

**LE REVISEUR D'ENTREPRISE
ET LE DROIT PENAL**

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	5
INTRODUCTION ET FONDEMENTS DE NOTRE DROIT PENAL <i>J. DE LENTDECKER,</i> <i>Chef de Cabinet du Ministre de la Justice</i>	7
LA PROCEDURE PENALE: PRINCIPES GENERAUX <i>F. PIEDBOEUF, Avocat à Liège</i>	21
QUELQUES INFRACTIONS PENALES DE DROIT COMMUN ET LES INFRACTIONS SPECIFIQUES AU DROIT DES SOCIETES ET COMPTABLE <i>J.P. BONTE, Avocat à Bruxelles</i>	39
LE DROIT PENAL ET L'APPEL PUBLIC A L'EPARGNE <i>Y. STEMPIERWSKY,</i> <i>Attaché à la Commission bancaire et financière</i>	55
LE SECRET PROFESSIONNEL: LA VISION DU MAGISTRAT <i>P. BERNARD, Avocat-Général Cours d'Appel de Mons</i>	71
LE SECRET PROFESSIONNEL ET LE DEVOIR DE DISCRETION DU REVISEUR D'ENTREPRISES, DE L'EXPERT COMPTABLE ET DU CONSEIL FISCAL <i>J. LIEVENS, Avocat à Courtrai</i> <i>Professeur à la Fiscale Hogeschool</i>	85
GEHEIMHOUDINGSPLICHT VAN REGISTERACCOUNTANTS IN NEDERLAND <i>W. HULSHOFF POL, Adjunct-directeur</i> <i>Nederlands Instituut van Registeraccountants</i>	101
LE SECRET PROFESSIONNEL ET DEVOIR DE DISCRETION DES PROFESSIONNELS EN FRANCE	107

AVANT-PROPOS

Les réviseurs d'entreprises sont préoccupés depuis longtemps par la portée de leur secret professionnel. La confiance de leur client ne leur serait pas maintenue s'ils ne gardaient pas une absolue discrétion sur tout ce qu'ils apprennent dans l'exercice de leur profession. Qu'en est-il lorsqu'ils sont contraints par la force publique à l'occasion d'une perquisition ou lors d'un interrogatoire devant un magistrat instructeur? Depuis plusieurs années ces questions font régulièrement l'objet d'interventions auprès des autorités judiciaires et du Ministre de la Justice. Le Conseil de l'I.R.E. a voulu faire le point au cours d'une journée d'études, en présence de représentants des milieux judiciaires.

Dans la préparation de cette journée, il est rapidement apparu que le droit pénal s'insinue de plus en plus dans la vie professionnelle du réviseur. L'idée d'une synthèse sur les relations entre le réviseur d'entreprises et le droit pénal n'a pas manqué de s'imposer.

La présente brochure rassemble les actes de cette journée qui s'est déroulée le 14 décembre 1990. Nous tenons à remercier Monsieur le Ministre de la Justice qui a bien voulu accorder son patronage à cette journée, son Chef de Cabinet, M. J. De Lentdecker, Monsieur l'Avocat Général P. Bernard, parlant au nom de Messieurs les Procureurs Généraux, Monsieur J.-L. Duplat, Président de la Commission Bancaire et Financière, qui a dirigé le panel, ainsi que les autres orateurs qui ont accepté de mettre leur compétence et leur savoir au service de notre profession.

*K.M. VAN OOSTVELDT,
Président de l'I.R.E.*

INTRODUCTION ET FONDEMENTS DE NOTRE DROIT PENAL

J. DE LENTDECKER

Chef de cabinet du Ministre de la Justice

Les organisateurs de ce colloque m'ont demandé de donner une introduction générale à notre droit pénal belge. Ce sera la première partie de mon intervention. Ils m'ont demandé par ailleurs d'introduire le thème de cette journée. Je consacrerai la seconde partie de mon intervention à ce sujet. Je tenterai de planter les jalons du domaine à l'intérieur duquel les différents orateurs inscrits interviendront.

1. LES FONDEMENTS DE NOTRE DROIT PENAL

Eu égard aux différents problèmes qui se sont posés, au cours de l'année écoulée, dans le domaine judiciaire, je crois qu'il est important, pour le sujet que nous abordons aujourd'hui, d'éclairer les fondements de notre régime pénal. Traditionnellement, on entend par droit pénal, l'ensemble des règles de droit qui définissent les circonstances et les conditions dans lesquelles l'accomplissement ou l'omission de certains actes peuvent donner lieu à l'application d'une sanction. Ce sont les organes que le législateur désigne qui sont chargés de prononcer et d'appliquer ces sanctions. Une première distinction qui s'impose en la matière, c'est celle du droit pénal matériel et du droit pénal formel.

Le *droit pénal matériel* comporte l'ensemble des règles qui définissent les conditions dans lesquelles certains actes ou omissions seront qualifiés de répréhensibles. Ces règles définissent également les sanctions pénales qui pourront être infligées, de même que le champ d'application des lois pénales *rationae personae*, *ratione temporis* et *ratione loci*. Pour l'essentiel, ces règles sont reprises dans notre code pénal.

Outre le droit pénal matériel, il existe également un *droit pénal formel*, que l'on appelle la procédure pénale ou l'instruction criminelle. Il s'agit de l'ensemble des règles qui régissent l'action criminelle, l'instruction judiciaire, la poursuite et le jugement des délits. Ces règles définissent également les compétences et l'organisation des institutions de

droit public auxquels le législateur a confié cette mission. Ces règles se retrouvent dans notre code d'instruction criminelle. Encore qu'il s'agisse de deux droits fondamentalement distincts, le droit pénal matériel et le droit formel sont évidemment étroitement liés. Il est évident que le droit pénal matériel se trouve formalisé dans les règles de procédure criminelle. Me. Piedboeuf examinera plus tard les principes généraux de procédure criminelle.

On admet généralement aussi qu'au sein du droit pénal, une distinction soit faite entre le droit pénal général, d'une part, et le droit pénal spécial de l'autre. C'est le dernier qui retiendra surtout notre attention aujourd'hui. Le *droit pénal général* comprend le code pénal de 1867, en ce compris les lois modifiées ou complétées depuis, ainsi que les lois pénales dits complémentaires. Parmi ces lois complémentaires bien connues de tous, signalons la célèbre loi Lejeune de 1888 qui introduit dans notre droit pénal la libération de la condamnation conditionnelles.

Le *droit pénal spécial*, par contre, renvoie à l'ensemble des lois pénales particulières non reprises dans notre code pénal. Ces lois pénales particulières visent surtout certaines catégories de citoyens, ont un champ d'application territorial bien délimité et portent en outre sur des matières particulières ou sur certains aspects de la vie sociale, comme par exemple le droit fiscal ou le droit économique. Messieurs Bonte et Dierckx aborderont dans leurs exposés les aspects particuliers des droits pénaux économique et fiscal. Pour être tout à fait complet, il importe de souligner encore que ces dernières années, le droit pénal spécial a connu un développement considérable, tant sur le plan de la qualité que de celui de la quantité, et à ce propos je me permettrai de renvoyer à l'excellent manuel de droit pénal belge de Lieven Dupont et de Raf Verstraeten que je recommande chaleureusement.

En ce qui concerne les interactions entre le droit pénal général d'une part, et le droit pénal spécial de l'autre, il faut toujours avoir en mémoire le fameux article 100 du Code pénal. Cet article 100 prévoit que les dispositions du premier livre du code pénal seront appliquées aux lois et aux règlements particuliers. Toutefois, un certain nombre d'exceptions sont prévues à ce principe général. La première exception, c'est que précisément ces lois et règlements particuliers peuvent déroger aux principes généraux. Dans cette hypothèse, ce sont les dispositions de ces lois et règlements particuliers qui s'appliqueront et non

pas les principes généraux du code pénal. Lorsqu'aucune dérogation n'est pas expressément prévue, les principes généraux du livre premier du code pénal continueront à s'appliquer.

Deuxième exception à cette règle générale: l'article 100 dispose que le chapitre VII du code pénal ne s'appliquera pas aux lois et règlements particuliers. Ce chapitre VII (les articles 66 à 69) prévoit la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux lois et règlements particuliers, sauf bien entendu stipulation contraire expresse dans ces derniers. Comme c'est le cas le plus souvent, cette exception ne donne guère lieu à des difficultés d'application.

Troisième exception au principe général: sauf disposition contraire, l'article 85 du code pénal qui prévoit les circonstances atténuantes ne s'appliquera pas aux délits sanctionnés par des lois ou des règlements particuliers. Un exemple nous permettra d'illustrer cette exception. L'article 35 de la loi sur la police de la circulation sanctionne par exemple l'ivresse au volant d'une peine de prison de quinze jours au moins et d'une amende de 100 francs au moins, ou d'une de ces peines seulement. Il serait illicite de prononcer une peine inférieure en invoquant les circonstances atténuantes, puisqu'il s'agit d'une loi particulière à laquelle l'article 85 du code pénal ne s'applique pas.

Quatrième exception au principe prévu à l'article 100: les dispositions du livre premier du code pénal ne s'appliqueront pas lorsque cette application aurait pour effet de réduire les peines pécuniaires établies pour assurer la perception des droits fiscaux. Ces peines pécuniaires sont à double nature: il s'agit de peines d'une part, et donc d'amendes et de dommages et intérêts dans la mesure où elles réparent les dommages réputés être portés au trésor.

Cette quatrième exception est assortie de trois restrictions légales. D'abord il ne s'agit que de sanctions pécuniaires et l'application de l'alinéa 2 de l'article 100 ne devra viser qu'à assurer la perception des droits fiscaux. Ce qui veut dire que cette disposition de loi ne s'appliquera qu'à des sanctions prononcées à l'égard de délits impliquant une fraude fiscale. Troisième limite inhérente à cette quatrième exception: l'article 100 ne s'appliquera pas lorsque les principes fondamentaux de notre droit pénal risquent d'être mis en cause, comme, par exemple, l'application du fameux article 71 du code pénal

concernant la force irrésistible à laquelle l'auteur n'a pu résister, un argument que l'on entend souvent plaider devant les tribunaux.

Notre droit pénal belge se caractérise essentiellement par le *principe de la légalité*, ou, en d'autres termes, par son caractère légaliste. Cette légalité concerne la définition des faits répréhensibles et la détermination du taux de la peine. Seules les lois pénales peuvent dire quels sont les actes considérés comme délits et quelles sont les peines auxquelles leur commission peut donner lieu. Tout le monde connaît l'adage «*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*». Notre droit pénal est un droit écrit défini par voie légale : aucun droit pénal sans loi écrite. Je ne m'arrêterai pas aux sources formelles du droit pénal, mais rappellerai d'emblée que l'on assiste à une multiplication d'arrêtés ministériels, de règlements provinciaux et de textes réglementaires, et autres, qu'il faudra prendre en considération comme sources formelles du droit pénal.

En ce qui concerne le *champ d'application* des lois pénales, il y a lieu de faire une triple distinction, à savoir l'application de la loi pénale dans le temps, son application en fonction du lieu et son application à l'égard de la personne. En ce qui concerne l'application de la loi pénale dans le temps, on peut se contenter de rappeler le principe général qui veut que la durée de l'application des lois pénales commence à leur entrée en vigueur pour cesser lors de leur abrogation ou de leur annulation. S'il y a des exceptions à ces principes généraux, nous n'avons guère le temps ici de nous y arrêter. En ce qui concerne l'application des lois pénales en raison du lieu, il importe surtout de rappeler que la loi pénale sera obligatoire à l'endroit où le délit a été commis, et la sanction des délits commis sur le territoire belge ou à l'étranger se retrouve dans les divers articles qui prévoient le principe dit de la territorialité. Ce principe rappelle que tous les actes punissables commis sur le territoire national seront punis indépendamment de la nationalité de leur auteur. D'ailleurs l'article 4 du titre préliminaire du code pénal prévoit la possibilité de déroger à ce principe de la territorialité, et d'étendre l'application de la loi pénale à l'intérieur des frontières nationales. En ce qui concerne l'application de la loi pénale à l'égard des personnes, il faut rappeler que les lois pénales belges s'appliquent à toutes les personnes se trouvant dans le territoire du Royaume, qu'elles soient belges ou étrangères. Il reste tout le

problème de l'immunité mais il suffira de dire ici que les réviseurs d'entreprises ne bénéficient d'aucune immunité.

A côté du principe de légalité, la notion d'infraction constitue avec celle de la sanction deux notions-clefs de notre droit pénal. Le terme d'infraction est l'appellation générale que notre droit pénal réserve à tous les actes ou omissions que la loi pénale sanctionne. Il importe de noter que la notion d'infraction en tant que telle a une portée générale et couvre l'ensemble des actes punissables, quelle que soit leur qualification à la lumière de leur gravité ou de leur nature. On observera que le législateur n'a pas éprouvé le besoin de définir ce qu'il entend par infraction. Il s'est contenté en effet, de répertorier dans notre code pénal les infractions en distinguant le crime, le délit et la contravention en fonction de la gravité de la peine encourue. Ce point est important surtout du point de vue de la technique juridique. En droit pénal matériel, la tentative de crime sera toujours sanctionnée, alors que la tentative de délit ne sera punie que dans les cas prévus par la loi. C'est ainsi qu'en France une tentative d'escroquerie pourra être sanctionnée, alors qu'en Belgique le code pénal ne prévoit pas cette tentative. La tentative de contravention n'est pas sanctionnée, à une seule exception près, à savoir la tentative de destruction de ruches. Pour ce qui est du code de procédure pénale, cette triple distinction revêt également son importance. C'est ainsi que la nouvelle loi sur la détention préventive ne prévoit le recours à cette privation de liberté que pour une série de crimes ou de délits, sanctionnés d'une peine de prison d'un an au moins.

L'élément matériel de l'infraction, ou en d'autres termes, l'acte qui sera puni, sera toujours défini dans la loi pénale. Nous avons vu qu'il s'agit là de l'application du principe de la légalité. Il importe ici de faire la distinction entre trois types d'actes.

1. Un acte que la loi interdit.
2. Une omission d'acte.
3. La provocation d'un effet.

Nous nous arrêterons quelques instants à ce que l'on a appelé les délits par omission. Pour certains délits, l'élément matériel constitutif du délit, ce sera l'omission d'agir, l'omission d'une obligation que la loi pénale impose sous peine de sanction. Les exemples classiques ici sont l'omission de faire la déclaration d'un accouchement dont on

aurait été témoin, ou de l'abandon de famille ou encore le refus d'assistance à une personne en danger. Dans le domaine du faux en écriture, on peut aussi commettre un faux en omettant de noter un certain nombre de choses. Cette omission coupable pourra être sanctionnée lorsque cette abstention est le résultat d'une volonté délibérée, visant à obtenir un résultat illicite.

Pour être complet, je signalerai encore que les distinctions selon le type d'infraction ont aussi leur importance pour ce qui concerne le déroulement de la procédure, le taux de la peine, la prescription, etc. Les délits peuvent en effet être *instantanés ou continus*. Dans le premier cas, le délit sera commis et il cessera dès que l'acte puni ou l'omission sera intervenu, même si ses effets sont durables. On entend par délits continus, les délits qui consistent en une intention ininterrompue et permanente dans le chef de leur auteur. Il existe aussi des délits simples, à savoir les délits faits d'un seul acte punissable, pouvant être aussi bien instantané que durable. Un délit continu est un délit fait d'un enchaînement de plusieurs actes, commis par une seule ou par plusieurs personnes, ne constituant ensemble qu'un seul et même délit en raison de l'intention délictueuse dans le chef de leur auteur. Ce sera évidemment le cas lorsque les actes sont liés entre eux par l'unité de l'objet et de la réalisation. Cette distinction peut avoir son importance, dans la mesure où lorsque le juge estime que plusieurs délits n'en constituent qu'un seul, parce que reliés entre eux par une même intention délictueuse, il peut éventuellement ne prononcer qu'une seule peine, à savoir la peine qui sanctionne le plus grave des délits commis.

Par ailleurs, une distinction est également faite entre la *délinquance occasionnelle et la délinquance d'habitude*. Le délit occasionnel est le délit fait d'un seul acte délictueux, alors que le délit d'habitude sera fait d'une série d'actes qui, chacun pris isolément ne sont pas sanctionnés mais qui, par leur succession révèlent un certain esprit chez l'auteur et constituent un ensemble que la loi réprime. Un exemple type pour cette distinction est l'exploitation d'une maison de débauche ou de prostitution, ou encore le fait de pratiquer habituellement les prêts à des taux anormalement élevés. Les choses sont parfois liées.

Un élément constitutif important de l'infraction est bien entendu son *caractère illicite*. Pour qu'il y ait infraction, il faut que l'auteur n'ait pas eu le droit d'agir comme il l'a fait. Il existe, en effet, des comportements qui correspondent à la définition légale de l'infraction, mais qui

n'en sont pas moins licites en droit. Je citerai l'exemple du chirurgien opérant son malade et dont l'intervention même relève de la définition légale de coups et blessures volontaires, alors qu'il est manifeste que son intervention n'est nullement contraire au droit. Un comportement contraire au droit n'est donc pas une condition suffisante pour que l'acte soit puni. Il faut encore que celui-ci soit illicite. Il existe un certain nombre d'exceptions au principe l'illicéité, appelées excuses ou causes de justification.

Il faut encore mentionner l'extension du caractère répréhensible en vertu de l'application des principes d'une tentative coupable ou d'une participation coupable. La participation coupable implique une activité criminelle perpétrée en groupe, elle sous-entend l'intervention de plusieurs personnes en vue de réaliser une activité délictueuse. Notre code pénal classe les participants à des actes délictueux en auteurs ou en co-auteurs (article 66) ou encore en complices (article 67 du code pénal).

La distinction entre auteurs et co-auteurs s'établit entre les auteurs de la matérialité du fait, soit ceux qui ont perpétré le crime ou le délit ou ont participé directement à sa commission, et les aides nécessaires, à savoir tous ceux qui par un acte quelconque ont prêté au délit ou au crime un concours tel que sans leur assistance celui-ci n'aurait pu être commis. C'est là une distinction qui est importante pour la profession de réviseurs d'entreprises.

La loi pénale connaît encore une troisième catégorie, celle que l'on appelle les auteurs normaux. Ce sont ceux qui bien que n'ayant pas participé directement à l'exécution de l'acte délictueux, sont la cause directe de l'acte perpétré. La Cour de Cassation a d'ailleurs affirmé qu'il y avait incitation à l'infraction dès l'instant où l'on fait naître l'intention délictueuse ou lorsqu'on l'encourage dans l'esprit de celui qui commet l'infraction. Par contre, l'article 67 qualifie de complices ceux qui ont donné des instructions pour commettre le crime ou le délit. Il est important de souligner ici que le terme « d'instructions » s'interprète dans un sens extensif, et si un simple conseil sans doute ne suffit pas, il suffit de communiquer des informations pour que l'informateur devienne complice. La complicité est punissable, même si les instructions données visent à limiter la portée de l'infraction envisagée. Les informations communiquées peuvent parfois revêtir une importance telle qu'elles constituent l'assistance indispensable, et à

cet égard celui qui aura donné les informations sera considéré comme un auteur ou un co-auteur dans le sens de l'article 66 et non un complice dans le sens de l'article 67. Signalons encore que si l'acte principal de l'infraction est commis sur le territoire du Royaume, les actes de participation commis à l'étranger seront considérés comme ayant été commis en Belgique, et en l'occurrence les auteurs ou les co-auteurs seront punis de la même manière.

Les auteurs et les complices n'encourent pas les mêmes peines: les complices d'un crime seront punis de la peine immédiatement inférieure à celle qui serait prononcée à l'encontre de ses auteurs. La peine infligée au complice d'un délit ne sera jamais plus que des deux tiers de la peine qu'il aurait encourue en tant qu'auteur du délit. Je ne m'arrêterai pas davantage, dans le cadre de mon exposé, aux sanctions pénales, pas plus qu'aux taux de la peine et à l'exécution des peines et des mesures, ou à la déchéance du droit à l'exécution, à la radiation des condamnations ou aux effets civils d'une infraction. Ce sont là, par ailleurs, des éléments moins intéressants dans le cadre de cet exposé. Et j'en arrive ainsi au deuxième chapitre, à savoir la responsabilité du réviseur d'entreprises.

2. LA RESPONSABILITE DU REVISEUR

La deuxième partie de mon exposé traitera principalement de la responsabilité du réviseur d'entreprises. Il me semble utile, avant de commencer mon exposé, de citer l'art. 3 de la loi du 22 juillet 1953, modifié par la loi du 21 février 1985 qui stipule que la fonction de réviseur d'entreprises consiste à titre principal à exécuter toute mission dont l'accomplissement est réservé par la loi ou en vertu de celle-ci aux réviseurs d'entreprises et d'une façon générale toute mission de révision d'états comptables d'entreprise effectuée en exécution de la loi ou en vertu de celle-ci.

Quelle est maintenant cette *responsabilité pénale générale*? Dès lors que le réviseur d'entreprises se voit confier diverses missions, la responsabilité pénale qu'il encourt ne sera plus comme par le passé, une responsabilité générale, mais au contraire, elle se rapportera aux différentes législations applicables aux diverses missions concernées. A ce titre, je voudrais citer un passage de l'exposé des motifs devant la Chambre des représentants lors de la discussion du projet de loi du 21 février 1985. A un certain moment il est stipulé que l'art. 60

abroge la disposition de l'art. 27, al. 3°. Cet article frappait d'une peine de réclusion les déclarations fausses ou incomplètes faites dans une intention frauduleuse par un réviseur. Compte tenu du fait que la fonction de réviseur est rattachée dorénavant à des missions spéciales prévues par la loi, c'est aux lois relatives à ces diverses fonctions qu'il convient de se référer, tant en ce qui concerne le contenu de la fonction, qu'en ce qui concerne les sanctions pénales qui frappent les infractions. Il ne paraît pas indiqué de prévoir en marge une sanction pénale générale, rattachée à la qualité de réviseur d'entreprises. C'est ce qui motive la suppression de cette disposition. Pour la responsabilité pénale, il convient dès lors de s'en référer aux législations spécifiques concernées.

Quelles sont par conséquent les fonctions remplies par le réviseur d'entreprises ?

Le réviseur d'entreprises peut être commissaire de sociétés. On parle alors de commissaire-réviseur. Chacun sait que le commissaire-réviseur est obligatoire pour une société anonyme, société en commandite par actions, S.P.R.L. et autres sociétés qui répondent ainsi à certains critères; que seules les sociétés d'une certaine importance doivent faire appel à un ou plusieurs commissaires. Quel est maintenant le rôle du commissaire-réviseur ? Le commissaire-réviseur doit contrôler la situation financière, les comptes annuels et la régularité au regard de la loi sur les sociétés commerciales et des statuts, au regard également des opérations à constater dans les comptes annuels. Il devra notamment vérifier si les comptes ont été tenus avec prudence, sincérité et bonne foi. L'art. 65 précise en outre les devoirs du commissaire-réviseur. Celui-ci doit faire respectivement un rapport pour l'assemblée générale, et doit en quelque sorte certifier les comptes, c'est-à-dire prendre la responsabilité d'affirmer les comptes exacts et sincères. Il est à noter que l'art. 65 sexies des lois coordonnées sur les sociétés est plus large que l'art. 64 al. 1. Le commissaire devra dénoncer non seulement les infractions comptables, mais aussi les violations quelconques de la loi ou des statuts. Il ne s'agit pas d'une dénonciation à l'autorité judiciaire, il s'agit ici d'une dénonciation au conseil d'administration de la société. Si le conseil prend les mesures adéquates pour redresser la situation, on en reste là. A défaut, le commissaire devra dénoncer les faits à l'assemblée générale. Il est important de noter à ce stade-ci de l'exposé que le réviseur d'entreprises est tenu au secret professionnel.

En effet, l'art. 27 de la loi du 22 juillet 1953 modifiée par la loi de 1985 précise que l'art. 458 du Code pénal s'applique aux réviseurs d'entreprises. Il ne peut pas y avoir de doute à ce sujet. Mais ce secret doit évidemment céder devant les obligations qui pèsent sur le réviseur d'entreprises. Celui-ci a en effet le devoir de révéler les constatations qu'il opère à l'autorité qu'il est, de par la loi, chargé d'éclairer. C'est ainsi que le commissaire-réviseur par exemple, doit rendre des comptes à l'assemblée générale ou au conseil d'administration; si un réviseur d'entreprises est agréé par la Commission bancaire aux fins d'exercer une mission de contrôle auprès d'une banque, il a l'obligation de faire part de ses constatations à ladite Commission Bancaire et Financière. En ce qui concerne le problème du secret professionnel du réviseur d'entreprises, le principe est toujours le même. En dehors des informations que doit légalement contenir le rapport, le réviseur est tenu au secret.

Il y a cependant des exceptions à ce secret professionnel. En effet, si le réviseur doit témoigner en justice, il peut se taire ou parler; c'est le paradoxe. Il ne peut cependant s'agir de révélations spontanées. Interrogé par exemple par la police judiciaire ou par le procureur du Roi, il pourra se retrancher derrière le secret professionnel. Par contre, si le réviseur est lui-même l'objet d'une poursuite, il pourra se taire non plus sur base du secret professionnel, mais sur base des droits de la défense. Dans le cadre de sa mission, le réviseur d'entreprises a l'obligation de parler, soit au conseil d'administration, à l'administrateur délégué, ou même à la Commission Bancaire et Financière. Pour le reste, il n'y a pas d'obligation légale qui oblige le réviseur à révéler une infraction couverte par le secret professionnel. Il y a certes l'article 30 du Code d'instruction criminelle, mais cet article n'est assorti d'aucune sanction pénale. D'ailleurs, une dénonciation spontanée à l'autorité judiciaire constituerait une violation du secret professionnel. Il y a violation du secret professionnel dès que la révélation d'éléments couverts par le secret professionnel est volontaire et spontanée, même si elle est faite à l'autorité judiciaire, a tranché la Cour de Cassation, dans un arrêt de 1866.

La *responsabilité civile* du commissaire-réviseur est réglée par l'art. 64 octies des lois coordonnées sur les sociétés en ce qui concerne les sociétés anonymes, mais le principe est le même pour les autres sociétés. Il se peut que la responsabilité des commissaires soit enga-

gée pour des fautes commises dans l'accomplissement de leurs fonctions. Il faudra démontrer que tel commissaire a commis une faute. Ce n'est donc pas une responsabilité présumée et elle n'est pas subsidiaire. L'art. 64 octies, al. 2 stipule: si la faute constitue une infraction à la loi sur les sociétés commerciales ou aux statuts, elle engendre une responsabilité solidaire qui pèse sur tous les commissaires. Il y a donc à ce moment-là présomption de responsabilité, et c'est au commissaire incriminé à démontrer qu'il n'a pas pu prendre part à la faute et qu'il a dénoncé les faits au Conseil d'administration ou si celui-ci n'a pas réagi, à l'administrateur délégué. D'ailleurs, l'art. 62, al. 1 et 2 opèrent la même distinction en ce qui concerne la responsabilité civile des administrateurs des sociétés anonymes.

Les commissaires-reviseurs ont évidemment une solide connaissance de la comptabilité. Ils doivent contrôler la comptabilité et les comptes annuels et ils doivent d'ailleurs les certifier. Il est donc normal qu'ils assument une responsabilité pénale en cas de violation de la loi comptable, et c'est ce que prévoit le redoutable art. 17 de la loi du 17 juillet 1975 sur la comptabilité des entreprises qui prévoit une amende de 50 à 10.000 BF pour contravention à la loi comptable commise sciemment. En plus, l'art. 17 prévoit également une peine d'emprisonnement de un mois à un an et une amende de 50 à 10.000 BF, s'il y a eu intention frauduleuse. Cette responsabilité pénale pèse sur les épaules du commissaire-reviseur d'entreprises spécifiquement, ainsi que sur celles du réviseur, ou de l'expert indépendant, ou du commissaire non-réviseur.

En outre, le commissaire-réviseur pourra être poursuivi comme complice ou comme auteur ou co-auteur d'infractions de droit commun. Par exemple, il pourra être poursuivi pour faux et usage de faux dans des situations comptables, ou pour faux et usage de faux dans des comptes annuels. Il pourra en outre être poursuivi pour infraction fiscale, l'article 339 du C.I.R. ou l'article 73 du code de la T.V.A. et pourra également être poursuivi du chef de faux et usage de faux en matière fiscale, (article 340 C.I.R.). Il pourra même être poursuivi pour d'autres délits de droit commun comme l'abus de confiance ou la banqueroute, simple ou frauduleuse, comme auteur ou co-auteur. Pour illustrer le problème, prenons un exemple: supposons qu'un gérant de S.P.R.L. se fasse délivrer par un fournisseur complaisant des factures fausses afin de dissimuler des sorties de fonds à son profit personnel. S'il est

démontré que le commissaire-reviseur était au courant et si ce commissaire a apporté au gérant une aide quelconque pour lui permettre de réaliser cette infraction, il pourra être considéré comme co-auteur des faus, des fausses factures. On comprend dès lors encore mieux pourquoi le commissaire-reviseur a intérêt outre qu'il en a le devoir, à dénoncer au conseil d'administration ou à l'administrateur général les manquements qu'il constaterait, à savoir qu'une telle dénonciation le couvrira sur le plan de la responsabilité civile, mais aussi le plus souvent sur celui de la responsabilité pénale.

On notera encore quelques sanctions spécifiques, notamment l'art. 345 C.I.R. qui sanctionne tout expert en matière fiscale ou comptable ou tout autre profession qui a pour objet de tenir ou d'aider à tenir les écritures comptables d'un ou de plusieurs contribuables que ce soit pour son nom propre ou comme dirigeant, comme membre ou comme employé de société, association, groupement ou-entreprise quelconque, ou encore plus généralement la profession consistant à conseiller ou à aider un ou plusieurs contribuables dans l'exécution des obligations définies par le présent Code ou par les arrêtés pris en exécution: la sanction consiste en une interdiction de 3 mois à 5 ans d'exercer directement ou indirectement à quelque titre que ce soit les professions susvisées.

Il existe également des sanctions similaires pour le Code de la T.V.A. de l'enregistrement, des droits de succession. Si le commissaire-reviseur est condamné comme co-auteur du gérant ou de l'administrateur d'une société du chef de fraude fiscale, il pourra en outre être sanctionné par une interdiction d'exercer sa profession et ceci sans préjudice bien sûr d'une éventuelle sanction disciplinaire.

Notons également la sanction prévue par l'art. 204 quinquies des lois coordonnées sur les sociétés qui stipule qu'en cas de contravention à l'art. 64ter des lois coordonnées sur les sociétés, c'est-à-dire les rémunérations illégales et prêts illégalement consentis etc. condamne à une peine d'emprisonnement de 1 mois à 1 an et une amende de 50 à 100.000 BF.

Le réviseur d'entreprises n'est pas uniquement commissaire-reviseur. Il peut exercer d'autres fonctions ou être investi d'autres missions. Un exemple en matière de conseil d'entreprises: je me réfère à la loi de 1948 portant sur l'organisation de l'économie, modifiée par la loi de 1985 sur la réforme du revisorat d'entreprises. Il stipule dans son article 15bis

nouveau, là où il y a des conseils d'entreprises, il faudra désigner un ou plusieurs réviseurs d'entreprises. Ce réviseur doit faire rapport au Conseil d'entreprise et expliquer au conseil d'entreprises les informations économiques et financières. S'il constate des lacunes dans les informations économiques ou financières, le réviseur doit en saisir le chef d'entreprises et s'il n'y a pas de suite dans les deux mois, il doit en informer le conseil d'entreprises. Si l'entreprise est une société de droit belge, constituée sous forme de société anonyme par exemple, la mission qui incombe au réviseur est exercée par le ou les commissaires de la société qui ont la qualité de réviseur d'entreprises. On a ainsi voulu éviter le conflit d'intérêt. Quelle est sa responsabilité pénale?

La fonction des réviseurs d'entreprises au sein du conseil d'entreprises ressemble de très près à celle des commissaires. On applique d'ailleurs les règles de l'article 65 des lois coordonnées sur les sociétés. Dès lors, les réviseurs d'entreprises pourront à nouveau être sanctionnés par le redoutable article 17 de la loi du 17 juillet 1975 en cas de manquement à la loi comptable. Pour le surplus, et comme pour les commissaires, ils peuvent être poursuivis comme co-auteur des gérants de sociétés, du chef d'infraction de droit commun. Exemple typique: si les chefs d'entreprises souhaitent celer au conseil d'entreprises des informations et que pour se faire ils rédigent des faux avec la complicité du réviseur d'entreprises, ce dernier sera co-auteur dudit faux.

Le réviseur d'entreprises interviendra aussi pour déterminer la valeur d'un apport en nature pour la formation du capital ou l'augmentation de celui-ci. Afin d'éviter des doutes quant à la valeur apportée, le législateur a confié cette mission à des experts indépendants, le réviseur d'entreprises. Quelle est sa responsabilité pénale? Si le réviseur d'entreprises trompe par exemple les actionnaires en mentionnant une valeur inexacte et ce en complicité avec l'un ou l'autre des administrateurs, il sera coupable d'un faux de droit commun. Il en sera de même pour le quasi-apport.

Enfin le réviseur intervient aussi lors de certaines émissions d'actions et dans une série d'autres domaines. On notera également son intervention dans le contrôle des banques. On sait que les banques sont soumises au contrôle de la Commission Bancaire et Financière, art. 19 de l'A.R. du 9 juin 1935 modifié par la loi de 1975, et selon l'art.

19bis, la Commission désigne auprès de chaque banque un ou plusieurs réviseurs agréés par elle. Ils ont différentes missions: les réviseurs contrôlent sur place sous leur responsabilité le caractère fidèle et complet de la comptabilité, etc. En outre, ils suivent la situation de la banque pour ce qui concerne sa solvabilité, sa liquidité et sa rentabilité. Selon l'art. 23 tout réviseur agréé porte immédiatement à la connaissance de la Commission et de chacun des administrateurs ou gérants de la banque les lacunes graves, les irrégularités et les infractions qu'il aurait constatées. Tout réviseur agréé qui a connaissance d'une décision de la banque dont l'exécution constituerait une infraction pénale, oppose son veto à cette exécution et en réfère d'urgence à la Commission Bancaire et Financière. Cela ne s'applique toutefois pas aux infractions fiscales. Quelle est à ce moment-là la responsabilité pénale du réviseur? L'art. 42 sexies de la loi prévoit une sanction pénale contre le réviseur agréé qui contrevient à l'article 19bis. Ces cas visent notamment le réviseur d'entreprises agréé qui percevrait des rémunérations non-autorisées ou qui aurait reçu des prêts ou qui remplirait une autre fonction dans la banque. Le principe est toujours le même: il faut que le réviseur d'entreprises soit indépendant de l'organisme qu'il contrôle. La peine est prévue par art. 204 des lois coordonnées sur les sociétés, c'est-à-dire un mois à un an d'emprisonnement, et/ou une amende de 50 à 10.000 BF. Mais outre ces sanctions spécifiques on retrouvera de nouveau l'application de l'art. 17 de la loi de 1975 et pour le surplus l'application du droit commun.

Conclusion

Il n'est guère possible d'examiner ici toutes les missions imparties aux réviseurs d'entreprises par des diverses lois particulières. On retiendra toutefois le principe de leur indépendance, par rapport aux organes ou aux organismes contrôlés. C'est ce qui explique que la loi prévoit chaque fois le mode de rémunération et l'interdiction pour les réviseurs d'entreprises de percevoir toute autre forme de rémunération. Ils ne peuvent par ailleurs exercer aucune autre mission que celle expressément prévue par la loi. Leur responsabilité pénale est toujours fonction des missions qui leur sont confiées, comme nous l'avons examiné. Pour le surplus, c'est la responsabilité pénale du droit commun qui s'applique. L'indépendance, et je dirais votre indépendance, est primordial.

LA PROCEDURE PENALE: PRINCIPES GENERAUX.

Par F. PIEDBOEUF. Avocat Liège

La procédure comprend les règles d'organisation, de compétence et de fonctionnement des juridictions répressives, ainsi que du déroulement du procès pénal au cours de ses différentes phases. Ces règles sont essentielles puisqu'elles régissent la procédure au cours ou au terme de laquelle peuvent être mis en causes les droits et les libertés les plus fondamentaux.

C'est sans doute pourquoi on a pu dire que la procédure pénale est le reflet des moeurs d'une société, elle est en quelque sorte le thermomètre qui permet de mesurer l'état de santé d'une démocratie.

Vouloir résumer notre système de procédure pénale en trente minutes est illusoire dans toutes les universités du pays, des étudiants en droit consacrent à cette matière une centaine d'heures de cours et le Professeur FRANCHIMONT a récemment publié son enseignement dans un ouvrage modestement intitulé «Manuel de Procédure Pénale», qui comporte très exactement 1157 pages...(1)

C'est dire ma perplexité lorsqu'il m'a fallu faire un choix et c'est finalement grâce aux précisions que m'ont fournies les organisateurs de cette journée d'étude que j'ai pu orienter le survol auquel je vais tenter de me livrer, en essayant de rencontrer les deux préoccupations sur lesquelles on a bien voulu attirer mon attention:

- d'une part la difficulté pour les spécialistes de la matière comptable, comme pour les non juristes en général, de situer les règles de procédure essentielles applicables au cours du procès pénal dans ses différentes phases:
- d'autre part l'intérêt particulier que semblent susciter certaines procédures spéciales, telles que les perquisitions, l'arrestation ou l'expertise.

Je vais donc rapidement essayer de rencontrer ces deux préoccupations en survolant très rapidement les trois phases du procès pénal.

(1) L'essentiel des quelques notes de synthèse qui vont suivre sont extraites de cet ouvrage, avec la bienveillante autorisation de son auteur.

1. L'INFORMATION PRELIMINAIRE

1.1. Définition

L'information est l'ensemble d'actes et de mesures destinés à rassembler les matériaux nécessaires à l'exercice de l'action publique. Avant de décider s'il mettra ou non en œuvre cette action, le Parquet, assisté par les polices, doit disposer de renseignements pour savoir s'il est raisonnable ou opportun d'intenter une telle action. L'information est donc cette phase préliminaire du procès pénal qui a pour objet les moyens d'investigation dont usent la police judiciaire et le Parquet pour s'éclairer sur la portée des faits dont ils ont connaissance. Elle permet de recueillir très rapidement et sans formalisme particulier des renseignements au sujet des faits portés à la connaissance du Parquet de la police.

1.2. Mise en œuvre de l'information

Au départ de toute information et avant toute poursuite, le Ministère Public n'a que très rarement une connaissance personnelle des infractions. Celles-ci sont portées à sa connaissance le plus souvent par des dénonciations ou des plaintes, généralement adressées aux autorités de police.

La dénonciation est une déclaration signalant une infraction à l'autorité, avec ou sans désignation de l'auteur de l'infraction. Elle peut être tantôt signée, tantôt anonyme. Elle peut émaner d'une autorité constituée ou d'un particulier. La plainte est cette même déclaration, signalant l'infraction à l'autorité, faite par la personne qui se prétend lésée par l'infraction.

C'est donc à partir de ces plaintes et dénonciations que le Procureur du Roi met en œuvre une information préliminaire. Il faut à cet égard signaler que l'article 29 du Code d'Instruction Criminelle impose à toute autorité constituée, tout fonctionnaire ou officier public qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance d'une infraction, d'en donner sur-le-champ avis du Procureur du Roi et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. Les particuliers qui n'ont pas cette qualité — et par exemple les réviseurs d'entreprises — n'ont donc pas cette obligation de dénon-

ciation. En vertu de l'article 30 du Code d'Instruction Criminelle, un particulier n'a une obligation de dénonciation que lorsqu'il a été témoin d'un attentat, soit contre la sûreté publique, soit contre la vie ou la propriété d'un individu.

Ce texte n'est assorti d'aucune sanction particulière (sous réserve, parfois, de l'application de l'article 422 bis du Code Pénal, réprimant l'abstention de venir en aide à une personne exposée à un péril grave).

1.3. Compétences et pouvoirs

Les pouvoirs d'investigation dont disposent le Parquet et la police judiciaire, au stade de l'information préliminaire, sont très larges, encore qu'ils ne soient pas organisés par des textes particuliers.

En réalité, ils procèdent à la recherche des crimes et délits, en rassemblent les preuves et en livrent les auteurs aux tribunaux chargés de sanctionner.

Ils peuvent à ce titre procéder à *l'audition de personnes*.

La personne interrogée ne prête pas serment. Aucune formalité particulière n'est prévue pour l'interrogatoire, sinon qu'il est consigné dans un procès-verbal; l'intéressé n'est pas obligé de répondre.

L'information préliminaire est une procédure de type inquisitorial et donc écrite, secrète et non contradictoire.

La présence d'un conseil n'est pas acceptée au cours des interrogatoires policiers.

Pour rechercher les renseignements matériels relatifs aux infractions, il peut encore être procédé, dans cette phase du procès, à une descente de police (transport sur les lieux qui permet l'étude de ceux-ci, la collecte de renseignements utiles, etc...), une visite domiciliaire avec le consentement de l'occupant (sauf en cas de flagrant délit, la perquisition sans le consentement de l'occupant relève au principe du pouvoir du Juge d'Instruction, comme nous le verrons plus loin): ils peuvent également saisir les éléments qui paraissent avoir servi à commettre l'infraction ou qui semblent en avoir été le produit et tout ce qui peut servir à la manifestation de la vérité.

Ils peuvent également, dans des conditions sur lesquelles nous reviendrons, pratiquer une arrestation pour un délai maximum de vingt-quatre heures, afin de mettre un individu à la disposition du Juge d'Instruction.

1.4. Limites aux pouvoirs d'information

Si les pouvoirs d'investigation du Parquet et de la police judiciaire sont très larges et peu réglementés, il reste que les actes d'information ne peuvent en principe comporter aucune mesure de contrainte, celle-ci relevant de la compétence du Juge d'Instruction.

Par ailleurs, les autorités de police et le Parquet ne peuvent en aucun cas porter atteinte aux droits garantis par la Constitution, par la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'homme, ainsi qu'aux autres droits reconnus aux citoyens par la loi ou par les principes généraux du droit.

Ainsi, par exemple, dans la recherche des preuves, les autorités de police ne peuvent utiliser des mesures de provocation ou s'appuyer sur des renseignements relevant d'une violation du secret professionnel; les conséquences d'une action illégale sont graves. Non seulement les auteurs de l'illégalité sont passibles de poursuites pénales, si le fait constitue une infraction, mais surtout *les constatations faites illégalement sont dépourvues de toute valeur probante et ne peuvent être invoquées, sous quelque forme que ce soit.*

Ainsi, par exemple, l'aveu de la personne soupçonnée de l'infraction et obtenu à l'aide de documents obtenus en violation du secret professionnel devrait être écarté.

1.5. Clôture de l'information et observations.

Au terme de son information, trois solutions s'offrent habituellement au Procureur du Roi:

- soit saisir le Juge d'Instruction, s'il l'estime utile (voir ci-dessous),
- soit opérer un classement sans suite du dossier, s'il estime que les indices recueillis sont insuffisants pour établir l'existence d'une infraction ou encore que les poursuites seraient inopportunes (caractère bénin de l'infraction, inopportunité en cas de conflit familial, etc...),
- soit enfin citer directement l'auteur d'un délit devant le Tribunal Correctionnel; cette dernière solution n'est pas praticable en matière de crimes, c'est-à-dire d'infractions punissables d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement. En cette matière, le Parquet doit obligatoirement passer par la phase de l'information.

Ainsi que l'a souligné le Professeur FRANCHIMONT, la grande carence du Code d'Instruction Criminelle est d'avoir passé sous silence, presque complètement, cette phase primordiale du procès pénal.

Il en résulte pour le policier, comme pour le particulier, des incertitudes graves quant à l'étendue et aux limites de leurs pouvoirs: ce silence de la loi crée fréquemment une situation dangereuse pour les droits et les libertés des citoyens.

Observons qu'en cas de flagrant délit, et pour la période très limitée destinée à transmettre l'affaire à un Juge d'Instruction, le Parquet et les autorités de police disposent habituellement des pouvoirs de contrainte que la loi attribue en principe au seul Juge d'Instruction.

2. L 'INSTRUCTION

2.1. Définition et place dans le procès pénal

Au cours de cette phase du procès, c'est un juge qui prend la relève du Parquet et des autorités de police, pour rechercher les auteurs d'infractions, rassembler les preuves et prendre les mesures judiciaires destinées à permettre aux juridictions de statuer en connaissance de cause.

En matière de délit, l'instruction préparatoire est facultative; elle n'est obligatoire que pour les crimes (et pour les délits politiques et de presse).

En pratique cependant, il y aura mise à l'instruction dans tous les cas nécessitant des mesures particulières, et spécialement des mesures de contrainte, telles que perquisitions et mandat d'arrêt.

Le mode le plus courant de saisine du Juge d'Instruction est évidemment le réquisitoire du Procureur du Roi. Le Juge d'Instruction peut cependant également être saisi directement par une constitution de la partie civile, ayant pour effet de mettre l'action publique en mouvement, au même titre qu'un réquisitoire du Procureur du Roi et d'obliger le magistrat à instruire.

2.2. Caracteres de la procédure d'instruction

L'instruction en droit belge est, comme l'information préliminaire, une procédure de type inquisitoire, à savoir secrète, écrite et non contradictoire.

2.2.1. Secrète: Le secret de l'instruction empêche toute personne qui concourt à celle-ci (magistrat, Procureur du Roi, policiers,...) de révéler à qui que ce soit le moindre renseignement recueilli au cours de l'instruction. Observons que ce secret n'existe pas à l'égard du Ministère Public qui a accès au dossier à tout moment, sans évidemment pouvoir révéler le contenu de l'instruction. Ce secret est par contre total à l'égard de l'inculpé (sous réserve des exceptions prévues par la loi sur les détentions préventives, que nous examinerons ci-dessous).

Vis-à-vis du public, le principe du secret de l'instruction est également maintenu de manière absolue. Cependant, la difficulté de concilier les nécessités de l'instruction, la protection de l'individu et la nécessaire information de la presse n'est pas encore résolue à ce jour.

Les abus d'information par voie de presse au stade de l'instruction sont malheureusement devenus pratique courante.

2.2.2. Ecrite: Toute cette partie de la procédure se fait par écrit, dans le secret du cabinet du Juge d'Instruction ou la police judiciaire (sur apostille du Juge d'Instruction). Il est évident que si la procédure était orale, l'évolution des résultats des recherches ne pourrait être communiquée ultérieurement à la juridiction d'instruction ou à la juridiction de jugement.

2.2.3. Non-contradictoire: La règle est absolue à l'égard de l'inculpé et de la partie civile: ces parties ne peuvent pas assister aux interrogatoires, confrontations et autres mesures. Elles n'ont pas accès au dossier avant l'issue de l'instruction (sauf le cas de la détention préventive). La situation du Ministère Public est par contre différente puisque, comme on l'a vu, le Parquet peut assister aux interrogatoires ou aux autres mesures d'instruction et avoir accès au dossier quand il le souhaite.

2.2.4. Pouvoir du Juge d'Instruction: Le Juge d'Instruction dispose, tant pour la recherche des preuves qu'en ce qui concerne la personne de l'inculpé, des pouvoirs extrêmement étendus. Outre l'interrogatoire de l'inculpé, l'audition de témoins, les confrontations, les descentes sur les lieux, l'expertise, les commissions rogatoires, les délégations, etc... le Juge d'Instruction peut, pour rechercher les preuves d'une infraction, faire procéder à des *perquisitions*.

La perquisition va à l'encontre du principe de l'inviolabilité du domicile, garantie par l'article 10 de la Constitution, et c'est la raison pour

laquelle, *en principe*, la loi a voulu attribuer à un magistrat le pouvoir de déroger à cette protection.

C'est le magistrat instructeur qui apprécie souverainement l'opportunité d'une telle mesure. Lorsqu'il l'estime utile, il peut se transporter dans le domicile de l'inculpé ou dans tout autre lieu, où il présumerait qu'on aurait caché des objets utiles à la manifestation de la vérité. Plutôt que de procéder lui-même à une perquisition, il n'est pas rare que le Juge d'Instruction décerne un mandat à un officier de police judiciaire.

Etant un acte d'instruction, la perquisition ne peut normalement être ordonnée que s'il existe des indices sérieux qu'une infraction a été commise.

Il faut donc que « l'information ait recueilli des indices graves de culpabilité contre le prévenu, car la visite ne peut pas avoir pour but de rechercher le délit, mais bien d'acquérir la preuve de la culpabilité du prévenu, et par conséquent elle est fondée sur les indices qui ont dû établir la prévention avant que cette prévention n'ait pu être justifiée par les objets en la possession du prévenu. » Ce principe, dit de la spécialité de la perquisition, met évidemment gravement en cause la régularité de certains procédés (perquisitions-mammouths, saisie globale de toute une comptabilité sans discernement, etc...). Il est généralement admis que la notion de domicile, protégée par l'article 10 de la Constitution, doit être entendue dans un sens courant d'habitation, mais englobe le lieu de séjour mais aussi les endroits où la vie privée et la vie *professionnelle* peuvent s'exercer.

Outre le fait que toute perquisition requiert un mandat, elle ne peut par ailleurs avoir lieu avant 5 h du matin ni après 9 h du soir.

L'un des problèmes graves de notre procédure pénale actuelle réside dans le nombre d'exceptions légales à la nécessité d'un mandat du Juge d'Instruction.

On peut se demander si l'optique d'efficacité adoptée par le législateur contemporain, par la multiplication des perquisitions sans mandat, ne ruine pas purement et simplement le principe de l'inviolabilité du domicile.

Aux exceptions bien connues (lieux ouverts au public, lieux notoirement livrés à la débauche, cas de flagrant délit, réquisition ou consentement de la personne qui a la jouissance effective des lieux), se sont ajoutés un nombre invraisemblable de textes légaux, autorisant les visites domiciliaires sans mandat (en matière de stupéfiants, de travail frauduleux, etc...voir article 148 du Code Pénal).

Observons également que dans le cadre de perquisitions chez des personnes en principe tenues au secret professionnel, telles par exemple l'avocat, les perquisitions ont lieu en présence du Bâtonnier de l'Ordre ou de son délégué, qui indique les pièces couvertes par le secret professionnel et celles qui ne le sont pas.

Ainsi que nous l'avons indiqué, les pouvoirs très étendus du Juge d'Instruction dans la recherche des preuves s'étendent jusqu'à la personne de l'inculpé. C'est notamment le pouvoir conféré par la loi au magistrat instructeur de procéder à l'arrestation d'un inculpé. Ce pouvoir vient de faire l'objet d'un réexamen complet par le législateur, qui a donné lieu à la loi du 20 juillet 1990, entrée en vigueur le 1er décembre dernier. Sans entrer dans les détails de cette nouvelle législation, qui comporte 49 articles, relevons qu'aucune privation de liberté ne peut excéder vingt-quatre heures, sans qu'intervienne un mandat d'arrêt du Juge d'Instruction. L'article 16 de la nouvelle loi a tenté de renforcer les conditions de délivrance d'un mandat d'arrêt. Celui-ci ne peut intervenir qu'en cas d'absolue nécessité pour la sécurité publique, uniquement si le fait est de nature à entraîner pour l'inculpé un emprisonnement correctionnel principal d'un an au moins.

De plus, si le maximum de la peine applicable ne dépasse pas quinze ans de travaux forcés, le mandat ne peut être décerné que et uniquement s'il y a risque de récidive, de fuite, ou de voir l'inculpé faire disparaître des preuves ou entrer en collusion avec des tiers.

Dès l'instant où une personne est placée sous mandat d'arrêt, elle est en droit de requérir l'assistance d'un avocat et de communiquer avec lui. Désormais, et c'est là une innovation très importante de la nouvelle loi, en même temps qu'il se voit signifier son mandat d'arrêt, l'inculpé se voit remettre copie des procès-verbaux actant les auditions dont il a été l'objet.

Sauf si le Juge d'Instruction a estimé devoir mettre fin à la détention avant ce délai, le mandat d'arrêt n'est valable que pour une durée maximale de cinq jours à compter de son exécution.

Avant l'expiration de ce délai, la Chambre du Conseil (juridiction d'Instruction), sur rapport du Juge d'Instruction, le Procureur du Roi, l'inculpé et son conseil entendus, décidera s'il y a lieu de maintenir la détention préventive.

Une décision analogue devra intervenir de mois en mois pour maintenir l'inculpé en détention.

A l'occasion de chaque comparution en Chambre du Conseil, l'inculpé et son conseil ont le droit de prendre connaissance du dossier, pour débattre en Chambre du Conseil de l'opportunité du maintien du mandat.

Par ailleurs, la nouvelle loi a renforcé les possibilités de recours contre toute décision de la Chambre du Conseil confirmant le mandat d'arrêt.

A l'occasion de chaque comparution, la Chambre du Conseil est amenée à vérifier s'il existe des indices sérieux de culpabilité justifiant le maintien sous mandat d'arrêt.

Enfin, soulignons que les articles 35 et suivants de la nouvelle loi introduisent la possibilité pour le Juge d'Instruction, ce qui n'existait pas antérieurement, de laisser l'intéressé en liberté, en lui imposant de respecter une ou plusieurs conditions, pendant le temps qu'il détermine et pour une période maximale de trois mois.

Il est manifeste que par cette législation nouvelle, le législateur a voulu enrayer l'accroissement anormal des arrestations avant jugement et renforcer, à ce stade du procès, les droits de l'inculpé.

2.3. Contrôle de l'instruction et juridictions d'instruction

2.3.1. Compétence des juridictions d'instruction

La mission du Juge d'Instruction est de rassembler les preuves, de tenter de découvrir l'auteur de l'infraction. Sa mission prend fin lorsqu'il estime avoir terminé toutes les recherches possibles et nécessaires. Il n'a pas lui-même qualité pour apprécier les résultats de son instruction et la suite qu'il convient de lui réserver.

Cette tâche appartient à une juridiction indépendante, qui va décider du sort de l'affaire: si les charges sont estimées suffisantes, elle ordonne le renvoi devant la juridiction compétente; dans le cas contraire, elle prononce le non-lieu.

Les juridictions d'instruction servent en quelque sorte de gare de triage: elles ne renvoient devant les juridictions de fond que les affaires dans lesquelles il y a des charges sérieuses et graves, évitant normalement les conséquences des poursuites injustifiées.

Contrairement aux juridictions de jugement, elles n'ont donc aucun pouvoir pour apprécier le fond de l'affaire et l'existence de preuves

suffisantes, mais se bornent à s'appuyer sur des charges et examinent si ces dernières sont suffisantes pour qu'il y ait lieu à mise en jugement.

2.3.2. Procédure

A ce stade du procès, enfin, la procédure devient contradictoire. L'inculpé et son conseil ont accès au dossier 48 h avant la Chambre du Conseil. A l'audience de cette juridiction, le Juge d'Instruction fait rapport et le Procureur est entendu, avant l'inculpé et son conseil. Si la chambre du Conseil estime que l'instruction est incomplète, elle peut encore ordonner une ordonnance de surséance à statuer.

Il appartiendra alors au Ministère Public de saisir le Juge d'Instruction, pour que soient accomplis les devoirs complémentaires.

Si le débat est contradictoire en Chambre du Conseil au moment de statuer sur le renvoi ou sur le non-lieu, par contre, le principe du secret est maintenu. La Chambre du Conseil siège à huis clos, c'est-à-dire en dehors de la présence de toute personne étrangère à l'affaire.

Observons qu'en cas de non-lieu, l'ordonnance n'est pas définitive. Le Parquet peut reprendre l'affaire lorsqu'apparaissent des charges nouvelles, qui n'ont pas encore fait l'objet d'un examen par les juridictions d'instruction.

3. LA PHASE DU JUGEMENT

3.1. La saisine de la juridiction de jugement

Plusieurs modes de saisine de la juridiction de jugement sont possibles. Les cas les plus fréquents, ainsi qu'il résulte de l'examen des phases précédentes, sont d'une part la décision de renvoi de la juridiction d'instruction et d'autre part la citation directe du Ministère Public, lorsqu'il s'agit d'une affaire qui n'a pas été mise à l'instruction mais qui a simplement fait l'objet d'une information préalable. Même lorsqu'il y a eu instruction et décision d'une juridiction de renvoi, c'est par une citation d'huissier que le prévenu sera invité à comparaître devant la juridiction de jugement. Cette citation doit mentionner la juridiction, les lieu, jour et heure de comparution, l'identité et la qualité du requérant. De plus, même si elle ne doit pas entrer dans tous les détails, la citation doit nécessairement indiquer de manière précise les faits pour lesquels le prévenu est poursuivi, afin de lui permettre de préparer sa défense en temps utile et en connaissance de

cause. La citation est signifiée par huissier de justice, au prévenu, et à son domicile (avec un avis de passage, lorsque le prévenu n'est pas contacté directement).

En principe et sauf cas de détention préventive ou de domicile à l'étranger, un délai de 10 jours doit normalement séparer la date de la citation de la première comparution à l'audience, pour permettre au prévenu de préparer sa défense.

3.2. Caractères de la procédure de jugement

Si la procédure est écrite, secrète et non contradictoire au stade de l'information et de l'instruction (sauf cas de détention préventive en ce qui concerne le caractère contradictoire), par contre, devant la juridiction de jugement, la procédure est en principe publique, orale et contradictoire.

– Le principe de la publicité des audiences est garanti par l'article 96 de la Constitution et par l'article 6, § 1, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme:

– La procédure est également orale, encore que l'oralité des débats ne soit totale que devant la Cour d'Assises. Devant les autres juridictions en effet le magistrat instruit l'affaire à partir de l'ensemble des pièces et procès-verbaux dont il dispose et qui ont été recueillis au cours de l'information et de l'instruction, de sorte que l'oralité des débats n'est quand même que partielle.

On peut en effet se demander ce que signifie le principe d'oralité des débats si le juge du fond peut à tout moment faire référence à l'information répressive et si, comme le veut la jurisprudence, il apprécie souverainement l'opportunité d'une mesure d'instruction et notamment l'audition d'un témoin ou d'un expert.

La Cour de Cassation considère même qu'il peut fonder sa conviction sur les éléments de l'information répressive plutôt que sur des témoignages faits sous serment à l'audience.

– Enfin, la procédure est contradictoire, c'est-à-dire que le juge ne peut statuer que sur les éléments qui ont été soumis à la libre contradiction des parties au procès.

C'est la raison pour laquelle, sauf devant les tribunaux de police, le prévenu a l'obligation de comparaître en personne. Le caractère contradictoire permet aux parties de contredire et discuter les

éléments recueillis au cours de la phase préliminaire du procès pénal.

Elles peuvent solliciter l'audition sous serment de nouveaux témoins ou de témoins entendus lors des phases préliminaires et peuvent également solliciter toute autre mesure d'instruction qui paraît utile, telle que par exemple l'expertise.

C'est l'occasion de dire un mot sur ce mode de preuve particulier, pour lequel il n'est pas rare, lorsqu'on est en présence de poursuites pour infractions à la loi comptable ou au droit des sociétés en général, que le juge recourt aux lumières d'un spécialiste et particulièrement d'un reviseur.

Le reviseur peut tout d'abord être désigné au cours même de l'information par le Procureur du Roi. Ces expertises n'ont, à la différence de celles ordonnées par le Juge d'Instruction ou par le juge du fond, aucun caractère judiciaire: l'expert ne prête pas serment avant ses opérations et son rapport n'est produit en justice qu'à titre de renseignement.

Il est en réalité à ce stade un conseiller technique de l'une des parties au procès, en l'occurrence la partie poursuivante.

Le reviseur peut également être désigné par le Juge d'Instruction et sa mission prend alors valeur d'expertise judiciaire. Il peut également être désigné par le juge du fond, lorsque ce dernier estime utile une mesure d'instruction complémentaire. Dans ces deux dernières hypothèses l'expert est le conseil technique du juge et sa mission a pour but de l'éclairer, sans le lier, sur l'aspect technique du litige.

En réalité, le juge demande à l'expert de l'instruire sur des faits dont il ne pourrait, livré à lui-même, à défaut de connaissances exigées, saisir la possibilité, le sens et la portée

Contrairement à ce qui se passe dans un procès civil, l'expertise en matière pénale est non contradictoire, *même lorsqu'elle est ordonnée par le juge du fond* (et sauf si ce dernier décide de conférer expressément à la mission de l'expert un caractère contradictoire).

Cette problématique est depuis longtemps dénoncée, compte tenu des incohérences et des lenteurs qu'elle entraîne. En raison en effet du caractère non contradictoire de l'expertise, d'une part, mais aussi du droit pour tout prévenu de contester librement et contradictoirement tous les éléments d'un dossier devant le juge de fond, il découvre que c'est fréquemment au dernier stade du procès et à ce moment

seulement que les parties pourront faire valoir, à l'encontre des constatations et considérations émises par l'expert, toutes les objections qu'elles estiment utiles.

Il n'est dès lors pas rare que le juge soit contraint, après que le rapport ait été débattu à l'audience publique, d'ordonner un complément de mission pour permettre à l'expert de l'éclairer sur les constatations et objections émises par les parties. Il est évident qu'il serait plus réaliste d'instaurer en matière pénale, comme en matière civile, le caractère contradictoire de l'expertise, ce qui permettrait à chacun de faire ses observations en cours d'expertise et avant la clôture du rapport. Observons qu'il découle de ce caractère non contradictoire de la procédure d'expertise en matière pénale que le reviseur ne doit convoquer aucune des parties ni tenir celles-ci au courant de ses investigations. Il rend compte de sa mission au juge et à lui seul.

3.3. L'audience et les droits de défense devant le juge du fond

3.3.1. Le déroulement de l'audience

Le principe de la publicité des audiences vise à éviter l'arbitraire des juges qui sont soumis au contrôle de l'opinion publique. L'article 96 qui garantit cette publicité ne souffre que quelques exceptions légales, spécialement lorsque la publicité de l'audience est dangereuse pour l'ordre ou les mœurs, ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la victime ou des parties l'exigent.

Les articles 153 et 190 du Code d'Instruction Criminelle décrivent pour les tribunaux de police et correctionnels, le déroulement de l'audience. Habituellement, elle se déroule de la manière suivante:

- Interrogatoire du prévenu par le Président:
- Audition des témoins et des experts, étant entendu que le juge peut cependant statuer sur pièces, sans procéder à l'audition des témoins:
- Plaidoirie de l'éventuelle partie civile, qui énonce les arguments à l'appui de sa constitution:
- Réquisitoire du Ministère Public, qui porte à la fois sur la culpabilité et la peine:
- Plaidoirie de la défense, à la fois sur la culpabilité et le taux de la peine, ainsi que sur les réclamations de la partie civile:
- Sauf les exceptions où le Président admet une réplique des parties ou ordonne des mesures d'instruction complémentaire,

(expertise, audition de témoin(s) sous serment), il clôture alors des débats et met l'affaire en délibéré; il peut prononcer son jugement «sur les bancs» ou à une audience ultérieure:

- Une fois les débats clôturés, l'article 772 C.J. prévoit que seul une pièce ou un fait nouveau et capital, survenu après la clôture des débats, peut justifier une réouverture de ceux-ci. C'est le juge qui apprécie souverainement l'opportunité de faire droit ou non à une telle demande:
- Le prononcé du jugement doit nécessairement être oral et en audience publique. Aucune exception ne déroge à ce principe. La décision sera obligatoirement motivée, en ce sens qu'elle doit répondre explicitement ou implicitement à toutes les demandes, les exceptions et les moyens formulés par les parties et le Ministère Public. Les motifs des jugements sont les raisons qui ont déterminé la conviction du magistrat et l'ont amené à prononcer dans le sens qu'il a adopté.
Cette motivation, outre qu'elle constitue une garantie importante pour le justiciable, permet également le contrôle de la décision du juge par les juridictions de recours.

3.3.2. Les droits de défense devant le juge de fond

Il n'existe pas de définition légale des droits de défense, qui correspondent à tous droits résultant d'une disposition de droit écrit ou consacrés par les principes généraux, pour toute partie au procès, de soutenir ou combattre librement une demande devant les juridictions. Ils se caractérisent par le fait qu'ils sont inséparables de tout acte juridictionnel et garantissent la loyauté du procès. On peut dire en schématisant que le respect des droits de défense implique une triple exigence:

- informer loyalement les parties au procès de leurs droits et ce qui leur est reproché:
- leur donner la pleine possibilité concrète de contredire tous les éléments du dossier:
- leur réserver un égal pouvoir d'initiative pour faire apparaître la vérité ce qui traduit la jurisprudence européenne dans les termes: «égalité des armes».

A défaut de définition légale, les droits de défense sont habituellement consacrés par des textes épars, soit constitutionnels, soit légaux, soit encore internationaux.

Au cours de ce survol du procès pénal, nous avons déjà rencontré un certain nombre de textes qui garantissent la loyauté du procès et les droits de défense de l'inculpé ou de prévenu: la publicité des audiences devant le juge du fond, l'obligatoire motivation des jugements, le droit à la contradiction, le droit d'initiative prévenu au cours du procès pénal pour faire entendre des témoins ou solliciter une mesure d'instruction, la liberté de communiquer avec son avocat, le droit pour tout prévenu d'être informé d'une manière détaillée de la nature et de la cause de la prévention et de se défendre sur le fait tel qu'il est qualifié, l'exercice des droits de recours, etc...

L'essentiel de ces droits est désormais consacré par la Convention Européenne des Droits de l'Homme en son article 6. Très schématiquement résumés, les droits de défense protégés par cette Convention sont les suivants:

1. Toute personne a droit à ce que son procès soit entendu équitablement, ce qui impose tout spécialement d'assurer le principe de l'égalité des armes entre les parties dans la procédure.
2. la publicité de la procédure:
3. *le délai raisonnable* dans lequel tout inculpé doit pouvoir répondre des accusations dont il est l'objet devant une juridiction compétente.
4. l'exigence d'un tribunal indépendant et impartial établi par la loi (qui empêche notamment, au niveau de l'organisation judiciaire, une séparation nette des fonctions d'instruction et de poursuite, un même magistrat ne pouvant intervenir aux deux stades de la procédure):
5. le droit à la présomption d'innocence: cette garantie rejoint la règle de preuve depuis longtemps établie dans notre système judiciaire, selon laquelle ce n'est pas au prévenu à prouver son innocence mais au Ministère Public à établir la culpabilité, au moyen de preuves directes ou indirectes, mais suffisamment fortes. L'accusé doit toujours avoir le droit de réfuter les éléments de preuve apportés par le Ministère Public.
6. le droit de l'accusé d'être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui:
7. le droit de l'accusé de disposer du temps et des facultés nécessaires à la préparation de sa défense:

8. le droit de l'accusé de se défendre lui-même ou d'avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, de pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent.
9. le droit de l'accusé d'interroger ou de faire interroger les témoins à charge et d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge, dans les mêmes conditions que les témoins à charge:
10. le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète, si l'accusé ou le prévenu ne comprend pas ou ne parle pas la langue utilisée à l'audience.

4. CONCLUSION

«La défense n'est pas, en effet, disait Maître HULD, expressément permise par la loi. La loi la souffre seulement et on se demande même si le paragraphe du code qui semble la tolérer la tolère réellement.»

Ce constat n'est pas le fait d'un confrère subversif, comme on pourrait le penser après une lecture de notre Code d'instruction Criminelle. C'est le passage du «procès» de Franç KAFKA.

Vous aurez peut-être pu constater, au terme de ce survol anormalement rapide, qu'un tel constat est exagérément pessimiste, si l'on s'en tient aux règles de procédure qui régissent le droit pénal devant le juge de fond. Le danger du système, cependant, résulte dans notre procédure pénale du fait que l'essentiel de ces droits sont garantis trop tard et seulement au terme de la procédure.

Avant cela, tant aux stades de l'information que de l'instruction, l'inculpé demeure prisonnier du principe du caractère secret et non contradictoire du procès et n'apprend bien souvent les charges précises qui pèsent contre lui qu'au terme de l'instruction, peu de temps avant de comparaître devant son juge.

Il me semble qu'un progrès très important vient d'être franchi par la nouvelle loi sur la détention préventive entrée en vigueur le 1er décembre dernier, notamment en ce qu'elle consacre la communication à l'inculpé-détenu de toute une série de procès-verbaux, mais également l'accès au dossier dans les cinq jours qui suivent sa mise en

détention. Il s'agit incontestablement d'un progrès indéniable, mais il convient d'espérer que le législateur poursuivra cette œuvre salubre, pour garantir dans l'avenir, bien avant la clôture de l'instruction et à un moment où les droits fondamentaux et l'enjeu-même du procès sont en cours, la contradiction du débat.

QUELQUES INFRACTIONS PENALES DE DROIT COMMUN ET LES INFRACTIONS SPECIFIQUES AU DROIT DES SOCIETES ET COMPTABLE

Par J.Ph. BONTE, avocat à Bruxelles

1. INTRODUCTION

Dans la présente contribution, nous entendons examiner les circonstances dans lesquelles le reviseur d'entreprises pourrait encourir une condamnation pénale, soit comme auteur soit comme complice. Nous nous arrêterons également aux obligations que le droit pénal sanctionne dans le chef des administrateurs et des gérants, en liaison avec les missions exécutées par le reviseur d'entreprises.

2. LE DROIT COMMUN: LE CODE PENAL

Le code pénal définit de nombreuses infractions, dont nous ne relèverons ici que celles auxquelles le reviseur d'entreprises risque d'être confronté dans l'exercice de ses missions.

2.1. Le faux en écriture

L'article 196 C.P. prévoit une peine d'emprisonnement (de 5 à 10 ans) pour les personnes (autres que les officiers publics ou les fonctionnaires) qui auront commis un faux en écritures de commerce, de banque ou en écritures privées.

Les techniques de faux visées sont:

- les fausses signatures;
- la contrefaçon ou l'altération d'écritures ou de signatures;
- la fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou leur insertion après coup dans les actes;
- les additions ou altérations de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir ou de constater.

Pour que les faits soient punissables, l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire est requis (article 193 C.P.). Celui qui aura fait usage de l'acte faux ou de la pièce fautive sera puni s'il était l'auteur du faux (article 197 C.P.).

Ces dispositions s'appliquent aux comptes annuels non encore soumis aux actionnaires. Les articles 207 et 208 L.C.S.C., sur lesquels nous reviendrons, ne s'appliquent qu'à partir du moment où les comptes auront été portés à la connaissance des actionnaires ou des associés (art. 209, L.C.S.C., Cass. 19 nov. 1985n *R.W.*, 1985-86, col. 2899).

Pour qu'il y ait faux en écritures, il faut que quatre éléments constitutifs soient réunis:

- une présentation fautive de la réalité;
- l'intention frauduleuse ou l'intention de nuire;
- des dommages possibles ou réels;
- le faux commis dans des écrits ou selon une des méthodes prévues dans le code pénal (DETIENNE, J. *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, De Boeck et Wesmael, 1989, p. 169, n° 428).

Peut-on envisager des cas d'application de cette définition dans le domaine professionnel du réviseur?

Il paraît évident qu'un réviseur d'entreprises qui se servirait de son expertise pour «aider» un client dans l'établissement de certaines conventions (par exemple, une livraison fictive de marchandises) ou de fausses factures pourra être condamné, comme co-auteur ou comme complice. Il n'est nullement requis que dans le chef du complice il y ait un mandat ou une activité quelconques dans la société en question, ni que le complice ait rédigé le document de sa main (Cass., 17 novembre 1965, *Pas.*, I, 1966, 366)?

On pourrait imaginer d'autres exemples encore (voir HUYBRECHTS, L., *Controle op de inbreng in natura, Bedenkingen vanuit een strafrechtelijke hoek*, BCNAR, Bruxelles, 1988, p. 176). Un apport en nature manifestement surévalué avec une intention frauduleuse est un cas patent de faux en écritures (voir Anvers, 22 janvier 1988, *R.W.*, 1987-1988, col. 1031, s'agissant de l'application de l'art. 196 C.P. à une expertise privée, à savoir un rapport de taxation concernant un navire, établi par un expert). En France la «majoration frauduleuse

d'apports» est citée expressément dans la loi comme un acte répréhensible (pour un cas d'application, voir Cass., 22 janvier 1990, *Revue des sociétés*, 1990 p. 456 et Cass., 18 juin 1990, *Revue des sociétés*, 1990, p. 627, où l'on voit le commissaire condamné parce qu'il s'était contenté de reprendre les valeurs d'apport que lui avait indiquées le fondateur).

2.2. L'insolvabilité frauduleuse

L'article 490bis C.P. punit d'un emprisonnement d'un an à six mois et/ou d'une amende de cinquante à cinq cents francs celui qui aura organisé son insolvabilité et n'aura pas exécuté les obligations dont il est tenu. L'organisation de l'insolvabilité pourra être déduite de toute circonstance de nature à révéler l'intention de se rendre insolvable et le texte de la loi énumère une série d'exemples, notamment: détruire, diverter ou dissimuler des biens ou des effets faisant partie de l'actif. L'infraction se définit également comme l'atteinte au gage commun des créanciers, de manière à le rendre insaisissable ou non susceptible d'exécution forcée (Anvers, 27 mai 1982, *R.W.*, 1982-1983, col. 2677). Bien entendu, une condamnation pénale n'interviendra que dans la mesure où le débiteur n'honore pas les obligations dont il est tenu.

Le réviseur d'entreprises pourra être confronté aux problèmes évoqués ici. Que penser, en effet, de la personne qui aurait contracté de lourdes dettes personnelles et qui ferait apport de l'universalité de ses biens à une société anonyme? (ou encore d'un apport en société pour échapper aux conséquences de la faillite d'un premier commerce: voir HUYBRECHTS, *1.c.*, p. 175). Cette personne devra s'adresser à un réviseur d'entreprises qui établira un rapport sur l'apport. Il est clair que cette opération aura pour effet de faire disparaître les biens immobiliers du patrimoine de la personne physique débitrice. Ils seront certes remplacés par des actions ou par des valeurs mobilières que le créancier pourra également faire saisir. A strictement parler, il n'y a pas d'insolvabilité frauduleuse en l'occurrence, et le réviseur d'entreprises ne pourra être condamné ni comme auteur ni comme complice. Toutefois, on ne saurait nier que la réalisation des actions d'une société patrimoniale sera normalement plus difficile qu'une cession de biens immobiliers.

La situation se présenterait sous un tout autre jour lorsque le reviseur d'entreprises, dans son rapport, admet sciemment la sous-évaluation des biens, telle que souhaitée par son client. Il y aurait alors un appauvrissement du patrimoine du débiteur en faveur de la société. L'arrêt précité de la Cour d'Anvers considère que l'appauvrissement n'est pas une condition indispensable pour pouvoir parler de l'organisation d'une insolvabilité frauduleuse. Toutefois, si cet appauvrissement est réel, il constituera, selon nous, une circonstance aggravante et le reviseur d'entreprises ne sera pas libre de tout soupçon, dans la mesure où l'on pourrait retenir contre lui également une intention frauduleuse.

2.3. Escroquerie

L'article 496 C.P. prévoit pour l'escroquerie une peine d'emprisonnement de un mois à cinq ans et une amende de vingt-six à trois mille francs. Est coupable d'escroquerie celui qui, dans le but de s'approprier une chose (par exemple des fonds), emploierait des «manoeuvres frauduleuses» en abusant de la confiance.

Comment qualifier l'attitude d'un gérant d'une S.P.R.L. qui après huit mois connaît déjà des difficultés financières et qui tenterait d'emprunter de l'argent à un ami pour l'investir dans l'affaire (Cass., 6 février 1985, p. 316). La S.P.R.L. n'a pas encore déposé de comptes annuels et pour convaincre l'ami en question, le reviseur d'entreprises établit sciemment un rapport favorable sur la situation financière. Le gérant pourra être condamné pour escroquerie et, à mon sentiment, le reviseur d'entreprises pourra être condamné comme co-auteur ou comme complice. Il n'est pas nécessaire qu'il ait poursuivi personnellement un avantage pécuniaire (Cass., 30 juin 1975, *Pas.*, I, 1975, 1057): la simple participation aux manoeuvres frauduleuses ayant convaincu le tiers (en l'occurrence, le rapport) suffit.

3. LE DROIT DES SOCIÉTÉS: LA LEGISLATION PARTICULIÈRE

Les lois coordonnées sur les sociétés commerciales sont bien connues du reviseur. S'agissant de l'exécution de ses missions, il pourrait se contenter des 199 premiers articles de cette loi. Toutefois, à partir de l'article 200, ces lois comprennent une série de dispositions pénales dont il aura intérêt à prendre connaissance.

C'est ainsi que seront punis d'une amende de cinquante à dix mille francs ceux qui n'auront pas fait les dénonciations requises dans les actes ou projets d'actes de sociétés, dans les procurations ou souscriptions (art. 201, 30, L.C.S.C.).

Sont notamment visés:

- Les conclusions du rapport du réviseur d'entreprises sur le rapport en nature lors de la constitution de la société, à reprendre dans l'extrait à publier de l'acte de constitution de la société (art. 7, 6°, L.C.S.C.). L'article s'applique également aux sociétés coopératives où l'intervention d'un réviseur d'entreprises lors de la constitution est également devenue obligatoire (art. 141ter des L.C.S.C.), mais l'article 7b, 6° ne requiert pas que les conclusions du réviseur d'entreprises soient reprises dans l'extrait relatif à une société coopérative (KUPERS, W., *Revisorale controle bij inbrengen in natura in de cooperatieve vennootschap*, T.R.V., 1990, 176).
- L'indication dans l'acte de constitution d'une S.A. ou d'une S.P.R.L. de la spécification de chaque apport en nature, du nom du réviseur d'entreprises et des conclusions de son rapport (article 30, 11° et 121, 12° L.C.S.C.).
- En cas d'augmentation du capital d'une S.A. par souscription publique, la reprise dans l'acte du relevé des souscriptions, certifié par le commissaire-réviseur (art. 34, §5, L.C.S.C.). Toutefois l'acte constatant l'augmentation de capital par apport en nature à une S.A. ou à une S.P.R.L. ne devrait plus obligatoirement mentionner les conclusions du rapport du réviseur, les art. 34 et 122 des L.C.S.C. ne renvoyant pas aux articles 30 et 121 des L.C.S.C. (voir dans ce sens: RESTEAU, *Traité des S.A.*, III, Bruxelles, Swinnen, 1986, p. 23, n°s 1380 et 1381).
- La mention, dans l'acte de transformation d'une société de la conclusion du rapport établi par le commissaire-réviseur ou par le réviseur d'entreprises, en application des art. 166 et 167 L.C.S.C. (art. 170, 2e alinéa, L.C.S.C.).

Il résulte de l'article 201, 3°bis que les mêmes sanctions visent également le gérant ou les administrateurs qui auront omis, conformément à l'art. 29quater (S.A.: quasi-apport), 3bis, § 3 (S.A.: émission d'actions sans désignation de valeur nominale en dessous du pair comptable des anciennes actions de même catégorie), 34 (S.A.: aug-

mentation de capital par apport en nature), 120 quater (S.P.R.L.: quasi-apport), 122 § 3 (S.P.R.L.: augmentation de capital par apport en nature), 141 quater (Soc. Coop., quasi-apport) et 167, transformation d'une société commerciale, d'une S.A., d'une société en commandite, d'une société en commandite par actions, d'une S.P.R.L. ou d'une société coopérative) de présenter le rapport spécial accompagné du rapport du commissaire-reviseur ou du reviseur d'entreprises. L'article 141 quinquies L.C.S.C. qui prévoit l'augmentation par apport en nature dans une société coopérative n'est apparemment pas visé.

L'article 201, 3^oter L.C.S.C. complète la disposition précédente: les associés d'une société en nom collectif qui, dans le cadre de la transformation, n'auront pas rédigé un état résumant la situation active et passive et qui n'auront pas désigné un reviseur d'entreprises, s'exposent également à l'amende susvisée.

Il ressort des dispositions que nous avons analysées aux points 7, 8 et 9 que le législateur, à chaque fois qu'il a prévu l'intervention du reviseur d'entreprises, a également prévu les sanctions pénales. La société ne pourra donc pas se soustraire à l'obligation de faire rapport et à la publicité du rapport, au risque de voir poursuivre ses associés, ses gérants ou ses administrateurs devant les juridictions pénales.

Une disposition particulièrement importante pour la pratique professionnelle est l'article 201, 3^o quater et 4^o L.C.S.C. Celui-ci prévoit une sanction pénale pour le gérant ou l'administrateur d'une S.A., d'une S.P.R.L. ou d'une société coopérative qui omettrait, dans les six mois de la clôture de l'exercice, de soumettre les comptes annuels et de déposer ceux-ci dans les trente jours de leur approbation par l'assemblée générale au greffe, en même temps que toute une série d'autres documents (notamment la mention du commissaire-reviseur en fonction, le rapport établi par celui-ci en application de l'art. 65 L.C.S.C. ou les conclusions de ce rapport dans le cas d'une P.M.E. dans le sens de la loi comptable).

Le commissaire-reviseur qui constaterait que son rapport n'a pas été déposé dans les délais prévus, pourrait déposer plainte auprès du Procureur du Roi pour contraindre la société audit dépôt (voir dans ce sens: Institut des Reviseurs d'Entreprises, *Rapport Annuel*, 1988, p. 56).

L'article 201, 5° L.C.S.C. prévoit une cause de responsabilité personnelle éventuelle (l'amende susvisée) du commissaire-reviseur. Il résulte de l'article 73 L.C.S.C. que le commissaire-reviseur d'une S.A. ou d'une S.P.R.L. est habilité à convoquer l'assemblée générale, cette convocation relevant normalement de la compétence du conseil d'administration ou du gérant. Le commissaire-reviseur devra toutefois procéder à cette convocation lorsque les actionnaires représentant 1/5 du capital social le demandent. Il en va de même pour l'assemblée générale des détenteurs d'obligations (art. 91, L.C.S.C.) et l'art. 201, 5° indique le délai dans lequel il faut donner suite à cette demande, à savoir trois semaines à compter de la requête. Cette disposition est assortie d'une sanction. Il ne faut pas que l'assemblée générale se réunisse dans le délai précité, mais les convocations doivent être envoyées par le commissaire-reviseur dans les trois semaines (RESTEAU, C., o.c., II, 1982, p. 341, n° 1140).

La disposition relative au rapport dans lequel les administrateurs ou les gérants rendent compte de leur gestion est également assortie d'une sanction pénale (art. 201, 9°, L.C.S.C.). Seront sanctionnés pénalement, non seulement la non présentation d'un rapport de gestion dans une S.A., une S.P.R.L. ou une société coopérative, mais aussi l'établissement (formel) d'un rapport de gestion qui ne comprendrait pas les mentions minimum prescrites (voir art. 77, al. 4 et 5, L.C.S.C.). Le législateur a retenu cette dernière infraction dans le chef des administrateurs d'une S.A. ou des gérants d'une S.P.R.L. La matérialité de l'infraction pourrait ressortir du rapport du commissaire-reviseur qui, en application de l'art. 65, 1er alinéa, 4° L.C.S.C. doit indiquer: «si le rapport de gestion comprend les informations requises par la loi et concorde avec les comptes annuels».

Enfin, l'art. 201 L.C.S.C. comprend encore un 10° relatif au quasiapport dans une S.A., une S.P.R.L. ou une société coopérative. Cette opération doit être *préalablement* approuvée par l'assemblée générale, à peine pour les administrateurs ou les gérants de se voir infliger une amende. Dans la pratique, cette approbation prendra souvent la forme d'une rectification post factum, après que l'opération ait déjà été engagée, celle-ci restant valable selon une partie de la doctrine (voir: VAN BRUYSTEGEM, B., *De vennootschappenwet '86*, Anvers, Kluwer, 1986, p. 33). A strictement parler, cette façon de procéder pourrait donner lieu à sanction pénale. L'art. 201, 10° L.C.S.C. ne

parle pas expressément d'une approbation préalable, mais il renvoie aux articles 29quater, 120quater et 141quater L.C.S.C. et la seule approbation visée dans ces articles doit être donnée préalablement.



Pour les infractions qui y sont mentionnées, l'article 204 L.C.S.C. prévoit des sanctions plus sévères: une peine de prison de un mois à un an et une amende de cinquante à dix mille francs, ou l'une de ces peines seulement.

Le 2° de cet article sanctionne la situation déjà analysée au point 11, à savoir le non respect de l'article 80 L.C.S.C., du moins dans ses alinéas premier, deux et quatre. Si l'infraction s'accompagne d'une intention frauduleuse, ce n'est pas l'art. 201, 4° qui s'applique, mais bien l'article 204, 2° qui prévoit une sanction plus sévère.

L'article 204, 5° L.C.S.C. intéresse au premier chef le reviseur d'entreprises. Il prévoit une sanction non seulement à l'égard des administrateurs mais aussi à l'égard des commissaires qui contreviennent à l'article 64ter L.C.S.C. Cette disposition est relative à la rémunération du commissaire-reviseur et on pourrait avoir tendance à ignorer son importance:

- La rémunération consiste en une somme *fixe*, établie *au début* du mandat par l'assemblée générale. La perception par le commissaire-reviseur d'émoluments, que le conseil d'administration aurait fixé postérieurement à sa nomination formelle par l'assemblée générale, peut être sanctionnée pénalement. De tels émoluments pourraient en effet être considérés comme des avances que l'article 64ter L.C.S.C. interdit (dans ce sens: Institut des Reviseurs d'Entreprises, *Rapport annuel*, 1986, p. 68). Le commissaire-reviseur sera attentif à ce point, dans la mesure où bon nombre d'assemblées générales se déroulent de manière trop peu formelle et en méconnaissant les lois sur les sociétés.

Par ailleurs, cet article contient également une disposition très claire applicable aux prestations exceptionnelles ou aux missions particulières accomplies par le commissaire-reviseur pour la société qu'il contrôle. Ce type de prestations est de pratique courante mais le rapport de gestion doit rendre compte et de leur objet et de la rémunération y afférente. L'on vise par ces exceptionnelles les missions

qui en vertu des Lois sur les sociétés doivent être confiées au commissaire-reviseur, par exemple le rapport sur un apport en nature dans le cas d'une augmentation de capital d'une S.A. Les missions particulières sont celles non prévues par les Lois soc. dans la mesure où elles sont compatibles avec la fonction de commissaire, par exemple, les missions de conseil en matière d'organisation (dans ce sens: MAES, J.P., et VAN HULLE, K., *De hervorming van het bedrijfsrevisoraat*, Anvers, Kluwer, 1985, p. 75).

La même publicité dans le rapport de gestion est requise pour les tâches, mandats et missions que le commissaire-reviseur n'exerce pas personnellement mais par les personnes (a) avec qui il a signé un contrat de travail ou (b) avec qui il entretient des relations de collaboration professionnelle. Cette disposition s'applique à la rémunération distincte attribuée, par exemple pour la déclaration fiscale remplie par un fiscaliste qui travaille dans les liens d'un contrat de travail chez le commissaire-reviseur. A mon sens, serait également visé ici l'accomplissement d'une mission consultative par un cabinet de conseillers en gestion qui porte la même appellation que la société du commissaire-reviseur. Cette dernière hypothèse ne sera toutefois visée que dans la mesure où il existe des liens de collaboration professionnelle et donc une certaine permanence dans les contacts professionnels.

- Le commissaire-reviseur enfin ne pourra recevoir aucun avantage de la société en dehors de ses émoluments. Sont interdits: les prêts, les avances et les constitutions de garanties.

L'art. 204, 6° L.C.S.C. contient également une disposition importante. L'article 64sexies L.C.S.C. définit un pouvoir d'investigations étendu pour le commissaire-reviseur. Le fait de mettre obstacle au contrôle (application de l'art. 64sexies des L.C.S.C.), mais aussi le refus de renseignements ou le fait de donner sciemment des renseignements inexacts ou incomplets qui sont sanctionnés. La sanction s'appliquera par exemple au refus d'exécuter une «confirmation de tiers» demandée par le commissaire-reviseur (article 64sexies, al. 3 L.C.S.C.) et au non établissement de l'état semestriel (article 64sexies, alinéa 5 L.C.S.C.).

□ □ □

Si ses travaux sont entravés de cette manière, le commissaire-revisuer pourra déposer plainte. Dans la pratique, une collaboration aussi difficile avec la société débouchera le plus souvent sur la démission en cours de mandat, dans le respect de l'article 64 quinquies L.C.S.C. L'article 205 L.C.S.C. est aussi important pour le reviseur d'entreprises, dans la mesure où il prévoit la sanction d'une amende et/ou d'une peine de prison à l'égard des administrateurs d'une S.A. qui contreviendront aux dispositions de l'article 77ter L.C.S.C. Cet article concerne l'attribution d'un dividende intérimaire par la S.A. C'est ainsi qu'aucun dividende intérimaire ne pourra être distribué sans qu'il n'y ait eu contrôle de la situation active et passive par le commissaire-revisuer. Ce rapport doit faire apparaître que les bénéfices sont suffisants pour permettre la distribution d'un tel dividende.

En outre, le rapport du reviseur devra être joint au rapport annuel du commissaire-revisuer (art. 77ter, al. 2 et 3 L.C.S.C.).

Par ailleurs, l'article 205 L.C.S.C. sanctionne également la distribution de dividendes ou de tantièmes fictifs, à savoir ceux qui sont contraires au prescrit de l'art. 77bis, même si cette distribution ne s'accompagne pas d'une intention frauduleuse ni d'une intention de nuire: la faute et la négligence suffisent comme éléments constitutifs de l'infraction (Cass., 4 mars 1912, *Pas.*, 1912, I., p. 143).

Encore que l'article 205 ne mentionne que les administrateurs et les gérants, le commissaire-revisuer devrait tenir compte du fait que les règles en matière de complicité sont applicables, et qu'il pourrait à son tour voir sa responsabilité pénale engagée (RESTEAU, C., *Traité des S.A.*, P. Pee, Bruxelles, 1934), IV, p. 417, n° 2239).

L'article 17 de la loi du 17 juillet 1975 (voir plus loin) pourrait également justifier les poursuites contre le commissaire-revisuer. La répartition des bénéfices, en effet, fait partie des comptes annuels et doit y être reprise de manière complète et fidèle: le commissaire-revisuer devra vérifier le respect des dispositions de la loi de 1975 en la matière (voir DETIENNE, J. o.c., p. 343, n° 822).



Depuis la réforme de 1984, le rachat de parts propres, dans les limites prévues aux articles 52bis et 128bis L.C.S.C., est autorisé. L'article 206 L.C.S.C. prévoit une peine d'une amende de 50 à 10.000 fr

et/ou une peine de prison d'un mois à un an pour les administrateurs, les gérants et indirectement les commissaires qui auront contrevenu aux articles 52bis ou 128bis. Les prêts et avances ainsi que les versements fictifs relèvent également du champ d'application du présent article.

En adoptant une certaine attitude, le commissaire-reviseur pourra permettre de telles opérations ou pour le moins ne pas s'y opposer (RESTEAU, o.c., p. 428, n° 2255). Ce sera notamment le cas lorsque le commissaire-reviseur aura omis de signaler, dans son rapport à l'assemblée générale, une opération faite en violation des lois coordonnées.



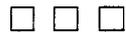
Le faux dans les comptes annuels, tout comme l'usage d'actes faux, sont également sanctionnés par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales. Les articles 207 et 208 prévoient une peine de prison (de 5 à 10 ans) et une amende de 26 à 2.000 francs pour ces infractions.

Pour l'application de l'article 207 plusieurs éléments devront être réunis (DETIENNE, o.c., p. 335, n° 805):

- il doit s'agir des comptes annuels;
- communiqués aux actionnaires ou aux associés;
- la réalité doit avoir été faussée (en la matière, ce seront surtout les évaluations et les amortissements qui poseront problèmes);
- des techniques spécifiques doivent avoir été utilisées (voir ci-dessus, art. 196 du Code Pénal);
- l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire;
- les dommages possibles.

Le champ d'application de l'article 207 des L.C.S.C. est vaste. Sont visés non seulement le conseil d'administration (auteur), mais aussi en tant que complices l'expert comptable qui a préparé les comptes annuels et le commissaire-reviseur qui les a approuvés sans réserve (DUPLAT, J.L., *Aspects nouveaux du droit de la banqueroute, du droit pénal comptable et du droit pénal des sociétés commerciales*, dans *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, Ed.

Jeune Barreau, 1978, p. 438). Les dispositions du Code pénal relatives à la complicité s'appliquent effectivement aux comptes annuels qui sont un faux. Il résulte de l'article 209 qu'on ne parlera de comptes annuels en droit pénal qu'à partir du moment où ce document aura été soumis à l'approbation des actionnaires ou des associés. L'on entend par là la mise à la disposition des comptes annuels pour les actionnaires au siège social quinze jours avant l'assemblée générale, et éventuellement l'envoi aux actionnaires en nom, tel que prévu à l'art. 78 L.C.S.C. (HUYBRECHTS, L., note sous Cass., 19 novembre 1985, *R.W.*, 1985-86, 2902).



L'article 210 L.C.S.C., enfin, prévoit que le livre premier du code pénal s'appliquera aux infractions prévues par les lois coordonnées. Sera également applicable, le chapitre VII: de la participation de plusieurs personnes au même crime ou délit. Les complices seront donc sanctionnés de la même manière. Aux termes de l'article 67 C.P., ce sont les personnes qui auront donné des instructions, qui auront procuré des armes, des instruments ou tout autre moyen pour commettre le crime ou le délit, sachant qu'ils devaient y servir, ou ceux qui, avec connaissance, auront assisté l'auteur ou les auteurs du crime ou du délit dans les faits qui l'ont préparé ou facilité, ou dans ceux qui l'ont consommé. N'est pas exclu non plus du champ d'application, l'article 85 concernant les circonstances atténuantes: les peines d'emprisonnement et les amendes pourront donc être réduites, sans qu'elles puissent être inférieures aux peines de police, et dans certaines circonstances, l'amende pourra remplacer la peine d'emprisonnement.

4. LE DROIT COMPTABLE: LEGISLATION PARTICULIERE

Depuis 1975, le droit comptable belge comprend une sanction pénale importante, à savoir l'article 17 de la loi du 17 juillet 1975, dont les principes sont les suivants:

- les commerçants et les responsables d'une personne morale qui contreviennent sciemment à la loi comptable (ou à ses arrêtés d'exécution), s'exposent à une amende. S'ils ont agi avec une intention frauduleuse, la peine sera un emprisonnement et/ou une amende.

- Si conformément à l'article 5 de la loi du 17 juillet, les commerçants ou responsables étaient autorisés à tenir une comptabilité simplifiée, les peines prévues ne s'appliqueront qu'en cas de faillite de l'entreprise.
- Les contrôleurs (le commissaire-reviseur, le réviseur (d'entreprises ou l'expert indépendant) qui auront attesté ou approuvé des comptes, des comptes annuels, des bilans et des comptes de résultats ou des comptes consolidés d'entreprises, sans que soient respectées les dispositions de l'article 2 (une comptabilité appropriée à la nature et à l'étendue des activités de l'entreprise), de l'article 3, premier alinéa (une comptabilité qui couvre l'ensemble des opérations, des avoirs, etc.) et troisième alinéa (comptabilité adaptée à l'existence d'opérations menée en association commerciale momentanée ou en participation), aux articles 4 à 9 (comptabilité en partie double, les livres et les comptes, plan comptable, documents justificatifs, inventaire, etc.), ou les arrêtés pris en exécution de l'article 4, alinéa 6 (plan comptable minimum normalisé, A.R. du 12 septembre 1983 déterminant le P.C.M.N.), de l'article 7, alinéa 4 (évaluation de l'inventaire, présentation et contenu des comptes annuels, A.R. du 8 octobre 1976), de l'article 8 § 2 (tenue et conservation des livres, A.R. 12 septembre 1983 pris en exécution de la loi du 17 juillet 1975 et 11 (comptes consolidés, A.R. du 6 mars 1990), pourront être punis d'une amende de cinquante à dix mille francs. L'attestation ou l'approbation des comptes annuels contestée doit être délivrée alors que l'on peut constater une infraction de la loi comptable dont le contrôleur a connaissance ou qu'il n'a pas identifiée suite au non-accomplissement des diligences normales pour s'assurer que les dispositions visées ont été respectées.

Il ressort des travaux parlementaires que ce dernier point est une référence au respect des règles arrêtées par l'organisation professionnelle, par exemple les normes de revision promulguées par l'Institut des Réviseurs d'entreprises (Doc. Parl. Sénat, 1975-76, n° 436/1, p. 15). Si le contrôleur a agi avec une intention frauduleuse, les peines augmentent à un emprisonnement de un mois à un an et/ou une amende de cinquante à dix mille francs.

Selon HUYBRECHTS (o.c., p. 183), le rapport fait par le réviseur sur un apport en nature serait également visé par cette disposition, mais

cette opinion n'est pas partagée, à raison nous semble-t-il, par OLIVIER qui assimile le terme «attester» au terme «certifier» et qui estime que le mot «approbation» doit être compris ici dans son sens normal. Pour le rapport de transformation, toutefois, la situation est différente: le reviseur ne pourrait approuver sans réserves une situation active et passive si la comptabilité de la société à transformer n'a pas été tenue conformément aux dispositions de la loi (voir, dans ce sens, OLIVIER, H., cité par TROISFONTAINES, P., *Les dispositions pénales de la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises*, dans *Droit comptable*, Bruxelles, La Chartre, 1985, p. 99).

Tout comme pour les délits relevant des lois coordonnées sur les sociétés commerciales, le livre 1er du Code Pénal s'appliquera ici aussi intégralement (voir 21).

A ce propos, il importe encore d'attirer l'attention sur l'art. 577, 1^o du Code de Commerce (modifié par l'art. 22 de la loi du 17 juillet 1975) qui prévoit la condamnation d'un commerçant pour banqueroute frauduleuse s'il a soustrait en tout ou en partie les livres ou documents comptables visés au Chapitre premier de la loi du 17 juillet 1975 ou s'il en a frauduleusement enlevé, effacé ou altéré le contenu. Par ailleurs, l'article 578 du C.Com. que seront déclarés complices ceux qui par l'un des moyens indiqués en l'article 60 du Code Pénal (actuellement les articles 66 et 67 C.P.) auront provoqué à ces faits et ceux qui auront, avec connaissance, aidé le banqueroutier frauduleux dans les faits qui auront préparé ou facilité sa banqueroute ou dans ceux qui l'auront consommée.

Il nous paraît qu'il y a là un certain risque pour le commissaire-reviseur d'une société en faillite. Point n'est besoin, en effet, que le complice soit lui-même en faillite pour encourir une condamnation (Cass., 5 juin 1876, *Pas.*, p. 300), ni qu'il ait la qualité de commerçant (Cass., 20 décembre 1983, *Pas.*, I, 1984, 447). Le cas d'application le plus classique cas visé par la disposition est celui de l'administrateur ou du gérant, qui pendant la période suspecte omet d'enregistrer dans son livre de caisse une série de paiements de ses clients pour constituer ainsi «une caisse noire», au détriment de ses créanciers (voir, dans ce sens, DUPLAT, J.L., *o.c.*, p. 384).

LE DROIT PENAL ET L'APPEL PUBLIC A L'EPARGNE ⁽¹⁾

Par Y. STEMPIERWSKY,

Attaché à la Commission bancaire et financière ⁽²⁾

1. CADRE GENERAL DE L'APPEL PUBLIC A L'EPARGNE

La disposition clé en la matière, prohibant tout appel public à l'épargne, est l'article 15 § 1er de la loi du 10 juin 1964 sur les appels publics à l'épargne qui prévoit que sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 francs à 10.000 francs ⁽³⁾ ou d'une de ces peines seulement, ceux qui reçoivent du public, sous quelque forme ou qualification que ce soit, ou qui font appel au public en vue de recevoir des fonds remboursables à vue, à terme ou moyennant un préavis.

Les termes de cette disposition sont à ce point généraux que le législateur a estimé nécessaire d'énumérer, au paragraphe 2 de l'article 15, une série d'opérations auxquelles le paragraphe 1er susévoqué n'est pas applicable. Il s'agit notamment:

- des dépôts effectués auprès des banques (définies à l'article 1er du titre 1er de l'arrêté royal du 9 juillet 1935); l'activité bancaire est réglementée et assortie de sanctions pénales en vertu des articles 42, 43 et 44 de l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935;
- et des émissions publiques de titres et valeurs définies à l'article 26 de l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935, première disposition de l'important titre II de cet arrêté. Ces émissions sont ce que l'on pourrait considérer comme les appels publics à l'épargne au sens strict.

1) Texte remanié et actualisé au 31 mars 1991 de l'exposé présenté le 14 décembre 1990 au cours de la journée d'études intitulée «Le reviseur et le droit pénal».

2) Ce texte rédigé à titre personnel ne saurait engager la Commission bancaire et financière.

3) Le montant des amendes est en vertu de l'article 1er de la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels sur les amendes pénales à multiplier par 80.

Une fois rappelé le principe de la prohibition générale d'appel public à l'épargne, il convient de s'attarder au titre II de l'arrêté royal du 9 juillet 1935.

Il y a lieu de rappeler tout d'abord que d'importantes modifications ont été apportées à cet arrêté par la loi du 9 mars 1989, ainsi que par la loi du 4 décembre 1990.

La loi du 9 mars 1989 ⁽⁴⁾ avait pour objet de transposer en droit belge les directives du 5 mars 1979 ⁽⁵⁾, du 17 mars 1980 ⁽⁶⁾ et du 15 février 1982 ⁽⁷⁾ en matière de valeurs mobilières. Cette transposition a été complétée par l'entrée en vigueur des arrêtés suivants:

- Arrêté royal du 18 septembre 1990 relatif aux Comités de la Cote auprès des Bourses mobilières du Royaume et à l'admission des valeurs mobilières à la cote (M.B., 22 septembre 1990, p. 18.127 et erratum in M.B., 25 octobre 1990, p. 20.390).
- Arrêté royal du 18 septembre 1990 relatif aux obligations découlant de l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de fonds publics et de change du Royaume (M.B., 22 septembre 1990, p. 18.138 et erratum in M.B., 25 octobre 1990, p. 20.390).

4) Loi du 9 mars 1989 modifiant le Code de commerce et l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs (M.B., 9 juin 1989, p. 10401) dont les dispositions sont entrées en vigueur le 25 novembre 1989 (Arrêté royal du 16 novembre 1989 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 1989 modifiant le Code de commerce et l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres en valeurs, M.B., 25 novembre 1989, p. 19378) à l'exception des articles 27 et 28 entrés en vigueur le 16 septembre 1989 (Arrêté royal du 4 septembre 1989 fixant la date d'entrée en vigueur des articles 27 et 28 de la loi du 9 mars 1989 modifiant le Code de commerce et l'arrêté royal n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs, M.B., 16 septembre 1989, p. 15956).

5) Directive (79/279/CEE) portant coordination des conditions d'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs modifiée par la directive du Conseil (82/148/CEE) du 3 mars 1982 et par la directive (88/627/CEE) du 12 décembre 1988.

6) Directive (80/390/CEE) portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs, modifiée par la directive (82/148/CEE) du 3 mars 1982 et par la directive (87/345/CEE) du 22 juin 1987.

7) Directive (82/121/CEE) relative à l'information périodique à publier par les sociétés dont les actions sont admises à la cote officielle d'une bourse de valeurs.

- Arrêté royal du 18 septembre 1990 relatif au prospectus à publier pour l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de fonds publics et de change du Royaume (M.B., 22 septembre 1990, p. 18.144 et erratum in M.B., 25 octobre 1990, p. 20.390).
- Arrêté ministériel du 19 septembre 1990 relatif à l'admission de valeurs mobilières du secteur public belge à la cote officielle d'une Bourse de valeurs mobilières du Royaume (M.B., 22 septembre 1990, p. 18.165).
- Arrêté ministériel du 20 novembre 1990 modifiant l'arrêté ministériel du 19 septembre 1990 relatif à l'admission de valeurs mobilières du secteur public belge à la cote officielle d'une Bourse de valeurs mobilières du Royaume (M.B., 5 décembre 1990, p. 22.552).

La loi du 4 décembre 1990 ⁽⁸⁾ a elle notamment pour objet d'adapter le droit belge à la directive (85/611/CEE) du 20 décembre 1985 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières, à la directive (89/298/CEE) du 17 avril 1990 portant coordination des conditions d'établissement, de contrôle et de diffusion du prospectus à publier en cas d'offre publique de valeurs mobilières, à la directive (90/211/CEE) du 23 avril 1990 modifiant la directive (80/390/CEE) en ce qui concerne la reconnaissance mutuelle des prospectus d'offre publique au titre de prospectus d'admission à la cote d'une bourse de valeurs, à la directive (89/592/CEE) du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés et, d'une manière générale, de procéder à la réforme des marchés financiers belges.

8) Loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers (M.B., 22 décembre 1990, p. 23.800 et errata in M.B., 1er février 1991, p. 2041). Voy. au sujet de cette loi, H. Swennen, «Hervorming van de financiële markten: de wet van 4 december 1990», R.W. 1990-1991, n° 26, pp. 865-874; A. Bruyneel, «Loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers («WFTM»...): premières réflexions», à paraître dans le n° 4/1991 de la Revue de la Banque; Le Journal des Tribunaux publiera une série d'articles relatifs à cette importante réforme.

Cette loi contient les livres suivants:

- Livre Ier: Dispositions générales.
- Livre II: Des marchés secondaires en valeur mobilières et autres instruments financiers.
- Livre III: Les organismes de placement collectif.
- Livre IV: De la gestion de fortune et du conseil en placements.
- Livre V: Du délit d'initié.
- Livre VI: Du commerce des devises et du courtage en change et en dépôts.
- Livre VII: Dispositions diverses et modifications.

Plusieurs arrêtés royaux ont été pris afin d'exécuter cette loi:

- Arrêté royal du 20 décembre 1990 fixant la date d'entrée en vigueur des articles 194, 195, 212 et 213 de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers (M.B., 29 décembre 1990, p. 24.588).
- Arrêté royal du 2 janvier 1991 fixant les statuts de la Caisse d'intervention des sociétés de bourse (M.B., 8 janvier 1991, p. 206).
- Arrêté royal du 2 janvier 1991 fixant le Règlement général de la Caisse d'intervention des sociétés de bourse (M.B., 8 janvier 1991, p. 225).
- Arrêté royal du 2 janvier 1991 réglant la procédure d'octroi de l'Agrément des sociétés de bourse (M.B., 8 janvier 1991, p. 242).
- Arrêté royal du 2 janvier 1991 fixant les statuts de la Société de la Bourse de valeurs mobilières de Bruxelles (M.B., 8 janvier 1991, p. 255).
- Arrêté royal du 9 janvier 1991 relatif au caractère public des opérations de sollicitation de l'épargne et à l'assimilation de certaines opérations à une offre publique (M.B., 12 janvier 1991, p. 677).
- Arrêté royal du 18 janvier 1991 fixant le règlement de la bourse de valeurs mobilières de Bruxelles (M.B., 25 janvier 1991, p. 1542).
- Arrêté royal du 23 janvier modifiant l'arrêté royal du 22 juin 1935 fixant les statuts de l'Institut de Réescompte et de Garantie (M.B., 29 janvier 1991, p. 1794).

- Arrêté ministériel du 4 février 1991 fixant le taux des courtages applicables aux transactions sur valeurs mobilières (M.B., 6 février 1991, p. 2318).
- Arrêté royal du 14 février 1991 fixant les conditions de dérogation à la condition d'expérience professionnelle visée à l'article 39, § 1er, 2°, de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers, en faveur des membres du personnel des établissements de crédit (M.B., 21 février 1991, p. 3389).
- Arrêté royal du 27 février 1991 relatif à l'organisation du marché hors bourse des obligations linéaires et du marché secondaire des certificats de trésorerie (M.B., 7 mars 1991, p. 4328).
- Arrêté royal du 27 février 1991 fixant les modalités des transactions sur valeurs mobilières cotées à une Bourse de valeurs mobilières et qui sont réalisées hors bourse, notamment en ce qui concerne leur notification et l'écart de prix par rapport au cours de bourse (M.B., 7 mars 1991, p. 4330).
- Arrêté royal du 4 mars 1991 relatif à certains organismes de placement collectif (M.B., 9 mars 1991, p. 4539) et errata in M.B., 27 mars 1991, p. 6240).
- Arrêté royal du 6 mars 1991 fixant les statuts de la société de la Bourse de Valeurs mobilières de Bruxelles (M.B., 16 mars 1991, p. 5437).
- Arrêté royal du 19 mars 1991 rectifiant l'arrêté royal du 2 janvier 1991 réglant la procédure d'octroi de l'Agrément de sociétés de bourse (M.B., 22 mars 1991, p. 5888).
- Arrêté royal du 19 mars 1991 fixant les statuts de la Société de la Bourse de valeurs mobilières d'Anvers (M.B., 22 mars 1991, p. 5889).

Plusieurs arrêtés royaux seront encore nécessaires pour assurer l'exécution complète de cette loi qui elle aussi a modifié l'arrêté royal n° 185 (9).

9) Voy. les articles 228 à 238.

L'article 26 de l'arrêté royal n° 185 prévoit que quiconque se propose d'exposer en vente, d'offrir en vente ou de vendre publiquement, soit des actions, des titres ou parts bénéficiaires de sociétés, soit des obligations, doit en aviser, quinze jours d'avance, la Commission bancaire.

Le même avis devant être donné:

- avant la constitution ou l'augmentation de capital d'une société au moyen de souscriptions publiques (articles 32 et 34 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales);
- avant toute émission publique d'obligations;
- ou avant la demande d'inscription à la cote officielle d'une bourse de fonds publics et de change.

Suit une procédure connue dont il convient cependant de rappeler:

- qu'elle a pour objet de permettre à la Commission d'apprécier si les renseignements contenus dans le prospectus destiné au public sont suffisants compte tenu des caractéristiques de l'opération sur la nature de l'affaire et les droits attachés aux titres - *objectifs de bonne information du public donc*
- et que ceux qui ne la respecteraient pas courent le risque d'être condamné à une peine d'emprisonnement d'un mois à un an de prison et à une amende de 50 à 10.000 francs ou à l'une de ces peines seulement. Ces infractions ne requièrent pas, il faut le signaler, de dol spécial, c'est-à-dire d'intention frauduleuse ou de dessein de nuire, l'intention frauduleuse étant définie comme de dessein de se procurer à soi-même ou de procurer à autrui un profit ou un avantage illicite ⁽¹⁰⁾.

Il est bon de rappeler en outre que le champ d'application de l'article 26 et partant de la procédure et des sanctions pénales qui en découlent a été singulièrement étendu par deux dispositions:

- par l'article 22 de la loi du 10 juin 1964, *notamment* aux offres publiques d'achat et d'échange qui restent régies par le titre II de l'arrêté royal n° 185 avec tout ce que cela implique au plan des compétences de la Commission bancaire et financière et des sanctions

10) (Cass., 26 septembre 1955, Pas., 1956, I, 47; Cass., 28 septembre 1953, Pas., 1954, I, 48).

pénales, indépendamment du régime organisé par le récent arrêté royal du 8 novembre 1989 (M.B., 11 novembre 1989, pp. 18.603 à 18.614) (11).

- par l'article 1er de la loi du 10 juillet 1969 sur la sollicitation de l'épargne publique, notamment en matière de valeurs mobilières aux mêmes opérations ayant directement ou indirectement pour objet des droits sur des biens meubles ou immeubles, organisés en association, indivision ou groupement de droit ou de fait, impliquant abandon par les titulaires de la jouissance privative de ces biens dont la gestion organisée collectivement est confiée à une personne agissant à titre professionnel. Cette disposition n'est pas applicable aux fonds communs de placement.

Pour qu'une opération soit visée par l'article 15 de la loi de juin 1964, par l'article 26 - étendu - de l'arrêté royal n° 185 ou par les articles 3, 4 et 105 de la loi du 4 décembre 1990, encore faut-il qu'elle soit *publique*, c'est-à-dire qu'elle réponde à l'un des critères de l'arrêté royal du 9 janvier 1991 relatif au caractère public des opérations de sollicitation de l'épargne et à l'assimilation de certaines opérations à une offre publique qui a abrogé l'arrêté royal du 12 novembre 1969 relatif au caractère public des opérations de sollicitation de l'épargne.

Tel est le cadre général dans ses grandes lignes. Pour être complet, il faudrait en outre signaler:

- l'abrogation par la loi relative aux opérations financières et aux marchés financiers du titre V du livre 1er du Code de Commerce et donc de l'article 108 notamment relatif à des opérations portant sur des fonds publics belges mais initiées par des personnes n'ayant pas la qualité de ressortissant des Communautés européennes (12) (sanctionné pénalement par l'article 110);
- l'abrogation par la loi relative aux opérations financières et aux marchés financiers de l'article 203 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales relatif à la manipulation frauduleuse du prix des

11) Voy. à ce sujet A. Bruyneel, «Les offres publiques d'acquisition», J.T. 1990, pp. 141 et seq. ainsi que P.A. Foriers, «Le nouveau régime des O.P.A. et des modifications du contrôle», in *Développements récents du droit financier*, CBNCR, 2/1990, pp. 29 et seq.

12) Voy. cependant les articles 4 et 76 de la loi du 4 décembre 1990.

actions, des obligations ou des autres titres de société (13). Cette disposition qui était à mettre en relation avec l'article 311 (14) du Code pénal n'a, sauf erreur de ma part, jamais donné lieu à condamnation (15);

- l'existence de l'arrêté royal n° 71 du 30 novembre 1939 relatif au colportage des valeurs mobilières et au démarchage sur valeurs mobilières et sur marchandises et denrées (16);
- l'article 202 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales qui vise l'escroquerie par provocation à des souscriptions ou des versements, soit à des achats d'actions, d'obligations ou d'autres titres de sociétés;
- l'article 204, 4° des lois coordonnées sur les sociétés commerciales qui sanctionne d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 francs à 10.000 francs ou d'une de ces peines seulement ceux qui reçoivent, se font promettre une commission ou tentent d'obtenir une rémunération ou un courtage quelconque à l'occasion de l'admission d'une titre de société à la cote d'une bourse de commerce;
- l'article 101ter des lois coordonnées sur les sociétés commerciales relatif à l'émission d'obligations convertibles ou avec droit de souscription par des sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne. Dans ce cas, la mission de la Commission est de vérifier que le rapport du conseil d'administration à l'assemblée générale éclaire suffisamment les actionnaires et n'est pas de nature à les induire en erreur.

Donc, ici aussi, *objectif de bonne information*. Les administrateurs qui contreviendraient à cette disposition sont passibles d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 à 10.000 francs à multiplier par 80 ou d'une de ces peines (article 204, 7°, 8° et 9° des lois coordonnées sur les sociétés commerciales). Le dol spécial n'est pas requis.

13) Pour un commentaire, voy. notamment J. Detienne, Droit pénal des affaires, Bruxelles, De Boeck Professional Publishing, pp. 348 à 350.

14) Voy. à ce sujet, Les Nouvelles, droit commercial, III, V° dispositions pénales, n°s 5479 à 5490; R.P.D.B., V° Industrie et Commerce, n°s 182 et seq.

15) Voy. pourtant l'article 75 § 2 de la loi du 4 décembre 1990 qui reprend tout en étendant la portée, les termes de l'article 203 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales.

16) Voy. J. Tyteca, note sous Civ., Anvers, 25 mai 1989, T.R.V., n° 5, novembre 1989, pp. 448 et seq.

Il faut constater que les décisions en la matière ne sont pas légion et que les personnes auxquelles il était reproché d'avoir fait appel irrégulièrement à l'épargne furent en général condamnées pour d'autres infractions au droit pénal des affaires (ex. non-tenue de comptabilité, banqueroute frauduleuse, fraude fiscale,...).

On peut enfin raisonnablement penser que la loi relative aux opérations financières et aux marchés financiers en organisant par son livre IV le statut des gérants de fortune et des conseillers en placement assainira un milieu d'où provenait bon nombre d'appels publics à l'épargne irréguliers.

2. Le délit d'initié

Partant de la constatation que le bon fonctionnement des marchés financiers est subordonné à une information correcte et rapide des intervenants, le législateur, un peu pressé certes par les instances européennes et surtout par un arrêt de la Cour de Justice des Communautés européennes du 12 février 1987 a transposé en droit belge une directive du 15 février 1982 relative à l'information périodique à publier par les sociétés dont les actions sont admises à la cote officielle d'une bourse de valeurs.

Cette transposition a donné lieu récemment à la publication d'un arrêté royal daté du 18 septembre 1990 déjà évoqué et relatif aux obligations découlant de l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de fonds publics et de change du Royaume.

Cet arrêté organise la mise à disposition rapide par les sociétés cotées d'une série d'informations. La Commission bancaire et financière est partie intervenante dans cette procédure.

Le corollaire de cette information correcte et rapide des intervenants sur les marchés financiers est l'interdiction faite aux personnes disposant d'une information inconnue du public soit d'acheter des titres afin de réaliser un gain (à la suite de la hausse prochaine du cours de bourse que l'information détenue lui permet d'escompter), soit de vendre ceux-ci (afin d'éviter la perte qu'entraînera la chute prévisible du cours), en anticipant de la sorte les mouvements de cours des valeurs en question.

Pareille utilisation est ce que l'on appelle en français une opération d'initié, en anglais de l'«insider trading».

La majorité d'entre nous étant amenée à détenir des informations privilégiées à l'occasion d'opérations de fusion par exemple ou d'offre publique d'achat, il me paraît utile de m'attarder quelque peu sur ce comportement qui n'est devenu une infraction en droit belge que très récemment mais qui existe vraisemblablement depuis qu'existent les bourses de valeurs. D. Devos indique dans l'une de ses brillantes contributions (17):

«L'exploitation d'informations privilégiées en bourse n'est pas, en soi, un phénomène nouveau, l'insider trading a joué un rôle légendaire dans le développement de la fortune des Rotschild. On sait que la bataille de Waterloo eut lieu le dimanche 18 juin 1815. L'annonce de la défaite française ne parvint cependant à Londres, par la voie d'une dépêche officielle de Wellington, que dans la nuit du mercredi 21 au jeudi 22 juin. Seul le financier Nathan Rotschild eut connaissance de l'issue de la bataille dès l'aube du mardi 20 juin, grâce à son réseau d'agents sur le continent qui parvinrent à devancer largement les courriers officiels. A l'ouverture de la bourse, Nathan Rotschild acheta, pour un prix dérisoire, de grandes quantités de bons du gouvernement britannique que tous les opérateurs s'empressaient alors de vendre dans la perspective - pressentie - d'une victoire napoléonienne. Quarante heures plus tard, la nouvelle atteignit enfin les marchés financiers londoniens, provoquant une envolée spectaculaire des cours, pour le plus grand profit de Rotschild...».

Compte tenu du temps qui m'est imparti, je ne saurais ni dissenter sur l'opportunité même d'une condamnation de l'«insider trading», ni tenter de répondre à la question «cet argent facile est-il de l'argent sale?» (18), sujets d'étude qui ont fait le bonheur d'un certain nombre d'économistes (19) et de juristes. On relèvera cependant à ce sujet les récentes déclarations de William Sharpe, l'un des trois derniers prix Nobel d'économie, reprises dans l'Echo du mercredi 12 décembre 1990 selon lesquelles les opérations d'initiés ont apporté quelque chose de bon au marché:

17) D. Devos, «Les opérations d'initiés en droit comparé», Revue de la Banque 1989, n° 7, pp. 398-409 et «Les opérations d'initiés au regard du droit commun belge», Revue de la Banque 1989, n° 8, pp. 483-486.

18) Question posée par Alain MINC dans L'argent fou, Paris, Grasset, 1990, p. 71.

19) Voy. par exemple KOSE JOHN & BANIKANTA MISHRA, Information Content of Insider Trading Around Corporate Announcements: The Case of Capital Expenditures, The Journal of Finance, Vol. XLV, n° 3, July 1990, pp. 835-855; JI-CHAI LIN & J.S. HOWE, Insider Trading in the OTC Market, The Journal of Finance, Vol. XLV, n° 4, september 1990, pp. 1273-1284.

«Si en tant qu'initié je sais qu'une société est promise à un brillant avenir et que je souhaite que le cours boursier en témoigne, je viens sur le marché et j'en achète les actions. Cela fera monter le cours. Ceux qui ne sont pas initiés le verront et réagiront. Les opérations d'initiés ont un côté positif. Cela dit, il est injuste qu'un initié tire un bénéfice excessif aux dépens des autres investisseurs» (20).

On assiste depuis plusieurs années à un développement spectaculaire du nombre de cas recensés d'«insider trading», spécialement dans le contexte des O.P.A. (21).

Ce phénomène est très clairement à l'origine d'une part de la genèse de législations spécifiques à l'«insider trading», le plus souvent pénalement sanctionnées dans la plupart des pays industrialisés, d'autre part du développement de «chinese walls» dans les entreprises (22).

Avant d'en arriver à commenter le livre V de la loi relative aux opérations financières et aux marchés financiers, il est nécessaire d'évoquer brièvement ce qu'il en est en cette matière du droit comparé, de la Convention du Conseil de l'Europe et de la directive du Conseil du 13 novembre 1989.

2.1. Eléments de droit comparé limité aux Etats-Unis, au Royaume-Uni et à la France

Les Etats-Unis connaissent depuis fort longtemps une législation anti-insider trading. Ce fut d'abord l'article 16 du Securities and Exchange Act de 1934, remplacé partiellement en 1942 par la règle 10 b-5 sur

20) Voy. à ce sujet les réactions de Michel Hambersin dans un forum intitulé «Qui a peur de Mr. Milken?» dans la Revue de la Banque n° 3/1991, p. 117; dans le même sens l'étude du professeur Mervyn King et d'Ailsa Roell de la London School of Economics, commentée dans la Revue Tendances du 2 juin 1988, p. 91.

21) D. Devos, op. cit. p. 401

22) Voy. à ce sujet R. Watter, «Chinese Walls bei Universalbanken?» Revue Suisse de Jurisprudence, avril 1991, pp. 109-119.

23) Ce commentaire repose essentiellement sur les brillantes contributions de Monsieur D. Devos, publiées dans la Revue de la Banque en 1989 (n°s 7 et 8) (op. cit. note (12)) ainsi que sur les articles suivantes: E. CHAMY, «Le délit d'initié aux Etats-Unis et en France», Banque & Droit, n° 15, janvier-février 1991, pp. 12-22; P. Petersen, «Insider dealing in France: beefing up the COB», IFLR, december 1990, pp. 32-36; J.-M. Bardy, «L'utilisation d'une information privilégiée», Revue de droit bancaire et de la bourse, n° 22 (novembre-décembre 1990), pp. 222-226; sur la nouvelle loi suédoise, voyez C. Romander & S. Richter, «Insider trading in Sweden», IFLR, February 1991.

base de laquelle une très importante jurisprudence tant de la SEC que des cours et tribunaux s'est développée jusqu'en 1980. En vertu de cette jurisprudence, quiconque était en possession d'une information inconnue du public et significative sur une société ou sur le marché de ses titres devait soit la révéler au public, soit si cela n'était pas possible, s'abstenir purement et simplement de négocier les titres en cause.

Cette jurisprudence a été restreinte par deux arrêts rendus en 1980 et en 1983.

A l'heure actuelle, un initié encourt des sanctions pénales sur base de l'Insider Trading and Sanctions Act de 1984, le cas échéant des sanctions disciplinaires et enfin des sanctions civiles.

Depuis 1985, le Royaume-Uni dispose de l'Insider dealing Act qui en fait coordonne les dispositions contenues en cette matière par le Companies Act de 1980. Avant 1980, la seule règle régissant les opérations d'initiés était l'article 30 du city Code on Take-Overs and Mergers.

La France a érigé l'«Insider Trading» en infraction dès 1967. C'est à l'heure actuelle la loi n° 88-70 du 22 janvier 1988 sur les bourses de valeurs ainsi que la loi du 2 août 1989 sur la sécurité et la transparence du marché et le règlement n° 90-08 relatif à l'utilisation d'une information privilégiée qui constituent le cadre légal de référence en la matière dans lequel s'inscrivent notamment les très larges pouvoirs de la Commission des Opérations de Bourse.

2.2. La Convention du Conseil de l'Europe du 20 avril 1989 et la directive du Conseil du 13 novembre 1989.

Différentes affaires, dont la presse a largement fait écho, je pense notamment à l'affaire Boesky par exemple ainsi qu'à l'affaire Milken ⁽²⁴⁾ qui vient d'être clôturée par une condamnation à une importante peine de prison et à une amende d'un montant colossal ont incité les législateurs qui ne l'avaient pas encore fait à légiférer et les autres à renforcer les sanctions prévues, c'est ainsi que le législateur français a estimé qu'il y avait lieu de prévoir la possibilité de condamner à une amende équivalente non plus à quatre fois le montant du profit mais à 10 fois ce montant.

24) Voy. le Wall Street Journal du 22 novembre 1990.

Un examen attentif des différentes législations laisse cependant apparaître une manque d'harmonisation notamment dans les définitions de l'initié ou de l'information privilégiée.

Pareil manque d'harmonisation constitue, on le sait, un obstacle extrêmement important à la lutte contre les opérations d'initiés transfrontalières facilitées par l'interconnexion des marchés financiers et les possibilités de transferts électroniques de fonds. Les opérations transfrontalières posent en outre le problème de la collaboration entre Etats en matière de recherche et de répression des infractions. C'est afin de pallier ces lacunes que la Commission des Communautés européennes d'une part, le Conseil de l'Europe, d'autre part, se sont attelés à l'élaboration de textes.

L'objet de la Convention du Conseil de l'Europe sur les opérations financières des «initiés» du 20 avril 1989 ⁽²⁵⁾ est de créer une assistance mutuelle par un échange d'informations entre les parties, pour permettre à la surveillance des marchés boursiers de s'exercer efficacement et pour rechercher si les auteurs de certaines opérations sur les marchés boursiers ont ou n'ont pas la qualité de personne initiée, ce qui mettrait en évidence le caractère frauduleux ou non de leurs opérations.

Il ne s'agit donc pas d'une assistance mutuelle internationale dans le déroulement des procédures judiciaires répressives, c'est là l'objet de la convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale. Il est important de relever que le protocole à cette convention prévoit que les règles découlant de la convention ne s'appliquent aux Etats membres des Communautés européennes, dans leurs relations mutuelles, que dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné. Je ne suis pas parvenu à déterminer si cette convention a été signée par la Belgique et si trois ratifications ont pu en permettre l'entrée en vigueur.

La directive du 13 novembre 1989 ⁽²⁶⁾ concerne elle la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés.

25) Convention ouverte à la signature le 20 avril 1989. Protocole ouvert à la signature le 11 septembre 1989; voy. le Rapport explicatif préparé par le Comité d'experts et transmis au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989.

26) Directive 89/592/CEE du Conseil du 13 novembre 1989 concernant la coordination des réglementations relatives aux opérations d'initiés (J.O. n° L334 du 18 novembre 1989, p. 30).

Cette directive ayant fait l'objet d'un excellent commentaire de Monsieur Philippe Lambrecht, publié récemment dans la Revue de la Banque ⁽²⁷⁾, je ne m'étendrai pas plus longuement à son sujet.

2.3. La Belgique

2.3.1. L'article 509quater du Code pénal

Cette disposition introduite dans le Code pénal par la loi du 9 mars 1989 précitée est une disposition mort-née qui dès sa naissance était promise à l'abrogation. Il est donc inutile d'en parler sinon pour mémoire. Elle a par ailleurs, alors qu'elle était en projet, donné lieu à de nombreux commentaires de qualité ⁽²⁸⁾.

2.3.2. Le livre V de la loi relative aux opérations financières et aux marchés financiers.

Ce livre a transposé très fidèlement et très rapidement la directive du 13 novembre 1989. Il y a lieu de le souligner. Des différences existent cependant. J'en signalerai quelques-unes ⁽²⁹⁾.

Ainsi, pour la directive, l'information privilégiée doit avoir un caractère précis, tandis que l'article 181 de la loi prévoit qu'elle doit avoir un caractère suffisamment précis. On n'aperçoit pas immédiatement l'utilité de cet adjectif qui risque de rendre l'application de cette disposition plus difficile.

Le même article 181 de la loi prévoit que «ne constituent pas des informations privilégiées, les informations dont les sociétés à portefeuille disposent du fait de leur rôle dans la gestion des sociétés dans lesquelles elles possèdent une participation pour autant que ces informations ne soient pas des informations qui doivent être rendues publiques en vertu des dispositions légales et réglementaires relatives aux obligations découlant de l'admission de valeurs mobilières à la cote officielle d'une bourse de valeurs». La directive ne prévoit pas pareille exception.

27) n° 8-9/1990, pp. 455-461.

28) Voy. notamment E. WYMEERSCH, Le délit d'initié dans le commerce de titres, in Emissions publiques de titres et valeurs, Etudes et documents du Centre belge de normalisation de la comptabilité et du revisorat, 1/1988, pp. 67-78; J. VAN RIJN et J. HEENEN, Principes de droit commercial, t. IV, 2ème édition, janvier 1988, pp. 231-234 et D. Devos, op. cit.

29) Voy. à ce sujet, Ph. Lambrecht, op. cit.

En ce qui concerne le délit d'initié, l'article 184 de la loi va plus loin que la directive - ce qui est permis par le caractère minimal de la directive - en prévoyant que l'interdiction d'effectuer certaines opérations ou de communiquer l'information privilégiée est applicable non seulement aux personnes qui, en connaissance de cause, possèdent une telle information qu'elles savent être privilégiée mais aussi aux personnes qui possèdent une information dont elles ne peuvent raisonnablement ignorer qu'elle est privilégiée.

C'est la Commission bancaire et financière qui est chargée de veiller à l'application des dispositions du livre V, sans préjudice bien entendu des pouvoirs des autorités judiciaires.

Les articles 187 et 188 organisent notamment les relations en cas de procédure judiciaire entre la Commission bancaire et financière et les autorités judiciaires compétentes et d'autre part la collaboration de la Commission bancaire et financière avec les autres autorités compétentes des Etats membres des Communautés européennes en vue de permettre à chacune d'accomplir sa mission.

Enfin, les sanctions pénales :

- Seront punies d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de cinquante francs à dix mille francs les personnes qui contreviennent aux articles 182, 183 ou 184. L'auteur de l'infraction peut en outre être condamné à payer une somme correspondant au maximum au triple du montant de l'avantage patrimonial tiré directement ou indirectement de l'infraction. Cette somme est recouvrée comme une amende.
- Seront punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cinquante francs à dix mille francs ou d'une de ces peines seulement, ceux qui refusent de communiquer à la Commission bancaire et financière des renseignements, documents ou pièces qu'ils sont tenus de lui communiquer ou qui lui communiquent sciemment des renseignements, documents ou pièces inexacts ou incomplets.

La condamnation pour délit d'initié entraîne interdiction d'exercer certaines fonctions, professions ou activités visées à l'article 1^{er} de l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934.

L'article 509quater du Code pénal déjà brièvement évoqué est abrogé (art. 193).

LE SECRET PROFESSIONNEL: LA VISION DU MAGISTRAT

par P. BERNARD

Avocat Général Cour d'Appel de Mons

1. NATURE DU DELIT

En vertu de l'article 27 de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Reviseurs d'entreprises, modifié par l'article 61 de la loi du 21 février 1985 relative à la réforme du revisorat d'entreprises, l'article 458 du Code Pénal s'applique aux reviseurs d'entreprises, aux stagiaires et aux personnes dont ils répondent (1).

Le nouvel article 27 renvoie ainsi purement et simplement à l'article 458 du Code Pénal (2).

Il est en effet apparu souhaitable de se conformer au droit commun de l'article 458 du Code Pénal dans la formulation du secret professionnel du réviseur d'entreprises (Doc. Chambre 552 (1982-1983) - n° 29, p. 7 - n° 35, p.83).

Le délit de violation du secret professionnel défini à l'article 458 du Code Pénal dispose que les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cent francs.

En vertu de la nouvelle loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, entrée en vigueur le 1er décembre 1990, un mandat d'arrêt ne peut plus être décerné pour violation du secret professionnel. Alors que l'ancienne loi de 1874 permettait de décerner le mandat d'arrêt pour les faits de nature à entraîner un emprisonnement correctionnel principal de 3 mois au moins, la nouvelle loi porte le seuil de la peine à un an.

1) v. J. LECLERCQ, Secret professionnel, in *Novelles, Droit pénal*, T. IV, 1989, n° 7632 et sv., n° 7856 et sv.

2) Ce nouvel article 27 établit d'autre part avec plus de précision les exceptions au principe de l'obligation au secret (v. infra).

2. FONDEMENT ET CARACTERE D'ORDRE PUBLIC DU SECRET PROFESSIONNEL

2.1. Fondement

Assurer la confiance - En imposant à certaines personnes, sous une sanction pénale, l'obligation au secret comme un devoir de leur état, le législateur a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions.

Le reviseur d'entreprises est l'homme de confiance appelé à certifier, à l'égard de la collectivité en général ou à l'égard de tiers intéressés, les documents comptables des entreprises et à leur conférer, de ce fait, le crédit qui s'attache à une certification par un professionnel assermenté.

L'exercice de la fonction de reviseur d'entreprises ne relève pas du seul champ des intérêts privés ou professionnels. Il y va de l'intérêt général.

La compétence de certification confiée au reviseur d'entreprises est typiquement une compétence qui doit être exercée en considération de l'intérêt général, et des exigences de la vie sociale. Le reviseur d'entreprises est ainsi reconnu en tant qu'homme de confiance indépendant et impartial par les différentes parties intéressées par une information financière fidèle (Doc. Chambre - 552 (1982-1983) - n° 35, pp. 5 et 6).

2.2. Caractère d'ordre public

Comme toute disposition impérative de droit pénal, la règle du secret professionnel revêt un caractère d'ordre public.

Il en résulte que les autorités judiciaires n'ont pas le pouvoir de violer arbitrairement le secret professionnel. Ce qui ne signifie pas que l'obligation au secret professionnel constituerait une sorte de droit d'asile qui permettrait aux auteurs des infractions d'échapper à l'action de la justice. Celle-ci dispose, suivant les nécessités de l'instruction judiciaire, du droit de rechercher, partout où il échet, la preuve des infractions dont elle a connaissance. Ainsi, elle a le droit de saisir les documents couverts par le secret professionnel et d'en prendre connaissance, notamment lorsqu'ils se rapportent à des délits commis par le dépositaire du secret professionnel.

3. ETENDUE ET LIMITES DU SECRET PROFESSIONNEL

3.1. Etendue du secret professionnel

3.1.1. En ce qui concerne les faits

Discrétion absolue ou discrétion relative - La règle du secret professionnel reposant sur un double intérêt, d'une part, l'intérêt des particuliers et, d'autre part, l'intérêt de la société, des conflits surgissent souvent entre ces deux intérêts.

Dans certains cas, l'application rigoureuse de la règle paraît en contradiction avec l'intérêt de la société. Il en est ainsi lorsqu'elle interdit au dépositaire du secret de dénoncer le comportement criminel d'une personne ou lorsqu'elle a pour effet de fausser le jugement des tribunaux, parce que le confident n'estime pas pouvoir faire apparaître, par son témoignage, l'existence d'un droit ou d'une fraude.

Dans d'autres cas, l'application de la règle du secret professionnel paraît léser l'intérêt des particuliers. Il en est ainsi lorsque cette règle interdit de procéder, en vue de prouver ou de vérifier certains droits, à l'examen de documents couverts par le secret, ce qui a pour conséquence que parfois, soit le demandeur ne pourra obtenir ce à quoi il aurait droit, soit le défendeur pourra être condamné à payer des sommes qui ne seraient cependant pas dues.

Ces situations créent certes un malaise et provoquent la critique, remettant en cause le droit au secret.

On peut apercevoir dans la doctrine une tendance à accorder au secret professionnel un caractère moins absolu.

Par contre, il faut constater, d'une part, que de plus en plus de professions revendiquent le droit au secret pour l'exercice des activités de leurs membres et, d'autre part, que les membres ou organes responsables des professions reconnues d'intérêt public, au sens de l'article 458 du Code Pénal, se montrent stricts lorsqu'il s'agit de préserver l'intangibilité du secret de leur profession.

Il apparaît ainsi actuellement que la doctrine manifeste surtout le souci de cerner davantage l'objet des différents secrets d'après les professions et d'harmoniser ceux-ci avec d'autres obligations légales ou sociales.

3.1.2. En ce qui concerne les documents - Perquisitions et saisies

3.1.2.1. Perquisitions

Requis d'informer, le juge d'instruction est investi de la mission légale de rechercher tous les auteurs et complices du fait visé dans le réquisitoire introductif, comme de procéder contre eux à tous les actes qu'il juge nécessaires et que la loi autorise.

Le droit de perquisition confère au juge d'instruction le pouvoir exorbitant de s'introduire et d'opérer des recherches dans tous les lieux où il présume trouver des preuves du délit.

En vertu des articles 87 et 88 du Code d'instruction criminelle, le magistrat instructeur peut pratiquer des perquisitions et des saisies, tant au domicile de l'inculpé qu'en «tous autres lieux», c'est-à-dire tous les lieux qui sont présumés receler des pièces relatives au fait incriminé, même chez des avocats, des notaires, des réviseurs d'entreprises. Il ne peut y avoir de lieu privilégié où l'on puisse mettre les pièces à conviction à l'abri des investigations de la justice.

En cas de flagrant délit, les pouvoirs de perquisition et de saisie appartiennent aussi au procureur du Roi (art. 35 ets., C.I.Cr.) et aux officiers de police auxiliaires du procureur du Roi (art. 49 et s., C.I.Cr.).

Le magistrat instructeur peut procéder personnellement à la perquisition et aux saisies ou charger de ce devoir un officier de police judiciaire qu'il désigne. Cependant pour procéder à la perquisition et à la saisie de papiers, titres ou documents, il ne pourra déléguer qu'un officier de police judiciaire auxiliaire du procureur du Roi soit, de l'arrondissement où la visite doit avoir lieu, soit, en cas de commission rogatoire, de son propre arrondissement (art. 89 bis, C.I.Cr.).

Lorsque la question du secret professionnel peut se poser à l'occasion d'une perquisition, il convient que le magistrat instructeur procède personnellement à ce devoir. La question se pose de savoir si le juge d'instruction doit se faire accompagner par un représentant qualifié de la profession de la personne chez qui a lieu la visite domiciliaire.

Concrètement un membre du Conseil de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises doit-il assister aux perquisitions qui seraient opérées dans un cabinet d'un réviseur?

La pratique suivie lors de perquisitions opérées dans les cabinets de personnes exerçant certaines professions, telles que médecins et avocats, ne paraît pas pouvoir être étendue aux réviseurs d'entreprises.

Certes, le réviseur d'entreprises est tenu au secret professionnel, mais à l'inverse du médecin ou de l'avocat, il se voit confier des secrets dans l'intérêt général, et non dans l'intérêt de la personne qui l'a choisi. C'est ainsi qu'il répond de tout dommage résultant d'infractions «aux dispositions du titre sur les sociétés commerciales ou des statuts» tant envers la société qu'envers les tiers (article 64 octies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales).

Il y a lieu d'observer en outre que le réviseur d'entreprises est soumis au secret professionnel relatif.

Non seulement, il est tenu de par sa fonction de faire rapport au conseil d'entreprise (article 15 bis de la loi du 20 septembre 1948), mais il doit en outre dénoncer les «infractions» qu'il a constatées au conseil d'administration, voire à l'assemblée générale (article 64 octies des lois coordonnées sur les sociétés commerciales).

Les travaux préparatoires de la loi du 21 février 1985 soulignent à cet égard que le réviseur d'entreprises est tenu d'informer la direction de l'entreprise, des fautes qu'il aurait éventuellement constatées. Si les fautes sont redressées, il est tenu au secret. Dans l'hypothèse contraire, il doit faire une déclaration à l'assemblée générale (Doc. Chambre 552 (1982-1983) - n° 35 - p.11).

Au regard du secret professionnel, on peut classer les réviseurs d'entreprises dans la catégorie des personnes chargées d'un service créé par les gouvernants pour assurer, d'une manière permanente et régulière, la satisfaction de besoins collectifs jugés essentiels.

Le caractère particulier du secret du réviseur est qu'il s'agit d'un secret de la fonction.

En ce qui concerne le secret professionnel, la situation du réviseur diffère de celle des confidentiels nécessaires particuliers.

Le secret lui est confié non pas à titre personnel, comme c'est le cas pour le médecin et l'avocat, mais en tant que représentant le service public auquel il appartient, c'est-à-dire que le secret est confié à la fonction.

On s'accorde ainsi généralement à admettre qu'il existe différents degrés dans l'ordre de la sévérité et dans l'étendue du secret suivant les professions, car les limites du secret professionnel sont fort variables suivant la profession et l'objet de la confiance.

La pratique prétorienne suivie lors de perquisitions chez les médecins et les avocats ne paraît donc pas pouvoir être étendue aux réviseurs d'entreprises dont le secret professionnel est relatif.

Néanmoins, il me semble que, par déférence pour l'Institut des Réviseurs d'Entreprises et par courtoisie pour la profession de réviseur qui a des attributions d'intérêt public, le magistrat instructeur, maître de son instruction, pourrait se faire accompagner, lors de perquisitions chez un réviseur, par un représentant de l'Institut des Réviseurs d'Entreprises qui assisterait simplement à la perquisition sans plus.

3.1.2.2. Saisies

Le magistrat instructeur peut saisir tout ce qu'il juge utile à la manifestation de la vérité (art. 35 et s., C.I.Cr.), à l'exclusion toutefois des choses qui, dans une mesure quelconque, sont couvertes par le secret professionnel.

Par ailleurs, si la prévention est dirigée contre le dépositaire du secret lui-même en sa qualité, ou si elle a pour objet des faits étrangers à l'exercice de sa profession, le juge a le droit de procéder à toutes les perquisitions et à toutes les saisies qu'il croit utiles.

Il appartient au magistrat instructeur seul de décider quelles sont les pièces qui sont couvertes par le secret professionnel et qui ne peuvent, dès lors, pas être saisies.

Étant légalement seul responsable de l'instruction, de son déroulement normal et de sa bonne fin, il est, en effet, le seul à même de connaître les éléments de preuve à rechercher et de décider ce qui est utile et ce qui doit et peut être saisi. Il ne lui appartient pas, en cette matière, de s'en remettre à l'appréciation d'un tiers, si qualifié soit-il. Il s'agit là d'une règle de droit public imprescriptible à laquelle les juges ne pourraient déroger sans forfaire à leur mission.

Ainsi, c'est en se conformant à cette règle que la Cour de Justice des Communautés Européennes de Luxembourg a décidé que, lorsqu'une partie refuse de produire des documents, au motif qu'ils sont couverts par le secret professionnel, la juridiction a le droit, le cas échéant,

d'ordonner la production de ces documents à l'effet d'examiner elle-même si ces derniers ont bien le caractère de documents couverts par le secret professionnel et que pareille appréciation ne saurait être laissée à un arbitre ou à une autre autorité nationale (Arrêt du 18 mai 1982, aff. 155/79, en cause AM et S c/ Commission des Communautés Européennes, *J.T.*, 1983, 41; *Rec. jur. Cour Just. C.E.*, 1980, p.1797).

Mais il est d'usage que, en raison même du caractère délicat et complexe des critères qui doivent être appliqués en cette matière, le magistrat instructeur prenne l'avis des autorités qualifiées de certaines professions (v. supra ce qui a été dit à propos des perquisitions chez les reviseurs d'entreprises).

Cet avis ne lie cependant pas le magistrat instructeur qui est seul qualifié pour faire le triage entre les divers documents et à qui est réservée la décision. Le magistrat agit sous sa responsabilité pénale et disciplinaire. Son pouvoir d'appréciation s'exerce donc sous le contrôle des juridictions d'instruction et de jugement et même de la Cour de cassation.

La saisie provisoire, suivie de restitution, ne constitue pas une atteinte au secret professionnel, puisque, d'une part, le juge ne peut apprécier le caractère des pièces qu'en prenant connaissance et que, d'autres, après mainlevée de la saisie de documents reconnus secrets, il est interdit à la justice d'en tenir compte, de même qu'il lui est interdit d'avoir égard à des témoignages et documents illégalement recueillis.

3.2. Limites de l'obligation au secret

3.2.1. Limites naturelles du secret professionnel

Il n'y a pas violation du secret professionnel lorsque l'utilisation de celui-ci est une nécessité de la profession elle-même.

La confiance, en effet, entraîne parfois nécessairement un certain emploi des choses confiées, qui tient à la nature même du secret. Celui-ci peut être utilisé en vue des fins pour lesquelles il a été organisé, en vue de l'exercice même de la profession qui l'établit.

Ainsi, l'officier de police judiciaire, qui reçoit la dénonciation d'un crime, est obligé non seulement d'en avvertir le procureur du Roi et de procéder aux investigations nécessaires (art. 8,48 et s., C.I.C.), mais

encore, le cas échéant, de faire état, à l'audience publique du tribunal ou de la Cour, des renseignements recueillis au cours des recherches et des interrogatoires.

En ce qui concerne les réviseurs, il a été jugé que le réviseur d'entreprises, désigné sur requête par le président du tribunal de commerce pour faire rapport sur la description de chaque apport en nature fait par le requérant à une société à constituer (art. 29 bis, lois coord. sur les sociétés commerciales), et nommé ultérieurement expert judiciaire dans des procédures de concordat et de faillite concernant le requérant, ne viole pas le secret professionnel auquel il est tenu, en révélant, dans l'exécution de ses missions d'expertises, des renseignements et des faits dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions de réviseur d'entreprises (Cass., 26 janvier 1983, *Pas.*, I, 620; *J.T.*, 1983, 395; *R.P.S.*, 1985, p. 362, Observations Françoise HANNOUILLE-GENION). En effet, dans l'exercice de cette mission judiciaire, le réviseur n'est pas le confident de la personne qui a requis sa désignation et, d'autre part, le rapport qui lui est demandé et qui est destiné au public, doit être sincère et complet (arrêt précité, motifs).

3.2.2. Témoignage en justice

3.2.2.1. Témoignage

La révélation du secret professionnel ne tombe pas sous le coup de l'article 458 du Code Pénal dans «les cas où les dépositaires du secret sont appelés à rendre témoignage en justice».

Pour être autorisé à révéler le secret, il suffit que le confident nécessaire soit «interpellé comme témoin»; il n'est pas nécessaire qu'il soit interrogé de manière précise et directe sur les faits couverts par le secret.

Le législateur envisage ici le cas où la justice, qui a déjà connaissance ou qui est saisie d'un fait qu'elle doit instruire, fait appel au témoignage du dépositaire du secret, que ce soit dans une instance pénale ou civile, devant les juridictions administratives ou disciplinaires, le juge d'instruction, ou le procureur du Roi. Il suffit que le confident soit appelé et qu'il compare comme témoin devant une autorité instituée par la loi pour l'administration de la justice ou qu'il soit invité par cette autorité à lui faire une déclaration verbale ou écrite, et qu'il révèle le secret sur l'interpellation de cette autorité pour que les peines prévues par l'article 458 ne soient pas applicables, alors même qu'en vertu du droit

au secret professionnel, il pourrait ne pas révéler ce secret.

3.2.2.2. Droit de contrôle du juge

Les personnes visées à l'article 458 du Code Pénal ne sont dispensées de comparaître en justice, même si elles estiment qu'elles devront se retrancher derrière le secret professionnel.

Appelées à témoigner en justice, elles doivent répondre à la citation, comparaître devant le juge et prêter serment. Après quoi, elles déclareront éventuellement que le secret professionnel les empêche de témoigner.

Les confidents nécessaires appelés en témoignage sont tenus de faire connaître au tribunal les circonstances dans lesquelles le secret est venu à leur connaissance, afin que le tribunal puisse vérifier, d'après ces déclarations et les autres éléments connus de l'affaire, si le témoin se trouve dans les conditions de droit et de fait requises pour se retrancher derrière le secret professionnel et si le refus du dépositaire du secret ne détourne pas le secret de son but.

En effet, en refusant de parler en justice, le dépositaire du secret n'exerce pas un droit, il ne jouit pas d'un privilège. Il remplit un devoir à des fins précises, par conséquent, sous le contrôle du pouvoir judiciaire, quant au caractère réellement secret de la chose confiée ou constatée.

Il appartient donc au tribunal de contrôler l'appréciation du dépositaire du secret.

3.2.2.3. Droit de témoigner

On ne peut s'opposer à l'audition d'un dépositaire de secret professionnel comme témoin, sous prétexte qu'il ne pourrait déposer sans porter atteinte au principe de l'inviolabilité du secret professionnel.

En effet, le dépositaire du secret professionnel n'est pas un témoin reprochable au regard des articles 156 et 322 du Code d'instruction criminelle.

La déposition en justice du détenteur du secret professionnel, qui a estimé devoir témoigner des choses connues par lui en raison de ses fonctions, doit être tenue comme régulière et valable.

La Cour de Cassation a décidé qu'aucun texte ne dispense le témoin d'apporter à la justice tous les renseignements qui sont en sa posses-

sion et dont la révélation lui paraît, en conscience, utile à la manifestation de la vérité (2 mars 1988, *Pas.*, I, 794).

Si les autorités disciplinaires et les codes de déontologie peuvent sanctionner disciplinairement des fautes que la loi ne frappe pas, ils n'ont pas le pouvoir d'entrer en conflit avec la loi. Ainsi, celle-ci autorisant le dépositaire à révéler le secret professionnel quand il est témoin en justice, nul ne peut lui interdire d'user de cette permission. Toute sanction disciplinaire qui frapperait un dépositaire en question serait illégale. On ne commet pas de faute, même disciplinaire, quand on agit conformément à la loi.

3.2.3. Droit de défense du confident

Il peut arriver que le dépositaire du secret soit amené à devoir se justifier en justice à propos de faits couverts par le secret professionnel.

Dans ce cas, il pourra faire état des confidences devant le juge pour se justifier ou justifier son bon droit.

Attaqué en justice par la personne qui lui a fait la confiance, il pourra invoquer, pour se libérer du secret professionnel, le droit essentiel et fondamental de tout homme à se défendre.

L'action en paiement d'honoraires implique également quelque dérogation au principe du secret.

Dans ce cas, le dépositaire du secret doit être très attentif à ne rien dire de plus que ce qui est strictement nécessaire.

3.2.4. A l'égard des autorités disciplinaires

Vis-à-vis des autorités disciplinaires, les personnes relevant d'elles sont tenues par des devoirs de sincérité et de loyauté consacrés par la déontologie de la profession.

Pareille personne n'est d'ailleurs pas seule juge des limites de son obligation au secret professionnel; il appartient, en effet, aux autorités disciplinaires, elles-mêmes garantes du secret professionnel, de s'assurer notamment que le secret professionnel n'est pas détourné de ses fins et ne sert pas à dissimuler un comportement répréhensible.

La Cour de Cassation a décidé qu'au sens de l'article 458 de Code Pénal, la personne qui comparaît devant les autorités disciplinaires de l'ordre duquel elle relève se trouve, dans la mesure où elle est tenue

par ses devoirs de sincérité et de loyauté, dans un cas où la loi l'oblige à faire connaître les secrets dont elle est dépositaire (Cass., 12 mai 1977, Pass., I, 929 et les conclusions de Monsieur le Procureur Général DELANGE). La circonstance qu'elle a demandé ou accepté la publicité des débats ne lui permet pas d'invoquer celle-ci pour se soustraire à ses devoirs de loyauté et de sincérité à l'égard des autorités disciplinaires, ni de demander que des documents couverts par le secret professionnel soient écartés des débats.

Il a été observé au cours des travaux préparatoires de la loi du 22 juillet 1953 créant un Institut des Reviseurs d'Entreprises: «Le secret professionnel ne s'applique pas aux rapports du réviseur avec l'autorité de l'Ordre en matière disciplinaire. On suivra la règle en vigueur dans toutes les professions libérales organisées, qui impose aux membres de la profession le devoir de dire la vérité à l'autorité disciplinaire, sur laquelle l'obligation individuelle au secret professionnel se trouve reportée» (Doc. parl. Chambre, (1950-1951) - n° 514, p.27; v. également Doc. Chambre 552 (1982-1983) - n°35, p.71).

3.2.5. Obligation légale de révéler le secret

Le dépositaire a l'obligation de révéler le secret professionnel dans les cas où la loi le lui impose expressément.

Pareilles dispositions légales interviennent dans les cas où il y a lieu de protéger un intérêt social considéré comme supérieur à celui du secret professionnel. Elles visent donc certains faits particuliers et propres à une profession déterminée (v. supra).

3.2.6. Exceptions à l'obligation du secret spécifiques au réviseur d'entreprises

Aux exceptions à l'obligation du secret prévues par l'article 458 du Code Pénal, l'article 27 de la loi du 22 juillet 1953, modifié par l'article 61 de la loi du 21 février 1985, a ajouté «la communication d'attestations ou de confirmations opérée avec l'accord écrit de l'entreprise auprès de laquelle ils exercent leur fonction ou adressée, dans le cadre du contrôle des comptes annuels ou des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés, à un commissaire-réviseur ou à une personne exerçant dans une entreprise de droit étranger une fonction similaire à celle de commissaire-réviseur». Ces exceptions particulières ont pour but le bon accomplissement du contrôle des entreprises par les réviseurs.

Ces exceptions sont précisées notamment pour les cas où le bon accomplissement du contrôle peut exiger que des informations soient échangées ou des attestations délivrées entre réviseurs de deux sociétés distinctes. Ce peut être le cas, notamment, pour les besoins de contrôle de comptes consolidés (Doc. Chambre, 552 (1982-1983) - n°1, p.28).

4. PERSONNES TENUES AU SECRET PROFESSIONNEL

L'article 27 de la loi du 22 juillet 1953 modifié par l'article 61 de la loi du 21 février 1985 dispose que l'article 458 du Code Pénal s'applique:

- aux réviseurs d'entreprises
- aux stagiaires
- et aux personnes dont ils répondent

On admet généralement que les règles du secret professionnel doivent s'appliquer aux collaborateurs indispensables des personnes auxquelles la loi ou les usages reconnaissent la qualité de confidentes nécessaires.

D'une part, celles-ci ne doivent donc révéler à leurs collaborateurs subalternes les faits secrets qu'ils connaissent que dans la mesure où l'aide de ces auxiliaires leur est véritablement nécessaire. D'autre part, ces collaborateurs, dépositaires par état des confidences, sont tenus au secret professionnel.

Le secret professionnel s'applique notamment aux collaborateurs non employés des réviseurs d'entreprises (Doc. Chambre, 552 (1982-1983) - n°35; p.71).

5. ELEMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION

5.1. Elément matériel

L'article 458 du Code Pénal punit le fait du confident nécessaire qui révèle une chose couverte par le secret professionnel en dehors des cas où il peut ou doit le faire.

L'élément matériel du délit est constitué par la révélation du secret professionnel. Le délit est matériellement réalisé lorsque sont réunies les trois conditions: un acte de révélation, portant sur un fait secret et connu dans l'exercice de la profession.

5.2. Élément moral

L'élément moral du délit de violation du secret professionnel consiste uniquement dans la volonté consciente de faire ce que la loi pénale interdit. L'article 458 du Code Pénal punit le seul fait, volontaire et conscient, de la révélation d'un secret professionnel. Il n'existe aucune autre condition, aucun dol spécial.

Puisque le coupable doit avoir agi en connaissance de cause, sachant qu'il révélait une chose à lui confiée sous le sceau du secret, le délit n'existera pas si la divulgation du secret provient d'une légèreté, d'une imprudence, d'un oubli, c'est-à-dire d'un fait non conscient de communication du secret.

LE SECRET PROFESSIONNEL ET LE DEVOIR DE DISCRETION DU REVISEUR D'ENTREPRISES, DE L'EXPERT COMPTABLE ET DU CONSEILLER FISCAL

Maître Joseph LIEVENS

Avocat à Courtrai Professeur à la Fiscale Hogeschool

1. INTRODUCTION

Lorsqu'un reviseur d'entreprises ou un expert comptable est confronté à une instruction pénale, la situation se rencontre de plus en plus fréquemment en Belgique, la seule limitation qui existe aux pouvoirs d'investigation des instances judiciaires est celle du *secret professionnel*. Mon exposé sera donc presque entièrement consacré au secret professionnel du reviseur et de l'expert comptable.

La réglementation du secret professionnel a été modifiée de manière assez fondamentale à la suite de l'approbation de la loi du 21 février 1985 sur la réforme du révisorat.

D'abord, les textes concernant le secret professionnel du reviseur ont été remaniés. Par ailleurs, l'article 95 de la loi du 21 février 1985 reconnaît également l'existence du secret professionnel de l'expert comptable.

On se rappellera que la Cour de Cassation, dans un arrêt du 16 mai 1977, avait conclu que l'expert comptable ou le conseiller fiscal n'étaient pas fondés à invoquer le bénéfice du secret professionnel (Cass., 16 mai, R.W., 1977-78, 2587). L'article 95 de la loi du 21 février devrait cependant prévoir pour l'expert comptable une position juridique, en matière de secret professionnel, tous points identique à celle du reviseur d'entreprises.

Le conseiller juridique, lui, ne peut (pas encore) invoquer le secret professionnel (voir Quatrième Partie).

2. LE SECRET PROFESSIONNEL DU REVISEUR D'ENTREPRISES ET DE L'EXPERT COMPTABLE

2.1. Les fondements: les articles 27, 2ème al. et 95 de la loi du 18 juillet 1953

Le secret professionnel du reviseur d'entreprises trouve sa base juridique dans l'article 27 de la loi du 22 juillet 1953, modifiée par la loi de réforme du revisorat du 21 février 1985.

L'alinéa deux de l'actuel article 27 stipule:

«[L.] article 458 du Code Pénal s'applique aux reviseurs d'entreprises, aux stagiaires et aux personnes dont ils répondent. Aux exceptions à l'obligation du secret prévue à cet article, s'ajoute la communication d'attestations ou de confirmations opérée avec l'accord écrit de l'entreprise auprès de laquelle ils exercent leur fonction, ou adressée, dans le cadre du contrôle des comptes annuels ou des comptes consolidés d'une entreprise dont ils sont chargés, à un commissaire-reviseur ou à une personne exerçant dans une entreprise de droit étranger une fonction similaire à celle de commissaire-reviseur».

Du point de vue de son contenu, le texte de l'alinéa 2 de l'article 27 n'est pas fondamentalement différent de la version précédente. Cependant, il y a, à notre avis, des accents assez différents.

Manifestement, le législateur a eu l'intention d'opérer une assimilation plénière entre le secret professionnel du reviseur et celui des autres professions (libérales) protégées par le secret professionnel.

C'est ce qui ressort notamment du rapport Verhaegen où l'on peut lire - et je cite: « En matière de secret professionnel, la Commission insiste pour que l'on reste aussi proche que possible de l'article 458 du Code Pénal. la jurisprudence mettant en oeuvre cet article 458 est déjà suffisamment abondante pour apporter une définition exacte du secret professionnel» (Doc. parl. Chambre, 552 (1982-1983), 35, p.83).

En se fondant sur cette position de la commission spéciale, le gouvernement a déposé pendant les travaux parlementaires un amendement regroupant en un seul texte les dispositions relatives au secret professionnel se trouvant à divers endroits dans le projet initialement déposé (il s'agissait surtout de l'article 39, visant à insérer un article 9 bis nouveau dans la loi du 23 juillet 1953, et de l'article 60), à savoir

l'article 61, nouveau de la loi du 21 février 1985 (Doc. parl. Chambre (1982-1983), n° 29, p. 7).

Ces éléments de la genèse de l'article 27, alinéa 2, nouveau de la loi créant l'Institut méritaient d'être rappelés.

On peut d'abord en déduire que le législateur a voulu que le secret professionnel du réviseur, à quelques exceptions près, soit entièrement organisé, comme le secret professionnel des autres titulaires d'une profession libérale.

Ensuite, pour l'interprétation de la portée et de l'étendue du secret professionnel du réviseur, il importe de s'en référer (presque exclusivement) aux dispositions du droit commun en matière de secret professionnel, et donc de l'article 458 du Code Pénal.

La même technique légistique a été mise en oeuvre en matière de secret professionnel de l'expert comptable.

L'article 95 de la loi du 21 février 1985 dispose en effet:

«L'article 458 du Code Pénal s'applique aux personnes physiques et aux personnes morales inscrites au registre des experts comptables externes, aux associés ou membres des personnes morales en question, ainsi qu'aux personnes dont les experts comptables inscrits au registre précité doivent répondre».

Certains auteurs soutiennent que le secret professionnel du réviseur et de l'expert comptable n'aurait pas une portée en tous points identique à celui des titulaires d'autres professions libérales:

«Toute profession est différente et chaque secret professionnel l'est aussi. Un médecin ne sera pas souvent complice d'un faux en écritures dans la comptabilité du patient qu'il soigne. Le cas est plus fréquent chez l'expert comptable externe, dont la mission professionnelle est de s'occuper de la comptabilité de son client. Bref, le secret professionnel de l'expert comptable externe est essentiellement une protection en faveur du client de bonne foi face à un expert comptable un peu trop bavard, et non de l'expert comptable de mauvaise foi et de son client» (L. HUYBRECHTS, De strafrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant, syllabus du séminaire B.A.B., 20 et 21 novembre 1987, p.10, traduction).

A notre sentiment, on ne saurait souscrire à une telle analyse.

Elle donne en effet l'impression que le secret professionnel se fonderait uniquement sur une convention et qu'il viserait la protection du client contre les indiscretions du professionnel. Depuis longtemps déjà, la doctrine a abandonné cette analyse (P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, 25).

Aujourd'hui, il est généralement admis que le secret professionnel a été conçu en fonction de *l'intérêt public* (P. LAMBERT, *le secret professionnel*, 28).

C'est également la thèse que défend dans ses conclusions le Procureur Général Janssens (arrêt de la Cour de Cassation, 20 février 1905, Pas. 1905, I, 141):

Le secret professionnel n'est pas un privilège accordé à certaines personnes: ... c'est dans *un intérêt d'ordre social*, reposant sur la confiance que doivent inspirer certaines professions au public, que la loi punit les révélations de secrets confiés à ces personnes».

Les arrêts ultérieurs de la Cour de Cassation ne feraient que confirmer cette analyse (voir, entre autres, Cassation 30 octobre 1978, R.W., 1978-79, 2232).

Une limitation de la portée du secret professionnel du réviseur d'entreprises et de l'expert comptable est donc contraire à l'article 458 du Code Pénal.

2.2. Les éléments couverts par le secret professionnel

Le nouveau texte de l'alinéa de l'article 27 de la loi sur le revisorat ne définit plus les éléments couverts par le secret professionnel.

L'ancien texte faisait interdiction aux réviseurs de révéler des «informations ou des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur profession».

L'actuelle version de l'article 27, alinéa 2, de la loi du revisorat, et de l'article 95 de la loi du 21 février 1985 pour les experts comptables, se contentent de référer à l'article 458 du Code Pénal, si bien que le réviseur et l'expert comptable doivent désormais s'abstenir de révéler «des secrets».

Selon le Professeur Franchimont, il y a lieu de considérer comme relevant du secret professionnel, chaque fait dont le professionnel aurait eu connaissance :

- soit au titre d'une communication confidentielle nécessaire dans l'exercice de sa profession;
- soit comme un secret par nature, en vertu ou à l'occasion de l'exercice de sa profession (FRANCHIMONT, Le secret professionnel du réviseur d'entreprises, 17, avec référence à Cass., 30 octobre 1978, J.T., 1979, 369). Il faut, en d'autres termes, qu'il existe un lien de cause à effet entre la profession et la connaissance du secret.

C'est ainsi que ne seraient pas couverts par le secret professionnel, les faits dont le réviseur aurait eu connaissance dans la vie quotidienne ou qui sont étrangers au contexte professionnel.

Par ailleurs, le secret ne se limite pas aux seules communications confidentielles du client et relèvera donc du secret professionnel, tout ce que le professionnel aurait pu voir, entendre, constater, découvrir, apprendre ou entrevoir dans l'exercice de sa profession (M. FRANCHIMONT, loc.cit.).

Mais le secret professionnel va plus loin encore: le professionnel ne saurait évidemment pas révéler les infractions dont son client pourrait être l'auteur ou le complice.

Mieux encore: l'existence de relations entre le réviseur et le client doit en principer rester secrète.

Si on applique ces principes au révisorat et à l'expertise comptable, force est de conclure que le réviseur et l'expert comptable sont tenus au secret le plus absolu pour tout ce qui est concerne les informations dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur mission de contrôle, par exemple, concernant les procédés de fabrication, les nouveaux produits, les contrats, et même les délits ou les infractions fiscales commis par son client, qu'ils ne sont pas tenus de relever, en vertu de leurs obligations légales, dans leurs rapports.

2.3. Qui est tenu au secret ?

En application de l'article 27, alinéa 2, de la loi sur le révisorat sont liés par le secret professionnel:

- les réviseurs d'entreprises,
- les stagiaires,
- les personnes dont les réviseurs d'entreprises répondent.

Selon l'art. 95 de la loi du 21 février 1985, sont liés par le secret professionnel :

- les personnes physiques inscrites au registre des experts comptables externes;
- les associés des personnes morales inscrites dans le registre;
- les personnes dont ils répondent.

Il importe de noter encore que le secret professionnel (spécifique) s'impose aussi aux autorités déontologiques de l'I.R.E. et de l'I.E.C. imposent aussi. C'est ainsi, par exemple, que des infractions de droit pénal, relevées à l'occasion des confidences d'un professionnel dans le cadre d'une instruction disciplinaire, ne pourraient faire l'objet d'une communication au parquet (Cass. 3 juin 1976, 644; voir, à ce propos, M. FRANCHIMONT, Manuel de procédure pénale, 180-181).

2.4. Exceptions au devoir du secret

En principe, le secret professionnel est absolu. Le réviseur et les experts comptables sont donc tenus à tout instant d'observer le secret à l'égard de tous.

Il faut toutefois nuancer quelque peu ce principe absolu. Le caractère absolu du secret professionnel veut dire au fond qu'il ne peut être levé que par une disposition légale formelle (F. VANNESTE, Kan het beroepsgeheim absoluut genoemd worden?, Rechtskundig Weekblad, 1977-78, 1290 et ss.).

Il faudra examiner quand et dans quelles circonstances ce caractère absolu du secret professionnel pourrait être relativisé.

2.4.1. Le devoir de parler imposé par la loi

Le réviseur ne sera pas tenu au secret lorsque la loi lui fait obligation de parler (art. 27 de la loi du 22 juillet 1953, avec référence à l'art. 458, Code Pénal).

Cela s'applique à tous les cas où le réviseur est tenu de faire rapport.

Il veillera, bien entendu, à ce que le contenu de son rapport soit conforme aux dispositions légales mais il ne violera manifestement pas

son obligation au secret lorsqu'il fait rapport en se conformant au prescrit légal. Bien au contraire, son obligation légale consiste précisément à faire rapport de la manière la plus exhaustive.

C'est ainsi que le secret professionnel ne saurait évidemment faire obstacle à la révélation à l'assemblée générale, par le commissaire-reviseur, des infractions constatées à la loi sur les comptes annuels, aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales ou aux statuts. Il ne fait aucun doute que son devoir de parler prime ici sur son obligation au secret.

Si le conseil d'administration ne donne pas suite aux observations qu'il a formulées, le commissaire-reviseur sera tenu de signaler ces infractions dans son rapport à l'assemblée générale (art. 65, 6°, L.C.S.C.).

Le reviseur ne devra pas davantage se taire lorsqu'il fait rapport, dans le cadre des articles 29 bis ou 120 bis des L.C.S.C., sur les apports ne consistant pas en numéraire. Pour un cas d'application pratique, antérieur à l'entrée en vigueur de la modification du 5 décembre 1984, voir: Cass. 26 janvier 1983, R.P.S., 1985,359, avec note F. HANOUILLEGENION; voir également L. HUYBRECHTS, De inbreng in natura en de bedrijfsrevisor: controleur en adviseur, R.W. 1988-89, 668-669). Le rapport fera état de tous les éléments essentiels concernant l'évaluation dudit apport en nature. Ajoutons cependant que le reviseur restera tenu au secret professionnel pour les informations dont il a connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission et qui ne sont pas pertinentes pour son rapport sur l'apport en nature.

Un certain nombre de dispositions légales prévoient également un devoir d'information du reviseur d'entreprises à l'égard des autorités de contrôle.

C'est ainsi que l'art. 23 et L'A.R. n° 185 du 9 juillet 1935 dispose que tout reviseur agréé «porte immédiatement à la connaissance de la Commission bancaire et de chacun des administrateurs ou gérants de la banque les lacunes graves, les irrégularités et les infractions qu'il aurait constatées».

L'art. 40 dans la loi du 9 juillet relatif au contrôle des entreprises d'assurances prévoit une obligation similaire.

Soulignons que le devoir d'information n'existe qu'à l'égard des autorités de contrôle désignées dans la loi. Face à tous les autres tiers, le secret professionnel gardera son caractère absolu.

Nous pourrions conclure que, s'agissant des missions légales de contrôle, le réviseur n'est pas tenu au secret professionnel - voire que la loi lui fait obligation de parler - dans la mesure où ses révélations découlent de la finalité de la mission légale de contrôle. Pour le reste, le devoir du secret est absolu.

Dans l'hypothèse où un réviseur serait interrogé par la police judiciaire à propos d'un rapport rendu obligatoire par la loi, nous croyons qu'il pourrait se contenter de renvoyer à son rapport.

Il ferait mieux de s'abstenir de toute déclaration complémentaire ou même de faire des commentaires, dans la mesure où on pourrait en déduire, croyons-nous, qu'il ne s'est pas convenablement acquitté de sa mission. Le rapport devrait en quelque sorte se suffire à lui-même.

Toutes choses égales par ailleurs, les mêmes règles s'appliqueront également à un expert comptable.

Chargé d'une mission d'expertise, celui-ci veillera bien entendu à faire rapport conformément aux normes applicables au rapport fait par un expert comptable. Et le secret professionnel ne saurait évidemment s'opposer à ce qu'il signale toutes les irrégularités qu'il aurait constatées en matière d'organisation comptable.

2.4.2. Le témoignage en justice.

Une deuxième exception au caractère absolu du secret professionnel a trait au témoignage en justice.

L'art. 458 du Code Pénal soustrait expressément à toute sanction la violation du secret professionnel par le réviseur cité en justice comme témoin.

Mais dans cette hypothèse non plus, le réviseur n'est pas obligé de parler. La décision de témoigner ou de ne pas le faire lui appartient. Et s'il décide de se taire, il ne commet aucune infraction.

On pourrait se demander pourquoi l'Institut des Réviseurs d'Entreprises n'admet que le témoignage devant les tribunaux répressifs, en recommandant au réviseur de refuser son témoignage devant les

autres juridictions (Vademecum I.R.E, pp. 132-133; Rapport annuel, 1980, pp. 42 et ss.).

Une telle distinction ne saurait se fonder ni sur l'art. 458 du Code Pénal ni sur une quelconque autre disposition légale.

Mais même dans l'hypothèse où le reviseur est cité comme témoin devant un tribunal, il devra faire preuve d'une prudence extrême dans la révélation de faits couverts par le secret professionnel.

Dans un arrêt de principe du 15 mars 1948 (Pas. 1948, I., 168), la Cour de Cassation devait affirmer en effet: «Celui qui est appelé (à témoigner) en justice au sujet d'un fait couvert par le secret professionnel peut relever le fait, s'il estime devoir le faire, et ne peut être contraint à parler s'il estime devoir garder le secret».

Concernant le secret professionnel des avocats, on déduit de cet arrêt de cassation que l'avocat sera tenu d'invoquer le secret professionnel, sous peine pour lui de commettre une faute déontologique (P. LAMBERT, Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles, 1980, p. 302).

Les mêmes règles ne s'appliquent sans doute pas aux reviseurs, puisque l'I.R.E. autorise le témoignage devant les juridictions répressives. Mais, il nous semble que le reviseur devrait se montrer très circonspect en la matière.

2.4.3. Le reviseur ou l'expert comptable comme prévenu.

On admet généralement que le reviseur d'entreprises et l'expert comptable peuvent s'estimer déliés de l'obligation au secret lorsqu'ils sont poursuivis comme co-auteur ou comme complice d'un crime.

Le principe général du droit de la défense primera en la circonstance sur le secret professionnel (F. VANNESTE, art. cit., n° 14).

Mais même dans cette hypothèse, ils ne sont pas obligés de parler: tout prévenu a en effet le droit de se taire.

2.4.4. L'autorisation du client

L'article 27 de la loi sur le Revisorat, dans sa version actuelle, prévoit expressément que l'obligation au secret ne s'applique pas à la communication d'une attestation ou d'une confirmation faite avec l'auto-

risation écrite de l'entreprise auprès de laquelle le réviseur remplit sa fonction.

Cette règle se fonde sur le principe général qui prévoit que le bénéficiaire du secret peut aussi dispenser de l'obligation au secret. Cette même règle s'appliquera également aux experts comptables, à l'égard desquels la loi n'a pas prévu expressément une levée de l'obligation du secret.

Il ne fait aucun doute que l'autorisation de parler, donnée par le bénéficiaire, exclut toute sanction (F. VANNESTE, art. cit. n° 15). Mais une telle autorisation ne saurait imposer au réviseur le devoir de parler; il lui appartiendra de déterminer lui-même son attitude.

La jurisprudence admet que le redevable du secret doit parler lorsqu'un intérêt supérieur est en jeu pour le bénéficiaire du secret. A juste titre, F. Vanneste fait remarquer qu'un droit absolu au silence constituera dans cette hypothèse un abus et que le secret professionnel deviendrait alors un privilège pour certains individus, alors qu'il s'agit d'une mesure d'intérêt général (loc. cit.).

2.4.5. Les communications à d'autres confrères ou professionnels

L'art. 27 contient également une dispense du secret professionnel pour le réviseur d'entreprises qui adresse des communications destinées à un commissaire-réviseur ou à une personne exerçant une fonction similaire dans une société de droit étranger, dans la mesure où cette communication s'inscrit dans le cadre du contrôle des comptes annuels ou des comptes consolidés.

3. LE REVISEUR D'ENTREPRISES ET L'EXPERT COMPTABLE DEVANT UNE INSTRUCTION JUDICIAIRE

3.1. Les types d'instruction en droit belge

Le code d'instruction criminelle belge ne connaît en principe qu'une instruction préliminaire, à savoir l'instruction dont la responsabilité est confiée au juge d'instruction.

L'instruction a un caractère judiciaire et ne peut être décidée que par une décision de la chambre du conseil ou de la chambre des mises

en accusation (voir J. D'HAENENS, *Belgisch Strafprocesrecht*, Tome II, p. 50).

Dans la pratique, on rencontre cependant un autre type d'instruction préliminaire, à savoir l'information organisée par le procureur du Roi.

Le pouvoir du procureur du Roi d'ordonner une telle information se fonde sur l'article 22 du Code d'instruction criminelle.

L'information est donc l'enquête préliminaire dirigée par le procureur du Roi ou par ses subsistants et pendant laquelle, à leur requête ou sur leurs ordres, les officiers et les agents de la police judiciaire accomplissant des devoirs de police judiciaire (J.D'HAENENS, *op.cit.*, pp. 51-52).

Ce qui est clair, en tout cas, c'est que seule une enquête judiciaire est susceptible de remettre en cause des droits garantis par la Constitution (A. DE NAUW, *Het opsporingsonderzoek nu en morgen*, R.W., 1974-1975, 1610).

Comme nous le démontrons plus loin, la distinction entre l'instruction et l'information est d'une importance capitale pour un certain nombre de points. Lorsque le reviseur d'entreprises ou l'expert comptable se trouvent confrontés à une enquête judiciaire, il est très important qu'ils puissent tenir compte de cette distinction.

3.2. L'interrogatoire du reviseur et de l'expert comptable

Dans le domaine des *interrogatoires*, il importe de faire la distinction entre l'information et l'instruction.

Dans le cadre d'une *information*, le reviseur d'entreprises et l'expert comptable sont, nous semble-t-il, tenus d'observer strictement le secret professionnel. A première vue, une seule exception pourrait être admise, à savoir l'hypothèse où c'est le reviseur ou l'expert comptable qui fait figure de prévenu. Mais concrètement même cette hypothèse n'est pas vraiment à retenir, puisque, à ce stade de la procédure, il n'est pas encore question de personnes «à l'encontre desquelles il existe une prévention» (R. DECLERCQ, *Het bewijs in Strafzaken*, Bruxelles, 1980, p. 42). Il s'impose dès lors d'observer, pendant le stade de l'information le silence le plus absolu, même si le reviseur ou l'expert comptable étaient considérés comme suspects.

Au stade d'une *instruction*, les personnes susceptibles de communiquer des informations utiles, peuvent être entendues par le *juge d'instruction* à titre de témoins. Même s'ils estiment être tenus par le secret professionnel, le réviseur et l'expert comptable sont contraints de répondre à la convocation d'un juge d'instruction et de prêter serment.

Après avoir répondu à la convocation et après avoir prêté serment, ils déclareront au juge d'instruction être liés par le secret professionnel. Mais comme nous l'avons rappelé, ils ne commettront aucun acte délictueux s'ils préfèrent parler et apporter leur témoignage.

A ce stade de l'enquête, le réviseur et l'expert comptable pourront en tout état de cause parler s'ils sont entendus comme prévenus. L'intitulé même du procès-verbal de l'interrogatoire fera apparaître si la personne est entendue comme témoin ou comme prévenu.

3.3. La perquisition au bureau du réviseur ou de l'expert comptable

Plus délicats sont les problèmes qui se posent en cas de perquisition au domicile ou au bureau du réviseur d'entreprises.

Pourtant, les principes paraissent simples: l'obligation de respecter le droit au secret est indivisible, et si la révélation d'un fait couvert par le secret professionnel ne peut être forcée à l'occasion d'un témoignage, elle ne peut pas l'être davantage à l'occasion d'une perquisition. (Voir A.P.R., Verbo Huiszoeking en Beslag in strafzaken, n° 474).

Ici aussi, il faudra faire la distinction selon que le réviseur et l'expert comptable sont considérés comme prévenus ou non.

Si le réviseur ou l'expert comptable ne fait pas l'objet d'une prévention, on ne pourra saisir chez lui que deux types de documents: les pièces à conviction et les éléments de preuve.

Point n'est besoin de longs discours pour comprendre que les pièces à conviction ne pourront jamais être couvertes par le secret professionnel. Il ne faudrait pas en effet que le bureau du réviseur ou de l'expert comptable servent d'endroit pour receler des pièces à conviction.

En outre, la détention de tels documents ne relève pas de l'exercice normal de la profession (A.P.R., Verbo Huiszoeking en Beslag in strafzaken, n° 475).

Par *pièces à conviction*, il faut entendre, aux termes de l'article 42 du Code Pénal: les choses formant l'objet de l'infraction, celles qui ont servi ou qui ont été destinées à la commettre, ainsi que celles qui ont été produites par elle. C'est ainsi, par exemple, que les documents constitutifs de faux en écritures (par exemple, de fausses factures, des documents comptables falsifiés), se trouvant entre les mains du reviseur ou de l'expert comptable, pourraient faire l'objet d'une saisie.

Seront considérés comme des *éléments de preuve*, toutes les choses qui bien que ne formant pas l'objet de l'infraction, n'ayant pas servi ou n'ayant pas été destinées à la commettre, ni étant produites par elle, constituent néanmoins un élément de preuve de culpabilité ou d'innocence, ou d'appréciation du degré de la culpabilité (A.P.R., Verbo Huiszoeking en Beslag in Strafzaken, n° 477).

C'est ainsi que la comptabilité d'un failli soupçonné de banqueroute, détenue par le reviseur ou par l'expert comptable, pourrait parfaitement faire l'objet d'une saisie effectuée dans ses bureaux (ibidem).

Il existe cependant une catégorie d'éléments de preuve qui ne pourront jamais faire l'objet d'une saisie, à savoir les objets ou les documents qui trouvent leur origine dans les relations entre la personne qui demande conseil et le confident nécessaire (A.P.R., Verbo Huiszoeking en Beslag in strafzaken, n° 479).

Seront considérés à ce titre comme des éléments de preuve non saisissables:

- La correspondance entre le client et le reviseur ou l'expert comptable;
- Les notes établies par le client aux fins d'informer le reviseur ou l'expert comptable sur son affaire;
- Les rapports, les fiches, les protocoles, les notes et tous les autres documents et écrits, établis par le reviseur ou par l'expert comptable.

Ces documents ne pourront jamais être saisis, alors même qu'ils renfermeraient les aveux les plus explicites et les plus clairs.

La situation est toute différente dans l'hypothèse où c'est le reviseur ou l'expert comptable qui est prévenu, par exemple, d'une infraction à l'article 17 de la loi du 17 juillet 1975. On appliquerait alors le

principe selon lequel l'infraction professionnelle exclut le secret professionnel (A.P.R., Verbo Huiszoeking en Beslag in strafzaken, n° 491).

L'infraction professionnelle, c'est l'infraction commise par le confident nécessaire, mettant en cause son activité professionnelle (ibidem). Dans cette hypothèse, pourront être saisis tous les documents, même ceux établis en vue de la défense des intérêts à protéger.

Dans les deux cas (le reviseur qui n'est pas le prévenu et le reviseur qui est le prévenu), la perquisition devra s'effectuer dans le respect d'une série de règles formelles.

Tout d'abord, la doctrine et la jurisprudence s'accordent pour dire qu'il se recommande que ce soit le juge d'instruction en personne qui procède à la perquisition (A.P.R., Verbo Huiszoeking en Beslag in strafzaken, n° 486).

En outre, le juge d'instruction devrait se faire accompagner, selon nous, par un représentant de l'autorité disciplinaire, en l'occurrence le Conseil de l'I.R.E ou de l'Institut des Experts Comptables, et la perquisition devrait avoir lieu en sa présence. La vérification des documents à saisir éventuellement devrait, à notre avis, être confiée au délégué de l'instance disciplinaire (ibidem; dans le même sens: M. FRANCHIMONT, Le secret professionnel du reviseur d'entreprises, p. 32).

Dans la pratique, nous avons dû constater que ces règles, strictement observées en cas de perquisition chez les avocats ou chez les médecins, par exemple, ne sont pas toujours respectées quand il s'agit d'une perquisition chez un reviseur. Et cependant, il n'existe à nos yeux aucune raison qui justifierait une discrimination à cet égard, entre les reviseurs et les experts comptables d'une part et, d'autre part, les personnes bénéficiaires de la protection du secret professionnel.

Et cela d'autant moins qu'au cours des travaux préparatoires de la loi du 21 février 1985, il a été souligné que le secret professionnel devait s'apprécier exactement comme celui des titulaires d'une autre profession.

3.4. La saisie de documents

En principe, seul le juge d'instruction est habilité à saisir des documents.

En droit belge, on admet cependant que tout officier ou tout agent de police judiciaire a également le pouvoir de saisir des documents.

Les documents couverts par le secret professionnel ne peuvent jamais être saisis (voir ci-dessus, c, La perquisition).

4. LA POSITION JURIDIQUE DU CONSEILLER FISCAL

La position juridique du conseiller fiscal en cas d'instruction est plus délicate. La Cour de Cassation a estimé, en effet, que le conseiller n'était pas lié par le secret professionnel et qu'il ne pouvait dès lors bénéficier d'aucune protection spéciale telle que peuvent l'invoquer les personnes tenues au secret professionnel (Cass. 16 mai 1977, R.W., 1977-78, 2587).

Concrètement, cela revient à dire qu'en cas de perquisition ou lors d'un interrogatoire, la position du conseiller fiscal est rigoureusement identique à celle de n'importe quel citoyen non fondé à invoquer le secret professionnel.

A l'égard de son client, le conseiller fiscal sera toutefois tenu à la discrétion, un devoir sanctionné par le droit civil (P. LAMBERT, Le secret professionnel, 282-283).

GEHEIMHOUDINGSPLICHT VAN REGISTERACCOUNTANTS IN NEDERLAND

door W. HULSHOFF POL

adjunct-directeur Nederlands Instituut van Registeraccountants.

Geheimhoudingsplicht is één van de pijlers waarop het accountantsberoep steunt. Een registeraccountant komt door de aard van zijn werkzaamheden met vele vertrouwelijke informatie van bedrijven en personen in aanraking. Opdrachtgevers moeten er op kunnen vertrouwen dat deze vertrouwelijke informatie bij de accountant veilig is. Alleen voor het uitvoeren van zijn opdracht mag hij van deze informatie gebruik maken en voor geen enkel ander doel. Zou hij dat wel doen, dan zullen opdrachtgevers hem geen enkele vertrouwelijke informatie meer verschaffen en dan kan de accountant zijn opdracht niet of minder goed uitvoeren. Opdrachtgever en accountant hebben elkaar nodig en dat kan alleen als tussen beiden een vertrouwensrelatie bestaat.

In Nederland is voor registeraccountants de geheimhoudingsplicht vastgesteld in artikel 10 van GBR. Dit zijn bindende regels. Overtreding kan tuchtrechtelijk worden bestraft. Hoofregel is dat de registeraccountant alle vertrouwelijke informatie geheim moet houden. Zelfs als de opdrachtgever de geheimhoudingsplicht zou opheffen, dient de registeraccountant de belangen van alle betrokkenen en van het accountantsberoep als zodanig zorgvuldig af te wegen alvorens tot bekendmaking over te gaan. Als de registeraccountant in het ene geval zou spreken en in een ander geval, waarin de opdrachtgever de geheimhoudingsplicht niet heeft opgeheven, blijft zwijgen, kan de indruk ontstaan dat de laatste iets te verbergen heeft. Een wisselend optreden van de registeraccountant is niet in het belang van het beroep. Beter kan hij in alle gevallen zwijgen.

Helaas is dat niet altijd mogelijk. De geheimhoudingsplicht kan in strijd komen met wettelijk vastgelegde verplichtingen om informatie te verstrekken aan gerechtelijke en fiscale autoriteiten. De Nederlandse wet kent een getuigplicht ten overstaan van de strafrechter, de civiele rechter en de administratieve rechter. Zonder getuigen die onder ede de

waarheid moeten spreken, zou de rechter immers ernstig worden belemmerd in zijn pogen de waarheid vast te stellen. Ook de fiscus moet over de ware gegevens kunnen beschikken om de juiste belasting te kunnen heffen.

Met het kunnen vaststellen van de waarheid is een groot maatschappelijk belang gemoeid en dat mag niet worden belemmerd door een geheimhoudingsplicht. Hierop bestaat één uitzondering. In bepaalde situaties moet het belang dat de burger er op kan vertrouwen dat door hem voor een bepaald doel verstrekte vertrouwelijke informatie ook vertrouwelijk blijft, prevaleren boven het belang van de waarheidsvinding. Bepaalde beroepsoefenaren mogen aan hen verstrekte vertrouwelijke informatie geheim houden. Als zij worden opgeroepen om voor de strafrechter of de civiele rechter te getuigen, kunnen zij een beroep doen op hun geheimhoudingsplicht. Dit heet verschoningsrecht. Om welke beroepsbeoefenaren het gaat moet de rechter vaststellen. Vanouds heeft de rechter het verschoningsrecht toegekend aan pastoors, dominees, artsen, notarissen en advocaten. Dit zijn de zogenaamde hulpverlenende beroepen. Geen verschoningsrecht is toegekend aan bij voorbeeld journalisten.

Lange tijd hebben accountants gedacht dat ook zij onder de hulpverlenende beroepen vielen en dus een verschoningsrecht bezaten. De lagere rechter heeft dat ook een paar maal toegekend. In 1983, 1985 en 1986 heeft het hoogste rechtscollege, de Hoge Raad der Nederlanden, echter het verschoningsrecht voor accountants afgewezen en omdat de lagere rechter zich in het algemeen aan uitspraken van de Hoge Raad houdt, staat daarmee definitief vast dat de registeraccountant geen verschoningsrecht heeft en dus gedwongen is om voor de rechter de waarheid te spreken, ook als het vertrouwelijke zaken betreft.

Bovendien kan nu bij de registratieaccountant thuis of op zijn kantoor huiszoeking worden verricht en kunnen stukken in beslag worden genomen. Had hij een verschoningsrecht gehad, dan was zulks niet mogelijk geweest.

Wat het verstrekken van informatie aan de fiscus betreft ligt de zaak eenvoudiger. In de algemene Wet inzake Rijksbelastingen staan de beroepsbeoefenaren opgesomd die een verschoningsrecht hebben: het bekende rijtje: geestelijken, notarissen, advocaten, procureurs, geneeskundigen en apothekers. Accountants staan er niet bij. Toen

deze wet tot stand kwam in 1952 is daar wel over gesproken maar daar is van afgezien omdat het accountantsberoep niet wettelijk was georganiseerd. Inmiddels is het beroep wel wettelijk geregeld en het NIVRA-bestuur heeft in het verleden pogingen ondernomen om een verschoningsrecht voor registeraccountants ten opzichte van fiscale autoriteiten te bedingen, maar deze pogingen zijn niet geslaagd. Inmiddels ligt een nieuw wetsontwerp bij de Tweede Kamer, waarin de informatieplicht ten opzichte van de fiscus nog is aangescherpt. Behalve overleggen van boeken en bescheiden moet nu ook desgevraagd mondelinge informatie worden gegeven. In het nieuwe wetsontwerp wordt evenmin aan accountants een verschoningsrecht toegekend.

Wellicht vooruitlopend op het nieuwe wetsontwerp heeft het Ministerie van Financiën met het NIVRA overleg gepleegd over inzage door belastingaccountants van de controledossiers van openbare accountants. Volgens het Ministerie hebben belastingaccountants reeds onder de huidige wet en zeker onder de nieuwe wet daartoe het recht. Het NIVRA bestrijdt dat. De informatieplicht zou zich misschien tot bepaalde delen van het dossier kunnen uitstrekken maar zeker niet tot het hele dossier. Het overleg gaat nu in de richting van het opstellen van een soort gedragscode tussen belastingaccountants en openbare accountants. In een collegiaal gesprek geven de belastingaccountants aan welke informatie zij voor hun controle behoeven en de openbare accountants trachten deze informatie te verschaffen. Het doel moet zijn om dubbel werk te voorkomen, dat belastingaccountants nog eens gegevens gaan controleren die door de openbare accountant al onderzocht zijn.

Ten slotte en met het voorgaande samenhangend is er de laatste tijd sprake van dat er een plicht zou moeten komen voor registeraccountants om gevallen van door hen geconstateerde fraude, met name op het gebied van loonbelasting en sociale premies, te melden aan de belastingautoriteiten of aan de justitie. Deze meldingsplicht zou wettelijk moeten worden geregeld. Het NIVRA heeft altijd stelling genomen tegen een meldingsplicht. De registeraccountant is onafhankelijk. Hij is geen verlengstuk van de fiscale en justitiële autoriteiten. Hij is geen opsporingsambtenaar.

Aan de andere klant is het NIVRA zich bewust van de grote maatschappelijke functie van de openbare accountant. Deze heeft een bepaalde

verantwoordelijkheid tegenover de samenleving, meer nog dan tegenover zijn cliënt. Moet een registeraccountant blijven zwijgen als hij constateert dat zijn cliënt de samenleving benadeelt? Dit is een ethisch probleem.

Het NIVRA heeft in mei van dit jaar een richtlijn vastgesteld die aangeeft hoe openbare accountants in dit geval hebben te handelen.

Die richtlijn houdt in:

- als de accountant fraude of onwettig handelen heeft ontdekt stelt hij de leiding op de hoogte. Als het de leiding zelf is die fraudeert stelt hij het toezichthoudend orgaan op de hoogte.
- als de leiding, c.q. het toezichthoudend orgaan, de gevolgen van de fraude, resp. het onwettig handelen niet ongedaan maakt (d.w.z. aanmeldt bij de desbetreffende instanties en een financiële regeling treft), zal hij in het algemeen geen goedkeurende verklaring kunnen geven maar belangrijker nog zal hij voor de toekomst zijn opdracht moeten teruggeven.
- hij moet aan een eventuele nieuwe accountant de reden voor het teruggeven van zijn opdracht meedelen. Ingevolge de GBR is een nieuwe accountant verplicht aan zijn voorganger inlichtingen te vragen.
- de nieuwe accountant mag de opdracht niet aanvaarden zolang de gevolgen van de fraude of het onwettig handelen niet ongedaan zijn gemaakt. Indien het een controleplichtige onderneming betreft, geraakt deze verder in de problemen, omdat het niet voldoen aan de controleplicht een economisch delict is, waarvoor de bestuurders persoonlijk zwaar kunnen worden gestraft.

Met deze frauderichtlijn wordt indirect toch een soort melding van fraude bereikt omdat de belastingautoriteiten extra oplettend zullen zijn in gevallen dat een afkeurende verklaring wordt gegeven en/of de opdracht wordt teruggegeven. Vandaar dat van de kant van de fiscale instanties wel gezegd is: neem ook de volgende stap en meldt ons het teruggeven van de opdracht.

Het onderwerp accountants en het ontdekken van fraude is in Nederland nog niet afgedaan.

BIJLAGE

1. GEHEIMHOUDINGSPLICHT VAN DE REGISTERACCOUNTANT

ARTIKEL 10 – GEDRAGS- en BEROEPSREGELS REGISTERACCOUNTANTS.

De registeraccountant houdt geheim al hetgeen hem in de uitoefening van zijn beroep als geheim is toevertrouwd of wat daarbij als een vertrouwelijke aangelegenheid te zijner kennis is gekomen.

De registeraccountant maakt van vertrouwelijke gegevens die in de uitoefening van zijn beroep te zijner kennis zijn gekomen, niet verder of anders gebruik, en aan die gegevens geeft hij niet verder of anders bekendheid, dan voor de vervulling van zijn taak wordt vereist.

2. HET PROFESSIONELE VERSCHONINGSRECHT

ARTIKEL 218 - WETBOEK VAN STRAFVORDERING

Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschonen zij, die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd.

3. RECHTSPRAAK

HOGЕ RAAD 25 OKTOBER 1983, NJ 1984, 132
HOGЕ RAAD 14 JUNI 1985, NJ 1986, 175
HOGЕ RAAD 6 MEI 1986, NJ 1986, 813

4. INFORMATIEVERPLICHTING AAN BELASTINGAUTORITEITEN; INZAKE IN CONTROLEDOSSIERS VAN OPENBARE ACCOUNTANTS

ARTIKEL 49 - ALGEMENE WET INZAKE RIJKSBELASTINGEN

Personen en lichamen die binnen het Rijk een bedrijf of zelfstandig een beroep uitoefenen, zijn gehouden desgevorderd aan de inspecteur de op dat bedrijf of beroep betrekking hebbende boeken en andere bescheiden, waarvan de kennisneming van belang kan zijn voor de vaststelling van de feiten, welke invloed kunnen uitoefenen op de heffing van belasting van derden, ter inzage te verstrekken.

*Mr. W. Hulshoff Pol,
adjunct-directeur NIVRA*

SECRET PROFESSIONNEL ET DEVOIR DE DISCRETION DES PROFESSIONNELS

A. EXPERTS COMPTABLES

L'expert comptable est tenu au respect du secret professionnel et à un devoir de discrétion

[Norme approuvée en juillet 1990]

COMMENTAIRES DE LA NORME

Secret professionnel

Les textes:

- Article 21 de l'ordonnance du 19 décembre 1945 (alinéa 1)

«**S**ous réserve de toute disposition législative, les experts-comptables, les comptables agréés et les experts-comptables stagiaires sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du Code Pénal»

- Article 378 du Code Pénal (alinéa 1)

«**L**es médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateur, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 500 F à 15.000 F».

L'application des textes

La doctrine et la jurisprudence récentes semblent considérer que le secret professionnel de l'expert comptable est général et absolu confirmant l'interprétation donnée par le Conseil supérieur lors de sa 204^e session le 7 mai 1980.

Le secret professionnel suppose l'existence d'un secret recueilli en raison d'un état ou à l'occasion de l'exercice d'une profession ou d'une fonction.

Paraissent ne relever du secret que les seules informations dont la divulgation est susceptible de porter atteinte à l'honneur ou à la dignité humaine.

Le domaine du secret professionnel couvre,

- les confidences nécessaires,
- les secrets par nature,

dont le professionnel se trouve dépositaire à l'occasion de sa mission. Il ne s'applique pas aux autres informations recueillies ou découvertes.

En revanche, l'expert comptable tenu à l'obligation de secret ne saurait en être libéré que lorsque la loi lui impose de révéler ou l'autorise à le faire.

les dispositions législatives applicables en l'espèce tiennent en,

- l'article 62 du Code Pénal (obligation de dénoncer les crimes tentés ou consommés alors qu'il est encore possible d'en prévenir ou limiter les effets ou d'en éviter le renouvellement),
- l'article 63 du Code Pénal (obligation de révéler les éléments de la «preuve de l'innocence d'une personne incarcérée provisoirement ou jugée pour crime ou délit»),
- l'article 229, alinéa 5, de la loi du 24 juillet 1966 (impossibilité, sauf pour les auxiliaires de justice, d'opposer le secret professionnel au commissaire aux comptes des entreprises clientes. Procédure spéciale prévue pour les communications de pièces),
- l'article 5 de l'ordonnance du 28 septembre 1967 (impossibilité, sauf pour les auxiliaires de justice, d'opposer le secret professionnel aux agents de la Commission des opérations de bourse),
- l'article 21, alinéa 3 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 (les membres de l'Ordre sont déliés du secret professionnel «dans les cas d'information ouverte contre eux» ou «de poursuites engagées à leur encontre par les pouvoirs publics ou dans les actions intentées devant les Chambres de discipline de l'Ordre»).

La question de savoir si celui en faveur duquel existe l'obligation de respecter le secret professionnel peut en libérer le détenteur est controversée en doctrine et en jurisprudence.

Si une interprétation favorable à la «divulgence autorisée» a pu se faire jour en matière de secret médical, celle-ci ne paraît pas devoir s'étendre aux autres tiers détenteurs, par état, profession ou fonctions, des secrets qu'on leur confie.

L'obligation de respecter le secret professionnel s'impose aux «experts comptables, comptables agréés et experts comptables stagiaires autorisés» (article 21 de l'ordonnance de 1945), donc aux professionnels personnes physiques. Dès lors, elle interdit toute communication d'informations protégées entre les professionnels appartenant à une même société d'expertise comptable, sauf lorsqu'ils interviennent, conjointement, à l'occasion d'une mission unique.

Bien que n'étant pas cités dans l'article 21 de l'ordonnance de 1945 les salariés des membres de l'Ordre sont tenus au secret professionnel en vertu des dispositions générales de l'article 378 du Code Pénal.

En pratique, il est constant que seuls les collaborateurs appelés de par leur niveau d'intervention à recevoir les confidences nécessaires à l'exécution de leurs travaux ou à découvrir des secrets par nature à l'occasion de ceux-ci sont susceptibles d'être astreints au secret professionnel.

Devoir de discrétion

Il s'applique à toutes les informations d'ordre général dont l'expert comptable a connaissance à l'occasion de l'exécution de sa mission et s'applique à tous les tiers.

Le client peut en libérer le membre de l'Ordre.

Il ne saurait être opposé à l'autorité judiciaire,

- ni en matière pénale (obligation de déposer prévue par l'article 109 du Code de Procédure Pénale),
- ni en matière civile (obligation d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité prévue par l'article 10 du Code Civil et l'article 11 du Code de la Procédure civile).

Il n'est pas, non plus, opposable au contrôleur chargé d'un examen de l'activité professionnelle du membre de l'Ordre en application des dispositions du décret du 14 février 1986.

Le devoir de discrétion s'impose à l'ensemble des collaborateurs des membres de l'Ordre.

B. COMMISSAIRES AUX COMPTES

NORME

LE COMMISSAIRE AUX COMPTES EST ASTREINT AU SECRET PROFESSIONNEL POUR LES FAITS, ACTES ET RENSEIGNEMENTS DONT IL A PU AVOIR CONNAISSANCE A RAISON DE SES FONCTIONS.

IL S'ASSURE EGALEMENT QUE SES COLLABORATEURS SONT CONSCIENTS DES REGLES CONCERNANT LE SECRET PROFESSIONNEL ET LES RESPECTENT.

Commentaires de la Norme

- 01.** Par l'application de l'article 233 de la loi du 24 juillet 1966, les commissaires aux comptes, ainsi que leurs collaborateurs et experts, sont tenus au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance à raison de leurs fonctions, sous réserve de dispositions suivantes:
- les commissaires aux comptes signalent, à la prochaine assemblée générale, les irrégularités et inexactitudes relevées par eux au cours de l'accomplissement de leur mission;
 - en outre, ils révèlent au procureur de la République les faits délicieux dont ils ont connaissance, sans que leur responsabilité puisse être engagée par cette révélation.
- 02.** Le Code d'éthique professionnelle (art 62) précise:
- les personnes physiques ou morales ou les organes à l'égard desquels il n'y a pas d'obligation au secret professionnel,
 - les personnes avec lesquelles le secret professionnel est partagé,
 - les personnes auxquelles le secret professionnel est opposable.
- 1) "Sauf obligation légale ou réglementaire, le commissaire aux comptes ne communique aucune information sur la société qu'il contrôle à toute personne physique ou morale, même co-contractante de ladite société.

- 2) La même règle s'applique à l'égard des juridictions, des administrations et de leurs membres exception faite des personnes physiques ou morales ou des organes cités au 4) ci-après.
- 3) En cas de doute, le commissaire aux comptes doit en référer au président de la Compagnie régionale dont il est membre.
- 4) Il n'y a d'obligation au secret professionnel à l'égard des personnes physiques ou morales ou des organes suivants:
 - a) les organes d'administration, de direction et de surveillance ainsi que les gérants des personnes morales soumises au contrôle des commissaires aux comptes soit en application d'un texte particulier, soit si la personne morale s'en est dotée volontairement;
 - b) l'assemblée générale ou l'organe qui en tient lieu pour ce qui concerne:
 - les irrégularités et inexactitudes que le commissaire aux comptes est tenu de lui révéler;
 - le contenu des rapports spéciaux, notamment sur les conventions visées par les articles L.50, L.101 et L.143, sur les documents d'information financière et prévisionnelle (art. L.340-2 et L.340-3) et sur la procédure d'alerte (art. L.230-1 et L.230-2);
 - les éclaircissements demandés en séance sur le contenu de ses rapports;
 - les informations destinées à compléter ou à corriger le rapport de gestion ou les documents adressés aux actionnaires lorsque la sincérité et la concordance avec les comptes annuels l'exigent;
 - la rectification d'informations incomplètes ou erronées données oralement par les dirigeants sur la situation comptable et financière de la société;
 - c) le comité d'entreprise pour ce qui concerne les différents documents communiqués en application de l'article L.432-4 du code du travail;
 - d) dans le cadre de la consolidation, les commissaires aux comptes de la société consolidante (art. L.228 al. 2);

- e) la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes, en application de la loi n° 82-594 du 10 juillet 1982, pour ce qui concerne:
- tous renseignements sur la société contrôlée;
 - la communication du dossier constitué en application de l'article 66 du décret du 12 août 1969;
- f) les juridictions pénales et leurs auxiliaires, pour ce qui concerne les faits délictueux que le commissaire aux comptes a révélés ou qui sont susceptibles d'être qualifiés de la sorte par le magistrat compétent:
- procureur de la République;
 - officiers et agents de police judiciaire agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction;
 - juge d'instruction
 - magistrats et officiers de police judiciaire agissant sur commission rogatoire du juge d'instruction;
 - juridiction de jugement;
 - expert désigné par le juge d'instruction pour entendre le commissaire aux comptes en qualité de personne nommément désignée susceptible de fournir des renseignements d'ordre technique;
- g) les juridictions civiles lorsque le commissaire aux comptes est poursuivi et dans la mesure où la divulgation est nécessaire à sa défense;
- h) la Commission des opérations de bourse pour ce qui concerne:
- tous renseignements sur la société contrôlée (art. 67 du décret du 12 août 1969);
 - la communication du dossier constitué en application de l'article 66 du décret du 12 août 1969;
- i) les juridictions disciplinaires;
- j) le Conseil régional, le Conseil national et les personnes habilitées dans le cadre du contrôle régional et du contrôle national prévus par l'article 66 du décret du 12 août 1969;

- k) les commissaires aux comptes agissant en qualité de syndic de leur compagnie régionale;
 - l) l'expert désigné par application de l'article 226 de la loi du 24 juillet 1966.
- 5) Le secret professionnel est partagé avec:
- les co-commissaires d'une même société;
 - les commissaires aux comptes suppléants;
 - les commissaires aux comptes successifs d'une même société; (1)
 - les commissaires aux comptes des sociétés d'un même groupe;
 - les commissaires aux comptes de sociétés en voie de fusion, scission ou apport partiel d'actif;
 - les commissaires aux apports et à la fusion de la société;
 - les commissaires à la transformation;
 - les collaborateurs et experts personnes physiques nommément désignés par application de l'article 229 de la loi du 24 juillet 1966; s'il est fait appel à une personne morale, son représentant légal soumet à l'agrément du commissaire aux comptes le nom de la ou des personnes physiques qui assureront au sein de celle-ci, et en son nom, la mise en oeuvre de l'expertise et avec lesquelles seul le secret professionnel sera partagé (art. 233 du Code de procédure civile).
- 6) Le secret professionnel est opposable à tout tiers non visé ci-dessus, même associé ou administrateur, ou en rapport d'affaires avec la société.
- 03.** Le commissaire aux comptes ne peut en aucun cas, directement ou indirectement, faire état d'informations relatives à l'entreprise dont sa mission l'a conduit à avoir connaissance.
- 04.** Le commissaire aux comptes s'assure que toute personne à laquelle il délègue une partie de ses travaux respecte le principe du secret professionnel dans les conditions énoncées ci-dessus.

(1) Dans les conditions prévues par les commentaires de la norme 15, paragraphe 05.