

29 Lutte anticorruption : un rapport pour un meilleur encadrement de l'enquête interne

L'enquête interne se développe, notamment sous l'impulsion des dispositifs d'alerte mis en place par la loi Sapin 2. En l'absence de réglementation, quels sont les droits des personnes entendues ou mises en cause dans ce cadre ? Un rapport dresse un état des lieux de la situation et formule des recommandations. Quelques-uns des auteurs de ce rapport répondent à nos questions.

L'**enquête interne** est l'investigation mise en place au sein d'une entreprise, concernant des faits plus ou moins précis, généralement susceptibles de constituer une infraction pénale. De plus en plus d'enquêtes internes sont mises en place dans les entreprises, notamment sous l'impulsion des **dispositifs d'alerte et de signalement prévus par la loi Sapin 2**. Le développement du recours à la convention judiciaire d'intérêt public contribue également à l'essor de ces enquêtes.

Le plus souvent, c'est l'entreprise elle-même, avec l'assistance d'un conseil, qui procède à la collecte des documents qui lui paraissent pertinents ainsi qu'à l'audition de ses employés et dirigeants : l'**entreprise** est ainsi à la fois en position de sujet et d'organisateur de l'enquête. Ce **double positionnement** entraîne de nombreuses questions en ce qui concerne le respect des **droits de la défense** : en effet, aucun texte contraignant n'encadre la conduite de l'enquête de ce point de vue, et notamment l'étendue des pouvoirs d'investigation de l'employeur. Tel est le constat fait par un rapport récemment rendu public et rédigé par un collectif d'avocats (accédez à la version intégrale de ce rapport en suivant le lien suivant : <https://efflr.s3.eu-west-1.amazonaws.com/pdf/Rapport%20VDef.pdf>), qui formule plusieurs recommandations.

Comment est née l'idée de ce rapport ? Quel est son but ?

Dorothee Hever : Nous avons tous, dans notre pratique, été confrontés d'une façon ou d'une autre à la difficulté de faire appliquer les **droits de la défense** dans le cadre d'**enquêtes internes**, qui ne sont pas – ou peu – encadrées par le législateur. L'idée centrale du projet est avant tout de réunir nos différents constats sur ce point précis et de les partager. Il nous a paru intéressant, en particulier, de confronter des expériences variées sur le sujet avec des avocats exerçant dans des structures

Nicolas Brooke est avocat associé du bureau parisien du cabinet Signature Litigation où il intervient en droit pénal des affaires, enquêtes internes et compliance. Il a précédemment, en particulier, exercé en tant que General Counsel contentieux et enquêtes du groupe Société Générale.



NICOLAS BROOKE
Avocat associé
Signature Litigation

Avocat au Barreau de Paris, Dorothee Hever exerce au sein du cabinet Visconti & Grundler en matière de droit pénal des affaires. Elle a initié en 2020 le groupe de travail sur la question des droits de la défense des individus visés par les enquêtes internes.



DOROTHÉE HEVER
Avocat Cabinet
Visconti & Grundler

Co-fondateur du cabinet Vigo, Emmanuel Daoud est spécialisé en droit pénal et en compliance. Il est notamment ancien membre du Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, avocat près la Cour pénale internationale et expert près du Conseil des barreaux européens.



EMMANUEL DAOUD
Avocat associé
Cabinet Vigo

Avocat associé au sein du département Contentieux/Business Ethics du cabinet Osborne Clarke, Lucie Mongin-Archambeaud connaît tous les types de contentieux susceptibles de survenir dans le cadre de la vie de l'entreprise (contentieux commerciaux, corporate et pénaux).



LUCIE MONGIN-ARCHAMBEAUD
Avocat associé
Cabinet Osborne Clarke

françaises comme anglo-saxonnes, représentant des personnes physiques comme des personnes morales. Il était en effet important pour nous de maintenir un **équilibre** entre les **droits des individus** et les **intérêts de l'entreprise**.

Le but de la démarche, dans un second temps, est d'alerter sur cette situation, relativement peu mise en lumière à ce jour, pour tenter de la faire évoluer. En effet, l'enquête interne est essentiellement vue comme un outil compliance et non un sujet à coloration pénale, à tort à mon sens.

Pourquoi la protection des personnes qui font l'objet d'une enquête interne est-elle importante ?

Emmanuel Daoud : L'enquête interne reste aujourd'hui un sujet non encadré, dont le législateur ne s'est pas encore emparé, alors que les **enjeux** induits par cette enquête sont très importants **pour l'entreprise** qui diligente une enquête interne (enjeux en matière pénale ; enjeux en matière sociale en cas de contentieux prud'homal ultérieur ; enjeux également de réputation et de communication pour

la société) mais aussi **pour les personnes physiques** objet de l'enquête (confidentialité, futur dans la société, sanctions disciplinaires, réputation). C'est pourquoi la protection des droits des personnes est un préalable nécessaire pour garantir la crédibilité des résultats de cette enquête et, par conséquent, la force probante du rapport final et des éléments recueillis dans le cadre de cette enquête. Seul le respect de ces droits permettra à l'entreprise (et aux juges qui seraient saisis le cas échéant du dossier) de se fonder sur celle-ci pour décider de sanctionner le ou les responsables d'une infraction ou violation aux règles internes qui serait avérée à l'issue de l'enquête. L'**utilité** même de l'**enquête interne** dépend donc de la protection des droits des personnes. A défaut, l'enquête interne sera vaine, sans évoquer le préjudice causé aux parties en présence.

D. H. : Cette protection semble par ailleurs d'autant plus importante que dans certains cas – et en particulier dans le cadre de **coopérations avec des autorités de poursuite étrangères** –, l'enquête interne peut s'apparenter à une véritable enquête pénale, avec parfois, à la clé, un renvoi devant une juridiction de jugement sur les fondements des résultats de l'enquête interne. Il paraît donc fondamental de faire bénéficier les personnes physiques ainsi visées de certains droits de la défense.

Quelles sont les personnes physiques le plus souvent à risque et/ou poursuivies dans le cadre des enquêtes internes diligentées, notamment dans le cadre de la loi Sapin 2 ?

Lucie Mongin-Archambeaud : Pour ma part, je conduis des enquêtes internes sur des sujets variés (reproches de harcèlement moral ou sexuel, discrimination, corruption, manquements aux règles du Code de conduite...) souvent consécutives à des alertes internes. Tout dépend donc de la nature des faits en cause. S'agissant de **faits présumés de corruption**, il y a des fonctions qui sont particulièrement à risque telles que la direction commerciale ou la direction des achats, et ce d'autant plus lorsqu'elle est présente dans des pays à risque.

Y a-t-il des raisons de penser que les dirigeants français vont faire l'objet de plus de poursuites, à l'avenir ?

Nicolas Brooke : Les **lignes directrices** publiées le 26 juin 2019 par le parquet national financier et l'Agence française anticorruption (AFA) sur la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), qui

semblent en partie inspirées par la circulaire diffusée le 9 septembre 2015 par Sally Yates, Deputy attorney general des Etats-Unis (« Yates Memorandum »), **invitent** les entreprises souhaitant conclure une CJIP à mener une enquête interne dont l'objet doit notamment être de « contribuer à établir les responsabilités individuelles ».

La **CJIP** a eu un certain succès depuis son introduction en droit français en 2016, dans la mesure où pas moins de douze accords ont été conclus au total, parfois dans des dossiers – Airbus, Société Générale, Google – dont les enjeux étaient colossaux. A ma connaissance, ces affaires, où les entreprises concernées ont pourtant pleinement coopéré avec l'autorité de poursuite, n'ont toutefois pas donné lieu à une avalanche de poursuites individuelles. Il faut toutefois évidemment rester très prudent à cet égard dans la mesure où les enquêtes sont peut-être toujours en cours.

Je relève par ailleurs qu'alors que la justice a systématiquement homologué les CJIP qui lui ont été soumises jusqu'à présent, tel n'a pas toujours été le cas s'agissant des **accords de « plaider coupable »** conclus en parallèle par le parquet avec certains cadres ou dirigeants, qui feront donc l'objet de poursuites à titre individuel.

Que conseillerez-vous à un dirigeant convoqué à une première audition dans le cadre d'une enquête interne ?

E. D. : La **difficulté**, lorsqu'un dirigeant est entendu dans le cadre d'une audition en enquête interne, c'est qu'il n'est pas nécessairement, en l'état de la pratique, si l'enquête n'est pas menée par des avocats, informé du type de faits sur lesquels il est entendu et de son statut de mis en cause ou non – il l'est d'ailleurs rarement. En matière pénale au contraire, une personne doit être entendue, expressément, sous le statut de témoin, en audition libre, ou sous le régime de la garde à vue, avec notification des qualifications poursuivies dans le cadre de l'enquête, de sorte que l'intéressé sait dès sa convocation ce qui est a priori envisagé (sous couvert de ses déclarations et de la poursuite ultérieure de l'enquête préliminaire ou information judiciaire, bien entendu). Le premier conseil à fournir au dirigeant que l'on assisterait pour une première audition dans le cadre d'une enquête interne est d'imposer, **en amont de cette audition**, la connaissance des thématiques sur lesquelles il doit être entendu, de façon à préparer cette audition et anticiper les questions susceptibles de pouvoir être posées ; de même, s'il doit

être interrogé sur des documents en particulier, il est nécessaire de pouvoir les consulter en amont. Il n'est pas non plus inutile, même si cela peut sembler relever du bon sens, de conseiller au dirigeant de ne pas détruire les éléments se rapportant à ces faits ; il n'y a rien de plus accablant que d'avoir détruit des preuves, a fortiori si elles sont découvertes par ailleurs et si des suites judiciaires sont données.

“ Le dirigeant devrait être assisté par un avocat dès la première audition ”

En tout état de cause, il est conseillé de faire assister le dirigeant d'un avocat dès son audition, surtout dans l'hypothèse où ledit dirigeant est susceptible d'être mis en cause dans le cadre des faits objet de l'enquête (et de poser en amont de l'audition la question de la **prise en charge financière** de sa **défense** par l'employeur).

Au cours de l'entretien, il est préférable de coopérer, mais cela ne relève pas d'une norme impérative (voir la question ci-après).

A son issue, il peut être conseillé au dirigeant, surtout dans l'hypothèse où il ne serait pas assisté d'un conseil, de bien relire le compte rendu d'audition, en lui expliquant clairement que celui-ci sera versé au dossier dont son employeur aura la totale et libre disposition.

Dernier conseil : prendre en note les questions qui ont été posées, afin, au besoin, de pouvoir y revenir, au cas où la procédure prendrait ensuite une tournure non favorable.

Les règles relatives aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte (Décret 2017-564) sont-elles susceptibles d'offrir une protection dans le cadre d'une enquête interne ?

L. M.-A. : La France a été précurseur en matière de réglementation sur le recueil des signalements des lanceurs d'alerte. Cette **réglementation** offre des **garanties** à la personne visée par le signalement. Tout d'abord, elle contraint l'entreprise qui a reçu le signalement à s'assurer de la recevabilité de celui-ci (signalement précis et non abusif). Ensuite, elle garantit la confidentialité du signalement en ce qui concerne à la fois les faits et les personnes visés par le signalement. Enfin, elle oblige

L'entreprise à détruire les informations recueillies lorsque leur conservation n'est plus nécessaire, et à informer les personnes visées par les vérifications de la clôture de celle-ci.

Cette réglementation, même si elle n'est applicable qu'aux signalements recueillis par l'entreprise, offre un cadre à l'enquête dans le respect des droits des personnes physiques visées.

En quoi le développement de la justice négociée (en France, de la CJIP) met-il en lumière, davantage encore qu'auparavant, les anomalies liées à la manière dont sont conduites les enquêtes internes ?

D. H. : La justice négociée (du moins celle que nous abordons dans le rapport) implique le plus souvent la mise en place d'une enquête interne pour identifier l'étendue des faits visés et les éventuelles personnes responsables de ces faits. Le développement de cette justice négociée en France augmente ainsi tout simplement la quantité d'enquêtes internes susceptibles d'être mises en place et, en conséquence, le nombre de situations potentiellement problématiques pour les personnes physiques visées. L'essor de cette pratique (qui présente par ailleurs des avantages) peut donc, dans une certaine mesure, être inquiétante du point de vue des droits de la défense de ces personnes. Cependant, ce développement devrait également permettre une prise de conscience de ces difficultés et, donc, une potentielle évolution du cadre de la pratique.

Selon votre expérience, quel droit préconisé par le rapport est le plus difficile à faire respecter ?

N. B. : Les difficultés rencontrées au cours d'enquêtes internes sont multiples. L'une des questions qui revient souvent est celle de l'accès par un employé au **compte-rendu d'entretien** que l'entreprise ou ses avocats rédigeront à l'issue de son audition. Il est évidemment crucial pour l'employé (et pour l'entreprise) que ce document reflète fidèlement ses déclarations, ne contienne pas d'ambiguïtés ou de contresens, ce qui est beaucoup plus fréquent en pratique qu'on ne pourrait l'imaginer, surtout dans des dossiers cross-border où les parties prenantes ne s'expriment généralement pas dans leur langue maternelle. Cependant, de tels comptes-rendus, qui figurent généralement parmi les pièces les plus sensibles du dossier, sont le plus souvent couverts par le secret professionnel ce qui permet à l'entreprise d'en refuser la divulgation à quiconque si tel est son intérêt. Or,

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS

Les auteurs du rapport préconisent que les droits suivants trouvent une application systématique à l'occasion des enquêtes internes mises en place dans le cadre d'une négociation avec des autorités de poursuite (françaises ou étrangères) mais puissent éventuellement être adaptés aux spécificités de la situation dans le cadre d'enquêtes internes mises en place plus spontanément à la suite d'un soupçon, d'une alerte ou d'un quelconque besoin de vérification au sein de l'entreprise.

Auditions

Notification écrite, dans un délai raisonnable avant l'audition (au moins 3 jours ouvrables sont suggérés) :

- du droit à l'avocat et à l'interprète pour toute personne auditionnée ;
- du caractère non coercitif de l'audition ;
- du droit au silence ;
- des éventuels griefs pesant sur la personne entendue.

Limitation de la durée maximale d'audition.

Information de la personne entendue, en début d'audition, sur la possibilité dont elle dispose de mettre fin à l'audition lorsqu'elle le souhaite (ce droit n'empêchant pas en revanche l'employeur de déduire toute conclusion de son exercice).

Rédaction d'un procès-verbal relu et signé par la personne auditionnée à l'issue de l'audition. Dans le cas d'auditions ayant été programmées sur une durée longue (plusieurs jours), la personne auditionnée devrait pouvoir bénéficier d'un délai supplémentaire de relecture si elle en fait la demande.

Possibilité de produire des observations écrites à l'issue de l'audition concernant le contenu ou les conditions de celle-ci, annexées au procès-verbal d'audition.

Accès partiel au dossier

Avant chaque audition : accès, pour toute personne auditionnée contre laquelle il existe des soupçons, dans un délai raisonnable avant l'audition (au moins 3 jours ouvrables sont suggérés), aux documents la concernant directement, en ce compris les documents où elle est mentionnée en relation avec le sujet central du document concerné, même si elle n'est pas le rédacteur, l'expéditeur ou le destinataire de ce document et/ou tous les documents qui seront visés dans une question qui lui sera posée.

A l'issue de l'enquête : accès et copie, pour toute personne contre qui des griefs sont retenus dans le rapport d'enquête final, aux seuls extraits du rapport la concernant directement, sur demande de l'intéressé.

Clôture du dossier

A l'issue de l'enquête : information des personnes soupçonnées durant l'enquête de la clôture du dossier et information sur les suites données à ce rapport (notamment sa transmission éventuelle).

le fait de partager le compte-rendu avec le salarié crée en soi un risque de perte de la confidentialité et même celui, en droit américain, d'être réputé avoir renoncé à la confidentialité couvrant toutes les pièces du dossier traitant du même sujet. Il s'agit d'une bonne illustration de la divergence d'intérêts pouvant se produire dans ce type de dossier, qui appelle des solutions créatives et pragmatiques.

L. M.-A. : J'ai pu constater, lors des enquêtes internes que j'ai pu mener, que le « droit » le plus délicat était celui du « **droit de garder le silence** ». Dès lors qu'il existe une raison plausible de soupçonner un individu, le droit français (ainsi que la CEDH) reconnaît le droit de ne pas répondre aux questions posées, découlant du droit de ne pas s'auto-incriminer. Dans le cadre de l'enquête interne, l'entreprise est parfois réticente à indiquer l'existence de ce droit, qui peut sembler contradic-

toire avec l'obligation de loyauté du salarié à l'égard de son employeur, laquelle lui impose un devoir de collaboration.

Qui, selon vous, a le plus grand rôle à jouer dans la mise en place des droits préconisés ?

E. D. : Actuellement, plusieurs acteurs ont leur rôle à jouer pour favoriser la mise en place des droits préconisés : en premier lieu, les conseils externes, mandatés par leurs clients pour diligenter les enquêtes internes, eux-mêmes étant tenus au respect de leurs règles déontologiques. En effet, le guide « L'avocat français et les enquêtes internes » publié en juin dernier par le CNB, en sus du « Vade-mecum de l'avocat enquêteur interne », rappelle de nombreuses règles que l'**avocat-enquêteur** doit respecter et qui impliquent, déjà, une certaine protection des personnes appelées à participer à l'enquête.

En second lieu, les **magistrats** : la pratique de l'enquête interne n'étant pas encadrée par la loi (à l'exception de règles spécifiques propres, par exemple, à la protection des données à caractère personnel), seule la jurisprudence permet d'offrir à ce jour quelques indications sur les droits à respecter si l'enquête a vocation à être effective, impartiale... et probante en cas de contentieux ultérieur. C'est la jurisprudence qui, d'ores et déjà, rappelle

les limites de l'obligation de loyauté de l'employeur dans la mise en œuvre des moyens d'enquête, l'impératif d'un certain respect du contradictoire pour que l'audition d'un salarié soit probante, etc. Aujourd'hui, de plus en plus d'autorités et d'**organismes** se saisissent de ce sujet ; dans ses nouvelles recommandations, l'AFA est, par exemple, encore venue apporter quelques précisions sur l'encadrement dont les enquêtes

internes doivent faire l'objet (définition d'une méthodologie en amont en particulier, propre à garantir un traitement loyal et constant des personnes impliquées).

In fine, il reviendra toutefois au législateur lui-même de se saisir de ce sujet, la pratique de l'enquête interne ayant vocation à se développer.