

**AVIS DE DROIT**  
**pour**  
**LES COMMUNES DE CRANS-MONTANA, LENS ET ICOGNE**

**Analyse du risque pour les Communes et les conseillers municipaux  
de ne pas dénoncer les infractions pénales potentiellement commises  
lors de l'augmentation de capital de CMA**

## **TABLES DES MATIÈRES**

|                                                                                                                                |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I. MISSION .....</b>                                                                                                        | <b>3</b>  |
| <b>II. SYNTHESE .....</b>                                                                                                      | <b>3</b>  |
| <b>III. RAPPEL DES FAITS .....</b>                                                                                             | <b>4</b>  |
| <b>IV. OBLIGATION DE DENONCER .....</b>                                                                                        | <b>7</b>  |
| A. Bases légales .....                                                                                                         | 7         |
| B. Titulaires de l'obligation de dénoncer .....                                                                                | 9         |
| C. Destinataire de la dénonciation : les autorités compétentes.....                                                            | 11        |
| D. La place de l'art. 35 LaCPP/VS parmi les autres obligations.....                                                            | 14        |
| <b>V. SANCTIONS .....</b>                                                                                                      | <b>18</b> |
| A. Sanction pénale .....                                                                                                       | 18        |
| a) Punissabilité des Communes .....                                                                                            | 18        |
| b) Punissabilité des membres des Conseils communaux .....                                                                      | 18        |
| c) Entrave à l'action pénale (art. 305 CP) .....                                                                               | 19        |
| d) Complicité de faux dans les titres, obtention frauduleuse d'une constatation fausse,<br>escroquerie, gestion déloyale ..... | 27        |
| B. Sanctions disciplinaires.....                                                                                               | 29        |
| a) Membres des autorités d'une collectivité de droit public .....                                                              | 29        |
| b) Collectivités de droit public .....                                                                                         | 29        |

## **I. MISSION**

Le présent avis de droit a pour but d'analyser si les Communes de Crans-Montana, Lens et Icogne (ci-après « les Communes ») ont une obligation de dénoncer les événements qui se sont déroulés en fin d'année 2016 et qui sont potentiellement constitutifs de faux dans les titres (art. 251 CP), obtention frauduleuse d'une constatation fausse (art. 123 CP), escroquerie (art. 146 CP) et gestion déloyale (art. 158 CP), et, cas échéant, quelle est la sanction du non-respect de cette obligation.

Nous commencerons par exposer les résultats de notre analyse juridique (II), puis nous rappellerons brièvement les faits (III) pour ensuite développer l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS (IV) et, finalement, exposer les sanctions encourues en cas de non-respect de cette obligation (V).

A toutes fins utiles, nous précisons que cet avis de droit est basé principalement sur les faits qui ressortent du memorandum de l'Etude Altenburger Ltd. legal+tax établi le 13 juin 2018<sup>1</sup>. En outre, nous nous sommes basés sur ce memorandum pour déterminer les infractions pénales potentiellement commises lors de l'augmentation de capital de CMA<sup>2</sup> qui feraient, le cas échéant, l'objet de la dénonciation.

## **II. SYNTHESE**

- L'art. 35 LACPP/VS impose aux autorités, aux membres des autorités, et aux fonctionnaires une obligation – de droit cantonal et de nature administrative – de dénoncer les infractions dont ils ont connaissance.
- Les autorités doivent dénoncer les faits au Ministère public. Très vraisemblablement, les membres des autorités et les fonctionnaires ne doivent pas les dénoncer au Ministère public, mais à l'autorité dont ils répondent, charge à elle de dénoncer les faits au Ministère public si elle estime que les conditions d'une telle dénonciation sont réunies.

---

<sup>1</sup> Memorandum de Altenburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 4 ss.

<sup>2</sup> Memorandum de Altenburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 43 ss.

- A tout le moins lorsque l'infraction en question est de nature patrimoniale et qu'elle lèse l'autorité elle-même, l'autorité dispose d'une marge d'appréciation pour déterminer le moment le plus opportun pour porter l'affaire au pénal, en fonction de la consistance du dossier et de considérations stratégiques. Cela vaut a fortiori lorsque, comme en l'espèce, le dépôt d'une plainte pénale pourrait de plus aggraver le conflit avec l'auteur au détriment d'autres missions de l'autorité. Nous concluons que les Communes n'ont pas enfreint l'art. 35 LACPP/VS en n'ayant pas déposé plainte jusqu'à présent, et ne l'enfreindraient pas en persistant à ne pas le faire en l'état actuel des discussions.
- Même si l'on supposait que l'obligation prévue par l'art. 35 LACPP/VS a été enfreinte, le risque que les membres du Conseil communal se soient rendus coupables d'entrave à action pénale (art. 305 CP) de ce fait est très bas. La non-dénonciation n'est pas pénalement répréhensible, car les conseillers municipaux n'ont pas d'obligation d'agir qualifiée. A cela s'ajoute que les conseillers communaux pourraient sans doute évoquer l'état de nécessité (art. 17 CP). Quant aux Communes elles-mêmes, elles n'encourent aucun risque pénal.
- Toujours dans l'hypothèse où l'on admettrait que l'obligation prévue par l'art. 35 LACPP/VS a été violée, le risque disciplinaire est, lui aussi, très bas.
- Enfin, les conseillers communaux ne risquent pas d'être tenus complice des infractions évoquées dans le rapport Altenburger, voire d'autres infractions que les auteurs commettraient à l'avenir, au motif qu'ils ne les ont pas dénoncées au Ministère public.

### **III. RAPPEL DES FAITS**

1. Remontées Mécaniques Crans Montana Aminona (CMA) SA (ci-après « CMA ») est une société anonyme inscrite au registre du commerce du Valais central depuis le 16 décembre 1959<sup>3</sup>.
2. Elle a pour but social la construction et l'exploitation de remontées mécaniques et d'autres exploitations analogues, transport de personnes et de choses, construction et

---

<sup>3</sup> Pièce 1 (Extrait du registre du commerce de CMA SA).

exploitation d'immeubles à caractère commercial ou utiles à la clientèle de la société, toute entreprise ayant trait au tourisme, notamment dans la région de Crans-Montana-Aminona<sup>4</sup>.

3. CPI Property Group (ci-après « CPI ») est une société immobilière basée au Luxembourg et centrée sur l'Europe centrale et l'Allemagne. [REDACTED] est également actionnaire de CPI. MM. [REDACTED] et [REDACTED] sont membres du Conseil d'administration de CPI. Quant à M. [REDACTED] il se considère comme « *le gestionnaire des intérêts financiers de [REDACTED] en Suisse* ».
4. **En avril 2015**, CPI disposait de 65.80% des actions de CMA et les Communes de Crans-Montana, Lens et Icogne (ci-après « les Communes ») disposaient ensemble de 26.10% des actions de CMA.
5. A ce moment-là, CPI était aussi propriétaire de 88.50 % de CMA IMMOBILIER SA (« CMAI »), dont le but social tel que le résume le RC est « *[l]'acquisition, la prise de participation, la gestion et l'exploitation d'immeubles notamment de parkings* ». Il s'agit de la société qui détient et exploite les restaurants et parkings du domaine.
6. **Le 18 octobre 2016**, l'Assemblée générale de CMA a décidé d'augmenter le capital-actions de CMA de CHF 50 mios.
7. **Le 5 décembre 2016**, le Conseil d'administration de CMA a décidé d'exécuter l'augmentation du capital-actions. Il a donc fait établir par un notaire agréé, Me [REDACTED] les documents utiles, soit :
  - a. le PV authentique du Conseil d'administration,
  - b. les Déclarations I & II, qui confirmaient qu'aucune reprise de biens d'une certaine importance d'un actionnaire n'était prévue,
  - c. les Statuts modifiés de CMA,
  - d. le Rapport d'augmentation du Conseil d'administration ; et
  - e. l'Attestation de consignation de la banque UBS SA.

L'ensemble de ces documents ont été remis au Registre du commerce le même jour.

<sup>4</sup> Pièce 1 (Extrait du registre du commerce de CMA SA).

8. CPI a acquis l'entier des actions libérées, de sorte qu'elle disposait *in fine* de 85.40 % des actions de CMA. Les Communes n'étaient plus actionnaires qu'à hauteur de 11.10%.
9. **Le 5 décembre 2016** toujours, CMA (acheteur) et CPI (vendeur) ont signé le contrat de vente portant sur 378'743'000 actions de la société CMAI pour un montant de CHF 35.3 mios.
10. Dans leur rapport du **27 avril 2017**, FIDUCIAIRE FIDAG SA, G. CLIVAZ BUREAU FIDUCIAIRE SA et FIDUCIAIRE DE CRANS-MONTANA (FCM) SA, organe de révision de CMA constate que les actions de CMAI, qui figurent au bilan de CMA pour le prix auquel elles ont été acquises, sont surévaluées, expliquant par ailleurs qu'une correction de cette valeur aurait un impact négatif sur le résultat.
11. En **mai 2017**, l'organe de révision de CMA a démissionné.
12. En **novembre 2017**, KPMG SA, qui a pris le relais de l'organe de révision démissionnaire, a confirmé la nécessité d'effectuer une « correction de valeur » dans les comptes de CMA, portant sur les actions CMAI. Il est proposé d'abaisser la valeur des actions CMAI de CHF 37,3 mios à CHF 12.788 mios, soit une correction de valeur d'environ CHF 24 mios.
13. Les comptes audités par KPMG indiquent une valeur d'environ CHF 8.72 mios pour la participation dans CMAI ; l'organe de révision estime ainsi que la société se trouve sous le coup de l'art. 725 al. 1 CO, dès lors que la moitié de son capital social n'est plus couvert.
14. Les Communes ont ainsi vu le pourcentage de leur participation dans CMA s'amoinrir et leurs actions CMA perdre de la valeur.
15. Les Communes ont mandaté l'Etude Altenburger Ltd legal+tax pour analyser ces événements.
16. Les éléments suivants ressortent notamment du memorandum de Altenburger Ltd. legal+tax daté du 13 juin 2018 :

- l'achat des 378'743'000 actions de la société CMAI, effectué par la société CMA dans la foulée de l'augmentation de capital, au moyen des apports en espèces libérés à la suite de la souscription des actions, est constitutif d'une reprise de biens, de sorte qu'il y eu violation formelle de l'art. 628 al. 2 CO<sup>5</sup> ;
- il pourrait être reproché tant à M. [REDACTED] qu'à M. [REDACTED] d'avoir eu le dessein de falsifier les documents utiles en vue de la dissimulation du remboursement indu à l'actionnaire CPI et d'être ainsi les auteurs d'une infraction de faux dans les titres (art. 253 CP)<sup>6</sup> ;
- il pourrait être reproché au Conseil d'administration d'avoir eu le dessein d'obtenir frauduleusement des constatations fausses (Art. 253 CP)<sup>7</sup> ;
- il pourrait être reproché à MM. [REDACTED] et [REDACTED] d'avoir eu le dessein de commettre l'infraction d'escroquerie (art. 146 CP)<sup>8</sup> ;
- il pourrait être reproché au Conseil d'administration d'avoir eu le dessein de commettre l'infraction de gestion déloyale (art. 158 CP).

#### **IV. OBLIGATION DE DENONCER**

##### **A. BASES LÉGALES**

17. Aux termes de l'art. **301 al. 1 CPP** (note marginale : « *droit de dénoncer* »), « *chacun a le droit de dénoncer des infractions à une autorité de poursuite pénale, par écrit ou oralement* ».
18. Selon l'art. **302 CPP** (note marginale : « *obligation de dénoncer* ») « *I. Les autorités pénales sont tenues de dénoncer aux autorités compétentes toutes les infractions*

---

<sup>5</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 9 ss.

<sup>6</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 43 s.

<sup>7</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 45 ss.

<sup>8</sup> Memorandum de Alternburger Ltd legal+tax du 13 juin 2018 concernant CMA SA, p. 48 ss.

*qu'elles ont constatées dans l'exercice de leurs fonctions ou qui leur ont été  
annoncées si elles ne sont pas elles-mêmes compétentes pour les poursuivre.*

*2. La Confédération et les cantons règlent l'obligation de dénoncer incombant aux  
membres d'autres autorités.*

*3. Les personnes qui ont le droit de refuser de déposer ou de témoigner selon les art.  
113, al. 1, 168, 169 et 180, al. 1, ne sont pas soumises à l'obligation de dénoncer. »*

19. Il ressort de l'art. 302 al. 2 CPP que les cantons règlent l'obligation de dénoncer incombant aux membres des autorités qui ne sont pas mentionnées à l'al. 1. Sur la base de cette délégation de compétence normative, le canton du Valais a adopté l'article 35 de la Loi d'application de procédure pénale suisse (LACPP).
20. Aux termes de l'**art. 35 LACPP/VS**, « 1. Toute autorité, tout fonctionnaire, tout agent de la force publique du canton ou de la commune a l'obligation de dénoncer aux autorités compétentes toute infraction se poursuivant d'office qui est parvenue à sa connaissance dans l'exercice de ses fonctions et de prendre, dans le cadre de sa compétence, les mesures urgentes propres à favoriser l'instruction.
- 2. Les règles particulières de la législation spéciale demeurent réservées. »*
21. C'est l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS qui fait l'objet du développement qui va suivre.
22. Il semble n'y avoir ni doctrine<sup>9</sup>, ni jurisprudence<sup>10</sup>, au sujet de l'art. 35 LACPP/VS. Toutefois, il existe des normes similaires auxquelles il est permis de se référer pour l'interprétation, soit, par exemple :
- Art. 302 al. 1 CPP (cf. ci-dessus) ;
  - Art. 33 de la Loi genevoise d'application du code pénal (LaCP/GE)<sup>11</sup> ;

<sup>9</sup> Nous avons fait des recherches sur Swisslex ainsi que sur le réseau des bibliothèques de suisse occidentale (RERO), nous nous sommes rendus à la bibliothèque UniMail et nous avons contacté la bibliothèque du Tribunal cantonal de Sion.

<sup>10</sup> Nous avons cherché sur le site du canton du Valais, sous rubrique jurisprudence, ainsi que sur le site du Tribunal fédéral.



- art. 33 de la Loi Neuchâteloise d'introduction du Code de procédure pénale (LI-CPP/NE)<sup>12</sup>,
- art. 156 de la Loi fribourgeoise sur la justice (LJ/FR)<sup>13</sup> et art. 62 de la Loi fribourgeoise sur le personnel de l'Etat (LPers/FR)<sup>14</sup> ;

## **B. TITULAIRES DE L'OBLIGATION DE DÉNONCER**

23. Selon l'art. 35 LACPP/VS, l'obligation de dénoncer revient à « *toute autorité, tout fonctionnaire, tout agent de la force publique du canton ou de la commune* ».

---

<sup>11</sup> « 1. Toute autorité, tout membre d'une autorité, tout fonctionnaire au sens de l'article 110, alinéa 3, du code pénal, et tout officier public acquérant, dans l'exercice de ses fonctions, connaissance d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office est tenu d'en aviser sur-le-champ la police ou le Ministère public (art. 302, al. 2, CPP).

2. Sont exceptées les personnes visées aux articles 168, 169 et 171 CPP, dans les limites définies par ces dispositions. L'article 31 est réservé. »

<sup>12</sup> « 1. Toute autorité constituée et tout titulaire de fonction publique qui acquiert, dans l'exercice de ses fonctions, la connaissance d'une infraction se poursuivant d'office, est tenu d'en aviser sans délai le ministère public.

2. Le titulaire de fonction publique procède par voie hiérarchique. »

<sup>13</sup> « 1 Lorsque, dans l'exercice de leur fonction, les membres des autorités judiciaires qui ne sont pas chargées de la justice pénale ont des motifs concrets de soupçonner la commission d'un crime ou d'un délit poursuivi d'office, ils le dénoncent au Ministère public. Ils sont déliés du secret de fonction dans cette mesure.

2 Dans les cas de peu de gravité ou pour des motifs d'opportunité, ils peuvent renoncer à cette dénonciation.

3 La personne qui a le droit de refuser de témoigner au sens des articles 168 et suivants CPP n'est pas soumise à l'obligation de dénoncer.

4 L'obligation de dénoncer incombant aux membres d'autres autorités est réglée par la législation spéciale »

<sup>14</sup> « 1 Le collaborateur ou la collaboratrice qui, dans le cadre de l'exercice de sa fonction, constate ou éprouve des soupçons sérieux au sujet d'un fait punissable et préjudiciable aux intérêts de l'Etat est tenu-e de le signaler sans retard à son autorité d'engagement.

2 Lorsque le fait paraît présenter un caractère pénal, l'autorité d'engagement le dénonce à l'autorité pénale compétente. Elle peut y renoncer dans les cas de peu de gravité. En cas de dénonciation, elle en informe le Conseil d'Etat.

3 Les dispositions d'exécution peuvent, pour certaines catégories de personnel, introduire une obligation de dénoncer, à l'autorité pénale compétente, les infractions commises par des tiers dont le collaborateur ou la collaboratrice a eu connaissance dans le cadre de l'exercice de sa fonction.

4 L'article 302 al. 1 du code de procédure pénale imposant un devoir de dénonciation aux agents et agentes de la Police cantonale reste réservé. »

24. Cet article soumet ainsi en premier lieu « **toute autorité** » du canton ou de la commune à l'obligation de dénoncer. La doctrine précise, en relation avec l'art. 302 al. 1 CPP, que lorsque l'autorité est collégiale, l'obligation incombe au collège dans son entier<sup>15</sup>. Cette solution peut être transposée à l'art. 35 LACPP/VS.
25. En l'espèce, le Conseil municipal est l'autorité exécutive et administrative ordinaire de la Commune selon l'art. 33 de la Loi sur les communes du canton du Valais (LCo/VS). C'est donc, en l'espèce, aux Conseils municipaux des Communes en tant que tels qu'incombe l'obligation de dénoncer prévue par l'art. 35 LACPP/VS<sup>16</sup>.
26. Contrairement à l'art. 33 LaCP/GE qui indique clairement « toute autorité, tout membre d'une autorité », l'art. 35 LACPP/VS ne précise pas si **les membres de l'autorité** sont également titulaires de l'obligation de dénoncer à titre individuel. Cela n'implique pas nécessairement qu'ils soient exempts de cette obligation. Ainsi, par exemple, l'art. 302 al. 1 CPP se contente d'indiquer que « *les autorités pénales* » sont tenues de dénoncer, mais la doctrine admet qu'il instaure aussi un devoir de dénonciation des membres de ces autorités<sup>17</sup>. En outre, l'art. 302 al. 2 CPP paraît prescrire à la Confédération et aux cantons de prévoir une obligation de dénoncer incombant « *aux membres* » d'autres autorités.
27. Il existe ainsi une insécurité juridique quant à la question de savoir si les membres d'une autorité cantonale ou communale sont également visés par l'art. 35 LACPP/VS à titre individuel. Les arguments systématiques ci-dessus, ainsi que le but de la norme nous conduisent à répondre par l'affirmative. En effet, on voit souvent l'autorité peut être informée d'une infraction, ce qui lui permet de la dénoncer, si elle n'en est pas informée par un de ses membres.
28. Cela étant, sous l'angle pénal, la question de savoir si chaque membre des conseils municipaux est titulaire de l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS

---

<sup>15</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *Petit commentaire du Code de procédure pénale*, 2<sup>ème</sup> éd., 2016 Bâle, art 302 CPP N 7 et la référence citée ; DONATSCH/HABSIKOB/LIEBER, *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Zürich/Bâle/Genève 2014, ad art. 302 N 4; BSK StPO-HAGENSTEIN, ad art. 302 N 11.

<sup>16</sup> Cf. pour la norme cantonale zurichoise, art. 167 GOG/ZH, HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010*, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 2017, n. 10 ad art. 167 GOG/ZH

<sup>17</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, art 302 CPP N 2.

n'est pas pertinente en l'espèce puisque, comme nous allons le voir plus loin (ch. 56 ss), même si le devoir prévu par l'art. 35 LACPP/VS n'incombait qu'à l'organe collectif, chaque membre répondrait néanmoins de sa violation de ce devoir sous l'angle pénale, dans l'hypothèse où une telle violation constituerait une infraction.

29. En deuxième lieu, l'art. 35 LACPP/VS soumet « **tout fonctionnaire** » du canton ou de la commune à l'obligation de dénoncer. Le terme de fonctionnaire se rapporte à la personne individuelle qui a un rapport de subordination avec la collectivité publique<sup>18</sup>. Cette notion doit ainsi être distinguée des membres d'une autorité qui sont, quant à eux, les organes élus des collectivités publiques<sup>19</sup>.
30. Finalement, est encore titulaire de l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 35 LACPP/VS « **tout agent de la force publique** » du canton ou de la commune. La force publique se définit comme l'ensemble des formations de la police, de la gendarmerie et des armées, qui sont à la disposition du gouvernement pour assurer le respect de la loi et le maintien de l'ordre<sup>20</sup>.

### C. DESTINATAIRE DE LA DÉNONCIATION : LES AUTORITÉS COMPÉTENTES

31. Selon l'art. 35 LACPP/VS, la dénonciation doit être adressée aux « *autorités compétentes* ». Il se pose la question de l'identité du destinataire ainsi désigné.
32. Le texte de l'art. 302 al. 1 CPP fait également état des « *autorités compétentes* ». Or, selon la doctrine, ce terme fait référence aux autorités de poursuite pénale désignée à l'article 12 CPP, soit la police, le ministère public ou l'autorité chargée de poursuivre les contraventions<sup>21</sup>. Dans le même sens, l'art. 33 al. 1 LaCP/GE précise explicitement que le dénonciateur doit aviser la police ou le Ministère public. Ainsi, il semblerait que, de manière générale, la dénonciation obligatoire d'un crime ou d'un délit

---

<sup>18</sup> BSK StPO-HAGENSTEIN, ad art. 302 N 9.

<sup>19</sup> BSK StPO-HAGENSTEIN, ad art. 302 N 9.

<sup>20</sup> <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/force/34554/locution?q=force+publique#172678>.

<sup>21</sup> MOREILLON/PAREIN-REYMOND, *op. cit.*, art 302 CPP N 5.

poursuivi d'office doit être adressée directement, soit à la police soit au Ministère public.

33. Cette solution s'impose à tout le moins lorsque le dénonciateur est une « *autorité* ». Par définition, celle-ci est en effet investie de pouvoirs décisionnaires. Elle ne répond pas à un tiers, mais elle est souveraine dans son domaine de compétences. On ne voit donc pas à qui elle adresserait sa dénonciation, si ce n'est à l'autorité de poursuite pénale compétente.
34. La solution se discute davantage en ce qui concerne le membre d'une autorité, ou le fonctionnaire. En effet, le membre d'une autorité répond à celle-ci, en vertu du devoir de collégialité ; quant au fonctionnaire, il est, par définition, subordonné à une collectivité publique, dirigée par une autorité. Partant, il est également concevable que l'« *autorité compétente* » que les membres d'une autorité, les fonctionnaires et les agents de la force publique doivent aviser des infractions qu'ils constatent, est, précisément, l'autorité à laquelle il répondent, sachant que celle-ci, à son tour, a le droit (la « *compétence* ») et l'obligation de dénoncer cette infraction aux autorités pénales, si tant est qu'elle lui paraît avérée.
35. Un tel système en cascade peut se prévaloir des règles sur le *whistleblowing*. En effet, le membre d'une autorité, le fonctionnaire ou l'agent de la force publique qui constate une infraction se voit en quelque sorte imposer par l'art. 35 LACPP/VS d'agir comme un *whistleblower*. Or, en droit privé, la jurisprudence a retenu que l'employé qui constatait une infraction devait d'abord s'en ouvrir à l'entreprise qui l'emploie, afin que celle-ci puisse prendre les mesures nécessaires ; ce n'est que si cette démarche n'a pas eu d'effet, ou qu'on peut raisonnablement supposer qu'elle sera inutile, qu'il peut s'adresser directement à des tiers<sup>22</sup>. C'est précisément le système que promeuvent les commentateurs de la norme zurichoise édictée en application de l'art. 302 al. 2 CPP<sup>23</sup>
36. Un tel système garantit aussi le fonctionnement rationnel d'une administration hiérarchisée. Si chaque membre de l'autorité, chaque fonctionnaire, a individuellement l'obligation de dénoncer directement au Ministère public les infractions dont il a connaissance, cela revient à court-circuiter l'arbitrage que doit faire l'autorité entre

<sup>22</sup> ATF 127 III 310 c. 5a

<sup>23</sup> HAUSER/SCHWERI/LIEBER, *op. cit.*, n. 10 ad art. 167 GOG/ZH

l'obligation de dénoncer, d'une part, et les diverses autres obligations avec lesquelles cette obligation peut entrer en conflit.

37. Au demeurant, la solution consistant à dénoncer les faits de nature pénale à la hiérarchie, et non au Ministère public directement, est expressément prévue par les législations neuchâteloise et fribourgeoise, à tout le moins.
38. En fin de compte, la question du destinataire de la dénonciation est liée à celle de la prééminence dont jouit l'obligation de dénoncer. Si l'obligation de dénoncer incombant à l'autorité n'est qu'une obligation parmi d'autres, entre lesquelles l'autorité doit arbitrer dans le cas particulier, alors il s'impose de prévoir que les membres d'une autorité et les fonctionnaires doivent dénoncer l'infraction dont ils ont connaissance à l'autorité dont ils répondent, précisément afin qu'elle puisse faire cet arbitrage. En revanche, si l'obligation prévue par l'art. 35 LACPP/VS a priorité sur les autres obligations de l'autorité, alors il n'est pas d'emblée exclu que la dénonciation doive se faire directement au Ministère public (comme le prévoit par exemple la législation genevoise).
39. En l'espèce, je conclus donc que si les conseils municipaux des Communes décidaient de dénoncer les infractions potentiellement commises lors de l'augmentation de capital de CMA, elles devraient alors s'adresser à la police ou au Ministère public du canton du Valais. S'agissant des membres des conseils municipaux, et des fonctionnaires qui répondent aux conseils municipaux, la réponse est tributaire de la prééminence que l'on donne, ou non, à l'obligation de dénoncer sur les autres obligations qui incombent à l'autorité. Cette question sera abordée au prochain paragraphe, et dans la mesure où nous concluons à la nécessité d'un arbitrage<sup>24</sup>, nous concluons également à ce que les fonctionnaires et membres de l'autorité adressent leur dénonciation à l'autorité à laquelle ils répondent, et non aux autorités pénales.

---

<sup>24</sup>

Cf. ci-dessous, ch. 54

**D. LA PLACE DE L'ART. 35 LACPP/VS PARMI LES AUTRES  
OBLIGATIONS**

40. Il convient donc de vérifier dans quel environnement cette obligation de droit administratif s'insère, et quel est son statut relativement aux autres.
41. Communes. Selon l'art. 70 al. 1 Cst./VS, les communes jouissent de leur autonomie « *en respectant le bien commun et l'intérêt des autres collectivités publiques* ». Aux termes de l'art. 6 LCo/VS, la commune municipale a de nombreuses attributions dans le contexte de sa mission générale de veiller à l'intérêt public ; on relève notamment la mission de veiller à l'aménagement local, à la construction et l'entretien des bâtiments, rues, routes et chemins municipaux, à la promotion de l'économie locale, etc...
42. Les art. 75 Cst./VS et 144 al. 1 LCo/VS prévoient que les communes sont soumises à la surveillance du Conseil d'Etat. Le Conseil d'Etat peut ordonner l'exécution par un tiers de la tâche que la commune néglige d'entreprendre<sup>25</sup>, voire mettre la Commune sous régie totale ou partielle, après enquête et avertissement, si elle s'écarte de façon constatée de ses devoirs et s'oppose ainsi aux ordres du gouvernement, ou met considérablement en péril ses biens et l'équilibre de leurs finances<sup>26</sup>.
43. On déduit de ces principes, en creux, une obligation des communes de respecter le bien commun, de veiller à la conservation des biens et à l'équilibre des finances, de veiller à l'aménagement local, à la construction et l'entretien des bâtiments, rues, routes et chemins municipaux, et de promouvoir l'économie locale.
44. Exécutif communal. Selon l'art. 33 LCo/VS, le Conseil municipal est l'autorité exécutive et administrative ordinaire de la commune, qui exerce toutes les attributions que ni la loi, ni les règlements n'accordent aux autres autorités municipales. Le Conseil municipal administre notamment les services publics, gère les finances et conduit les affaires courantes (art. 35 al. 2 lit. a, d et 3 LCo/VS).

---

<sup>25</sup> Art. 150 LCo/VS

<sup>26</sup> Art. 151 LCo/VS

45. L'art. 87 al. 1 LCo/VS instaure le principe que « *[l]es membres des autorités d'une collectivité de droit public et de leurs commissions sont tenus d'accomplir consciencieusement les devoirs de leurs charges* ». L'alinéa 2 du même article prévoit que le règlement du conseil général ou un règlement interne du conseil municipal peut prévoir des sanctions disciplinaires sous forme d'amendes allant jusqu'à CHF 1'000.-.
46. La LCo/VS est cependant très succincte sur le contenu de ces devoirs. Ainsi, l'art. 88 LCo/VS prévoit un secret de fonction, dont les règlements communaux précisent les modalités (art. 16 RCIO/Crans-Montan ; art. 16 RCO/Icogne). L'art. 92 LCo/VS prévoit le devoir de tout membre de l'autorité et de tout fonctionnaire de renseigner son successeur sur les affaires en cours. L'art. 8 RIOC/Crans-Montana instaure un devoir de réserve.
47. Au-delà de ces devoirs, qui concernent surtout les modalités d'exercice des fonctions, la loi n'est guère loquace sur les devoirs essentiels des membres d'une autorité. Selon nous, les devoirs des conseillers municipaux sont directement déduits de ceux de la Commune ; ainsi, ils doivent, eux aussi, respecter le bien commun, et exercer leur mandat en veillant à la conservation des biens et à l'équilibre des finances, à l'aménagement local, à la construction et l'entretien des bâtiments, rues, routes et chemins municipaux, et de façon à promouvoir l'économie locale.
48. Fonctionnaires. Le statut des fonctionnaires peut être fixé par voir de règlement élaboré par l'organe exécutif de la commune municipale ou bourgeoisiale ; à défaut, les dispositions cantonales sont applicables par analogie (art. 95 al. 1 LCo/VS). Aux termes de l'art. 20 de la Loi sur le personnel de l'Etat du Valais (LcPers/VS), l'employé est tenu de fournir des prestations de qualité, et accomplit ses tâches dans un souci d'efficacité, de conscience professionnelle, de réserve, de loyauté et de fidélité à son employeur (al. 1). L'employé doit agir, en toutes circonstances, de manière professionnelle et conformément aux intérêts de l'Etat et du service public, dans le respect des normes en vigueur, des missions, des objectifs et des instructions de ses supérieurs (al. 2).
49. Appréciation. Le Message à l'appui du projet de Code de procédure pénale retient que l'obligation de dénoncer au sens de l'art. 302 al. 2 CPP, « *réglé[e] de manière plus ou*

*moins détaillée selon les codes de procédure pénale actuels », relève, en fin de compte, « plus du droit administratif que de la procédure pénale »<sup>27</sup>.*

50. Selon nous, il est permis de déduire de ce passage que le législateur fédéral n'a pas entendu faire des autres autorités de droit fédéral, cantonal ou communal des organes de la poursuite pénale, en leur imposant par la force dérogatoire du droit fédéral une obligation qui primerait toute autre considération. Au demeurant, certaines dispositions cantonales prises en application de l'art. 302 al. 2 CPP prévoient expressément que les autorités peuvent s'abstenir de la dénonciation si l'opportunité le commande<sup>28</sup>, et certains auteurs estiment que l'art. 302 al. 2 CPP ne fait qu'instaurer une faculté au bénéfice des cantons<sup>29</sup>.
51. En partant dès lors du principe que l'autorité de l'obligation de dénoncer prévue par l'art. 35 LACPP/VS lui est conférée par le législateur cantonal, nous ne discernons pas de base qui permettrait de conférer à cette obligation une prééminence relativement aux autres obligations d'une commune, également prévues par le droit cantonal. Le droit cantonal impose ainsi aux communes de dénoncer les infractions dont elles ont connaissance, mais il leur impose également de veiller à la solidité des finances et à la promotion de l'économie locale. Il n'existe pas, non plus, de règle expresse guidant la commune dans son arbitrage entre l'une et l'autre si leurs prescriptions concrètes sont en conflit.
52. Lorsque l'infraction en question est de nature patrimoniale, et qu'elle lèse la commune même, l'obligation de dénoncer de celle-ci entre en conflit avec l'obligation de veiller aux finances de la commune. Une plainte prématurée peut être tactiquement inopportune, et risque par ailleurs s'avérer coûteuse puisque la commune engagera des frais qu'une analyse plus approfondie l'aurait peut-être dissuadée d'exposer. Partant, dans un tel cas de figure à tout le moins, la commune doit se voir reconnaître une marge d'appréciation quant au degré de vraisemblance de la commission d'une infraction qui justifie une dénonciation<sup>30</sup>, et quant au moment le plus opportun pour

---

<sup>27</sup> Messages CPP, FF 2006 1057 ss., 1242

<sup>28</sup> Art. 156 LJ/FR

<sup>29</sup> JOSITSCH, *Grundriss des Schweizerischen Strafprozessrechts*, Zurich 2013, § 59; MAITRE, *Commentaire romand*, n. 6 ad art. 302 CPP

<sup>30</sup> Cf. une décision bâloise en ce sens : AppGer/BS, VD.2014.203, c. 3.2.



porter l'affaire au pénal. Ce qui précède vaut *a fortiori* lorsque, comme en l'espèce, le dépôt d'une plainte pénale peut, de plus, entraîner une escalade du conflit avec l'auteur supposé, au détriment d'autres missions de la commune, comme la promotion de l'économie locale. En résumé, l'art. 35 LACPP/VS ne peut avoir pour but de limiter la marge de manœuvre tactique d'une collectivité publique lésée à la manière d'une personne privée.

53. En d'autres termes, les considérations qui précèdent tendent à démontrer que l'art. 35 LACPP/VS n'instaure pas une obligation prioritaire, qui prime en toute hypothèse toute autre considération, mais une mission, parmi d'autres, entre lesquelles le conseil municipal peut être conduit à faire un arbitrage. La définition d'une règle de conflit générale excèderait les limites de la question qui nous est posée. Il suffit de constater que dans le cas qui donne lieu à la question qui nous est posée, une marge d'appréciation doit être reconnue à la commune.
54. Dans la mesure où un arbitrage entre devoirs en conflit les uns avec les autres peut être requis, il s'impose de prévoir que l'autorité à laquelle les fonctionnaires et membres d'une autorité doivent dénoncer une infraction lorsqu'elles en ont connaissance est l'autorité hiérarchique, précisément pour qu'elle ne soit pas privée de cet arbitrage par une communication directe au Ministère public. Une telle solution a, de plus, l'avantage de ne pas causer de conflit avec le secret de fonction et de décharger le fonctionnaire, respectivement le membre de l'autorité, des délicates pesées d'intérêts auxquelles il pourrait se sentir appelé si l'ouverture d'une procédure pénale ne dépendait directement que de lui.

## **V. SANCTIONS**

### **A. SANCTION PÉNALE**

#### **a) Punissabilité des Communes**

55. Lorsqu'on se pose la question d'une éventuelle sanction pénale à la violation de l'obligation de dénoncer une infraction dont on acquiert connaissance, il convient d'abord de se poser la question d'une éventuelle punissabilité des Communes elles-mêmes, dès lors que celles-ci, en tant qu'« *autorités* », sont tenues de cette obligation. La réponse est clairement négative. Bien que, selon l'art. 102 al. 4 let. b du Code pénal (CP), les personnes morales de droit public peuvent, dans certaines circonstances, être tenues responsables pénalement, les corporations territoriales (Confédération, cantons et communes politiques) sont expressément exclues<sup>31</sup>.

#### **b) Punissabilité des membres des Conseils communaux**

56. Ensuite, dès lors que l'éventuelle carence de la Commune découle d'une décision (ou d'une absence de décision) du conseil municipal, soit un organe collégial, il y a lieu de se demander dans quelle mesure chaque membre pris individuellement répond de la violation des devoirs incombant à l'organe dont il fait partie.

57. Selon la doctrine et la jurisprudence, chaque membre répond de la violation des devoirs qui incombent à un organe collectif ou collégial, à moins de s'être expressément opposé à la majorité quant à cette décision litigieuse et d'avoir entrepris tout ce qui peut être raisonnablement exigé pour empêcher la commission de l'infraction<sup>32</sup>. A cette condition seulement, le lien de causalité entre le comportement individuel et la violation de la loi par une décision collective sera alors interrompu<sup>33</sup>.

---

<sup>31</sup> DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *Petit commentaire du Code pénal*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2017, art. 102 CP N 6.

<sup>32</sup> ATF 105 IV 106 ; BURGENER, *La responsabilité pénale du chef d'entreprise*, *Revue de droit pénal suisse*, 2015, vol. 33, no 4, p. 385 et les références citées ; ZIEGLER, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei*

58. A l'inverse, lorsqu'un membre est absent lors du vote, il faut se demander si, en sa présence et avec sa volonté de s'opposer à l'objet soumis au vote, les délibérations auraient débouché sur un résultat différent. Selon une partie de la doctrine, la responsabilité pénale de cet individu dépend de la justification de son absence lors du vote en question, et, sans doute, de ce qu'il savait au sujet de l'ordre du jour.
59. En l'espèce, nous comprenons que plusieurs membres des conseils municipaux ont pris connaissance du Rapport Altenburger. Nous ne savons pas si des débats formels ont eu lieu au sein des conseils municipaux quant à l'opportunité de dénoncer les faits au Ministère public ; autrement dit, si la décision de ne pas dénoncer, en l'état du moins, est expresse ou tacite. Cette question de fait peut ne pas être investiguée, car, dans l'une et l'autre hypothèse, l'inaction de la commune peut être imputée à tous les membres des conseils municipaux qui sont informés des faits que, cas échéant, la Commune aurait dû dénoncer.

**c) Entrave à l'action pénale (art. 305 CP)**

*i) En droit*

60. Selon l'art. 305 CP, « 1. *Celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine ou d'une des mesures prévues aux art. 59 à 61, 63 et 64 sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.*

*Ibis Encourra la même peine celui qui aura soustrait une personne à une poursuite pénale ouverte à l'étranger ou à l'exécution d'une peine privative de liberté ou d'une mesure relevant des art. 59 à 61, 63 ou 64 prononcées à l'étranger pour un des crimes visés à l'art. 101.*

---

*Mehrheitsentscheidungen von Gremien in Aktiengesellschaften, insbesondere des Verwaltungsrates und der Geschäftsleitung*, thèse, Université de Zurich, 2004, 65.

<sup>33</sup> BURGNER, *La responsabilité pénale du chef d'entreprise*, *Revue de droit pénal suisse*, 2015, vol. 33, no 4, p. 385.

*2 Le juge pourra exempter le délinquant de toute peine si les relations de celui-ci avec la personne par lui favorisée sont assez étroites pour rendre sa conduite excusable. »*

61. Au plan objectif, l'article 305 CP implique : une personne (1) soumise à une poursuite pénale ou à l'exécution d'une peine ou d'une mesure (2) et un comportement punissable, qui consiste en la soustraction de la personne susmentionnée à la justice pénale (3).
62. (ad 1) Comme l'auteur de l'entrave doit soustraire une personne à l'action pénale, il ne peut s'agir que d'autrui, et non pas de l'auteur lui-même. Il résulte du texte légal que l'autofavorisation n'est pas punissable<sup>34</sup>. S'il y a eu plusieurs participants à l'infraction préalable, celui qui tente de se soustraire lui-même à l'action pénale n'est pas punissable, même si son acte conduit à soustraire également les autres<sup>35</sup>.
63. (ad 2) Par poursuite pénale, il faut entendre tout acte de la procédure qui tend à établir si et de quelle manière la personne favorisée est punissable<sup>36</sup>. L'entrave peut consister à dissimuler l'existence même de l'infraction, précisément afin de soustraire l'auteur à toute poursuite pénale<sup>37</sup>.
64. (ad 3) L'entrave à l'action pénale se caractérise comme une infraction de résultat. Elle n'est consommée que si le comportement adopté a eu pour effet de soustraire la personne à l'action de la justice pénale durant un certain temps (non insignifiant) ; il n'est pas nécessaire que l'action de la justice pénale soit définitivement empêchée<sup>38</sup>.
65. Le comportement incriminé suppose en général une action, mais l'infraction peut aussi être commise sous la forme du délit d'omission improprement dit, si l'auteur est soumis à une obligation générale d'agir (position de Garant : *Garantenpflicht*)<sup>39</sup>. C'est l'hypothèse qui entre éventuellement en ligne de compte ici, si bien qu'elle sera analysée plus avant.

<sup>34</sup> CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, 3<sup>ème</sup> éd, 2010, art. 305 N 8.

<sup>35</sup> *Idem*, art. 305 N 10.

<sup>36</sup> *Idem*, *op. cit.*, art. 305 N 13.

<sup>37</sup> *Idem*, *op. cit.*, art. 305 N 16.

<sup>38</sup> *Idem*, *op. cit.*, art. 305 N 26.

<sup>39</sup> ATF 123 IV 72, consid. 2; 120 IV 106, consid. c ; 118 IV 309, consid. 1d; CORBOZ, *op. cit.*, art. 305 N 32; DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 305 CP N 21 ; BSK StBG II-DELNON/RÜDY, art. 305 N 25; HEIM, De la situation du garant, JdT 1993 IV 162-165, p. 164 s.

66. D'une façon générale, la position de garant ne résulte pas déjà de n'importe quelle obligation d'agir<sup>40</sup> ; elle doit se fonder sur une obligation d'agir qualifiée, qui résulte soit d'un devoir de protection, soit d'un devoir de contrôle<sup>41</sup>. Selon la jurisprudence, un tel devoir incombe notamment à celui qui, en raison de sa situation juridique, est tenu de protéger un bien donné des dangers qui le menacent<sup>42</sup>. Une obligation légale ne fonde pas forcément un devoir de garant, ce qui est déterminant est la nature du lien, à l'origine de la norme, existant entre la personne qui est ainsi tenue et le bien menacé ou la source de danger<sup>43</sup>.
67. Un tel lien a été reconnu dans deux arrêts relativement anciens, qui ont reconnu coupables d'entrave à la poursuite pénale :
- le fonctionnaire de police qui, en violation de son devoir de fonction, ne dénonce pas une personne dont il sait qu'elle est l'auteur d'une infraction<sup>44</sup>, précisément que sa fonction implique de protéger les biens juridiques contre les dangers qui les menacent (devoir de protection) ;
  - le garde-chasse qui omet de dénoncer une infraction alors qu'une norme de droit cantonal l'obligeait à dénoncer les violations des règles concernant la chasse<sup>45</sup>, ce qui se comprend, puisque sa fonction implique précisément de protéger la faune, notamment en dénonçant, à des fins de répression visant à empêcher la récurrence, les infractions en matière de chasse.
68. Certains auteurs ont critiqué cette conception assez restrictive. Ainsi, par exemple, WEBER-CANDRIAN estime qu'il n'était pas nécessaire, pour fonder la culpabilité du garde-chasse du fait d'entrave, de constater qu'il est dans une situation comparable à un policier ou à une autorité de poursuite pénale<sup>46</sup> ; cet auteur estime que l'exercice d'une fonction publique ou d'une tâche de droit public et, d'autre part, l'existence d'une obligation de dénoncer en vertu du droit cantonal, suffit pour lui attribuer une

---

<sup>40</sup> ATF 113 IV 68 c. 5a

<sup>41</sup> ATF 120 IV 98, consid. 2c, JdT 1996 IV 45 ; 117 IV 467, consid. 3, JdT 1993 IV 149 ; 106 IV 276, JdT 1982 IV 20 ; DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 305 CP N 21.

<sup>42</sup> ATF 123 IV 79, consid. 2 ; 120 IV 98, consid. 2c.

<sup>43</sup> ATF 123 IV 79, consid. 2 ; 120 IV 98, consid. 2c.

<sup>44</sup> ATF 109 IV 46, consid. 2c, JdT 1984 IV 18.

<sup>45</sup> ATF 74 IV 164, JdT 1948 IV 181.

<sup>46</sup> WEBER-CANDRIAN, *op. cit.*, p. 141.

position de garant<sup>47</sup>. En particulier, il conclut que les agents des Offices de poursuites et faillites sont, en vertu de leur fonction, également responsables de la poursuite pénale pour tout ce dont ils ont connaissance dans leur domaine d'activité, lorsqu'ils soient soumis à une obligation de dénoncer (« *Anzeigepflicht* ») au niveau cantonal<sup>48</sup>.

69. DELNON/RÜDY sont également d'avis qu'une obligation de dénoncer (*Anzeigepflicht*), contrairement à une obligation de renseigner (*Meldepflicht*)<sup>49</sup>, crée à elle seule une position de garant<sup>50</sup>. La distinction entre *Meldepflicht* et *Anzeigepflicht* a vraisemblablement trait à l'autorité compétente pour connaître de la communication ; si l'information doit être relayée à une autorité administrative ou civile, on parle alors d'une obligation de renseigner<sup>51</sup>, d'annoncer<sup>52</sup> ou encore de signaler<sup>53</sup> tandis que si un événement doit être rapporté aux autorités pénales, il est communément fait référence à une obligation de dénoncer.
70. Toutefois, ces opinions restent minoritaires. La doctrine majoritaire qui traite du cas particulier de l'entrave à l'action pénale est d'avis qu'un devoir de dénonciation, imposé à tous les fonctionnaires par le droit cantonal (art. 302 al. 2 CPP), ne suffit pas pour créer une position de garant<sup>54</sup>. A l'appui de leur position, STRATENWERTH/BOMMER citent notamment l'ATF 74 IV 106 du garde-chasse et

---

<sup>47</sup> *Ibidem.*

<sup>48</sup> *Ibidem.*

<sup>49</sup> Arrêt du TF 6S.163/2004.

<sup>50</sup> BSK StGB II-DELNON/RÜDY, art. 305 N 25; WEBER-CANDRIAN, *Anzeigepflicht, Anzeigezwang der Betreibungs- und Konkursbeamten*, BISchK 2000, p. 131ss, p. 141.

<sup>51</sup> En vertu de l'art. 24 de l'Ordonnance sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité OPC-AVS/AI, (note marginale « *obligation de renseigner* »), l'ayant droit ou son représentant légal ou, le cas échéant, le tiers ou l'autorité à qui la prestation complémentaire est versée, doit communiquer sans retard à l'organe cantonal compétent tout changement dans la situation personnelle et toute modification sensible dans la situation matérielle du bénéficiaire de la prestation.

<sup>52</sup> P. ex. l'art. 4 de la Loi sur les télécommunications, LTC (note marginale « *obligation d'annoncer* ») qui prévoit que quiconque fournit un service de télécommunication doit l'annoncer à l'Office fédéral de la communication.

<sup>53</sup> P. ex. l'art. 26 de Loi concernant l'impôt sur les successions et donations, LISD (note marginale « *obligation de signaler* ») du canton de Berne qui prévoit que toutes les autorités, tous les agents et agentes du canton de Berne et des communes, ainsi que les notaires qui pratiquent dans le canton de Berne, sont tenus de signaler à l'Intendance cantonale des impôts, dans les 30 jours, les cas donnant lieu à une taxation dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur fonction officielle.

<sup>54</sup> PITTELOU, *Code de procédure pénale suisse*, 2012, art. 299-305 N 730 ; CORBOZ, *op. cit.*, p. 608 N 3 ; STRATENWERTH/BOMMER, *Schweizerisches Strafrecht Besonderer Teil II: Straftaten gegen Gemeininteressen*, 7<sup>ème</sup> éd., 2013, § 57 N 11; CASSANI, *Commentaire du droit pénal suisse*, vol. 9, 1996, art. 305 N 20.

indiquent que dans ce cas, le Tribunal fédéral a considéré que le prévenu avait une position de garant car la norme de droit cantonal lui imposait une obligation de dénoncer pour des raisons particulières (« *aus einem besonderen Grunde zur Anzeige verpflichtet* »)<sup>55</sup>. Or, une obligation générale de dénoncer imposée à tous les fonctionnaires ou employés ne remplit pas ce critère<sup>56</sup>.

71. Dans un arrêt publié aux ATF 118 IV 309, le Tribunal fédéral a tranché en faveur du courant majoritaire, et décidé qu'un fonctionnaire de l'université de Genève, soumis à l'obligation de dénoncer prévue par l'art. 11 aCPP/GE et dont la teneur était très similaire à celle de l'art. 35 LACPP/VS, ne s'était pas rendu complice par omission de l'escroc dont il connaissait les crimes, mais qu'il a renoncé à dénoncer, précisément parce qu'il n'avait pas, de par sa fonction, de devoir de protection contre le délit en question, ni de devoir de surveillance de l'escroc résultant d'un rapport hiérarchique, par exemple.
72. Le considérant déterminant est le suivant (consid. 1d) : « *En définitive, la cour cantonale a estimé pouvoir déduire un devoir juridique de dénonciation en se fondant sur l'art. 11 du Code de procédure pénale genevois, qui prévoit l'obligation pour tout fonctionnaire de dénoncer immédiatement au Procureur général les crimes ou les délits dont il aurait connaissance dans l'exercice de ses fonctions. Cependant, le recourant n'avait pas pour mission de collaborer avec des autorités de police ou de poursuite pénale. Cette disposition lui imposait donc une obligation indépendante du travail concret qui lui était confié. Il s'agit en réalité d'une mesure générale destinée à favoriser l'application du droit pénal par la collaboration de l'ensemble des serviteurs de l'Etat. Si la violation d'une telle obligation peut constituer une faute disciplinaire, la doctrine admet qu'une telle obligation très générale ne suffit pas pour créer une position de garant* (STRATENWERTH, *op.cit.* p. 376 No 13; NOLL/TRECHSEL, *op.cit.* p. 199). L'opinion de ces auteurs correspond à celle émise par le Tribunal fédéral au sujet du devoir général de fidélité à l'égard de l'employeur, prévu à l'art. 321a al. 1 CO (ATF 113 IV 73 consid. 6a); elle doit être approuvée. Admettre que tous les fonctionnaires, indépendamment de leur mission, peuvent être tenus pour complices du seul fait qu'ils n'ont pas dénoncé une infraction dont ils ont eu

<sup>55</sup> STRATENWERTH/BOMMER, *op. cit.*, § 57 N 11.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

*connaissance à l'occasion de leur travail (alors qu'ils pouvaient penser que l'auteur récidiverait, sans évidemment souhaiter une telle éventualité) reviendrait à étendre exagérément la portée de l'art. 25 CP. »*

73. Dans un arrêt plus récent publié aux ATF 123 IV 70, le Tribunal fédéral a jugé qu'un taxidermiste ne se trouvait pas, non plus, dans une position de garant qui justifie sa condamnation pour entrave à l'action pénale par omission s'il n'a pas annoncé, comme il en a l'obligation en vertu de la réglementation sur la chasse, des animaux protégés qui lui ont été confiés pour naturalisation<sup>57</sup>. A cette occasion notre Haute Cour a déclaré ce qui suit : *« Alors que le garde-chasse est chargé de veiller au respect des règles concernant la chasse, ce qui lui confère dans le domaine de ses attributions un rôle analogue à celui d'un policier, le taxidermiste exerce une activité indépendante qui ne fait pas de lui un auxiliaire de l'Etat dans la surveillance de la chasse. »*<sup>58</sup>.
74. La jurisprudence comporte encore la trace d'un classement, en 2016, d'une procédure ouverte pour entrave à l'encontre d'un fonctionnaire genevois directeur du domaine « *Droit et risques* » d'un département, qui avait omis de dénoncer un comportement suspect de corruption d'un collègue, contrairement à ce que lui imposait l'art. 33 LACP<sup>59</sup>.
75. Ainsi, il ressort de la jurisprudence, approuvée par la doctrine majoritaire, a décidé que les personnes qui ont une obligation légale générale de dénoncer les infractions dont elles ont connaissance, sans avoir pour autant la mission d'assister la justice pénale, n'occupent pas une position de garant, sous l'angle de l'art. 305 CP, si bien qu'ils ne se rendent pas coupable d'entrave à la justice s'ils violent leur obligation de dénoncer<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> ATF 123 IV 70.

<sup>58</sup> ATF 123 IV 70, consid. 2.

<sup>59</sup> TF, 6B\_ 1176/2016, en fait, B

<sup>60</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1d; 118 IV 244, consid. 2b ;

DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 11 CP N 10.



ii) *En l'espèce*

76. En l'espèce, un avis de droit indique que le Conseil d'administration de CMA s'est potentiellement rendu coupable de plusieurs infractions. Les deux premiers éléments constitutifs de l'infraction d'entrave à l'action pénale, soit la présence d'une personne soumise à une mesure pénale, paraissent ainsi remplis.
77. Par ailleurs, dans la mesure où les Communes n'ont pas ce jour pas dénoncé les infractions potentiellement commises lors de l'augmentation de capital de CMA, et pourraient continuer à ne pas le faire, une poursuite pénale contre les membres du conseil d'administration de CM a été à tout le moins retardée, et pourrait l'être encore davantage.
78. Toutefois, se pose la question de savoir si les conseillers municipaux ont l'obligation juridique d'agir en raison d'une position de garant. Dans la négative, en effet, l'infraction n'entre pas en ligne de compte.
79. L'art. 35 LACPP/VS impose l'obligation à « toute autorité » de dénoncer les infractions se poursuivant d'office. Cependant, selon la jurisprudence et la doctrine exposée ci-dessus, cette seule obligation générale ne fonde pas une obligation de garant<sup>61</sup>. Il faut un devoir de protection particulier, découlant de la mission dont est investie l'autorité.
80. Les infractions dont il est question sont de nature à léser les intérêts pécuniaires des Communes, actionnaires minoritaires dont la participation a perdu en valeur suite à l'augmentation de capital suivie d'un rachat de biens. Certes, les Communes doivent bien veiller à leurs intérêts pécuniaires, mais cette obligation de protection-là, qui porte sur le bien juridique du patrimoine, ne nous paraît pas pertinente dans le contexte de l'art. 305 CP, qui protège l'administration de la justice.

---

<sup>61</sup> les cas de jurisprudence précités portent toujours sur des fonctionnaires et que la doctrine parle également du devoir de dénoncer imposé à « tous les fonctionnaires ». Cela étant, nous sommes d'avis que les principes développés en matière de position de garant peuvent s'appliquer par analogie à toutes les personnes qui exercent une fonction publique, y compris aux membres d'une autorité (DUPUIS/MOREILLON/PIGUET/BERGER/MAZOU/RODIGARI, *op. cit.*, art. 11 CP N 10).

81. Il faudrait donc, pour affirmer la position de garant, que la Commune, et par extension, les membres de leurs conseils municipaux, ait pour mission de veiller au bien juridique protégé par l'art. 305 CP, qui est l'administration de la justice pénale. Or, la Commune n'a précisément pas pour mission de collaborer avec les autorités de police ou de poursuite pénale en vue de la répression des infractions contre le patrimoine ; les seules attributions de police qui sont conférées sont la police locale<sup>62</sup>. Partant, l'obligation toute générale faite aux Communes de dénoncer les infractions dont elle a connaissance ne lui confère pas une position de garant, en raison de laquelle l'omission de dénoncer certains faits à coloration pénale commis dans le contexte de la gestion de CMA se qualifierait d'entrave à l'action pénale.
82. Nous concluons donc, avec un haut degré de certitude, que les conseillers municipaux ne se sont pas rendus coupables de l'infraction à l'art. 305 CP en ne dénonçant pas les faits apparus à la lecture du Rapport ALTENBURGER, respectivement ne risquent pas d'être tenus coupables s'ils persistent à ne pas les dénoncer, en raison de l'absence d'une position de garant déjà.
83. Le risque pénal d'une abstention de dénoncer les faits apparaît d'autant plus bas que, dans l'hypothèse où, par impossible, on considérerait que les éléments constitutifs de l'infraction d'entrave étaient réunis, nonobstant ce qui précède, les membres des conseils municipaux pourraient plaider qu'ils doivent être exonérés en vertu de l'art. 17 CP (état de nécessité). L'art. 17 CP prévoit en effet que « *[q]uiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants* ». Les conséquences prévisibles dans l'hypothèse où le conflit s'accentuerait en raison du dépôt d'une dénonciation pénale permettent de plaider l'état de nécessité, et cela d'autant plus, à notre sens, que les infractions dont il est question sont patrimoniales et ont lésé les Communes seraient elles-mêmes.

---

<sup>62</sup> Art. 6 al. 1 (notamment let. b) LCo/VS *a contrario*

**d) Complicité de faux dans les titres, obtention frauduleuse d'une constatation fausse, escroquerie, gestion déloyale**

*i) En droit*

84. Selon l'**art. 25 CP**, « *La peine est atténuée à l'égard de quiconque a intentionnellement prêté assistance à l'auteur pour commettre un crime ou un délit* ».
85. La complicité est une forme de participation accessoire à l'infraction. Elle suppose que le complice apporte à l'auteur principal une contribution causale à la réalisation de l'infraction, de telle sorte que les événements ne se seraient pas déroulés de la même manière sans cet acte de favorisation; il n'est toutefois pas nécessaire que l'assistance du complice soit une condition *sine qua non* à la réalisation de l'infraction<sup>63</sup>.
86. L'assistance prêtée par le complice peut être matérielle, intellectuelle ou consister en une simple abstention<sup>64</sup>. Le complice peut apporter sa contribution jusqu'à l'achèvement de l'infraction; ainsi, dans le cas d'une escroquerie ou d'un faux dans les titres, l'assistance du complice peut intervenir jusqu'à l'encaissement des fonds par lequel l'auteur cause le dommage, respectivement jusqu'à l'atteinte aux intérêts pécuniaires d'autrui<sup>65</sup>. Le complice doit avoir l'intention de favoriser la commission de l'infraction, mais le dol éventuel suffit<sup>66</sup>.
87. La complicité par omission est en soi concevable, mais elle suppose que le complice ait eu l'obligation juridique d'agir<sup>67</sup>. C'était précisément le débat dans l'arrêt ATF 118 IV 309, rapporté ci-dessus. En ne dénonçant pas l'auteur d'une série d'infractions contre le patrimoine, le prévenu avait favorisé la commission par l'auteur d'autres infractions.

<sup>63</sup> ATF 121 IV 109, consid. 3; 119 IV 289; 118 IV 309, consid. 1a; 109 IV 149 consid. 3; 108 Ib 302 consid. 3a.

<sup>64</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1a; 79 IV 146.

<sup>65</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1a; 107 IV 2; 106 IV 296.

<sup>66</sup> ATF 118 IV 309, consid. 1a; 109 IV 150 consid. 4; 108 Ib 302 consid. 3b.

<sup>67</sup> ATF 121 IV 109, consid. 3b; 118 IV 309, consid. 1c et les références citées; 79 IV 147; BSK Strafrecht-FORSTER, art. 25 N 50.

88. Subjectivement, il faut que le complice sache ou se rende compte qu'il apporte son concours à un acte délictueux déterminé et qu'il le veuille ou l'accepte ; à cet égard, il suffit qu'il connaisse les principaux traits de l'activité délictueuse qu'aura l'auteur, lequel doit donc avoir pris la décision de l'acte<sup>68</sup>. Le dol éventuel suffit pour la complicité<sup>69</sup>.

*ii) En l'espèce*

89. En l'espèce, la question de savoir si les conseillers municipaux revêtent une position de garant se pose de manière similaire que pour la commission d'une entrave à l'action pénale, de sorte qu'il sera renvoyé aux développements faits ci-dessus.

90. Il y a toutefois une importance notable : le bien juridique protégé par certaines des infractions en question est le patrimoine. Or, la Commune a notamment pour devoir de veiller à la conservation de son propre patrimoine. Il paraît ainsi vraisemblable qu'en ce qui concerne le patrimoine de la Commune, les conseillers municipaux ont une position de garant. Par conséquent, en laissant sciemment commettre une infraction contre le patrimoine de la commune, ils risqueraient d'être tenus complices de celle-ci.

91. Cela étant, il n'est pas question d'une telle constellation en l'espèce. Les infractions d'escroquerie, de faux dans les titres, de gestion déloyale ou d'obtention frauduleuse d'une constatation fausse évoquées dans le Rapport Altenburger ont *déjà* été achevées. Une complicité n'est plus concevable en ce qui les concerne.

92. Par ailleurs, ni la nature des infractions, ni le contexte général porté à notre connaissance, ne conduisent à la conclusion qu'il y aura d'autres infractions du même type à l'avenir, prévisibles avec suffisamment de précision. Partant, en ne dénonçant pas les infractions commises lors de l'augmentation de capital de CMA, les conseillers municipaux ne risquent pas, non plus, d'être tenus complices d'infractions futures du même genre que l'un des membres du conseil d'administration de CMA commettrait.

---

<sup>68</sup> ATF 121 IV 109, consid, 3.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

## **B. SANCTIONS DISCIPLINAIRES**

### **a) Membres des autorités d'une collectivité de droit public**

93. Comme vu ci-dessus, l'**art. 87 LCo/VS**, prévoit que « *1. Les membres des autorités d'une collectivité de droit public et de leurs commissions sont tenus d'accomplir consciencieusement les devoirs de leurs charges.*

*2. Le règlement du conseil général ou un règlement interne du conseil municipal peut prévoir des sanctions sous forme d'amendes jusqu'à 1'000 francs à l'encontre des membres désignés à l'alinéa 1 qui, en dépit d'un avertissement, négligent leurs devoirs. L'intéressé doit être entendu avant le prononcé de la sanction. »*

94. Les Communes de Crans-Montana et d'Icogne, à tout le moins, on fait usage de cette faculté, et ont prévu des amendes disciplinaires à l'art. 15 de leur Règlement d'organisation communal.

95. Cela étant, une amende de ce type n'entre pas en considération en l'espèce. En effet, tous les membres du Conseil municipal sont informés des faits rapportés dans le Rapport ALTENBURGER, et la décision de ne pas dénoncer ceux-ci à l'autorité pénale procède d'une décision – expresse ou tacite – collective. Il n'y a donc, en tout état, pas manquement d'un ou plusieurs membres du conseil municipal, que le conseil en tant que collège pourrait sanctionner.

### **b) Collectivités de droit public**

96. Comme vu ci-dessus, le Conseil d'Etat, autorité de surveillance des communes, peut faire procéder à l'exécution par un tiers en cas de carence ponctuelle, voire à la mise sous régie partielle ou totale en cas de carence systémique.

97. Nous n'entrevoions pas de risque de ce point de vue. A supposer que le Conseil d'Etat ait connaissance du Rapport Altenburger et qu'il estime que les faits qui y sont contenus doivent être portés à la connaissance des autorités pénales, il les dénoncerait au Ministère public, en vertu de sa propre obligation déduite de l'art. 35 LACPP/VS,

plutôt que de procéder à l'exécution par un tiers au sens de l'art. 150 LCo/VS. Quant à l'hypothèse d'une mise sous régie en raison de l'omission de dénoncer, sa probabilité est évidemment nulle.

  
Daniel KINZER, 9.10.2018