



RAPPORT N°

CONFIDENTIALITÉ :

COMMISSION : Général – fonctionnement du conseil

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

RECOMMANDATIONS POUR L'AVOCAT CHARGE D'UNE ENQUETE INTERNE

RAPPORTEUR :

M. Jean-Pierre Grandjean

DATE DE LA REDACTION :

18 août 2016

BATONNIER EN EXERCICE :

M. Frédéric Sicard

DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

13 septembre 2016

CONTRIBUTEURS :

M. Pierre-Olivier Sur

M. Denis Chemla

Mme Emilie Vasseur

TEXTES CONCERNES :

RIBP

RESUME :

Conformément à la délibération du 8 mars 2016, le présent rapport soumet au Conseil des recommandations relatives à l'exercice de l'activité d'enquête interne, en vue de leur annexion au RIBP.

TEXTE DU RAPPORT

Le Conseil de l'Ordre a voté le 8 mars 2016 la résolution suivante :

"Sur un rapport de Monsieur Jean-Pierre Grandjean, le Conseil de l'Ordre considère que l'enquête interne rentre dans le champ professionnel d'activité de l'avocat, soit qu'elle s'inscrive dans le cadre particulier de l'article 6-2 alinéa 5 du RIN, soit qu'elle relève de sa mission générale de conseil et d'assistance dans le cadre des articles 6-1 et 6-2 alinéa 2 du RIN.

Cette activité est soumise aux principes essentiels qui s'imposent en toutes circonstances à l'avocat.

Des recommandations seront établies en vue de leur annexion au RIBP."

Dans le prolongement de cette délibération, le présent rapport propose des **recommandations** en vue de leur annexion au RIBP afin de donner à l'activité d'enquête interne un cadre déontologique complémentaire à celui de nos principes essentiels (art. 1.3 RIN).

Le débat intervenu sur cette résolution a fait ressortir plusieurs points de discussion, dont un excède les limites d'une délibération sur ces recommandations.

Il s'agit du **secret professionnel**. Selon l'avis de la Commission Plénière de Déontologie de 2011 (ci-joint l'annexe 3), l'enquête interne n'est pas couverte par le secret professionnel lorsqu'elle est réalisée par un avocat en tant qu'expert (article 6.2 alinéa 5 du RIN).

En effet, le secret professionnel s'applique dans les rapports entre l'avocat et son client, mais il ne s'applique plus lorsque l'avocat intervient dans une autre activité, compatible avec la profession d'avocat (cf. ADER et DAMIEN, Règles de la profession d'avocat, édition 2016, par S.Bortoluzzi, Dominique Piau et Thierry Wickers, n°412.14 pages 507 et 508). La Commission de déontologie l'a dit pour le médiateur (avis n°122/20.4674 du 7 septembre 2010) ou l'amiable compositeur (avis n°122/21.1706 du 1^{er} février 2010) et cela s'induit de l'avis précité de la commission plénière de 2011 sur l'avocat-enquêteur intervenant comme expert.

En revanche, lorsqu'elle s'inscrit dans une activité d'assistance ou de conseil (articles 6.1 et 6.2 alinéa 2 RIN), cette activité est légalement soumise au secret professionnel, en vertu de l'article 66.5 de la loi du 31 décembre 1971 : "*En toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, [...], les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel*".

Comme l'a souligné le rapport présenté au Conseil de l'Ordre le 8 mars 2016, les avocats français s'auto-excluaient de cette activité en plein développement si leurs enquêtes internes n'étaient pas couvertes par le secret professionnel comme le sont celles de leurs homologues européens. Le secret professionnel, qui assure la confidentialité des enquêtes internes, est l'une des principales raisons pour lesquelles les clients choisissent de les confier à des avocats plutôt qu'à des auditeurs non soumis à notre déontologie.

L'article 2 RIN précise que : "*L'avocat est le confident nécessaire du client. Le secret professionnel de l'avocat est d'ordre public. Il est général, absolu et illimité dans le temps. Sous réserve des strictes exigences de sa propre défense devant toute juridiction et des cas de déclarations ou de révélations prévues ou autorisées par la loi, l'avocat ne commet, en toute matière, aucune divulgation contrevenant au secret professionnel*".

Lorsqu'un avocat, agissant pour une personne morale – sa cliente – effectue à sa demande une enquête interne en son sein pour déterminer s'il existe, au plan juridique, une situation contraire au droit, deux cas de figure peuvent se présenter en pratique : soit l'entreprise confie cette mission à un avocat dit "indépendant" (c'est-à-dire avec lequel elle n'a pas de relation pré-existante), soit elle recourt à l'un de ses conseils habituels. Dans les deux cas, et sauf à vouloir qu'il reste entièrement confidentiel, le client peut être ultérieurement appelé à utiliser le rapport d'enquête interne : soit pour apporter, devant une autorité régulatrice ou une juridiction, un éclairage sur les mesures prises par l'entreprise afin de prévenir ou de réagir à une situation illicite ; soit pour les besoins de la défense de ses intérêts devant une autorité régulatrice ou une juridiction devant laquelle l'entreprise serait poursuivie avant, pendant ou après l'enquête interne. La question se pose alors de savoir dans quelle mesure l'avocat ayant effectué l'enquête interne reste tenu par le secret professionnel.

La conception française du secret professionnel (héritée de l'époque antérieure à 1991 où la mission de l'avocat était exclusivement judiciaire) est que ce secret est absolu, "*de sorte que l'avocat ne peut en être délié par quiconque même par son client*" (cf. Règles de la profession d'avocat, 15^{ème} édition, 2016, par S.Bortoluzzi, D. Piau et T.Wickers n°412.102).

Telle n'est pas la solution retenue dans la plupart des pays (y compris en Allemagne – cf. Gaz. Pal. 2 août 2008, p.17) où l'avocat peut transmettre à des tiers des informations relatives à un dossier dans la mesure où (i) son client le lui demande et où (ii) l'intérêt du client le commande.

Lors du débat intervenu au Conseil le 29 mars sur le "*Modèle de Code de Déontologie*" du CCBE, il a été rappelé que dans son principe, le secret professionnel de l'avocat est "*général et absolu à l'égard des tiers*".

Il reste que le secret professionnel est relatif dans son étendue, l'avocat pouvant puiser, même dans les confidences reçues d'un client, ce qu'il considère être "*bon d'exposer pour la défense de celui-ci*" (Règles de la profession d'avocat, *op. cit.*, n°412-13). Le secret professionnel ne fait pas obstacle à ce que l'avocat "*communique des informations et documents reçus de son client afin de faire valoir les droits de ce dernier ou d'exécuter sa mission dans l'intérêt de son client*" (*ibid*).

Un Congrès du CNB le 16 octobre 2016 (qui aura pour thème "*Transparence et Secret*") sera l'occasion d'une réflexion sur ce sujet que le présent rapport ne propose pas d'aborder à nouveau. Il faut sans doute avoir à l'esprit que le développement de l'activité d'enquête interne en France posera la question du secret professionnel dans une dimension nouvelle, avec des pratiques qui évolueront dans des cadres législatifs nouveaux, tel celui de la loi Sapin 2 sur la prévention et le traitement du risque de corruption dans les entreprises.

En l'état des textes et de notre déontologie, soit l'enquête interne est réalisée par un avocat dans son activité d'assistance et/ou de conseil et elle se trouve légalement soumise au secret professionnel, soit elle est effectuée par un avocat en tant qu'expert et elle peut alors s'analyser comme une mission spécifique où le secret professionnel ne trouve pas à s'appliquer.

Pour ce qui est, au regard du secret professionnel, de l'activité nouvelle en matière de risques psycho-sociaux (avec l'obligation faite à l'employeur de prévenir ces risques – article L.4121 du Code du travail), cette activité apparaît relever de l'expertise de telle sorte qu'elle n'est pas soumise au secret professionnel. Elle le serait s'il s'agissait d'une activité d'assistance ou de conseil.

Il en va de même pour le "*moniteur*" que certaines législations chargent de veiller à la mise en place ou au renforcement d'un programme de "*compliance*", en accompagnement d'une sanction pécuniaire prononcée par un juge ou une autorité de régulation. La loi Sapin 2 s'inspire de ces législations pour prévoir le recours à des personnes qualifiées chargées d'assurer le suivi d'un programme de mise en conformité (art. 764-44 du projet de loi). C'est une activité qu'un avocat pourra accomplir en tant qu'expert, sans être tenu par le secret professionnel, sans quoi il ne pourrait pas exercer cette activité nouvelle.

Il ne peut être question, dans notre RIBP, de modifier le cadre législatif du secret professionnel ni le RIN qui dans les termes précités disposent qu'il s'applique à toute activité de défense ou de conseil.

Mais il importe d'y rappeler que le secret professionnel **ne s'impose pas au client** (Règles de la profession d'avocat, *op cit*, n° 412-91) de telle sorte que des informations ou un rapport d'enquête remis par l'avocat à son client ne sont pas soumis, pour celui-ci, à une interdiction de divulgation. Un dossier particulier soumis à la Commission de déontologie a montré qu'il pouvait exister, sur ce point, une ambiguïté. Il ne faudrait pas que des personnes entendues par un avocat dans une enquête interne puissent être surprises (ou prétendre l'être) par la communication que ferait l'entreprise de ces informations, soit en son sein, soit auprès d'une autorité administrative ou judiciaire. Le client de l'avocat peut en effet communiquer à des tiers des informations reçues de son avocat (Règles de la profession d'avocat, *op cit*, n° 412-94).

D'autres recommandations permettront de préciser le cadre déontologique de l'activité d'enquête interne.

Ces recommandations pourront comporter un tronc commun (1) puis des recommandations propres à l'activité d'enquête interne réalisée par un avocat dans une mission d'assistance ou de conseil (2) et des recommandations propres à l'activité d'enquête interne menée par un avocat dans le cadre d'une mission d'expertise (3).

Le projet de ces recommandations figure en annexe au présent rapport

(Annexe 1).

Sont également joints au présent rapport :

- Le rapport sur l'avocat chargé d'une enquête interne qui a été présenté au Conseil de l'Ordre le 8 mars 2016 et a donné lieu à la délibération précitée ;

(Annexe 2)

- Le projet d'avis qui fut soumis à la Commission Plénière de déontologie le 19 décembre 2011 et qui comportait des recommandations relatives à la mission d'expert enquêteur.

(Annexe 3)