LAMY
REVUE

REVUE LAMY

Droit des Affaires

Visites domiciliaires et saisies en matière fiscale, économique et financière : état des lieux

Naguia B. ZEKKOUTI, Nathalie JALABERT DOURY et Delphine RAVON

– Les récentes réformes en matière de prescription pénale et de mise en conformité *Emmanuel DAOUD, Margot FONTAINE, Flora PLENACOSTE et Solène SFOGGIA*

– La réparation du préjudice, fraction du passif collectif, ne peut être demandée que par le mandataire judiciaire *Adeline CERATI-GAUTHIER*

– Royaume-Uni et France : étude comparative des lois anti-corruption *Georges-Louis HARANG et Thomas WEBB*

– Les pactes d'associés : quelle effectivité à l'épreuve de la pratique ? *Robin ALLAIN et Audrey TOURET*

130 | MENSUEL
OCTOBRE 2017

Wolters Kluwer

RLDA 6313

La gestion de la preuve à l'ère de la conformité (loi Sapin II, RGPD, loi Vigilance) : réflexions sur une révolution interne

Emmanuel DAOUD
Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA

Solène SFOGGIA
Avocate au Barreau de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA

Sans preuve, le droit est comme désarmé[1]. Désarmé car, sans preuve, il ne sait entrer en voie de condamnation ou donner raison à l'un au détriment du second. « *Vo Idem est non esse et non probari* »[2] nous disait déjà l'adage ancien, « *c'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé* », et c'est là toute la singularité du monde judiciaire.

Or, la révolution, pour de nombreuses entités consiste désormais à devoir identifier par écrit ses risques, conserver les preuves des éventuelles alertes dont elle a pu connaître ou encore répertorier ses actions et ses réactions.

En d'autres termes, il ne s'agit plus seulement de s'assurer que l'entité a mis en place un certain nombre de mesures pour se conformer avec la loi – et laisser peser la charge de la preuve contraire sur la partie adverse : il échet à l'entité elle-même d'en apporter les preuves suffisantes par le biais de documents imposés. Ainsi, la conformité et ses enjeux gagnent-t-ils cette année les entités de toute taille[3], et de tous horizons, soumises à la loi *Sapin II*[4], à la loi sur le devoir de vigilance[5] ou encore au règlement général sur la protection des données à caractère personnel[6], au-delà des groupes habituellement rompus à l'exercice en matière de concurrence ou bancaire.

À cet égard, il n'échappera à personne que l'exercice périlleux de la gestion de la preuve apparaît autant comme une garantie qu'un risque pour la personne qui s'y adonne : la garantie d'échapper à une amende ou de limiter sa responsabilité, mais aussi le risque d'en dire trop ou pas assez[7].

D'ailleurs, l'intérêt de ces documents est d'autant plus grand pour le juge que les liaisons avec le pénal sont dangereuses. On rappellera à ce titre qu'en matière de lutte contre la corruption, infraction occulte par excellence, la difficulté de de la preuve a longtemps expliqué la rareté des condamnations[8]. À présent, l'entité elle-même devra être en mesure de produire, très en amont de toute procédure, des documents susceptibles de jouer, un jour au prétoire, en sa faveur ou sa défaveur.

Ainsi, si la gestion des différents documents produits et échangés peut apparaître comme un souci marginal face aux nouvelles obligations avec lesquelles ces entités doivent en tout premier lieu se conformer, il est d'ores et déjà nécessaire d'y accorder une attention toute particulière dans le cadre de leur démarche de conformité. En filigrane, c'est évidemment la question du secret professionnel appliquée aux outils de la compliance qui est

(1) Vérité et Renouement, Avant-propos de M. Jean-François Cesaro, Rapport annuel de la Cour de cassation, 2012.

(2) H. Roland et L. Boyer, Adages du droit français, Litec, 4e éd., 1999, n° 161.

(3) E. Daoud, G. Péronne et F. Plénacoste, Les données à caractère personnel et l'entreprise, RLDA 2016/119, n° 6024 et s.

(4) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(5) L. n° 2017-399, 27 mars 2017, relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

(6) Règlement général sur la protection des données à caractère personnel du 27 avril 2016.

(7) X. Boucobza et Y.-M. Serinet, Loi « Sapin II » et devoir de vigilance : l'entreprise face aux nouveaux défis de la compliance, Rec. D. 2017, p. 1619.

(8) J.-P. Philippe, La lutte contre la corruption, le point de vue du policier à partir de retour d'expériences de plusieurs enquêtes, D. 2008, p. 1093.

abordée, et dont l'utilité originelle devrait ici trouver tout son sens.

L'entité concernée et son ou ses avocats devront donc étroitement collaborer dans leur démarche, et en particulier répondre ensemble à un certain nombre de questions : Quels documents produire ? Que dire dans ces documents ? Comment le dire ? Qui associer à la production de ces documents ? Comment se préparer aux contrôles ? Quelles différences de pratiques professionnelles si le dossier est international ?

À l'ère de la compliance pour tous, il s'agit *in fine* de livrer quelques réflexions pratiques par le prisme de *Sapin II* pour répondre à ces premières questions, tant à destination des nouvelles entités soumises à ces obligations que de leurs conseils.

I. – La gestion de la preuve au cœur des nouvelles obligations documentaires

Les obligations liées à la loi *Sapin II* ayant été largement commentées, seront uniquement rappelés les types de documents que l'entité concernée doit produire : d'une part, les documents « officiels », ceux qui sont exigés par la loi *Sapin II*, au premier rang desquels la cartographie des risques et sa mise à jour, mais aussi les procédures mises en place et le contrôle de leur efficacité, le dispositif d'alerte, ou encore le code de conduite...[9] D'autre part, seront nécessairement produits lors de la collecte de données indispensable à l'établissement des documents « officiels », un certain nombre de documents que l'on peut qualifier d'« annexes », et qui doivent retenir toute l'attention des entités concernées.

A. – Les documents « officiels »

S'agissant en premier lieu des documents « officiels », il est essentiel de garder en vue l'objectif que l'entité doit rechercher, c'est-à-dire démontrer qu'elle s'est bien conformée à ses obligations. En d'autres termes, ces documents doivent avoir pour ambition de prouver que des mesures adaptées, efficaces et proportionnées ont été mises en place afin de prévenir et détecter d'éventuels risques de corruption et de trafic d'influence.

Ainsi, si certains documents, comme le code de conduite ou les procédures seront aisément formalisés, la cartographie des risques ou les remontées d'alertes pourront s'avérer plus délicates. En effet, et les différents acteurs du contrôle et de la répression visés par la loi ont eu l'occasion d'insister sur ce point : la sincérité de l'entité concernée sera un élément essentiel de sa mise en conformité[10]. Ainsi, la tentation de décrire une situation non conforme à la réalité est à proscrire.

Toutefois, si l'entité ne peut passer sous silence tout ce qui la met en difficulté, cela ne signifie pas pour autant qu'elle doit livrer toutes ses faiblesses clef en main. Concrètement, dans le constat de ses risques, l'on ne saurait que trop conseiller à l'entité de choisir le langage théorique, conditionnel – le langage du risque – pour rédiger ces documents, plutôt que le passé composé du fait réalisé. En outre, si des alertes ou insuffisances sont remontées, l'entité ne peut simplement les passer sous silence ou les constater sans réagir, mais elle doit plutôt systématiquement documenter les mesures correctives qu'elle aura mises en œuvre, par exemple, le résultat de l'enquête menée, l'adaptation des procédures ou la mise en place de nouvelles formations.

Enfin, ces documents doivent accorder une attention particulière aux enjeux en termes de protection des données à caractère personnel et prévoir leur mise à jour de manière simple afin d'être régulièrement affinés et améliorés. Il importe de rappeler que les documents « officiels » ne sauraient être parfaits *ab initio* : leur mise à jour permettra d'en améliorer la qualité, la précision et la pertinence au fil des années. Ici encore, la tentation d'établir un document et de ne plus y toucher ne sera suffisante, ni face aux agents de contrôle, ni face au juge.

B. – Les documents « annexes »

En pratique, la production d'un certain nombre de documents « officiels » nécessite une collecte considérable de données, donnant nécessairement lieu à des analyses, notes, entretiens, échanges, et audits, sur lesquels la maîtrise de l'entité s'avère nécessairement plus limitée.

Ces documents « annexes » commandent pourtant la plus grande prudence, puisqu'ils peuvent être examinés par les agents de l'Agence française anticorruption ainsi que par le juge en cas de procédure pénale, au même titre que les documents « officiels ». Or, un échange interne ou un compte-rendu d'entretien peuvent bien souvent laisser apparaître des éléments défavorables à l'entité.

À cet égard, la récente décision de la justice britannique du 8 mai dernier dans l'affaire *« SFO v/ ENRC »*[11] apporte un éclairage très concret des enjeux auxquels les entités sont confrontées. En l'espèce, le SFO souhaitait avoir accès à quatre types de documents : les notes prises par les avocats lors d'entretiens avec les employés, les filiales, fournisseurs et d'autres tiers, les rapports de différents

(9) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 7.

(10) Option Droit & Affaires, Entretien avec Charles Duchaine, Directeur de l'Agence française anticorruption, 29 mai 2017.

(11) SFO v ENRC [2017] EWHC 1017

auditeurs et consultants concernant les faiblesses du contrôle interne, les documents et slides présentés par les avocats aux différents comités d'ENRC ainsi que les courriels émanant du directeur des fusions et acquisitions d'ENRC, par ailleurs avocat.

La décision a confirmé les craintes des praticiens : elle a refusé d'accorder la protection du secret professionnel pour trois types de documents sur quatre. En premier lieu, la Cour a écarté *de facto* le *litigation privilege*, considérant que l'enquête interne menée par ENRC n'avait pas de lien avec de futures procédures pénales, d'autant plus que l'entreprise avait prévu de coopérer avec le SFO. En second lieu, le juge a retenu l'approche selon laquelle le *legal advice privilege* protège seulement les communications entre l'avocat et les personnes au sein du client qui sont autorisées à obtenir des conseils juridiques pour le compte de ladite entité[12], excluant ainsi les notes des entretiens avec d'autres employés ou tiers. Enfin, le privilège de la confidentialité a également été refusé aux correspondances du directeur des fusions et acquisitions, car celui-ci agissait avec sa casquette de cadre dirigeant, et non d'avocat. En somme, c'est par une analyse extrêmement concrète qu'il a été jugé de l'application ou non du secret professionnel à ces outils de la compliance, dont seules les présentations à destination du conseil d'administration ont été couvertes.

Toutefois, s'il est utile de s'inspirer de l'expérience étrangère, les enjeux et les bonnes pratiques ne sauraient être purement et simplement transposés en France : le périmètre du secret professionnel diffère fortement et les recommandations faites au sujet du droit français sont bien évidemment dictées par notre droit positif. Ainsi sont protégées, en France, 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, tant dans le domaine du conseil que de la défense[13].

En d'autres termes, les échanges internes émanant de juristes ne sont pas couverts par le secret professionnel, à la différence des États-Unis et du Royaume-Uni, exigeant de l'entité que ses communications en interne soient parfaitement maîtrisées. Surtout, les entités sont encouragées à travailler de manière étroite avec leurs avocats, afin que ces documents annexes puissent être protégés autant que possible par le secret professionnel. Les avocats veilleront alors à faire expressément figurer les mentions de protection sur ces documents et à ce qu'ils apparaissent clairement comme des pièces du dossier, afin que les agents aient accès aux seuls documents « officiels » et non à l'ensemble des données ayant permis leur établissement.

Pour autant, le secret professionnel de l'avocat n'est pas absolu, notamment en ce qui concerne les échanges, nombreux au stade de la collecte des données, avec des tiers (anciens salariés, fournisseurs, sous-traitants...) et experts (expert-comptable, financier, technologies de l'information...). Pour rappel, il a été jugé que les correspondances entre avocat et expert-comptable du client, fut il le mandataire dudit client, ne sont pas couvertes[14] et imposent donc toute la prudence de rigueur quant aux missions confiées et aux échanges avec ceux-ci.

En tout état de cause, l'on ne saurait donc trop recommander de limiter la multiplication de ces documents « annexes » et des interlocuteurs, afin de garder le contrôle sur la gestion de sa preuve.

II. – La gestion de la preuve au cœur des contrôles en France et à l'étranger

Pour être efficace, la gestion de la preuve doit se prolonger au stade des contrôles, et prendre particulièrement en compte l'élément d'extranéité propre aux législations applicables.

A. – La gestion de la preuve et les contrôles de l'Agence française anticorruption

Aux termes de la loi *Sapin II* et de ses décrets d'application[15], l'agent peut se faire communiquer par les représentants de l'entité contrôlée tout document professionnel, quel qu'en soit le support, ou toute information utile, et en faire copie. Il peut en outre procéder sur place à toute vérification de l'exactitude des informations fournies et s'entretenir avec toute personne dont le concours lui paraît nécessaire[16].

Dans la mesure du possible, l'entité et ses collaborateurs doivent ainsi être assistés de leurs conseils et préparés aux contrôles afin de savoir comment se comporter et répondre aux demandes des agents – en particulier au regard de la frontière complexe entre le droit de ne pas s'auto-incriminer, et la nécessité de ne pas faire échec à l'exercice des fonctions des agents de contrôle sous peine de sanctions[17].

(12) The RBS Rights Issue Litigation [2016] EWHC 3161.

(13) L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 66-5.

(14) Cass. 1re civ., 15 mars 2017, n° 15-25.649.

(15) D. n° 2017-329, 14 mars 2017, relatif à l'Agence française anticorruption.

(16) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 4.

(17) E. Daoud et M. Pugliese, Existe-t-il une stratégie des droits de la défense devant les autorités administratives indépendantes ?, AJ pénal

À cet égard, la cour d'appel de Paris a, contre toute attente, jugé qu'il n'existait pas d'irrégularité dès lors que les messages échangés entre l'avocat et le client avaient été remis aux enquêteurs de l'AMF par le client, même s'il n'était pas assisté de son conseil et qu'il craignait les sanctions pénales liées au délit d'entrave – voilà d'ailleurs un bien mauvais tour joué au principe de ne pas s'auto-incriminer[18]. Si la Cour de cassation a confirmé l'arrêt en préférant retenir que lesdits messages couverts par le secret professionnel n'avaient pas été annexés au rapport d'enquête[19], la prudence est de mise en la matière et les collaborateurs de l'entreprise doivent être formés pour ne pas céder aux pressions lorsque le contrôle se déroulera.

Ainsi, lorsque des documents dont la communication est sollicitée sont couverts par le secret professionnel, il est indispensable de s'en prévaloir et de le signaler rapidement aux agents, afin que ceux-ci n'en prennent pas connaissance[20]. À défaut, il en sera fait mention dans les observations inhérentes au contrôle qui a eu lieu. Concrètement, il est possible d'établir, tant informatiquement que physiquement un dossier spécial, que l'on peut rapidement remettre aux agents avec toutes les informations utiles et nécessaires à leur contrôle. Les autres échanges et documents doivent être confidentiels et systématiquement identifiés comme tels afin de s'en prévaloir, clairement, en amont, sans risque de confusion possible.

B . – Intégrer l'enjeu international à la gestion de la preuve

Enfin, l'extranéité de la mise en conformité commande d'anticiper la question de la loi applicable, tant pour les entités contrôlant des sociétés à l'étranger que celles soumises à l'application de plusieurs législations étrangères en matière de corruption.

Dans une décision récente, la Cour de cassation a clairement considéré que les mesures d'instruction ordonnées en France font obstacle à l'application des dispositions relatives au secret professionnel prévues par la loi américaine[21]. En l'espèce, les juges ont décidé que la loi française était applicable dans la mesure où la mise en œuvre des mesures d'instruction tirées de l'article 145 du code de procédure civile avait été formée sur le territoire français, au détriment des règles d'ordre public de droit américain concernant le secret professionnel. En conséquence, le bénéfice du secret professionnel a été refusé, dès lors que les juristes d'entreprise, couverts par le *legal privilege* aux États-Unis, n'avaient pas la qualité d'avocat au sens de la loi française.

Cette acrobatie juridique est d'autant plus dangereuse que la détermination de la loi applicable n'est pas toujours aisée, et que les différences en termes de protection sont, on l'a dit, nombreuses. Ainsi, dans une décision particulièrement significative de ce point de vue, la justice américaine a conclu à l'application de la loi chinoise pour certains documents, et la loi américaine pour d'autres[22]. Pour les premiers, parce qu'une telle protection n'est pas reconnue en Chine, le tribunal a considéré que l'entreprise devait produire les documents concernés. Pour les seconds, soumis à la loi américaine, le juge a également refusé l'application du *legal privilege*, considérant que les « avocats » chinois n'avaient pas cette qualité au sens de la loi américaine et n'entraient donc pas dans le champ de la protection réclamée.

L'élément d'extranéité dans la gestion de la preuve n'est donc pas seulement théorique, et il est urgent de faire le point sur les spécificités locales, tant au niveau de la qualification d'avocat, que du type de documents protégés, ou de la possibilité de renoncer à ce privilège ou non, puisque celles-ci ne seront pas toujours déterminées par la loi du domicile de l'entité concernée. À cet égard, il serait grand temps que l'on puisse définir internationalement un régime protecteur du secret professionnel, qui s'imposerait aux États et aux autorités de régulation, de contrôle ainsi que de poursuite.

D'ici là, à cette culture de la preuve, doit finalement s'ajouter la question des cultures de la preuve, pour assurer autant que possible la juste maîtrise des droits à la défense de l'entité.

In fine, si la première révolution est celle de la compliance, c'est celle de la culture de la preuve qui doit suivre, et les entités concernées doivent maintenant composer avec un nouvel adage : si l'on ne peut être condamné sans preuve, l'on ne peut pas non plus se conformer, sans preuve. ■

2015, p. 126.

(18) CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 29 sept. 2011, n° 2010/24176.

(19) Cass. com., 29 janv. 2013, n° 11-27.333, Bull. civ. IV, n° 18.

(20) N. Rontchevsky, Nouvelles précisions sur les investigations boursières et la portée du secret des correspondances d'avocat, RTD com, 2013, p. 113.

(21) Cass. 1re civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.495, publié au *Bulletin*.

(22) Sheryl wultz v/ Bank of china limited - 11 Civ. 1266 (SAS).