

**Rapport sur les droits de la défense
des personnes physiques
dans l'enquête interne**

Mars 2021

Établi par un groupe de travail d'avocats

Dirigé par
Dorothée Hever, Avocat au Barreau de Paris

Composé de
Nicolas Brooke, Avocat au Barreau de Paris (Signature Litigation)
Emmanuel Daoud, Avocat au Barreau de Paris (Vigo)
Marine Doisy, Avocat au Barreau de Paris (Vigo)
Lucie Mongin-Archambeaud, Avocat au Barreau de Paris (Osborne Clarke)
Samuel Sauphanor, Avocat au Barreau de Paris (Le 16 Law)
Alix de Saint Germain, Avocat au Barreau de Paris (Doumic Avocats)

SOMMAIRE

1. ÉTAT DES LIEUX	9
1.1. ÉTAT DES LIEUX FACTUEL.....	9
1.1.1. Rappel des pratiques généralement constatées du point de vue des personnes physiques lors de la conduite d'une enquête interne	9
1.1.2. Rappel des risques auxquels sont exposées les personnes physiques à l'issue d'une enquête interne	14
1.2. ÉTAT DES LIEUX JURIDIQUE	18
1.2.1. Existence de règles de droit social relatives à la protection des salariés dans le cadre d'une enquête interne.....	18
1.2.2. Existence de recommandations non contraignantes	20
1.2.3. Existence de droits prévus pour les personnes visées par un signalement.....	23
2. RÉFLEXIONS CONCERNANT LES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES PHYSIQUES VISÉES PAR UNE ENQUETE INTERNE	23
2.1. LES DROITS DE LA DÉFENSE ET LEUR APPLICABILITÉ À L'ENQUÊTE INTERNE	23
2.1.1. Existence de droits de la défense applicables à tout type d'enquête pénale.....	23
2.1.2. La nécessaire assimilation de l'enquête interne à une enquête pénale	25
2.2. LES DROITS PROPRES AUX PROCÉDURES DE CERTAINES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET LEUR ÉVENTUELLE APPLICABILITÉ À L'ENQUÊTE INTERNE	27
2.2.1. Existence d'un principe de loyauté et de garanties procédurales dans les procédures de certaines autorités administratives indépendantes	27
2.2.2. L'assimilation, dans une moindre mesure et <i>a minima</i> , de l'enquête interne aux procédures de certaines autorités administratives indépendantes	28
2.3. RECOMMANDATIONS	28
2.3.1. Intérêt des recommandations	28
2.3.2. Droits préconisés	30

GLOSSAIRE

AAI :	Autorité Administrative Indépendante
AFA :	Agence Française Anticorruption
CJIP :	Convention Judiciaire d'Intérêt Public
CNB :	Conseil national des barreaux
CNIL :	Commission nationale de l'informatique et des libertés
DOJ :	<i>Department of Justice (US)</i>
DPA :	<i>Deferred Prosecution Agreement</i>
Loi Sapin 2 :	Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique
NPA :	<i>Non-Prosecution Agreement</i>
PNF :	Parquet National Financier
RGPD :	Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données
SFO :	<i>Serious Fraud Office (UK)</i>

INTRODUCTION

Le terme d'enquête interne est utilisé pour désigner l'investigation mise en place au sein d'une structure (habituellement une entreprise) concernant des faits plus ou moins précis, généralement susceptibles de constituer une infraction pénale.

Pour mener cette investigation, l'entité procède elle-même, le plus souvent avec l'assistance d'un conseil juridique ou d'un auditeur, à la collecte de documents qui lui paraissent pertinents ainsi qu'à l'audition de ses employés et dirigeants pour tenter d'éclaircir les faits concernés et, le cas échéant, de déterminer leur ampleur et le ou les auteurs.

Le fait générateur de l'enquête interne permet de distinguer deux cas de figure majeurs.

Premièrement, certaines enquêtes internes sont initiées à la suite d'une dénonciation. Dans cette configuration, l'entité est généralement informée de potentiels faits par une rumeur, la transmission d'informations par les représentants du personnel de l'entreprise, ou encore par une alerte plus construite et ciblée, formulée éventuellement de façon anonyme. Il importe de noter que, dans le cas particulier d'une alerte relayée à travers le dispositif d'alerte obligatoire imposé par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », l'entreprise a l'obligation d'analyser les faits exposés par l'alerte. En l'absence de diligences de la personne destinataire d'une telle alerte, celle-ci peut également être adressée notamment à l'autorité judiciaire, voire être rendue publique. Cependant, même si l'entreprise a, dans cette situation, une obligation d'agir, elle conserve tout de même une certaine liberté, tout à la fois dans la conduite de l'enquête (analyse de l'opportunité de mise en place d'une enquête, définition des contours de l'enquête, de l'étendue des missions confiées à d'éventuels prestataires externes, du calendrier des actions à mettre en place) et dans la suite donnée à l'enquête après sa clôture (dénonciation ou non des faits s'ils sont avérés ou si d'autres problématiques sont découvertes, communication ou non sur le sujet). Dans les cas d'alerte hors dispositif Sapin 2, l'entreprise n'a simplement pas de réelle contrainte ou d'obligation de vérifier la véracité et l'étendue des faits portés à sa connaissance. Dans l'ensemble de ces cas, l'entreprise dispose en tout état de cause d'une indépendance, du moins au début de l'enquête, de toute contrainte par une force publique.

Ces enquêtes internes « spontanées » peuvent être mises en place lorsque des actes pénalement répréhensibles sont dénoncés, mais également lorsque de « simples » fautes déontologiques, des violations de règles internes de l'entreprise, ou encore des fautes susceptibles de justifier un licenciement (mais ne constituant pas nécessairement une infraction pénale) ont été commises. Ces sujets portent le plus souvent une coloration pénale. C'est notamment le cas des enquêtes internes

portant sur un éventuel harcèlement sexuel au travail, ou encore des insultes et menaces au travail, ou lorsqu'est en cause une situation de conflits d'intérêts (risque d'abus de biens sociaux, de prise illégale d'intérêts, de favoritisme, etc.). En effet, malgré l'objet en apparence éloigné du procès pénal de ces enquêtes (le seul but de ce genre d'enquête interne étant généralement de déterminer si une faute susceptible de justifier un licenciement a, ou non, été commise), la démonstration de tels faits peut également mener à l'engagement de la responsabilité pénale personnelle de la personne faisant l'objet de cette enquête interne, voire celle de la personne morale.

Deuxièmement, d'autres enquêtes internes ont, elles, pour point de départ des suspicions formulées par une autorité de poursuite ou une organisation publique, française ou étrangère. Dans ce cas de figure, l'autorité signifie généralement à l'entité concernée qu'elle a des raisons de soupçonner que certains manquements ou infractions, relevant de sa compétence et de sa juridiction, ont été commis par l'entité ou ses dirigeants. Elle lui « suggère » alors de coopérer avec elle. Schématiquement, cette coopération consiste à mettre en place une enquête interne afin de faciliter la tâche de l'autorité concernée en récoltant pour elle un maximum d'éléments de preuve sur les faits tout en démontrant sa bonne foi. Le but, pour l'entité concernée, est d'échapper à une condamnation et de négocier, au contraire - sur le fondement des conclusions de son enquête interne - l'accord le plus favorable possible. La justice peut ainsi consacrer moins de ressources et de temps à l'enquête pour un résultat similaire voire supérieur, tandis que l'entreprise a, en contrepartie, la possibilité d'obtenir une décision plus rapide et le cas échéant d'éviter une condamnation pénale (même si l'amende peut être supérieure à celle qui pourrait résulter d'une telle condamnation).

Il importe de préciser à ce titre que, lorsque ces enquêtes sont conduites dans le cadre de négociations avec les autorités françaises, celles-ci ont plutôt tendance à laisser l'entreprise mener son enquête interne seule tout en diligentant elles-mêmes, en parallèle, une enquête pénale en complément. Le parquet apprécie ensuite, au vu des éléments qui lui ont été communiqués par l'entreprise, si l'enquête interne a été conduite de la manière la plus exhaustive possible. En revanche, les enquêtes mises en place dans le cadre de négociations avec des autorités de poursuite étrangères (notamment américaines) sont fréquemment pilotées par l'autorité qui peut aller jusqu'à déléguer des tâches précises à l'entreprise (demandes précises de recherche et de communication de documents, demandes d'audition de certains salariés et dirigeants). En effet, l'autorité de poursuite étrangère procède rarement à des investigations elle-même¹ : l'enquête interne est ainsi ici encore plus « centrale ». Dans cette situation, l'entreprise doit donc faire face, répondre et s'adapter aux demandes parfois intrusives de l'autorité de poursuite étrangère. Cependant, l'entreprise a également ainsi, du moins partiellement, une meilleure maîtrise de la situation. En effet, elle peut être plus active, notamment en soumettant à l'autorité une proposition

¹ bien qu'elle puisse, parfois, décider d'entendre elle-même directement certaines personnes, étant précisé que, pour tout acte à effectuer sur le sol français, les autorités étrangères doivent nécessairement avoir recours aux mécanismes d'entraide pénale convenus entre les pays concernés.

d'enquête et en lui suggérant des axes ou actes de recherche. De plus, elle n'a pas réellement à craindre le contenu d'une enquête parallèle, couverte par le secret de l'enquête, qui serait diligentée par l'autorité.

S'agissant de ces enquêtes internes menées dans le cadre d'une négociation avec des autorités, françaises ou étrangères, il est évident qu'elles s'inscrivent dans une logique contentieuse de manière plus rapide et directe que dans le premier type d'enquête interne décrit. L'enquête a en effet ici pour but affiché de déterminer l'étendue de la responsabilité pénale des personnes, physiques et morales, auteurs potentiels d'infractions. En somme, elle complète - jusqu'à remplacer parfois complètement - une enquête policière ou judiciaire, et, en l'absence d'éléments permettant de mettre ces personnes hors de cause, mène au prononcé de sanctions, quelles que soient les formes de celles-ci (accord avec l'autorité, renvoi devant un tribunal...).

Les enjeux de ces enquêtes peuvent donc différer en partie les uns des autres. Dans tous les cas, ces investigations demeurent cependant officiellement des initiatives privées. Surtout, elles sont indissociables l'une de l'autre en ce que, régies par la même pratique, elles se déroulent aujourd'hui de façon identique et exposent de manière évidente les personnes physiques concernées à des poursuites et sanctions pénales.

À ce jour, l'ensemble de ces enquêtes se déroulent en France hors de tout cadre juridique permettant d'assurer les droits de la défense des personnes physiques dont la responsabilité est recherchée. En l'absence d'un tel cadre, une atteinte grave peut être portée à leurs intérêts et droits.

Pourtant, ces enquêtes connaissent un essor important et constant en France, notamment depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2. Celle-ci a en effet renforcé la protection et l'accompagnement des lanceurs d'alerte, lesquels sont ainsi d'autant plus incités à dénoncer des faits qui pourront faire l'objet d'une enquête interne, même si l'on peut considérer que la protection demeure encore insuffisante. Surtout, elle a créé la possibilité pour l'entreprise de conclure une Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) avec les autorités françaises (Parquet), fruit d'une négociation qui a vocation à engendrer également la mise en place de nouvelles enquêtes internes - étant par ailleurs précisé que ces accords ne sont pas accessibles aux personnes physiques, ce qui les met encore davantage en difficulté.

Plus généralement, la justice négociée semble avoir vocation à devenir une nouvelle norme en France et à s'étendre potentiellement à de nouveaux domaines du droit, comme cela est le cas dans les pays anglo-saxons. D'ailleurs, les enquêtes internes mises en place dans le cadre de négociations entre les autorités de poursuite françaises et les entreprises sont fortement inspirées par la pratique américaine, laquelle a pour objectif clairement affiché d'identifier (au cours de l'enquête interne) et de punir (à l'issue de l'enquête interne, devant les juridictions répressives) le ou

les individus responsables d'infractions commises au sein de l'entreprise. Cet objectif est désormais également celui des autorités françaises concernées, et semble justifier d'autant plus qu'une attention soit portée à la situation des personnes physiques visées.

Le présent document a pour objectif d'étudier l'état actuel de la situation de ces personnes, d'analyser les fondements selon lesquels elles devraient obtenir l'application de droits de la défense et de formuler des recommandations en ce sens.

1. ÉTAT DES LIEUX

1.1. ÉTAT DES LIEUX FACTUEL

1.1.1. Rappel des pratiques généralement constatées du point de vue des personnes physiques lors de la conduite d'une enquête interne

- **Notification des faits visés et des potentielles incriminations envisagées**

Les personnes physiques visées par les enquêtes internes reçoivent rarement des informations précises et complètes sur l'objet de l'enquête menée. En pratique, elles sont plutôt informées des faits de manière informelle, au sein de l'entreprise, à travers des rumeurs – en particulier lorsqu'un lanceur d'alerte a volontairement propagé les faits dénoncés parmi les collaborateurs de l'entreprise.

Les lettres de convocation aux auditions des différentes personnes physiques concernées par l'enquête, lorsqu'elles existent, contiennent ainsi souvent uniquement un descriptif très succinct des faits visés par celle-ci. Elles ne contiennent quasiment jamais d'informations concernant les éventuelles infractions qui pourraient leur être reprochées. Elles ne précisent pas si les personnes sont entendues comme des témoins ou des suspects. Ainsi, la personne convoquée ne sait pas si elle va apporter son concours pour éclairer sur les faits ou si elle doit, au contraire, aborder l'entretien en préparant sa défense.

À l'occasion des auditions, il n'est généralement pas expliqué aux personnes concernées quels faits pourraient leur être reprochés (même s'il leur est parfois communiqué à l'avance une liste de thématiques sur lesquelles la discussion portera), ni précisé que, de manière générale, leur responsabilité est potentiellement recherchée. Au contraire, il leur est souvent – possiblement à raison – affirmé lors de leurs premières auditions que rien ne leur est (encore) reproché, l'entreprise et les conseils tentant effectivement à ce stade d'éclaircir les faits et de réunir des éléments de contexte. Cette pratique est délicate dans la mesure où c'est précisément en procédant à des auditions et en récoltant de nouvelles informations que se dessine l'éventuelle participation de certaines personnes à une ou plusieurs infractions potentielles. Les suspicions qui peuvent ainsi apparaître sont donc généralement plutôt devinées par les salariés et dirigeants visés – notamment par le biais de questions ciblées posées à l'occasion des auditions - que réellement notifiées. Il n'existe donc pas de véritable notification de griefs comme dans une enquête pénale classique.

- **Information et consentement lors de la récolte et du traitement des données professionnelles**

La récolte et le traitement de données qui n'appartiennent pas à l'entreprise et présentent de manière évidente un caractère personnel ne sont pas pratiqués dans le cadre de l'enquête interne (exclusion générale du champ des documents revus des données contenues sur les appareils ou dans les dossiers personnels des collaborateurs de l'entreprise). Cela dit, la récolte et le traitement des données professionnelles des salariés et dirigeants (contenu des messageries électroniques professionnelles, dossiers de travail, bases de partage de contenus professionnels...), susceptibles

de contenir également des données personnelles, s'opèrent fréquemment sans l'obtention préalable du consentement des personnes physiques concernées. La question de l'obligation d'obtenir ce consentement ou, *a minima*, d'informer la personne concernée de la récolte et du traitement de ces données s'analyse généralement au travers de deux points de vue.

D'une part est analysée la conformité de la récolte et du traitement de ces données aux obligations prévues par le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD).

Celui-ci prévoit notamment que le consentement et la présence des salariés ne sont pas requis lorsque les traitements de données à caractère personnel sont fondés sur un intérêt légitime ou effectués au titre d'une obligation légale (notamment lorsque l'enquête est menée afin de traiter une alerte remontée via un dispositif d'alerte obligatoire pour l'entreprise, ou au titre de l'obligation de sécurité qui pèse sur l'employeur). Les entreprises tendent ainsi à considérer, à juste titre, qu'elles n'ont pas d'obligation de systématiquement recueillir le consentement des salariés, dans la mesure où elles ont un véritable intérêt légitime à conduire une enquête interne pour identifier de potentielles infractions ou des violations de règles internes.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) précise que « *conformément à l'article 14 du RGPD, le responsable de traitement doit informer la personne visée par une alerte (par exemple, en tant que témoin, victime ou auteur présumé des faits) dans un délai raisonnable, ne pouvant pas dépasser un mois, à la suite de l'émission d'une alerte* »². Elle indique cependant également que « *conformément à l'article 14-5-b) du RGPD, l'information de la personne visée par l'alerte peut être différée dans le temps, lorsque cette information est susceptible de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement* »³. À titre d'exemple, il pourrait ainsi être considéré que, dans le cadre d'une enquête interne, l'information n'a pas à être transmise immédiatement lorsqu'une telle transmission serait susceptible d'induire un risque de destruction de preuves (l'information devant en principe alors être délivrée aussitôt le risque écarté).

Enfin, il est également intéressant de relever que la CNIL précise encore que « *cette information est réalisée selon des modalités permettant de s'assurer de sa bonne délivrance à la personne concernée. Elle ne contient pas d'informations relatives à l'identité de l'émetteur de l'alerte ni à celle des tiers. Toutefois, lorsqu'une sanction disciplinaire ou une procédure contentieuse est engagée suite à l'alerte à l'égard de la personne visée, celle-ci peut obtenir la communication de ces éléments en vertu des règles de droit commun (droits de la défense notamment)* »⁴.

Or, en pratique, les personnes visées ne sont souvent pas informées qu'elles font l'objet d'une alerte menant à la mise en place d'une enquête interne. Une telle pratique devra donc être développée.

² Référentiel CNIL relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en œuvre d'un dispositif d'alertes professionnelles du 18 juillet 2019.

³ Idem Ibid.

⁴ Idem Ibid.

D'autre part, sont étudiées les éventuelles politiques et procédures internes de l'entreprise concernée (charte informatique ou autres), applicables à la récolte de données professionnelles. Ces politiques peuvent potentiellement prévoir une telle obligation d'information (voire d'obtention de consentement), qu'il est alors difficile de ne pas respecter. En pratique, une notice d'information indiquant aux salariés et dirigeants que, conformément à ces politiques et procédures, certaines de leurs données professionnelles seront récoltées, leur est souvent envoyée. Ces notices peuvent notamment rappeler aux personnes concernées que les données professionnelles échangées dans le cadre du travail appartiennent à l'entreprise. Elles peuvent également mentionner l'interdiction faite aux salariés d'effacer tout contenu en lien avec l'objet de l'enquête interne.

- **Accès au dossier d'enquête**

Au cours d'une investigation interne, les personnes physiques concernées par celle-ci n'ont quasiment jamais accès au dossier d'enquête. Cette absence d'accès s'explique essentiellement par la crainte parfois légitime de l'employeur de voir des salariés ajuster leur version des faits selon le contenu du dossier ou de procéder éventuellement à la destruction de certaines preuves.

Les personnes physiques auditionnées ont en revanche généralement accès, quelques jours avant leur audition, aux seules pièces du dossier les concernant directement (souvent une sélection de courriers électroniques envoyés ou reçus par elles, ou encore de notes internes rédigées par elles), pour pouvoir s'en expliquer ou apporter des éléments de contexte. Ces pièces sont généralement mises à leur disposition, fréquemment au sein du cabinet d'avocat menant l'enquête interne pour le compte de l'entreprise concernée, où elles peuvent les consulter librement. Il est rare d'obtenir une copie des pièces.

Outre le fait qu'un tel accès parcellaire au dossier ne permet pas réellement la préparation d'une défense complète et efficace, il arrive que cette pratique engendre des procédés peu loyaux : les enquêteurs peuvent, à titre d'illustration, poser des questions au sujet d'un document tout en ayant en tête le contenu d'autres documents, auquel la personne auditionnée n'a pas accès. Les personnes visées n'obtiennent pas plus un accès au dossier d'enquête après la clôture de celle-ci.

Si cette absence d'accès au dossier d'enquête peut apparaître comme réellement problématique, il importe de noter que l'accès au dossier se heurte nécessairement à plusieurs difficultés. Avant tout, il semble matériellement impossible, dans le cadre d'une enquête interne, de donner un accès complet et exhaustif à l'entier dossier d'enquête. En effet, l'une des particularités de l'enquête interne est précisément qu'elle ne répond à aucune procédure précise. Il n'y a donc pas véritablement de dossier de procédure en tant que tel, pas de cotation de documents exigée, pas de nomenclature spécifique. Les contours du dossier physique, matériel, évoluent ainsi jusqu'à l'issue finale de l'enquête, au gré de la découverte et de l'analyse des éléments intéressants potentiellement celle-ci.

De plus, la quantité de fichiers pouvant être considérés comme constituant le dossier d'enquête peut parfois être très importante - *a minima* dans un premier temps. En effet, l'entreprise procède généralement à la récolte de messageries électroniques complètes de plusieurs salariés et

dirigeants potentiellement concernés par les faits, auxquelles il ne paraît en aucun cas souhaitable de donner accès. L'entreprise réalise ensuite une sélection d'éléments pertinents - sélection nécessairement arbitraire, donc potentiellement contestable - qui s'affine au fur et à mesure de l'avancée de l'enquête interne⁵. Il serait naturellement difficile, en pratique, de déterminer le stade précis de sélection auquel un accès pourrait éventuellement être donné aux collaborateurs concernés. Enfin, l'éventuelle communication du dossier d'enquête pourrait aussi se heurter aux exigences et restrictions prévues par le RGPD. Cependant, l'accès au dossier (qui pourrait partiellement être anonymisé) et sa copie éventuelle pourraient également constituer un « motif légitime » au sens du RGPD (accès donné car nécessité de respecter les droits de la défense des collaborateurs concernés).

Il semble donc que la possibilité d'envisager un accès au dossier, ou à une partie du dossier, pour les collaborateurs de l'entreprise, dépend notamment de la complexité des éléments de preuve, de leur volume et de la capacité de l'entreprise à sécuriser les données réunies.

- **Droit au silence et devoir de coopération**

Le droit au silence est rarement notifié, bien que cette notification soit souvent conseillée par la doctrine. Il est, au contraire, généralement indiqué aux personnes physiques visées que leur coopération est pleinement souhaitée par l'entreprise, qui ne peut cependant les contraindre à collaborer. Par ailleurs, la menace d'un licenciement (ou de toute autre sanction disciplinaire), plus ou moins explicitement formulée, est de nature à rendre quasiment nul le droit de se taire dont disposent en théorie les personnes concernées. Il est d'autant plus délicat d'opposer à son employeur un refus de répondre à des questions que celui-ci pose.

- **Auditions : établissement d'un procès-verbal**

Il est rare qu'un véritable procès-verbal d'audition soit rédigé pendant les auditions des salariés et dirigeants, bien que certains cabinets d'avocats mettent en place un système de dactylographie avec relecture et correction éventuelle du compte-rendu par les mis en cause. De façon générale, seul un compte-rendu de l'entretien est réalisé à partir des notes prises durant l'audition par l'avocat de l'entreprise ayant interrogé le salarié ou le dirigeant. En l'absence de véritable procès-verbal d'audition, il devient alors particulièrement difficile de contester les déclarations ainsi reprises dans le rapport d'enquête. Ce compte-rendu d'audition n'est de surcroît presque jamais communiqué aux personnes concernées. Il leur en est parfois fait un résumé oral.

Il convient ici de préciser que, dans les dossiers impliquant les juridictions de droit anglo-saxon, l'établissement d'un procès-verbal, corrigé et signé par la personne auditionnée, présente le risque d'être interprété comme une renonciation globale au secret professionnel, laquelle peut

⁵ À titre d'illustration, dans les enquêtes internes menées dans le cadre de négociations avec les autorités américaines, il est fréquemment procédé, sur demande de celles-ci, à une première production de l'ensemble des données récoltées (non organisées et difficilement exploitables) puis à une deuxième production correspondant à une sélection ciblée effectuée par l'entreprise.

éventuellement exposer l'entreprise notamment à l'obligation de remettre de telles pièces non-couvertes par le secret dans le cadre de la phase de production de pièces (*discovery*) de contentieux civils liés. En découlerait alors une nécessité de trouver d'autres moyens de préserver le secret de l'enquête.

- **Auditions : présence d'un avocat**

Il n'existe pas de norme contraignante imposant que les auditions se déroulent en présence d'un avocat, même si, en pratique, l'entreprise propose souvent à la personne auditionnée d'être assistée d'un conseil. Il peut cependant être délicat pour l'entreprise, qui souhaite souvent protéger ses collaborateurs et maintenir une certaine paisibilité au sein de la structure, de notifier ce droit aux personnes physiques en ce qu'elle risque de donner, à tort, à certains simples témoins entendus par elle l'impression qu'ils seraient suspectés d'avoir commis une infraction.

De plus, une confusion peut apparaître lorsqu'un individu, qui a eu l'habitude d'interagir avec l'avocat de l'entreprise, est entendu par ce même avocat, mais en sa qualité d'enquêteur. Pour clarifier la situation, la jurisprudence américaine est à l'origine de la création du *Upjohn Warning*, notification par laquelle l'avocat de l'entreprise indique à la personne interrogée qu'il n'est pas son avocat. Cette précision ne semble cependant pas systématiquement apportée dans les diverses enquêtes internes conduites en France. Le *Vademecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne⁶, ci-après évoqué, recommande cependant que l'avocat en charge de l'enquête indique aux personnes entendues pendant l'enquête interne (i) qu'il n'est pas leur avocat et (ii) qu'elles peuvent se faire assister ou conseiller par un avocat lorsqu'elles peuvent se voir reprocher un agissement.

- **Auditions : présence d'un interprète**

De nombreuses auditions sont réalisées en anglais, en particulier lorsque des dirigeants et salariés acceptent de répondre à des interrogations en anglais car cette langue est celle désignée dans le groupe et qu'ils s'expriment régulièrement dans cette langue. Ils ne mesurent cependant pas nécessairement la portée exacte des expressions étrangères qu'ils utilisent. Assurément, leurs interlocuteurs ne saisissent pas non plus certaines subtilités françaises que les personnes interrogées peuvent tenter d'exprimer. La probabilité d'une incompréhension est particulièrement importante lorsque, notamment pour une enquête interne mise en place dans le cadre de négociations avec des autorités de poursuite étrangères, les auditions sont conduites en France directement par des avocats étrangers. Des erreurs de traduction ou d'interprétation ne manquent pas d'apparaître et sont, une nouvelle fois, difficiles à rétablir ou contester.

⁶ *Vademecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne du 13 septembre 2016, modifié le 10 décembre 2019, annexé au Règlement intérieur du Barreau de Paris.

1.1.2. Rappel des risques auxquels sont exposées les personnes physiques à l'issue d'une enquête interne

- **Renvoi devant les juridictions répressives : généralités**

L'enquête interne doit mener, par essence, à l'identification de responsabilités personnelles si les faits sont avérés.

Ainsi, quel que soit le cas de figure dans lequel s'inscrit cette enquête, le renvoi d'individus devant les juridictions répressives est possible. En effet, (i) en cas de découverte d'une infraction commise par un salarié ou un dirigeant dans le cadre d'une enquête interne « spontanée », il existe un risque de dénonciation pouvant mener à un renvoi devant les tribunaux et (ii) en cas d'identification de responsabilités individuelles au cours d'une enquête interne mise en place dans le cadre d'une négociation avec des autorités (françaises ou étrangères), il existe un risque plus direct encore de poursuites, exercées par les autorités en question.

Il est rappelé qu'il est naturellement souhaitable d'identifier des comportements délictueux au sein de l'entreprise et de les exclure éventuellement le cas échéant. Il n'est pas question de tenter de faire échapper des individus à leur responsabilité personnelle pour des éventuelles infractions commises. Les risques ci-après décrits sont ainsi à mesurer en particulier au regard :

- de l'absence d'enquête contradictoire garantissant les droits de la défense des personnes physiques accusées à l'issue d'une enquête interne,
- de l'absence de maîtrise, par ces personnes, des éventuelles négociations avec des autorités qui portent pourtant sur des faits les concernant directement et emportent des conséquences notamment pénales à leur égard, et
- de l'absence d'égalité entre la personne morale et la personne physique, alors qu'elles sont, au regard de la loi pénale, toutes les deux susceptibles d'être responsables pour le même fait – la personne morale encourant même le quintuple de l'amende pour ces faits.

- **Renvoi devant les juridictions répressives françaises**

Il convient avant tout de noter que la CJIP n'est pas accessible aux personnes physiques, qui ne peuvent donc pas conclure un accord avec les autorités de poursuite françaises et éviter ainsi d'être renvoyées devant une juridiction répressive⁷. Dès lors, lorsque l'enquête interne mène à la découverte d'éventuelles infractions, l'entreprise peut conclure une CJIP concernant ces faits - et, donc, échapper à un procès -, tandis que les personnes physiques se retrouvent, elles, exposées au risque d'être jugées par un tribunal pour ces mêmes faits.

⁷ Il en découle donc une inégalité entre la personne morale et la personne physique, mais également une inégalité entre les personnes physiques qui disposent d'un intérêt commun avec l'entreprise et bénéficient donc de la stratégie mise en œuvre par celle-ci et les personnes qui ont un intérêt divergeant de l'entreprise.

Lors de la conclusion de cet accord et sous réserve de cas exceptionnels (notamment en cas de décision collective ne permettant pas la pleine identification de responsabilités personnelles), le renvoi devant les juridictions de la ou des personne(s) physique(s) concernée(s) est probable.

En effet, si les textes français ne posent pas d'obligation claire pour les entreprises souhaitant bénéficier d'une CJIP d'identifier des personnes physiques responsables d'une infraction, les lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP, publiées conjointement par le Parquet national financier (PNF) et l'Agence française anticorruption (AFA), incitent à l'évidence ces personnes morales « à participer à la manifestation de la vérité au moyen d'une enquête interne » afin de « conduire à établir les responsabilités individuelles »⁸. L'entreprise qui souhaiterait protéger certains de ses collaborateurs se retrouve ainsi elle-aussi dans une situation de conflit d'intérêts difficile à appréhender⁹.

Il ressort également de façon claire des débats parlementaires ayant mené à l'adoption de la loi Sapin 2 que la possibilité de poursuivre les personnes physiques après la conclusion, par l'entreprise, d'une CJIP, était une préoccupation majeure et un élément déterminant pour accepter le principe même de la CJIP¹⁰.

Par ailleurs, la pratique permet de constater effectivement qu'en France, le risque de poursuites contre les personnes physiques à la suite d'une CJIP existe indéniablement, bien que statistiquement, il ne soit pas aujourd'hui excessivement élevé. En effet, sur les onze CJIP conclues à ce jour, quatre CJIP, qui concernent deux affaires (l'affaire HSBC et l'affaire EDF dans laquelle ont été conclues trois CJIP avec SAS SET Environnement, KAEFFER WANNER et POUJAUD), ont donné lieu à des poursuites contre des personnes physiques, étant précisé que dans ces affaires, les signataires des CJIP n'avaient pas diligenté d'enquête interne.

Pour autant, les autorités françaises ont annoncé leur intention d'intensifier les poursuites contre les personnes physiques dans le cadre d'affaires donnant lieu à des CJIP. Le risque est donc appelé à s'accroître.

Ce risque de renvoi devant les juridictions est problématique pour la personne physique concernée dans la mesure où, si la CJIP ne constitue en théorie pas un aveu (absence de déclaration de

⁸ Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public du 26 juin 2019.

⁹ « Une entreprise qui découvre que le comportement de certains de ses salariés ou de ses dirigeants pourrait constituer une infraction est appelée à évaluer, d'une part, le risque que l'information parvienne aux autorités par des moyens non maîtrisés (médias, lanceurs d'alertes, auditeurs, etc.) et, d'autre part, les avantages – notamment, la possibilité de voir se réduire le montant de l'amende d'intérêt public – qu'elle pourrait tirer par son initiative de coopération, y compris la dénonciation des coupables. La procédure soulève ainsi un conflit d'intérêts qui menace de porter atteinte au droit à un procès équitable des personnes physiques et de rendre paradoxalement moins égales devant la loi les « personnes qui méritent sans doute le plus cette dénomination : les personnes humaines », Martina Galli, Une justice pénale propre aux personnes morales, Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public, RSC 2018, page 359.

¹⁰ Not. lors de la deuxième séance du 7 juin 2016 devant l'Assemblée nationale (extraits de la retranscription des débats entre les députés « M. Charles de Courson : Si l'on instaure ce dispositif, la personne morale sera sanctionnée dans le cadre de la transaction, mais cela ne sera-t-il pas, pour les dirigeants, le moyen de s'en sortir, d'acheter leur non-condamnation ? L'amendement de M. Lellouche et le texte adopté sur l'initiative de Mme Mazetier nous garantissent-ils que les grands corrupteurs de ce monde seront sanctionnés quand ils sont pris la main dans le sac ? [...] M. Dominique Potier : [...] C'est parce qu'elle propose l'addition des poursuites pénales possibles et de la transaction que je défends avec vigueur sa proposition ».

culpabilité), elle implique de la part de l'entreprise une acceptation de l'exposé des faits et de la qualification juridique retenue par le parquet. Or, la responsabilité de la personne morale est engagée quand une personne physique agissant pour le compte de l'entreprise a commis une infraction dans le cadre de ses fonctions. Non seulement donc la personne physique ne peut pas bénéficier d'une CJIP, mais les faits qui pourront lui être reprochés seront a priori considérés comme ayant été commis dans un accord dont le contenu sera très difficile à contester par elle devant les juridictions répressives.

L'on constate d'ailleurs que, parfois, après la conclusion d'une CJIP, c'est dans le cadre de comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) - procédure de jugement rapide de l'auteur qui reconnaît les faits reprochés - que les personnes physiques sont jugées, les faits étant en effet quasiment *de facto* considérés comme étant établis du fait de la conclusion d'une CJIP entre l'entreprise et l'autorité.

Enfin, le renvoi devant les juridictions des personnes physiques concernées est également un risque en cas de négociation abandonnée entre l'entreprise et l'autorité de poursuite. En effet, l'entreprise est susceptible d'avoir attiré l'attention sur certains faits potentiellement incriminables commis par des dirigeants ou salariés, sans que ceux-ci n'aient d'emprise sur cette initiative. Si les négociations n'aboutissent pas, ces faits demeurent susceptibles de donner lieu à des poursuites contre l'entreprise et ses dirigeants ou salariés.

- **Renvoi devant les juridictions répressives étrangères**

De manière similaire, lorsque les faits faisant l'objet d'une enquête interne sont susceptibles d'être poursuivis à l'étranger¹¹, les personnes physiques (françaises ou étrangères) peuvent être renvoyées devant les juridictions répressives étrangères.

Aux États-Unis, l'autorité de poursuite principale, le *U.S. Department of Justice* (DOJ), a publié, le 9 septembre 2015, un rapport intitulé « *Yates Memorandum* », dont l'objectif est de se concentrer sur la poursuite pénale des personnes physiques. Ce rapport constitue la réponse du DOJ à un véritable tollé public né du fait de l'apparente absence de poursuites dans le domaine du droit pénal des affaires, cristallisé en particulier dans un rapport préparé par le bureau du Sénateur Elizabeth Warren en janvier 2016¹². Selon ce rapport, « [...] *si une entreprise a enfreint la loi, les individus au sein de l'entreprise ont nécessairement violé la loi également. Si l'entreprise est exposée à des accusations d'actes répréhensibles, les personnes de l'entreprise qui ont planifié, autorisé ou pris les mesures le sont également. Pourtant, même dans des cas de violations flagrantes de la loi, les autorités de poursuite fédérales - et en particulier le Département de la Justice (DOJ) - engagent rarement des poursuites contre des personnes physiques. En effet, les autorités fédérales recherchent rarement les condamnations des grandes entreprises ou de leurs dirigeants devant un tribunal. Au lieu de*

¹¹ En cas de faits commis à l'étranger ou en présence d'un lien de rattachement suffisant, étant précisé que les États-Unis, en particulier, ont une interprétation extrêmement large de cette notion de rattachement.

¹² Rapport intitulé « *Rigged Justice: 2016 - How Weak Enforcement Lets Corporate Offenders Off Easy* » (Justice truquée : 2016 – Comment une faible application de la loi permet aux délinquants du monde de l'entreprise de s'en sortir facilement)

*cela, elles acceptent des accords pénaux et civils avec les entreprises, qui n'exigent que rarement une reconnaissance de culpabilité, et libèrent les dirigeants sans retenir de responsabilité individuelle »¹³. Pour renforcer l'objectif de poursuite des personnes physiques tout en continuant à conclure des accords avec les entreprises, le *Yates Memorandum*, encore appliqué aujourd'hui, même s'il a depuis été adapté et assoupli, prévoit notamment des mesures clés, dont la plus importante est que les entreprises peuvent être éligibles à conclure une transaction judiciaire avec les autorités américaines uniquement dans la mesure où elles permettent d'identifier les principaux individus ayant contribué aux faits reprochés à l'entreprise. En pratique, un accord¹⁴ est signé avec l'entreprise, tandis que les personnes physiques identifiées comme susceptibles d'être responsables des infractions commises sont renvoyées devant une juridiction de jugement aux États-Unis. Lors de ces procès, les éléments de preuve avancés à leur égard seront potentiellement ceux récoltés dans le cadre de l'enquête interne, menée en France hors de tout cadre juridique.*

De façon similaire, au Royaume-Uni, le *Serious Fraud Office (SFO)* indique que si une société souhaite coopérer avec elle, elle doit faciliter les investigations du SFO, et, en particulier, la poursuite des personnes physiques. L'antenne anglaise de Transparency International, Transparency International UK, a également affirmé en ce sens dans un communiqué de presse publié à l'occasion de l'affaire Rolls Royce le 22 février 2019 qu'elle « *pensait fermement que les DPA [Deferred Prosecution Agreements, accords conclus entre les autorités britanniques et les entreprises] ne constituent un succès que dans la mesure où ils sont suivis par des poursuites individuelles contre [les personnes physiques] responsables des infractions [...]. Un bon DPA est celui conclu dans l'intérêt public et qui ne permet pas à des entreprises ou des individus d'échapper à la justice »¹⁵.*

* * *

En somme, il semble évident que, devant les juridictions étrangères comme françaises, la démonstration de la culpabilité individuelle est un objectif clé.

Il convient ici cependant de noter que le renvoi des personnes physiques devant les juridictions répressives, qu'elles soient étrangères ou françaises, peut tout de même permettre à ces personnes de faire valoir un certain nombre d'arguments de fait et de droit, susceptibles d'emporter la conviction du juge et de conduire à sa relaxe complète, qui n'auraient probablement pas été pris en considération dans le cadre d'une négociation avec l'autorité de poursuite.

Ces procédures de renvoi après transaction avec les autorités de poursuite permettent d'ailleurs de se rendre compte des faiblesses de certains dossiers ayant mené à une transaction. À titre

¹³ « [...] if a corporation has violated the law, individuals within the corporation must also have violated the law. If the corporation is subject to charges of wrongdoing, so are those in the corporation who planned, authorized or took the actions. But even in cases of flagrant corporate law breaking, federal law enforcement agencies – and particularly the Department of Justice (DOJ) – rarely seek prosecution of individuals. In fact, federal agencies rarely pursue convictions of either large corporations or their executives in a court of law. Instead, they agree to criminal and civil settlements with corporations that rarely require any admission of wrongdoing and they let the executives go free without any individual accountability ».

¹⁴ Deferred Prosecution Agreement (DPA) ou Non-prosecution Agreement (NPA)

¹⁵ « Transparency International UK firmly believes that DPAs are only successful when followed up with individual prosecutions against those responsible for the wrong-doing. [...] A good DPA is one that is in the public interest and doesn't allow companies or individuals to evade justice ».

d'exemple, au Royaume-Uni, en novembre 2018 et janvier 2019, trois anciens dirigeants d'une société anglaise¹⁶ ont été mis hors de cause au motif que le dossier d'accusation ne comportait pas suffisamment de preuves pour permettre de démontrer leur participation à la moindre infraction, alors même que la société avait signé un DPA avec le SFO concernant ces mêmes faits et individus. Il existe donc des situations dans lesquelles la conclusion d'un accord entre une entreprise et une autorité de poursuite ne mène pas nécessairement à la reconnaissance subséquente de la culpabilité des individus mis en cause, et dans lesquelles il n'aurait naturellement pas été souhaitable que la personne physique puisse conclure, elle aussi, un tel accord.

- **Sanction disciplinaire**

S'ajoute au risque pénal encouru par les personnes physiques un risque d'être sanctionné par leur employeur (sanction disciplinaire pouvant aller jusqu'au licenciement). Ce risque disciplinaire existe bien sûr dans la situation où l'entreprise considère que son salarié a commis une faute, voire une infraction, et souhaite le sanctionner ou s'en séparer.

Le risque existe cependant également en cas de simple absence de coopération au cours de l'enquête interne. Ce second cas de figure est naturellement plus problématique en ce qu'il implique qu'un salarié puisse être sanctionné disciplinairement pour avoir fait valoir son droit de se taire.

Enfin, il est précisé que, dans le cadre notamment d'enquêtes internes mises en place à la demande d'une autorité étrangère, il est possible que celle-ci exige, à demi-mot, le licenciement ou la démission de certaines personnes, jugées fautives, mais contre lesquelles il n'existe pas nécessairement suffisamment d'éléments de preuve pour permettre un engagement de leur responsabilité pénale personnelle.

1.2. ÉTAT DES LIEUX JURIDIQUE

1.2.1. Existence de règles de droit social relatives à la protection des salariés dans le cadre d'une enquête interne

- **Intérêt de l'étude de la jurisprudence et de la doctrine sociale**

Le Code du travail ne contient pas de disposition générale relative à l'enquête interne mise en place par l'employeur. La jurisprudence sociale a cependant eu l'occasion de se prononcer, en partie, sur la validité de certaines pratiques mises en œuvre dans le cadre d'une enquête interne. Il est essentiel de souligner que la portée des règles ainsi dégagées est limitée en ce que celles-ci permettent uniquement de définir les conditions dans lesquelles le salarié peut contester une sanction disciplinaire qui se fonderait sur les résultats d'une telle enquête interne.

Les règles ci-après évoquées ne permettent ainsi pas, en l'état du droit actuel, de contester, devant le juge pénal, l'admissibilité des éléments de l'enquête interne. En effet, le juge pénal considère, lui, que les éléments récoltés dans le cadre d'une enquête interne constituent en principe des éléments

¹⁶ Carl Rogberg, John Scouler et Christopher Bush, trois anciens collaborateurs de Tesco.

de preuve recevables, qui peuvent notamment être versés au dossier pénal en cas d'ouverture d'une information judiciaire après ou pendant la conduite d'une enquête interne ou encore en cas de renvoi devant une juridiction de jugement après l'enquête interne. Ces règles de droit social sont de surcroît d'autant moins protectrices qu'elles ne sauraient s'appliquer à un ancien salarié, alors même que l'enquête interne peut, elle, être conduite après le départ d'un salarié de l'entreprise.

Il semble cependant utile de rappeler rapidement certains aspects de ces règles sociales afin (i), précisément, de marquer cette limite et mettre fin à l'éventuelle idée reçue selon laquelle l'enquête interne ferait l'objet d'un cadre permettant le plein exercice des droits de la défense, mais aussi (ii) de s'inspirer des raisonnements développés par le juge du travail au sujet de l'enquête interne afin de mieux déterminer quels droits devraient être reconnus devant le juge pénal.

- **Périmètre de l'enquête interne**

Alors qu'étaient pendant longtemps simplement reconnues (et circonscrites dans leur usage) certaines prérogatives de l'employeur comme celles de procéder à des fouilles¹⁷, à des tests¹⁸, ou encore à des contrôles¹⁹, la Cour de Cassation a reconnu la possibilité, pour l'employeur, de mener une enquête interne dès lors qu'il « a connaissance de faits répréhensibles, susceptibles d'être disciplinairement sanctionnés »²⁰. L'employeur semble même avoir l'obligation de mener une telle enquête interne dans certains cas, notamment lorsqu'il a connaissance de faits susceptibles de porter atteinte à l'obligation de sécurité qu'il est tenu de garantir au sein de l'entreprise (à titre d'exemple, en cas de connaissance de faits susceptibles de caractériser un harcèlement moral²¹). Il est également rappelé que, de manière générale, l'employeur doit fonder ses sanctions disciplinaires sur des faits qu'il a vérifiés, le cas échéant à travers des enquêtes internes, au risque de voir ces sanctions annulées.

- **Accès au dossier d'enquête**

La jurisprudence sociale estime qu'il n'est nullement obligatoire de communiquer le rapport d'enquête interne aux salariés²². Il appartient en revanche à tout le moins à l'employeur de faire connaître précisément au salarié les motifs de la sanction disciplinaire, voire du licenciement, lesquels peuvent, par hypothèse, s'appuyer sur les éléments recueillis dans le cadre d'une telle enquête.

¹⁷ Cass. soc., 21 octobre 2008, n° 07-41.513.

¹⁸ Par ex. sur la pratique des tests salivaires par l'employeur ou le supérieur hiérarchique, CE, 5 décembre 2016, n°394178.

¹⁹ C. trav., art. L. 1222-4. – Par ex. Cass. soc., 5 novembre 2014, n°13-18.427.

²⁰ Cass. crim., 28 février 2018, n° 17-81.929. Il est précisé que l'arrêt est rendu par la Chambre criminelle étant donné qu'il concernait des faits susceptibles de constituer des actes de séquestration et d'enlèvement, mais la portée ici évoquée concerne bien la mise en place d'une enquête interne par un employeur.

²¹ Cass. soc., 27 novembre 2019, 18-10.551.

²² CA Paris, 29 août 2018, n°16/13810 : « l'employeur était en droit de diligenter une enquête interne et de la mener sans que le salarié dispose d'un droit d'être entendu ou de se faire communiquer le rapport avant son entretien préalable, en l'absence de droit d'accès au dossier disciplinaire, étant relevé au surplus qu'il n'est nullement justifié que cette enquête ait été menée de manière déloyale. En outre le rapport d'enquête interne est versé aux débats lors de la présente instance et donc soumis au principe de la contradiction et aux observations de parties ».

- **Droit au respect à la vie privée**

L'examen du contenu de l'ordinateur des salariés, qu'il s'agisse de courriers électroniques ou des fichiers, doit s'entourer d'un certain nombre de précautions afin d'assurer le respect de la vie privée du salarié ainsi que le secret des correspondances privées²³. Si le principe connaît des limites (notamment présomption de caractère professionnel des courriels et fichiers du salarié), le Conseil d'État invite à s'assurer de la proportionnalité des modalités mises en place lors de la récolte d'éléments de preuves. Il a ainsi rappelé dans un arrêt du 2 mars 2020 que « *lorsqu'un employeur diligente une enquête interne visant un salarié à propos de faits, venus à sa connaissance, mettant en cause ce salarié, les investigations menées dans ce cadre doivent être justifiées et proportionnées par rapport aux faits qui sont à l'origine de l'enquête et ne sauraient porter d'atteinte excessive au droit du salarié au respect de sa vie privée* »²⁴. En l'espèce, il a été considéré que la consultation de comptes bancaires personnels du salarié n'était pas « *nécessaire* » pour établir les allégations faisant l'objet de l'enquête interne.

- **Droit de refuser de répondre favorablement à la convocation pour audition**

Une partie de la doctrine sociale affirme que le salarié peut refuser de se présenter à l'audition dans le cadre de l'enquête interne préalable à l'éventuelle procédure disciplinaire, considérant que, lorsque la Cour de cassation estime que l'employeur peut procéder à une enquête interne et recueillir les explications de ses salariés, elle considérerait en réalité que « *l'enquête interne a donc bel et bien en partie le même objet qu'un entretien préalable à sanction, à savoir recueillir les observations du (des) salarié(s) mis en cause. Dès lors, par analogie, on peut [...] considérer que le salarié qui est convoqué dans le cadre d'une enquête interne ne devrait pas avoir l'obligation de se présenter devant ses supérieurs et devrait en tout état de cause pouvoir quitter les lieux librement et à tout moment même si l'enquête n'est pas terminée* »²⁵.

1.2.2. Existence de recommandations non contraignantes

- **Vademecum du Conseil de l'ordre des avocats de Paris**

Le Conseil de l'Ordre des avocats de Paris a adopté, le 13 septembre 2016, des recommandations déontologiques pour encadrer l'activité de l'avocat chargé d'une enquête interne²⁶. Ce *Vademecum*, qui s'intéresse essentiellement à d'autres sujets, dont celui du statut de l'avocat enquêteur et celui du secret professionnel, recommande que l'avocat en charge de l'enquête indique aux personnes entendues pendant l'enquête interne (i) qu'il n'est pas leur avocat (point 6) et (ii) qu'elles peuvent se

²³ « *Le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; celle-ci implique en particulier le secret des correspondances [...]. L'employeur ne peut dès lors sans violation de cette liberté fondamentale prendre connaissance des messages personnels émis par le salarié et reçus par lui grâce à un outil informatique mis à disposition pour son travail et ceci même au cas où l'employeur aurait interdit une utilisation non professionnelle de l'ordinateur* » (Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.942, Bull. civ. V, n° 291).

²⁴ CE, 2 mars 2020, n° 418640.

²⁵ Jurisprudence sociale Lamy, Détention d'un salarié soupçonné de vol : les délicats contours du pouvoir disciplinaire de l'employeur, 16 avril 2018, n° 451.

²⁶ *Vademecum* de l'avocat chargé d'une enquête interne du 13 septembre 2016, modifié le 10 décembre 2019, annexé au Règlement intérieur du Barreau de Paris.

faire assister ou conseiller par un avocat lorsqu'elles peuvent se voir reprocher un agissement (point 8).

Il ne constitue cependant pas un ensemble de droits pour les personnes physiques visées par les enquêtes internes mais des recommandations déontologiques non contraignantes à destination des avocats.

- **Guide du Conseil national des Barreaux**

De façon similaire, bien que plus approfondie, le Conseil national des Barreaux a adopté le 12 juin 2020 un guide intitulé « *L'avocat français et les enquêtes internes* ». Ce guide est également destiné aux seuls avocats - le chapitre consacré aux entretiens avec les collaborateurs de l'entreprise précise notamment en ce sens que les recommandations « *ne répondent qu'aux obligations professionnelles des avocats* »²⁷, à qui il est ainsi rappelé notamment de s'abstenir de toute pression ou moyen d'intimidation sur les personnes auditionnées, dans le respect des principes essentiels de la profession.

Ce chapitre consacré aux entretiens avec les collaborateurs rappelle notamment qu'en matière d'enquête interne, l'employeur doit s'interdire de recourir à des artifices et stratagèmes visant à confondre le salarié et qu'il doit informer préalablement le salarié des dispositifs mis en œuvre pour collecter des informations le concernant personnellement. Il convient de rappeler que ces obligations ne sont pas générales et leur non-respect ne peut être sanctionné que devant le juge social, non le juge pénal. Le guide rappelle d'ailleurs en ce sens dans ce chapitre que la preuve étant libre en droit pénal, les modalités des auditions mises en place durant l'enquête interne ne conditionnent pas l'admissibilité de celles-ci devant les juridictions pénales. Pour autant, si la preuve est libre, elle doit être recherchée de manière loyale.

Si ce chapitre se limite au thème des entretiens organisés avec les collaborateurs et n'englobe donc pas la question des potentiels droits des collaborateurs au cours du reste de l'enquête interne (notamment l'accès au dossier), il contient des recommandations intéressantes et nouvelles à mettre en place, notamment :

- l'information du salarié du caractère non coercitif de l'entretien (bien que le guide rappelle également que l'employé a une obligation de se conformer aux instructions de l'employeur et qu'il recommande en ce sens d'insérer une clause de coopération dans son contrat de travail en cas d'enquête interne en cours) ;
- la notification écrite du droit à l'avocat en cas de soupçon pesant sur l'individu préalablement à l'entretien ou l'arrêt de l'entretien et la notification immédiate du droit à l'avocat en cas de survenance d'un soupçon au cours de l'entretien ;
- le droit à un interprète ; et

²⁷ Page 26 du guide du CNB.

- la rédaction systématique d'un procès-verbal relu et signé à l'issue d'un entretien.

Cependant, le guide semble prendre acte de certaines limites des droits des salariés et dirigeants de manière excessive. En particulier, il considère que « *la Cour de cassation a jugé que retenir un salarié dans un bureau sous la menace d'un licenciement était justifié dans le cadre d'une enquête interne et, dès lors, ne constituait ni une privation de liberté d'aller et de venir, ni un délit de séquestration* »²⁸. Il semble pourtant que l'arrêt visé ne fait que rappeler (i) que l'employeur peut recueillir les explications de ses salariés dans le cadre d'une enquête interne et (ii) que des actes matériels de privation de la liberté d'aller et de venir doivent être démontrés pour entraîner la qualification pénale de séquestration²⁹. Il ne semble ainsi pas constructif de déduire de cet arrêt qu'un employeur peut retenir son collaborateur de manière illimitée sous la menace d'un licenciement dans le cadre d'une enquête interne.

- **Rapport Gauvain**

Dans son rapport du 26 juin 2019 intitulé « *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale* », le député Raphaël Gauvain a dénoncé les enquêtes internes échappant à tout contrôle du juge, rythmées par la pression qu'exercent certaines autorités étrangères afin d'obtenir de la part de l'entreprise à la fois un maximum d'éléments pour construire un dossier contre elle et la dénonciation des personnes physiques responsables au sein de l'entreprise. Il y indique ainsi notamment : « *Les entreprises françaises sont particulièrement démunies en matière pénale, dans le cadre des procédures transactionnelles conduites par le DOJ. Ainsi qu'il a déjà été exposé, les entreprises faisant l'objet d'une enquête pour délinquance économique aux États-Unis expérimentent, depuis plusieurs décennies, une justice négociée. L'entreprise suspectée se voit proposer de coopérer avec les autorités gouvernementales et de faire pratiquer, à ses frais, une enquête interne par des avocats extérieurs à l'entreprise, qui seront assistés d'experts en traitement de données électroniques. Dès lors que cette coopération a été acceptée par son client, l'avocat ne peut se rendre complice d'un détournement de celle-ci, sous peine de se voir accusé de complicité d'obstruction à la Justice. À l'ouverture de la procédure, ces enquêtes ne sont limitées ni dans leur objet, ni dans le temps, ni dans l'espace, les autorités américaines pouvant à tout moment les étendre à d'autres faits, allonger la période concernée ou s'intéresser à des activités menées dans d'autres États. **Cette procédure ne revêt en outre, aucun caractère contradictoire** dans la mesure où la transmission des éléments en possession des autorités gouvernementales reste à la discrétion de ces dernières et est le plus souvent partielle* »³⁰.

²⁸ Page 25 du guide du CNB.

²⁹ Cass. crim, 28 février 2018, 17-81.929 : « *Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans préciser les actes matériels dirigés contre la personne de M. C. qui l'auraient privé de sa liberté d'aller et de venir et alors que l'employeur, qui a connaissance de faits répréhensibles, susceptibles d'être disciplinairement sanctionnés, peut procéder à une enquête interne et recueillir les explications de ses salariés, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ».

³⁰ Page 36 du Rapport Gauvain.

Les recommandations émises dans ce rapport ne s'intéressent cependant pas au sort des personnes physiques et ne semblent ainsi pas en mesure de les protéger efficacement.

1.2.3. Existence de droits prévus pour les personnes visées par un signalement

Le Décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018, a pour objet de préciser les modalités selon lesquelles doivent être établies les procédures d'alertes prévues par l'article 8 III de la loi Sapin 2.

Ce Décret prévoit en son article 5 II que la procédure de recueil des signalements doit contenir des dispositions permettant notamment (i) de garantir la stricte confidentialité des personnes visées par un signalement, (ii) de détruire les éléments du dossier de signalement permettant d'identifier notamment les personnes visées par ce signalement lorsqu'aucune suite n'est donnée à celui-ci et (iii) d'informer les personnes visées par ce signalement de la clôture du dossier de signalement.

En pratique, les personnes visées par un signalement sont *a priori*, les personnes visées par l'enquête interne ouverte du fait de ce signalement. Elles sont en tout état de cause soupçonnées, *a minima*, dans une première phase de l'enquête et sont fortement susceptibles de faire partie des personnes interrogées.

Il pourrait donc être opportun d'étendre ces droits à toute personne soupçonnée dans le cadre d'une enquête interne, même initiée indépendamment d'un signalement.

2. RÉFLEXIONS CONCERNANT LES DROITS FONDAMENTAUX DES PERSONNES PHYSIQUES VISÉES PAR UNE ENQUÊTE INTERNE

2.1. LES DROITS DE LA DÉFENSE ET LEUR APPLICABILITÉ À L'ENQUÊTE INTERNE

2.1.1. Existence de droits de la défense applicables à tout type d'enquête pénale

- **Contenu des droits de la défense**

La doctrine pénale rappelle que « *bien qu'il soit l'un des principes procéduraux les plus familiers, le principe du respect des droits de la défense est difficile à appréhender. Cela tient à son caractère composite. Il se présente à la fois comme un principe général valant en tant que tel et emportant par lui-même d'importantes conséquences et comme l'agrégat de droits multiples (droit à l'assistance d'un avocat, droit d'être informé de l'objet de l'accusation, etc.) ayant chacun une vie autonome* »³¹.

L'article préliminaire du Code de procédure pénale fait évidemment partie des textes qui délimitent ces droits³². Il prévoit notamment pour toute personne suspectée le droit à un avocat, à un interprète,

³¹ Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousuer, Traité de procédure pénale, Corpus Droit Privé, 4^{ème} édition.

³² Faisant notamment écho aux grands principes de l'ordre social, lesquels ont été, dès 1989, repris notamment par la Commission française « *Justice pénale et droits de l'homme* », instituée par arrêté de Monsieur Pierre Arpaillange, Ministre

et le droit d'être informée des charges retenues contre elle. Il est cependant « *loin de viser la totalité des droits de la défense* »³³. Il convient ainsi d'évoquer également l'article 6.3 de la Convention européenne des droits de l'Homme (lequel a vocation à s'appliquer au stade de l'enquête³⁴) qui le complète en prévoyant notamment que tout accusé a également le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et à interroger ou faire interroger les témoins à charge et à décharge.

Les droits de la défense, évolutifs et en permanente adaptation, sont définis indépendamment des étapes de la procédure pénale et, s'agissant de la phase d'enquête, du type d'enquête menée.

- **Fondement technique des droits de la défense justifiant une application large des droits**

Une partie de la doctrine pénale considère que « *le fondement technique des droits de la défense réside dans un risque de nature processuelle inhérent à toute procédure juridictionnelle, quels que soient sa nature et son objet* »³⁵.

En conséquence, « *la qualification des droits de la défense comme principe fondamental de droit processuel [...] implique [...] qu'ils soient applicables à tout type de procès quelle que soit sa nature [...]. En réalité, la notion de défense semble d'avantage pouvoir être définie comme une action visant à approuver ou contester une chose, ce qui, en termes juridiques, revient à l'action de soutenir ou de contester* »³⁶.

Plus encore, il peut ainsi être soutenu que les droits de la défense ne doivent pas être réservés aux seuls accusés *stricto sensu*, mais bien bénéficier à toute personne dont les intérêts se trouvent seulement menacés par une autorité détentrice d'un pouvoir de décision³⁷.

Il est également intéressant de noter à titre d'illustration que, si les droits de la défense sont généralement listés précisément selon la phase de la procédure pénale concernée (enquêtes, procès...), il peut également leur être fait référence de manière globale, notamment dans le cadre de l'exécution d'une demande d'entraide internationale. En effet, l'article 694-3 du Code de procédure pénale relatif à la transmission et l'exécution des demandes d'entraide internationales³⁸ indique qu'une demande d'entraide émanant d'un pays tiers peut être exécutée en France selon les

de la Justice, le 19 octobre 1988, qui a notamment listé un rappel des principes fondamentaux, parmi lesquels le respect des droits de la défense, selon lequel « *Tout accusé a droit notamment à - être informé, dans le plus court délai et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ; - se défendre lui-même ou être assisté d'un défenseur choisi par lui ou désigné d'office s'il le désire et, le cas échéant, par un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée ; - disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense* ».

³³ Frédéric Desportes, Laurence Lazerges-Cousuer, Traité de procédure pénale, Corpus Droit Privé, 4^{ème} édition.

³⁴ Les juridictions européennes considèrent que les droits de la défense doivent naître dès le stade de l'enquête préalable (CJCE 17 octobre 1989, Daw Chemical ; CEDH 27 novembre 2008, Salduz c/ Turquie ; CEDH, 13 octobre 2009, Dayanan c/ Turquie).

³⁵ Yannick Capdepon, Essai d'une théorie générale des droits de la défense, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz.

³⁶ Idem supra.

³⁷ Idem supra.

³⁸ ou encore certains traités d'entraide pénale, comme l'article 9 du traité d'entraide conclu le 10 décembre 1998 entre la France et les États-Unis ou l'article 4 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000

règles de procédure indiquées par ce pays tiers (c'est-à-dire les leurs, *a priori*), « à condition, sous peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties ou les garanties procédurales prévues par le [Code de procédure pénale] ». Cela signifie donc que les garanties procédurales générales qu'offre le Code de procédure pénale doivent être respectées même lorsque les autorités françaises ne font qu'exécuter un acte d'enquête d'un pays étranger selon les règles de ce pays étranger.

Il semble donc en découler que les droits de la défense doivent pouvoir trouver application de manière large et générale dès lors qu'il existe un risque direct ou indirect de mise en cause et de condamnation.

2.1.2. La nécessaire assimilation de l'enquête interne à une enquête pénale

- **Caractéristiques de l'enquête pénale classique et rapprochement avec l'enquête interne**

La procédure pénale est une démarche dont l'objet est (i) la connaissance des circonstances de la commission d'une ou plusieurs infraction(s) et (ii) la détermination du ou des auteur(s) de ce(s) infraction(s), (iii) en vue de juger celui-ci ou ceux-ci³⁹. Si l'enquête interne n'a, dans de nombreux cas, pas vocation à statuer sur des faits ayant une nature pénale, il est constant qu'elle a bien pour objet la recherche de faits fautifs en vue de l'établissement de responsabilités individuelles, cette recherche pouvant mener à l'ouverture d'une procédure pénale et *in fine* à un jugement pénal. La doctrine ne manque d'ailleurs pas de souligner la ressemblance notamment entre enquête interne et enquête de police judiciaire (« *Si la faculté pour l'employeur de recourir à une enquête interne est une évidence, il est tout aussi évident que son pouvoir d'investigation n'est pas illimité. Les actes d'enquête de police judiciaire étant encadrés, a fortiori, ceux accomplis par une personne privée doivent l'être aussi* »⁴⁰).

Il est cependant difficile d'être catégorique quant à la phase de la procédure pénale à laquelle l'enquête interne devrait être assimilée (enquête préliminaire ou instruction judiciaire). La difficulté est notamment liée à l'absence de critères légaux précis permettant de déterminer dans quels cas une instruction judiciaire devrait être préférée à une enquête préliminaire, l'article 79 du Code de procédure pénale se bornant à préciser à ce sujet que l'instruction est facultative en matière délictuelle.

La complexité d'un dossier pourrait constituer un indicateur pour trancher la question - les dossiers complexes faisant, en théorie, l'objet d'une instruction judiciaire - mais il se révèle en l'espèce peu pertinent. D'une part, les enquêtes internes peuvent concerner des sujets extrêmement complexes, comme des manipulations de taux financiers à échelle internationale, tout autant que des sujets très

³⁹ Jean Pradel, Manuel de procédure pénale, Éditions Cujas, 14^{ème} édition.

⁴⁰ Agnès Cerf-Hollender, L'enquête interne patronale vue par le Conseil d'Etat, RSC avril-juin 2020, p. 339.

simples. D'autre part, de plus en plus d'affaires complexes donnent lieu à des enquêtes préliminaires plutôt qu'à des instructions judiciaires.

Il pourrait également être soutenu que l'enquête interne se rapproche de l'instruction judiciaire en ce que celle-ci doit, en toute théorie, être menée à charge et à décharge⁴¹, ce qui est généralement le cas des enquêtes internes également. En effet, de très nombreuses enquêtes internes sont menées à titre préventif et aboutissent à la conclusion selon laquelle aucune infraction n'a été commise. L'avocat qui mène l'enquête interne recherche d'ailleurs fréquemment des éléments de défense (de l'entreprise ou des personnes physiques concernées) tout au long de ses investigations et évalue les éléments récoltés de manière à pouvoir potentiellement mettre hors de cause les éventuels suspects.

Cependant, l'enquête préliminaire, qui se caractérise notamment par l'absence de longues privations de liberté (pas de détention provisoire) et par des moyens d'investigations plus limités que ceux du juge d'instruction, paraît ainsi plus proche de l'enquête interne. Une assimilation de l'enquête interne à l'instruction judiciaire et une application subséquente d'une palette de droits similaires pour le mis en cause affecterait par ailleurs sérieusement l'intérêt et l'efficacité de l'enquête interne (notamment par l'impossible mise en œuvre d'une sorte de droit de demande d'acte au sein d'une entreprise).

Il semble pouvoir en être déduit que les droits des personnes physiques visées par une enquête interne n'ont pas vocation à être pertinemment calqués sur les droits des personnes visées par une instruction judiciaire, mais qu'ils devraient *a minima* atteindre le niveau de protection offert par l'enquête préliminaire au suspect (statut le plus protecteur pendant l'enquête préliminaire).

- **Vers une assimilation de l'enquête interne à l'enquête pénale aux États-Unis**

Dans une décision rendue en 2019⁴², le juge américain a sévèrement critiqué les autorités de poursuite américaines pour avoir fait « *externaliser* » certains actes d'enquête à une banque dans le cadre de la conduite, par celle-ci, d'une enquête interne, laquelle a mené à la conclusion d'un accord entre la banque et les autorités et le renvoi devant les juridictions pénales de deux de ses salariés.

Les salariés ont, lors de leurs procès, soutenu avoir été privés de leur droit de se taire, en violation du cinquième amendement de la Constitution américaine (qui permet à tout individu d'invoquer le droit de ne pas s'auto-incriminer), en ayant été contraints de répondre aux questions posées lors de l'enquête interne sous peine de sanctions disciplinaires. Si le tribunal ne leur a pas donné gain de cause, en raison de l'absence d'utilisation, dans la procédure d'inculpation, des éléments ainsi récoltés, la décision constate que l'enquête interne peut présenter tous les caractères d'une investigation pénale et souligne que les droits fondamentaux de la défense doivent être appliqués aux salariés visés par ces enquêtes. Par comparaison, elle est ainsi particulièrement intéressante pour la présente réflexion.

⁴¹ Article 81, al 1.

⁴² S.D.N.Y., 2 mai 2019, United States v. Connolly, N°16-cr-0370.

2.2. LES DROITS PROPRES AUX PROCÉDURES DE CERTAINES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES ET LEUR ÉVENTUELLE APPLICABILITÉ À L'ENQUÊTE INTERNE

2.2.1. Existence d'un principe de loyauté et de garanties procédurales dans les procédures de certaines autorités administratives indépendantes

Si les droits de la défense ne sont pas applicables en tant que tels au stade des enquêtes diligentées par les autorités administratives indépendantes (AAI), en particulier par l'Autorité des marchés financiers (AMF), le Conseil d'Etat a posé, dans une série d'arrêts rendus en 2013 concernant celle-ci, le principe selon lequel ces « *enquêtes doivent se dérouler dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés* »⁴³. Concernant le même sujet, la Cour de cassation a aussi jugé que « *la contradiction, qui s'applique pleinement à compter de la notification des griefs, est une exigence de l'instruction et non de l'enquête, laquelle doit seulement être loyale de façon à ne pas compromettre irrémédiablement les droits de la défense* »⁴⁴.

Si la mise en œuvre de ce principe de loyauté ne regorge pas d'illustrations permettant de consacrer de nombreuses garanties, il semble tout de même constituer une reconnaissance d'une ébauche de droits de la défense au stade de l'enquête. Surtout, il demeure que les procédures menées par les autorités administratives indépendantes garantissent certains droits fondamentaux aux personnes visées par ces enquêtes.

Ainsi, au cours des enquêtes menées par l'AMF, les personnes auditionnées sont en droit d'être assistées d'un conseil de leur choix⁴⁵ et doivent être convoquées au moins huit jours avant la date de leur audition⁴⁶. Les auditions font également l'objet d'un procès-verbal qui consigne les explications recueillies ainsi que les documents présentés par les enquêteurs et/ou par la personne concernée. Tout procès-verbal est signé par les enquêteurs et la personne concernée. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au procès-verbal⁴⁷.

Par ailleurs, avant la rédaction finale du rapport d'enquête de l'autorité, les éléments de fait et de droit recueillis par les enquêteurs sont portés à la connaissance des personnes susceptibles d'être ultérieurement mises en cause par l'envoi d'une lettre circonstanciée⁴⁸.

De façon similaire, les enquêteurs de l'Autorité de la concurrence établissent également, notamment, un procès-verbal lors de leurs auditions⁴⁹.

⁴³ CE, 15 mai 2013, n°356054 et CE, 12 juin 2013, n°359245.

⁴⁴ Cass. com. 1^{er} mars 2011, n°09-71.252.

⁴⁵ Article L621-11 du code monétaire et financier.

⁴⁶ Article R621-34 du code monétaire et financier.

⁴⁷ Article R621-35 du code monétaire et financier.

⁴⁸ Article 144-2-1 du Règlement général de l'AMF.

⁴⁹ Article L450-2 du Code de commerce.

2.2.2. L'assimilation, dans une moindre mesure et a minima, de l'enquête interne aux procédures de certaines autorités administratives indépendantes

La singularité de la mission répressive dévolue à certaines AAI se manifeste souvent par la réunion, au sein d'une même institution, des fonctions d'enquête, de poursuite et de sanction. Une comparaison pourrait être évoquée avec l'enquête interne, dans le cadre de laquelle l'entreprise qui enquête puis sanctionne disciplinairement son salarié (lequel est par la suite également susceptible d'être sanctionné par le juge pénal pour les faits découverts par l'entreprise), endosse un rôle similaire.

Par ailleurs, l'enquête interne et l'enquête administrative partagent indéniablement un objectif et une caractéristique d'efficacité et de célérité accrue de l'enquête.

2.3. RECOMMANDATIONS

En l'absence de cadre juridique permettant d'assurer les droits de la défense des personnes physiques visées par des enquêtes internes, l'objectif du présent document est de formaliser des recommandations pratiques pour permettre d'identifier et d'appliquer ces droits, tout en maintenant un équilibre avec les droits de l'entreprise enquêtrice et en préservant l'efficacité de ces enquêtes.

L'application des droits fondamentaux identifiés nous semble pouvoir être atteinte par la mise en place d'une triple démarche consistant en (i) la sensibilisation au sujet spécifique de la protection des personnes physiques visées par les enquêtes internes, (ii) l'application d'un standard minimum d'enquête accepté par les institutions du monde du droit et de l'entreprise et (iii) l'émission de lignes directrices à valeur incitative ou contraignante par les autorités compétentes.

2.3.1. Intérêt des recommandations

Il est évident que les droits ci-après préconisés présentent essentiellement un intérêt pour les personnes physiques touchées. Il importe cependant de souligner qu'une enquête interne protectrice des droits de la défense, bien que conservant toute son efficacité et sa célérité, présente également un intérêt majeur pour les autres parties prenantes de l'enquête interne.

- **L'intérêt pour l'entreprise**

Il peut sembler que, dans le cadre de l'enquête interne, l'entreprise et son collaborateur ont des intérêts fondamentalement opposés – et c'est parfois effectivement bien le cas. Il est patent, également, que la nécessité pour l'entreprise, dans certains types d'enquêtes internes, d'identifier les personnes physiques ayant commis d'éventuels manquements est de nature à créer une tension forte au sein de l'entité.

Pourtant, toute entreprise a pour intérêt de découvrir au cours de son enquête qu'aucun de ses collaborateurs n'est responsable de manquement au sein de sa structure. En effet, l'éventuelle démonstration de l'absence d'infraction commise par la personne physique élimine *a priori* d'emblée

la possibilité d'une responsabilité pénale de la société. L'entreprise a ainsi intérêt à œuvrer pour la démonstration - dans la mesure du possible et sans jamais dénaturer le contenu des éléments de preuve découverts - d'une absence d'infraction commise par une ou plusieurs personnes physiques en son nom.

Dès lors, elle a bien intérêt à mener une enquête dans le cadre de laquelle les salariés et dirigeants entendus pourront présenter au mieux leurs explications. En ce sens, la préparation par un avocat, ainsi que sa présence lors d'une audition permet - loin des clichés selon lesquels il conseillerait à son client de se taire en toutes circonstances, voire de mentir - de formuler clairement les pensées du collaborateur concerné et d'apporter un éclairage plus précis, fourni et cohérent sur le maximum de points intéressant le dossier (que le salarié ou le dirigeant n'auraient pas nécessairement identifiés spontanément) ou encore de dissiper des malentendus. Elles permettent également d'éviter que d'autres manquements potentiellement commis au sein de l'entreprise, non investigués par celle-ci car sans aucun lien avec l'enquête interne, ne soient dénoncés dans ce cadre inapproprié.

Par ailleurs, si les honoraires des avocats des personnes physiques visées par l'enquête interne, qui peuvent être parfois pris en charge par la société menant l'enquête interne, présentent indéniablement un coût supplémentaire pour celle-ci, la présence d'un avocat lors d'une audition peut également éviter par la suite des contestations futures et des remises en cause du contenu des déclarations faites, qui peuvent, elles, présenter une réelle perte de temps, d'énergie, ainsi qu'un risque de fragilisation du dossier.

Il est également notable que le respect des droits de la défense des personnes physiques visées par l'enquête interne permet également d'éviter que certains départements spécifiques des entreprises (départements d'audit, d'investigations ou de contrôles), dont la raison d'être est de déceler des manquements, ne présentent des éléments plus à charge qu'ils ne le seraient réellement aux termes d'une analyse plus indépendante.

De surcroît, par le respect d'un certain nombre de droits de la défense de ses collaborateurs, l'entreprise sera en mesure d'apporter un rapport final crédible et utile aux éventuelles autorités de poursuites, dans l'hypothèse où les faits visés par l'enquête interne sont susceptibles de donner lieu à des enquêtes administrative ou pénale, ou devant les juridictions prud'homales, en cas de contentieux avec un salarié sanctionné notamment. De même, les éventuelles décisions, notamment disciplinaires, prises par l'entreprise sur le fondement d'un rapport d'enquête interne seront également moins contestables par ses (anciens) collaborateurs.

- **L'intérêt pour les magistrats**

Le parquet, le juge d'instruction ou la juridiction de jugement sont confrontés aux éléments récoltés dans le cadre d'une enquête interne à différents stades de la procédure pénale. Ils se retrouvent pourtant, chacun, face à la difficulté de donner une valeur probante plus ou moins forte à ces éléments récoltés dans le cadre d'une initiative privée.

Si la preuve est libre devant le juge pénal, celui-ci peut cependant bien mieux s'appuyer sur un rapport d'enquête interne ou même un procès-verbal d'audition dont la valeur probatoire est renforcée. En effet, des éléments de preuve obtenus loyalement et dans le respect des droits de la défense pourront être utilisés sans risque fort de contestation de la décision prise sur son fondement.

Il pourrait également être bénéfique, lorsque des enquêtes internes sont mises en place dans le cadre de négociations avec le parquet, de conclure un protocole d'enquête qui permettrait de définir, en amont, les droits de la défense applicables à la procédure interne menée.

2.3.2. Droits préconisés

Eu égard aux réflexions ci-avant développées, et plus particulièrement aux différences relevées entre les divers types d'enquêtes internes existants, il nous semble que les droits ci-après énoncés (i) devraient trouver 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 (ii) devraient, en revanche, pouvoir 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, de 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 ;
 - à 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**
 - à 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).