

AVOCATS

Enquêtes internes : une activité en plein développement pour les avocats GPL448s8

Entretien avec **Matthieu Boissavy**, avocat aux barreaux de Paris et de New-York, vice-président de la commission Libertés et droits de l'Homme du Conseil national des barreaux et **Marie-Anne Frison-Roche**, professeur de droit, directeur du *Journal of Regulation*

Inspirées des Anglo-saxons et boostées par la loi *Sapin II* du 9 décembre 2016, les enquêtes internes sont de plus en plus utilisées par les entreprises françaises pour vérifier la réalité de pratiques douteuses en leur sein, découvertes ou alléguées. Parce qu'il s'agit d'un nouveau champ d'activité pour les avocats, le Conseil national des barreaux (CNB) y a consacré une journée lors de son colloque organisé les 20 et 21 avril 2023 sur le thème « Avocat et droits de la défense dans les enquêtes internes et la justice négociée », qui a réuni 750 participants sur deux jours. **Matthieu Boissavy** et **Marie-Anne Frison-Roche**, qui ont participé à l'organisation de cet événement, nous expliquent les contours de ce nouveau métier.



Marie-Anne Frison-Roche et Matthieu Boissavy à l'ouverture du colloque organisé par le CNB le 20 avril 2023.

Gazette du Palais : Quels sont la place et le rôle de l'avocat dans les enquêtes internes et pourquoi le CNB a-t-il souhaité organiser une journée consacrée à ce sujet ?

Matthieu Boissavy : L'avocat peut avoir deux rôles dans une enquête interne. Le premier est celui d'avocat d'une personne mise en cause ou susceptible d'être mise en cause et qui est auditionnée dans le cadre d'une enquête interne. Un avocat doit pouvoir l'assister y compris lors de l'entretien avec l'enquêteur. Mais nous avons vu lors du colloque que les pratiques sur ce point peuvent être diverses. Le second rôle est celui de l'avocat enquêteur. Dans ce cas-là, l'entreprise demande à un avocat de conduire les investigations internes au sein de son organisation. Cette nouvelle activité est en plein développement. Le Conseil national des barreaux informe et forme les avocats français sur les nouvelles activités de la profession. Il lui a semblé essentiel de consacrer une journée de colloque, le 20 avril 2023, sur le sujet de l'avocat et des droits de la défense dans

les enquêtes internes avant celle consacrée, le 21 avril, à la justice pénale négociée, car les deux sont en lien.

Marie-Anne Frison-Roche : L'enquête interne permet à une entreprise de collecter des informations pour détecter et prévenir des comportements néfastes et reprochables, comme des discriminations, des harcèlements, de la corruption, etc. De ces pratiques, l'on mesure mal l'ampleur et peu d'études sont disponibles à leur propos alors que les intérêts en jeu sont immenses. Les avocats se sont retrouvés avec les magistrats pour échanger sur leurs expériences et expliciter le rôle qu'ils jouent dans ces enquêtes qui constituent par la suite la preuve même des comportements sanctionnables, voire qui sont prescrites pour cela à l'instigation des parquets ou des régulateurs. La présence des avocats doit donc y être centrale.

GPL : Quel est leur rôle dans la réception des alertes ?

M.-A. Frison-Roche : L'entreprise met en place des mécanismes rendant possibles les alertes, souvent des plateformes ou des lignes téléphoniques spécifiques. Mais encore faut-il que ces premières informations, qui peuvent être des indices ou peuvent n'être que l'expression d'une stratégie de nuire, soient traitées. La réception des alertes est donc cruciale. Il peut s'avérer par exemple que celui ou celle qui a toutes les apparences du lanceur d'alerte se révèle être le harceleur. L'avocat doit être présent en tant qu'il porte par nature les droits de la défense puisqu'il sait tout aussi bien défendre celui ou celle qui prend le risque de transmettre l'information sans contrepartie au bénéfice de l'entreprise que défendre celui ou celle qui est visé, peut-être à tort, par ce mécanisme.

M. Boissavy : L'entreprise met en place un système pour la réception des alertes. Elle contacte ensuite son avocat pour les traiter dans le respect des droits des personnes.

GPL : Et dans l'enquête interne proprement dite ?

M.-A. Frison-Roche : L'enquête interne peut ressembler à un procès, le collaborateur répondant aux enquêteurs sur des circonstances dans lesquelles il a pu tenir un rôle reprochable et dont il pourra devoir répondre ultérieurement. Si l'enquête révèle des faits susceptibles d'être ensuite qualifiés de manquement, de faute ou d'infraction, voire si elle a été déclenchée pour rechercher ceux-ci – les *red flags* constituant alors les preuves de ces manquements, fautes et infractions, et les personnes concernées étant ultérieurement poursuivies par le parquet ou subissant un licenciement –, comme le rappelle la jurisprudence sociale, l'enquête interne non seulement peut mais doit alors ressembler à un procès, offrant notamment au collaborateur des droits de la défense, par l'exemple le droit de se taire.

GPL : Quelle est la complémentarité de l'avocat avec le juriste interne ?

M. Boissavy : L'avocat travaille de manière complémentaire avec les juristes d'entreprise. Ils travaillent en parfaite coordination afin de réaliser au mieux leurs missions respectives au service de l'entreprise dans le respect du droit. Ils sont tous les deux soumis à des obligations juridiques et déontologiques et ne peuvent répondre favorablement à des demandes qui seraient contraires à ces obligations. Par exemple, celles et ceux qui mènent une enquête interne au sein d'une entreprise doivent respecter un devoir d'objectivité et même, à mon avis, d'impartialité. Lors du colloque CNB des 20 et 21 avril 2023, nous avons constaté combien il est important que les juristes d'entreprises puissent bénéficier d'une confidentialité de leurs avis juridiques et combien le secret professionnel de l'avocat doit être respecté, en toute matière, tant dans le domaine du conseil que celui de la défense.

M.-A. Frison-Roche : Parce que mener une enquête interne, c'est rechercher la vérité pour éventuellement soit sanctionner soit transmettre la preuve que constitue le rapport qui résulte de l'enquête au parquet, à l'autorité de régulation, au juge d'instruction, etc., le juriste d'entreprise comme l'avocat adopte la même démarche d'impartialité que celle du juge. Pendant les deux jours du colloque, la profonde unité des deux professions est ressortie. Cette impartialité conduit l'avocat et le juriste d'entreprise à recueillir et à développer dans le rapport de l'enquête des faits néfastes à la défense de l'entreprise et de ses collaborateurs. Secret professionnel de l'avocat et confidentialité de la

consultation du juriste d'entreprise doivent donc y être attachés.

GPL : Quels sont outils utilisés pour le calcul des préjudices, la collecte et le traitement des données ?

M. Boissavy : Les avocats enquêteurs font appel à des prestataires extérieurs pour la collecte et la gestion des données nécessaires à la réalisation de l'enquête interne. Ces prestataires se servent de logiciels et de l'intelligence artificielle pour collecter les données pertinentes à l'enquête. Tout doit se faire dans le respect du RGPD. L'avocat doit veiller à ce que les outils utilisés respectent l'objectivité et l'impartialité de l'enquête. Par exemple il doit se méfier des biais que peuvent avoir les algorithmes. Les données collectées servent aussi au calcul des préjudices et des amendes qui pourraient être demandées par le parquet dans le cadre d'une CJIP ou d'une CRPC.

M.-A. Frison-Roche : L'essentiel est que ces nouveaux outils demeurent des aides et ne remplacent pas les êtres humains, l'enquête interne étant une illustration des rapports futurs entre les métiers du droit et les algorithmes. Ainsi la mise en corrélation des chiffres d'une part, le traitement par mots-clés de milliers de courriels d'autre part, ne doit pas remplacer l'investigation menée par des êtres humains écoutant d'autres êtres humains. Il est certain que les algorithmes sont peu sensibles aux droits de la défense, raison de plus pour veiller à ceux-ci.

“ Les principes essentiels doivent être respectés par l'avocat enquêteur ”

GPL : Comment s'applique la déontologie de l'avocat ?

M. Boissavy : La déontologie de l'avocat s'applique pleinement à l'avocat enquêteur. Le serment de l'avocat ainsi que les principes essentiels doivent être respectés par l'avocat enquêteur. Des précisions sont parfois à apporter. Par exemple, à mon avis l'avocat enquêteur ne peut pas être l'avocat de l'entreprise dans un contentieux entre elle et l'une des personnes que l'avocat enquêteur a auditionné dans l'enquête interne.

GPL : Et qu'en est-il des droits de la défense ?

M. Boissavy : L'étendue et la nature des droits de la défense dans le cadre de l'enquête interne sont à préciser. Tout est encore à inventer. Par exemple, de mon point de vue, la personne auditionnée dans une enquête interne et susceptible d'être mise en cause doit pouvoir se faire assister d'un avocat si elle le souhaite, car cette audition peut donner lieu à ouverture d'une procédure disciplinaire ou pénale contre elle. Elle doit aussi pouvoir accéder à des informations qui lui

permettent de comprendre pourquoi elle est susceptible d'être mise en cause.

M.-A. Frison-Roche : Les droits de la défense sont un ensemble de prérogatives qui bénéficient à une personne qui risque une décision qui sera ultérieurement prise à son propos. À ce titre, non seulement elle doit être mise en mesure de participer activement aux discussions qui précèdent à la prise de décision, la défense se superposant alors au débat et au contradictoire, mais encore elle doit avoir la place de faveur, par exemple parler en dernier, voire avoir le privilège de nuire au débat, par le mensonge ou le silence. Or, si la logique du débat est répandue, celle des droits de la défense lorsqu'ils cessent de converger vers la communication ne l'est pas. C'est ainsi que les personnes peuvent faire valoir leur point de vue, que la discussion est relatée dans un procès-verbal, mais l'on ne va pas plus loin. Comme dit Matthieu Boissavy, « tout est encore à inventer ». Ce qui fut fait pour l'enquête préliminaire, qui jadis était sans droits de la défense, doit être fait pour l'enquête interne.

GPL : Quelle est l'étendue du secret professionnel de l'avocat ?

M. Boissavy : L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1970 indique clairement que le secret professionnel de l'avocat s'applique en toutes matières que ce soit dans le domaine du conseil comme celui de la défense.

Un rapport d'enquête interne établi par un avocat enquêteur est couvert par le secret professionnel de l'avocat visé par l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1970 et seul le client pour lequel le rapport a été rédigé est en droit de le transmettre ou pas à un tiers. C'est ce qu'a rappelé le barreau de Paris, le 13 avril 2023, dans une résolution de son conseil de l'ordre en réaction aux propos malheureux du guide pratique de l'Agence française anti-corruption (AFA) et du parquet national financier sur les enquêtes internes anticorruption qui dénie l'existence d'un secret professionnel en la matière quel que soit l'auteur du rapport. Le colloque du CNB des 20 et 21 avril 2023 a été l'occasion de discuter de ce sujet avec des membres de l'AFA et du PNF, et il me semble – c'est un avis personnel – que l'appréciation du parquet national financier sur cette question pourrait peut-être évoluer, notamment dans le cas où le rapport d'enquête interne est rattaché à l'exercice des droits de la défense. C'est un espoir que je formule et je pense même que cela devrait être reconnu y compris lorsque le rapport couvert par le secret professionnel de l'avocat n'est pas rattaché à l'exercice des droits de la défense.

M.-A. Frison-Roche : Pour l'instant les positions s'affrontent. Il convient donc de formuler l'espoir que des points de contact soient trouvés. La présence des magistrats à ce colloque doit renforcer cet espoir.

Propos recueillis par Miren Lartigue