

***L'[in]effectivité du secret professionnel***  
*Le secret professionnel de l'avocat dans  
les enquêtes internes*

**Benoît Chappuis**

**Professeur aux Universités de Genève et de Fribourg  
Avocat, Genève**



Room n° 33963

Journée de droit bancaire et financier  
15 novembre 2018





Journée de droit bancaire et financier 2018

## L'[in]effectivité du secret professionnel

Le secret professionnel de l'avocat dans les enquêtes internes

**Benoît Chappuis**

Professeur aux Universités de Genève et de Fribourg  
Avocat, Genève

 Room n° 33963



## L'alarme jurisprudentielle

### Deux arrêts du Tribunal fédéral en deux ans :

- 1B\_85/2016
- 1B\_433/2017 (suivi d'un arrêt du TPF BE.2018.3, 13 septembre 2018)

déniant partiellement la protection du secret aux travaux d'avocats dans une enquête interne

Nombreux commentaires voyant une remise en cause du secret ou le restreignant de manière excessive



2



## Problématique internationale

### **Royaume-Uni**

*English Court of Appeal* (5 septembre 2018)

Enquête interne par les avocats de Eurasian Natural Resources Corp.

Soupçons de fraude et de corruption

**Protection du secret reconnue**

### **Allemagne**

*Bundesverfassungsgericht* (6 juillet 2018)

Enquête interne dans l'affaire VW (« Diesel-Skandal ») menée par l'étude Jones Day

**Protection du secret refusée**



3



## **La portée du secret de l'avocat dans une enquête interne :**

## **Problématique ou polémique ?**



4

## L'arrêt 1B\_85/2016

- Employé d'une banque suisse mis en prévention pour blanchiment et faux dans les titres
- La Banque mandate des avocats, afin d'analyser la diligence avec laquelle elle avait suivi le client impliqué et de déterminer si elle avait respecté les obligations de diligence imposées par la LBA
- Extension du mandat : enquête interne comprenant dépouillement des notes internes de la banque et à l'interrogatoire de ses employés
- Le ministère public fédéral ordonne la saisie de la documentation réunie par les avocats concernant les relations bancaires suspectes
- Les avocats font valoir leur secret professionnel
- Secret levé avec caviardage de certains passages pour les procès-verbaux d'entretiens des collaborateurs de la banque, un projet de rapport sur le dépouillement de la documentation bancaire par les avocats et les procès-verbaux d'entretien avec des collaborateurs de la Banque
- Secret préservé pour un procès-verbal d'entretien avec la banque, ainsi que pour un procès-verbal d'entretien des avocats avec le gérant incriminé



5

## La solution du Tribunal fédéral

### La LBA impose des devoirs légaux propres à l'intermédiaire financier

- Art. 3 : Vérification de l'identité du cocontractant
- Art. 4 : Identification de l'ayant droit économique
- Art. 5 : Renouvellement de la vérification
- Art. 6 : Obligations de diligence particulière  
Identification de l'objet et le but de la relation d'affaires, clarification l'arrière-plan et le but d'une transaction ou d'une relation d'affaires



6

## La solution du Tribunal fédéral (suite)

- Dans les cas **complexes**, l'IF peut les **déléguer** ses obligations à des spécialistes externes, qu'il s'agisse de sociétés d'audit ou à des avocats
- Il ne peut en revanche **pas contourner** les exigences de la loi, en invoquant la protection du secret professionnel du mandataire auquel il a délégué ces tâches
- L'intermédiaire financier **pourrait se soustraire** à l'obligation de **documenter** les mesures prises dans le suivi des transactions effectuées par ses clients, puisqu'elles auraient été accomplies par un avocat dont il opposerait le secret.



7

## La solution du Tribunal fédéral (suite)

- L'IF doit être en mesure de prouver l'accomplissement de ces devoirs :

### **Art. 7 LBA Obligation d'établir et de conserver des documents**

1) L'intermédiaire financier **doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises** en vertu de la présente loi de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la présente loi.

2) Il **conserve les documents** de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les **autorités de poursuite pénale**.



8

## Le mandat d'avocat du cas d'espèce

- Mandat **mixte**
- Mandat **typique** dans un premier temps (conseil juridique)
- **Extension** du mandat, couvrant des **obligations propres** de l'intermédiaire financier
- Les informations recueillies dans le premier mandat étaient couvertes par le secret
- Il y avait **abus de droit** à invoquer le secret de l'avocat pour la deuxième partie, puisqu'elle couvrait des obligations légales propres du client



9

## Questions à résoudre

- Les arrêts ne traitent-ils que du secret dans une enquête interne en matière de LBA ?
- Les arrêts ne traitent-ils que du secret dans une enquête interne ?
- Les arrêts constituent-ils une remise en cause plus générale du secret ?



10

## Quelques principes de base sur le secret de l'avocat



11

### Les fondements légaux du secret

- Fondements légaux : art. 13 LLCA et art. 321 CP
- Le **titulaire** du secret : **l'avocat**
- Le **bénéficiaire** du secret : le **client** (à l'exclusion de tout tiers)
- Les éléments couverts : les informations recueillies dans une activité **typique**
- Représentation en justice et **conseil juridique**
- ≠ activité commerciale (administration de société, courtage, gestion de fortune, etc.)



12



## Les conséquences du secret

- **Opposabilité** du secret aux autorités

- Pénales (art. 171 et 264 CPP)
- Civiles (art. 163 CPC)
- Administratives

- Interdiction de l'**abus de droit**

➔ interdiction de contourner les exigences de la loi par l'usage du secret de l'avocat



13

## La problématique de l'enquête interne :

### Activité typique ou atypique ?



14

## La notion d'enquête interne

- Notion qui n'est **pas légalement définie**
- Moyen d'action qui revêt des **formes variées** en pratique
- Définition :  

Procédures spéciales exécutées à l'interne d'une entreprise et décidées par elle, parfois sur influence plus ou moins directe d'une autorité (voire sur son injonction), en vue de clarifier un état de fait lié à la possible violation de règles applicables, quelle qu'en soit la nature
- Domaines d'application:
  - droit du travail
  - criminalité interne
  - organisation de l'entreprise
  - compliance



15

## Le contenu classique d'une enquête interne

1. **Etablissement des faits**
  - Collecte de documents et données
  - Auditions de collaborateurs
2. **Analyse juridique**
  - Conséquences juridiques de la situation constatée
  - Mesures à prendre
3. **Recommandations. Exemples :**
  - Licenciement d'un employé
  - Dénonciation pénale ou administrative
  - Action civile
  - Réorganisation de l'entreprise



16



# DESCRIPTION DE L'ACTIVITÉ CLASSIQUE DE L'AVOCAT



17



## L'obligation de diligence et ses conséquences

### 1. L'établissement des faits

- Élément essentiel du devoir de diligence de l'avocat
- Vérification des indications données par le client (ATF 117 II 563; TF, 4A\_446/2010)
- Activité classique de l'avocat dans tout mandat
- Couvert par le secret même en l'absence de tout analyse juridique (TF, 1B\_380/2012)

### 2. L'appréciation juridique des faits constatés

### 3. Conseils découlant de l'appréciation juridique des faits

- Conseiller et orienter le client quant aux possibilités juridiques ou pratiques qui se présentent à lui (TF, 5C.311/2001, c. 2b)



18

## L'enquête en tant qu'activité typique

- Concordance entre l'activité type de l'enquêteur interne et l'activité type de l'avocat
- Pas d'obstacle de principe à la protection du secret
- Le Tribunal fédéral relève que les conseils en matière de blanchiment entrent fondamentalement dans la catégorie des activités typiques :

*« Die anwaltliche Rechtsberatung, auch zu juristischen Fragen der Geldwäscherei-Compliance, ist vom Anwaltsgeheimnis grundsätzlich geschützt »*



19

## La portée des arrêts du Tribunal fédéral

- Arrêts rendus en matière de LBA
- Obligations propres de l'intermédiaire financier (art. 3-6 LBA)
  - Identification du client
  - Identification de l'ayant droit économique
  - Clarification des opérations suspectes et arrière-plan économique
  - Communication des soupçons fondés
- Devoir de documenter l'exécution de ces devoirs de diligence
- Devoir de tenir cette documentation à la disposition d'experts ou des autorités pénales (art. 7 LBA)
- Impossibilité de déléguer l'exécution de ces obligations à une personne soumise au secret



20

## Secret et interdiction de l'abus de droit

La reconnaissance de l'abus de droit en matière de secret n'est pas nouvelle dans la jurisprudence :

- Le secret n'est pas destiné à permettre l'utilisation d'études d'avocat à des fins criminelles, notamment à la seule fin d'y cacher le produit d'infractions ou des moyens de preuve.
- Il y a abus de droit « *lorsque le client entend mettre en lieu sûr le produit de l'infraction ou l'instrument ayant servi à la commettre, ou encore lorsque les documents qui lui sont remis sont en réalité destinés à un tiers* » (ATF 117 la 341)
- Il en va de même lorsque le détenteur du secret lui-même est soupçonné dans une enquête pénale (TF, 1P.32/2005)



21

## Critiques

- Conception très (trop ?) extensive des notions de
  - **Compliance**
  - **Controlling**
  - **Auditing**
- Risque de réduire à l'excès les activités juridiques sur lesquelles le secret de l'avocat peut porter



22

## Conséquences pratiques

- Le secret de l'avocat ne doit pas couvrir des obligations propres de l'entreprise (ex. LBA)
- En cas de mandat mixte: **stricte distinction** entre activités typiques et atypiques
- Le client et son avocat doivent mettre sur pied un mode de travail et de communication **respectant strictement cette séparation** :
  - Mémos
  - Emails
  - Collecte de documents
  - Rapports d'entretien



23

## Séance de questions

[web.speakup.info](http://web.speakup.info) 

Room n° 33963



24

# ENQUÊTE INTERNE ET SECRET PROFESSIONNEL

**BENOÎT CHAPPUIS\***

Avocat, professeur aux Universités de Genève et Fribourg

Mots clés: avocat, enquête interne, secret professionnel, activité typique, blanchiment d'argent

Le Tribunal fédéral a récemment rendu un arrêt<sup>1</sup> dans lequel il a eu à se prononcer pour la première fois sur la question controversée du secret professionnel de l'avocat pour l'activité déployée par ce dernier dans une enquête interne menée dans une banque. La décision est d'importance puisque non seulement elle aborde le concept d'enquête interne, mais aussi parce qu'elle constitue un cas d'application du thème délicat des activités mixtes de l'avocat, mêlant les typiques et les atypiques.

## I. Les faits

L'un des gérants de fortune d'une banque suisse, la Banque A, a été mis en prévention pour blanchiment et faux dans les titres, dans une affaire de pots-de-vin que l'un de ses clients avait reçus en relation avec des transactions étatiques grecques. La Banque A avait alors mandaté l'Étude d'avocats C (basée à Zurich), aux côtés de l'Étude anglaise B, afin d'analyser la diligence avec laquelle elle avait suivi le client impliqué et de déterminer si elle avait respecté les obligations de diligence imposées par la LBA («*to review confidentially the quality of their diligence on this particular client*»).

Au début de 2014, le mandat de l'Étude C a été élargi, pour se transformer en une véritable enquête interne, entre février et avril 2014. Cela l'avait notamment amenée au dépouillement des notes internes de la banque et à l'interrogatoire de ses employés.

Au cours de son enquête, le ministère public fédéral (MPC) a ordonné la saisie de la documentation réunie par l'Étude C concernant les relations bancaires suspectes (les procès-verbaux de séances internes avec la direction et le conseil d'administration de la banque). L'Étude C a fait valoir son secret professionnel et a demandé la mise sous scellés de toute la documentation saisie. L'autorité cantonale fit partiellement droit à la demande de levée des scellés déposée par le MPC – moyennant le caviardage de certains passages – en ce qu'elle visait les procès-verbaux d'entretiens de l'Étude anglaise B avec des collaborateurs de la banque, un projet de rapport sur le dépouillement de la documentation bancaire de l'Étude C et les procès-verbaux d'entretien de l'Étude C avec des collaborateurs de la Banque A. En revanche, la levée des scellés a été refusée pour un procès-verbal d'entretien avec la banque ainsi que pour un procès-verbal d'entretien de l'Étude C avec le gérant incriminé.

L'autorité cantonale a retenu que l'étude avait, pour l'essentiel, effectué des tâches de *compliance*, que la banque lui avait déléguées. Selon elle, seule une petite part du travail avait consisté en une activité typique d'avocat qui bénéficiait de la protection du secret. Elle en a conclu que les documents réunis dans l'enquête interne pouvaient être pénalement saisis, pour la grande majorité d'entre eux. L'étude soutenait de son côté que l'intégralité de son travail était de nature typique et, partant, était soumise au secret professionnel, ce qui faisait obstacle à la saisie.

L'Étude C ainsi que la Banque A et l'Étude anglaise B ont porté la décision cantonale devant le Tribunal fédéral. Ce dernier a rejeté le recours.

## II. La décision

L'arrêt étant fort de 17 pages, on ne peut en donner ici qu'un aperçu, se limitant à l'essentiel. Le Tribunal fédéral rappelle en premier lieu sa jurisprudence classique sur la distinction entre les activités typiques d'avocat, soumises au secret, et les activités atypiques, qui ne le sont pas.<sup>2</sup> Il est rappelé que sont considérées comme activités typiques la représentation des parties en justice ainsi que la fourniture de conseils juridiques et la rédaction de projets

\* L'auteur remercie Me Alexandre Richa, avocat et professeur à l'Université de Lausanne (HEC), ainsi que Me David Raedler, avocat et doctorant à l'Université de Lausanne, pour leur relecture critique, leurs commentaires et leurs suggestions.

<sup>1</sup> TF, 1B\_85/2016.

<sup>2</sup> ATF 114 III 105, consid. 3 = JdT 1990 II 98; ATF 112 Ib 606, consid. 2c = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539.

d'actes juridiques.<sup>3</sup> Toutes les autres activités sont considérées comme atypiques.

À cet égard, le Tribunal fédéral relève que les conseils en matière de blanchiment peuvent entrer dans la catégorie des activités typiques: «*Die anwaltliche Rechtsberatung, auch zu juristischen Fragen der Geldwäscherei-Compliance, ist vom Anwaltsgeheimnis grundsätzlich geschützt*».<sup>4</sup>

En revanche, la situation se révèle plus complexe lorsque, dans un tel contexte, les tâches confiées à l'avocat relèvent des deux catégories.<sup>5</sup> On a alors affaire à des activités mixtes, pour lesquelles l'avocat ne peut pas revendiquer la protection du secret pour l'entier d'entre elles.<sup>6</sup> En cas d'enquête pénale conduisant à une saisie de documents en mains de l'avocat, l'autorité doit procéder à un tri, en fonction du type d'activité que l'avocat a déployée pour les personnes concernées par l'enquête.<sup>7</sup> Il s'agissait donc, dans le cas d'espèce, de déterminer dans quelles catégories entrait chacun des travaux menés par l'étude X.

Le fondement principal du raisonnement du Tribunal fédéral est déduit de l'article 7 LBA dont l'alinéa 1 dispose que «l'intermédiaire financier doit établir des documents relatifs aux transactions effectuées ainsi qu'aux clarifications requises en vertu de la présente loi, de manière à ce que des tiers experts en la matière puissent se faire une idée objective sur les transactions et les relations d'affaires ainsi que sur le respect des dispositions de la présente loi». Quant à l'alinéa 2 de cette disposition, il ajoute que l'intermédiaire financier «conserve les documents de manière à pouvoir satisfaire, dans un délai raisonnable, aux éventuelles demandes d'informations ou de séquestre présentées par les autorités de poursuite pénale».

Sur la base de cette observation préliminaire, le Tribunal fédéral retient que la LBA impose donc des devoirs légaux propres à l'intermédiaire financier, dont il doit être en mesure de prouver l'accomplissement. Dans les cas complexes, il peut certes les déléguer à des spécialistes externes, qu'il s'agisse de sociétés d'audit ou à des avocats. Il ne peut en revanche pas contourner les exigences de la loi en invoquant, conformément à l'art. 264 CPP, la protection du secret professionnel du mandataire auquel il a délégué ces tâches.<sup>8</sup> Il en résulterait en effet que, contrairement aux réquisits de la LBA, l'intermédiaire financier pourrait se soustraire à l'obligation de documenter les mesures prises dans le suivi des transactions effectuées par ses clients, puisqu'elles auraient été accomplies par un avocat dont il opposerait le secret.

Il faut donc en conclure que, dans l'accomplissement d'un tel mandat, l'avocat effectue des tâches qui ne sont pas typiques, puisqu'elles sont celles de la banque, aux termes de la LBA et des dispositions d'application prises par la FINMA: «*Die fragliche bankinterne Controlling- und Untersuchungstätigkeit (inklusive Dokumenten-Transaktionsanalysen und Mitarbeiterbefragungen) geht über eine vom Anwaltsgeheimnis geschützte Rechtsberatung deutlich hinaus, weshalb hier die Unterlagen der bankinternen Untersuchungen (im Sinne der oben darge-*

*legten Praxis) nicht vom anwaltlichen Berufsgeheimnis integral und vollständig geschützt sind*».<sup>9</sup>

En l'espèce, l'Étude C a analysé dans un premier temps le comportement de la Banque A et a fait part de son appréciation sur la diligence dont cette dernière avait fait preuve dans le suivi des transactions financières du client suspect. Elle a donc exprimé un avis juridique au terme de son analyse. Il s'agit là d'une activité typique d'avocat.

L'étude a cependant vu son mandat élargi dans une seconde phase. Elle s'est alors chargée d'une enquête interne dont l'objet était la mise en œuvre des devoirs de diligence imposés à la banque par la LBA. La distinction qu'avait faite l'autorité cantonale à cet égard est ainsi confirmée par le Tribunal fédéral: «*Die von der Vorinstanz getroffene Unterscheidung zwischen anwaltlicher Rechtsberatung und geldwäschereigesetzlich vorgeschriebenem Compliance-Controlling schliesst keineswegs aus, dass die Banken bei komplexen und schwierigen Fragen des Geldwäscherei-, Rechtshilfe- oder Bankenaufsichtsrechts auch anwaltliche Rechtsberatung in Anspruch nehmen können, die im konkreten Fall durch das Anwaltsgeheimnis geschützt sein kann*».<sup>10</sup>

L'un des éléments décisifs du raisonnement du Tribunal fédéral<sup>11</sup> réside dans le fait que les devoirs de diligence de l'intermédiaire existent non seulement au moment où il établit une relation d'affaires avec un client, mais durent tout au long de cette relation. Cette obligation de suivi des transactions en cours d'exécution du mandat ressort non seulement des art. 3-7 LBA, mais également de l'OBA-FINMA, dont l'art. 20 institue une obligation de surveillance des transactions à la charge de la banque.

Autrement dit, l'intermédiaire financier ne peut pas soutenir que l'analyse et la surveillance des transactions effectuées par un client, une fois son compte ouvert, peuvent être transférées à un avocat dans un mandat soumis au secret. Il s'agit là d'obligations propres de l'intermédiaire financier, qui sont de la même nature que celles qui existent au début de la relation d'affaires. Elles sont soumises aux mêmes règles, en particulier celles l'obligeant à disposer d'une documentation sur les contrôles effectués, pouvant être remise à l'autorité pénale si cette dernière en fait la demande (art. 7 al. 2 LBA).

<sup>3</sup> ATF 135 III 410, consid. 3.3; TF, 2C\_461/2014, consid. 4.1.

<sup>4</sup> Consid. 6.1.

<sup>5</sup> Consid. 4.2.

<sup>6</sup> Sur la problématique des activités mixtes et du régime du secret qui leur est applicable, cf. CHAPPUIS, La profession d'avocat.

Tome I: Le cadre légal et les principes essentiels, Genève, Zurich, Bâle 2016, p. 189-190.

<sup>7</sup> Pour des exemples d'un tel tri, cf. TF, 1B\_18/2016; 1B\_167/2015 et 8G.9/2004 (concernant une procédure pour des infractions fiscales, conduite selon les règles du droit pénal administratif).

<sup>8</sup> Consid. 6.6.

<sup>9</sup> Consid. 7.2.

<sup>10</sup> Consid. 7.3.

<sup>11</sup> Consid. 7.4 et 7.5.



Le travail accompli par l'avocat dans ce contexte ne peut pas être assimilé à la simple analyse, factuelle et juridique, de transactions effectuées par la banque. Il est certes loisible à cette dernière, pour mener à bien son travail, de s'entourer des conseils et avis d'un avocat, qui seront alors couverts par le secret. Elle ne peut en revanche lui transférer, sous le même régime juridique de confidentialité, ses obligations propres.

Le Tribunal fédéral en conclut que c'est en conformité avec le droit fédéral que l'autorité a levé les scellés pour tous les documents susceptibles d'établir la façon dont la Banque A s'était acquittée de ses devoirs découlant de la LBA et de la législation bancaire.

### III. Le commentaire

#### 1. Remarques préliminaires

D'aucuns se sont inquiétés de cette décision, y discernant un durcissement de la conception du Tribunal fédéral concernant le champ d'application du secret professionnel de l'avocat, en particulier parce qu'il aurait exclu de ce champ tout le domaine des enquêtes internes. L'analyse de l'arrêt montre cependant qu'il n'en est sans doute rien.

En premier lieu, l'arrêt a été rendu dans le cadre spécifique du blanchiment d'argent et des obligations imposées aux intermédiaires financiers par la LBA et la FINMA en ce qui concerne les banques. L'essentiel du raisonnement du Tribunal fédéral s'articule autour d'elles. On ne peut pas faire abstraction de cette caractéristique dans l'analyse de la décision. On y reviendra.

Deuxièmement, la solution retenue par le Tribunal fédéral ne s'éloigne pas de celle connue depuis fort longtemps concernant l'étendue du champ du secret professionnel. En effet, s'appuyant sur les principes établis depuis des décennies,<sup>12</sup> qui distinguent les activités typiques, protégées par le secret, des activités atypiques, qui ne le sont pas, les juges fédéraux sont parvenus à une solution en harmonie avec la jurisprudence traditionnelle.

La principale difficulté de lecture de l'arrêt vient en réalité de l'exposé des faits qui, même s'il n'est pas avare de détails sur le mandat confié à l'Étude C, est néanmoins insuffisamment développé pour permettre de comprendre avec précision quelles ont été les activités effectives des avocats impliqués dans l'exécution du mandat et quelle a été la frontière mise par l'Étude C entre les activités typiques et les activités atypiques. Ces imprécisions de fait ne sont pas sans conséquence sur l'analyse juridique à laquelle le Tribunal fédéral se livre. Il en résulte une difficulté de compréhension quant à la portée exacte qu'il entend donner aux principes qu'il édicte. Comme nous allons le voir, cela est vrai en particulier en ce qui concerne les activités dites de «*controlling*».<sup>13</sup>

La problématique des mandats mixtes, mêlant ces deux types d'activités, est toujours difficile à traiter, non seulement sur le plan théorique (supra II, en particulier n. 6), mais également en raison des formes sous lesquelles elle se présente en pratique. Il est en effet fréquent que la superposition des unes et des autres se fasse insensible-

ment au cours de l'exécution du mandat de l'avocat, au fur et à mesure que de nouvelles tâches lui sont confiées. Il en résulte que le fruit de son travail peut se présenter comme un tout cohérent, alors que, pourtant, il est de double nature, sans que l'avocat ait véritablement eu conscience de ce glissement progressif.

Enfin, comme déjà indiqué, l'arrêt a été rendu dans le domaine spécifique de la lutte contre le blanchiment et des obligations à charge de l'intermédiaire financier aux termes de la LBA. Les conclusions qu'en tire le Tribunal fédéral ne sont pas transposables, sans autre réflexion, à toute la thématique des enquêtes internes, quels qu'en soient le domaine et les modalités. Il ne le fait d'ailleurs pas lui-même dans sa décision. Il convient donc de s'arrêter sur cette dernière notion pour tenter de circonscrire les contours.

#### 2. La notion d'enquête interne

La notion d'enquête interne n'est pas un concept juridique précis qui serait institué par une loi spécifique. Il s'agit d'une notion développée par la pratique, notamment en droit du travail, étant précisé que cette pratique ne se limite évidemment pas à ce domaine juridique précis. Cela est par exemple le cas lorsqu'un employeur a des doutes sur la qualité du travail d'un ou plusieurs de ses employés, voire sur l'honnêteté de ces derniers. Il peut être amené à prendre des mesures d'enquête pour établir les faits, avant de prendre les mesures appropriées, tel le prononcé d'un avertissement ou un licenciement. Le but recherché peut également consister à examiner, au terme de l'enquête, quelles sont les mesures d'amélioration à prendre en termes de *compliance* ou de gouvernance d'entreprise. Il peut également consister à entreprendre les démarches administratives ou judiciaires rendues nécessaires par les constatations faites au terme de l'enquête (dénonciation, plainte pénale, procès civil en responsabilité, etc.). Ce dernier lot de mesures peut notamment s'expliquer par le souci de collaborer avec l'autorité, afin d'éviter le prononcé d'une sanction, ou d'en réduire l'importance.

Le concept d'enquête interne peut également s'intégrer dans les mesures que l'employeur prend en vue de la protection de la personnalité de ses employés, notamment afin, préalablement, de leur permettre de se plaindre d'actes de *mobbing* ou de harcèlement et, le cas échéant, de mener une enquête pour établir les faits. L'employeur doit obligatoirement prendre de telles mesures; s'il ne dispose pas des ressources suffisantes sur le plan interne permettant à l'employé de s'adresser à une personne hors de la structure hiérarchique dans laquelle il se trouve, l'employeur doit recourir aux services de tiers externes. Dans de tels cas, il peut arriver que le tiers externe qui est man-

<sup>12</sup> Les deux premières décisions fondamentales sur ce point sont l'ATF 112 Ib 606 et l'ATF 114 III 105 = JdT 1990 II 98.

<sup>13</sup> Consid. 7.2.

daté le soit en une qualité qui s'apparente à celle d'un médiateur.

Dans tous ces cas, l'enquête interne qui serait menée par l'entreprise peut être exécutée par elle-même (par exemple par un comité *ad hoc* mis en place ou par certains collaborateurs particuliers) ou être confiée à un tiers externe, dont un avocat.

Il ressort de ces quelques rappels que l'intervention de tiers externes à l'entreprise, en cas de difficultés au sein de cette dernière, peut se présenter sous deux formes principales:

- Un mandat donné par l'employeur à un tiers afin d'établir les faits et de recommander, à son intention, des mesures à prendre. Ce type de mandat est souvent confié à un avocat.
- Un mandat donné par certaines ou toutes les parties concernées – employeur et employé en cause ou en danger – d'agir comme médiateur impartial ou facilitateur pour la résolution du conflit ou d'une menace pour la personnalité d'un employé. Ce mandat peut aussi bien être confié à une personne interne à l'entreprise, pour autant qu'elle ne soit pas dans un rapport hiérarchique avec l'employé concerné, qu'à un tiers externe. Cette deuxième forme de mandat, où le rôle donné à l'avocat relève de l'activité de médiateur impartial ou de facilitateur impartial, ne relève pas des activités typiques.

### 3. L'enquête interne en tant qu'activité typique

Lorsque l'activité confiée à l'avocat a pour objet l'établissement de faits et de recommandations de mesures à prendre, elle relève en principe de l'activité typique. Les éléments suivants appuient cette thèse:

- L'établissement des faits fait partie du devoir de diligence de l'avocat et est propre à tout mandat, notamment judiciaire.<sup>14</sup> Il s'agit même de l'une des tâches essentielles de l'avocat.<sup>15</sup> L'établissement des faits constitue en effet la base fondamentale de toute prétention juridique («*da mihi factum dabo tibi ius*») et, partant, le point de départ de tout mandat d'avocat. Le Tribunal fédéral l'a lui-même relevé, il n'est pas nécessaire qu'un avocat élabore des considérations juridiques pour que son activité soit typique.<sup>16</sup>
- Lorsqu'il entreprend ce travail au sein d'une entreprise, afin d'établir le déroulement des faits qui y sont survenus et, cela fait, pour en tirer des conséquences juridiques, il effectue une forme d'enquête interne, même si une telle dénomination n'est pas toujours employée pour désigner cette activité. De questions ponctuelles à quelques collaborateurs, à une vaste opération d'enquête, cette tâche peut prendre des formes variées, selon l'ampleur et la complexité de l'affaire. Ce procédé est aussi indispensable que courant et typique de la profession d'avocat.

En d'autres termes, l'avocat qui, à la demande d'une entreprise, intervient pour déterminer si des dysfonctionnements y sont survenus et, cela fait, propose les mesures juridiques ou judiciaires qui s'imposent, exerce donc en

principe une activité typique couverte par le secret des art. 13 LLCA et 321 CP. Le plus souvent d'ailleurs, la manière avec laquelle il entreprend ces travaux d'instruction interne et d'établissement des faits dépendra des conséquences et suites juridiques qu'il entend y donner. Autrement dit, c'est au regard des mesures à prendre et des exigences que cela comprend (sanctions contre un employé, autodénonciation auprès d'une autorité, etc.) que l'avocat identifiera les faits à établir ainsi que la manière avec laquelle le faire.

Il faut en revanche réserver les cas où cet établissement des faits relève d'une part, comme dans l'arrêt analysé, des obligations légales propres du mandant ou, d'autre part, est effectué dans le domaine réglementaire, sur mandat d'une autorité administrative. Ce dernier procédé est notamment expressément prévu à l'art. 36 LFinma, ainsi qu'aux art. 24 et 24a LFinma pour ce qui est du chargé d'audit. Dans ces derniers cas, l'avocat chargé de ce type de mission doit rendre compte de son travail à l'autorité qui l'a nommé, sans pouvoir invoquer un quelconque secret à l'égard de cette dernière. Il est en revanche soumis au secret de fonction à l'égard des tiers (art. 14 LFinma).

### 4. L'interdiction de l'abus de droit

Les activités typiques bénéficient de la protection du secret professionnel des art. 13 LLCA et 321 CP. En conséquence, le CPP institue l'insaisissabilité des documents qui sont le produit de ces activités (art. 264). Les conséquences de ces dispositions sont fortes puisque, ainsi que le Tribunal fédéral l'a relevé, le secret est susceptible de compliquer la recherche de la vérité. Il s'agit cependant, ajoute-t-il, d'un inconvénient qui doit être accepté dans un État de droit.<sup>17</sup>

De telles conséquences ont pour inexorable corollaire une application stricte par les tribunaux des principes, notamment par le biais de la prohibition de l'abus de droit.<sup>18</sup> En d'autres termes, l'institution du secret ne doit pas être détournée de ses fins légitimes pour servir des buts qui lui sont étrangers.

L'arrêt présentement analysé ne dit pas autre chose<sup>19</sup>, lorsqu'il y est affirmé que l'intervention d'une étude d'avocats ne doit pas mener à un détournement de la LBA permettant à l'intermédiaire financier de se soustraire à la justice, en ne lui remettant pas la documentation qu'il doit tenir à sa disposition en tout temps (art. 7 al. 2 LBA).

<sup>14</sup> TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1.

<sup>15</sup> TF, 4C.80/2005, consid. 2.2.1; BK-FELLMANN, art. 398 CO N 415; CHAPPUIS, La profession d'avocat. Tome II – La pratique du métier: De la gestion d'une étude et la conduite des mandats à la responsabilité de l'avocat. Genève, Zurich, Bâle 2017, p. 190 ss.

<sup>16</sup> TF, 1B\_380/2012.

<sup>17</sup> TF, 2C\_586/2015, consid. 2.1 (considérant non publié à l'ATF 142 II 307); ATF 112 Ib 606, consid. 2b = JdT 1987 IV 150 = SJ 1987 539.

<sup>18</sup> TF, 1P.32/2005, consid. 3.2; ATF 117 Ia 341, consid. 6c.

<sup>19</sup> Consid. 6.6.

Cela dit, il faut relever que, dans l'arrêt analysé, le Tribunal fédéral se réfère,<sup>20</sup> outre aux obligations propres de la banque découlant de la LBA, au «*controlling*», notion assez floue et qui peut être interprétée plus ou moins largement. Il s'ensuit que la portée exacte de l'arrêt est difficile à déterminer lorsque l'on se rapproche de telles tâches de «*controlling*». Sur ce point, il paraît que Tribunal fédéral ne distingue pas suffisamment les obligations légales propres de la banque en matière de *compliance*, qui ne peuvent pas être couvertes par le secret d'un avocat auquel elles auraient été déléguées, d'autres tâches de contrôle plus larges qui peuvent faire l'objet d'un mandat typique confié à un avocat.

Les documents exclus de la protection du secret d'avocat ne devraient concerner, vu la lettre de l'art. 7 LBA, que les détails des transactions bancaires, ainsi que des clarifications ordonnées selon l'art. 6 LBA. En revanche, si la banque craint que certains de ses employés n'aient pas respecté les obligations lui revenant aux termes de la LBA et mène dans ce cadre une enquête interne destinée à juger des activités de ses propres employés – et non à identifier le client ou l'ayant-droit économique –, le cadre de cette enquête sort de l'obligation posée à l'art. 7 LBA. Le secret d'avocat doit donc être respecté.

### 5. La notion de concept de conseil juridique

L'une des questions actuelles relatives au champ d'application du secret professionnel est celle de la notion de conseil juridique. La conception prévalant en Suisse est large. Elle comporte en effet tout conseil juridique que l'avocat dispense à son client, qu'il ait trait à l'activité passée de ce dernier ou à celle qu'il aura dans le futur<sup>21</sup>. Cette conception n'est plus celle qui a cours dans l'UE, où l'on considère maintenant que le conseil juridique est uniquement compris comme un avis sur la situation actuelle du client. En revanche, l'assistance, même sous forme de conseil, à l'élaboration des projets futurs du client, sort du champ du conseil juridique et peut donc se situer en dehors du cadre protégé par le secret. Cette évolution a déjà été évoquée dans un article publié dans cette revue,<sup>22</sup> de sorte qu'il y est renvoyé, en particulier pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour EDH.<sup>23</sup>

Pour comprendre l'impact de cette discussion sur la problématique des enquêtes internes, il convient néanmoins de rappeler brièvement ici tant les impératifs de la CEDH que les recommandations du GAFI ou la jurisprudence suisse:

- La Cour EDH a posé le principe selon lequel est compatible avec la CEDH l'obligation faite à l'avocat – édictée par la loi française en application d'une directive européenne – de communiquer des soupçons de blanchiment lorsqu'il assiste son client dans la préparation ou la réalisation d'opérations strictement définies (ex.: achat et vente de biens immeubles ou fonds de commerce; gestion de valeurs patrimoniales appartenant au client; ouverture de comptes bancaires, d'épargnes de titres ou de contrats d'assurance, entre autres).<sup>24</sup>

- Les recommandations du GAFI restreignent, en matière de lutte contre le blanchiment d'argent, la notion de conseil juridique, en distinguant l'activité d'évaluation de la situation juridique du client et celle d'assistance dans la mise sur pied et la réalisation d'opérations bien définies, notamment la réalisation de transactions à vocation essentiellement financière ou destinées à des transferts patrimoniaux. Ces dernières sortent du champ de protection du secret.

La jurisprudence du Tribunal fédéral n'exige pas de l'avocat une activité juridique comme critère de l'activité typique de la prestation de l'avocat, la simple présentation de faits devant une autorité étant suffisante pour recevoir cette qualification<sup>25</sup>.

### 6. Conclusion

Au vu des éléments mentionnés dans le chapitre précédent, il ressort que l'activité de l'avocat qui consiste à participer, au sein d'une entreprise, à la découverte de dysfonctionnements, à en apprécier les conséquences juridiques pour sa mandante, puis à élaborer et proposer à l'entreprise les mesures qui s'imposent, entre dans la définition du conseil juridique, même dans la conception étroite prônée par l'UE et le GAFI. C'est donc dire qu'une enquête interne peut parfaitement s'inscrire dans ce cadre, en tout cas si son objet se limite aux activités qui en sont décrites.

Cette conclusion s'impose également lorsque le mandat de l'avocat a pour objet des soupçons de blanchiment au sein de l'entreprise. Le Tribunal fédéral le souligne d'ailleurs expressément: le conseil juridique peut porter sur des affaires de blanchiment.<sup>26</sup>

La frontière est celle de l'exécution d'obligations qui, de par la loi, sont celles de l'entreprise elle-même. Si l'avocat peut assister cette dernière dans leur exécution, il sort cependant de son rôle de strict conseiller lorsqu'il se la fait déléguer en partie ou complètement. Il exécute alors une activité atypique, en tant que son intervention se limite à la réalisation des obligations légales qui reviennent à l'entreprise elle-même.

Les difficultés de l'affaire présentement analysée montrent, mieux que jamais, l'importance fondamentale que revêt la stricte séparation par l'avocat des activités ty-

<sup>20</sup> En particulier consid. 7.2: «Die fragliche bankinterne Controlling- und Untersuchungstätigkeit».

<sup>21</sup> ATF 135 III 410, consid. 3.3; TF, 2C\_461/2014, consid. 4.1.

<sup>22</sup> CHAPPUIS, Le secret de l'avocat – Quelques questions actuelles, Revue de l'Avocat 2/2016, p. 59–60.

<sup>23</sup> Cour EDH, Michaud c/ France, n° 1233/11, du 6. 12. 2012, § 128; pour une analyse de cet arrêt, cf. CHAPPUIS, Le secret de l'avocat face aux exigences de la lutte contre le blanchiment d'argent: l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme, in *forum poenale* 2013, p. 122 ss.

<sup>24</sup> Cour EDH, Michaud c/ France, n° 1233/11, du 6. 12. 2012, § 127.

<sup>25</sup> TF, 1B\_380/2012.

<sup>26</sup> Consid. 6.1.

piques des autres. Cela implique la tenue de dossiers différents, voire même la constitution d'équipes séparées, de façon que les rôles des intervenants soient clairement définis en fonction de leur mission et que leur production puisse ainsi être soumise, sans contestation possible, au régime juridique qui lui est propre. L'étude qui accepte un tel mandat doit être consciente de cette problématique et prendre des mesures adéquates pour que les informations couvertes par le secret restent isolées des autres.<sup>27</sup>

Cette façon de procéder se révèle d'autant plus importante que l'évolution actuelle du champ d'application du secret professionnel, mentionnée ci-dessus, est bien celle qui consiste à circonscrire la notion de conseil juridique de façon plus étroite que celle qui a actuellement cours en Suisse. L'actualité se charge de nous rappeler le renforcement de cette tendance. En effet, le Rapport d'évaluation mutuelle du GAFI 2016 pour la Suisse («Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme»)<sup>28</sup> insiste, d'une manière qui était prévisible, sur le fait que le rôle des avocats est encore insuffisamment pris en compte en Suisse dans la lutte contre le blanchiment. Leur participation, à titre de conseillers, dans la structuration de sociétés devrait, selon le GAFI, être englobée dans les activités soumises à la

LBA. C'est une vue de l'esprit que de penser que la Suisse va pouvoir rester complètement hors de cette évolution.

S'il est important que les organisations faitières fassent valoir auprès des autorités politiques et judiciaires les enjeux d'une protection efficace du secret de l'avocat – que le Tribunal fédéral a récemment rappelés<sup>29</sup> –, il ne l'est pas moins que les avocats, dans leur pratique, préservent au mieux ce secret, et ne le mettent pas en jeu en raison de mesures organisationnelles insuffisantes, en le mélangeant à des activités qui ne bénéficient pas de sa protection.

<sup>27</sup> Sur la question de la création par des avocats de groupes de conseils juridiques pour y distinguer des activités soumises à des régimes juridiques différents, cf. CHAPPUIS, Les sociétés d'avocats et l'indépendance structurelle. Tribunal fédéral, arrêt 2C\_560/2015, Revue de l'Avocat 4/2016, p. 183 ss.

<sup>28</sup> <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/mer-suisse-2016.pdf>.

<sup>29</sup> TF, 2C\_586/2015, consid. 2.2 (considérant non publié à l'ATF 142 II 307).

## Pratique et didactique

### La LDTR. Démolition, transformation, rénovation, changement d'affectation et aliénation. Immeubles de logements et appartements

Loi genevoise et panorama des autres lois cantonales

Emmanuelle Gaide, Valérie Défago Gaudin

**Avril 2014, CHF 154.–**

630 pages, broché, 978-3-7272-7998-0

Cet ouvrage est à la fois :

- Un livre objectif et scientifique présentant la LDTR par thèmes, comprenant toutes les références historiques des LDTR successives depuis 1962, ainsi que tous les arrêts du canton de Genève et du Tribunal fédéral,
- Un guide pratique comprenant des schémas des questions à se poser pour les praticiens qui ne sont pas juristes,
- Un recueil présentant aussi les lois traitant des mêmes sujets dans les autres cantons romands et suisses-alsémaniques.

Ce livre est ainsi un instrument de travail incontournable pour toute personne active dans l'immobilier.

# Stämpfli

Editions

**Stämpfli Editions SA**

Wölflistrasse 1

Case postale

CH-3001 Berne

Tél. +41 31 300 66 77

Fax +41 31 300 66 88

[order@staempfli.com](mailto:order@staempfli.com)

[www.staempfliverlag.com](http://www.staempfliverlag.com)



1507-12/17

# 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*],<sup>1</sup> enquête sur des délits [*Deliktuntersuchung*]<sup>2</sup> 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 précise<sup>3</sup> et ne trouve aucune source explicite dans la réglementation applicable.<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup>

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'entreprise<sup>7</sup>. 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 investiguer<sup>8</sup>.

La seconde se rapporte aux interrogatoires d'employés, dont la préparation interviendra le plus souvent sur la base des documents rassemblés.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup> Essentiellement pour des motifs de preuve, il est d'usage d'établir au moins un résumé des déclarations tenues lors des interrogatoires.<sup>11</sup>

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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> 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

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 Auslegeordnung*, 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.<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

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.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup> 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.<sup>20</sup>

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).<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup>

### 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<sup>bis</sup> 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.<sup>23</sup> Il ne s'applique de plus qu'aux activités typiques de l'avocat (y compris l'activité de conseil<sup>24</sup>) et non à celles qui seraient purement commerciales.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> Dans l'ensemble, le secret d'avocat englobe tous les faits<sup>27</sup> qui ne sont pas connus de tous ou accessibles à tous (composante objective) et que

le client souhaite maintenir secrets (composante subjective).<sup>28</sup>

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.<sup>29</sup>

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.

-- Sur les avantages d'une mission demeurant à l'interne, cf. RAEDLER (n. 4), p. 464. 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<sup>e</sup> éd., Zurich 2016, p. 183 ss) et que le devoir contractuel de discrétion et de secret (FELLMANN, *Anwaltsrecht*, 2<sup>e</sup> 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.<sup>30</sup> Pour ce qui est de l'activité d'enquêteur, elle doit en principe également recevoir cette même qualification.<sup>31</sup> 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.)<sup>32</sup> et s'impose pour identifier correctement les bases nécessaires au conseil juridique.<sup>33</sup>

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 transmet<sup>34</sup> (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.<sup>35</sup> 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 personnelles<sup>36</sup> et les rapports intermédiaires ou finaux à l'attention de l'entreprise.<sup>37</sup> 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 2016<sup>38</sup>. 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.<sup>39</sup> 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 possible<sup>40</sup>. 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 intervention<sup>41</sup>, au risque sinon d'enfreindre son obligation de diligence.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> Dans l'ensemble, ces commentaires prônent une interprétation restrictive de cette décision du Tribunal fédéral.<sup>44</sup>

<sup>30</sup> RAEDLER (n. 4), p. 314.

<sup>31</sup> 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.

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

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

<sup>34</sup> En g"en"eral BOHNET/MARTENET (n. 23), N 1833 p. 754 ss.

<sup>35</sup> En g"en"eral BOHNET/MARTENET (n. 23), N 1841 p. 758.

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

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

<sup>38</sup> Arr"et du Tribunal f"ed"eral 1B\_85/2016 du 20. 9. 2016.

<sup>39</sup> Arr"et du Tribunal f"ed"eral 1B\_85/2016 du 20. 9. 2016 consid. 6.1; aussi GROTH/FERRARI-VISCA (n. 33), p. 496.

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

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

<sup>42</sup> CHAPPUIS (n. 15), p. 43.

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

<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup> 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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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*.<sup>48</sup> 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.<sup>49</sup> 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». <sup>50</sup> 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.<sup>51</sup>

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.<sup>52</sup>

## 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*

<sup>45</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.2.

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.5.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.6.

<sup>50</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.16.

<sup>51</sup> Arrêt du Tribunal fédéral 1B\_433/2017 du 21. 3. 2018 consid. 4.18.

<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup> 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.<sup>55</sup>

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.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

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

<sup>54</sup> RAEDLER (n. 4), p. 585.

<sup>55</sup> 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.

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

<sup>57</sup> 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.