

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique *Lawfare Law Review*

N° 1.
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélien BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDER, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participé Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [toetâtês]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ».

♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

2. Le sort des résultats d'une enquête interne, en France et aux Etats-Unis (RIN, annexe XXIV et States District Court for the Southern. District of New York, *United States v. Connolly*, 2 mai 2019, 2019 WL 2120523).

La loi « Sapin II » a modifié de manière radicale l'approche du traitement des pratiques de corruption, à l'imitation des pratiques américaines, à travers des techniques de justice négociée, la CJIP (convention Judiciaire d'intérêt public, cf. infra, n° 16), le « monitoring » qui constitue l'une des contreparties de la conclusion d'une CJIP par la mise en place d'un programme de conformité sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) ¹mais encore la question de l'enquête interne visant à auditer et éventuellement déceler des pratiques de corruption, au-delà des dispositifs d'alerte interne imposés désormais à toute entreprise de plus de 50 salariés. L'obligation de traitement des alertes, ou bien la volonté de réaliser une vérification globale, mais encore la mise en place d'un programme de conformité en suite d'une CJIP conduit alors l'entreprise à confier une telle « enquête interne », confiée à un « avocat enquêteur » ou un « avocat expert » dont les missions sont désormais définies par l'annexe XXIV du règlement intérieur national des avocats (RIN), à travers un « vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne » adopté en 2016². L'avocat-enquêteur est celui qui est chargé d'une enquête interne pour donner une opinion juridique sur une telle situation, qui peut s'élargir à d'autres missions de compliance (respect de règles de la concurrence, de la consommation, de droit financier, de droit fiscal, de réglementation de blanchiment de respect d'embargo, etc.); l'avocat-expert est celui qui est désigné par deux parties, une entreprise et l'AFA ou une autre autorité (comme le PNF), ou une entreprise et un salariés (ou un dirigeant).

L'avocat choisi, qui peut être l'avocat habituel de l'entreprise uniquement comme avocat-enquêteur, se présente alors de manière originale lorsqu'il intervient comme avocat-expert, un tiers neutre, et non un prestataire ordinaire d'un service juridique, notamment dans l'exécution d'une obligation de mise en place d'un programme de conformité, contrôlé par l'AFA.

¹ C. Pr. Pén., art. 41-1-2, I.

² Cf. E. Daoud et C. Breyer, « L'avocat chargé d'une enquête interne : enjeux déontologiques », *AJ Pénal*, 2017, p. 330.

Si l'avocat peut alors prendre connaissance de tous documents utiles, courriers, rapports, contrats, etc., effectuer des auditions, visionner des enregistrements vidéo, etc., sa mission n'est pas « agressive », à la différence, majeure, des pratiques américaines, où l'avocat est une sorte d'agent délégué du procureur et où les personnes auditionnées sont tenus de coopérer sous peine de sanction. En revanche, comme l'avocat américain, l'avocat expert doit bien spécifier à ses « clients » qu'il n'est pas leur avocat au sens français du terme (et qu'il peut être assisté par un avocat, cette fois au sens ordinaire du terme), et n'est pas soumis au secret professionnel : il doit alors remettre son rapport à toutes les parties intéressées, y compris les autorités donc, lorsqu'il s'agit d'un avocat expert. Ces enquêtes internes, notamment via un avocat enquêteur sont aujourd'hui communes et participent de l'émergence des pratiques de « compliance » largement entendues. Elles font l'objet de rapports remis à la direction.

Une difficulté survient cependant lorsque le rapport est effectué par un avocat (enquêteur) français, en France mais pour une entreprise (qui pourrait être une filiale d'une entreprise française) étrangère, américaine par exemple et sa direction. Dans ces conditions, la question pourrait se poser de savoir si la « loi de blocage » de 1968 (loi n°68-678 du 26 juillet 1968 qui interdit à toute personne (en France) de demander, rechercher ou communiquer sous quelque forme que ce soit des documents d'ordre économiques, commercial industriel, financier, technique, etc., « tendant à la constitution de preuve en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci » (L. 26 juill. 1968, art. 1 bis), même si la faiblesse des sanctions et, sans doute, la pression exercée par les enquêteurs et procureurs américains, et la relative inapplication (ou ignorance) de ce texte n'avait pas empêché qu'il soit très largement violé, du moins jusqu'à l'adoption de la loi Sapin II et la « nationalisation » des traitements des cas de corruption.

Cette question, qui échappe *a priori* au juge français, par hypothèse, sauf à renforcer de manière majeure les sanctions de ce texte, comme le recommande, par exemple, le « Rapport Gauvain » de 2019³, pourrait évoluer, à l'aune de la prise compte, lente, des autorités judiciaires américaine du traitement, sinon cavalier, du moins assez étranger à toute idée de justice, des entreprises étrangères (et nationales) dans le cadre des

³ R. Gauvain (dir.), *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger les entreprises françaises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapp. Ass. Nat., 26 juin 2019.

procédures qui, aboutissant à des transactions, échappent à tout contrôle judiciaire sérieux. Une décision récente, du States District Court for the Southern District of New York (SDNY) du 2 mai 2019⁴, dans une affaire *Connolly*, d'autant plus significative que cette juridiction est celle de Wall Street, qui dispose de son propre procureur, pourrait laisser penser que les enquêtes internes ainsi réalisées à l'étranger pourrait bien faire l'objet d'un regard plus rigoureux. En l'espèce, la Deutsche Bank est soupçonnée de manipulation de taux d'intérêts, diligente une enquête interne via un cabinet américain qui auditionne un salarié britannique. Une solution négociée aboutit en 2015, la Deutsche Bank devant alors payer 775 millions de dollars d'amende. Toutefois, le salarié ayant reconnu sa participation aux faits reprochés, le DoJ décide de le poursuivre pénalement. Le salarié considère alors que la banque, son employeur, via le cabinet d'avocat, a conduit l'enquête dans le but d'obtenir la transaction, manquant ce faisant de loyauté à son égard en ce qu'il s'agissait d'une audition « fairly attributable » au gouvernement, donc, à une enquête pénale (« *Deutsche Bank acted as an arm of the government* ») quand bien même la banque disposait de principes de compliance imposant à ses employés de coopérer avec toute autorité, interne ou étrangère (ce qui paraît, effectivement, guère loyal, ce d'autant que l'avocat confirmait que s'il n'avait pas accepté, il aurait été licencié). Or, le juge (un grand jury l'avait considéré comme coupable en 2018) considérait pour écarter sa « mise en examen » (conviction), que l'enquête s'apparente effectivement à une investigation pénale, autorisant l'invocation du 5^{ème} amendement de la Constitution américaine, le fameux droit au silence et le droit de ne pas témoigner contre soi-même).

Transposée à un cas français, la question se pose de savoir si, et à supposer que la qualification pénale de l'enquête soit confirmée, cette solution ne pourrait être renforcée par l'invocation de la loi de 1968 ? La réponse n'est pas évidente au regard de la position des juges américain qui avaient déjà considéré que, eut égard à sa presque ignorance en France, elle se présentait comme de pure forme en 1987⁵ et plus récemment en 2014⁶. Par ailleurs, ce n'est pas l'enquête interne qui est considérée, en France, comme pénale, mais le recueil d'information « en vue de

⁴ SDNY, *United States v. Connolly*, 2 mai 2019, WL 2120523, rev. crit DIP, 2020, p. 175, os. A. d'Ornano.

⁵ US District Cours, *Aerospatiale*, 14 janvier 1987, 482 US 522, Rev. crit. DIP 2008. 559, note Dyer.

⁶ SDNY 22 déc; 2014, *Motorola credit corp v. Kamel Uzan*, 2002-cv-066 JSR SDN, cite par A. d'Ornano, préc.

procédures judiciaires ». En revanche l'association de la solution américaine, qui criminalise l'enquête (dans les limites des faits de la solution) et de la règle française, y compris lorsque l'enquête interne est antérieure au déclenchement d'une enquête si on admet que la formule « en vue de » est suffisamment accueillante, permet sans doute de réduire, sinon la portée extraterritoriale des règles américaines, du moins les ardeurs des enquêteurs.

Il demeure que la mise en œuvre sérieuse, par le PNF et l'AFA des règles issues de la loi Sapin II ont déjà produit quelques effets à l'endroit des autorités américaines, puisque par deux fois, les autorités françaises et américaines ont collaboré dans l'affaire Société Générale, en 2018 et plus récemment dans l'affaire Airbus, en 2020 (cf. infra, n° 16).

D. Mainguy

**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N°1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [tœtatès]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815

