

L'ère de la transparence et le paradigme de l'avocat



PIERRE-OLIVIER SUR

*Bâtonnier Doyen de l'Ordre des Avocats de Paris
Associé cabinet FTMS Avocats*

MATHIAS CHICHPORTICH

*Auteur de « Mortelle transparence » (Editions Albin Michel)
Associé cabinet FTMS Avocats*

Au règne de l'image, une information chasse l'autre mais certaines marquent les esprits. Nul doute que l'image du puissant Président de l'Alliance Renault-Nissan-Mitsubishi escorté par la police japonaise à la descente de son avion marquera durablement le monde économique. Si au jour de la rédaction de ces lignes, on en sait davantage sur la taille de la cellule de Carlos Ghosn que sur le fond du dossier, tout aura commencé par une enquête interne. Alors le *bad buzz* mondial qui aura suivi, laissera des traces sur l'image de la marque au losange et constituera une véritable première sur la portée d'une enquête interne...

Indépendamment de la singularité de cette affaire qui tient également aux spécificités de la procédure pénale japonaise, ce dossier illustre un mouvement de fond et un nouveau défi pour les entreprises : assurer la *transparence* (1.) tout en limitant ses effets pervers (2.). Au cœur de cet enjeu, il y a le paradoxe de l'avocat : autrefois « professionnel de la défense » avec tous les moyens possibles à sa disposition pour y parvenir, jusqu'à l'accompagnement du mensonge de ses clients ; aujourd'hui « expert conseil juridique » dans une logique de sécurité, qui suppose non seulement la *vérité* mais aussi la *transparence*. Pour la profession d'avocat, c'est un changement de paradigme (3.).

1. Assurer la transparence : des *compliance* aux *data officers*

Pour assurer la *transparence* la France dispose désormais d'un cadre juridique clarifié. Deux textes majeurs imposent aux « grandes » entreprises des

obligations dites de *compliance*. La loi du 9 décembre 2016 (Sapin 2) et celle du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre consacrent un nouvel environnement fondé sur une logique de responsabilisation effective.

En premier lieu, ces textes imposent un standard de conformité en matière de lutte contre la corruption, de trafic d'influence et plus largement concernant le respect des droits humains (y compris environnementaux et sanitaires). C'est le sens des nombreux dispositifs de prévention mis en place : cartographie des risques, procédures d'évaluation de la situation des clients et fournisseurs, élaboration d'un code de conduite intégré au règlement intérieur, formation des personnels exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence.

En second lieu, la loi Sapin 2 crée un mécanisme de protection des lanceurs d'alerte. Initialement réservé aux faits de nature pénale, le dispositif s'est progressivement élargi, intégrant désormais la révélation de menaces ou de préjudices graves pour l'intérêt général. Pour ce faire, les entreprises doivent mettre en place un cadre gradué qui permette de recueillir les signalements. Ça n'est qu'à défaut de diligence du référent désigné que le lanceur d'alerte pourra s'adresser aux autorités judiciaires ou administratives. En ultime recours ou en cas de particulière gravité, le signalement pourra être rendu public. Afin d'éviter les abus, le législateur précise que pour être protégé le lanceur d'alerte exerce son droit sans espoir d'un avantage propre, ni volonté de nuire à autrui.

Dans un tout autre registre, la nouvelle réglementation applicable aux données personnelles constitue un autre instrument de *transparence*. Les textes imposent la mise à disposition d'une information claire, intelligible et aisément accessible aux personnes concernées. Les utilisateurs doivent donner leur accord pour le traitement de leurs données, ou pouvoir s'y opposer, la charge de la preuve d'un consentement « non ambigu » revenant au responsable de traitement. Par ailleurs, ces derniers doivent mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires au respect de la protection des données personnelles « par défaut » et « dès la conception » d'un produit ou d'un service. Enfin, un Délégué à la Protection des Données est désigné notamment dans les entreprises dont les activités principales les amènent à réaliser un suivi systématique des personnes à grande échelle. Véritable chef d'orchestre de la protection des données au sein de l'organisme, il est chargé de contrôler le respect du Règlement européen et d'être le point de contact avec l'autorité de régulation. En cas de méconnaissance des dispositions du Règlement, les responsables de traitement peuvent faire l'objet de sanctions administratives allant du simple avertissement à des amendes de 4% du chiffre d'affaires annuel mondial de l'entreprise.

Pour l'heure, il est un peu tôt pour dresser un bilan de ces dispositifs de *compliance* au sens large. Seront-ils suffisamment dissuasifs pour inciter les très grandes entreprises (en particulier du numérique) à l'autorégulation ? Leur formatage freinera-t-il, sur des marchés hyperconcurrentiels, la croissance des moyennes entreprises ? Sauront-ils s'adapter aux grandes mutations économiques et technologiques ? En tout état de cause, la *compliance* reste un instrument et ne peut être une fin en soi. Et l'autre défi des entreprises est de parvenir à limiter les effets pervers d'une injonction subliminale et permanente à la *transparence*.

2. Limiter les effets pervers de la transparence : protéger les secrets légitimes et l'image

Systématiquement ramené dans l'opinion publique à une opacité suspecte, le secret des affaires est pourtant essentiel dans un monde économique où l'information et la connaissance deviennent des actifs immatériels de plus en plus stratégiques. Dans un contexte de connexion généralisée, les entreprises sont

de plus en plus vulnérables. La toile est un lieu de création mais aussi un fantastique outil de détournement et d'acquisition frauduleuse d'informations.

Contrairement à l'opinion la plus répandue, les grands groupes ne sont pas nécessairement les cibles les plus exposées aux atteintes au secret des affaires. Dotés de services de sûreté et de procédures dédiées, ils disposent d'infrastructures permettant de dissuader certaines tentatives de vols ou d'intrusions. A l'inverse, les PME, PMI et TPE sont au cœur des préoccupations. Souvent innovantes, elles détiennent des savoir-faire industriels parfois uniques et elles sont mal préparées à affronter le risque de pillage de leur patrimoine immatériel.

C'est pourquoi la directive européenne dite secret des affaires a été adoptée le 8 juin 2016 et transposée en droit français en juillet dernier (Directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites). Désormais les entreprises disposent d'instruments plus clairs pour protéger leurs secrets.

Au civil, les articles L. 152-1 et suivants du Code de commerce définissent la notion, son champ d'application et les mesures pour prévenir ou faire cesser une atteinte au secret des affaires.

Au pénal, les incriminations de vol, d'abus de confiance, de violation du secret professionnel ou d'atteinte à des systèmes de traitement automatisé de données sont susceptibles de s'appliquer.

Quelques exceptions toutefois à l'application de ces principes parmi lesquels la nécessaire protection des lanceurs d'alerte et du droit à la liberté d'expression et de communication. C'est à ce niveau que se situe l'essentiel des enjeux juridiques et pratiques, le juge devenant en dernier ressort l'arbitre de la bonne et de la mauvaise *transparence*. Le sujet dépasse alors la simple question du secret et touche à la protection de l'image de l'entreprise dans un contexte où la circulation de l'information demeure de plus en plus anarchique.

Voilà un autre défi pour les entreprises : résister à la pression du tribunal du *Buzz*. Au sein de ce prétoire virtuel, pas de juge indépendant pour dire le droit ni d'avocat pour assurer les droits de la défense. La foule numérique condamne sans enquête. Elle

lynche sans preuve, ni scrupule. La parole de l'expert ou du sachant est diluée dans la masse des contributions individuelles, nourrissant un poujadisme numérique : *fake news*, dénigrement, diffamation...

Selon une étude publiée par un cabinet d'avocats américain¹, moins d'une heure est nécessaire pour qu'une information publiée sur la toile dépasse les frontières de son pays d'origine et soit hors de contrôle. A partir de 24 heures, 69% des crises deviennent internationales avec une moyenne de 11 pays atteints par l'information.

Pour faire face à ces situations les entreprises disposent de nombreux instruments juridiques : la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, celle du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique, l'incrimination de diffusion de fausses informations prévue par l'article L. 465-3-2 du Code monétaire et financier ou tout simplement la mise en jeu de la responsabilité civile sur le fondement du dénigrement. La loi dite *fake news* (Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information) aurait pu être l'occasion d'un renforcement des dispositifs de protection de l'image mais son champ d'application s'est essentiellement restreint aux périodes électorales.

Au cœur de cet enjeu se situe la question de la responsabilité des plateformes qui bénéficient d'un régime juridique spécifique. Elles ne sont pas soumises à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent. En revanche, en cas de notification d'un contenu manifestement illicite, leur responsabilité peut être engagée si elles n'ont pas agi promptement pour retirer ou rendre inaccessible le contenu en question.

Certes perfectibles, en particulier s'agissant des délais de traitement des actions judiciaires (à Paris, il faut trois ans pour obtenir une décision définitive en diffamation), ces dispositifs sont autant d'instruments à la disposition des entreprises pour protéger leur image. Stratégie judiciaire et médiatique doivent alors être menées de conserve pour réguler les effets pervers de la *transparence*.

3. Du mensonge à la transparence : le paradoxe de l'avocat

La *compliance* exportée par la *common law* dans notre système de droit continental a renversé certains grands paradigmes de la profession d'avocat.

Le mouvement a commencé lorsque les barreaux ont absorbé les conseils juridiques (loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques). Désormais la grande profession d'avocats allait pouvoir, non plus se limiter à défendre des personnes privées *ex post* par rapport à l'infraction, mais aussi conseiller, personnes physiques comme personnes morales, *ex ante*, afin d'éviter l'infraction.

Un puissant barreau d'affaires s'est ainsi développé à Paris, dont la politique des Bâtonnier successifs (de Philippe Lafarge à Jean Castelain) n'a eu cesse de regarder les cabinets internationaux avec les yeux de Chimène, au point qu'il y a aujourd'hui plus de cabinets anglais à Paris qu'à New York et plus de cabinets américains à Paris qu'à Londres. Cette nouvelle force est un succès pour la capitale de la France qui est devenue l'une des principales places de droit au monde.

Parallèlement c'est un véritable métissage juridique qui en est ressorti. En effet les structures internationales emploient environ 7 000 avocats sur 30 000 avocats parisiens. Elles assurent donc une formation continue qui fait le lien entre *common law* et *droit continental*.

Alors, arriva ce que nul n'avait imaginé : l'avocat, qui depuis Démosthène et Cicéron avait pour devoir de défense, sous le sceau du secret professionnel, d'accompagner le client jusqu'au silence et parfois même jusqu'au mensonge, allait désormais participer à la sécurité juridique *via* la *transparence* et la *vérité*.

Donc, la vérité comme nouveau devoir de l'avocat ! Et c'est bien ! Alors, on abandonne enfin la caricature des baveux ventripotents dessinés par Daumier, gesticulateurs, cupides et menteurs...

Nous avons consacré l'Université d'hiver du barreau de Paris à ce thème en novembre 2016, à partir du constat selon lequel l'image de l'avocat dans la

¹ « *Bad buzz 2013 : Findus, Barilla, Abercrombie... Les échecs marketing de l'année* », Huffingtonpost.fr, 27 décembre 2013

société souffre de deux tares : le mensonge et l'imprévision sur les honoraires.

Donc pour l'avocat moderne il y a un nouveau devoir et une nouvelle exigence de *transparence* et de *vérité*... Or, il s'agit d'un changement de paradigme fondamental. Non seulement pour le barreau, mais aussi pour la justice ! Qu'on en juge... le mot *vérité* ne figure pas dans le serment de l'avocat qui, dans sa dernière version réécrite par Robert Badinter, Ministre de la Justice en 1982, et complétée par la loi du 31 décembre 1990, se concentre sur « *la dignité, la conscience, l'indépendance, la probité, l'humanité* ». Le mot *vérité* ne figure pas non plus dans le serment du magistrat « *Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de garder le secret des délibérations et de me conduire en tout comme un digne et loyal magistrat* », ni dans le serment des jurés, lesquels jurent et promettent : « *d'examiner avec l'attention la plus scrupuleuse les charges qui seront portées contre l'accusé ; de ne trahir ni les intérêts de l'accusé, ni ceux de la société qui l'accuse, ni ceux de la victime ; de ne communiquer avec personne jusqu'après leur déclaration ; de n'écouter ni la haine ou la méchanceté, ni la crainte ou l'affection ; de se rappeler que l'accusé présumé innocent et que le doute doit lui profiter ; de se décider d'après les charges et les moyens de défense, suivant leur conscience et leur intime conviction, avec l'impartialité et la fermeté qui conviennent à un homme probe et libre ; et de conserver le secret des délibérations, même après la cessation de leurs fonctions* », ni dans la définition de l'intime conviction qui vaut pour les affaires correctionnelles et criminelles. L'article 353 du Code de procédure pénale la définit comme suit : « *Sous réserve de l'exigence de motivation de la décision, la loi ne demande pas compte à chacun des juges et jurés composant la cour d'assises des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d'une preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la*

mesure de leurs devoirs : Avez-vous une intime conviction ? ». Plus généralement encore, on peut dire que nulle part dans le Code de procédure pénale ne figure le mot *vérité*, sauf pour le serment du témoin : « *les témoins prêtent le serment de parler sans haine et sans crainte, de dire toute la vérité, rien que la vérité* » (article 331 du Code de procédure pénale), et pour le périmètre des pouvoirs d'investigation du juge d'instruction qui participe à « *tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité* » (article 81 du Code de procédure pénale). Même le serment d'expert ne comporte pas de mention de la *vérité*. L'article 6 de la loi du 29 juillet 1971, intégré aux articles 160 et 168 du Code de procédure pénale précise : « *Lors de leur inscription initiale sur une liste dressée par une cour d'appel, les experts prêtent serment, devant la cour d'appel du lieu où ils demeurent, d'accomplir leur mission, de faire leur rapport et de donner leur avis en leur honneur et conscience* ».

Mais, si le mot *vérité* est tabou, celui de *transparence* est proscrit. Pour Daniel Soulez-Larivière, « *un avocat transparent est un avocat mort* »².

Avec la *compliance*, l'avocat intervient avant la saisine du magistrat ce qui entraîne un effet de substitution – comme avec tous les modes alternatifs de règlement des litiges (MARD) depuis le programme J21 (loi de modernisation de la Justice du 21^e siècle, publiée au Journal Officiel du 19 novembre 2016) qui était une belle opportunité pour le Ministère de la Justice en période de pénurie (en 30 ans le nombre d'avocats a été multiplié par six, tandis que celui des magistrats est resté à peu près stable) ! Avec la *compliance* l'avocat n'a d'autre mission que de détecter les racines du mal pour, soit prévenir le procès, soit si c'est trop tard, l'éviter *via* une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

Le mot *compliance* se traduit en français par *conformité*. C'est une procédure globalisée donc transverse - relevant d'un corpus de droit international - aux fins d'un management des risques juridiques de l'entreprise.

C'est donc d'une culture nouvelle dont il s'agit, qui impose aussi de revoir les lignes de la déontologie des barreaux, afin que l'entreprise ne soit pas prise

² D. Soulez-Larivière, *La Transparence et la vertu*, éditions Albin Michel, 2014.

au piège d'un enquêteur *canada dry* de la police ou du parquet parce que déguisé en avocat !

Il convient ici d'en poser les lignes directrices, mises en place par le rapport Grandjean qui a été présenté au Conseil de l'Ordre du barreau de Paris le 13 septembre 2016 (intitulé « Recommandations pour l'avocat chargé d'une enquête interne »). Pour ce faire, reprenons les chapitres de la nouvelle offre proposée par les avocats, en application de la toute récente loi Sapin 2 inspirée du *Bribery Act* britannique de 2010.

On connaît son périmètre d'application : les entreprises de plus de 500 salariés ou réalisant plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires. Et on sait aussi que ladite loi instaure trois types de mesures : un statut pour les lanceurs d'alerte ; un contrôle interne de conformité dite de *compliance* ; et un évitement du procès caractérisé par une procédure administrative voire *in fine* la transaction pénale (CJIP).

A chaque étape l'avocat est acteur.

Concernant les lanceurs d'alerte, l'avocat par son statut, son éthique et sa posture s'interdit évidemment d'en endosser l'habit de dénonciateur. C'est une application claire et nette de la règle du secret professionnel, n'en déplaise à certains députés anciens avocats qui ont prétendu le contraire pendant les débats parlementaires. L'article 6 de la loi, dans sa version définitive, exclut heureusement du régime de l'alerte « *les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client* ». Pourtant, le rapporteur du projet de loi François Pillet s'était positionné contre la mise en place d'une procédure particulière aux avocats.

Pour le contrôle de conformité, l'avocat mandaté par l'entreprise peut à juste titre définir la cartographie

des risques, écrire le règlement intérieur et procéder aux enquêtes internes. Il doit alors se fixer deux lignes jaunes. D'abord, se comporter en avocat avec délicatesse, et non en enquêteur avec brutalité, ou en procureur avec la sanction en ligne de mire. Ensuite, rappeler les termes de son mandat à la personne qu'il interroge et les conséquences concernant l'application des règles du secret professionnel – le secret le lie à la personne morale qui le mandate et non à la personne physique qu'il auditionne.

Enfin, l'avocat va pouvoir accompagner l'entreprise dans le cadre de la procédure administrative et s'il le faut de transaction pénale. En revanche il ne pourra certainement pas plaider devant le conseil de prud'hommes pour ou contre le salarié qu'il aura questionné pendant la procédure de *compliance* et qui aura été licencié parce que ladite enquête avait révélé qu'il participait à un système de corruption.

* * *

En somme, il convient de se poser la question de savoir si le mouvement actuel résulte d'une influence de la *common law* dont les effets pervers commencent à se ressentir, ou s'il s'agit d'un calcul de coût d'opportunité pour la Place Vendôme et Bercy qui cherchent à décongestionner le service public de la justice et à faire des économies. Comment ?

En substituant à l'*imperium* de la *juris dictio* des magistrats des voies alternatives de règlement des litiges, soit une forme de privatisation du système judiciaire au bénéfice des médiateurs et des avocats, c'est l'équilibre du contentieux qui a été modifié... En tout état de cause, la *compliance* crée de nouvelles offres qui sont tellement significatives qu'elles modifient jusqu'au paradigme de la défense, pour la profession d'avocat.