

ENQUÊTES INTERNES

xx Enjeux pratiques de la défense d'un salarié dans le cadre d'une enquête interne réalisée en France



DAPHNÉ LATOUR,

*avocat au Barreau de Paris,
cabinet Laurent Cohen-Tanugi Avocats*

CONTEXTE

La pratique des enquêtes internes, encore relativement récente en France, même si elle existait déjà notamment en matière de droit de la concurrence et de droit bancaire et financier, connaît aujourd'hui un essor certain, à la faveur de l'entrée en vigueur en juin 2017 de la loi n° 2016 1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi Sapin 2.

Cette loi a, en effet, notamment, introduit, d'une part, l'obligation de mettre en place, au sein des entreprises de plus de 50 salariés, un dispositif interne d'alertes professionnelles et, d'autre part, la convention judiciaire d'intérêt public, nouvel outil transactionnel au service d'une justice négociée en droit français. Or, ces deux mécanismes peuvent induire la réalisation d'une enquête interne, afin de vérifier la véracité des faits dénoncés et de traiter efficacement l'alerte, dans le premier cas, et afin de connaître parfaitement l'étendue des infractions ayant possiblement été commises et donc de négocier la transaction la plus appropriée, dans le second.

Dans cette dernière hypothèse, l'élément déclencheur de l'enquête interne peut d'ailleurs être l'ouverture, en amont, d'une enquête préliminaire ou de poursuite par une autorité externe de régulation ou judiciaire. L'enquête interne consiste alors en une enquête complémentaire, voire en une contre-enquête, réalisée le cas échéant en coopération avec les autorités mais aux frais de l'entreprise.

Dans tous les cas, l'enquête interne est un événement perturbateur pour l'entreprise qui doit être menée avec intelligence et discrétion -

sauf lorsque certains éléments sont sagement volontairement ébruités par les communicants de l'entreprise aux fins d'amorcer une défense médiatique de sa réputation - et se doit surtout d'assurer le strict respect des droits de la défense de chacun, ce qui peut être une gageure tant les intérêts en cause peuvent être contradictoires, notamment entre l'entreprise et ses salariés susceptibles d'être mis en cause et tant cette pratique naissante manque encore de socle législatif.

COMMENTAIRES

Prenons l'hypothèse d'une personne, anciennement salariée d'un grand groupe français faisant l'objet de poursuites, pour des faits de corruption, notamment par les autorités judiciaires françaises. Cette personne, apparemment impliquée dans les faits, doit être auditionnée par l'avocat de l'entreprise mandaté pour réaliser une enquête interne, en parallèle de celle du Parquet national financier. De multiples questions se posent alors et nous examinerons plus spécifiquement les droits dont peut se prévaloir le salarié interrogé dans le cadre d'une enquête interne (1), avant d'examiner le rôle et les prérogatives de l'avocat enquêteur mandaté par l'entreprise (2).

1. Droits du salarié interrogé dans le cadre d'une enquête interne

L'enquête interne n'est pas encore, à ce jour, réglementée en tant que telle, en droit français, par du droit « dur » positif.

Aussi, les droits du salarié français en pareilles circonstances découlent-ils essentiellement de l'emprunt à des pratiques étrangères, notamment anglo-saxonnes, de l'application de principes généraux du droit français et de certaines règles de droits français spécifiques, tels que le droit social.

A. - Droit de refuser de répondre favorablement à la convocation pour audition

L'ancien salarié n'est pas légalement tenu de répondre favorablement à une convocation pour audition diligentée, dans le cadre d'une enquête interne, par son ancienne entreprise.

Nota Bene

En revanche, dans l'hypothèse où le salarié serait encore en poste, le refus de se rendre à l'audition à laquelle il aura été convoqué pourrait justifier une sanction disciplinaire à son encontre, voire éventuellement son licenciement pour faute.

Dans tous les cas, l'ancien salarié ne devra accepter la convocation qu'en échange d'un engagement écrit de l'entreprise lui garantissant que les frais de sa défense future éventuelle devant toute juridiction française et/ou étrangère, s'il fait l'objet de poursuites consécutives à son audition, seront intégralement assumés par cette dernière, sans aucun plafond de montant ni limite dans le temps.

B. - Droit d'être assisté ou conseillé lors de son audition

1° Pas de droit d'être assisté par un membre du personnel

L'article L. 1332-2 du Code du travail autorisant la présence d'un membre du personnel lors de l'entretien préalable à une sanction disciplinaire n'est pas applicable en matière d'enquête interne (V. *Cass. soc.*, 22 mars 2016, n° 15-10.503 : *JurisData* n° 2016-005452).

2° Droit d'être assisté par un avocat lors de son audition à partir du moment où il pourrait être incriminé

On peut déduire de l'article 2.4 de l'annexe XXIV au Règlement intérieur national (RIN) de la profession d'avocat, intitulée *Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne*, que le salarié auditionné dispose du droit de « se faire assister ou conseiller par un avocat lorsqu'il apparaît, avant ou pendant son audition, qu'il puisse se voir reprocher un agissement [éventuellement fautif] à l'issue de l'enquête interne », puisqu'il est fait obligation à l'avocat de l'entreprise, agissant dans le cadre de sa mission d'assistance ou de conseil, de notifier alors ce droit audit salarié avant ou lors de son audition.

C. - Droit de garder le silence

Le salarié auditionné dispose du droit de ne pas répondre à tout ou partie des questions qui lui seront posées. Il tire ce droit :

- du fait que n'étant pas interrogé dans le cadre d'une enquête judiciaire mais bien privée, il n'est légalement contraint à rien ;
- du droit de ne pas s'auto-incriminer ; et,
- du caractère éventuellement confidentiel de l'information demandée (cette confidentialité pouvant découler d'une obligation légale (secret défense, secret bancaire, secret des affaires, loi de blocage de 1968, etc.) ou contractuelle, plus ou moins renforcée, à l'égard de certaines informations mises à la disposition du salarié).

D. - Droits à l'égard du compte-rendu d'audition

Lorsqu'une retranscription écrite mot à mot des déclarations du salarié auditionné est prise, le salarié dispose du droit de les relire et de les signer, s'il y consent (article 2.5 dudit *Vademecum*).

Rien n'est précisé quant à son droit éventuel à en demander une rectification, s'il considère que ses propos ont mal été retranscrits. Cependant, en application du règlement général sur la protection des données (RGPD) et de la loi Informatique et Libertés, le salarié dispose, en tout état de cause d'un droit d'accès et de rectification à l'égard des données personnelles le concernant qui auraient pu avoir été inscrites dans ledit compte-rendu d'audition.

Nota Bene

Le contenu de ce compte-rendu d'audition devant rester confidentiel, l'avocat enquêteur de l'entreprise s'abstiendra, en principe, d'en remettre au salarié auditionné une copie. De même, il est important, comme le rappellent certains praticiens, que ledit compte-rendu soit bien anonymisé avant toute divulgation, à sa demande, au Parquet notamment, même si cette règle serait apparemment souvent bafouée aux États-Unis.

2. Rôle de l'avocat enquêteur mandaté par l'entreprise

Par son rapport sur l'avocat chargé d'une enquête interne, en date du 25 février 2016, le Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris a confirmé qu'il entre dans le champ de compétence de l'avocat d'intervenir dans le cadre d'une enquête interne. Il a ainsi réglementé les deux statuts aux termes desquels ce dernier peut intervenir, celui d'avocat « enquêteur » exerçant une mission d'assistance ou de conseil (articles 6.1 et 6.2, alinéa 2 du RIN) et celui d'avocat « expert » exerçant dans le cadre d'une mission d'expertise (article 6.2, alinéa 5 du RIN). Nous nous attarderons sur ce premier statut.

Nota Bene

Il est loisible à l'entreprise de choisir de mandater son avocat habituel ou un autre, aux fins d'exercer cette mission d'avocat « enquêteur ».

A. - Obligations déontologiques de l'avocat enquêteur

L'avocat veillera, tout d'abord, à respecter les principes essentiels attachés à sa profession que sont ceux de conscience, d'indépendance, d'humanité, de loyauté, de délicatesse, de modération, de compétence et de prudence.

Dans cette optique, l'avocat, mandaté par une entreprise aux fins de réaliser une mission d'assistance ou de conseil dans le cadre d'une enquête interne, a pour obligation de rappeler, au début de l'audition, au salarié interrogé :

- que son intervention n'est pas « coercitive », autrement dit que l'avocat n'étant pas investi des pouvoirs d'un policier mandaté par une autorité judiciaire, le salarié est libre de refuser de répondre voire de quitter les lieux ; et,
- qu'il n'est pas l'avocat du salarié mais bien uniquement celui de l'entreprise qui l'a mandaté et que, de ce fait, tout ce que le salarié dira pourra être, le cas échéant, utilisé ultérieurement contre lui par l'entreprise, l'avocat n'étant tenu à aucun secret professionnel à l'égard

de ce que le salarié pourra lui confier (équivalent de l'*Upjohn warning* américain, tiré d'une jurisprudence du même nom de 1981).

B. - Une obligation aux contours parfois incertains : le secret professionnel

L'avocat « enquêteur » mandaté par une entreprise est tenu au secret professionnel à l'égard de son client, l'entreprise. Cette obligation au secret est illimitée et absolue et sa violation est sanctionnable sur le double fondement de l'article 226-13 du Code pénal et de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques.

En revanche, le client, qui n'est naturellement tenu à aucun secret, peut décider, à tout moment, de lever, s'il le souhaite, la confidentialité à l'égard de tout ou partie des éléments couverts par le secret professionnel de l'avocat.

Mais que couvre ce secret précisément ? Aujourd'hui, en droit français, sont, en principe, couverts par le secret toutes les notes d'entretiens, les emails, les courriers, les pièces du dossier, les rapports et comptes-rendus, que l'on soit en matière de conseil ou en matière contentieuse ou de défense pénale, même si cela est encore parfois discuté.

Cependant, en matière d'enquête interne, la difficulté s'accroît dès lors que, différents droits et, par conséquent, différentes règles relatives au secret professionnel peuvent concurremment entrer en jeu, soit parce que l'entreprise a des implantations géographiques multiples, soit parce qu'elle est, par ailleurs, poursuivie en parallèle par plusieurs autorités étrangères (telles que le *Serious Fraud Office* britannique, le *Department of Justice* américain et le Parquet national financier français).

À cet égard, il est à noter que la *Court of Appeal* britannique a récemment rappelé que les documents créés dans le cadre d'une enquête interne, dont on pouvait légitimement anticiper qu'elle pouvait préfigurer l'ouverture de poursuites pénales ultérieures, sont couverts par le *legal privilege* (V. *Director of the Serious Fraud Office v. Eurasian Natural Resources Corporation Limited*, 5 September 2018).

Attention

Le juriste d'entreprise n'est en revanche tenu à aucun secret professionnel. Aussi, les documents, analyses, emails et notes qu'il est amené à rédiger pourront être, notamment, produits devant toute instance judiciaire ou autre. De même, l'avocat agissant en qualité d'expert n'est pas tenu au secret professionnel dans le cadre de l'exercice de sa mission d'expert.

C. - Obligation d'indépendance et risque de conflits d'intérêts

Il est important de souligner un point délicat particulièrement prégnant dans les enquêtes internes : le risque de conflits d'intérêts. Il

existe en effet un double risque, d'une part, entre l'entreprise et ses dirigeants et, d'autre part, entre l'entreprise et ses salariés.

1° Risque de conflits entre les intérêts de l'entreprise et ceux de ses dirigeants

L'avocat enquêteur mandaté par une entreprise est censé représenter les intérêts de ladite entreprise mais dans les faits il est nécessairement engagé par les représentants légaux de l'entreprise, ses dirigeants. Or, l'enquête peut amener à la découverte de faits de nature à incriminer ces derniers qui seront donc tentés d'y mettre fin avant que le rapport d'enquête ne préconise leur licenciement voire l'engagement de poursuites judiciaires à leur encontre au nom de la personne morale. Pour éviter ce genre de conflits, il faut donc que l'avocat enquêteur soit mandaté par un groupe de personnes indépendantes au sein de l'entreprise tel que, par exemple, le comité d'éthique ou un administrateur indépendant.

2° Risque de conflits entre les intérêts de l'entreprise et ceux de ses salariés

En principe, si un salarié commet une faute, civile ou pénale, dans le cadre de l'exécution de sa mission, il revient à son employeur de prendre en charge les frais de sa défense, sachant que s'il est ultérieurement reconnu définitivement coupable et qu'il apparaît *in fine* que les deux conditions cumulatives nécessaires à leur prise en charge ne sont en réalité pas réunies (action du salarié dans le cadre de son activité professionnelle pour mener à bien une opération souhaitée par son employeur et absence d'abus du salarié de ses fonctions à des fins personnelles), l'entreprise pourra se retourner contre lui aux fins du remboursement, total ou partiel, desdits frais. Aussi, l'employeur payant les honoraires de l'avocat du salarié, pourra être tenté de choisir lui-même, en amont, l'avocat du salarié, surtout si ce dernier n'en suggère aucun. Or, cette situation peut être risquée pour le salarié si ledit avocat est influencé par l'employeur qui le paie et que les intérêts de ce dernier s'avèrent antinomiques de ceux du salarié.

Il faut donc bien s'assurer, dans le cadre d'une enquête interne et des éventuelles poursuites pouvant en découler, que l'entreprise a son propre avocat qui informe le salarié qu'il interroge qu'il n'est absolument pas, ce faisant, le sien et qu'il doit, le cas échéant, se faire lui-même représenté par un autre avocat. Ce dernier, bien que payé par l'entreprise, devra agir avec une parfaite indépendance et être totalement dédié à la défense dudit salarié. Dans certains cas, et si cela est possible, il est même préférable que l'avocat du salarié soit en fait directement payé par la compagnie d'assurance auprès de laquelle son employeur avait souscrit une assurance pour couvrir les risques relatifs à son activité.