

L'avocat et la preuve, permanences et nouveautés

# L'avocat et la preuve : aujourd'hui et demain



Par

**Dominic Jensen**  
Ancien avocat,  
Conseil en stratégie  
des cabinets d'avo-  
cats, Directeur  
scientifique

**S**ujet théorique, presque philosophique, le rôle de l'avocat dans la recherche et la gestion de la preuve est aussi le reflet de la vision qu'une société peut avoir de son système juridique. Comme le souligne Dominique Piau, dans l'article qu'il signe dans ce dossier, « lorsque l'avocat se trouve face aux éléments de preuve, il se trouve aussi face à ses principes essentiels ». Il nous rappelle que la constitution de la preuve est un exercice dans lequel l'avocat doit composer à la fois avec le respect de principes qui régissent la vie des tiers tels que le respect de la vie privée et des principes propres à l'avocat ou que le secret professionnel. Tout en protégeant les intérêts de ses clients, il doit demeurer loyal en toutes circonstances.

## GESTION OU RECHERCHE DE LA PREUVE

Si le rôle de l'avocat français relève davantage de la gestion de la preuve que de sa recherche, la situation est très différente dans d'autres pays et tout particulièrement aux États-Unis. En matière pénale, à la différence de la France où le juge d'instruction va rechercher et organiser les éléments de preuve, aux États-Unis, l'avocat mène l'enquête cherchant à apporter des éléments à décharge jusqu'au dernier jour du procès. Il peut recourir à des enquêteurs privés ou chercher à jouer lui-même un rôle qui ressemble souvent davantage, à nos yeux, à celui de l'inspecteur de police que de l'avocat que nous connaissons ici.

Or, dans une vie des affaires mondialisée, la frontière devient poreuse entre les systèmes dominés

par l'approche accusatoire et contradictoire et ceux qui fonctionnent sur le modèle inquisitoire. L'avocat est confronté à de nouvelles manières de travailler qui viennent bousculer une conception traditionnelle de son métier. L'avocat doit appréhender de nouveaux concepts et même endosser de nouveaux rôles. Il est amené à travailler dans un contexte où apparaissent de nouveaux modes de preuve comme la *Blockchain* à laquelle nous initie l'article de Jérôme Deroulez. Il doit, dans certaines circonstances, assumer une fonction qu'il ne connaissait pas (ou peu) qu'est celle de l'avocat enquêteur, jouant un rôle de premier plan dans la constitution de la preuve.

Le sujet n'est donc pas que philosophique, il a aussi un impact sur la formation de l'avocat, la prestation fournie au client et même le fonctionnement du cabinet. Illustrons ce propos avec quelques explications sur le rôle de l'avocat amené à enquêter chez son client dans le cadre d'une investigation diligentée par une autorité de régulation internationale ou le cas, qui va devenir de plus en plus fréquent, de l'avocat qui assiste son client dans ses obligations de conformité ou de *compliance*. Dans son ouvrage « Deals de justice »<sup>1</sup>, Pierre Servan-Schreiber explique la manière dont les entreprises suspectées de corruption, de blanchiment, d'évasion fiscale ou encore de contournement de sanctions internationales se trouvent contraintes de coopérer avec les autorités de régulation américaines : elles demandent à leurs avocats de procéder à des enquêtes en leur sein visant à rassembler tous les éléments qui peuvent leur être demandées par l'autorité qui les poursuit. Dans un chapitre de cet ouvrage, intitulé « L'avocat, serviteur de deux maîtres », l'auteur analyse la complexité de la position de l'avocat dont

<sup>1</sup> P.-S. Schreiber, Antoine Garapon (sous la direction de), *Deals de Justice*, PUF 2013.

le client peut avoir l'impression que celui-ci travaille en même temps pour et contre lui. Or, les entreprises américaines ne sont pas les seules concernées par ces investigations. Les entreprises du monde entier sont devenues les cibles de telles procédures. Pour ne citer que des entreprises européennes, Alcatel-Lucent, Technip, Siemens, Daimler, Lloyds, Crédit Suisse, Barclays, Total, ING, HSBC, ABN AMRO, ENI ou BAE Systems ont toutes fait l'objet de poursuites en raison de prétendus manquements à des lois extraterritoriales américaines.

## L'AVOCAT ENQUÊTEUR

Conscient de l'ampleur du phénomène, le Barreau de Paris a récemment diligencé un rapport sur l'avocat enquêteur<sup>2</sup>. Selon ce rapport, l'avocat chargé d'une enquête interne n'agit pas en contradiction avec le RIN et ses principes essentiels. Le rapport conclut notamment « qu'au plan déontologique, l'avocat qui a mené une enquête interne doit pouvoir agir pour la personne morale qui l'a missionné à cette fin, lorsqu'il s'agit d'assister ce client dans une procédure diligentée contre lui par une autorité publique ou par un tiers ». Ce point essentiel répond

à la question du conflit d'intérêts qui pourrait sembler naître si l'enquête interne menée par l'avocat révélait des éléments qui seraient ensuite retenus à charge contre son client.

L'émergence de nouveaux modes de preuve tels que la *blockchain* et l'apparition de nouveaux rôles pour l'avocat dans la recherche de la preuve ne sont pas sans relation. Comme le souligne Jérôme Deroulez, la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Sapin II)<sup>3</sup> adoptée le 8 novembre 2016 prévoit le recours à une ordonnance dans un délai de douze mois pour organiser la représentation et la transmission au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé des titres financiers qui ne sont pas admis aux opérations d'un dépositaire central ni livrés dans un système de règlement et de livraison d'instruments financiers. C'est, selon lui, une étape supplémentaire dans la construction d'un droit de la *blockchain*<sup>4</sup>, étendu cette fois aux titres non cotés<sup>5</sup>. Cette habilitation par la loi est un écho aux propositions déjà formulées afin de reconnaître la *blockchain* comme preuve certifiante<sup>6</sup>. Or, la loi Sapin va placer l'avocat dans des missions de *compliance* ou de conformité qui vont faire de lui, sinon un enquêteur, au moins un vérificateur des procédures internes et pratiques de ses clients.

2 [http://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport\\_sur\\_l'avocat\\_charge\\_d'une\\_enquete\\_interne.pdf](http://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport_sur_l'avocat_charge_d'une_enquete_interne.pdf)

Rapport présenté au Conseil de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris le 8 mars 2016 – Rapporteur : Jean-Pierre Grandjean.

3 <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0830.asp>

4 [http://www.senat.fr/rap/a15-710/a15-710\\_mono.html](http://www.senat.fr/rap/a15-710/a15-710_mono.html)

5 Revue-banque.fr, 28 juin 2016, « Quand le législateur s'intéresse à la *blockchain* pour les titres non cotés ».

6 Croissance Plus : « Gouvernance de la *blockchain*. Les enjeux des chaînes de consensus pour la place financière de Paris », mars 2016, [http://www.croissanceplus.com/wp-content/uploads/2016/04/Note-de-position-Blockchain-CroissancePlus-PMEFinance-DEF\\_28-mars-2016.pdf](http://www.croissanceplus.com/wp-content/uploads/2016/04/Note-de-position-Blockchain-CroissancePlus-PMEFinance-DEF_28-mars-2016.pdf)