtes internes, qu'il s'agisse des avocats représentant les salariés entendus dans le cadre de l'enquête interne, ceux conseillant les mandataires sociaux, ou ceux qui ont été mandatés par l'entreprise pour conduire l'enquête.

## I. DROIT POSITIF

Faute de disposition en droit positif, en matière d'honoraires liés aux enquêtes internes, les règles existantes quant aux honoraires engagés dans le cadre d'une défense pénale peuvent servir de guide dans le cadre des enquêtes internes.

### 1. Honoraires de l'avocat représentant un salarié

Que l'avocat soit rémunéré par son employeur ou non, le salarié reste libre de choisir son avocat.

Selon la chambre sociale de la Cour de cassation [128], l'employeur a l'obligation de prendre en charge les frais de défense pénale de son salarié dès lors que le contentieux est lié à l'exercice de ses fonctions : « *Les faits qui l'avaient amené à être poursuivi pénalement avaient été réalisés dans le cadre de l'activité exercée pour le compte de l'employeur, de sorte qu'il appartenait à ce dernier, conformément aux articles 1135 du code civil et L. 121-1 du code du travail, et plus simplement à ce que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'en assumer les conséquences, du moins d'assurer les frais exposés pour la défense pénale du salarié.* » [129].

Toutefois lorsque le salarié abuse de ses fonctions cette prise en charge n'a pas lieu d'être.

**128.** Cass. Soc., 18 octobre 2006, n°04-48.612, D. 2007. 695 et les obs. note J. Mouly ; Dr soc. 2007, 103, obs. J. Savatier.
**129.** Catherine Puigelier, Obligation de l'employeur relative à la « protection juridique » d'un salarié poursuivi par un client de l'entreprise, La sem. Jur. Entreprise et Affaires n°47, 23.11.2006, 2679.

Quelques exemples de jurisprudence actuelle sur la notion de « lié à l'exercice des fonctions » :

- Il a été jugé que l'intéressé a agi dans le cadre de ses fonctions dès lors que les actes poursuivis sous la qualification de complicité d'abus de biens sociaux exécutés par le salarié l'ont été à la demande et sous l'autorité du président du directoire, qui lui avait donné mission de mener la vente de certains biens immobiliers ; 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 et que, le salarié n'a pas abusé de ses fonctions à des fins personnelles [130].
- Il a également été jugé qu'une personne avait agi dans le cadre de son activité professionnelle dès lors qu'elle avait accompli les actes en cause (opération frauduleuse dans l'intérêt de la société), sur instruction du président du directoire de la société, sans **avoir abusé de ses fonctions à des fins personnelles** [131].

Ainsi, pour se déterminer sur la question de l'abus des fonctions, la Cour de cassation prend en compte la transparence du comportement du salarié vis-à-vis de son employeur et l'absence d'agissement de sa part à des fins personnelles.

Il est à remarquer que la notion d'abus de fonction qui permettrait à la société de ne pas prendre en charge les honoraires pour son salarié est interprétée en jurisprudence de manière particulièrement stricte depuis un arrêt de la Cour de cassation de 1988 [132]. En effet la Cour exige que le salarié agisse en dehors des fonctions auxquelles il est employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions.

**Cas particulier à connaître : cour d'appel de Paris - 14 juin 2018**

La banque BNP Paribas a été condamnée à rembourser l'intégralité des frais de défense de son ancien salarié qui avait participé à des manœuvres frauduleuses ayant fait l'objet d'une enquête interne.

En l'espèce, alors que BNP avait signé (i) une transaction avec les autorités judiciaires américaines (le DOJ) pour mettre fin à des investigations portant sur des transactions susceptibles d'être en infraction avec la législation des Etats-Unis sur les embargos financiers et (ii) un protocole d'accord transactionnel avec l'un de ses responsables juridiques de l'un des pôles d'activités qui ont fait l'objet des investigations américaines. La banque centrale américaine (la FED) a, quelques années plus tard, lancé une enquête en vue d'une éventuelle action personnelle contre ledit juriste qui a dû mandater un avocat américain pour se défendre. La question du paiement des honoraires s'est alors posée. A cet égard, au-delà du point de savoir si l'accord transactionnel emportait renonciation d'une action du salarié quant au paiement des frais d'avocats (en l'occurrence, non), il a été considéré que (i) c'est en exécution de son contrat de travail que le responsable juridique en question est intervenu dans le cadre du litige opposant son employeur aux autorités américaines ; (ii) qu'aucun reproche ne lui est / a été fait quant à

**130.** Cass. Soc., 5 juillet 2017, n°15-13.702.
**131.** Cass. Soc., 5 juillet 2017, n°15-13.702.
**132.** Cass. Soc., 5 juillet 2017, n°15-13.702.

la manière dont il a assuré sa prestations de travail et (iii) qu'il était en tout état de cause placé sous la subordination de la société ayant conclu l'accord transactionnel avec les autorités. ) Dans ces conditions la BNP a donc été condamnée à payer les honoraires de l'avocat américain, engagé pour la défense de l'ancien salarié. [133]

## 2. Honoraires de l'avocat représentant un mandataire social

### 2.1. Sur les fautes commises dans le cadre des fonctions

En l'absence de jurisprudence précise sur le sujet, la doctrine estime que la même solution que celle dégagée pour les salariés s'applique aux honoraires des avocats des mandataires sociaux (la prise en compte d'un lien entre les agissements et les fonctions du mandataire social et l'absence d'intérêt personnel). A cela doit, s'ajouter la prise en compte des dispositions sur la faute de gestion pouvant être commise par un mandataire social.

Ainsi, si l'infraction est commise dans le cadre des fonctions du mandataire social, que celui-ci n'a pas agi à des fins personnelles et qu'il n'a pas abusé de ses fonctions, alors la société doit prendre en charge les honoraires engagés par son avocat.

D'ailleurs, les personnes morales ont tout intérêt à soutenir leurs mandataires sociaux. En effet, selon la circulaire du 13 février 2006 relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004[134], généralisant la responsabilité pénale des personnes morales[135], leur responsabilité pénale et/ou civile peut être mise en jeu sur le fondement des manquements des personnes physiques qui les représentent :

« *En cas d'infraction intentionnelle, la règle devra en principe consister dans l'engagement de poursuites à la fois contre la personne physique auteur ou complice des faits, et contre la personne morale, dès lors que les faits ont été commis pour son compte par un de ses organes ou représentants.*

**133.** CA Paris, Pôle 6, 2è ch., 14 juin 2018, n°17/14295.
**134.** Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces, relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales - CRM 2006 03 E8/13-02-2006 NOR : JUSDO630016C.
**135.** Circulaire de la direction des affaires criminelles et des grâces, relative à l'entrée en vigueur au 31 décembre 2005 des dispositions de la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 généralisant la responsabilité pénale des personnes morales - CRM 2006 03 E8/13-02-2006 NOR : JUSDO630016C.

*En revanche, en cas d'infraction non intentionnelle, mais également en cas d'infractions de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter, conformément à la jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière, les poursuites contre la seule personne morale devront être privilégiées, et la mise en cause de la personne physique ne devra intervenir que si une faute personnelle est suffisamment établie à son encontre pour justifier une condamnation pénale. Il en sera d'ailleurs nécessairement ainsi.* »

**Toutefois il convient de nuancer cette position quant à la prise en charge des honoraires du mandataire social lorsque celui-ci a commis une faute de gestion, ou une violation des dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes.**

C'est ce qui résulte en effet des termes de l'article L.225-251 du code de commerce qui dispose que : « *Les administrateurs et le directeur général sont responsables individuellement ou solidairement selon le cas, envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion.* »

En application de cet article, la cour d'appel de Montpellier a décidé que le dirigeant ayant commis des infractions en violation dudit article L. 225-251 devait rembourser la personne morale qui avait avancé les honoraires de son avocat engagés pour sa défense pénale dès lors que le dirigeant en question s'était rendu coupable d'une faute de gestion en participant à des manœuvres frauduleuses destinées à tromper un organisme de formation afin d'obtenir le remboursements d'heures de formation qui n'étaient pas dues[136].

La notion de faute de gestion étant très large, elle est parfaitement susceptible d'englober à ce titre des faits de corruption par exemple. La société devrait alors exiger le remboursement des frais d'avocats si un mandataire social était condamné pour des faits de corruption.

Ainsi, si la personne morale semble devoir prendre en charge les honoraires de l'avocat de son mandataire social qui aurait agi dans le cadre de ses fonctions ; la société doit demander le remboursement dès lors que ledit mandataire social serait reconnu coupable d'une infraction.

### 2.2. Sur les fautes commises hors des fonctions du mandataire social

Si l'infraction n'est pas liée à l'exercice des fonctions du mandataire social et que la société prend tout de même en charge les frais d'avocat, les qualifications pénales d'abus de biens sociaux et de recel de ce même délit pourraient alors être retenues contre elle.

**136.** CA Montpellier, 2è ch., 26 mars 2013, n°11/08719.

# II. RECOMMANDATIONS

## 1. Honoraires des avocats qui sont en charge de l'enquête interne

La situation ci-après exposée concerne le cas où l'enquête interne est mise en place par la société et menée par des avocats. Deux types d'enquêtes sont à distinguer : celles conduites en dehors de toute procédure judiciaire et celles liées à une procédure judiciaire.

### 1.1. Enquête interne en dehors de toute procédure judiciaire

Lorsque l'enquête interne est conduite en dehors de toute procédure judiciaire, les avocats en charge de la conduire sont rémunérés par la société. Dans une situation de ce type, les contrats d'assurances ne prennent généralement pas en charge ces honoraires.

### 1.2. Enquête interne faisant suite à une procédure judiciaire en France ou à l'étranger

Lorsque l'enquête interne est mise en œuvre pour les besoins d'une procédure judiciaire en France ou à l'étranger, les contrats d'assurance de la société peuvent prendre en charge les frais y étant liés. Toutefois cela est propre à chaque contrat d'assurance.

## 2. Honoraires de l'avocat représentant le salarié interrogé dans le contexte de l'enquête interne

Comme indiqué précédemment[137] les salariés d'une société peuvent pour les besoins de l'enquête interne conduite au sein de leur société, être interrogés et à ce titre et selon les circonstances se faire assister d'un avocat lors de l'entretien[138].

### 2.1. Enquête interne en dehors de toute procédure judiciaire

L'enquête interne a pour objet de déterminer la réalité de soupçons de violations de la loi ou des règles internes à l'entreprise.

S'il arrive que l'employeur paye les honoraires de l'avocat engagé par le salarié, il nous semble qu'il n'y a là aucune obligation. En effet, la jurisprudence selon laquelle les honoraires de défense pénale du salarié doivent être pris en charge par son employeur ne trouve pas ici à s'appliquer sauf éventuellement à ce que l'employeur soit informée de l'existence d'une enquête pénale.

**137.** Voir fiche « Enquêtes internes et entretiens avec des collaborateurs de l'entreprise ».
**138.** Voir fiche « Enquêtes internes et entretiens avec des collaborateurs de l'entreprise ».

Si les honoraires engagés par le salarié visé par l'enquête interne sont pris en charge par l'employeur, il serait logique qu'il puisse en demander le remboursement si l'enquête interne révélait une infraction résultant d'un abus de fonction par l'intéressé et s'il avait prévenu le salarié de la possibilité d'en exiger le remboursement [139].

### 2.2. Enquête interne engageant la responsabilité pénale de la société

Lorsque l'enquête interne est liée à une procédure judiciaire, il semble que la jurisprudence en matière de défense pénale s'applique. L'employeur doit prendre en charge les honoraires de l'avocat de son salarié.

Il convient, dès le début de cette représentation, de préciser au salarié, par écrit :

- Les taux horaires autorisés des avocats avec qui il signera une convention d'honoraire,
- Le plafond maximum autorisé avec possibilité de reconclure un nouvel accord lorsque ce plafond aura été atteint,
- Et enfin que si l'enquête interne révèle que le salarié a commis une infraction intentionnelle en dehors de ses fonctions ou en abusant de ses fonctions, ou si le salarié est condamné pénalement pour une telle infraction, la société pourra exiger le remboursement intégral des frais avancés.

## 3. Honoraires de l'avocat assistant le mandataire social

Les mandataires sociaux peuvent également faire appel à un avocat dans le cadre d'une enquête interne notamment pour les assister lors des entretiens [140].

### 3.3. Enquête interne en dehors de toute procédure judiciaire

Le mandataire social peut être assisté d'un avocat lors de son entretien avec les avocats chargés de l'enquête interne. Tout comme pour le salarié, il n'y a pas d'obligation pour la société de prendre en charge les honoraires de l'avocat du mandataire social.

Si les honoraires de cet avocat sont pris en charge par la société, alors la procédure applicable en matière de conclusion de conventions réglementées doit être mise en œuvre : cela implique de révéler aux organes sociaux qu'une enquête interne est en cours. La question du remboursement éventuel des honoraires, par le mandataire social, devra être abordée à cette occasion.

### 3.4. Enquête interne engageant la responsabilité pénale de la société

Dès lors que l'enquête risque de déboucher sur une poursuite, le droit positif prévoyant que les frais d'avocats doivent être avancés par la société s'applique.

Aussi, n'est-ce seulement que si le mandataire social est définitivement condamné que la société devra en demander le remboursement.

**139.** Voir fiche « Enquêtes internes et entretiens avec des collaborateurs de l'entreprise ».
**140.** Voir fiche « Enquêtes internes et entretiens avec des collaborateurs de l'entreprise ».

# ENQUETES INTERNES ET DROIT DE LA CONCURRENCE

Les enquêtes internes en droit de la concurrence constituent un outil efficace de prévention comme de détection des comportements contraires aux règles de la concurrence. Par facilité de langage, on parlera de programme de conformité afin de désigner toute enquête interne relative au respect des règles de concurrence.

La mise en œuvre d'une enquête interne intervient généralement dans le cadre d'un programme de conformité au droit de la concurrence dont la mise en place a été encouragée par les autorités de concurrence depuis de nombreuses années, et donnait lieu jusqu'en 2017 à une réduction d'amendes, dans certaines circonstances, de la part de l'Autorité de la concurrence française (ci-après, « Autorité »).

Si le document-cadre de l'Autorité susmentionné n'est plus opposable aux entreprises en tant que tel, il demeure un document de travail essentiel pour mettre en place un programme efficace de conformité au

Un programme de conformité en droit de la concurrence doit reposer sur :

***« l'engagement de mettre en place des*** *mécanismes effectifs de contrôle, d'audit et d'alerte comprenant, dans le respect du droit du travail :*

*a) la mise en place de mesures visant à assurer et à évaluer le respect individuel de la politique de conformité de l'entreprise ou de l'organisme (de telles mesures pouvant, par exemple, prendre la forme de dispositions intégrées au règlement intérieur, de clauses insérées dans les contrats de travail, ou encore d'attestations individuelles régulières de conformité) ; [...]*

c) la réalisation d'évaluations régulières des différents aspects du programme de conformité, ainsi que d'audits juridiques et commerciaux (« due diligence »), notamment lors d'événements susceptibles de créer de nouveaux risques pour l'entreprise ou l'organisme en cause (par exemple, l'acquisition d'une nouvelle entreprise ou le développement d'un nouveau métier) ; ces évaluations et ces audits, qui doivent être documentés, sont impératifs pour aider l'entreprise ou l'organisme à évaluer l'effectivité et l'efficacité de son programme de conformité, et à l'améliorer si besoin est ; le fait de les confier à des tiers indépendants peut être nécessaire pour en garantir l'objectivité »[141].

Ainsi, un programme de conformité au droit de la concurrence efficace prévoit des mesures d'évaluation et de détection des risques inhérents à l'activité de l'entreprise. Ce constat appelle des observations théoriques et des recommandations pratiques propres à la mise en oeuvre du droit de la concurrence.

**141.** Document-cadre du 10 février 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence, pt. 22, 4).

## 1. Phase de préparation : enquêtes en droit de la concurrence et enquête pénale

Lors de la préparation d'une enquête de concurrence, il conviendra de reconnaître et d'évaluer les risques non liés au droit de la concurrence mais néanmoins susceptibles d'attirer l'attention des autorités sur l'entreprise. Lors de l'identification du contexte et des enjeux de l'enquête interne, il convient de prêter une attention particulière aux relations avec les enquêtes pénales. Si l'on sait que, sur le fondement de l'article L. 420-6 du code de commerce, le risque pénal pèse déjà sur les personnes physiques ayant participé activement à des pratiques anticoncurrentielles[142], la tendance générale semble assurément être au resserrement des liens entre les deux types d'enquêtes en application de l'article 40 du code de procédure pénale. Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence entend ainsi communiquer au parquet les faits et éléments susceptibles de constituer le délit prévu à l'article L.420-6 du code de commerce, permettant la «*pénalisation*» de l'affaire.

Le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence a indiqué[143] en septembre 2019 que quatre affaires faisaient alors l'objet d'enquêtes pénales.

Ce recours à l'article 40 du code de procédure pénale par les services d'instruction est néanmoins encadré : le rapporteur général de l'Autorité précise que la seule «*connaissance*» d'une entente ne peut justifier en elle-même la pénalisation d'une affaire. En revanche, il estime que «*le signalement au procureur est pertinent lorsque la participation personnelle et déterminante de certaines personnes physiques ressort clairement des éléments initiaux*»[144].

Plusieurs enquêtes et opérations de visites et saisies ont eu pour fondements, à la fois des suspicions relatives à des pratiques anticoncurrentielles et à des infractions pénales distinctes des premières. Par exemple, le 6 septembre 2018, le parquet de Paris a mené une douzaine de perquisitions chez quatre grands fabricants et distributeurs de matériel électrique (Legrand, Schneider Electric, Sonepar et Rexel) suspectés d'avoir mis en œuvre des ententes illicites au sens du droit de la concurrence mais aussi de s'être rendus coupables de faux et usage de faux, d'abus de confiance, d'abus de biens sociaux, de blanchiment de fraude fiscale, de corruption d'agents privés et de corruption d'agents publics[145].

Le recours exceptionnel aux perquisitions ne doit pas en revanche occulter les conséquences extrêmement lourdes qui peuvent en découler pour la personne morale ou physique poursuivie. En particulier, il importe de garder à l'esprit que cette voie procédurale se caractérise par l'absence de recours possible immédiat contre les opérations de perquisition, un accès au dossier qui n'est ouvert aux parties qu'à partir de la mise en examen ou du placement sous le statut de témoin

**142.** Sur le fondement de cet article, la personne physique qui a eu « *une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles peut être pénalement poursuivie* ».

**143.** Colloque organisé par l'EFB avec Stanislas Martin (Autorité de la concurrence), en partenariat avec l'Association des avocats pratiquant le droit de la concurrence (APDC) : Le droit pénal et le droit de la concurrence – Table ronde 2 : Articulation entre la procédure pénale et la procédure de concurrence, 26 septembre 2019, Paris.

**144.** Dîner-débat organisé par la Revue Concurrences avec Stanislas Martin (Autorité de la concurrence), en partenariat avec le cabinet Bredin Prat et Analysis Group : Enquêtes pénales & transaction : entre efficacité de l'action de l'Autorité de la concurrence et effectivité des droits de la défense, 6 décembre 2018, Paris, https://www.concurrences.com/fr/conferences/ enquetes-penales-transaction-entre-efficacite-de-l-action-de-l-autorite-de-la.

**145.** La pénalisation de ces affaires fait suite à une dénonciation de l'AFA et de l'autorisé de la concurrence sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale.

assisté et un droit à l'assistance d'un avocat restreint. Certains droits qui se veulent plutôt «immédiats» dans les procédures de concurrence apparaissent alors comme étant «différés», voire absents dans le cadre des enquêtes pénales.

## 2. Phase d'intervention

Tout comme dans les enquêtes pénales, la phase d'intervention se déroule en trois étapes :

1. L'examen et l'analyse des documents identifiés (2.1) ;
2. La conduite d'entretiens destinés notamment à confirmer des constatations ou des suspicions d'infractions au droit de la concurrence [146] ; (Voir Fiche pratique sur la conduite des entretiens avec les collaborateurs de l'entreprise page 17) ;
3. Le rapport d'enquête et les recommandations (2.2).ns.

### 2.1. Plus particulièrement sur l'examen et analyse des documents

L'examen et l'analyse des documents devraient être aussi complets que possible. Pour rappel, l'analyse des documents par les autorités de concurrence se veut exhaustive en couplant l'examen des documents électroniques (utilisation de mots-clés) à une revue des documents papier.

La pratique du département de la Justice des États-Unis (ci-après « DOJ «) permet de comprendre l'intérêt d'une analyse exhaustive. En effet, le régulateur américain a ouvert de nombreuses enquêtes criminelles après avoir découvert des preuves de comportements potentiellement anticoncurrentiels lors de l'examen des documents produits par les parties à l'occasion d'opérations de concentrations. Par exemple, la fusion de Bumble Bee avec Chicken of the Sea a été l'occasion pour la division antitrust du DOJ de découvrir une entente sur les prix. De la même manière, en enquêtant sur la fusion Wabtec-Faiveley, la division antitrust du DOJ a découvert des accords illégaux de « non-débauchage » entre les deux sociétés. De toute évidence, les documents produits par les parties auraient pu être examinés attentivement en amont dans le cadre d'un programme de conformité et de reporting efficace. Les documents problématiques ainsi découverts auraient permis d'envisager la stratégie pour déposer éventuellement une demande de clémence.

**146.** Voir fiche « Enquêtes internes et Entretiens des collaborateurs »

La pratique de l'Autorité concernant l'obstruction à l'investigation ou à l'instruction est également révélatrice de l'importance des programmes de conformité. En effet, comme souligné par l'Autorité dans l'affaire Brenntag, l'obstruction « *peut, « notamment », résulter de la fourniture par l'entreprise de renseignements incomplets ou inexacts, ou de la communication de pièces incomplètes ou dénaturées* »[147].

Cette affaire rappelle que les opérateurs visés par une enquête de l'Autorité doivent d'abord s'assurer du respect de l'obligation de coopération par son personnel et sa direction mais aussi que les documents communiqués soient complets et exacts. Un moyen efficace d'y parvenir est de procéder à une enquête interne puis la mise en place d'un programme de conformité.

Notons qu'une attention particulière devrait désormais être attachée à **la question des relevés d'appels téléphoniques**. En effet, suite à l'adoption de la loi PACTE le 11 avril 2019, les agents de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF peuvent, dans le cadre d'une enquête de concurrence, se faire communiquer les relevés détaillés établis par les opérateurs de communications électroniques, portant en particulier sur les appels passés et reçus (« fadettes ») conformément à l'article 212 de ladite loi[148].

Dans l'hypothèse où les rapporteurs de l'Autorité de la concurrence auraient eu recours à l'article 40 du code de procédure pénale, les rapporteurs chargés de l'enquête sont également en mesure de demander au juge pénal, conformément à l'article L.465-3 du code de commerce, des éléments du dossier pénal.

Rappelons que l'arrêt Whirlpool France mentionné dans la fiche « *Enquêtes internes et secret professionnel* » a été rendu dans le cadre du contentieux sur le déroulement d'opérations de visite et saisie conduite par le service d'instruction de l'Autorité. Le premier président de la cour d'appel de Paris a conclu que, même s'ils n'émanent pas ou ne sont pas adressés à un avocat, ils reprennent une stratégie de défense mise en place par le cabinet d'avocat de l'entreprise, de sorte que leur saisie par les agents de l'Autorité porte atteinte au secret des correspondances avocats-clients.

Dès lors, la saisie des e-mails est annulée avec l'interdiction pour l'Autorité d'en faire état de quelque manière que ce soit[149].

**147.** ADLC, Décision n° 17-D-27 du 21 décembre 2017 relative à des pratiques d'obstruction mises en œuvre par Brenntag, § 187.

**148.** L'article 212 de loi PACTE (relatif à la croissance et la transformation des entreprises) prévoit que « Par dérogation aux deux derniers alinéas de l'article L. 450-3, pour la recherche et la constatation des infractions et manquements prévus au titre II du présent livre, l'accès aux données conservées et traitées par les opérateurs de télécommunication, dans les conditions et sous les limites prévues à l'article L. 34-1 du code des postes et des communications électroniques, et par les prestataires mentionnés aux 1 et 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique est réalisé dans les conditions définies au présent article.

**II.** – L'accès aux données mentionnées au I du présent article par les agents mentionnés à l'article L. 450-1 fait l'objet d'une demande d'autorisation préalable du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ou de l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation auprès d'un contrôleur des demandes de données de connexion. « Le contrôleur des demandes de données de connexion est alternativement un membre du Conseil d'État, en activité ou honoraire, élu par l'assemblée générale du Conseil d'État, et un magistrat de la Cour de cassation, en activité ou honoraire, élu par l'assemblée générale de ladite (...) ».

**149.** Voir fiche « Enquêtes internes et secret professionnel »

## 2.2. Sur le rapport d'enquête et les recommandations

Comme pour toute enquête interne dont le présent guide fait l'objet, une fois l'enquête terminée, se pose avec acuité la question de la formalisation du rapport. En effet, les résultats de l'enquête peuvent être présentés oralement ou dans un rapport écrit. L'opportunité de réduire les constatations écrites ne doit pas être négligée et devrait être discutée avec le client[150].

Deux critères doivent guider cette démarche : d'une part, la probabilité qu'un risque (comportement illégal) se produise et, d'autre part, les conséquences de ce risque et en particulier son impact et les dommages qui peuvent en découler.

La question du destinataire du rapport se veut tout aussi importante. Sur ce point, une approche serait d'utiliser des rapports de synthèse, dont la teneur peut différer selon le destinataire (membres du conseil d'administration, membres des comités, cadres supérieurs, instances dirigeantes).

**150.** Voir fiche « Enquêtes internes et secret professionnel ».

# LEXIQUE

**AFA :** Agence française anticorruption

**AIPD :** Analyse d'impact relative à la protection des données

**AMF :** Autorité des marchés financiers

**Avocat chargé de l'enquête interne :** avocat mandaté par son client afin d'effectuer une enquête interne

**Circulaire :** Circulaire 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 à la modernisation de la vie économique

(Accessible : http://www.justice.gouv.fr/bo/2018/20180228/JUSD1802971C.pdf )

**CJIP :** Convention judiciaire d'intérêt public

**CNIL :** Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

**Convention de La Haye :** Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale du 18 mars 1970

**DGCCRF :** Direction de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes

**DOJ :** Department of justice (Ministère américain de la justice)

**Lignes directrices :** Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public. Publié conjointement par le Parquet National Financier et l'Agence française anticorruption, ce document ne traduit que la position de ces deux autorités et ne saurait bénéficier, par conséquent, de la portée d'un décret ou même d'une circulaire d'application

(Accessible : https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Lignes%20directrices%20PNF%20CJIP.pdf )

**Lettre de mission :** convention d'assistance et de conseil qui lie l'avocat en charge de l'enquête interne et son client

**Loi de blocage :** Loi n°68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères

(Accessible : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000501326 )

**Loi Sapin II / 2 :** 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

(Accessible : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id )

**Groupe :** Fait référence à un groupe de sociétés

**Rapport Gauvain :** Rapport établi par Raphaël Gauvain à la demande de Monsieur Edouard Philippe et intitulé « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale » (26 juin 2019)

(Accessible : https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000532.pdf )

**RIN :** Règlement Intérieur National de la profession d'avocat

(Accessible : https://www.cnb.avocat.fr/fr/reglement-interieur-national-de-la-profession-davocat-rin )

**RGPD :** Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 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, et abrogeant la directive 95/46/CE ( Règlement général sur la protection des données)

(Accessible : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679 )

**SISSE :** Service de l'information stratégique et de la sécurité économique

**Vademecum :** Nouvelle annexe XXIV du Règlement intérieur du barreau de Paris : Vademecum de l'Avocat chargé d'une enquête interne, adopté le 13 septembre 2016 par le Conseil de l'Ordre et amendé lors de la séance du 10 décembre 2019

(Accessible : http://avocatparis.org/mon-metier-davocat/publications-du-conseil/annexe-xxiv-vademecum-de-lavocat-charge-dune-enquete )

# MEMBRES DU GROUPE DE TRAVAIL

**Alexander BLUMROSEN** (KAB)

**Stéphane BONIFASSI** (BONIFASSI Avocats)

**Victoire CHATELIN** (BONIFASSI Avocats)

**Clémence CHÊNE** (GIDE)

**Marie DANIS** (AUGUST DEBOUZY)

**Christian DARGHAM** (NORTON ROSE FULBRIGHT)

**Louise GERNELLE** (BONIFASSI Avocats)

**Bénédicte GRAULLE** (JONES DAY)

**Charlotte GUNKA** (WHITE AND CASE)

**Nima HAERI** (BOUGARTCHEV MOYNE Associés AARPI)

**Emmanuel MOYNE** (BOUGARTCHEV MOYNE Associés AARPI)

**Marie-Agnès NICOLAS** (HUGHES HUBBARD & REED)

**Bénédicte QUERENET-HAHN** (GGV)

**Camille ROLLIN** (JONES DAY)

**Caroline SAINT-OLIVE** (NORTON ROSE FULBRIGHT)

**Sophie SCEMLA** (GIDE)

**Jan DUNIN-WASOWICZ** (HUGHES HUBBARD & REED)

**Anne-Laure-Hélène des YLOUSES** (FIELDFISHER)

Sincères remerciements à **Christiane FÉRAL-SCHUL** et **Nathalie RORET** pour avoir porté ce projet dans le cadre du CNB, à **Carole XUEREF** pour son intervention et son aide sur le thème de l'identification du client, à **Rachel SCOTT, Marion DUMOULIN, Aleksandra STEPNIEWSKA,** et **Louise BLUCHET** pour leurs contributions, recherches et travaux pour enrichir ce projet, et à **Karen COPPENS** et **Géraldine CAVAILLE** pour leurs relectures attentives.

Coordination : **Stéphane BONIFASSI** et **Victoire CHATELIN**

© Conseil national des barreaux
Juin 2020
Etablissement d'utilité publique
Art. 21-1 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971
modifiée

**180 Boulevard Haussmann - 75008 Paris**
**Tél. 01 53 30 85 60 - Fax. 01 53 30 85 62**
**www.cnb.avocat.fr**
**exercicedudroit@cnb.avocat.fr - cnb@cnb.avocat.fr**

Il ne doit en aucun cas faire l'objet d'une diffusion ou d'une rediffusion en dehors du strict cadre de la profession. À ce titre, sa reproduction et sa réutilisation ne sont autorisées sans accord préalable qu'aux avocats et pour un usage lié à leur activité professionnelle. Toute autre diffusion ou réutilisation est soumise à autorisation préalable du Conseil national des barreaux qui en conserve tous les droits de propriété intellectuelle. Elle reste dans tous les cas subordonnée au respect de l'intégrité de l'information et des données et à la mention précise des sources.