



RAPPORT N°

CONFIDENTIALITÉ :

COMMISSION : Général – fonctionnement du conseil

MOTS CLÉS : Conseil de l'Ordre - publicité des débats - retransmission

RAPPORT SUR L'AVOCAT CHARGE D'UNE ENQUETE INTERNE

RAPPORTEUR :

M. Jean-Pierre Grandjean

DATE DE LA REDACTION :

25 février 2016

BATONNIER EN EXERCICE :

M. Frédéric Sicard

DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

8 mars 2016

CONTRIBUTEURS :

Monsieur Jacques Bouyssou

Monsieur Denis Chemla

Mme Emilie Vasseur

TEXTES CONCERNES :

Article 6 RIN

("Champ d'activité professionnelle de l'avocat")

Article 1 RIN

("Principes essentiels")

Article 2 RIN

("Secret professionnel")

Article 4 RIN

("Conflits d'intérêts")

RESUME :

Le Bâtonnier a souhaité que la question posée par une demande d'avis déontologique sur l'activité de l'avocat chargé d'une enquête interne fasse l'objet d'une réflexion au sein du Conseil.

Cette activité a connu à l'étranger un fort développement. Elle se développe en France où elle est, pour les avocats, une opportunité face aux auditeurs qui l'ont investie.

Il est proposé de confirmer qu'elle rentre dans le champ d'activité professionnelle de l'avocat, dont la déontologie offre des garanties que d'autres professions n'apportent pas dans ce secteur d'activité.

CHIFFRES CLES :

TEXTE DU RAPPORT

A) CONTEXTE

L'Ordre est saisi d'une demande d'avis déontologique relative à une enquête réalisée par un cabinet d'avocats parisien au sein d'une entreprise qui l'a mandatée à cet effet, portant sur d'éventuels actes de harcèlement moral au sein de cette entreprise. L'enquête visait à *"faire ressortir des éléments permettant de corroborer ou non l'existence d'actes constitutifs de harcèlement moral"*.

[Le nom de cette entreprise n'est pas mentionné pour préserver l'anonymat des personnes concernées. Il s'agit d'une petite entreprise dont le siège est à Paris.]

Ce cabinet d'avocats a procédé à l'audition des salariés de l'entreprise, y compris celle qui s'était plainte auprès de son employeur d'un harcèlement moral et sa supérieure hiérarchique mise en cause.

Les salariés en avaient été préalablement avisés par la direction de l'entreprise qui leur avait précisé :

"que vous êtes seuls décisionnaires d'apporter ou non votre contribution à l'enquête ; votre volonté de ne pas honorer le rendez-vous ne portera pas à conséquence ;

que les témoignages apportés lors du rendez-vous sont confidentiels (sauf demande contraire de votre part) ;

qu'un rapport d'enquête sera communiqué à la Présidence, étant entendu que les témoignages seront rendus anonymes, sauf demande contraire de votre part et sauf naturellement la plaignante".

Le rapport d'enquête de l'avocat a été transmis à la Présidence de l'entreprise, avec mention de sa confidentialité. Après avoir (i) indiqué la mission, (ii) présenté la méthodologie et (iii) rendu compte sur une base anonyme de l'enquête effectuée, le rapport (iv) rappelait la définition légale du harcèlement moral et la jurisprudence, pour (v) conclure *"qu'au regard de ce qui a été précédemment développé, la qualification de harcèlement moral et de discrimination (...) ne nous semble pas juridiquement justifiée"*.

Les confrères qui ont saisi l'Ordre sont ceux de la salariée qui se plaignait d'un harcèlement. Ils estiment que *"l'intervention d'un cabinet d'avocats pour procéder à une telle «enquête» est problématique et susceptible de poser de graves difficultés sur le plan déontologique"*.

De son côté, le cabinet d'avocats concerné indique avoir été *"mandaté pour, après audition des personnes intéressées, collectionner et vérifier la matérialité des faits de harcèlement reprochés et analyser juridiquement l'existence ou non d'un tel harcèlement"*. Il considère avoir mené cette mission *"avec déontologie, neutralité et méthodologie"*. Il souligne qu'interdire aux avocats de procéder à de telles enquêtes serait *"donner libre champ à d'autres enquêteurs non soumis à notre déontologie"*.

Ce dossier particulier contient des éléments de discussion qui lui sont propres et qui seront, après audition des confrères, appréciés par la Commission des Conflits d'Intérêts et Incompatibilités.

Il pose une question de principe que le Bâtonnier a souhaité soumettre à la réflexion du Conseil de l'Ordre, en vue d'une délibération sur la conformité de cette activité à nos règles déontologiques.

B) QUESTION DE PRINCIPE

La question de principe est celle de savoir (i) si l'enquête interne rentre dans le champ des activités ouvertes à la profession d'avocat et (ii) si l'avocat chargé d'une enquête interne est soumis au secret professionnel.

Cette question a été examinée, en 2011, en Commission Plénière de déontologie à l'occasion d'une enquête conduite par des avocats en droit du travail, comme dans le dossier aujourd'hui soumis pour avis à l'Ordre.

La réponse qu'elle avait alors reçue paraît devoir être précisée compte-tenu du développement en cours de cette activité dans des domaines autres que le droit social (dont le droit de la concurrence) et qu'elle est appelée à se développer davantage encore avec les projets de loi en cours (obligation de vigilance, Loi Sapin II) qui vont faire peser sur les entreprises des obligations de prévention et de conformité ("*compliance*") renforcées.

(i) L'enquête interne rentre-t-elle dans le champ de l'activité de l'avocat ?

En 2011, la Commission de déontologie a répondu affirmativement à cette première question en considérant qu'elle s'inscrivait dans le cadre de l'article 6-2 alinéa 5 du RIN selon lequel un avocat "*peut être investi d'une mission d'arbitre, d'expert, de médiateur, de conciliateur, de séquestre, de liquidateur amiable ou d'exécuteur testamentaire*".

On sait que, ces dernières années, le RIBP a ouvert à la profession d'avocat des activités nouvelles : avocat intermédiaire en assurances (art. P. 6.2.0.1) ; avocat correspondant à la protection des données personnelles (art. P.6.2.0.2) ; avocat mandataire sportif (P.6.2.0.3) ; avocat mandataire en transactions immobilières (P.6.2.0.4) ; avocat mandataire d'artistes et d'auteurs (P.6.2.0.15). Dans sa séance du 9 février 2016, le Conseil vient d'ajouter l'avocat en matière de risques, intelligence économique et sécurité (article P.6.2.0.6). Des règles propres à ces activités ont été définies pour les avocats qui les exercent, auxquels les principes essentiels de notre profession s'appliquent comme à tout avocat.

Il ne paraît pas nécessaire, pour l'avocat chargé d'une enquête interne, de créer une catégorie spécifique.

En effet, cette activité apparaît rentrer pleinement dans celles ouvertes à l'avocat, soit qu'il s'agisse d'une mission d'expertise au sens de l'article 6-2 alinéa 5 précité du RIN, soit qu'elle rentre dans sa mission générale de conseil et d'assistance au sens de l'article 6-2 alinéa 2 du RIN, selon lequel : "*(L'avocat) fournit à ses clients toute prestation de conseil et d'assistance ayant pour objet, à titre principal ou accessoire, la mise en œuvre des règles ou principes juridiques (...)*".

Rappelons que l'article 6-1 RIN, définissant le champ d'activité de l'avocat, énonce qu'il est un "*acteur essentiel de la pratique universelle du droit*" et "*a vocation à intervenir à titre professionnel dans tous les domaines de la vie civile, économique et sociale, dans le respect des principes essentiels régissant la profession*".

Cette définition est suffisamment large pour inclure la réalisation d'une enquête interne visant à permettre de donner un avis ou un conseil à un client sur une situation factuelle au regard d'une norme juridique.

Tel apparaît être le cas dans le dossier soumis à l'Ordre en 2015, où la mission de l'avocat est, après une enquête interne, de donner un avis juridique sur une possible situation de harcèlement moral au sein d'une entreprise.

Tel est plus généralement le cas, en dehors du droit du travail, quand une enquête interne vise à conseiller une entreprise sur un possible manquement à une obligation légale, telles celles résultant par exemple du droit de la concurrence, de la réglementation bancaire, financière et boursière ou de la prévention du risque de corruption au sein d'une entreprise.

Le droit est omniprésent dans la vie des entreprises, sa complexité est croissante et son application contrôlée tant par des sanctions pénales que par des autorités de régulation, ce qui a développé le besoin pour les entreprises de mettre en place des programmes dits de "*compliance*" dont les enquêtes internes sont une partie intégrante. L'avocat trouve sa place naturelle dans ces problématiques dont le caractère juridique n'est pas discutable.

Exclure l'avocat de ce champ d'activité n'aurait pas de base légale. Ce serait lui fermer la porte, en France, à une activité qui, dans les pays anglo-saxons comme ailleurs en Europe et dans le monde, connaît un fort développement, soit que l'enquête interne soit imposée par un régulateur, soit qu'elle soit décidée par l'entreprise de sa propre initiative dans le souci de se conformer à ses obligations légales.

Les auditeurs sont très actifs dans ce domaine d'activité où les avocats ont toute leur place à prendre.

Contrairement aux auditeurs, les avocats sont soumis, en toute circonstance, à une déontologie qui est une garantie d'exécution de ces enquêtes avec indépendance et dans le respect de nos principes essentiels, qui sont ici de première importance.

Conformément à ces principes, l'avocat chargé d'une enquête interne doit agir avec dignité, conscience, probité et humanité. Également avec loyauté, délicatesse, modération et courtoisie (art. 1.3 RIN). Un manquement à ces principes essentiels serait une faute susceptible de sanction disciplinaire (art. 1.4 RIN).

Notre déontologie n'est pas un obstacle à cette activité. Elle est au contraire, du simple fait que tout avocat y est soumis, la raison pour laquelle les avocats sont les mieux placés pour investir pleinement ce champ d'activité, avec les garanties qu'offre notre déontologie.

Nos homologues européens (sollicitors anglais ou avocats allemands, notamment) pratiquent largement cette activité. Il serait anormal que les entreprises françaises soient contraintes de faire réaliser leurs enquêtes internes par des avocats étrangers si les avocats français s'en trouvaient empêchés par leur déontologie.

Ainsi, que ce soit au regard des textes applicables à la profession d'avocat ou en opportunité au regard du développement de cette activité, il convient de confirmer qu'elle entre dans le champ d'activité de l'avocat dès lors que l'avocat chargé d'une enquête interne l'accomplit dans le respect de nos principes essentiels.

(ii) L'avocat chargé d'une enquête interne est-il lié par le secret professionnel ?

Le cas soumis à la Commission de déontologie en 2011 était celui d'une enquête interne menée de concert entre la direction de l'entreprise et ses instances représentatives à la suite d'une dénonciation de faits de harcèlement moral, dans le contexte spécifique du droit du travail. Il avait été considéré qu'il s'agissait d'une expertise (au sens de l'article 6.2 alinéa 5 précité du RIN) et que le rapport d'enquête ayant vocation à être communiqué, "*les propos tenus lors des auditions ne sont pas couverts par le secret professionnel*".

En revanche, lorsque l'enquête interne s'inscrit dans la mission générale de conseil et d'assistance des articles 6-1 et 6-2 alinéa 2 du RIN (cf. supra), le secret professionnel conserve toute sa place dans les relations entre l'avocat et son client.

Ce qui ne veut pas dire que l'avocat ne puisse pas retranscrire dans son rapport les propos tenus par des tiers qui ne sont pas ses clients (tels les salariés de l'entreprise qui lui a confié une mission d'avis juridique après enquête interne) ni que la transmission de son rapport à son client pose le moindre problème.

Mais, dans le cadre d'une telle mission, l'avocat reste tenu au secret professionnel et ce, tant à l'égard de son client que vis-à-vis des tiers : il ne saurait en particulier, sans violer le secret professionnel, communiquer à des tiers le résultat de son enquête ni des éléments (auditions ou pièces) recueillies lors de celle-ci.

Bien loin d'être un handicap dans ce domaine d'activité en développement, le secret professionnel est au contraire un atout pour la profession d'avocat par rapport à d'autres professions qui ne sont pas soumises à notre déontologie ni au secret professionnel de l'avocat qui assure la confidentialité de l'enquête et de son résultat.

Il paraît essentiel, pour le développement en cours de cette activité, de confirmer sa soumission au secret professionnel lorsqu'elle rentre dans le cadre général de l'article 6-2 alinéa 2 (précité) du RIN.

(iii) L'avocat chargé d'une enquête interne peut-il être l'avocat habituel de l'entreprise ?

Dans le prolongement de ce qui précède, un autre point ne paraît poser de difficulté.

L'avis de 2011 indiquait que l'avocat diligentant une enquête interne ne pouvait pas être l'avocat habituel de l'entreprise, car il manquerait d'indépendance en tant qu'expert.

En revanche, lorsque l'avocat n'est pas missionné comme expert (article 6-2 alinéa 5 RIN) mais comme conseil (article 6-2 alinéa 2 RIN), il est difficilement envisageable que l'entreprise ne puisse pas s'appuyer sur un avocat qui connaît son marché et ses activités et en qui elle a confiance pour savoir si, en tant que personne morale, elle a violé la loi et encourt des risques.

Au demeurant, la notion d'avocat habituel n'a pas grand sens pour les grands groupes qui sont assistés par de multiples cabinets d'avocats.

C'est pourquoi, en dehors du cas où l'avocat est missionné comme expert, on peut considérer que l'avocat chargé d'une enquête interne puisse être l'un de ses avocats habituels qui, conformément à l'article 1.1 RIN, remplira sa mission avec l'indépendance qui est celle de tout avocat.

C) AUTRES QUESTIONS

Il est plus délicat de répondre à deux autres questions soulevées par la pratique, en développement en France, des enquêtes internes menées par un avocat.

Bien qu'elles ne se posent pas dans le cas actuellement soumis à la Commission de déontologie, elles méritent d'être abordées dans le présent rapport qui recommande de mener, sur les deux points suivants, une réflexion en concertation avec les praticiens. Suivant le domaine dans lequel ils interviennent (droit de la concurrence, prévention du risque pénal ou réglementation financière ou boursière, notamment), ceux-ci ne paraissent pas tous avoir les mêmes pratiques.

(i) L'avocat chargé d'une enquête interne doit-il entendre les personnes intéressées en présence de leur avocat ou en leur ayant offert cette possibilité ?

L'article 8 RIN impose à l'avocat, dans une négociation, d'impliquer l'avocat de l'autre partie dans les pourparlers et, en matière judiciaire, de ne prendre contact avec la partie adverse que par une lettre d'usage l'invitant à se faire assister d'un avocat.

L'avocat chargé par son client de réaliser une enquête interne (et qui entend dans ce cadre les personnes intéressées par cette enquête) ne se trouve pas dans ces situations.

Il ne s'agit pas d'une négociation ni d'une prise de contact avec l'adversaire de son client, mais d'entendre une personne susceptible d'éclairer l'enquête.

Il se peut que cette personne, en raison des faits sur lesquels porte l'enquête, n'ait aucune raison de songer à se faire conseiller par un avocat. Mais il se peut aussi qu'en raison de sa participation directe ou indirecte à ces faits, elle puisse en ressentir le besoin voire simplement le souhaiter.

La réponse à cette problématique réside dans nos principes essentiels.

La loyauté, la délicatesse et l'humanité se rejoignent pour conduire l'avocat en charge d'une enquête interne à ne pas procéder à l'audition d'une personne sans l'assistance d'un avocat et à tout le moins, sans lui avoir proposé de se faire conseiller par un avocat, lorsqu'il existe une raison de penser que cette personne puisse se voir reprocher un agissement à la suite du rapport que l'avocat remettra à son client.

Une enquête interne peut donner lieu à un compte-rendu d'entretien : les personnes interrogées pourraient être invitées, si les circonstances le commandent, à faire relire ce compte-rendu par un conseil de leur choix. C'est en conscience que l'avocat résoudra cette situation, dans le respect de nos principes essentiels.

Il ne paraît donc pas devoir être imposé à l'avocat chargé d'une enquête interne de proposer en toute circonstance aux personnes qu'il entend l'assistance d'un avocat. C'est en fonction des circonstances qu'au regard de nos principes essentiels l'avocat pourrait se voir reprocher, au plan déontologique, ne l'avoir pas fait.

On pourrait toutefois considérer cette distinction trop subjective et qu'alors que nous cherchons à asseoir encore davantage le rôle de l'avocat dans les investigations auxquelles sont soumises nos clients, s'en dispenser dans les enquêtes internes menées par un avocat serait paradoxal quand bien même l'enquête interne n'est, par définition, pas coercitive.

La pratique, telle qu'elle se dégage à partir des éléments d'information recueillis auprès de plusieurs praticiens ne semble pas être uniforme. Certains estiment préférable d'informer en toutes circonstances les personnes qu'ils entendent (même non "suspectes") de la possibilité d'être assistées ou prendre conseil auprès d'un avocat. D'autres semblent réserver cette mention au cas où ils entendent une personne susceptible de se voir reprocher une faute en fonction du rapport d'enquête qui sera remis à l'entreprise.

A l'étranger, les pratiques ne sont pas non plus uniformes. En Allemagne, l'Association du Barreau Fédéral (*Bundesrechtsanwaltskammer*) recommande d'informer le salarié de son droit à l'assistance d'un avocat. Mais telle n'est pas la règle en Angleterre où l'avocat est soumis au devoir de ne pas tirer avantage de la situation ("*obligation not to take unfair advantage of third parties*", *chapter 11 of the Code of Conduct, outcome 11.1 and Indicative Behaviour 11.7*). Aux Etats-Unis, les avocats se conforment à l'"*Upjohn warning*", consistant à indiquer clairement qu'ils agissent pour la société qui les a chargés de l'enquête interne, et non pour la personne qu'ils interrogent.

Plutôt que de proposer au Conseil une délibération sur ce point, qui suppose une réflexion plus approfondie, il est proposé de confier au rapporteur et aux contributeurs du présent rapport le soin de revenir vers le Conseil avec des recommandations établies en concertation avec les praticiens et à la lumière des règles et pratiques dans d'autres pays où cette activité s'est développée. Ces recommandations pourraient, après leur adoption par le Conseil, être annexées au RIBP.

(ii) L'avocat chargé d'une enquête interne peut-il agir comme conseil en cas de contentieux ultérieur sur les faits ayant donné lieu à son enquête ?

La Commission de déontologie avait répondu négativement à cette question en 2011, sur un rapport recommandant "*de prohiber l'intervention de l'avocat qui a été nommé enquêteur dans toute procédure civile ou judiciaire afférente ou découlant de l'enquête*" (rapport du 15 novembre 2011, p. 7 et 8).

Cette réponse ne vaut qu'en considération d'une mission d'expertise au sens de l'article 6-2 alinéa 5 RIN, dans le contexte spécifique du cas alors envisagé. Pour ce qui est des enquêtes internes s'inscrivant dans le cadre général de l'article 6-2 alinéa 2 du RIN, la situation se présente différemment.

Le plus souvent, les entreprises diligentent des enquêtes internes afin de déterminer si elles se sont-elles-mêmes, en tant que personne morale, rendues coupables d'infractions, de pratiques anticoncurrentielles, de défaut d'information des marchés financiers, de corruption... etc. L'enquête est alors très difficile à isoler de la défense de l'entreprise devant les autorités ou les juridictions concernées. Ses résultats orienteront les choix procéduraux (demandes de clémence, transactions avec les autorités, élaboration d'arguments en défense). Certaines décisions doivent parfois être prises dans les heures qui suivent la fin de l'enquête (tel est le cas en droit de la concurrence lorsqu'une procédure de clémence est mise en œuvre), et l'on voit mal comment les clients pourraient changer d'avocat dans ces circonstances. De plus, des enquêtes internes peuvent être demandées par les autorités à tout stade de la procédure. On voit mal, dans ces situations, comment interdire à l'avocat en charge de la défense de l'entreprise de procéder à l'enquête ou, inversement, à l'avocat en charge de l'enquête de défendre l'entreprise. Des centaines d'avocats de notre Barreau, tels ceux qui pratiquent le droit de la concurrence ou le droit boursier, exercent dans ces conditions.

Au plan déontologique, l'avocat qui a mené une enquête interne doit pouvoir agir pour la personne morale qui l'a missionné à cette fin, lorsqu'il s'agit d'assister ce client dans une procédure diligentée contre lui par une autorité publique ou par un tiers.

Plus discutée est la question de savoir si l'avocat pourra agir contre une personne physique qu'il a entendue au cours de son enquête. Certains praticiens répondent négativement mais d'autres s'interrogent sur cette possibilité au moins lorsque, pendant l'enquête, la personne interrogée a non seulement été informée de son droit à l'assistance d'un avocat mais a eu effectivement recours à l'assistance d'un avocat pendant son audition. Ainsi posée, la question mérite un approfondissement. D'autant que plusieurs situations peuvent en pratique se présenter. Celle où un avocat agirait directement contre la personne interrogée (dans une instance prud'hommale par exemple), suscite, au plan déontologique, le plus de réserves.

Sur ce point également, il est donc proposé de confier au rapporteur et aux contributeurs du présent rapport le soin de revenir vers le Conseil avec des recommandations établies en concertation avec les praticiens et à la lumière des règles et pratiques dans d'autres pays où cette activité s'est développée. Ces recommandations pourraient, après leur adoption par le Conseil, être annexées au RIBP.

1. CALENDRIER DE MISE EN ŒUVRE :

IMMEDIATE

Le dossier particulier ayant donné lieu, sur le souhait de Monsieur le Bâtonnier, à cette délibération sera traité par la CCII après audition des avocats concernés.