

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

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

### SOMMAIRE

**Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le compliance officer ?**

P. 25

Emmanuel DAOUD et  
Solène SFOGGIA

**Le dirigeant et l'enquêteur interne face à l'infraction commise au sein de l'entreprise...**

P. 30

Emmanuel DAOUD,  
Emmanuel MERCINIER,  
Guillaume MARTINE et  
Robin BINSARD

**L'obligation de dénonciation : les professionnels du droit sont-ils tous soumis au même régime ?**

P. 35

Emmanuel DAOUD et  
Thalita LE BEL ESQUIVILLON

**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 ?**

P. 42

Emmanuel DAOUD et  
Hugo PARTOUCHE

Nous connaissons les nouvelles obligations de mise en conformité incombant aux acteurs publics et privés et les sanctions qui en découlent. 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 le règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 prévoient ainsi, pour la première, la double responsabilité du dirigeant et de la personne morale et, pour le deuxième, celle du responsable de traitement.

Néanmoins, la pratique pose nécessairement la question de la responsabilité individuelle des nombreux acteurs directement impliqués dans ces démarches de conformité, au-delà des responsables retenus par la loi, qu'il s'agisse des instances dirigeantes, du compliance officer, du directeur juridique, de l'avocat, de l'expert-comptable... et bien d'autres encore.

En effet, la gestion intelligente de ces différentes responsabilités est la condition *sine qua non* d'une démarche de mise en conformité sincère et efficace, soutenue par la confiance mutuelle indispensable à sa réussite. Nous avons donc voulu rappeler dans ce dossier les régimes de responsabilité propres à chaque intervenant, en particulier s'agissant des obligations de dénonciation dont ils peuvent être dépositaires et leur articulation avec les nouvelles obligations de conformité précitées.

Ainsi, c'est en premier lieu la responsabilité du compliance officer que nous analysons dans ce dossier, tant pénale que civile, vis-à-vis de son employeur comme des autorités et tiers face auxquels il pourrait avoir à répondre de son plan de conformité. Nous nous intéressons ensuite plus précisément aux obligations de dénonciation imposées aux acteurs internes de la mise en conformité : le chef d'entreprise, les organes de direction ainsi que les enquêteurs internes qu'ils mandatent.

S'agissant des acteurs externes, nous revenons sur la responsabilité et les obligations de déclaration incombant, avec une intensité variable, aux notaires, commissaires aux comptes (CAC), experts-comptables et avocats, dès lors que ceux-ci accompagnent désormais régulièrement les personnes morales sur leurs sujets de conformité. Enfin, nous analysons plus particulièrement l'obligation de dénonciation traditionnellement imposée aux agents publics par l'article 40 du code de procédure pénale, dont les enjeux semblent fortement renouvelés par la loi *Sapin II*. ■

**Emmanuel DAOUD et Solène SFOGGIA**

Avocats au Barreau de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau GESICA

RLDA 6593

## Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le compliance officer ?

**Si les nouvelles obligations de conformité incombant aux entreprises ne prévoient aucun régime de responsabilité spécifique du compliance officer, l'importance croissante de leurs missions et de leur rôle conduit nécessairement à nous interroger. Nous avons donc souhaité clarifier les contours de leur responsabilité civile comme pénale et proposer quelques recommandations pratiques à l'intention des compliance officers ainsi qu'à leurs entreprises afin de mettre en place une fonction de conformité efficace et sécurisée.**

Le responsable de la conformité, ou compliance officer, qu'il soit juriste, contrôleur interne ou responsable de l'audit, est un funambule de la norme autant qu'un chef d'orchestre : il doit adapter la loi aux métiers et les métiers à la loi afin d'orchestrer la conformité de l'entreprise – sans l'alourdir.

L'enjeu est multiple : le compliance officer gère l'abondance normative s'imposant aux entreprises, tandis que le budget n'augmente pas toujours en proportion ; il instaure l'exemplarité de la direction, tout en étant souvent salarié ; il traque les risques, en s'assurant que ceux-ci ne puissent être un jour utilisés à charge contre l'entreprise. En deux mots : le compliance officer doit savoir conserver l'équilibre d'une mission parfois paradoxale, souvent contradictoire, sans verser dans le registre du saltimbanque.

En réalité, cette responsabilité opérationnelle du responsable de la conformité interroge nécessairement sa responsabilité légale. Les expériences américaines ne peuvent d'ailleurs que nous y encourager avec la transaction récente du compliance officer de Moneygram. Poursuivi dans le cadre du programme anti-blanchiment de l'entreprise, le compliance officer a en effet accepté de payer une amende de 250 000 dollars et a été interdit d'exercer dans tout type d'entreprise réalisant des transferts d'argent pour une durée de trois ans. À charge, les autorités ont notamment relevé qu'il n'effectuait pas les diligences nécessaires concernant des agents dont il suspectait les pratiques de fraude et de blanchiment, qu'il ne mettait pas en œuvre les mesures appropriées

de due diligence ou d'audit et ne suspendait pas les relations identifiées comme à risque<sup>(1)</sup>.

En France, aucun régime spécifique de responsabilité n'a été précisé aux termes des lois actuellement à l'ordre du jour des entreprises. En effet, 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, dite loi *Sapin II*, fait uniquement reposer la responsabilité de la mise en conformité sur les dirigeants (présidents, directeurs généraux, gérants) et la personne morale<sup>(2)</sup>. Elle ne crée donc aucun régime de responsabilité spécifique de la personne chargée de piloter la mise en conformité de l'entreprise.

En définitive, seule l'Agence française anticorruption (AFA) mentionne l'existence du responsable de la conformité, recommandant de le désigner afin de « *piloter le déploiement, la mise en œuvre, l'évaluation du programme de conformité anticorruption, en étroite coopération avec les parties prenantes de l'organisation* » et éventuellement d'assurer les relations entre l'entreprise et l'AFA en cas de contrôle<sup>(3)</sup>.

(1) *United States Department of the Treasury, FinCEN and Manhattan U.S. Attorney Announce Settlement with Former MoneyGram Executive Thomas E. Haider*, 4 mai 2017.

(2) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 17.

(3) AFA, Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, version 12-17 et Charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle.



Emmanuel  
DAUD

Avocat au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA



Solène SFOGGIA

Avocate au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA

De la même manière, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre ne prévoit pas de disposition relative au référent de la conformité. Le règlement (UE) n° 2016/679, dit règlement général sur la protection des données (RGPD), prévoit quant à lui la désignation d'un *Data Protection Officer* (DPO), dont la mission peut être rapprochée de celle du compliance officer, sans qu'il ne puisse pour autant être tenu personnellement responsable de la conformité audit règlement – cette responsabilité étant dévolue au responsable de traitement.

Si aucun régime spécifique n'est prévu par les lois et règlements précités, qu'en est-il en pratique ? Le compliance officer peut-il voir sa responsabilité engagée, en droit français, si le programme de conformité qu'il a mis en place n'est pas suffisant ? Si l'entreprise est sanctionnée, par exemple, par l'AFA ou par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) ? S'il couvre des fraudes, des pratiques de corruption, sans y participer ? S'il se contente de garder le silence sur des pratiques qu'il aurait découvertes à l'occasion de sa mission ? S'il ne communique pas certains documents aux autorités de contrôle ? Ou, au contraire, s'il s'oppose fermement à la direction et signale systématiquement les irrégularités constatées ?

À ce stade, c'est – nous semble-t-il – dans le droit commun de la responsabilité que des réponses peuvent être apportées, en matière pénale comme en matière civile, afin de guider les responsables de la conformité dans l'accomplissement de leurs missions.

## I. – Le compliance officer, un salarié comme les autres ?

S'il est devenu courant d'imposer des objectifs aux salariés, la pratique ne manque pas de faire naître un certain nombre de questions s'agissant des objectifs pouvant être imposés au responsable de la conformité, dont l'efficacité de la mission dépend, en grande partie, de l'importance qui lui est accordée par la direction – c'est-à-dire des moyens qui lui sont donnés pour l'accomplir et de la place qui lui est attribuée dans l'organigramme.

Au demeurant, quelle est la responsabilité du compliance officer vis-à-vis de l'entreprise lorsque le plan de conformité est jugé inefficace ou lorsque l'entreprise se fait sanctionner par les autorités de contrôle en raison de son insuffisance ?

### A. – La performance du compliance officer et de son plan de mise en conformité

Dans un souci de protection du salarié, l'on rappellera en premier lieu que la jurisprudence refuse de valider les clauses de responsabilité personnelle d'un salarié envers son employeur, quels qu'en soient les termes, et notam-

ment lorsqu'elles ont pour objet de faire supporter au salarié le montant du dommage<sup>(4)</sup>. Au-delà des clauses contractuelles, les juges rappellent régulièrement que le salarié ne peut être tenu responsable sur le fondement contractuel en cas de simple erreur ou insuffisance de sa part ayant causé un préjudice à son employeur<sup>(5)</sup>. Ainsi, le compliance officer ne saurait être tenu de rembourser à son employeur, par l'effet d'une clause ou d'un accord, le montant de l'amende prononcée à l'encontre de l'entreprise ou de son dirigeant par la CNIL ou par l'AFA.

C'est également la solution retenue en matière disciplinaire, aux termes de laquelle l'inaptitude du salarié à accomplir de manière satisfaisante ses obligations contractuelles ne peut être sanctionnée, dès lors que celui-ci ne fait pas preuve d'une insuffisance fautive<sup>(6)</sup>. Par exemple, les erreurs du responsable de service gestion et comptabilité commises dans la rémunération du personnel, les retards et inexactitudes dans la gestion du budget et de la comptabilité, donnant lieu à des redressements de l'employeur, ne sauraient constituer une faute en l'absence de mauvaise volonté délibérée dudit responsable<sup>(7)</sup>. En d'autres termes, le compliance officer qui ne parvient pas à remplir sa mission malgré toute sa bonne volonté ne saurait être puni sur le terrain disciplinaire, même si l'entreprise est sanctionnée par l'AFA car son plan de conformité est insuffisant<sup>(8)</sup>.

Toutefois, le compliance officer n'est pas pour autant à l'abri du pouvoir de direction et de sanction de l'employeur. En effet, l'employeur peut mettre fin à sa mission, si son insuffisance est établie par des éléments objectifs suffisants. Les juges ont ainsi pu valider le licenciement d'un cadre incapable de gérer une équipe<sup>(9)</sup> ou d'un salarié ne parvenant pas à atteindre les objectifs définis par son contrat de travail, jugés réalistes et compatibles avec le marché<sup>(10)</sup>. Par analogie, l'on pourrait supposer que le compliance officer incapable de remplir sa mission, par exemple de mener une identification et une évaluation des risques ou un programme de formation, en raison de son insuffisance professionnelle, puisse être licencié. Il convient toutefois de nuancer cette possibilité : la seule non-réalisation des objectifs fixés par l'employeur ne saurait constituer en soi une cause de licenciement<sup>(11)</sup>, dès lors

(4) Cass. soc., 10 nov. 1992, n° 89-40.523, Bull. civ. V, n° 538 ; Cass. soc., 30 sept. 2014, n° 13-20.082.

(5) Cass. soc., 2 déc. 1997, n° 95-41.827.

(6) Cass. soc., 9 mai 2000, n° 97-45.163, Bull. civ. V, n° 170.

(7) Cass. soc., 17 févr. 2004, n° 01-45.643.

(8) Cass. soc., 27 nov. 2013, n° 12-19.898 ; Cass. soc., 15 déc. 2011, n° 10-25.780 ; Cass. soc., 3 déc. 2014, n° 13-18.433.

(9) Cass. soc., 23 sept. 2003, n° 01-43.595 ; Cass. soc., 18 mai 2005, n° 03-40.579 ; Cass. soc., 3 oct. 2007, n° 06-42.121.

(10) Cass. soc., 20 oct. 2010, n° 09-65.175.

(11) Cass. soc., 3 avr. 2001, n° 98-44.069, Bull. civ. V, n° 117 ; Cass. soc., 18 janv. 2012, n° 10-19.569.

qu'elle est de nature à transférer les risques de l'entreprise sur le salarié<sup>(12)</sup>. Concrètement, le juge recherche donc si les objectifs étaient réalistes et si l'échec à les atteindre résulte de la faute du salarié<sup>(13)</sup>.

En outre, la protection du salarié cède classiquement en cas de faute lourde, appréciée par comparaison avec un salarié normalement diligent. Il s'agit de la faute qui ne résulterait pas d'une simple erreur involontaire ; mais de celle d'une particulière gravité révélant une intention de nuire du salarié vis-à-vis de l'employeur ou de l'entreprise<sup>(14)</sup>. Cette dernière intention fait l'objet d'un contrôle rigoureux de la Cour de cassation, qui a rappelé récemment qu'elle ne résulte pas de la seule commission d'un acte préjudiciable à l'entreprise, mais bien de la volonté du salarié de lui porter préjudice<sup>(15)</sup>. Ainsi, il s'agirait pour le responsable de la conformité de falsifier le registre des traitements de données à caractère personnel ou de saboter un contrôle de l'AFA afin de nuire, délibérément, à son employeur.

Enfin, c'est seulement en cas de faute délibérée du compliance officer que sa responsabilité pourra être éventuellement engagée vis-à-vis des tiers. L'employeur reste en effet responsable du dommage causé aux tiers par son salarié dans les fonctions auxquelles il l'a employé, en vertu du principe traditionnel de responsabilité des commettants pour leurs préposés<sup>(16)</sup>. Ainsi, le compliance officer devra avoir agi hors de ses fonctions, sans autorisation de sa hiérarchie ou d'un représentant de son employeur et à des fins étrangères à ses attributions pour voir sa responsabilité engagée, réduisant quasiment en pratique les hypothèses à la faute pénale intentionnelle pour laquelle il aurait été condamné<sup>(17)</sup>.

### B. – Entre loyauté et mise en conformité : le difficile jeu d'équilibre du compliance officer

De fait, le compliance officer occupe un positionnement particulier au sein de l'entreprise, puisqu'il est chargé de détecter et de signaler des risques et des violations légales, réglementaires ou éthiques, y compris lorsqu'elles concernent ses collègues ou sa direction.

(12) T. Pasquier, *L'économie du contrat de travail. Conception et destin d'un type contractuel*, 2010, coll. Bibl. dr. social, t. 53, LGDJ, n°s 272 et s. ; Cass. soc., 22 mai 1975, n° 74-40.454, Bull. civ. V, n° 265.

(13) Cass. soc., 13 mars 2001, n° 99-41.812, Bull. civ. V, n° 86 ; Cass. soc., 14 nov. 2000, n° 98-42.371, Bull. civ. V, n° 367.

(14) Cass. soc., 29 nov. 1990, n° 88-40.618, Bull. civ. V, n° 599 ; Cass. soc., 5 déc. 1996, n° 93-44.073, Bull. civ. V, n° 424 ; Cass. soc., 22 juin 2016, n° 15-16.880.

(15) Cass. soc., 8 févr. 2017, n° 15-21.064, Bull. civ. V, n° 22.

(16) C. civ., art. 1242 (C. civ., art. 1384-5 anc.).

(17) Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 déc. 2015, n° 14-26.649.

Néanmoins, le droit commun fait une application pratique du principe de loyauté et privilégie à nouveau une approche protectrice pour le salarié confronté à ce positionnement délicat. Ainsi, le salarié peut refuser d'exécuter une tâche qui n'est pas conforme à ce qui était convenu dans le contrat<sup>(18)</sup>. De la même manière, il peut refuser de se soumettre à des injonctions qui ne seraient pas légales ou conformes, par exemple d'utiliser son badge alors que celui-ci n'a pas fait l'objet d'une déclaration à la CNIL<sup>(19)</sup>. Plus généralement, le salarié est libre d'exercer sa liberté d'expression, dès lors qu'il n'en abuse pas. L'abus reste à ce titre rarement caractérisé : c'est le cas lorsque le salarié manifeste publiquement et de manière systématique son désaccord avec le gérant, tout en adoptant délibérément une attitude négative et d'opposition<sup>(20)</sup>. *In fine*, il en résulte que l'employeur ne saurait sanctionner le compliance officer qui se serait opposé à lui, lui aurait signalé des irrégularités ou l'aurait interrogé sur le caractère licite de certaines situations, dès lors qu'il n'abuse pas de sa liberté d'expression<sup>(21)</sup>.

En définitive, le compliance officer bénéficie, comme tout salarié, d'une protection relativement étendue dans le cadre de ses fonctions, bien que son statut s'accompagne souvent d'une indépendance et de missions spécifiques. En particulier, sa responsabilité ne peut être engagée en cas de simple erreur ou de négligence. Seuls une intention de nuire, une volonté de mal faire, un abus, ou encore une faute pénale pourront, en réalité, fonder cette responsabilité. Néanmoins, l'on ne saurait que conseiller au compliance officer d'accorder une attention particulière à la rédaction de son contrat de travail, à sa mission, ses objectifs, ainsi qu'aux ressources humaines et matérielles qui lui sont accordées, pour prévenir toute incompréhension avec son employeur ou toute ambiguïté sur la nature de ses missions.

### II. – Le compliance officer, en première ligne des irrégularités de l'entreprise

En première ligne des infractions dont pourrait se rendre coupable l'entreprise, la position du compliance officer peut s'avérer délicate en pratique. Elle appelle ainsi, par souci de sécurité juridique au regard des spécificités de sa mission, à clarifier les différences entre participation, complicité et non-dénonciation de l'infraction en droit pénal français.

(18) Cass. soc., 28 mars 1995, n° 91-43.680 ; Cass. soc., 14 mars 2000, n° 97-43.268, Bull. civ. V, n° 104.

(19) Cass. soc., 6 avr. 2004, n° 01-45.227, Bull. civ. V, n° 103.

(20) Cass. soc., 11 févr. 2009, n° 07-44.127.

(21) Cass. soc., 4 févr. 1997, n° 96-40.678.

## A. – La responsabilité pénale du compliance officer en cas de commission d'une infraction

En droit pénal, le salarié qui commet une infraction à l'occasion de l'exécution de son contrat de travail peut engager sa responsabilité pénale lorsque cette infraction lui est personnellement imputable. Dans ce cas, il est important de rappeler que le salarié ne peut s'exonérer en invoquant le fait que l'acte délictueux ait été commis sur ordre ou sur instruction de son supérieur hiérarchique<sup>(22)</sup>. En d'autres termes, le compliance officer peut être condamné pénalement, alors même que l'infraction aurait été commise sur ordre et dans le seul intérêt de son employeur<sup>(23)</sup>.

En outre, rien n'interdit au chef d'entreprise de déléguer sa responsabilité au responsable de la conformité : celui-ci peut alors voir sa responsabilité engagée dans les secteurs qui lui sont délégués.

L'on rappellera toutefois que l'efficacité de la délégation de pouvoirs reste soumise à l'appréciation du juge, qui vérifie que le délégataire avait la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires à l'exercice de cette responsabilité<sup>(24)</sup>. En l'état actuel du droit, elle ne peut, selon nous, être sérieusement mise en place s'agissant de la mise en conformité avec la loi *Sapin II*, dont le manquement entraînerait une sanction de nature administrative, dès lors que la délégation entraîne un transfert de responsabilité pénale du délégant (sauf à ce que le régime de la délégation de pouvoirs soit étendu aux sanctions administratives – bien que l'esprit de la loi *Sapin II* nous semble plutôt aller dans le sens d'une responsabilité personnelle et d'un engagement renforcés du dirigeant).

Il n'en reste pas moins qu'une délégation de pouvoirs peut être utilement envisagée sur le volet pénal du RGPD et de la loi *Sapin II*, c'est-à-dire s'agissant des délits de corruption, trafic d'influence et différentes atteintes à la protection des données à caractère personnel. Ainsi, le responsable de la conformité pourrait être tenu responsable – non pas en cas d'amende prononcée par l'AFA – mais d'infractions commises par l'entreprise, dès lors qu'il jouit de la compétence, l'autorité et les moyens nécessaires à l'exercice de sa mission. Cette solution aurait le mérite de la cohérence avec les exigences imposées par l'AFA : le responsable de la conformité, comme le délégataire, doit avoir des moyens à la hauteur de ses fonctions.

À ce titre, il est utile de rappeler que la responsabilité du salarié délégataire ne pourra pas être mise en cause s'il apparaît que le délit résulte d'une organisation défectueuse

de l'entreprise. Par exemple, lorsqu'un chef d'entreprise a systématiquement recours à de la sous-traitance pour réaliser des travaux propres à l'activité normale de la société, il sera pénalement responsable en cas d'accident, même si une délégation de pouvoirs avait été mise en place. En effet, dans ce cas, la jurisprudence a retenu que l'accident était dû au dysfonctionnement dans l'organisation de l'entreprise, imputable au chef d'entreprise, qui créait une confusion dans l'organisation du travail et le partage des responsabilités<sup>(25)</sup>. En d'autres termes, le compliance officer délégataire qui n'aurait pas les moyens de sa mise en conformité, ou dont le chef d'entreprise continuerait à prôner une politique en totale contradiction avec le respect de celle-ci, ne verrait *a priori* pas sa responsabilité engagée.

En somme, le compliance officer doit donc être particulièrement vigilant et s'abstenir de participer, de prêt ou de loin, à toute infraction dont il aurait connaissance, quand bien même il en recevrait l'ordre au plus haut niveau. D'un point de vue opérationnel, l'on ne peut que conseiller à la direction et à son responsable de la conformité de se livrer à une étude attentive de toute délégation de pouvoirs, afin d'en clarifier les responsabilités et les moyens rattachés.

## B. – La responsabilité pénale du compliance officer en cas de connaissance d'une infraction

Le fait de savoir sans participer, savoir sans dénoncer ni empêcher, ne sont en principe pas susceptibles d'engager la responsabilité pénale du responsable de la conformité. La jurisprudence est à ce titre traditionnellement réticente à qualifier une complicité par abstention ou par inaction, c'est-à-dire celle où le salarié ne prend pas part à l'infraction.

Néanmoins, les fonctions particulières du compliance officer doivent nous interroger. Quid du référent conformité qui connaissait l'existence d'un système de corruption au plus haut niveau, et ne l'a pas dénoncé ? Il est en effet intéressant de relever que la complicité d'un salarié a pu être à plusieurs reprises retenue, dès lors qu'il avait promis aux auteurs du délit projeté de ne pas s'opposer, comme il l'aurait dû du fait de ses fonctions, leur procurant ainsi l'assurance de pouvoir le commettre sans être inquiétés<sup>(26)</sup>. Compte-tenu de la nature de ses missions, l'on peut penser que la jurisprudence sera aussi sévère à l'endroit du responsable de la conformité si celui-ci accepte de ne pas empêcher un comportement illégal qu'il connaît.

(22) Cass. crim., 13 mars 1997, n° 96-81.081, Bull. crim., n° 107 ; Cass. crim., 26 juin 2002, n° 01-87.314, Bull. crim., n° 148.

(23) Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066, Bull. civ. ass. plén., n° 17.

(24) Cass. crim., 11 mars 1993, n° 92-80.773, Bull. crim., n° 112.

(25) Cass. crim., 25 mars 1997, n° 96-82.163 ; Cass. crim., 7 déc. 2004, n° 03-87.015.

(26) Cass. crim., 27 oct. 1971, n° 71-90.754, Bull. crim., n° 284 ; CA Paris, 3 déc. 2008, n° 08/05401.

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

En parallèle, le compliance officer est particulièrement exposé au délit d'entrave lorsqu'il a connaissance d'une infraction. Déjà connu devant l'Autorité des marchés financiers<sup>(27)</sup>, l'Autorité de la concurrence<sup>(28)</sup>, puni dans les deux cas de deux ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende, il est désormais réprimé devant l'AFA, avec une peine en comparaison moindre et limitée à 30 000 euros d'amende. La loi *Sapin II* ne prévoit donc pas de peine d'emprisonnement, en cohérence avec la pratique, bien que la diversité des sanctions ne peut qu'interroger (l'on rappelle que l'entrave aux missions de la CNIL est punie quant à elle d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende).

C'est en réalité, et surtout, au risque d'entrave aux alertes professionnelles que le compliance officer devra porter une attention particulière, en raison des contours et conditions de mise en œuvre de ce délit restant à préciser par la jurisprudence. Ainsi, toute personne faisant obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement pourra être punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende<sup>(29)</sup>.

Du reste, les fonctions de compliance officer peuvent le conduire à avoir connaissance de certains délits et crimes dont l'absence de dénonciation fait l'objet d'un régime spécifique. En effet, les crimes en cours ou pouvant être empêchés<sup>(30)</sup>, les privations, mauvais traitements, agressions, atteintes sexuelles sur une personne vulnérable<sup>(31)</sup>, de même que le fait de ne pas empêcher les crimes ou délits contre l'intégrité corporelle d'une personne<sup>(32)</sup> peuvent engager la responsabilité de la personne qui en a connaissance mais qui les tait.

Or, si le compliance officer n'est, dans la majorité des cas, pas concerné par ces dispositions au titre de sa mission,

une attention particulière doit être accordée aux risques larges visés par le devoir de vigilance (droits humains, environnement, santé, etc.) ainsi que sur les contextes accompagnant parfois les pratiques de corruption. Ainsi, l'on peut très bien imaginer que le responsable de la conformité, qui aurait connaissance de travail forcé dans le cadre de la cartographie des risques réalisée par l'entreprise au titre de la loi sur le devoir de vigilance, puisse voir sa responsabilité engagée s'il ne les dénonce pas – non sans reposer la question de son obligation de loyauté vis-à-vis de l'employeur.

La prudence et le bon sens sont donc de mise pour le compliance officer, en cas d'infraction pénale dont il aurait connaissance. S'il n'est généralement pas tenu de la dénoncer, il est *a minima* vivement conseillé de prendre les mesures correctives et sanctions pour y mettre fin (faits concernant des salariés) ou d'adresser une prise de position écrite à la direction exprimant son opposition (faits concernant la direction).

En définitive, l'étude du droit positif, civil comme pénal, permet d'esquisser un régime de responsabilité du compliance officer dont les contours seront certainement amenés à évoluer. À ce stade, dans un souci de sécurité juridique, l'on ne peut que recommander aux compliance officers et aux chefs d'entreprise d'accorder une attention particulière à la définition de cette fonction – étendue des missions, moyens, indépendance, positionnement interne, objectifs, obligation de confidentialité, renégociations régulières – essentielle à son bon fonctionnement. En parallèle, la création de guides et essais déontologiques est à suivre de près – et à encourager – dans une profession en pleine expansion : l'élaboration d'un référentiel français du compliance officer doit nécessairement accompagner la naissance du référentiel français de la compliance. ■

(27) C. mon. fin., art. L. 642-2.

(28) C. com., art. L. 450-8.

(29) L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 13.

(30) C. pén., art. 434-1.

(31) C. pén., art. 434-3.

(32) C. pén., art. 223-6.

# Le dirigeant et l'enquêteur interne face à l'infraction commise au sein de l'entreprise

L'émergence des notions de conformité et d'éthique des affaires a profondément modifié les contours du droit pénal au sein de l'entreprise : d'un droit répressif, s'esquissent les contours d'un droit préventif, reposant sur la coopération des entreprises, des salariés et dirigeants, et au-delà de toutes les parties prenantes. Dans ce contexte, la dénonciation d'infractions au sein de l'entreprise n'est plus synonyme de délation mais d'assainissement, d'éthique et de vertu. Faculté pour certains, obligation pour d'autres, la dénonciation de l'infraction devient une question majeure.

Que ce soit par le biais du plan de conformité, dont la mise en œuvre est imposée par la loi *Sapin II*, ou par le mécanisme du lanceur d'alerte, les outils de contrôle et de dénonciation internes à l'entreprise se multiplient au gré des évolutions législatives.

Pour le chef d'entreprise, la prévention des infractions au sein de la société s'inscrit dans ce mouvement propice à la moralisation et l'éthique des affaires. En cas de découverte d'une infraction, ce dernier devra faire face à de nombreuses interrogations : doit-il diligenter une enquête interne ? Et, plus encore, doit-il dénoncer ladite infraction aux autorités judiciaires ?

Si, comme toute personne privée, le dirigeant d'entreprise n'est pas tenu de dénoncer à l'autorité judiciaire l'infraction portée à sa connaissance, cette dénonciation reste néanmoins une faculté dont il pourra être amené à user.

À tout le moins, le dirigeant peut faire réaliser une enquête interne. Dans ce cadre, il mandate un tiers afin de mener des investigations au sein de la société, dans le but de déterminer la réalité des faits suspectés, leur étendue et leur caractère infractionnel. Ce mécanisme peut néanmoins se révéler dangereux : certains enquêteurs sont soumis à des obligations légales de dénonciation, variables selon leur qualité et la nature de leur mission.

Il apparaît alors que seule la protection offerte par le secret professionnel auquel est

tenu l'avocat permet la maîtrise de l'information révélée par l'enquête interne.

## I. – Le dirigeant d'entreprise, acteur volontaire de la lutte contre les infractions au sein de l'entreprise

Si le dirigeant d'entreprise n'est tenu d'aucune obligation générale de dénoncer les infractions délictuelles portées à sa connaissance, la non-dénonciation de celles-ci peut engendrer un certain nombre de risques, tant juridiques que réputationnels.

### A. – Le dirigeant d'entreprise, un acteur dénué d'obligation générale de dénonciation des infractions délictuelles

L'obligation de dénoncer une infraction aux autorités judiciaires est prévue par l'article 40 du code de procédure pénale. Néanmoins, cette obligation ne pèse que sur « 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 ». Ainsi, une personne privée, telle que le dirigeant d'entreprise, n'est tenue d'aucune obligation similaire.

Cette affirmation doit néanmoins être nuancée. D'une part, l'article 434-1 du code pénal sanctionne la non-dénonciation



Emmanuel  
DAOUD

Avocat au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA



Emmanuel  
MERCINIER

Avocat au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA



Guillaume  
MARTINE

Avocat au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA



Robin BINSARD

Avocat au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA

d'un crime lorsqu'il est encore possible d'en prévenir ou d'en limiter les effets, ou que son auteur est susceptible de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés.

D'autre part, s'agissant des infractions délictuelles, la personne pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle et qui s'abstient de le faire pourra être pénalement sanctionnée<sup>(1)</sup>. Il faut néanmoins noter le caractère restrictif de cette exception : l'infraction visée se limite aux atteintes à l'intégrité corporelle, et il faut que cette infraction n'ait pas encore été consommée ou du moins pas complètement, de sorte qu'elle puisse être encore empêchée.

Par ailleurs, la Cour de cassation a écarté la possibilité que l'inaction puisse caractériser un abus de bien sociaux : bien que le dirigeant n'ait pas empêché, en toute connaissance de cause, la réalisation d'une infraction par l'un des associés, c'est seulement le détournement effectué par ce dernier qui constitue un usage contraire à l'intérêt social de la société<sup>(2) (3)</sup>.

De même, la non-dénonciation, par définition postérieure à la consommation de l'infraction, ne saurait être constitutive d'un acte de complicité. Ainsi, l'exception rarement admise au principe selon lequel il ne peut pas y avoir de complicité par abstention ne concerne pas le fait pour un dirigeant de ne pas avoir dénoncé l'infraction dont il avait eu connaissance *a posteriori*, mais plutôt de ne pas l'avoir empêchée *a priori* alors qu'il était en mesure de le faire<sup>(4)</sup>.

On le voit, malgré certaines exceptions, la non-dénonciation par le dirigeant des infractions dont il a connaissance n'est pas pénalement réprimée.

### B. – La dénonciation d'une infraction pénale, une faculté du dirigeant

Au-delà de la sphère pénale déjà évoquée, la non-dénonciation d'une infraction portée à la connaissance d'un dirigeant pourrait éventuellement constituer une faute de gestion<sup>(5)</sup>. Il nous semble cependant que cette non-dénonciation ne caractériserait pas *de facto* une faute de gestion. Il en irait différemment si, en outre, le dirigeant ne prenait pas les mesures nécessaires (notamment disciplinaires) pour prévenir la réitération de l'infraction, et pour que le préjudice causé par cette infraction soit répa-

ré par l'auteur. Ce serait alors moins la non-dénonciation aux autorités judiciaires elle-même que l'inaction totale du dirigeant qui serait sanctionnée.

Cependant, quand bien même le dirigeant n'est pas légalement contraint de procéder à une telle dénonciation, une omission de dénoncer une infraction peut engendrer un risque pour celui-ci et la personne morale.

En effet, outre le risque juridique, il existe pour les entreprises un grand risque réputationnel en cas de découverte d'une infraction connue par le dirigeant et non dénoncée aux autorités. Certains commentateurs ne s'embarassant pas des subtilités évoquées plus haut, l'amalgame ou le procès d'intention peuvent être vite opérés entre les agissements fautifs du collaborateur et la direction de l'entreprise à qui l'on reprocherait d'avoir trop facilement fermé les yeux.

Dans l'hypothèse de sociétés cotées, le cours de l'action risque d'être affecté. À titre d'exemple, récemment le détournement de données personnelles réalisé par un célèbre réseau social illustre les conséquences boursières de telles révélations. En conséquence, le dirigeant, à qui l'on reprocherait de ne pas avoir agi pour préserver l'image de la société, risquerait sa place, et sa révocation pourrait ainsi être envisagée par les actionnaires. En toute hypothèse, indépendamment du préjudice subi à titre personnel par le dirigeant, il est évident que la personne morale encourt également un risque d'atteinte à son image et sa réputation.

Afin de limiter le risque d'atteinte à la réputation du dirigeant et de son entreprise, il convient d'adopter une attitude réactive et proactive. Ainsi, le dirigeant est amené à diligenter une enquête interne afin de préciser les soupçons d'infraction, l'étendue de celle-ci, les solutions à mettre en œuvre pour y mettre fin et empêcher sa réitération. Cette enquête interne doit ensuite permettre au dirigeant de prendre la décision de procéder à un signalement ou non auprès des autorités. C'est de ce point de vue que le choix de l'enquêteur interne devient déterminant.

## II. – Une obligation de dénonciation variable selon la qualité de l'enquêteur interne

Lors de l'enquête interne, l'entreprise met à disposition de l'enquêteur un certain nombre de moyens, ce dernier pouvant notamment accéder aux courriels des salariés, analyser les données d'un ordinateur, prendre connaissance des vidéosurveillances ou réaliser des entretiens oraux avec le personnel de l'entreprise<sup>(6)</sup>. Or, il existe des hypothèses

(1) C. pén., art. 223-6.

(2) Cass. crim., 7 sept. 2005, n° 05-80.163.

(3) R. Salomon, Les conditions de la répression de l'usage abusif par abstention, Dr. sociétés déc. 2005, comm. 228 ; D. Rebut, Participation personnelle au délit d'abus de biens sociaux et abstention du dirigeant de s'opposer à un usage des biens contraire à l'intérêt social, RSC 2006, p. 331.

(4) Cass. crim., 28 mai 1980, D. 1981, IR, 137, obs. Roujou de Boubée.

(5) C. com., art. L. 225-251.

(6) B. Querenet-Hahn, Les enquêtes internes : un exercice semé d'embuche, Revue internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 3, Oct. 2015, 100.

dans lesquelles l'enquêteur aura l'obligation de dénoncer des faits de nature délictueuse dont il aura pris connaissance dans le cadre de ladite enquête, qu'il s'agisse d'un enquêteur de droit commun ou de l'Agence française anticorruption (AFA).

#### A. – L'enquêteur de droit commun, dénonciateur obligé des infractions commises au sein de l'entreprise

De l'expert-comptable à l'auditeur externe en passant par le service juridique ou compliance de l'entreprise ou encore l'avocat, nombreux sont les acteurs pouvant mener une enquête interne au sein de l'entreprise<sup>(7)</sup>. Le choix de l'interlocuteur qui sera chargé de l'enquête interne dépend de nombreux paramètres, tant de la taille et des moyens de l'entreprise que de la nature des investigations, en ce que ces dernières peuvent porter sur de nombreux types d'infractions.

La qualité de l'enquêteur est pourtant un élément déterminant quant aux obligations de confidentialité de celui-ci. En effet, à l'inverse de l'avocat enquêteur qui est tenu au secret professionnel, l'enquêteur de droit commun doit répondre aux exigences légales de dénonciation.

*Une entreprise qui viendrait consulter volontairement l'AFA sur des faits de corruption placerait l'agence dans l'obligation d'en avertir le ministère public.*

Le code monétaire et financier comporte aux articles L. 561-2 et suivants de nombreuses dispositions relatives à l'obligation de dénonciation en matière de blanchiment de capitaux, applicables au sein de l'ensemble des entreprises de droit privé, établissements de crédit, assurances ou encore sociétés d'investissement. Ainsi, ces dispositions s'appliquent pour le commissaire au compte, l'expert-comptable et plus largement pour tout enquêteur de droit commun, alors qu'à l'inverse, l'avocat dispose d'un régime aménagé.

Pour toute somme ou opération portée à la connaissance de l'enquêteur de droit commun pour laquelle celui-ci « sait, soupçonne, ou a de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou participent au financement du terrorisme », ce dernier devra réaliser une déclaration de soupçon auprès de l'organisme TRAC-

FIN, qui restera confidentielle et ne sera pas portée à la connaissance de l'entreprise, et pourra donner lieu à la transmission d'une note au parquet, aboutissant éventuellement à l'ouverture d'une procédure pénale. Le champ de ce texte est particulièrement large, en ce qu'il permet de dénoncer le blanchiment de la majorité des infractions comprises dans le code pénal, du vol simple à l'escroquerie en bande organisée.

Les articles L. 561-15, II et suivants du code monétaire et financier étendent à la fraude fiscale cette obligation de déclaration de soupçon. Ainsi, l'enquêteur interne non avocat qui aura connaissance d'une opération répondant à l'un des 16 critères définis par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 (notamment l'utilisation de sociétés écran, de comptes de passages, la progression forte de sommes créditées sur un compte nouvellement ouvert, la réalisation d'opérations financières incohérentes, etc.) aura, là encore, l'obligation d'en informer l'organisme TRACFIN<sup>(8)</sup>.

En d'autres termes, l'enquêteur interne non avocat aura accès à un grand nombre de documents de l'entreprise et pourra ainsi, au cours de sa mission, identifier des infractions pénales qu'il aura l'obligation de dénoncer. Cette obligation est souvent méconnue de l'entreprise qui le mandate.

Enfin, l'ajout d'une clause de confidentialité au sein de la lettre de mission de l'enquêteur non avocat serait inopérant et ne pourrait permettre d'écarter l'applicabilité de ces textes. En effet, il est constant que la clause de confidentialité ne fait pas obstacle à une communication dans le cadre d'une obligation légale d'information ou de dénonciation<sup>(9)</sup>.

#### B. – L'enquêteur désigné par l'AFA, dénonciateur proactif des infractions commises au sein de l'entreprise

L'Agence française anticorruption (ci-après « AFA »), créée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, exerce un contrôle notamment des entreprises « employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés et dont le CA ou CA consolidé est supérieur à 100 millions d'euros ».

Dans le cadre d'un contrôle, des experts peuvent être mandatés par l'AFA pour effectuer des enquêtes au sein de l'entreprise. Or, aux termes de l'article 3 de la loi Sapin II, l'AFA et ses agents ont l'obligation d'« aviser le procureur de la République compétent en application de l'ar-

(7) N. Richard, L'enquête interne en entreprise : sécuriser la démarche, Club des Directeurs de Sécurité des Entreprises, 2015, p. 4.

(8) P. Michaud, TRACFIN et la déclaration de soupçon de fraude fiscale, études fiscales internationales, août 2017.

(9) A-S. Lucas-Paget, La clause de confidentialité, Responsabilité civile et assurances n° 1, janv. 2017.

ticle 43 du code de procédure pénale des faits dont elle a eu connaissance dans l'exercice de ses missions et qui sont susceptibles de constituer un crime ou un délit [...] ».

En effet, l'enquêteur de l'AFA représente l'État et, conformément à l'objectif à valeur constitutionnelle de prévention et répression des infractions, ce dernier a notamment pour mission de lutter contre toute atteinte à l'ordre public, en particulier économique. Ainsi, la désignation d'un enquêteur de l'AFA au sein de l'entreprise implique une vérification minutieuse par ce dernier des opérations réalisées et, en cas de découverte d'une infraction de nature financière, l'information immédiate et simultanée du procureur de la République financier ainsi que de l'AFA.

À l'inverse de l'enquêteur de droit commun dont l'obligation de déclaration de soupçon est d'abord filtrée par l'organisme TRACFIN avant de parvenir au ministère public, l'agent de l'AFA informe directement de tout fait présentant un risque sérieux de constituer une infraction.

Ce mécanisme est particulièrement contestable en ce qu'initialement, l'AFA devait « jouer un rôle d'intermédiaire entre les entreprises et le parquet »<sup>(10)</sup>, ce qui aurait pu conduire les entreprises à la consulter spontanément pour lui exposer des faits susceptibles d'être qualifiés pénalement et recueillir son avis. Or, en inscrivant à l'article 3 de la loi Sapin II l'obligation légale pour les agents de l'AFA de dénoncer au parquet les infractions pénales, le législateur a exclu définitivement toute hypothèse de consultation. En effet, une entreprise qui viendrait consulter volontairement l'AFA sur des faits de corruption placerait l'agence dans l'obligation d'en avertir le ministère public.

Du reste, bien que cette obligation incombant aux agents de l'AFA ne soit pas assortie de sanction, il « n'existe a priori aucune raison de compter sur le fait que l'AFA ignore ses obligations légales de communication au ministère public »<sup>(11)</sup>.

### III. – L'avocat enquêteur, seul garant de la confidentialité de l'enquête interne

L'avocat est un acteur privilégié de l'enquête interne, son expertise juridique est bien souvent recherchée par les entreprises afin d'identifier si les faits litigieux constituent ou non une infraction pénale. Qu'il soit expert ou enquêteur, l'avocat n'est pas tenu aux obligations de dénonciation issues du code monétaire et financier et garanti à l'entreprise, par le respect de son secret professionnel, la confidentialité des informations recueillies.

(10) A. Kirry et A. Bisch, Deux insuffisances du mécanisme anti-corrup-tion de la loi Sapin II, JCP E 2018, 1252.

(11) *Ibid.*

### A. – L'avocat expert ou enquêteur, acteur libéré des obligations de dénonciation

L'avocat enquêteur est celui qui est mandaté par un client pour mettre en œuvre une enquête interne. Son domaine d'intervention entre dans le champ de compétence de l'avocat et relève de sa mission de conseil et d'assistance. À l'inverse, l'avocat expert est celui qui est mandaté par deux parties (une autorité juridique et une entreprise, ou une entreprise et l'un de ses salariés ou dirigeants) pour réaliser une mission d'expertise.

Pour l'avocat enquêteur comme pour l'avocat expert, les règles déontologiques de sa profession protègent l'entreprise en ce qu'elles interdisent pour le premier et limitent pour le second la dénonciation d'infractions dont ils auraient connaissance.

En principe, les articles L. 561-15 et suivants du code monétaire et financier prévoient que l'avocat a l'obligation de déclarer au bâtonnier les sommes inscrites dans les livres ou les opérations de ses clients portant sur des sommes dont il sait, soupçonne ou a de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou qu'elles sont liées au financement du terrorisme. Il résulte de l'article L. 561-3 du même code que l'avocat n'est pas soumis à cette obligation lorsque les informations sont reçues ou obtenues dans le cadre de conseils juridiques se rattachant à une procédure juridictionnelle, à l'inverse de l'avocat mandataire immobilier, fiduciaire ou assistant son client dans le cadre de certaines transactions limitativement énumérées, qui n'incluent pas un accord transactionnel.

Autrement dit, à l'exception de ces cas particuliers, l'avocat (en ce compris l'avocat enquêteur) n'est pas tenu de dénoncer les infractions dont il prendrait connaissance, sauf si ses soupçons portent sur des blanchiments de capitaux ou le financement du terrorisme. En ce cas, c'est au bâtonnier qu'il doit faire part de ses soupçons, et certainement pas à une autorité administrative ou judiciaire.

Il ne s'agit en réalité pas d'une « non obligation » de dénoncer, mais bien d'une interdiction absolue : l'avocat qui révélerait à quiconque d'autre que son bâtonnier le soupçon d'infraction commise au sein de l'entreprise dont il est le conseil commettrait non seulement un manquement déontologique, mais aussi le délit de violation du secret professionnel, ce qui serait d'une gravité extrême et même contre-nature dès lors que la victime en serait sa propre cliente.

Enfin, s'agissant de l'obligation de dénonciation des faits de blanchiment ou de financement de terrorisme à l'intention du bâtonnier, force est de constater qu'en pratique ces révélations sont rarissimes, soit que les occurrences le soient elles-mêmes, soit que le cas échéant les avocats répugnent à y consentir. En effet, en 2017, aucune

déclaration de soupçon auprès de TRACFIN n'a été réalisée par des avocats, et quatre seulement en 2016<sup>(12)</sup>.

Aussi, l'avocat enquêteur, dont la mission relève de l'activité d'assistance et de conseil, le plus souvent en matière précontentieuse, n'est pas soumis à l'obligation de déclaration de soupçon au bâtonnier, à TRACFIN et encore moins au parquet, contrairement aux enquêteurs de droit commun et de l'AFA. Ainsi, lorsque l'enquête interne « s'inscrit dans la mission générale de conseil et assistance des articles 6-1 et 6-2 du RIN » alors, « le secret professionnel conserve toute sa place dans les relations entre l'avocat et son client »<sup>(13)</sup>, en d'autres termes, « l'avocat enquêteur ne se transforme ni en policier, ni en procureur »<sup>(14)</sup>.

Reste l'hypothèse de l'avocat qui serait mandaté par l'AFA pour réaliser une enquête interne au sein de l'entreprise, sur le modèle américain du *Monitor*. En effet, il résulte des termes du décret n° 2017-329 du 14 mars 2017 relatif à l'Agence française anticorruption que l'AFA peut désigner des « experts ou personnes qualifiées » pour réaliser des enquêtes au sein de l'entreprise. S'il est peu probable que l'AFA désigne un avocat pour effectuer une telle enquête, cette hypothèse n'est pourtant pas exclue. Dans un tel cas, l'avocat n'aurait pas à aviser le procureur d'infraction(s) qu'il découvrirait dans le cadre de l'enquête, en ce que cette obligation prévue à l'article 3 de la loi *Sapin II* vise exclusivement l'AFA et ses agents.

Ainsi et contrairement aux enquêteurs de droit commun, l'avocat n'est pas tenu de dénoncer au parquet ou à TRACFIN les infractions dont il a connaissance dans le cadre de l'enquête interne. Tout au contraire, il en a l'interdiction absolue.

## B. – La distinction de l'avocat expert et de l'avocat enquêteur

L'enquête menée par l'avocat peut s'exercer sous deux régimes spécifiques : celui de l'avocat enquêteur ainsi que celui de l'avocat expert.

S'agissant de l'avocat expert, ce dernier n'étant pas soumis au respect du secret professionnel, l'enquête qu'il

réalise ne bénéficie pas d'une telle protection, comme le rappelle l'article 3 du vademécum de l'avocat chargé d'une enquête interne adopté par le Conseil de l'ordre des avocats de Paris<sup>(15)</sup>. Les auditions et le rapport qu'il produit dans ce cadre ne sont donc couverts d'aucun secret. C'est la raison pour laquelle il est recommandé à ce dernier de « séparer les documents, correspondances et autres échanges relatifs à cette enquête des dossiers dont il a par ailleurs la charge comme avocat, afin de préserver le secret professionnel auquel il est tenu en cette qualité »<sup>(16)</sup>.

À l'inverse, l'avocat enquêteur est soumis au secret professionnel, qui protège son client. Les auditions des salariés de l'entreprise, réalisées dans le cadre de l'enquête interne, sont ainsi couvertes par le secret professionnel et ne peuvent être communiquées à des tiers. En effet, l'avocat « ne saurait en particulier, sans violer le secret professionnel, communiquer à des tiers le résultat de son enquête ni des éléments (auditions ou pièces) recueillies au cours de celle-ci »<sup>(17)</sup>. Ce dernier peut néanmoins rendre compte du contenu des auditions à son client, l'entreprise.

L'avocat enquêteur a l'obligation de respecter des règles procédurales lors du déroulement des auditions internes. En effet, il doit notamment rappeler aux personnes auditionnées « qu'il n'est pas leur avocat mais qu'il agit pour le compte du client qui l'a missionné pour accomplir cette enquête »<sup>(18)</sup>, et doit également indiquer que, « pour les besoins de l'enquête interne », « le secret professionnel auquel il est tenu envers son client ne s'impose pas à celui-ci, de telle sorte que leurs déclarations et toute autre information recueillie pendant l'enquête pourront être utilisées par son client, ainsi que le rapport qu'il lui remettra le cas échéant »<sup>(19)</sup>.

Ainsi, pour l'entreprise et ses dirigeants, l'avocat enquêteur est le seul qui puisse effectuer des investigations au sein de la société en garantissant la confidentialité absolue du contenu de celle-ci, sans possibilité aucune de révélation auprès d'une autorité administrative ou judiciaire. Rappelons que le secret professionnel auquel est soumis l'avocat est général et absolu au point que son client lui-même ne peut l'en délier. ■

(12) TRACFIN distribue bons et mauvais points aux professionnels du droit et du chiffre : <https://www.efl.fr/actualites/affaires/finances-de-l-entreprise/details.html?ref=ui-97292d53-c891-45c8-b7f9-6238e45fa794>

(13) J.-P. Grandjean, *Rapport sur l'avocat chargé d'une enquête interne*, 25 févr. 2016 : [http://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport\\_sur\\_lavocat\\_charge\\_dune\\_enquete\\_interne.pdf](http://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport_sur_lavocat_charge_dune_enquete_interne.pdf).

(14) P.-O. Sur et L. Martinet, *L'avocat enquêteur... en entreprise et ailleurs : pour une adaptation de notre déontologie* : <http://www.ftmsa.com/fichiers/bibliotheque/La%20LJAL%27avocat%20enqu%C3%AAteur%20en%20entreprise%20et%20ailleurs%20pour%20une%20adaptation%20de%20notre%20d%C3%A9ontologie-260312.pdf>.

(15) <http://www.avocatparis.org/mon-metier-davocat/publications-du-conseil/nouvelle-annexe-xxiv-vademecum-de-lavocat-charge-dune>

(16) <http://www.avocatparis.org/mon-metier-davocat/publications-du-conseil/nouvelle-annexe-xxiv-vademecum-de-lavocat-charge-dune>

(17) J.-P. Grandjean, *Rapport sur l'avocat chargé d'une enquête interne*, 25 févr. 2016 : [http://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport\\_sur\\_lavocat\\_charge\\_dune\\_enquete\\_interne.pdf](http://www.avocatparis.org/system/files/publications/rapport_sur_lavocat_charge_dune_enquete_interne.pdf).

(18) Article 2.2 du Vademécum de l'avocat chargé d'une enquête interne.

(19) Article 2.3 du Vademécum de l'avocat chargé d'une enquête interne.

RLDA 6595

## L'obligation de dénonciation : les professionnels du droit sont-ils tous soumis au même régime ?

**Les professionnels du droit que sont les notaires, experts-comptables, avocats et commissaires aux comptes sont soumis au secret professionnel, les informations concernant leur clientèle et dont ils sont susceptibles de prendre connaissance au cours de l'exercice de leurs fonctions, étant par-là protégées de toute possibilité de divulgation desservant leurs intérêts. Toutefois, de récentes évolutions législatives en matière de *compliance* et de lutte anti-blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme viennent fragiliser ce secret sans pour autant que les professionnels du droit ne soient soumis de la même manière à ce régime dérogatoire.**

Depuis quelques années, les professions juridiques assistent à un bouleversement de la répartition traditionnelle des rôles et ce, notamment, à travers l'essor de la *compliance* et plus généralement d'un climat général de coopération. En effet, et afin de renforcer la lutte contre les infractions contre la probité, plusieurs pays ont adopté des législations obligeant les acteurs économiques du marché à adopter un ensemble de mesures visant à prévenir les atteintes à la probité à défaut de quoi elles seront sanctionnées, en France par exemple avec la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite *Sapin II*, le *UK Bribery Act* (2011) au Royaume-Uni ou encore le FCPA (1977) aux États-Unis d'Amérique. Cet essor de la *compliance* est accompagné d'un changement profond du paysage judiciaire puisque bon nombre de ces législations prévoient que la coopération des acteurs économiques avec les autorités, notamment en cas d'enquête judiciaire, leur permettra d'obtenir des réductions de peine<sup>(1)</sup> en cas de procès ou bien d'obtenir la négociation d'une transaction<sup>(2)</sup>.

Le climat juridique en droit pénal des affaires est donc celui de la coopération et c'est également dans ce contexte-ci qu'est née en 2001 de la directive européenne 2001/97/CE dite « anti-blanchiment », l'obligation de déclaration de soupçons d'un ensemble de

professions réglementées dont les élargissements successifs ont fini par inclure – et elles feront l'objet de notre étude – les avocats, les notaires, les commissaires aux comptes (CAC) et les experts-comptables. En raison de la position privilégiée de ces acteurs dans la vie des affaires, et de la difficulté de prendre connaissance des infractions de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme il a été décidé de rendre ces professionnels dépositaires d'une obligation de déclarer les soupçons qui seraient les leurs relativement aux activités de leur clientèle, *a fortiori* lorsque celle-ci suppose des transactions financières.

On assiste ainsi au développement d'une nouvelle forme de responsabilité en droit pénal dans laquelle il s'agit non pas de sanctionner l'accomplissement d'un fait contraire à la loi, mais plutôt de sanctionner le non-respect d'une obligation de faire. Ce régime de dénonciation se concilie cependant difficilement dans son principe avec le secret professionnel auquel sont pourtant tenus les avocats, notaires, CAC et experts-comptables<sup>(3)</sup>, ce qui explique qu'ils ne fassent pas tous l'objet du même régime de dénonciation. En effet, si les notaires et experts-comptables sont soumis au régime de



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



Thalita LE BEL  
ESQUIVILLON  
Avocate au Barreau  
de Paris  
Cabinet Vigo

(1) V. par ex. aux États-Unis, le *U.S. Attorney Manual* prévoyant la réduction d'une amende pénale en cas de coopération avec les autorités de poursuites.

(2) Convention Judiciaire d'Intérêt Public en France, *defferred prosecution agreement* ou *non-prosecution agreement* aux États-Unis.

(3) Pour les notaires v. Règlement national notarial, art. 3-4 ; pour les avocats v. L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 66-5 ; pour les commissaires aux comptes v. C. com., art. L. 822-15 ; pour les experts-comptables v. Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945, art. 21

déclaration de droit commun, les CAC et les avocats font chacun l'objet d'un régime particulier.

D'un côté, et en marge de cette obligation de déclaration liée à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme, il existe aussi une obligation de révélation renforcée pesant sur le CAC lequel se verra poursuivi pénalement s'il ne révèle pas les faits délictueux dont il prend connaissance au cours de l'exercice de ses fonctions.

D'un autre côté, l'avocat bénéficie d'un régime de déclaration allégé ayant pour but de préserver la relation de confidentialité et de confiance qui doit exister entre lui et son client et d'assurer une défense digne de ce nom.

Dans ce contexte, quel est le contenu du secret professionnel et quelles sont les relations de confiance que peuvent entretenir les justiciables et les acteurs économiques avec les différentes professions ? Comment les régimes de dénonciation du CAC et de l'avocat diffèrent-ils du régime de révélation de droit commun ?

Dans un premier temps, nous examinerons le régime d'obligation général de déclaration de soupçons s'appliquant à l'ensemble des professions juridiques réglementées pour étudier ensuite la spécificité du régime de dénonciation de l'avocat par rapport à celui du CAC.

## I. – L'obligation générale de dénonciation liée à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme incombant aux professions juridiques réglementées

Le code monétaire et financier impose à un ensemble de professionnels de participer à la détection et à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme au moyen de l'obligation déclarative. Ainsi, l'article L. 561-2 du code monétaire et financier impose aux avocats, notaires (C. mon. fin., art. L. 561-2, al. 1<sup>er</sup>, 13<sup>o</sup>), experts-comptables (C. mon. fin., art. L. 561-2, al. 1<sup>er</sup>, 12<sup>o</sup>) et CAC (C. mon. fin., art. L. 561-2, al. 1<sup>er</sup>, 12 bis) de se soumettre entre autres à l'obligation de déclaration prévue par la section 4 du chapitre Ier du titre VI du Livre V du code monétaire et financier.

### A. – L'obligation générale de déclaration de soupçons

#### → Les soupçons

Aux termes de l'article L. 561-15 du code monétaire et financier, les avocats, les notaires et les experts-comptables, sont tenus de déclarer à TRACFIN :

- les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative

de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme<sup>(4)</sup> ;

- les sommes ou opérations dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une fraude fiscale lorsqu'il y a présence d'au moins un critère défini par le décret n° 2009-874 du 16 juillet 2009 (par exemple, l'utilisation de sociétés écran dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social, la progression forte et inexplicite, sur une courte période, des sommes créditées sur les comptes nouvellement ouverts ou jusque-là peu actifs ou inactifs, le transfert de fonds vers un pays étranger suivi de leur rapatriement sous la forme de prêts, etc.)<sup>(5)</sup> ;
- toute information de nature à infirmer, conforter ou modifier les éléments contenus dans la déclaration<sup>(6)</sup> ;
- en cas d'opérations nécessitant une vigilance renforcée (c'est-à-dire en cas d'opération particulièrement complexe ou d'un montant inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite), les informations concernant l'origine des fonds et la destination des sommes ainsi que l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui en bénéficie<sup>(7)</sup>.

Les opérations susceptibles de donner lieu à une déclaration de soupçons sont celles dont les professionnels « savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction ». Il n'est donc pas nécessaire d'avoir une connaissance avérée ou même la preuve intangible qu'une telle infraction s'est produite ou est en train de se commettre.

En ce qui concerne le soupçon de fraude fiscale, la loi détaille une liste de 16 critères de nature à éveiller l'attention du professionnel. Pour être légitimement déclarées par le professionnel et à la différence de la détection des opérations de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme, les opérations suspectes en matière de fraude fiscale doivent nécessairement répondre au minimum à un critère de cette liste<sup>(8)</sup>.

(4) C. mon. fin., art. L. 561-15, I.

(5) C. mon. fin., art. L. 561-15, II.

(6) C. mon. fin., art. L. 561-15, IV.

(7) C. mon. fin., art. L. 561-15, III et L. 561-10-2.

(8) D. n° 2009-874, 16 juill. 2009, art. 2. V., par ex., l'utilisation de sociétés écrans, dont l'activité n'est pas cohérente avec l'objet social, la réalisation d'opérations financières par des sociétés dans lesquelles sont intervenus des changements statutaires fréquents non justifiés par la situation économique de l'entreprise, le recours à l'interposition de personnes physiques n'intervenant qu'en apparence pour le compte de sociétés ou de particuliers impliqués dans des opérations financières, la réalisation d'opérations financières incohérentes au regard des activités habituelles de l'entreprise ou d'opérations suspectes dans des secteurs sensibles aux fraudes à la TVA de type carrousel, tels que les secteurs de l'informatique, de la téléphonie, du matériel électronique, du matériel électroménager, de la hi-fi et de la vidéo, etc.

→ *Une obligation de déclaration limitée par le devoir de respect du secret professionnel*

**Champ d'application restreint de l'obligation de déclaration en raison du secret professionnel.** L'obligation de déclaration imposée aux notaires, experts-comptables, CAC et avocats, tous soumis au secret professionnel bénéficie d'un champ d'application restreint. Cette obligation n'existe effectivement que dans certaines circonstances qui sont les suivantes<sup>(9)</sup> :

- lorsqu'ils participent au nom et pour le compte de leur client à toute transaction financière ou immobilière ou agissent en qualité de fiduciaire ;
- lorsqu'ils assistent leur client dans la préparation ou réalisation de transactions concernant :
  - l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce,
  - la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client,
  - l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance,
  - l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés,
  - la constitution, la gestion ou la direction des sociétés,
  - la constitution, la gestion ou la direction de fiducies ou toute autre structures similaires et enfin la constitution ou la gestion de fonds de dotation.

**Dispense de l'obligation de déclaration pour les professionnels rendant des consultations.** Afin d'assurer une protection résiduelle du secret professionnel, et ne circonscrire l'obligation de déclaration qu'aux véritables opérations à risque, les avocats, experts-comptables et notaires sont dispensés de déclarer les opérations lorsqu'ils donnent des consultations juridiques à moins que lesdites consultations n'aient été fournies à des fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme, ou en sachant que le client les demande aux fins de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme<sup>(10)</sup>.

→ *Survenance de la déclaration*

La déclaration si elle doit en principe précéder l'opération frauduleuse afin d'empêcher sa survenance, peut toutefois être réalisée postérieurement à celle-ci (i) lorsqu'il a été impossible de surseoir à son exécution, (ii) ou que son report aurait pu faire obstacle à des investigations (iii) ou parce qu'il est apparu postérieurement à sa réalisation qu'elle était soumise à cette déclaration<sup>(11)</sup>.

(9) C. mon. fin., art. L. 561-3, I.

(10) C. mon. fin., art. L. 561-3, II, III et IV.

(11) C. mon. fin., art. L. 561-16, al. 2.

La déclaration de soupçon doit en principe être établie par écrit, règle qui s'explique aisément pour des questions de preuve<sup>(12)</sup>. Toutefois, elle peut exceptionnellement être recueillie verbalement.

L'obligation de déclaration de soupçon dont le but est de lutter efficacement contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme est susceptible d'être sanctionnée en cas de non-respect par des infractions spécifiques à la lutte anti-blanchiment et d'autres relevant du droit pénal commun. À l'inverse, il existe une immunité concernant l'atteinte au secret professionnel pour les professionnels tenus à la fois à un tel secret, et à la fois à une obligation de déclaration.

### B. – Les sanctions de l'obligation de déclaration

Il ne peut y avoir atteinte au secret professionnel lorsque sa violation est imposée par l'obligation de déclaration. Dans le même temps, le non-respect de l'obligation de dénonciation en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme est susceptible de constituer d'une part, une infraction spécifique et, d'autre part, de constituer des infractions de droit pénal commun.

→ *Immunité pour l'infraction d'atteinte au secret professionnel*

Aucune poursuite civile, ni aucune poursuite pénale pour dénonciation calomnieuse ou atteinte au secret professionnel ne peut être intentée contre un professionnel assujéti ayant effectué une déclaration auprès de TRACFIN, sous réserve du respect de certaines conditions<sup>(13)</sup>.

La déclaration doit avoir été déposée de bonne foi<sup>(14)</sup>. Partant, le professionnel coauteur ou complice d'une opération de blanchiment de capitaux ou de fraude fiscale, feignant l'exemplarité en déposant une déclaration n'échappera pas à des poursuites pénales.

Enfin, la déclaration ne doit pas avoir été exécutée après concertation frauduleuse avec le propriétaire des sommes ou auteur de l'opération. Cette condition si elle n'est pas sans lien avec la condition de bonne foi s'en distingue toutefois en ce qu'il s'agit ici de préciser que le professionnel assujéti ne saurait informer son client de la déclaration qu'il effectuait au départ de bonne foi.

→ *Les sanctions spécifiques aux obligations de vigilance et de déclaration*

La déclaration de soupçons devant être confidentielle<sup>(15)</sup>, il en découle deux interdictions, érigées en infraction :

(12) C. mon. fin., art. L. 561-18.

(13) C. mon. fin., art. L. 561-22.

(14) C. mon. fin., art. L. 561-22, I, a.

(15) C. mon. fin., art. L. 561-148, al. 1<sup>er</sup>.

- d'une part, les professionnels assujettis ne peuvent en aucun cas faire part de l'existence même de la déclaration à la personne propriétaire des sommes ou auteur de l'opération ;
- d'autre part, ils ne peuvent porter à leur connaissance les suites réservées à la déclaration.

Le fait de contrevenir à ces interdictions constitue en soi une infraction réprimée par l'article L. 574-1 du code monétaire et financier<sup>(16)</sup>. Cette infraction est intentionnelle si bien qu'en principe, l'imprudence ou la négligence ne sont pas de nature à engager la responsabilité pénale du professionnel. Il sera toutefois difficile en pratique de prouver que la divulgation d'une telle information par le professionnel à l'auteur de l'opération ou du propriétaire des sommes a été réalisée de bonne foi.

De même, des sanctions disciplinaires peuvent être prises à l'encontre des professionnels assujettis qui manqueraient à leur devoir de déclaration<sup>(17)</sup>. Ce pouvoir de sanction incombe aux différentes autorités professionnelles compétentes telles que le Conseil de l'Ordre du barreau pour les avocats, l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, la chambre des notaires pour les notaires, l'ordre des experts-comptables pour les experts-comptables et enfin le Haut conseil du commissariat aux comptes pour les CAC.<sup>(18)</sup>

#### → L'articulation avec les incriminations relevant du droit pénal commun

**L'obligation de déclaration se cumule-t-elle avec l'obligation générale de dénonciation de crime ?** Aux termes de l'article 434-1 du code pénal, il existe une infraction autonome qui punit le fait pour toute personne de ne pas informer les autorités administratives ou judi-

ciaires d'un crime dont il a connaissance et dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés. Ainsi, l'infraction de blanchiment de capitaux pourrait, en théorie, entrer dans le champ d'application de ce texte de deux manières différentes : soit s'il s'agit d'un blanchiment de nature criminelle, en matière de financement du terrorisme par exemple, soit lorsqu'il fait suite à un crime<sup>(19)</sup>.

Dès lors se pose la question de savoir si le fait, pour les professionnels du droit que sont l'expert-comptable, le CAC, le notaire et l'avocat, de ne pas dénoncer des faits de blanchiment de capitaux peut, en sus du régime prévu par le code monétaire et financier, constituer l'infraction de non-dénonciation de crime.

La réponse est non puisque l'alinéa 3 de l'article 434-1 du code pénal exclut de son champ d'application les personnes soumises au secret professionnel, dont font partie ces quatre acteurs<sup>(20)</sup>. Dès lors, ils ne peuvent se rendre coupable de l'infraction de non-dénonciation de crime lorsqu'ils prennent connaissance d'un crime qu'ils ne dénoncent pas dans le cadre de l'exercice de leur profession.

À cet égard se pose la question de savoir si les professionnels assujettis au secret professionnel peuvent être déliés dudit secret par leurs clients qui souhaiteraient qu'ils révèlent pour eux certains faits. Dans la mesure où le secret professionnel bénéficie d'un caractère absolu, et contrairement au « *legal privilege* » anglo-saxon, rien ne peut autoriser la personne qui y est tenue à le briser, même l'accord du client. Le seul motif légitime réside dans le fait justificatif de l'ordre de la loi, ici la section 4 du chapitre Ier du titre VI du Livre V du code monétaire et financier<sup>(21)</sup>.

**Les infractions de recel et de blanchiment.** Le dispositif législatif prévoit qu'aucune poursuite ne puisse être engagée à l'encontre d'un professionnel assujetti lorsque ce dernier a effectué une déclaration de bonne foi. Ceci sous-tend a *contrario* qu'en cas de mauvaise foi et de concertation frauduleuse avec la personne propriétaire des sommes litigieuses ou auteur de l'opération litigieuse, la responsabilité en tant que coauteur ou complice des infractions de blanchiment, recel ou fraude fiscale du professionnel assujetti puisse être engagée.

Dans la mesure où les professionnels assujettis sont par définition tenus au cours des missions techniques qui leur incombent de procéder au titre du devoir de vigilance à des vérifications précisément permises par leur qualité de pro-

(16) « Est puni d'une amende de 22 500 euros le fait de méconnaître l'interdiction de divulgation prévue à l'article L. 561-18, au III de l'article L. 561-25, au II de l'article L. 561-25-1 et à l'avant-dernier alinéa de l'article L. 561-26 ».

(17) C. mon. fin., art. L. 561-36.

(18) C. mon. fin., art. L. 561-36, II : « En cas de manquement par une personne mentionnée à l'article L. 561-2 à tout ou partie des obligations lui incombant en vertu du présent titre, l'autorité compétente peut engager à l'égard de cette personne une procédure de sanction. Une telle procédure est engagée dans tous les cas lorsqu'il existe des faits susceptibles de constituer des manquements graves, répétés ou systématiques à ces obligations.

En cas de manquement par une personne mentionnée à l'article L. 561-2 à tout ou partie des obligations lui incombant en vertu du présent titre, l'autorité compétente peut également sanctionner les dirigeants de cette personne ainsi que les autres personnes physiques salariées, préposées, ou agissant pour le compte de cette personne, du fait de leur implication personnelle.

Dans le cas où l'autorité compétente engage une procédure de sanction, elle en avise le procureur de la République. Par dérogation, pour les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation et les avocats, elle en avise, selon le cas, le procureur général près la Cour de cassation ou le procureur général près la cour d'appel ».

(19) C. pén., art. 324-4.

(20) Pour rappel, tant les avocats (L. n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 66-5), que les notaires (règlement national notarial, art. 3-4), experts-comptables (Ord. n° 45-2138, 19 sept. 1945, art. 21) et les commissaires aux comptes (C. com., art. L. 822-15), sont tenus au secret professionnel

(21) C. pén., art. 122-4.

professionnel, il sera difficile de faire valoir, afin d'échapper à des poursuites pour recel ou blanchiment, une inadvertance, une mauvaise compréhension ou une information échappée. En pareil cas, il sera peu aisé pour le professionnel d'échapper à toute responsabilité pénale et de convaincre les magistrats de l'absence d'intention coupable.

À ce titre, les obligations de vigilance édictées par le code monétaire et financier<sup>(22)</sup> sont susceptibles de servir de standard référence quant à ce qui aurait dû être connu ou non du professionnel assujéti et permettre d'apprécier de la légitimité de son niveau de connaissance de son client et de ses opérations. En effet, si tous les professionnels assujétis sont enjoins de conduire des recherches sur leurs clients et leurs opérations dans le cadre du devoir de vigilance et qu'un d'entre eux décide de ne pas s'y soumettre il ne pourra se défendre d'accusation de blanchiment ou fraude fiscale en affirmant « ne pas savoir » puisqu'il aurait précisément « dû » savoir.

Cette obligation de déclaration de soupçons en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme n'est toutefois pas la seule existante, puisque le CAC est par ailleurs tenu à une autre obligation spécifique de révélation au champ d'application beaucoup plus vaste. À l'inverse, l'avocat dans l'exercice de son obligation de déclaration de soupçons fait l'objet d'un certain nombre de dérogations notamment liées à l'exercice d'une activité juridictionnelle.

## II. – Les régimes spéciaux de dénonciation propres aux avocats et aux commissaires aux comptes

Les CAC sont soumis à une obligation de dénonciation spécifique justifiée par leur position privilégiée dans la vie des entreprises. Cette obligation spécifique trouve également à s'articuler avec l'obligation générale de révélation lui incombant également au titre de la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme. Il en résulte pour le CAC une obligation quasi systématique de dénonciation. À l'inverse, l'avocat est soumis à une obligation de déclaration de soupçons extrêmement allégée voire inexistante.

### A. – Le régime de révélation renforcé du commissaire aux comptes

L'article L. 820-7 du code de commerce prévoit une infraction spécifique pour le CAC le punissant lorsqu'il ne révèle pas au procureur de la République les faits délictueux dont il a pris connaissance.

#### → *Objet vaste de la révélation*

Le CAC est tenu par la lettre de l'article L. 820-7 du code de commerce de révéler tout fait délictueux au procureur

de la République. L'objet de la révélation visé par le texte est particulièrement large. Se pose ainsi la question de savoir si ces faits délictueux s'étendent à l'ensemble des infractions prévues en droit pénal français ou bien si elles sont circonscrites aux faits délictueux ayant trait à la vie économique de l'entreprise et à la mission du CAC.

Le texte ne distinguant pas, on devrait en principe considérer que le champ d'application de l'obligation de révélation du CAC couvre toutes les infractions, et les tentatives d'infractions. C'est ce qu'a considéré la jurisprudence à plusieurs reprises en adoptant une conception large du champ d'application de l'infraction de non révélation puisqu'il existe des condamnations pour des infractions au droit des sociétés dont la société est directement victime, comme des abus de biens sociaux<sup>(23)</sup>, mais il existe également des condamnations pour des infractions de droit pénal de droit commun telles que l'exercice illégal de la profession de banquier<sup>(24)</sup> ou de faux<sup>(25)</sup>, ce qui rend en pratique le champ d'application de ce texte très large.

*L'avocat est soumis à une obligation de déclaration de soupçons extrêmement allégée voire inexistante.*

En ce qui concerne la gravité des faits à dénoncer, tous les faits délictueux doivent-ils être révélés par le CAC, même ceux pouvant paraître d'une importance relative ? À cet égard, la circulaire relative à l'obligation de révélation des faits délictueux des CAC du 18 avril 2014 ainsi que la bonne pratique professionnelle de la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) du 14 avril 2014 apportent une réponse en ne distinguant pas selon la gravité des faits ce qui signifie que l'obligation de révélation ne se limite pas aux faits significatifs et délibérés. La circulaire précise toutefois que peuvent être exclus du champ de l'obligation de révélation les « *simples irrégularités ou inexactitudes ne procédant manifestement pas d'une intention frauduleuse* ».

Par ailleurs, l'article L. 820-7 du code de commerce emploie la formule « *dont a eu connaissance* » pour désigner les faits délictueux soumis à l'obligation de révélation incombant au CAC ce qui signifie que par définition, la révélation peut intervenir *a posteriori* de la commission des faits délictueux. Mais à quel moment apparaît l'obligation de dénoncer (et notamment en cas de doute de la part du CAC) : est-ce qu'à l'instar de l'obligation de déclaration prévue dans le cadre de la lutte anti-blanchiment de ca-

(22) C. mon. fin., art. L. 561-4-1 à L. 561-14-2.

(23) Cass. crim., 12 janv. 1981, n° 79-93.455, Bull. crim., n° 10.

(24) Cass. crim., 7 juin 1993, n° 92-83.681.

(25) Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-85.312.

pitaux et financement du terrorisme, un simple soupçon suffirait ? Ou bien faut-il au contraire s'assurer de la véracité de l'illégalité des faits à révéler avant de les révéler ?

S'il n'existe pas de réponse de principe puisqu'aucun des textes n'impose un délai spécifique, il semble sage de considérer que la dénonciation doit avoir lieu dans un délai raisonnable. À défaut en effet, un délai de réflexion trop long pourrait s'apparenter pour les magistrats à une abstention de révélation voire à une rétention d'information. Il sera peu aisé pour le CAC de démontrer qu'il n'avait pas l'intention de cacher l'existence du fait délictueux. En revanche, et dans la mesure où le CAC n'est pas tenu de qualifier le fait qu'il révèle, et qu'il bénéficie d'une immunité, il sera toujours moins dangereux, sous réserve de sa bonne foi évidemment, de révéler un fait qui s'avèrera après investigations ne pas être délictueux. À ce titre, dans un arrêt du 15 septembre 1999<sup>(26)</sup>, les magistrats avaient considéré que le CAC devait procéder à la révélation des faits « dès qu'il en a connaissance dans le cadre de sa mission, même si celle-ci ne peut en l'état être définie avec précision ». Le caractère poreux de cette obligation a toutefois pour conséquence de créer une insécurité juridique pour les entreprises dont la moindre irrégularité ou apparence, même lointaine, d'infraction, suffira au CAC pour alerter le procureur de la République, alors qu'il demeure pourtant tenu au secret professionnel.

#### → Immunité et sanctions

L'immunité prévue pour le CAC qui révèle des faits, qui ne s'avèreraient pas *in fine* délictueux, ainsi que les sanctions qui l'attendent si *a contrario* il ne révèle rien, contribuent à réduire le secret professionnel auquel il est tenu à une peau de chagrin.

**Immunité en cas de révélation.** Les articles L. 225-240, alinéa 2 et L. 832-12, alinéa 2 du code de commerce disposent du fait que les commissaires aux comptes exercent leur devoir de révélation au procureur de la République « sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation ». Sont ainsi exclues toutes possibilités de poursuites pénales (notamment pour dénonciation calomnieuse), civiles et professionnelles en ce qui concernerait une éventuelle atteinte au secret professionnel, sauf en cas de mauvaise foi.

**Sanctions en cas de non-révélation.** Le délit de non-révélation des faits délictueux par le CAC est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Cette combinaison d'un régime d'immunité en cas de révélation inexacte et de sanction en cas de non-révélation favorise une dénonciation quasi-systématique du CAC de tout ce qui serait susceptible de constituer une infraction.

**L'ignorance des faits, une défense difficile.** En principe, pour entrer en voie de condamnation, le tribunal doit appor-

ter la preuve que le CAC avait connaissance de l'information qu'il n'a pas révélée<sup>(27)</sup>. Ainsi, et en principe, sauf à démontrer pour le tribunal que l'ignorance avancée était feinte, la preuve d'une absence de connaissance des faits commis est susceptible de faire échapper le CAC à sa responsabilité pénale. Il semblera en revanche plus difficile pour le CAC de prouver qu'il avait connaissance des faits mais pas de leur caractère délictueux en raison de sa qualité de professionnel.

En effet, dans la mesure où il est précisément attendu d'un CAC qu'il prenne connaissance d'un ensemble vaste d'informations au cours de l'exercice de ses fonctions, et qu'il les valide par la suite, il sera en pratique particulièrement difficile pour le CAC de démontrer une absence de connaissance du caractère délictueux de faits qu'il aura pourtant validés.

#### → Cumul entre les différentes obligations de dénonciation

Cette obligation de révélation ne dispense pas le CAC de déclarer les soupçons qui peuvent être les siens dans le cadre de la lutte anti-blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme.

Le CAC est ainsi tenu aux deux régimes de dénonciation. Ces obligations peuvent avoir vocation à s'appliquer en même temps ; c'est d'ailleurs ce qu'édicte l'article L. 823-12, alinéa 3, du code de commerce : « sans préjudice de l'obligation de révélation des faits délictueux mentionnée à l'alinéa précédent, ils [les commissaires aux comptes] mettent en œuvre les obligations relatives à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme définies au chapitre Ier du titre VI du livre V du code monétaire et financier ».

Ce double régime de dénonciation n'est pas anodin dans le contexte de l'avènement de la *compliance* en France et plus précisément de la loi *Sapin II* qui impose, en son article 17, 5°, aux entreprises qui y sont soumises de « diligenter des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence ». Ce même article précise ensuite que ces contrôles peuvent être réalisés entre autres, par un CAC. Dans ce contexte accru de contrôle, où le CAC est hautement susceptible d'intervenir, ce double régime de dénonciation représente une menace d'autant plus significative à l'égard du secret professionnel et rend les hypothèses de révélations d'autant plus probables.

Le champ d'application de l'obligation de révélation du CAC est extrêmement vaste, laissant peu de place pour une vraie relation de confidentialité avec son client. À l'inverse, l'avocat jouit d'un statut privilégié redonnant force et sens au secret professionnel qui le lie à son client.

(26) Cass. crim., 15 sept. 1999, n° 98-81.855, Bull. crim., n° 187.

(27) Cass. crim., 16 juin 1999, n° 98-85.312.

### B. – Le régime de déclaration allégé de l'avocat

Il ressort de l'ensemble de ces régimes d'obligation de déclaration/révélation, que l'avocat à l'inverse du CAC qui fait l'objet d'un régime de révélation renforcé, bénéficie d'un ensemble protecteur de dérogations, liée à l'importance du respect des droits de la défense. En effet, même si le législateur l'a soumis à l'obligation de déclaration de soupçons en matière de lutte anti-blanchiment de capitaux et financement du terrorisme au même titre que l'ensemble des professions réglementées, il bénéficie d'un régime allégé dont les avantages doivent être mis en exergue.

#### → Le champ d'application restreint de l'obligation de déclaration de soupçons

L'avocat bénéficie en premier lieu de la même restriction que les autres professions que sont les notaires, experts-comptables et CAC énoncée à l'article L. 561-3, I du code monétaire et financier puisque l'obligation de déclaration se restreint aux transactions financières ou immobilières, lorsqu'ils agissent en qualité de fiduciaire ainsi que quand ils assistent leur client dans la préparation ou réalisation de transactions concernant : l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client, l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ou de contrats d'assurance, l'organisation des apports nécessaires à la création des sociétés, la constitution, la gestion ou la direction des sociétés et enfin la constitution, la gestion ou la direction de fiducies ou toute autre structures similaires et enfin la constitution ou la gestion de fonds de dotation.

En sus de cette restriction s'ajoute une seconde restriction du champ d'application de l'obligation de déclaration de soupçons puisque l'article L. 561-3, II du code monétaire et financier l'exclut :

- lorsque l'activité se rattache à une procédure juridictionnelle, étant précisé que peu importe que les informations dont disposent les avocats soient reçues ou obtenues avant, pendant ou après cette procédure, y compris dans le cadre de conseils relatifs à la manière d'engager ou d'éviter une telle procédure ;
- lorsqu'ils donnent des consultations juridiques (sauf lorsque la consultation a été fournie à des fins de blanchiment de capitaux ou sachant que le client la demande à de telles fins).

Il en ressort que le cœur de l'activité de l'avocat, à savoir son rôle de conseil et de défense, n'est pas concerné par l'obligation de déclaration revalorisant par-là la force du secret professionnel et du principe de confidentialité. On devine derrière cette règle les contours des principes fondamentaux des droits de la défense.

La parcelle d'activité de l'avocat restant soumise à l'obligation de déclaration est finalement celle qui dans sa raison d'être s'éloigne le plus de la mission traditionnelle de l'avocat.

Couplée avec la circonstance que les avocats, en tant qu'acteurs soumis au secret professionnel, ne sont pas passibles de l'infraction de non-dénonciation de crime, il en résulte une possibilité très réduite que l'avocat soit amené à dénoncer un fait dont il prendrait connaissance pendant l'exercice de son activité.

#### → Le filtre du bâtonnier au secours de la confidentialité avocat/client

Les avocats, par dérogation, ne communiquent pas leur déclaration de soupçon à TRACFIN directement, mais au bâtonnier, ou lorsqu'il s'agit d'avocats au conseil, au Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation qui se chargeront alors eux-mêmes de la communiquer à TRACFIN<sup>(28)</sup>. Le bâtonnier et le Président de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation agiront alors en qualité de véritables intermédiaires entre TRACFIN et les avocats, permettant ainsi de réduire l'impact de ce régime sur l'indépendance de l'avocat ainsi que sur le secret et la confidentialité des échanges avocat/client.

Ainsi, il existe un équilibre rendu en pratique raisonnable entre la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et la protection du secret professionnel de l'avocat. Cet équilibre est d'autant plus important que les avocats sont la seule profession réglementée concernée par l'obligation de déclaration à bénéficier d'un régime aussi protecteur, ce qui se justifie toutefois par l'essence de sa mission.

Partant, l'avocat se présente comme un acteur de choix dans la diligence de certaines opérations et ce, notamment en matière d'enquêtes internes, dont l'essor dans le cadre du développement considérable de la *compliance* ne saurait être ignoré. En effet, si une enquête interne est menée au sein d'une entreprise, c'est qu'il existe de fortes probabilités qu'une procédure juridictionnelle soit déclenchée tôt ou tard, or, l'existence d'une telle procédure – même au stade de l'anticipation – suffit à dispenser l'avocat de déclarer les faits qui lui paraîtraient soupçonneux. L'enquête pourra ainsi se dérouler dans la plus grande confidentialité et dans le respect du secret professionnel ce qui représente un avantage précieux à l'heure où chacun est susceptible d'engager/aggraver sa responsabilité pénale pour ne pas avoir manifesté avec suffisamment « d'enthousiasme » une attitude coopérative avec les autorités de poursuite. ■

(28) C. mon. fin., art. L. 561-17.

# 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 ?

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, connaît une actualité particulière dans le contexte de la mise en œuvre de la loi Sapin II. En effet, cette dernière renouvelle 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 de 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,<sup>(1)</sup> moment où l'expression d'autorité « constituée », par opposi-

tion à l'autorité « constituante », était bien plus communément usitée<sup>(2)</sup>.

L'article 40, alinéa 2,<sup>(3)</sup> 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 »,<sup>(4)</sup> 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



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

(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.

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

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<sup>(5)</sup>.

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 crimi-

nelle, 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 »<sup>(6)</sup>. 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<sup>(7)</sup>. 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 »<sup>(8)</sup>.

Il sera confirmé que le critère permettant de comprendre l'idée d'autorité constituée est le fait que la fonction soit « **détentriche 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 »<sup>(9)</sup>.

Sont exclus, notamment : les personnes chargées de la direction des établissements privés sous contrats, tout comme les professeurs de ces établissements<sup>(10)</sup>, les magistrats administratifs statuant au contentieux<sup>(11)</sup> 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<sup>(12)</sup>.

(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 »<sup>(13)</sup>.

Toutefois, il n'appartient pas à l'agent de procéder à des actes d'enquêtes afin d'établir les faits qu'il voudrait dénoncer<sup>(14)</sup>.

*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 attribu-*

*tions, 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 »*<sup>(15)</sup>.

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<sup>(16)</sup>. 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,<sup>(17)</sup> des maires<sup>(18)</sup> ou de l'Agence française anticorruption<sup>(19)</sup>.

Pourtant outre les cas de dénonciation spécialement prévus,<sup>(20)</sup> 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) »<sup>(21)</sup>.

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

(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/>

(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 ex. par la Circulaire FP n° 2070 du 2 mars 2004.

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

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 »<sup>(22)</sup>.

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 »<sup>(23)</sup>.

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 »<sup>(24)</sup>.

En effet, la complicité peut être retenue lorsque la non-dénonciation cache un accord préalable entre l'agent et l'auteur principal,<sup>(25)</sup> 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)<sup>(26)</sup>.

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<sup>(27)</sup>, la sanction du non-respect de l'article 40 par le biais de la complicité reste hypothétique<sup>(28)</sup>.

D'autre part, et de manière plus circonscrite, l'article 434-1 du code pénal prévoit un délit de non-dénonciation de crimes<sup>(29)</sup>. 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<sup>(30)</sup>.

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<sup>(31)</sup>.

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 Guehec, Droit pénal général, Economica, 15<sup>e</sup> 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.<sup>(32)</sup> « 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 »<sup>(33)</sup>.

À cet égard, l'analyse de la faute disciplinaire renvoie à l'articulation de l'obligation de dénonciation avec la voie hiérarchique<sup>(34)</sup>.

#### → 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<sup>(35)</sup>. 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<sup>(36)</sup>. 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<sup>(37)</sup>.

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<sup>(38)</sup>. Dans de rares cas, les textes applicables à la dénonciation prévoient l'obligation de passer par la voie hiérarchique<sup>(39)</sup>.

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 »<sup>(40)</sup>. Cette obligation est renforcée pour certains agents, par exemple les agents chargés du service public de la santé<sup>(41)</sup>.

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<sup>(42)</sup> 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 où 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, Guignon.

(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,<sup>(43)</sup> 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** »<sup>(44)</sup>.

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<sup>(45)</sup>.

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)<sup>(46)</sup>.

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<sup>(47)</sup>. 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<sup>(48)</sup>.

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 délègue pas l’agent de son obligation de discrétion<sup>(49)</sup>.

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,<sup>(50)</sup> 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<sup>(51)</sup>.

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<sup>(52)</sup>.

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<sup>(53)</sup>. 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 cou-

verts 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,<sup>(54)</sup> l'article 40 s'impose de manière classique aux agents de l'inspection du travail,<sup>(55)</sup> de l'URSSAF ou de la DGCCRF,<sup>(56)</sup> 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<sup>(57)</sup>. 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 :

(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.

- 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 »<sup>(58)</sup>.

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<sup>o</sup> du CGI ou 1772-1<sup>o</sup> du CGI »<sup>(59)</sup>.

Autrement dit, appliqué à l'administration fiscale, l'article 40 connaît 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*.

(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<sup>o</sup> 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<sup>(60)</sup>.

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 délaissier 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 per-

sonne 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<sup>(61)</sup>.

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<sup>o</sup> 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<sup>(62)</sup>. 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<sup>o</sup> 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>.