LAMY
REVUE

REVUE LAMY

Droit des Affaires

Dossier : Le point sur les responsabilités individuelles civiles et pénales incombant aux acteurs de la compliance

Emmanuel DAOUD, Thalita LE BEL ESQUIVILLON, Guillaume MARTINE, Emmanuel MERCINIER, Hugo PARTOUCHE, Solène SFOGGIA et Robin BINSARD

– **Les évolutions récentes du Conseil d'administration dans les sociétés cotées**
François SAUVAGEOT

– **Loi Sapin II : la mise en place du dispositif anticorruption par les entreprises un an après la publication des recommandations de l'AFA**
Charlotte BURAUX et Matthieu DARY

– **Pas de droit à l'erreur et Name and Shame renforcé : deux nouvelles mesures en matière de lutte contre les retards de paiement**
Jean-Michel VERTUT

– **Conditions générales : comment les faire prévaloir dans ses relations commerciales ?**
Alexandre BAILLY, Xavier HARANGER et Laetitia de PELET

143 | MENSUEL
DÉCEMBRE 2018

Wolters Kluwer

RLDA 6596

Obligation de dénonciation dans l'Administration et loi Sapin II : quel avenir pour l'article 40 en droit pénal public et en droit pénal des affaires ?

Emmanuel DAOUD
Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA

Hugo PARTOUCHE
Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau GESICA

Outre qu'elle a défrayé la chronique à l'été 2018, l'obligation de dénonciation des crimes et des délits à laquelle sont tenus un grand nombre d'acteurs de la vie publique et prévue par l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale, connait une actualité particulière dans le contexte de la mise en œuvre de la loi *Sapin II*. En effet, cette dernière renouvèle le droit de la dénonciation – se pose donc la question de l'articulation entre le régime de l'article 40 et celui de l'alerte – et le droit pénal des affaires – dans lequel l'article 40 joue un rôle déterminant de longue date. Dans les deux cas, la culture de la transparence, de la prévention et de la coopération que la loi *Sapin II* promeut doit être confrontée à une culture de défense de l'intérêt général par le biais de la dénonciation, plus limitée aux fonctions publiques, et dont les contours et la pertinence sont interrogés.

L'article 40 du code procédure pénale, dans son ensemble, est un texte essentiel de la procédure pénale en ce qu'il définit le rôle du parquet et de l'Administration dans la procédure pénale.

En effet, l'alinéa 1 consacre le principe de l'opportunité des poursuites – en cela, il influence de manière très profonde le rôle du procureur de la République – et l'alinéa 2 régit une articulation fondamentale entre l'Administration et l'autorité judiciaire, en disposant :

« *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs.* »

Comme le révèle sa formulation, cette obligation de dénonciation est ancienne. Elle date du Directoire,[1] moment où l'expression d'autorité « constituée », par opposition à l'autorité « constituante », était bien plus communément usitée[2].

L'article 40, alinéa 2,[3] a donc ceci de singulier qu'il renvoie le lecteur du code à l'origine même de la constitution de l'État. Ce faisant, il symbolise son unité, notamment en manifestant que toutes les autorités constituées partagent une même définition de l'intérêt général auquel l'Administration et l'autorité judiciaire travaillent ensemble.

Alors que se développe, à marche forcée, une culture de la transparence et que commence à prendre forme un véritable « droit de l'alerte », [4] la particularité de cette antique obligation générale de dénonciation pose question.

La première question est celle de la différence entre l'article 40 et la cristallisation

(1) Article 83 du code des délits et des peines du 3 brumaire de l'An IV.

(2) Sénat, Question écrite avec réponse n° 8239, 2 avr. 2009 – M. Jean-Pierre Demerliat – Ministère de la Justice.

(3) Par commodité et sauf précision contraire, on utilise l'expression « article 40 » pour faire référence à l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale.

(4) V. par ex. N. M. Meyer, Le droit d'alerte en perspective : 50 années de débats dans le monde, AJDA 2014, p. 2242.

très récente, au travers des articles 6 et suivants de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi *Sapin II*, d'un droit de la révélation au service de l'intérêt général.

Dans ce contexte, quelle est l'utilité de la distinction entre dénonciation au sens de l'article 40, alinéa 2 et alerte au sens de l'article 6 de la loi *Sapin II* ? Et quel est l'avenir de cette distinction ?

Plus largement, la mise en conformité, volet pratique de la culture de la transparence déjà évoquée, exige que les acteurs de la vie économique, publics ou privés, identifient et préviennent les risques en coopération avec les autorités compétentes.

Cette coopération est particulièrement nouvelle en droit pénal des affaires. Quel est le rôle de l'article 40 dans le renouvellement des rapports entre l'Administration et les entités publiques ou privées devant prendre une part active à la lutte anticorruption et à la prévention des fraudes ?

En somme, si, au mois de juillet 2018, la participation d'un agent contractuel de l'entourage du président de la République à de possibles délits, et la connaissance par un grand nombre d'agents publics de ces faits, a sensibilisé l'opinion publique aux enjeux de la mise en œuvre de l'article 40, l'actualité de ce texte tient davantage à des modifications profondes de la notion de dénonciation dans notre droit, y compris dans le droit européen[5].

Après avoir rappelé le régime très particulier de l'article 40 du code de procédure pénale, il est possible de l'articuler avec le statut du lanceur d'alerte la loi *Sapin II*.

I. – L'article 40, un outil ancien de dénonciation

A. – Les conditions d'application de l'article 40

➜ *Les personnes soumises à l'obligation de dénonciation*

Les personnes soumises à l'obligation de dénonciation sont « *[t]oute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire* ». Par cette expression, il faut entendre les agents publics dans une acception large.

Toutefois, pour l'application de l'article 40, il n'est possible de se référer uniquement ni à la distinction organique du droit administratif entre agent public et agent privé, trop restreinte, ni à la définition très large de la notion d'agent public dégagée par la jurisprudence de la chambre criminelle, trop large. Les personnes concernées ressortissent des deux catégories.

La Cour de cassation juge ainsi de longue date que l'application de l'article 40 « *suppose l'exercice d'une fonction publique* ».[6] En réalité, outre les fonctionnaires, la notion d'autorité constituée semble dominer la définition des personnes concernées par l'article 40.

Ainsi, il s'applique aux agents publics au sens du droit administratif mais également aux élus comme l'a rappelé le garde des Sceaux à l'occasion d'une question parlementaire.[7] Cette même réponse ministérielle précise plus généralement :

« *Dans le langage courant,* [la notion d'autorité constituée] *vise d'une manière générale les magistrats et les hauts fonctionnaires investis d'un pouvoir reconnu [ ]. Il paraît possible de considérer que le terme « autorités constituées » inclut les représentants des pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires dont les prérogatives et les rapports ont été définis par la constitution du 4 octobre 1958* »[8].

Il sera confirmé que le critère permettant de comprendre l'idée d'autorité constituée est le fait que la fonction soit « ***détentrice d'une parcelle de l'autorité publique***. *Ainsi, ont notamment été considérés comme « autorité constituée », les présidents des conseils généraux et des conseils régionaux et l'ensemble des autorités administratives indépendantes* »[9].

Sont exclus, notamment : les personnes chargées de la direction des établissements privés sous contrats, tout comme les professeurs de ces établissements,[10] les magistrats administratifs statuant au contentieux[11] et les agents des services publics industriels et commerciaux. En revanche, il convient sans doute de considérer que les directeurs et comptables de ces derniers services sont bien soumis à l'obligation de dénonciation, dès lors qu'ils sont agents publics même pour la jurisprudence administrative[12].

(5) V. Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, COM (2018) 218 final 2018/0106(COD).

(6) Cass. crim., 6 juill. 1977, n° 76-92.990, Bull. crim., n° 255, cité par G. Chalon, L'article 40 du code de procédure pénale et le fonctionnaire : nature et portée de l'obligation de dénoncer, AJFP 2003, p. 31.

(7) Sénat, Question écrite avec réponse n° 8239, 2 avr. 2009 – Article 40 du code de procédure pénale. – M. Jean-Pierre Demerliat – Ministère de la Justice.

(8) *Ibid.*

(9) Assemblée nationale, Question écrite avec réponse n° 20059, 5 mars 2013 – Mme Véronique Louwagie – Ministère de la Justice.

(10) *Ibid.*

(11) CE, SSR 9/10, 28 déc. 2001, n° 233993, Givry.

(12) CE, 8 mars 1957, n° 15219, Jalenques de Labeau.

→ *Les faits soumis à l'obligation de dénonciation*

En application de l'article 40 doivent être dénoncés les crimes et les délits.

En premier lieu, la personne concernée doit avoir acquis « *la connaissance d'un crime ou d'un délit* ». Cette formulation ne laisse guère de place à l'incertitude de l'agent. Seule compte son appréciation de la caractérisation de l'infraction.

Il faut simplement que les faits soient suffisamment établis, c'est-à-dire notamment que l'agent puisse accompagner sa dénonciation d'éléments tangibles. Interrogé sur le non-respect par un Préfet de l'obligation de l'article 40 dans le cadre de prises illégales d'intérêts affectant un projet éolien, le ministre de l'Intérieur indique que le représentant de l'État dans le département doit signaler ces faits au parquet « *à partir du moment où il dispose d'éléments suffisamment sérieux* »[13].

Toutefois, il n'appartient pas à l'agent de procéder à des actes d'enquêtes afin d'établir les faits qu'il voudrait dénoncer[14].

> *Les sanctions pénales du non-respect de l'article 40 sont donc incomplètes et, à certains égards, incertaines mais le risque de sanctions pénales ne doit sans doute pas être écarté.*

Plus encore et en second lieu, la personne doit avoir eu connaissance du crime ou du délit « *dans l'exercice de ses fonctions* ». L'expression s'entend largement. Ainsi, seule la connaissance doit être acquise dans l'exercice des fonctions, mais les faits concernés ne sont pas limités au périmètre d'intervention du dénonciateur.

Dans un arrêt relatif à la CNIL, le Conseil d'État a précisé l'articulation entre les deux critères matériels d'application de l'article 40. Saisie de l'annulation de la décision implicite de rejet de transmission au procureur de la République d'informations relatives à un délit, la Haute juridiction juge que :

« *il appartient à la commission nationale de l'informatique et des libertés d'aviser le procureur de la République des faits dont elle a connaissance dans l'exercice de ses attributions,* ***si ces faits lui paraissent suffisamment établis et si elle estime qu'ils portent une atteinte suffisamment caractérisée aux dispositions dont elle a pour mission d'assurer l'application*** »[15].

Ainsi, pour les infractions qui entrent dans le périmètre d'action du dénonciateur, il lui est loisible d'apprécier la gravité des manquements considérés.

En revanche, le Conseil d'État s'exclut lui-même de cette hypothèse en considérant que ne constitue pas l'acquisition de la connaissance d'un délit ou d'un crime « *dans l'exercice de ses fonctions* » le fait de statuer au contentieux sur de tels faits [16]. On peut s'en étonner.

Inversement, des textes spéciaux obligent à une coopération active pour l'exercice de certaines fonctions publiques : il en va ainsi, naturellement, de l'officier de police judiciaire local,[17] des maires[18] ou de l'Agence française anticorruption[19].

Pourtant outre les cas de dénonciation spécialement prévus,[20] les conditions d'application de l'article 40 manquent en précision. Le constat sera le même s'agissant des modalités de sa mise en œuvre.

B. – Le régime de l'obligation de l'article 40

→ *Le caractère obligatoire de la dénonciation*

L'absence de sanction directe de la non-dénonciation

Il n'existe pas de sanction spécifique du non-respect de l'obligation de dénonciation prévue par l'article 40. Or, « *une omission ou une abstention n'est pénalement sanctionnée que si un texte le prévoit expressément. Tel est, par exemple, le cas de non-dénonciation de crime (C. pén., art. 434-1) ou de non-révélation de faits délictueux par un commissaire aux comptes (C. com., art. L. 225-240, al. 2, et L. 820-7)* »[21].

D'une part, l'expression « *est tenu d'en donner avis sans délai* » laisse peu de doute sur le fait que l'article 40 a entendu créer une véritable obligation de dénonciation et, d'autre part, l'absence de sanction du non-respect de

(13) Sénat, Question écrite avec réponse n° 15797, 16 avr. 2015 – Mme Anne-Catherine Loisier – Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire.

(14) CE, 15 févr. 1961, Dame Metivier, cité par ex. par la Circulaire FP n° 2070 du 2 mars 2004.

(15) CE, 27 oct. 1999, n° 196306, Solana.

(16) CE, 28 déc. 2001, préc.

(17) C. pr. pén., art. D. 3.

(18) CSI, art. L. 132-2. Par ailleurs, l'article L. 2211-2 du code général des collectivités territoriales prévoit un régime de coopération avec l'autorité judiciaire.

(19) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 3, 6°.

(20) Dont certaines sont évoquées dans le présent dossier.

(21) H. Matsopoulou, Affaire Benalla : quelle est la portée de l'article 40 du code de procédure pénale ?, Club des juristes, Actualité du droit, 20 juillet 2018.
En ligne : http://blog.leclubdesjuristes.com/affaire-benalla-quelle-est-la-portee-de-larticle-40-du-code-de-procedure-penale/

cette obligation justifie les débats sur la force obligatoire de ce texte.

En 2013 dans le contexte de l'affaire *Cahuzac*, une proposition de loi a cherché à mettre fin à cette situation, estimant que, si « *[l]'injonction de l'article 40, alinéa 2, peut trouver une sanction dans la responsabilité du fonctionnaire vis-à-vis de ses supérieurs hiérarchiques et dans les diverses sanctions disciplinaires qui peuvent l'atteindre, [...] ceci reste insuffisant. Par ailleurs, l'infraction pénale de non-dénonciation ne concerne que certains crimes, et est régie par l'article 434-1 du code pénal* »[22].

Ce projet est resté lettre morte.

En réalité, si la doctrine est partagée sur la question du caractère obligatoire de la dénonciation, il n'est pas contesté que le texte manque d'efficacité et que « *le défaut d'efficacité d'une disposition n'a jamais eu pour effet de lui ôter ni son caractère obligatoire, ni sa juridicité* »[23].

Le constat de l'absence de sanctions pénales est donc sans appel. Pour autant, l'efficacité du texte est aujourd'hui appuyée par une diversité de « sanctions ».

Les éventuelles sanctions indirectes de la non-dénonciation

En premier lieu, deux types de sanctions pénales sont envisageables.

D'une part, l'agent qui ne respecte pas son obligation de dénonciation pourrait être jugé complice par aide ou assistance des faits dont il a eu connaissance.

S'il convient, pour retenir la complicité, de démontrer l'existence d'un acte positif, la jurisprudence « *considère parfois comme complice des individus qui, quoique passifs, ont eu un rôle déterminant dans la commission de l'infraction* »[24].

En effet, la complicité peut être retenue lorsque la non-dénonciation cache un accord préalable entre l'agent et l'auteur principal,[25] ou lorsqu'elle intervient alors que la personne avait une obligation positive de dénonciation. Dans ce deuxième cas, la doctrine estime qu'une abstention peut s'apparenter à un acte de complicité lorsqu'une personne avait une obligation d'agir ou de s'abstenir (par ex. commissaire au compte ou expert-comptable)[26].

Or, l'article 40 donne incontestablement aux personnes mentionnées *supra* une obligation d'agir. Néanmoins, en l'absence d'une jurisprudence abondante sur cette hypothèse[27], la sanction du non-respect de l'article 40 par le biais de la complicité reste hypothétique[28].

D'autre part, et de manière plus circonscrite, l'article 434-1 du code pénal prévoit un délit de non-dénonciation de crimes[29]. Pourtant, là encore il serait inexact de considérer qu'il peut constituer la sanction du non-respect de l'article 40 puisque l'article 434-1 prévoit la dénonciation à l'autorité judiciaire ou administrative et non au seul parquet. À cet égard, la jurisprudence a déjà jugé que l'article 434-1, lorsqu'il est appliqué à un agent public, ne contient pas l'obligation de dénoncer au seul ministère public dès lors que la dénonciation a été faite à l'autorité administrative compétente[30].

Les sanctions pénales du non-respect de l'article 40 sont donc incomplètes et, à certains égards, incertaines mais le risque de sanctions pénales ne doit sans doute pas être écarté.

En deuxième lieu, il semble possible de rechercher la responsabilité de la puissance publique du fait de la faute que constitue la non-dénonciation d'un crime ou d'un délit par une des personnes qui est tenue à cette obligation. À première vue, il semble falloir se fonder sur la faute de service. Ainsi, dans l'arrêt *Solana* déjà cité, le Conseil d'État opère un contrôle restreint de l'obligation de dénonciation incombant à la CNIL et non de l'obligation à la charge d'un agent à titre personnel. En effet, le Conseil d'État juge que le responsable de traitement avait opéré les corrections demandées par la CNIL et « *que, dans ces conditions, la commission a pu, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur manifeste d'appréciation* » ne pas transmettre au parquet[31].

Autrement dit, aucun principe ne s'oppose, par exemple, à ce que se trouve engagée la responsabilité de l'Administration du fait d'une décision illégale de non-dénonciation

(22) Assemblée nationale, Proposition de loi n° 1252 du 16 juillet 2013 tendant à sanctionner le non-respect de l'article 40 du code de procédure pénale.

(23) G. Chalon, L'article 40 du code de procédure pénale et le fonctionnaire : nature et portée de l'obligation de dénoncer, AJFP 2003, p. 31.

(24) F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général, Economica, 15e éd., 2008, § 540.

(25) Il en va ainsi d'une amitié qui explique qu'un agent des douanes « ferme les yeux » sur des faits (Cass. crim., 27 oct. 1971, n° 71-90.754).

(26) R. Salomon, Dr. sociétés déc. 2010, comm. 237 (ss. Cass. crim., 22 sept. 2010, n° 09-87.363).

(27) V. G. Chalon, AJFP 2003, p. 31 (préc.) qui s'appuie sur un jugement du tribunal correctionnel d'Aix-en-Provence du 14 janvier 1947.

(28) De manière générale, la jurisprudence semble renforcer les obligations pesant sur ceux qui ont les moyens de mettre fin à la commission d'infractions, comme l'illustre, sur la volet corruption active d'agent public étranger, l'affaire « Pétrole contre nourriture » (Cass. crim., 14 mars 2018, n° 16-82.117, publié au *Bulletin*).

(29) V. égal., s'agissant des personnes particulièrement vulnérables : C. pén., art. 434-3.

(30) Cass. crim., 13 oct. 1992, n° 91-82.456, Bull. crim., n° 320.

(31) CE, 27 oct. 1999, préc.

sous réserve qu'il s'agisse d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'une erreur de droit.

En troisième lieu, le non-respect de l'article 40 constitue de manière constante une faute disciplinaire.[32] « *Cette sanction n'aura toutefois de sens que si l'agent avait (ou devait) compte tenu de sa formation, de son niveau de responsabilité ou encore de son expérience, savoir que les faits portés à sa connaissance étaient de nature correctionnelle ou criminelle* »[33].

À cet égard, l'analyse de la faute disciplinaire renvoie à l'articulation de l'obligation de dénonciation avec la voie hiérarchique[34].

➜ *Articulation avec la voie hiérarchique*

De manière générale, il n'est pas nécessaire de passer par la voie hiérarchique pour dénoncer. C'est ce qu'indique clairement le texte de l'article 40 et ce que confirme la jurisprudence[35]. Toutefois, le fait de passer par la voie hiérarchique ne constitue pas un manquement au devoir de discrétion des fonctionnaires ou une violation de leur secret[36]. Ainsi, le fait qu'un agent ait transmis copie de sa dénonciation au Préfet ne révèle pas l'intention de donner à son signalement une publicité particulière[37].

De surcroît, le fait de passer par la voie hiérarchique ne fait pas grief aux personnes visées par la dénonciation dès lors que l'agent a respecté les règles de l'article 40[38]. Dans de rares cas, les textes applicables à la dénonciation prévoient l'obligation de passer par la voie hiérarchique[39].

En définitive, l'articulation de l'article 40 avec la voie hiérarchique est sans incidence sur son régime.

➜ *Obligation de dénonciation et devoir de discrétion*

Il est interdit aux agents publics de divulguer une information, quelle que soit sa nature, relative à une situation particulière et ce, qu'ils l'aient obtenue « *dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions* »[40]. Cette obligation est renforcée pour certains agents, par exemple les agents chargés du service public de la santé[41].

En conséquence, le devoir de discrétion et le secret professionnel interdisent à tout fonctionnaire de communiquer les crimes et délits dont ils ont connaissance à une autre autorité que le procureur de la République[42] à l'exception de leur supérieur hiérarchique dans les conditions susmentionnées.

Toutefois, en application de l'article 109 du code pénal, les fonctionnaires sont déliés de leur secret professionnel lorsqu'ils témoignent devant une juridiction pénale.

Le rapport entre obligation de dénonciation et obligation de discrétion, voire secret professionnel se pose avec une vigueur particulière à l'heure ou l'article 6 de la loi *Sapin II* a créé un statut du lanceur d'alerte, susceptible d'être un agent public dénonçant un crime ou un délit, qui l'autorise à révéler ces faits au public.

Cette articulation, et bien d'autres, renouvellent le statut particulier du lanceur d'alerte dans la fonction publique.

II. – L'articulation entre la loi Sapin II et l'article 40

Pour mémoire, l'article 6 de la loi *Sapin II* crée un véritable statut du lanceur d'alerte, en disposant :

« *Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ».

De nombreux aspects de cette faculté de dénonciation, offerte à tous, rappellent l'obligation de dénonciation de l'article 40. Plus largement, la loi *Sapin II* renforce l'arsenal de lutte anticorruption, en lien avec l'article 40.

(32) CAA Paris, 30 juin 2004, n° 01PA00841, M. Patrick X., cité par C. Wilson, Personnel des collectivités territoriales : obligations relatives aux informations détenues par les agents, D. Collectivités locales, Chapitre 4 (folio n° 10340), § 125.

(33) *Ibid.*

(34) G. Chalon, L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique, AJFP 2004, p. 27.

(35) Cass. crim., 19 sept. 2000, n° 99-83.960.

(36) S. Pringault, L'obligation de réserve des agents publics face au devoir de dénonciation d'infractions pénales, Une inadaptation du droit français à la problématique du whistleblowing, Dr. adm. 2012, étude 8.

(37) CE, 15 mars 1996, n° 146326, Guigon.

(38) Cass. crim., 14 déc. 2000, n° 00-86.595.

(39) C'est logiquement le cas des agents de police judiciaire (C. pr. pén., art. D. 15).

(40) L. n° 83-634, 13 juill. 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi *Le Pors*, art. 26, al. 2.

(41) CE, 31 mai 1989, n° 35296, Mme Roujanski, cité par M. Disant, D. Pollet-Panoussis, Les lanceurs d'alerte, Quelle protection juridique ? Quelles limites ?, LGDJ, 2017. V. aussi la circulaire du 2 mars 2004, préc.

(42) Chambre de mise en accusation, Paris, 4 juin 1954, JCP 1954.II.47 cité par G. Chalon, L'article 40 du code de procédure pénale à l'épreuve du statut général de la fonction publique, AJFP 2004, p. 27.

A. – L'articulation entre alerte au sens de la loi Sapin II et la dénonciation de l'article 40

➜ *La confusion des régimes de révélation*

L'article 6 de la loi *Sapin II* s'applique à toutes les personnes, y compris celles tenues à l'obligation de dénonciation de l'article 40,[43] et à des troubles à l'ordre public bien plus larges que les seuls crimes ou délits.

Selon le Conseil d'État, « ***[l'obligation de dénonciation] qui incombe à l'agent public*** *à raison de son statut et de son rôle dans notre société et par laquelle il contribue au fonctionnement de la justice,* ***se distingue de l'alerte éthique*** *qu'une personne décide, en conscience, de lancer* »[44].

Pourtant, ces textes présentent certaines similarités. En premier lieu, ils exigent tous deux la bonne foi dans la révélation. En effet, en l'absence de sanction, plusieurs auteurs en ont déduit que l'obligation de dénonciation prévue à l'article 40 ne constituait qu'un simple devoir moral. En cela, il est difficile de distinguer entre un devoir moral non-sanctionné et la faculté d'émettre une alerte de bonne foi. Ainsi, par exemple, de la même manière que la bonne foi est une condition nécessaire de l'alerte, l'article 40 ne supporte pas les dénonciations faites de mauvaise foi[45].

Sur ce point, les deux régimes répondent donc au même ordre de critique : celui de la délation, terme qui charrie un imaginaire de mauvaise foi du délateur et d'intention de nuire à la personne visée par la dénonciation ou l'alerte.

De même, l'exigence d'une connaissance personnelle des faits faisant l'objet d'une alerte est en pratique très proche de l'expression « *dans l'exercice de ses fonctions* » de l'article 40. En effet, en l'absence de véritable sanction du non-respect de l'article 40 et étant donnée la marge donnée à certaines administrations dans l'appréciation de l'obligation de dénonciation, ce texte est en pratique autant une faculté qu'une véritable obligation.

Enfin, l'alerte est perçue de manière duale, à la fois comme désobéissance (moment de rupture avec une situation dont le lanceur d'alerte s'étonne qu'elle existe sans réaction et donc parfois de rapport de force avec une institution) et comme dénonciation (moment extrême d'obéissance par lequel une personne prend à sa charge de rendre visible un trouble à l'ordre public)[46].

En d'autres termes, avant l'entrée en vigueur de la loi *Sapin II*, l'article 40 pouvait revêtir de nombreuses caractéristiques de l'alerte, sans pour autant prévoir la protection du lanceur d'alerte[47]. Une certaine confusion et de nombreuses questions en découlent.

Ainsi, l'agent public faisant face à un commencement d'exécution de crime ou de délit devra-t-il considérer qu'il fait face à une tentative et qu'il a donc l'obligation de dénoncer au parquet ou devra-t-il préférer le régime de l'alerte, estimant qu'il s'agit d'un risque ou d'une menace d'un trouble grave à l'ordre public ?

Cette distinction n'est pas sans conséquence dans la mesure où l'alerte s'accompagne d'un régime de protection, notamment des agents publics, qui exige que le lanceur d'alerte passe d'abord par la voie hiérarchique ou par une personne désignée pour recevoir les alertes[48].

En effet, la révélation des informations faisant l'objet de l'alerte s'effectue par palier. Si la personne désignée, l'autorité judiciaire ou administrative n'ont pas répondu dans un certain délai, le lanceur d'alerte pourra révéler les faits au public directement.

En conséquence, l'agent public qui serait lanceur d'alerte doit pouvoir révéler les informations dont il a connaissance au public en application de la loi *Sapin II*, alors qu'il est constant que l'article 40 ne délie pas l'agent de son obligation de discrétion[49].

Inversement, s'agissant des crimes et des délits, il ne pourra être fait grief à l'agent d'avoir omis le premier palier de l'alerte au sens de la loi *Sapin II*, pour les raisons susmentionnées. Pour autant, il ne devrait pas bénéficier du statut protecteur de lanceur d'alerte dans ce cas.

En définitive, comme il l'était déjà auparavant, le fonctionnaire est soumis à des obligations supplémentaires. Ainsi, le régime de l'article 40 continue de se superposer au régime applicable à tous les citoyens, à la différence que s'il souhaite être mieux protégé contre les représailles éventuelles de sa hiérarchie,[50] l'agent aura intérêt à suivre

(43) Dans un arrêt récent, la Cour de cassation semble vérifier que les juridictions du fond appliquent aux agents publics le régime du lanceur d'alerte (pour un inspecteur du travail, Cass. crim., 17 oct. 2018, n° 17-80.485).

(44) Conseil d'État, Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 25 févr. 2016, p. 17.

(45) Cass. crim., 31 oct. 2017, n° 16-87.632.

(46) D. Lochak, L'alerte éthique, entre dénonciation et désobéissance, AJDA 2014, p. 2236.

(47) De plus, on notera, s'agissant des personnes tenues à l'obligation de dénonciation, que l'article 40 ne s'applique pas aux collaborateurs extérieurs ou occasionnels, à l'inverse de l'alerte issue de la loi *Sapin II*.

(48) Article 8 de la loi *Sapin II*.

(49) Un exemple topique est donné en matière de postes, où le secret des correspondances impose une obligation renforcée de discrétion (Cass. crim., 6 juill. 1977, n° 76-92.990).

(50) Notamment, l'article 10 de la loi *Sapin II* prévient les représailles, mêmes dissimulées, notamment en inversant la charge de la preuve de l'absence de lien entre une mesure affectant l'emploi et le fait que la personne concernée ait lancé une alerte.

les prescriptions de la loi *Sapin II*. Le régime plus protecteur qui en découle constitue donc une incitation à suivre les prescriptions de l'article 40.

→ *La clarification partielle du statut de lanceur d'alerte dans la fonction publique*

L'article 8 de la loi *Sapin II* oblige les personnes morales de droit public à se doter d'un mécanisme de recueil des alertes[51].

Cette obligation, et les nombreuses interrogations pratiques qu'elle a suscitées, ont amené le pouvoir réglementaire à se doter d'une circulaire relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics. Ce texte nouveau permet de mieux articuler alerte et dénonciation[52].

En réalité, outre la question de la menace d'une infraction pénale, la frontière entre une infraction dénoncée au parquet alors qu'elle n'a pas été démontrée et le champ d'application de l'article 6 est ténue.

En matière de conflit d'intérêts, la circulaire précise : « *ceux-ci ne peuvent faire l'objet d'un signalement au sens de l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016, que s'ils constituent un délit de prise illégale d'intérêts, une violation grave et manifeste de la loi, ou une menace ou un préjudice grave pour l'intérêt général* ». Ainsi, s'agissant de conflits d'intérêts, la circulaire prend la peine de reprendre presque l'intégralité des termes de l'article 6. Pourtant, un conflit est qualifié de conflit d'intérêts s'il constitue justement une des hypothèses prévues par la loi *Le Pors*[53]. On a toutefois le sentiment que la circulaire cherche à limiter le champ des signalements de conflits d'intérêts aux cas les plus graves. Dans ces cas, les agents seraient donc alors le plus souvent tenus de révéler les faits au parquet en application de l'article 40.

Par ailleurs, conformément à l'article 6 de la loi *Sapin II*, la circulaire rappelle que « *sont exclus du dispositif de signalement* [...] *les faits, informations ou documents, quel que soit leur forme ou leur support, dès lors qu'ils sont couverts par le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client* ». À l'inverse, l'obligation de l'article 40 s'étend bien aux informations couvertes par de tels secrets.

Comme évoqué précédemment, il s'en évince donc que lorsqu'un agent révèle au procureur de la République des informations couvertes par ces trois secrets particulièrement protégés par la loi, il ne pourra jamais être protégé par le statut de lanceur d'alerte. Ainsi, alors que la confusion entre l'article 40 et la loi *Sapin II* est de plus en plus grande, la seule différence notable entre les deux régimes semble être que, dans les cas où sa dénonciation serait la plus grave, l'agent public serait particulièrement moins bien protégé puisqu'obligé de dénoncer alors que les autres citoyens peuvent simplement s'abstenir de faire usage de leur faculté de signalement pour des faits couverts par ces secrets.

Parmi les lanceurs d'alerte, les agents publics seraient donc placés dans la situation paradoxale où ils seraient d'autant moins bien protégés que les informations révélées le seraient. Cette différence de situation, regrettable, n'est nullement justifiée par la nature particulière des missions des agents tenus à l'obligation de dénonciation de l'article 40.

La circulaire du 19 juillet 2018 répond en partie à ces objections en précisant que la superposition des deux régimes poursuit deux fins distinctes. Ainsi, le respect de l'article 40 vise la dénonciation immédiate de troubles graves à l'ordre public, tandis que la procédure d'alerte permet à l'agent de se protéger. Il lui est donc recommandé de se saisir simultanément de ces deux voies de droit :

« *dans l'hypothèse où l'auteur d'un signalement acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit dans l'exercice de ses fonctions au sens de l'article 40 du code de procédure pénale, il est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République (voir supra 1.2). Le signalement effectué auprès du référent alerte n'a pas pour effet de transférer à ce référent, la responsabilité personnelle incombant à l'auteur du signalement dès lors que ce dernier a la certitude qu'il s'agit d'un crime ou d'un délit. Il permet de mettre en œuvre les mesures de protection adéquates (mentionnées au III de la présente circulaire)* ».

En pratique, les mécanismes d'alerte au sein des entités publiques devront sans doute rappeler explicitement aux lanceurs d'alerte que, s'ils entrent dans le champ d'application de l'article 40, ils devront également effectuer leur dénonciation sans délai au procureur de la République.

Outre le mécanisme de l'alerte, la loi *Sapin II* renforce la lutte contre les manquements à la probité et concerne donc au premier chef les personnes tenues à l'obligation de dénonciation de l'article 40. Dans ces conditions, l'actualité de l'article 40 tient tant au fait qu'il s'agit d'un mécanisme de dénonciation ancien, mais également à la manière dont cet article s'intègre à l'ensemble du droit pénal des affaires.

(51) « *III- Des procédures appropriées de recueil des signalements émis par les membres de leur personnel ou par des collaborateurs extérieurs et occasionnels sont établies par les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État* ».

(52) Circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique, ministère de l'action et des comptes publics (NOR : CPAF1800656C).

(53) Les conflits d'intérêts constituent bien une violation des obligations des fonctionnaires au sens du Chapitre IV de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. L. n° 83-634, 13 juill. 1983, dite loi *Le Pors*.

B. – L'article 40 et le renouveau du droit pénal des affaires

➜ *Le rôle traditionnel de l'article 40 en droit pénal des affaires*

L'article 40 a toujours joué un rôle important dans le développement du droit pénal des affaires. Et pour cause, l'Administration, y compris les autorités administratives indépendantes, sont les premières chargées de contrôler la conformité de l'activité économique.

Outre la CNIL,[54] l'article 40 s'impose de manière classique aux agents de l'inspection du travail,[55] de l'URSSAF ou de la DGCCRF,[56] ainsi qu'aux agents de l'administration fiscale ou des douanes (avec certaines particularités). En conséquence, l'Administration dans sa mission de régulation identifie des infractions pénales et dispose d'un large pouvoir de les dénoncer ou non, attaché au régime peu contraignant de l'article 40.

Au moment où les incitations à la coopération entre entreprises et administration se développent, cette dernière conserve donc un outil de négociation fort.

Toutefois, toutes les administrations chargées du contrôle de l'activité économique n'ont pas exactement les mêmes pouvoirs.

Ainsi, il a été rappelé que la CNIL a été autorisée par le Conseil d'État à effectuer une évaluation approfondie des violations de la loi informatique et libertés avant de dénoncer des faits au procureur de la République.

Inversement, la pratique du droit pénal des affaires confirme que les dénonciations effectuées par l'inspection du travail ou la DGCCRF ne sont pas toujours circonstanciées et sont en réalité plutôt, soit des suspicions de la commission d'un crime ou d'un délit, soit simplement le constat que certains éléments matériels d'un crime ou d'un délit sont réunis.

Comme souvent, l'administration fiscale fait figure d'exception. Pour mémoire, l'administration fiscale a la possibilité de déposer plainte entre les mains du procureur de la République sur avis conforme de la commission des infractions fiscales[57]. Le Bulletin officiel des finances publiques distingue cette plainte de la dénonciation :

« *Au plan de la terminologie, il convient de considérer que l'Administration est appelée :*

- à porter plainte lorsque l'infraction dénoncée au procureur de la République lèse directement les intérêts dont elle a la charge ou s'insère dans le cadre des dispositions de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dont l'article 11 lui fait obligation d'assurer la protection de ses agents (cf. VI-C) ;

- à seulement dénoncer au procureur de la République les faits constitutifs de crimes ou de délits lorsque ces faits sont extérieurs à sa mission propre »[58].

Plus encore, le Bulletin donne des exemples très précis de dénonciations possibles :

« *- infractions aux lois sur les sociétés commerciales, dont notamment les abus de biens sociaux (art. L. 241-1 et suivants du code de commerce) ;*

- délits de banqueroute et délits assimilés (art. L. 654-1 à L. 654-14 du code de commerce) ;

- délits d'escroquerie (art. 313-1 à 313-3 du code pénal) ;

- délits de faux ou d'usage de faux (art. 441-1 du code pénal).

Il est rappelé que ces délits sont du reste susceptibles de constituer en même temps les infractions prévues et réprimées par les articles 1741 du CGI, 1743-1°du CGI ou 1772-1-1° du CGI »[59].

Autrement dit, appliqué à l'administration fiscale, l'article 40 connait un régime dual. Cette solution doit pouvoir être étendue à tous les cas dans lesquels l'Administration a la possibilité de se constituer partie civile, partant de mettre en mouvement l'action publique.

Plus encore, la formulation du Bulletin atteste de ce que l'utilisation de l'article 40 par les administrations amenées à intervenir en droit pénal des affaires est ancienne et bien cadrée, dans les limites propres à cet article (v. *supra* I.).

Néanmoins loi *Sapin II* ouvre de nouvelles perspectives dans le droit pénal des affaires, tant en terme procédural que sur le fond de la matière, ou encore que sur la nature des relations entre les acteurs de la vie économique et l'Administration. Se pose alors la question du rôle de l'article 40 dans cet environnement nouveau.

➜ *Le renouveau de l'article 40*

En premier lieu, l'article 40 a vraisemblablement vocation à s'appliquer dans le contexte particulièrement sensible de la mise en conformité « anticorruption » des personnes publiques prévue par les articles 17 et suivants de la loi *Sapin II*.

(54) Cass. crim., 3 févr. 1998, n° 96-82.665, Bull. crim., n° 40.

(55) Cass. crim., 9 janv. 2018, n° 17-80.200, publié au *Bulletin*.

(56) Cass. crim., 5 oct. 1992, n° 91-85.758 ; Cass. crim., 14 déc. 2000, n° 00-86.595, Bull. crim., n° 380.

(57) En dépit du rejet, le 16 mai 2018 de la Proposition de loi renforçant l'efficacité des poursuites contre les auteurs d'infractions financières et supprimant le « verrou de Bercy », cette condition semble vouée à disparaître.

(58) BOI-DJC-SECR-10-20-50 du 12 septembre 2012, § 60.

(59) *Ibid.*, § 80.

La nouveauté de la mise en conformité en matière de lutte anticorruption pour les entreprises privées a été largement commentée. Le bouleversement est encore plus grand dans le secteur public, habitué depuis de nombreuses années à des obligations renforcées de probité et de transparence mais relativement étranger à l'analyse systématique et permanente des risques.

Les premières démarches de mise en conformité révèlent souvent les éléments matériels d'infractions. Pourtant, contrairement aux enquêtes de l'inspection du travail ou de la DGCCRF, dans cette hypothèse, les agents informés de ces possibles infractions sont ceux qui en assument la responsabilité.

Comme tout projet mené dans l'Administration, la mise en conformité s'inscrit dans une chaîne hiérarchique. En principe, il convient donc que les éventuelles infractions constatées ou suspectées face l'objet d'une information par la voie hiérarchique, alors pourtant que, comme évoqué ci-dessus, celle-ci ne délie aucunement l'agent de son obligation de dénonciation en application de l'article 40.

Parallèlement, les acteurs de la lutte anticorruption se concentrent de manière croissante sur les principaux lieux de risque de manquements au devoir de probité.

Ainsi, l'Agence française anticorruption (AFA) a des pouvoirs renforcés s'agissant des acteurs publics. Au terme de l'article 3, 3° de la loi *Sapin II*, elle « *contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17* ». L'AFA s'est d'ailleurs dotée d'une fiche spécifique sur le sujet[60].

De la même façon, la pratique du droit pénal des affaires indique que le parquet national financier se concentre sur les infractions impliquant des acteurs publics et tend à délaisser les infractions entre personnes privées (dont la corruption privée qui fait en principe partie de son périmètre d'action).

Dans ce contexte, on peut légitimement se demander si l'article 40 a une utilité en matière de lutte anticorruption dans la mesure où les personnes et agents publics font déjà l'objet de toutes les attentions.

Toutefois, tant qu'existe cette obligation, les démarches de mise en conformité devront probablement être conçues différemment selon qu'elles sont menées dans le secteur public ou dans le secteur privé, dans lequel personne en interne n'est tenu de dénoncer au parquet les infractions dont il a connaissance.

Ainsi, les personnes chargées de ces démarches seront particulièrement attentives à ce que la mise en conformité ne constitue pas une enquête interne généralisée et systématique dissimulée, au risque sinon de placer tous les chefs de service dans la situation difficile de devoir dénoncer des infractions qu'ils sont en train d'apprendre à prévenir.

Les agents sont libres de respecter l'obligation tirée de l'article 40, le cas échéant en utilisant la protection accordée aux lanceurs d'alerte, mais du point de vue de la personne morale de droit public responsable pénalement, il est souhaitable que les dénonciations éventuelles interviennent après l'issue de la démarche de conformité. À la réalité, c'est aussi dans l'intérêt du parquet qui, si les faits délictueux se poursuivent en dépit de la mise en conformité, pourra alors poursuivre sur la base d'infractions dont les éléments matériels et surtout intentionnels seront mieux circonscrits et définis.

À cet égard, les pénalistes savent que le recours à l'instruction, même en matière économique, est de plus en plus couramment abandonné au profit du régime de l'enquête préliminaire, surtout depuis que celle-ci peut comporter une phase contradictoire[61].

Au demeurant, l'article 40 pourrait connaître un certain succès dès lors que les personnes morales de droit public ont, comme les autres, la possibilité nouvelle de transiger avec le parquet. En effet, l'article 22 de la loi *Sapin II* créant la convention judiciaire d'intérêt public ne distingue par entre personnes morales. Cette option est donc bien ouverte aux personnes publiques pénalement responsables bien qu'aucune convention de cette nature n'ait, à notre connaissance été, conclue dans le secteur public.

Du reste, l'AFA a, en application du 6° de l'article 3 de la loi *Sapin II*, une obligation de dénonciation autonome de l'article 40 (ou surabondante) et ne cache pas sa volonté d'en faire largement usage. Dans ce contexte, bien que la coopération avec l'AFA soit essentielle, notamment pour les personnes publiques qui connaissent souvent mal leurs obligations de mise en conformité, il faudra sans doute considérer que cette agence est transparente du point de vue de la procédure pénale dès lors que les transmissions au parquet seront immédiates.

Dans le secteur privé, l'actualité de ce risque s'est illustrée le 6 septembre 2018 par les douze perquisitions réalisées au sein des entreprises Legrand, Sonepar, Rexel et Schneider Electric dans le cadre d'une enquête ouverte le 7 juin dernier par le procureur de la République sur dénonciation de l'AFA et de l'autorité de la concurrence[62]. Rien n'indique que l'AFA fera l'objet de plus de retenue s'agissant des personnes publiques. ■

(60) AFA, Périmètre des contrôles prévus par le 3° de l'article 3 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(61) C. pr. pén., art. 77-2.

(62) https://fr.reuters.com/article/frEuroRpt/idFRL5N1VS61H.