

LES ENQUÊTES INTERNES ET LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'AVOCAT: LA FIN D'UNE ÉPOQUE?

DAVID RAEDLER

Avocat, docteur en droit, vice-président du Tribunal de prud'hommes

BENOÎT CHAPPUIS

Avocat, professeur aux Universités de Genève et Fribourg

Mots-clés: avocat, enquêtes internes, secret professionnel, séquestre, blanchiment d'argent, obligation de production, collaboration, mise sous scellés

Les enquêtes internes se caractérisent à la fois par une importance pratique croissante et un régime juridique à plusieurs égards peu clair, qui entraîne fréquemment des difficultés d'appréciation. Cela concerne en particulier la portée du secret d'avocat et le caractère «typique» des activités déployées, notamment au regard de deux arrêts récents. La présente contribution propose une lecture de la question, tant générale qu'en matière de compliance et de gouvernance. La portée éminemment juridique des activités de l'enquêteur y est notamment soulignée.

I. Introduction

Les enquêtes internes constituent un sujet toujours plus débattu et analysé. Le sujet est vaste et ses implications particulièrement centrales pour de nombreuses entreprises qui sont appelées à les mener, qu'elles y voient un choix de leur part ou se considèrent tenues d'une réelle obligation. D'ailleurs, l'existence d'une telle obligation semble aujourd'hui acquise, en tout cas dans certaines hypothèses (notamment en lien avec les devoirs de protection de l'employeur à l'égard des travailleurs) ou pour certaines catégories d'entreprises spécialement réglementées.

Ce développement des enquêtes internes s'est en toute logique accompagné d'un certain intérêt des autorités pour ces procédures. Par un accès plus simple aux faits pertinents, notamment grâce au devoir de collaborer des employés, et sans limites procédurales particulières, l'entreprise menant l'enquête interne aura en effet souvent plus rapidement et efficacement des informations sur les faits instruits. L'éventualité pour l'autorité d'accéder à ces mêmes résultats pourra donc s'avérer centrale, d'autant plus qu'elle pourra ainsi également économiser les lourds moyens d'instruction qu'elle devrait sinon consacrer à sa propre enquête.

L'on comprend donc facilement que le rapport d'enquête interne, qui recense les résultats obtenus, constituera fréquemment le Graal auquel toute autorité souhaite

accéder. Or, plusieurs limitations peuvent l'en empêcher, dont le secret professionnel de l'avocat. Et ce sujet a justement donné lieu à plusieurs décisions jurisprudentielles récentes.

Considérant l'importance pratique de cette question, et les nombreuses zones d'ombre qui demeurent, le présent article propose un rappel du concept d'enquête interne et de la pertinence du secret professionnel de l'avocat pour ses différentes opérations. Il s'agira ensuite de brièvement commenter les dernières jurisprudences du Tribunal fédéral en la matière, dans le but d'en apprécier les conséquences. Nous terminerons par quelques conseils pratiques permettant de favoriser la sauvegarde du secret d'avocat.

II. Les enquêtes internes: entre mesures d'instruction et secret d'avocat

1. La notion d'enquête interne et les mesures d'instruction typiques

Les différents arrêts qui ont été rendus ces dernières années par le Tribunal fédéral en lien avec le sujet des enquêtes internes ainsi que les nombreuses discussions qui y ont fait suite s'appuient directement sur cette notion d'«enquête interne». Bien que parfois remplacée par d'autres termes (enquête forensique [*forensische*

Untersuchung],¹ enquête sur des délits [*Deliktuntersuchung*]² ou encore l'*Internal Investigation* propre au droit anglo-saxon), c'est toujours le même concept et une même procédure qui sont visés. Tant le Tribunal fédéral que plusieurs auteurs partent ainsi de la prémisse que cette notion englobe un concept bien déterminé et identifiable.

Pourtant, c'est ignorer là que le concept d'«enquête interne» ne répond pas à une définition légale précise³ et ne trouve aucune source explicite dans la réglementation applicable.⁴ Elle se caractérise au contraire le plus souvent par sa nature polymorphe et variée, intégrant des buts et des mesures aussi différents que les situations qu'elles visent à instruire. Cela se retrouve d'ailleurs dans les nombreuses définitions qui y sont données en doctrine.⁵ Si l'on tente néanmoins de donner une définition uniforme à ce concept, il peut être retenu que les enquêtes internes constituent des procédures spéciales exécutées à l'intérieur d'une entreprise et décidées par elle, sur influence ou considération plus ou moins directe d'une autorité (voire sur son injonction), en vue de clarifier un état de fait lié à la possible (et généralement soupçonnée) violation de règles applicables, quelle qu'en soit la nature.⁶

Variées dans leurs définitions, les enquêtes internes le sont également dans les mesures d'instruction qu'elles peuvent impliquer, dont trois catégories sont usuellement identifiées.

La première catégorie de mesures regroupe tout ce qui a trait à la recherche et la sauvegarde de documents en lien avec les faits instruits, qu'ils soient physiques ou électroniques, en possession ou non de l'entreprise⁷. Une fois ces différents documents sauvegardés et triés, ils seront encore généralement examinés individuellement par l'équipe d'enquête afin de juger de leur utilité et de leur pertinence sous l'angle juridique, pour les faits à investiguer⁸.

La seconde se rapporte aux interrogatoires d'employés, dont la préparation interviendra le plus souvent sur la base des documents rassemblés.⁹ En y procédant, l'entreprise cherchera à mieux comprendre et trier les données saisies ainsi que découvrir des informations nouvelles sur les faits instruits. Ces interrogatoires peuvent également servir, lorsque des sanctions de droit du travail sont envisagées, à offrir à l'employé la possibilité de se prononcer expressément sur les reproches qui lui sont adressés.¹⁰ Essentiellement pour des motifs de preuve, il est d'usage d'établir au moins un résumé des déclarations tenues lors des interrogatoires.¹¹

Enfin, la troisième catégorie de mesures d'instruction englobe toutes les mesures dites de surveillance, qui se distinguent des deux précédentes par le fait qu'elles couvrent des comportements actuels et non passés.¹² Elles se subdivisent elles-mêmes en quatre types selon qu'elles touchent aux échanges actuels de courriels, à l'utilisation d'Internet, aux échanges téléphoniques ou à la vidéosurveillance.

Ces trois catégories de mesures devront soigneusement être mises en œuvre pour respecter le cadre juridique dans lequel elles s'inscrivent, notamment pour évi-

ter une violation des règles de droit du travail, de la protection des données ou du droit pénal.¹³

Une fois l'instruction menée, l'enquête interne se clôturera le plus souvent par un rapport d'enquête recensant les informations obtenues. Sa forme, son contenu ainsi que le niveau de détail choisi devront dans chaque cas être identifiés au regard des circonstances de l'espèce, dont l'utilisation qu'il est prévu d'en faire, la nécessité de conserver certains secrets, les risques de fuite de même que les éventuels devoirs de transmission qui reviennent à l'entreprise.¹⁴ Et c'est justement dans ce dernier cas que la question du secret d'avocat appliqué au rapport d'enquête, ainsi que plus généralement à l'enquête interne elle-même, prendra toute son importance. Dépendant de la qualification réservée à ce type d'instruction, l'entreprise pourra s'opposer à ce que les pièces et conclusions soient requises ou saisies par une autorité, puis utilisées par elle.

2. Le secret d'avocat et sa place dans l'enquête interne

A) Des rôles de l'avocat dans l'enquête interne

L'une des principales questions auxquelles l'entreprise devra répondre au tout début de la procédure d'enquête porte sur l'identification de la ou des personnes auxquelles

1 STRASSER, Zur Rechtsstellung des vom Whistleblower beschuldigten Arbeitnehmers, in von Kaenel (édit.), *Whistleblowing – Multidiziplinäre Aspekte*, Berne 2012, p. 55 ss, p. 60.

2 GODENZI, *Private Beweisbeschaffung im Strafprozess*, Zurich 2008, p. 18.

3 STRASSER (n. 1), p. 59; WEWERKA, *Internal Investigations*, Frankfurt am Main 2012, p. 5.

4 RAEDLER, Les enquêtes internes dans un contexte suisse et américain, Lausanne 2018, p. 19 ss pour une analyse détaillée de sources implicites ou déduites.

5 RAEDLER (n. 4), p. 45 ss.

6 RAEDLER (n. 4), p. 47 et 48.

7 STRECKER/REUTTER, Ermittlungen und Beweissicherung – Unterlagen und EDV, in Knierim/Rübenstahl/Tsambikakis (édit.), *Internal Investigations*, Heidelberg 2013, p. 181 ss, N 51 p. 190. Pour ce qui est des pièces détenues par les employés, cf. RAEDLER (n. 4), p. 496 ss.

8 FRITSCHÉ, *Interne Untersuchungen in der Schweiz*, Zurich – St-Gall 2013, p. 75 et 76.

9 FRITSCHÉ (n. 8), p. 78; LÄNZLINGER, *Rechtliche Rahmenbedingungen und praktische Erfahrungen im Zusammenhang mit Mitarbeiterbefragungen*, in Romerio/Bazzani (édit.), *Interne und regulatorische Untersuchungen*, Zurich – Bâle – Genève 2015, p. 107 ss, p. 111; STRECKER/REUTTER (n. 7), N 79 p. 194.

10 RAEDLER (n. 4), p. 507 et 508; ROMERIO/BAZZANI/GROTH, *Interne und regulatorische Untersuchungen – Einführung und Auslegung*, in Romerio/Bazzani (édit.), *Interne und regulatorische Untersuchungen*, Zurich – Bâle – Genève 2015, p. 7 ss, p. 47.

11 FRITSCHÉ (n. 8), p. 200 ss, qui se prononce contre une retranscription mot par mot (*verbatim*) des déclarations.

12 GEISER, *Behördliche und interne Untersuchungen: Die arbeits- und datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen*, in Emmenegger (édit.), *Banken zwischen Strafrecht und Aufsichtsrecht*, Bâle 2014, p. 165 ss, p. 169; LIVSCHITZ, *Switzerland*, in Spehl/Grützner (édit.), *Corporate Internal Investigations*, Munich 2013, p. 347 ss, N 39 p. 365.

13 Pour les différentes (et nombreuses) limitations aux mesures d'instruction, cf. RAEDLER (n. 4), p. 490 ss.

14 ROMERIO/BAZZANI/GROTH (n. 10), p. 98.

cette instruction sera confiée.¹⁵ Ce choix sera d'autant plus central qu'il aura une influence directe non seulement sur le déroulement de l'enquête, mais aussi sur la pertinence de ses résultats, l'utilisation qui pourra en être faite ainsi que l'image générale donnée au public.¹⁶

La première étape de ce choix consistera pour l'entreprise à choisir entre un enquêteur externe ou une procédure demeurant exclusivement interne, confiée à une personne, un groupe ou un département (existant ou *ad hoc*) en son sein.¹⁷ Puis, si l'entreprise opte pour un mandat externe, elle devra encore décider entre un avocat ou un autre type d'intervenant, dont une société d'audit ou un expert-comptable ou financier.¹⁸

En pratique, le choix d'un avocat l'emportera le plus souvent. Ceci s'explique d'abord par les problématiques en grande partie juridiques qu'une telle procédure implique, pour ce qui est des droits des différents intervenants, des mesures d'enquête et des conséquences liées à la confirmation des soupçons apparus.¹⁹ Ensuite, l'argument fondé sur l'application des règles et devoirs professionnels de même que l'opposabilité en justice du secret d'avocat pèse également lourd dans la balance.²⁰

Il est important encore de souligner que le rôle de l'avocat dans une enquête interne ne se limitera pas à celui d'enquêteur. Il pourra en effet également être appelé à intervenir à d'autres titres, notamment en conseillant et assistant l'une ou l'autre des personnes impliquées dans l'enquête interne, dont l'employé soupçonné qui bénéficie d'un véritable droit à l'assistance d'un avocat (basé sur l'art. 328 CO).²¹ Appelé à ses côtés, l'avocat pourra participer aux interrogatoires de son mandant, répondre à ses questions et le conseiller sur sa place dans la procédure interne, dont l'approche qu'il devrait adopter face à l'enquête et aux requêtes d'instruction, de même qu'à la stratégie à suivre au vu des suites juridiques potentielles.²²

B) Du secret d'avocat

L'avocat étant souvent choisi en raison du secret d'avocat qui accompagne et régit son activité, il fait logiquement sens d'examiner si ce secret trouve effectivement application aux enquêtes internes.

De façon très générale, le secret d'avocat fait l'objet de nombreuses dispositions légales disséminées dans l'ordre juridique suisse (art. 13 LLCA, art. 321 CP, art. 160 al. 1 let. b CPC, art. 264 al. 1 let. a et d CPP, art. 13 al. 1^{bis} PA, art. 46 al. 3 DPA, etc.). Sous l'angle de l'art. 13 LLCA spécifiquement, le secret professionnel lie l'avocat exerçant dans le cadre d'un monopole, à l'exclusion par contre de celui qui n'est pas inscrit au registre cantonal.²³ Il ne s'applique de plus qu'aux activités typiques de l'avocat (y compris l'activité de conseil²⁴) et non à celles qui seraient purement commerciales.²⁵ L'activité accessoire de l'avocat n'y sera ainsi pas incluse en tant qu'elle ne relève pas du mandat typique, comme cela peut être le cas en matière de *compliance* bancaire.²⁶ Dans l'ensemble, le secret d'avocat englobe tous les faits²⁷ qui ne sont pas connus de tous ou accessibles à tous (composante objective) et que

le client souhaite maintenir secrets (composante subjective).²⁸

Le nerf de la guerre consiste donc à savoir si les activités de l'avocat dans l'enquête interne constituent ou non une activité «typique», seul critère permettant d'en couvrir les activités par le secret d'avocat. Et tout naturellement, cette question est centrale pour de nombreuses entreprises qui ne souhaiteraient pas voir les pièces récoltées par l'enquêteur, ni *a fortiori* ses écrits et rapports résumant les découvertes, saisies par une autorité et, par-là, tendre à celle-ci le bâton pour se faire battre. Elle l'est en outre également pour tous les autres participants à l'enquête interne, dont les déclarations (faites lors d'interrogatoires) seraient alors transmises ou saisies par les autorités. Cette crainte aura en particulier une incidence sur l'éventuelle participation d'un employé à un programme d'amnistie et de coopération établi par l'entreprise dans le cadre de l'enquête interne, du fait que l'entreprise ne pourrait plus lui assurer l'absence de poursuites.²⁹

15 CHAPPUIS, Enquête interne et secret professionnel, *Revue de l'avocat* 1/2017, p. 40 ss, p. 43.

16 À noter que l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_671/2014 du 18.12.2014 consid. 3.2.1 (avec les références citées) peut être interprété comme imposant dans certains cas un enquêteur externe; ROMERIO/BAZZANI/GROTH (n. 10), p. 29.

17 Sur les avantages d'une mission demeurant à l'interne, cf. RAEDLER (n. 4), p. 464.

18 FRITSCHÉ (n. 8), p. 55.

19 Des problématiques juridiques se posent notamment en droit du travail, en protection des données ou encore en droit pénal (en particulier lorsque l'enquête s'inscrit dans un cadre international); FRITSCHÉ (n. 8), p. 326.

20 FRITSCHÉ (n. 8), p. 55; LIVSCHITZ (n. 12), N 18 p. 357 et N 104 ss p. 393; WEWERKA (n. 3), p. 33 (Allemagne).

21 RAEDLER (n. 4), p. 166 ss; RAEDLER, L'employé comme partie faible dans l'enquête interne, in Hari (édit.), *Protection de certains groupements de personnes ou de parties faibles versus libéralisme économique: quo vadis?*, Genève - Zurich - Bâle 2016, p. 345 ss, p. 354 et 355.

22 RAEDLER (n. 4), p. 271 et 272.

23 BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009, N 1809 ss p. 746 ss; MAURER/GROSS, in Valticos/Reiser/Chappuis (édit.), *Commentaire romand, Loi sur les avocats*, Bâle 2010, N 79 et 86 *ad art.* 13.

24 MAURER/GROSS (n. 23), N 79, 82 et 87 ainsi que N 152, 153 et 194 *ad art.* 13; notant qu'une activité de défenseur n'est pas requise, CSOPORT/GEHRIG, *Zum Anwaltsgeheimnis bei internen Untersuchungen im Finanzmarktbereich*, in *Jusletter* 10. 4. 2017, N 35, 117 et 118.

25 ATF 135 III 597 consid. 3.3; MAURER/GROSS (n. 23), N 145 *ad art.* 13; THORMANN, *Sicht der Strafverfolger - Chancen & Risiken*, in Romerio/Bazzani (édit.), *Interne und regulatorische Untersuchungen II*, Zurich - Bâle - Genève 2016, p. 91 ss, p. 118; également CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 35. Il est ainsi plus restreint que l'art. 12 LLCA ([également applicable à ces activités], BOHNET/MARTENET (n. 23), N 1821 p. 751; CHAPPUIS, *La profession d'avocat*, Tome I - Le cadre légal et les principes essentiels, 2^e éd., Zurich 2016, p. 183 ss) et que le devoir contractuel de discrétion et de secret (FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2^e éd., Berne 2017, N 1265 p. 444).

26 ATF 143 IV 462 consid. 2.2; ATF 135 III 597 consid. 3.3.

27 Il ne couvre par contre pas les opinions; MAURER/GROSS (n. 23), N 207 *ad art.* 13.

28 BOHNET/MARTENET (n. 23), N 1833 ss p. 754 ss.

29 Sur ces programmes, ainsi que les problèmes qui peuvent y être liés, RAEDLER (n. 4), p. 476 ss. Voir aussi CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 5, pour la relativisation de la collaboration des employés.

Savoir si l'activité de l'avocat dans l'enquête interne est «typique» de la profession impose d'en distinguer deux volets.

Par ses activités de conseil (à l'employé soupçonné ou à l'entreprise), l'avocat exerce clairement une activité typique en tant qu'il prodigue une prestation de nature intellectuelle qui s'inscrit dans un contexte juridique. Ce constat s'impose y compris si ces conseils comprennent une forte prédominance de considérations stratégiques, vu l'importance du contexte légal.³⁰ Pour ce qui est de l'activité d'enquêteur, elle doit en principe également recevoir cette même qualification.³¹ Cette activité fait en effet aussi appel à des considérations essentiellement juridiques (légalité des mesures d'instruction, sort des résultats obtenus, utilisation dans une procédure subséquente, etc.)³² et s'impose pour identifier correctement les bases nécessaires au conseil juridique.³³

Vu le caractère typique général de l'activité de l'avocat appelé à intervenir dans une enquête interne, les différents documents et opérations y étant liés devront donc par principe être protégés. Il s'agit d'abord des informations et documents que son mandant lui transmet³⁴ (étant précisé que le secret d'avocat protège les communications entre l'avocat et son client, mais non forcément les informations elles-mêmes), de même que ceux qui sont obtenus de la part d'autres intervenants à l'enquête interne, à chaque fois s'ils réalisent les composantes objective et subjective du secret.³⁵ C'est ensuite aussi le cas des documents que l'avocat établirait lui-même ou par l'intermédiaire de ses auxiliaires, dont (pour l'avocat-enquêteur) les procès-verbaux d'interrogatoires, d'éventuelles notes personnelles³⁶ et les rapports intermédiaires ou finaux à l'attention de l'entreprise.³⁷ Tous font en effet appel à de véritables appréciations juridiques et s'inscrivent soit dans l'analyse légale opérée par l'avocat (notes personnelles et rapport d'enquête), soit dans la compréhension de l'état de fait directement pertinent et nécessaire pour cette analyse (procès-verbaux d'interrogatoire).

III. De la portée des évolutions jurisprudentielles sur le secret d'avocat dans l'enquête interne

Longtemps laissée à la plume de quelques auteurs de doctrine, la thématique du secret d'avocat dans l'enquête interne a récemment fait l'objet de deux arrêts importants du Tribunal fédéral, tous deux en lien avec la mise sous scellés de moyens de preuve saisis. Cette importance ne se rattache pas tant aux conclusions qui doivent en être tirées, mais plutôt aux craintes qu'ils ont fait naître au sein de la pratique. Pour en comprendre la réelle portée et l'incidence sur le futur des enquêtes internes, il est utile d'en proposer un bref rappel, avant d'en appliquer les principes à ces procédures.

1. Les arrêts du Tribunal fédéral

La première salve tirée sur le secret d'avocat appliqué aux enquêtes internes a été tirée par le Tribunal fédéral dans un arrêt de septembre 2016³⁸. S'exprimant dans le

contexte strict du blanchiment d'argent et des obligations déduites de la LBA, le Tribunal fédéral y retient que les questions juridiques portant sur la *compliance* en matière de blanchiment d'argent intégreront par principe le secret professionnel, à l'inverse des devoirs de *compliance* bancaire sous la forme d'une surveillance interne qui serait déléguée à une étude d'avocats.³⁹ Ces devoirs et la surveillance y relative, qui intègrent l'identification du client bancaire ou de l'ayant-droit économique, appartiennent au cœur des devoirs d'une banque selon la LBA. Et alors même qu'ils peuvent imposer l'ouverture d'une enquête interne en vue d'assurer les clarifications nécessaires, cela continuera de relever dans l'ensemble des obligations spécifiques de la banque et ne peut donc être protégé automatiquement par le secret professionnel.

À la suite de cet arrêt et des craintes qu'il a fait naître au sein de la pratique, plusieurs auteurs ont à raison exprimé des doutes quant à plusieurs de ses développements. En particulier, ils ont tous rappelé certains principes de base sur lesquels repose fondamentalement le secret d'avocat et qui semblaient avoir été omis, ou en tout cas tempérés, dans l'arrêt en cause. Il s'agit là d'abord du fait que l'activité typique de l'avocat se doit d'englober une partie factuelle, l'amenant à clarifier l'état de fait pertinent en vue de pouvoir conseiller (juridiquement) son mandant de la façon la plus complète possible⁴⁰. À l'image d'un médecin qui ferait l'anamnèse de son patient, l'avocat doit comprendre le contexte et les faits qui justifient son intervention⁴¹, au risque sinon d'enfreindre son obligation de diligence.⁴² Ces principes englobent ensuite aussi le fait que l'activité typique de l'avocat n'est pas nécessairement celle dans laquelle il dispose d'un monopole (d'ailleurs restreint en pratique), ni celle qui implique forcément un mandat de défenseur.⁴³ Dans l'ensemble, ces commentaires prônent une interprétation restrictive de cette décision du Tribunal fédéral.⁴⁴

³⁰ RAEDLER (n. 4), p. 314.

³¹ CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 56 ss et 77; FRITSCHÉ (n. 8), p. 326; LIVSCHITZ (n. 12), N 18 p. 357 s. et N 104 ss p. 393.

³² Du même avis: CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 62; FRITSCHÉ, Kooperieren oder nicht?, GesKR 2016 376, p. 384 et 385.

³³ CHAPPUIS (n. 15), p. 43; CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 114 ss; GROTH/FERRARI-VISCA, H6chstrichterlicher Angriff auf das Anwaltsgeheimnis?, GesKR 2016 493, p. 494 et 501; RAUBER/NATER, Anwaltsrubrik/La page de l'avocat, Operationen am R6ckenmark des Anwaltsgeheimnis, SJZ 113/2017, p. 240 ss, p. 242.

³⁴ En g6n6ral BOHNET/MARTENET (n. 23), N 1833 p. 754 ss.

³⁵ En g6n6ral BOHNET/MARTENET (n. 23), N 1841 p. 758.

³⁶ MAURER/GROSS (n. 23), N 251 ad art. 13.

³⁷ CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 59 ss; FRITSCHÉ (n. 8), p. 55 et p. 326; FRITSCHÉ (n. 32), p. 384 et 385.

³⁸ Arr6t du Tribunal f6d6ral 1B_85/2016 du 20. 9. 2016.

³⁹ Arr6t du Tribunal f6d6ral 1B_85/2016 du 20. 9. 2016 consid. 6.1; aussi GROTH/FERRARI-VISCA (n. 33), p. 496.

⁴⁰ CHAPPUIS (n. 15), p. 43; CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 114 à 116; GROTH/FERRARI-VISCA (n. 33), p. 494 et 501.

⁴¹ Pour cette image, GROTH/FERRARI-VISCA (n. 33), p. 501.

⁴² CHAPPUIS (n. 15), p. 43.

⁴³ CSOPORT/GEHRIG (n. 24), N 111 à 113 et 117 à 119; GROTH/FERRARI-VISCA (n. 33), p. 494 et 502.

⁴⁴ RAEDLER (n. 4), p. 316.

Malgré ces remarques, et certaines critiques, cet arrêt a été suivi une année et demie plus tard par une nouvelle décision du Tribunal fédéral, rendue toujours dans le domaine du blanchiment d'argent et confirmant dans les grandes lignes son précédent arrêt. Bien que n'étant pas non plus destiné à publication, cet arrêt a à nouveau donné des cheveux blancs aux praticiens des enquêtes internes.

Saisi d'un recours à l'encontre d'une décision du Tribunal pénal fédéral refusant la levée de scellés en lien notamment avec le rapport d'enquête interne établi par une étude d'avocats, le Tribunal fédéral commence par y rappeler le principe selon lequel le secret d'avocat ne protège pas l'activité (accessoire) «commerciale» de l'avocat – un principe qui ne porte d'ailleurs nullement à débat.⁴⁵ Il note également qu'en cas d'activités mixtes, ou d'un mandat global portant en même temps sur une activité typique et une activité non-couverte, il n'est pas admissible de se prévaloir pour l'ensemble du secret d'avocat, un examen plus précis et granulaire devant s'imposer.⁴⁶ Là également, il s'agit d'un principe admis.

Continuant son analyse, le Tribunal fédéral rappelle ensuite sa dernière jurisprudence qui exclut du secret, spécifiquement en matière bancaire et de blanchiment, les activités de *compliance* bancaire.⁴⁷ Il ne se limite toutefois pas à cela, mais étend expressément cette notion à toutes les activités de *controlling* et *auditing* qui sont exigées par les règles de *corporate compliance* – dont le devoir de remettre à la direction et à l'organe responsable de la haute direction des rapports sur les manquements graves constatés en matière de *compliance*.⁴⁸ Se référant expressément à la Circulaire FINMA 2017/1 (Gouvernance d'entreprise), en particulier son par. 86, le Tribunal fédéral retient ainsi que toutes obligations et procédures qui y sont prévues intègrent nécessairement les activités strictes de la banque, qui ne sauraient être déléguées à un avocat de façon à être protégées par le secret. Par surabondance, il y relève d'ailleurs que l'activité d'enquête interne et de documentation découlant de ce *controlling* et *auditing* revient «généralement» au département *compliance* et peut alternativement aussi être confiée à divers intervenants externes autres que des avocats.⁴⁹ Sur ce dernier point, il souligne encore plus loin dans l'arrêt qu'il n'est pas établi pourquoi le type d'enquête interne «complexe» qui avait été mené par les avocats de la banque n'aurait pas pu être confié à son département légal ou à d'autres intervenants externes, dans la mesure où il ne s'agit pas (entre autres) d'une «activité de conseil juridique». ⁵⁰ Il mentionne enfin aussi le fait qu'aucune autre documentation respectant les obligations légales de transparence et de clarification de la banque envers les autorités (vu l'art. 7 al. 2 LBA) n'avait été établie.⁵¹

Au final, le Tribunal fédéral refuse donc une protection générale et confondue de toutes les pièces et rapports issus de l'enquête interne menée par l'avocat. Notant sur ce point que le Tribunal pénal fédéral n'avait procédé à aucun examen de ces documents, il lui renvoie la cause pour qu'il y procède et distingue les éléments protégés par le secret (car liés à l'activité typique de l'avocat) de ceux qui ne le seraient pas.⁵²

2. Des effets sur le secret d'avocat appliqué aux enquêtes internes

Évidemment, ces deux arrêts du Tribunal fédéral constituent bien des éléments d'insécurité pour tout avocat appelé à mener une enquête interne. Cette insécurité sera d'autant plus marquée lorsque cette procédure s'intègre en lien avec des obligations légales ou réglementaires revenant à certaines entreprises spécialement réglementées, dont les banques ou les maisons de jeu. L'extension possible de la relativisation du secret professionnel pour toutes les activités *controlling* et *auditing* (potentiellement au-delà de la pure *compliance* bancaire), évoquée dans la dernière jurisprudence, ne participe naturellement pas à apaiser les craintes.

Toutefois, et comme cela avait déjà été dit suite au premier arrêt de septembre 2016, il ne faut pas exagérer la portée de ces deux décisions, pour plusieurs motifs.

D'abord, aucun de ces deux arrêts n'est destiné à publication, malgré des développements théoriques étendus et une portée que l'on pourrait imaginer importante. Ensuite, ils s'inscrivent dans le domaine très particulier de la lutte contre le blanchiment d'argent, qui se caractérise par de nombreuses obligations personnelles à charge des intermédiaires financiers et une crainte qu'ils puissent les contourner par une référence au secret d'avocat. Il est aussi central de noter que l'un des arguments du Tribunal fédéral dans son arrêt de mars 2018, en fin de réflexion et possiblement de façon à justifier ses développements précédents, se rapporte au fait que le rapport d'enquête interne constituait l'unique document apte à respecter les obligations de transparence et de clarification de la banque envers les autorités (art. 7 al. 2 LBA). C'est ainsi cette absence d'alternative – par un autre document spécifiquement prévu pour respecter les obligations de la LBA en parallèle au rapport d'enquête – qui semble confirmer la nécessité de traiter le second hors secret d'avocat. Enfin, toujours dans cet arrêt de mars 2018, le Tribunal fédéral n'exclut pas nécessairement toute protection du rapport d'enquête et des pièces de l'instruction, mais renvoie la cause au Tribunal pénal fédéral pour qu'il procède lui-même à son appréciation. Ce faisant, il charge donc l'autorité inférieure d'exercer un réel examen des pièces mises sous scellés.

Dans l'ensemble donc, la protection du secret d'avocat ne devrait tomber que dans les cas, et uniquement dans la mesure limitée, où l'enquête interne s'inscrit strictement dans les devoirs de clarification et de *controlling*

⁴⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.2.

⁴⁶ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.3, puis repris au consid. 4.13 en référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_85/2016 du 20. 9. 2016.

⁴⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.5.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.6.

⁵⁰ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.16.

⁵¹ Arrêt du Tribunal fédéral 1B_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.18.

⁵² Arrêt du Tribunal fédéral 1B_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.19 et 5.

revenant à l'entreprise à l'égard de l'autorité.⁵³ Toute instruction qui dépasserait ces devoirs, notamment car elle viserait également à conseiller l'entreprise sur les suites à donner à une éventuelle irrégularité interne, ne devrait pas y être incluse. Le conseil juridique (et typique) de l'avocat, tant dans l'exécution de l'enquête que de l'appréciation de ses résultats, demeure en effet le plus souvent au centre de ces procédures.

Cet élément à l'esprit, le Tribunal fédéral va donc trop loin dans son interprétation du champ d'application du secret d'avocat en l'excluant potentiellement pour toutes les activités de *controlling* et d'*auditing* exigées par les règles de *corporate governance*. Bien qu'il s'agisse là de devoirs réglementaires (tout comme d'ailleurs son devoir général de respecter le cadre légal applicable), l'instruction portant sur toute irrégularité interne à la banque ne saurait être sortie de toute protection. C'est bien plutôt le critère de savoir si l'avocat-enquêteur remplace l'entreprise dans ses clarifications dues à l'égard de l'autorité elle-même qui sera pertinent.

IV. Conclusion et recommandations pratiques

En conclusion, les deux arrêts récents du Tribunal fédéral ne devraient pas être vus comme sonnant le glas des enquêtes internes qui seraient menées par des avocats. Ils doivent plutôt être interprétés de façon à exclure du secret uniquement les activités qui relèvent strictement des devoirs de clarification et de transparence de l'entreprise à l'égard de l'autorité. Certains développements qui y figurent laissent néanmoins encore planer un certain doute sur l'appréciation qui continuera d'être portée par le Tribunal fédéral sur le secret d'avocat appliqué aux enquêtes internes.

Cela étant, et afin d'écartier au mieux les risques, trois principes centraux devraient en particulier être appliqués.

D'abord, il est important de formaliser par écrit la mission générale de l'avocat, notamment pour son activité d'enquêteur. Cela implique de souligner les nombreux aspects juridiques qui doivent être considérés, dont les li-

mites légales aux mesures d'enquête, une appréciation des risques juridiques ainsi que l'interprétation légale des résultats obtenus. Ensuite, l'enquête interne ne doit pas remplacer les instructions imposées par les obligations réglementaires de l'entreprise (notamment en matière de blanchiment d'argent), mais être considérée séparément. Il est en particulier nécessaire de conserver en tout temps une documentation parallèle pouvant être mise à la disposition de l'autorité de façon à satisfaire les éventuelles demandes d'informations ou de séquestre qu'elle présenterait, notamment sous la forme d'un rapport spécifique aux obligations LBA.⁵⁴ Enfin, et spécialement pour le contenu du rapport d'enquête interne, il convient d'éviter une rédaction trop factuelle, en y incluant une analyse légale complète et en drapant ses différents développements d'un habit juridique clair.⁵⁵

Dans tous les cas, le seul fait que l'entreprise ou une personne ne revêtant pas la qualité d'avocat puisse également mener les clarifications liées à l'enquête interne ne devrait pas permettre d'écartier ces actes du secret professionnel.⁵⁶ À défaut, les activités d'un avocat-fiscaliste, d'un avocat consultant ses clients sur des sujets liés au droit des sociétés ou d'un avocat participant à la planification matrimoniale et successorale de ses mandants pourraient tout aussi bien passer au travers des mailles du secret. C'est donc plutôt le critère de savoir si l'avocat-enquêteur remplace l'entreprise dans ses devoirs à l'égard de l'autorité elle-même qui devra l'emporter.⁵⁷

⁵³ GROTH/FERRARI-VISCA (n. 33), p. 495.

⁵⁴ RAEDLER (n. 4), p. 585.

⁵⁵ Pour l'évolution sur ce point du contenu du rapport d'enquête depuis l'arrêt du Tribunal fédéral 1B_85/2016 du 20.9.2016, cf. RAEDLER (n. 4), p. 582.

⁵⁶ GROTH/FERRARI-VISCA (n. 33), p. 494 et 502.

⁵⁷ Cela s'inscrit d'ailleurs en conformité avec le tempérament qui avait été apporté par le Tribunal fédéral sous l'angle du principe du *Nemo Tenetur* à l'ATF 142 IV 207.