

Quels sont les risques encourus par les Commissaires aux comptes en cas de révélation ou d'absence de révélation ?



André-François BOUVIER
Avocat

Je vous remercie de me donner la parole. J'ai cru un instant que vous alliez me la retirer, puisque vous m'avez présenté comme quelqu'un qu'il n'est pas agréable de rencontrer ! En général, cela se passe assez bien dans nos cabinets, c'est beaucoup plus agréable que dans des locaux de garde à vue.

Mon propos est effectivement d'essayer de vous éclairer sur la responsabilité qui découle de la charge que vous avez de révéler. Cette responsabilité étant double, puisqu'il y a une responsabilité en cas de non-révélation, vous la connaissez bien, elle a une dimension pénale, disciplinaire et civile et il y a également une responsabilité en cas de révélation, qui est moins connue, moins lourde, mais qui existe toutefois.

Nous allons commencer par les risques encourus par le Commissaire aux comptes qui révèle.

Parler de la responsabilité de celui qui révèle, cela peut paraître paradoxal, puisque l'article 123-12 du Code de commerce stipule expressément que les Commissaires aux comptes révèlent au Procureur de la République des faits délictueux dont ils ont eu connaissance sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation.

Que faire de ce texte et que faire de l'immunité que ce texte prévoit expressément ?

Il y a des exceptions. Il y a eu un certain nombre de procédures qui ont été engagées par des personnes qui se sont senties victimes de révélations abusives et de révélations mensongères.

Il est clair que les tribunaux se sont prononcés et qu'une révélation, si elle est effectivement maligne, si elle est abusive, peut engager la responsabilité de celui qui y procède. Nous avons en jurisprudence des exemples d'un Commissaire aux comptes qui avait adressé 17 lettres de révélation en 6 mois concernant les différentes infractions qu'il voyait dans la société qu'il contrôlait.

Effectivement, ce Commissaire aux comptes a fait l'objet d'une condamnation et d'un relèvement de ses fonctions. Nous sommes dans la caricature. Tout droit peut être sujet à abus et tout abus est sanctionnable.

La question de la responsabilité qui accompagne la révélation se pose de manière, à mon avis, plus importante, pour rebondir sur les propos du Procureur BOUGIE, sur les à côté de cette révélation et notamment sur la nécessité ou non d'informer les organes de direction de la révélation qui a été effectuée.

Vous connaissez là aussi les textes qui régissent votre profession et notamment les articles 123-12 et 123-16 du Code de commerce qui prévoient que vous portiez à la connaissance de l'Assemblée générale ou des organes de gestion de l'entreprise les irrégularités et les inexactitudes que vous constatez dans l'exercice de vos fonctions. Les faits délictueux font partie des irrégularités et il est clair que vous devez porter à la connaissance des organes désignés par les textes ces irrégularités telles que constatées.

Est-ce que porter à la connaissance de ces organes les irrégularités, c'est porter à la connaissance de ces personnes le fait que vous l'avez révélée au Parquet ?

Là, effectivement, il n'y a pas de texte qui prévoit l'obligation d'informer de la révélation de faits



délictueux que vous avez adressée au Parquet. J'ai vu des circonstances de procédures initiées contre des Commissaires aux comptes, parce qu'ils avaient transmis au Président de la société et au Conseil d'administration la copie de la lettre de révélation de faits délictueux. Cette procédure avait été initiée par un cadre dirigeant d'une banque qui avait fait l'objet d'un licenciement qui faisait suite à des actes de malversations et que le Commissaire aux comptes avait révélés.

Cette lettre figurait au dossier que la société avait versé dans le cadre du contentieux prud'homal contre ce salarié. Et ce salarié évoquait une violation du secret professionnel du Commissaire aux comptes, soutenant que le Commissaire aux comptes n'ayant pas l'obligation de fournir à l'entreprise la copie de sa révélation de faits délictueux, il aurait violé son secret professionnel en faisant cette démarche.

On a une jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris de mars 1999 qui ne retient pas cette argumentation et qui exonère le Commissaire aux comptes de responsabilité pour cette diligence. Mais il faut bien reconnaître

que la question pose problème dans la mesure où, effectivement, révéler des faits délictueux au Parquet et éventuellement rendre publique cette révélation par la communication de cette lettre à l'extérieur des organes de poursuite, cela engage évidemment la réputation et l'intégrité des personnes visées par les révélations. N'oublions pas que l'on peut se tromper. Nous avons le droit de nous tromper lorsque nous révélons, le texte le dit : on ne peut pas voir sa responsabilité engagée. Je ne pense pas que l'on puisse avoir le droit de se tromper sans conséquences lorsqu'on rend publique cette révélation.

Comme le disait M. BOUGIE, il y a également un souci dont vous devez effectivement tenir compte, c'est celui de l'utilité de la démarche de révélation par rapport aux poursuites et aux enquêtes que le Parquet va diligenter a posteriori ou qu'il est peut-être déjà en train de diligenter au moment où vous faites votre révélation.

Il est clair que si votre révélation est portée à la connaissance des dirigeants dans le cadre d'infractions complexes et qui mettent en cause une chaîne d'intervenants sur lesquels le Parquet est en train d'enquêter, si effectivement ces personnes sont informées par le Commissaire aux comptes de ce qu'une enquête va être mise en route – ou l'est peut-être déjà – par son intervention auprès du Parquet, cela peut entraîner des disparitions de preuves, des incendies fort opportuns dans les archives de la

société. On ne sait pas. Ce n'est pas une hypothèse d'école. Cela peut poser souci.

Donc, ne confondons pas l'obligation d'informer sur des irrégularités qui effectivement existe et qui doit être menée, avec la faculté d'informer ou de rendre publique la lettre de révélation ou le contenu de la révélation de faits délictueux ainsi que la démarche de révélation des faits délictueux.

Je crois que cela doit être étudié au cas par cas. Si véritablement, vis-à-vis de l'entreprise, vous avez des états d'âme, je comprends que vous en ayez, parce que révéler une infraction vis-à-vis de dirigeants que l'on côtoie, sachant que dans certaines circonstances cela peut modifier vos relations, n'est pas facile, la meilleure approche est de prendre contact avec le Parquet, de discuter avec lui de l'opportunité ou pas d'informer l'entreprise de la démarche qui a été faite.

Voilà ce qui peut être dit quant à l'engagement de la responsabilité de ceux qui procèdent à la révélation.

L'autre volet de la responsabilité en matière de révélation de faits délictueux est l'aspect pénal de l'absence de révélation qui est donc incriminée par l'article 820-7 du Code de commerce.

Cela a été évoqué par mes prédécesseurs. C'est une infraction. La sanction encourue est de 5 ans de prison et de 75 000 euros d'amende. N'oublions pas qu'à côté de cette sanction, les tribunaux tendent de plus en plus souvent à prononcer à titre de peine complémentaire des interdictions d'exercice professionnel. Je crois que c'est la sanction la plus lourde qui puisse exister, du moins quant à l'aspect répressif des choses.

Encore une décision : il y a quelque temps, un Commissaire aux comptes condamné pour non révélation a fait l'objet d'une interdiction d'exercice

professionnel pour 5 ans. Pour lui, c'est terminé et compte tenu de son âge, il passe à une retraite anticipée. Heureusement, d'ailleurs, il peut prendre sa retraite. S'il était dans une situation différente, quel serait son avenir ?



L'appréciation de l'intention de l'auteur de l'infraction, ce n'est pas au Commissaire aux comptes de la faire mais au juge. ”

Quels sont donc les éléments de cette infraction ? Les éléments sont de deux natures. Il y a les éléments matériels d'un côté et, de l'autre côté, l'élément moral de l'infraction.

L'élément matériel est relativement simple du moins dans son énoncé. Il est de s'abstenir de révéler des faits délictueux. Je ne vais pas revenir sur ce qui a été exposé quant à la nature des faits délictueux qui peuvent être révélés, quant à l'étendue du champ d'investigation que le Commissaire aux comptes est censé couvrir.

Il est vrai qu'aujourd'hui, nous sommes dans une phase transitoire assez compliquée du fait de la Loi de Sécurité financière, de la disparition des normes, de l'incertitude qui en résulte pour le Commissaire aux comptes quant au référentiel auquel il pourra se référer dans ses démarches de révélation.

Je persiste à considérer aujourd'hui que nous avons un certain nombre de décisions, notamment à la Cour de Versailles et à la Cour de Caen qui, jusqu'à présent, ont accepté - l'idée que le Commissaire aux comptes se soit rattaché aux prévisions de la circulaire de 1985 et à ses normes professionnelles.

Il faut être particulièrement prudent à ce sujet. Il est vrai que la norme n'est pas conforme à la loi. Si on applique la loi, on révèle tous les faits qui sont susceptibles de recevoir une qualification pénale, ce qui va des infractions à la loi de 1966, à tout un champ vaste d'investigations possibles. Cela peut être l'absence d'extincteurs en nombre suffisant dans l'entreprise ; cela peut être des heures supplémentaires non payées ou dissimulées ; mais cela peut être la voiture mal garée dans la cour ; cela peut être énormément de choses.

Je crois quand même qu'il faut, à un moment donné, placer un curseur. Aujourd'hui, je n'ai pas d'autre élément de référence que la norme et le référentiel professionnels.

Je souligne quand même la faiblesse de ce référentiel vis-à-vis notamment de ce qui est réputé être les caractères intentionnels et significatifs des infractions qui doivent être révélées ou non.

Sur ce point, je crois quand même que la norme est sujette sinon à caution, du moins à des éclaircissements. Pour un juge comme pour un Parquet, il n'y pas d'infraction « non significative ». Un abus de bien social d'un euro, c'est un abus de bien social.

La notion d'élément significatif est une notion d'audit, c'est une notion qui vous permet d'apprécier si vos contrôles doivent porter ou non sur un cer-

tain nombre de postes de comptes qui sont soumis à votre appréciation. Si vous constatez une infraction au moment de l'exercice de votre mission, il est clair que cette infraction est forcément « significative » et vous ne devez pas considérer que, parce qu'elle n'impacte qu'à faible ampleur les comptes, elle ne donne pas lieu à révélation. Cela fait partie du principe d'opportunité des poursuites. Ce n'est pas le Commissaire aux comptes qui en est juge.

Quant à la notion de caractère délibéré, je trouve qu'elle est extrêmement dangereuse pour le Commissaire aux comptes. Nous avons beaucoup de difficultés lorsque nous les défendons à ce sujet. Les Commissaires aux comptes de bonne foi considèrent qu'ils n'ont pas à révéler des infractions qu'ils ne trouveraient pas suffisamment caractérisées quant à l'intention de ceux qui s'y sont livrés.

L'appréciation de l'intention de l'auteur de l'infraction, ce n'est pas le Commissaire aux comptes, c'est le juge qui doit la faire. L'appréciation que vous portez à un moment donné peut être contredite quelques mois après, quelques années après, avec d'autres éléments d'information dont vous ne disposiez pas au moment de votre découverte. Vous pouvez vous laisser convaincre de ce que le dirigeant a agi de bonne foi dans une



démarche qui s'avère constituer les éléments matériels d'un délit, alors que d'autres acteurs et d'autres personnes qui sont, eux, qualifiés pour apprécier l'élément intentionnel seront d'un avis différent. On viendra vous reprocher d'avoir eu cette analyse qui a consisté à dire que cela n'était pas délibéré et donc, que vous ne révéliez pas.

Soyez prudents et n'hésitez pas lorsque vous êtes en face d'éléments matériels suffisamment caractérisés, si l'intention ne vous semble pas être établie, à en parler au Parquet. C'est à lui d'apprécier les intentions et les Parquets, je crois, ne poursuivent pas systématiquement pour le plaisir de poursuivre et pour celui de mettre fin à des exploitations sous le prétexte que des dirigeants pourraient avoir commis des infractions.

Voilà ce que l'on peut dire quant à l'élément matériel de l'infraction de non-révélation des faits délictueux.

Reste l'élément intentionnel : Il faut avoir eu l'intention de ne pas révéler. Je dois dire tout de suite que je suis très embêté. Je n'ai aucune bonne nouvelle de ce côté-là. L'élément intentionnel est toujours supposé. Si on

constate que le Commissaire aux comptes a connu les faits délictueux qui sont reprochés à d'autres personnes et qu'il ne les a pas révélés, c'est qu'il l'a fait de manière intentionnelle.

Il est extrêmement difficile de soutenir qu'on n'avait pas conscience, que l'on n'a pas bien apprécié la situation, que l'on n'a pas eu l'intention de ne pas révéler.

Lorsqu'on est face à cette situation, quand révéler ? Le texte est clair. Il n'y a pas de délai, donc c'est tout de suite.

S'il y a au bulletin de la Compagnie, dans les archives anciennes une décision assez pittoresque où l'on a exonéré de responsabilité un Commissaire aux comptes qui s'était abstenu de révéler pendant 3 ans, aujourd'hui, un délai d'un à deux mois me semble largement suffisant. C'est le délai nécessaire pour l'approfondissement des recherches pour constituer la base de ce qui sera peut-être votre révélation. Au-delà de deux à trois mois, on commence à rentrer dans des turbulences.

Surtout que n'oublions pas que lorsqu'un Commissaire aux comptes constate une infraction, très souvent, en réalité, il n'est pas le premier sur

l'obstacle. Il y a parfois des enquêtes qui ont déjà démarré, des plaintes qui ont déjà été portées à la connaissance des autorités de poursuites et que le Commissaire aux comptes ignore. Cette carence ou ce temps qu'il va prendre pour éventuellement s'assurer que les faits sont caractérisés, que l'infraction existe, pourra être du temps précieux de perdu, car il va peut-être être rattrapé par la convocation des autorités de poursuite. Il sera un peu tard pour dire « justement, j'étais en train de préparer ma révélation ».

Donc, voilà ce que je voulais dire en ce qui concerne les délais de révélation. Il faut essayer d'agir avec célérité en n'oubliant pas que, dans beaucoup de circonstances de révélations, il y a déjà des enquêtes en cours.

Et il me vient en mémoire une procédure où l'un de vos confrères a été condamné pour non-révélation de faits délictueux alors même qu'il découvre dans la presse l'infraction. Le Commissaire aux comptes d'un groupe de sociétés apprend dans la presse que ce groupe fait l'objet d'une enquête à la suite d'une plainte. Il ne connaissait pas les éléments qui étaient portés dans l'article.

En revanche, effectivement, il a investigué au regard de ces éléments. Il a remis un certain nombre d'informations, mais il s'est dit « puisque le Parquet est informé, je n'ai pas à révéler ce qu'il sait déjà ».

En réalité, ce qui lui a été reproché, c'est de ne pas avoir fait cette démarche de révélation, parce qu'il avait fait un certain nombre d'investigations complémentaires. Il ne savait pas si le Parquet en disposait ou pas et de toute façon, même si le Parquet en avait déjà disposé, cela n'était pas une raison pour s'abstenir de révéler. Une condamnation est intervenue dans les circonstances qui me paraissent bien sévères.





Voilà ce que l'on peut dire quant à la responsabilité pénale pour non-révélation de faits délictueux avec ce corollaire extrêmement préoccupant là aussi et dangereux, qui, parfois, conduit les juridictions à aller au-delà de la simple incrimination pour non-révélation des faits délictueux et à poursuivre également le Commissaire aux comptes pour complicité. Et on passe ici d'une démarche où l'on reproche simplement une abstention, à une incrimination où l'on vous reproche une abstention qui a facilité la poursuite des délits principaux.

Nous avons une décision de février 2004 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui valide la condamnation d'un Commissaire aux comptes qui, dans une entreprise où la fraude fiscale semblait s'être instituée au fil des ans sous le regard de l'expert-comptable et du Commissaire aux comptes, ce dernier n'avait pas révélé. La Cour de cassation a considéré que le silence prolongé du Commissaire aux comptes valait encouragement des dirigeants à poursuivre les infractions qu'ils avaient initiées dans le premier temps de leur démarche et, par conséquent, a justifié la poursuite pour complicité.

La poursuite pour complicité, ce n'est pas seulement une augmentation des charges pénales. Évidemment, la complicité, c'est une « criminalité d'emprunt » et celui qui est condamné pour complicité risque des sanctions qui sont identiques à celles de l'auteur principal du délit.

Cela étant, il y a également le problème des réparations civiles qui sont accordées dans le cadre du procès pénal, puisque les coauteurs ou les complices d'une même infraction sont solidairement responsables des conséquences des infractions auxquelles ils ont participé.

Nous passons d'un schéma où l'on est éventuellement uniquement poursuivi

au titre de la non-révélation des faits délictueux et de ses conséquences, à un schéma où l'on est poursuivi et où on doit des dommages et intérêts pour l'ensemble des infractions qui ont été reconnues dans le cadre des poursuites. Et lorsqu'il y a banqueroute ou faillites de sociétés, cela peut amener à être redevable du passif des sociétés faillies.



N'hésitez pas à en parler au Parquet. C'est à lui d'apprécier les intentions.

Je dois apporter une précision au sujet de cette notion de condamnation solidaire avec une évolution récente là aussi de la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui semble, depuis novembre 2004, considérer que le délit de non-révélation pourrait justifier d'une connexité avec les délits non révélés.

Sur ce point, la jurisprudence semble être relativement hésitante. Il y a eu en 1993 une décision qui avait validé un raisonnement par lequel les tribunaux pouvaient admettre que le délit de non-révélation n'était pas connexe au délit non révélé, l'absence de connexité écartant la solidarité des condamnations civiles. En novembre 2004, nous avons une décision qui semble dire qu'une connexité peut être envisagée.

Mais je dois dire qu'à l'examen des faits qui ont donné lieu à cette jurisprudence, nous pourrions également soutenir que nous étions proches d'un cas de complicité puisque la Cour de cassation énonce que la connexité pouvait être retenue dans la mesure où l'ensemble des infractions qui faisaient l'objet des poursuites participaient d'un même concours d'infractions, d'une même intention, d'une intention commune des personnes qui étaient réunies dans le cadre de ce concours d'infraction.

Voilà les dangers de la non-révélation. Ils sont multiples. Ils sont lourds sur le plan pénal, sur le plan civil par cette connexité potentielle et par cette complicité, si la complicité est retenue, étant rappelé que si une condamnation pénale est prononcée par un tribunal, la Compagnie d'assurance aura tendance et sans doute à juste titre à refuser sa garantie.

Donc, véritablement, je rejoins ce que disaient les membres du Parquet. Vous avez beaucoup à perdre à ne pas révéler et une démarche de révélation accompagnée et intelligente peut et doit être effectuée lorsque le Commissaire aux comptes s'interroge sur des infractions probables dans l'entreprise.

Patrick VAN GAVER - Merci, Maître.

Maintenant, nous allons passer aux cas concrets de révélation. Jean-Pierre FAYAUD va nous faire part de son expérience en la matière. ■