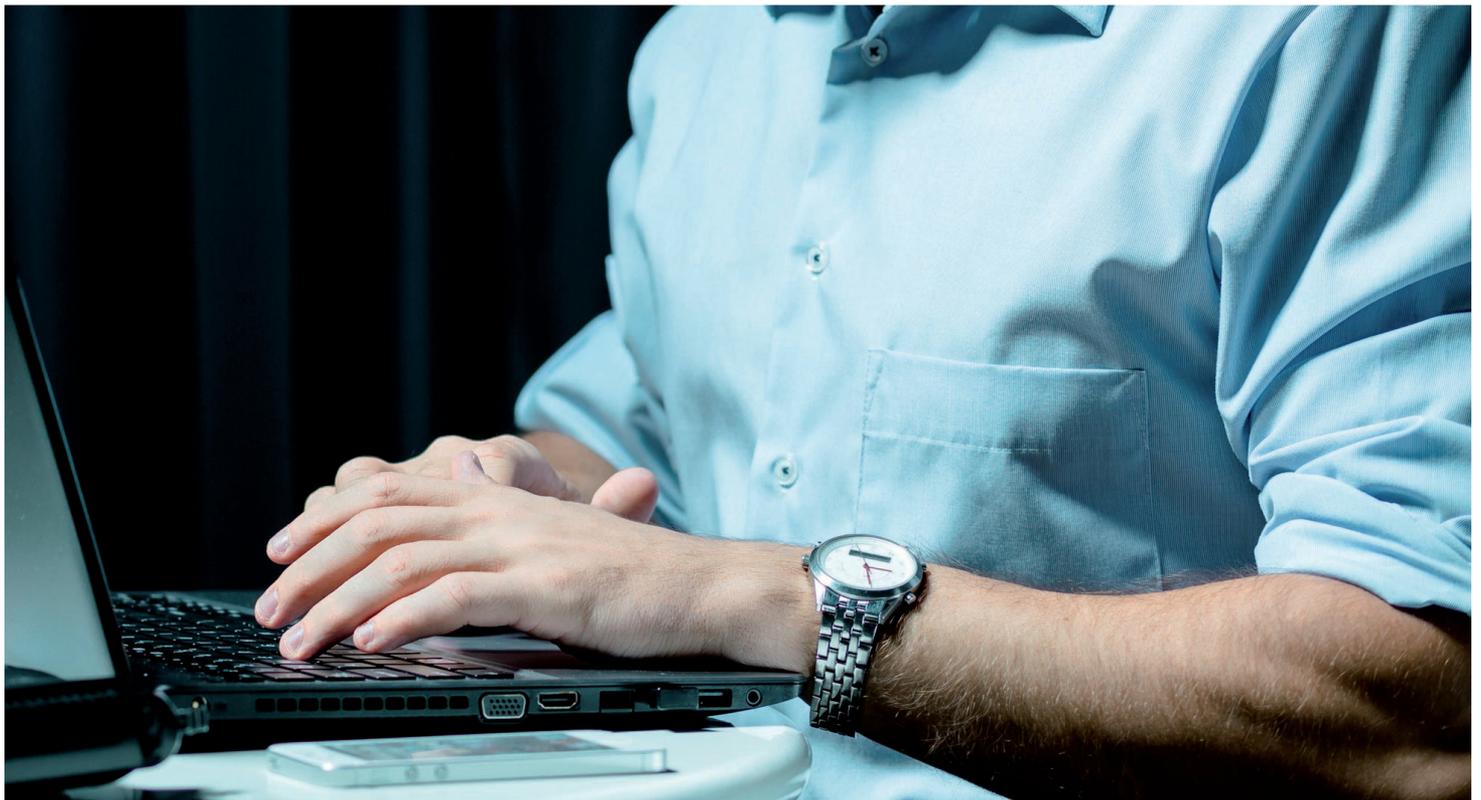


Par Bruno Walter

# Quand l'avocat mène l'enquête

**En mars dernier, la commission de déontologie du barreau de Paris a présenté au conseil de l'ordre un rapport sur la compatibilité entre les règles de la profession d'avocat et la conduite d'enquêtes internes au sein des entreprises. Une activité promise à un fort développement dans l'Hexagone mais qui ne fait pas l'unanimité au sein du barreau français.**



**A**près l'avocat fiduciaire, agent de sportif ou d'artiste, ou encore mandataire en transactions immobilières, voici venu le temps pour la profession de s'interroger sur l'encadrement de l'activité d'avocat enquêteur interne. Est-elle compatible avec les règles déontologiques ? Faut-il amender le règlement interne de la profession comme cela a pu être fait pour d'autres activités ? Début 2016, le barreau de Paris a demandé à sa commission déontologie de se pencher sur le sujet. Une initiative qui arrive à point nommé : la pratique connaît une croissance rapide en France en raison du renforcement des obligations des entreprises en matière de compliance, de lutte contre la corruption, de prévention des risques psycho-sociaux, ou encore des règles du droit de la concurrence. Certaines enquêtes internes ont d'ailleurs connu

de fortes retombées médiatiques : c'est le cas de celle menée chez France Telecom après la vague de suicides qui a touché ses agents, ou chez Volkswagen suite aux révélations sur le trucage de la mesure des rejets de CO<sub>2</sub>. Mais en règle générale, elles s'opèrent de façon beaucoup plus discrète, que ce soit en amont, en prévention, ou en aval, lorsque l'entreprise s'apprête à faire face à une procédure judiciaire et lance une enquête interne pour rassembler les éléments de sa défense. Selon Jean-Pierre Grandjean, associé du cabinet Clifford Chance et membre de la commission déontologie du barreau de Paris, près de trois cents avocats pratiqueraient déjà cette activité en France « *et ce chiffre est amené à doubler dans les cinq ans* », estime-t-il. Le projet de loi Sapin II, en cours d'examen au Parlement, devrait favoriser le développement

de cette pratique dans l'Hexagone, notamment si la version finale du texte retient les dispositions relatives à la transaction pénale dans les affaires de corruption. L'enquête interne nourrit alors le dossier et la négociation avec le juge.

### AVOCAT ENQUÊTEUR : CONSEIL OU EXPERT ?

Il y a cinq ans, la commission de déontologie du barreau de Paris s'était déjà penchée sur la compatibilité de cette mission avec les règles de la profession à la suite d'une mission réalisée par des avocats dans le cadre d'un dossier de harcèlement moral. Pourquoi s'interroger à nouveau ? « *Il s'agissait d'un dossier où les avocats étaient missionnés conjointement par la direction et les représentants du personnel et agissaient donc en tant qu'experts, tel que défini dans l'article 6-2 alinéa 5 du RIN*, précise Jean-Pierre Grandjean. *Alors que dans les enquêtes internes où l'avocat est désigné par une seule partie, la direction, il ne s'agit pas d'une mission d'expertise mais de conseil et d'assistance.* » Une distinction qui emporte en effet des conséquences importantes. Dans le cadre des enquêtes internes prévues et encadrées par le droit du travail (harcèlement, troubles psychosociaux...), l'avocat est saisi conjointement par les deux parties et ne saurait donc être le conseil habituel de l'entreprise ; il ne peut bien évidemment agir dans les procédures qui découleraient de son expertise ; enfin, son rapport n'est pas couvert par le secret professionnel. En revanche, lorsqu'il est missionné par la seule direction pour mener à bien une enquête interne, l'avocat est dans son rôle habituel de conseil et le secret professionnel s'applique.

### RIEN NE S'Y OPPOSE

Selon le bâtonnier de Paris, Frédéric Sicard, l'avocat, « *avec sa déontologie et sa rectitude* », est la bonne personne à qui confier une enquête en qualité d'expert, et l'activité offre de belles opportunités pour la profession en droit du travail et en droit de la consommation. « *En France, l'avocat est souvent perçu comme l'homme d'une partie alors que rien ne s'oppose à ce qu'il soit l'homme de deux intérêts, le tiers compétent choisi pour administrer une preuve* », note-t-il. Ancien vice-bâtonnier de Paris et associé du cabinet Jones Day, où « *les dossiers de compliance et d'identification du*

*risque constituent un tiers de [s]on chiffre d'affaires* », Laurent Martinet a pour sa part déjà réalisé plusieurs enquêtes internes, non pas en qualité d'expert mais de conseil. Il juge que l'activité « *s'inscrit parfaitement dans la mission de conseil* » de l'avocat. « *Nous sommes dans nos fondamentaux, souligne-t-il. Nous rendons un avis neutre et objectif, après avoir proposé une lecture juridique d'un dossier. Nous avons le savoir, la compétence, la technique juridique. Pour la profession, l'enquête interne, ce n'est tout de même pas la révolution !* »

La commission de déontologie du barreau de Paris a d'ailleurs conclu ne pas voir « *sur quelle base légale nous pourrions décider que nos règles ne permettraient pas aux avocats français de pratiquer des enquêtes internes* », relève Jean-Pierre Grandjean. Le rapport a été suivi du vote d'une délibération du conseil de l'ordre de Paris reconnaissant la compatibilité de l'enquête interne avec les règles de la profession. Mais le débat n'est pas clos pour autant. La commission de déontologie travaille désormais sur des recommandations et « *ce n'est pas simple, poursuit-il, il y a des freins psychologiques au sein du barreau* ». Comme pour l'avocat en entreprise, les débats marquent en effet, sinon une rupture, du moins une ligne de démarcation franche entre les pénalistes, d'une part, et le barreau d'affaires, de l'autre.



Frédéric Sicard



Laurent Martinet

### LE SOUCI DU CONTRADICTOIRE

Ainsi, pour certains, l'enquête interne apparaît comme un travail de "basse police", une tâche de juge d'instruction, quand ceux qui la pratiquent la décrivent comme un simple recueil d'informations suivi d'une analyse juridique. « *Nos règles déontologiques offrent toutes les garanties nécessaires quant à la neutralité de l'enquête et au respect des procédures* », commente Laurent Martinet. De fait, l'enquêteur interroge des salariés, lit des courriels, analyse des contrats et des factures... autant de missions strictement encadrées par la loi. Mais un des points les plus controversés concerne l'obligation pour l'avocat enquêteur d'informer tout salarié interrogé de la possibilité d'être assisté d'un conseil. En Allemagne, les avocats y sont tenus. Aux États-Unis, ils pratiquent le "UpJohn Warning" : ils précisent aux salariés qu'ils travaillent pour le compte de la direction de l'entreprise. Les *solicitors* britanniques sont sur la même ligne. Jean-Pierre Grandjean n'est pas favorable à une améri-

**POUR CERTAINS, L'ENQUÊTE INTERNE APPARAÎT COMME UN TRAVAIL  
DE "BASSE POLICE", UNE TÂCHE DE JUGE D'INSTRUCTION, QUAND CEUX QUI LA PRATIQUENT  
LA DÉCRIVENT COMME UN SIMPLE RECUEIL D'INFORMATIONS  
SUIVI D'UNE ANALYSE JURIDIQUE**

canisation : « *Il faudrait faire un UpJohn Warning à la française...* » Lorsqu'il interroge un salarié, Laurent Martinet pour sa part souhaite vivement que ce dernier soit assisté d'un conseil : « *D'une manière générale, l'avocat qui intervient dans le cadre d'une enquête interne est soucieux du respect du contradictoire et des droits de la défense. Et c'est aussi une forme de protection pour lui.* » Autre question non tranchée : l'avocat qui a réalisé une enquête interne pour le compte de la direction peut-il ensuite conseiller l'entreprise dans une procédure à l'encontre d'une des personnes entendues dans ce cadre ? Les avis sont partagés, et les pratiques diffèrent d'un cabinet à l'autre.

**SECRET PROFESSIONNEL :  
L'ATOUT MAÎTRE ?**

Derrière ces interrogations déontologiques se profilent également des considérations de marché car l'avocat n'est pas seul à intervenir sur ce domaine, bien au contraire. Il y est en concurrence directe avec les experts-comptables et les cabinets d'audit, déjà bien installés sur ce marché prometteur. Mieux vaut dès lors faire valoir ses atouts intrinsèques. « *Les experts-comptables sont bons dans le chiffrage, dans la détermination des provisions... mais n'ont pas de lecture véritablement juridique,* relève Laurent Martinet. *Lorsqu'un dossier de compliance risque d'aboutir devant une juridiction, nous savons ce qu'il faut chercher pour répondre aux interrogations du juge et assister au mieux nos clients.* » Et de rappeler, à l'instar de Jean-Pierre Grandjean, que les consultations des avocats sont couvertes par le secret professionnel. Un argument massue ? Directeur juridique groupe d'Orange et président du Cercle Montesquieu, Nicolas Guérin le balaie d'un revers de main : « *L'avocat a le secret professionnel, d'accord, mais après ? Il le garde pour lui ? Dans une entreprise multinationale comme Orange, qui compte 165 000 collaborateurs, l'information doit être multidiffusée. Dès lors, l'entreprise est piégée car ses juristes internes ne bénéficient pas du legal privilege, du moins pas en France. Évidemment, on peut toujours travailler avec des notes blanches, mais ce n'est pas sérieux...* » Un avis que ne partage pas Jean-Charles Henry, directeur juridique de CGI France : « *Le secret professionnel des avocats sécurise l'entreprise, à nous ensuite de trouver les formulations en interne pour faire remonter les informations et répercuter les conclusions de manière confidentielle.* »



Jean-Pierre  
Grandjean



Jean-Charles Henry

**DIVERGENCES D'APPRÉCIATION**

Dans le cadre des enquêtes internes prévues par la loi en matière de droit du travail, « *l'avocat réalise une mission d'expert et son secret est alors limité comme l'est le secret médical devant la justice,* rappelle le bâtonnier Frédéric Sicard. *Mais un avocat peut remplir sa mission tout en respectant le secret professionnel : il peut, par exemple, expliquer qu'un salarié n'est pas apte, pour des raisons médicales, à occuper un poste donné, sans dire de quel trouble il souffre.* » Selon lui, le débat – qu'il soit vif – sur la question de l'étendue du secret professionnel « *se résout avec la lettre de mission* », qui en définit précisément les contours. Dès lors, si un avocat découvre incidemment une information sensible dans le cadre d'une enquête, il « *n'est pas tenu de la dévoiler* » si elle n'entre pas dans le périmètre fixé par la lettre de mission. Mais là encore, les avis sont partagés. « *C'est la querelle classique entre anciens et modernes,* relève Jean-Pierre Grandjean. *Chacun vient avec sa pratique, la culture de son cabinet et les besoins de ses clients. Les pénalistes, eux, sont assez absolutistes. D'autres ont une conception plus axée sur le conseil, où le client est maître du secret et peut en délier son avocat lorsque ses intérêts le commandent. C'est la règle couramment admise en Europe.* »

**DES PRATIQUES TRÈS DIVERSIFIÉES**

Chez Orange, la direction dispose de son propre service d'enquête, rattaché à la direction du contrôle général. « *La culture du contrôle interne de l'entreprise est liée à son histoire d'ancienne administration, un héritage de l'Inspection générale,* précise Nicolas Guérin, à la tête de la direction juridique, qui a édité des "guides" d'enquête à cet effet. *Il arrive parfois que nous fassions appel à des commissaires aux comptes et la direction juridique se met alors au service des enquêteurs en détachant un ou deux juristes pour les aider.* » Chez CGI, le recours à l'avocat est à l'inverse très apprécié car « *ils nous apportent la méthodologie, la confidentialité et la neutralité d'un regard extérieur* », témoigne Jean-Charles Henry. « *Quant à la direction juridique, elle joue un rôle d'intermédiation, poursuit-il. D'un côté, nous fournissons à l'avocat des informations sur le contexte opérationnel ; de l'autre, nous prenons en charge la dimension humaine des relations avec les salariés : il est important de pouvoir expliquer précisément ce qu'il se passe à un salarié dont on vient de saisir le PC et comment l'entreprise et ses conseils vont l'accompagner.* » □