

La révision en vertu du CO et d'éventuelles activités illégales en tant qu'intermédiaires financiers

Sacha Schwab, lic. en droit, Berne¹

I. Obligations générales d'annoncer et de renseigner incombant aux organes de révision

1. «Expectation gap» et tâches de l'organe de révision

La notion «d'expectation gap» exprime le fait que les attentes que le public porte à la fiabilité et à la responsabilité des organes de contrôle ne correspondent souvent pas aux exigences légales². En vertu des dispositions du droit des obligations, le réviseur n'est tenu

l'autorité de contrôle. Néanmoins, il n'a pas par contre l'obligation de procéder à une recherche systématique de délits. Une telle façon de procéder ne s'impose que dans des cas exceptionnels.⁶

2. L'obligation de déclaration et de renseignement en vertu du droit de la société anonyme

Selon l'art. 729b al. 1 CO, l'organe de révision de la SA doit annoncer au conseil d'administration toute violation des statuts ou de la loi. Dans les cas importants, il convient d'informer non seulement le conseil d'administration mais également l'assemblée générale. De tels cas importants peuvent être par exemple: des affaires particulièrement risquées, des concentrations de risques trop importantes ou des affaires traitées en dehors du but statutaire de la société. C'est à la société de révision qu'il incombe d'évaluer si un cas important est donné. Elle doit tenir compte des intérêts que peuvent avoir les actionnaires et les créanciers à l'exercice de leurs droits. Il peut s'agir d'un recours en responsabilité, de la nomination d'un contrôleur spécial ou de la non-réélection d'organes. L'annonce de violations graves de statuts ou de lois se fait dans le rapport de révision.⁷

La portée de la notion de «loi» à l'art. 729b al. 1 CO est globale⁸, c'est-à-dire qu'elle englobe toute la législation.⁹

Le réviseur ne doit pas rechercher activement d'éventuelles violations de la loi ou des statuts mais uniquement faire la déclaration qui s'impose lorsqu'il rencontre de telles irrégularités. Une exception subsiste toutefois en ce qui concerne les directives légales relatives à la tenue des comptes et à l'établissement du bilan qui font l'objet du contrôle systématique de la comptabilité et des comptes en vertu de l'art. 728 CO.¹⁰ L'annonce des violations de ces directives constitue dès lors une part importante du rapport de révision à l'assemblée générale en vertu de l'art. 729 CO.

Si l'organe de révision omet d'annoncer des irrégularités, il commet une violation de ses obligations. S'applique alors la norme de la responsabilité des

Résumé

Les organes de révision institués en vertu des dispositions du code des obligations peuvent constater, lors d'un contrôle, que l'activité de la société révisée est soumise à une autorité de surveillance du marché des capitaux (selon LBA, LB, LBVM ou LFP) mais que la société en question ne dispose toutefois pas d'une autorisation correspondante ou n'est pas affiliée à un organisme d'autorégulation (OAR)². De ce fait, la société travaille de manière illégale. On peut se demander si l'organe de révision est tenu d'annoncer cet état de fait à une autorité de surveillance ou à une autorité pénale ou s'il peut se contenter d'en faire rapport à la direction, respectivement au conseil d'administration.

d'effectuer que le contrôle des comptes annuels, celui de la tenue des comptes et celui de l'affectation du bénéfice.⁴ Il ne constitue donc nullement un «compliance office» devant veiller à la légalité des activités ou contrôler si ces dernières ont ou non un caractère délictuel.⁵

Les lois régulant le marché des capitaux ont élargi les possibilités et les obligations qui incombent aux autorités de contrôle en cas de violations de lois et en cas d'abus commis par la société contrôlée. Outre la réclamation verbale, l'organe de révision a le droit et le devoir d'exiger que d'éventuels défauts soient réparés, d'effectuer des contrôles subséquents et d'informer

contrôleurs de l'art. 755 CO selon laquelle le réviseur des comptes est responsable des dommages découlant de la violation de ses obligations.¹¹

3. L'obligation de déclaration du réviseur en vertu du droit pénal

a) Le réviseur encourt-il une peine?

Outre la simple révision des comptes selon le CO, l'organe de révision peut fort bien également assumer des tâches de conseil ou d'autres fonctions au sein de la société révisée. Les réviseurs peuvent donc jouer, lors de la commission de n'importe quel délit économique, le rôle de complices, d'instigateurs, voire de coauteurs. Le réviseur peut donc se rendre coupable aussi bien par commission (par exemple des faux dans les titres) que par omission au sens d'une véritable négligence (par exemple la non-déclaration à la CFB selon l'art. 21 al. 3 LB).

En ce qui concerne la véritable activité du réviseur, il faut tout spécialement mentionner «les délits de faux et usage de faux commis dans le cadre de rapports écrits, les délits pénaux liés à des rapports écrits et oraux tels que les fausses déclarations sur la profession commerciale» ou encore les violations du secret de fonction.¹²

b) Déclaration aux autorités pénales du réviseur en vertu du CO

Au sens de l'art. 321 al. 1 CP, le secret de fonction interdit aux réviseurs, auxquels le droit des obligations impose le devoir de garder le secret, de dévoiler des secrets dont ils ont eu connaissance dans le cadre de l'exercice de leur fonction. En vertu du droit de la SA, l'art. 730 CO impose aux réviseurs de garder le secret face à des tiers et face aux actionnaires individuels.¹³ La protection de la personnalité de la SA tirée du CC est donc encore élargie par une norme pénale.

La doctrine parle de *l'intérêt digne de protection* de la SA en tant que notion du secret de fonction de l'art. 730 CO.¹⁴ Il s'agit de protéger «les secrets dont la publication (...) pourrait causer des dommages». La communication d'une activité non autorisée peut fort bien causer un dommage à une société étant donné qu'elle risque d'entraîner sa liquidation d'office par l'autorité de contrôle. L'art. 730 CO porte dès lors également sur le secret de la situation d'illegalité.¹⁵ Dans cette situation, l'organe de révision est donc tenu au secret du point de vue du droit civil.

Il n'en va pas différemment du droit pénal: la notion de secret de fonction de l'art. 320 ss CP porte sur des faits qui «sont relativement inconnus et dont la conservation du secret constitue pour le bénéficiaire un inté-

rêt *justifié* qu'il entend savoir défendu». ¹⁶ Cet intérêt justifié porte sur l'intérêt subjectif du particulier.¹⁷ Le droit de la personnalité, respectivement le droit de la société à la protection de la sphère privée doit donc être protégé de manière *globale*. C'est également ce qui découle du fait que l'art. 321 al. 3 CP prévoit qu'il ne peut être dérogé au principe de l'art. 321 al. 1 CP que sur la base d'une directive légale.

L'art. 321 al. 2 CP donne aux groupes professionnels concernés le droit, après obtention de l'autorisation écrite de l'autorité supérieure, de révéler le secret. Ce droit ne concerne pas les organes de révision en vertu du CO étant donné qu'ils ne sont soumis à aucune autorité de surveillance.¹⁸

c) Art. 321 al. 3 CP

La LB et la LFP contiennent des dispositions qui sanctionnent l'absence de renseignement donné à la CFB en cas de violation de normes légales par la société révisée.¹⁹ Les obligations de déclarer ou de renseigner une autorité prévues dans certaines lois spéciales²⁰ constituent une exception à l'obligation de respecter le secret de fonction en vertu de l'art. 321 al. 3 CC, de l'art. 47 al. 4 LB et de l'art. 43 al. 3 LBVM.²¹ La société de révision est donc dans tous les cas autorisée et tenue de procéder aux déclarations correspondantes.

4. Obligations de déclarer et de renseigner en vertu du droit sur le marché des capitaux

a) Obligations de déclarer

A l'exception de la LBA, les lois sur le marché des capitaux obligent les sociétés de révision reconnues d'annoncer à l'autorité de surveillance les violations légales dont elles ont eu connaissance dans le cadre de leur activité de révision.²² Certaines déclarations ne doivent être faites qu'après fixation d'un délai à la société révisée. La LB, la LFP et la LBVM ont en commun la disposition selon laquelle les actes punissables doivent être immédiatement annoncés à la CFB. Tout comme la mise en danger abstraite de la fortune et donc des intérêts des créanciers, le simple soupçon suffit pour faire naître l'obligation de déclarer.²³

b) Obligations de renseigner

Les lois sur le marché des capitaux prévoient une obligation de renseigner l'autorité de surveillance s'appliquant aux sociétés de révision reconnues et aux sociétés de révision en vertu du CO²⁴.

La disposition relative au contenu de l'obligation de renseigner relève de la «compétence technique» de l'autorité de surveillance. En cas de doute, elle doit être interprétée de manière très large, étant donné

que «la prise en compte préventive d'un nombre suffisant d'informations peut favoriser la reconnaissance rapide de délits et d'autres abus». ²⁵ Les demandes de renseignements doivent poursuivre un but de contrôle tout en étant objectivement justifiées et appropriées. ²⁶ L'examen des faits matériels doit toujours se faire dans le cadre de la PA. ²⁷

5. Résultat intermédiaire

L'obligation d'annoncer incombant au réviseur en vertu du droit de la SA se limite «strictu sensu» à l'annonce faite au conseil d'administration, respectivement à l'assemblée générale selon l'art. 729b CO. Le secret de la société est protégé de manière globale. Le réviseur en vertu du CO n'a donc aucun droit de faire de lui-même une annonce aux autorités. Une exception subsiste néanmoins dans le cas des obligations d'annoncer et de renseigner faites aux organes de révision prévues par les lois spéciales. Ces obligations d'annoncer sont définies de manière relativement étroite. Dans la LBA, elles manquent tout à fait. Le contenu des obligations d'annoncer relève toutefois des «compétences techniques» des autorités de surveillance.

II. Obligation d'annoncer en cas de connaissance d'activités illégales en tant qu'intermédiaire financier

1. Droit de la société anonyme

Si le réviseur, lors de l'examen de la société, a connaissance d'une activité illégale au sens du droit sur le marché des capitaux, il est pour le moins tenu de l'annoncer au conseil d'administration en vertu de l'art. 729b al. 1 CO étant donné que cette disposition, comme nous l'avons décrit ci-dessus, porte sur les violations de n'importe quelle loi.

On peut dès lors se demander si le réviseur ne doit pas également intégrer sa constatation à son rapport de révision à l'adresse de l'assemblée générale. Selon l'art. 729b al. 1, il faut pour cela être en présence d'un cas important. Comme nous l'avons décrit ci-dessus, le réviseur doit tenir compte des intérêts des actionnaires et des créanciers lorsqu'il évalue s'il se trouve ou non face à un cas important. Ces intérêts peuvent être mis en danger si l'on pense que la société risque la liquidation ou d'autres mesures draconiennes si les autorités de surveillance devaient avoir vent de son activité illégale. Si l'organe de révision prend conscience d'une telle activité illégale et qu'elle néglige son devoir de l'annoncer à l'autorité de surveillance compétente, cela

peut entraîner la responsabilité de l'organe de révision en vertu de l'art. 755 CO dans le cas d'une liquidation d'office par l'autorité de surveillance.

2. Droit du marché des capitaux

Par définition, les organes de révision en vertu du droit des obligations ne constituent pas des organes de révision reconnus en vertu des lois spéciales et ne sont dès lors pas concernés par les lois correspondantes. ²⁸ C'est la raison pour laquelle ils ne sont pas non plus tenus d'annoncer des activités illégales selon le droit du marché des capitaux.

Lorsqu'un organe de révision reconnu par la CFB assure la révision en vertu du droit de la société anonyme d'une société qui poursuit une activité illégale, il en va tout différemment. Dans ce cas en effet, une obligation d'annoncer en vertu de la LB, la LFB ou la LBVM pourrait apparaître parce que la société poursuivant une activité illégale est automatiquement soumise à la surveillance de la CFB. Le fait que le mandat confié au réviseur en vertu des dispositions du CO ne correspond que dans une mesure très limitée au mandat en vertu des lois spéciales, contredit cependant cette constatation. Le caractère et le cahier des tâches des deux mandats sont très différents. ²⁹ On ne peut donc guère déduire de la double fonction «non désirée» décrite de la société de révision une obligation d'annoncer en vertu d'une des lois spéciales.

3. Droit pénal

Le réviseur pourrait éventuellement se rendre coupable de complicité dans la poursuite d'une activité illégale de la société révisée. Ceci lorsque le réviseur néglige d'annoncer cette activité à l'autorité de surveillance. Une complicité du réviseur par négligence pourrait fort bien être punissable étant donné qu'en vertu de l'art. 729a CO, il est tenu de porter plainte en cas de violation de la loi par la société révisée et qu'il peut dès lors jouer un rôle de garant. ³⁰

Selon l'art. 25 CP, la complicité n'est toutefois punissable qu'en cas de qualification du délit principal en tant que crime ou en tant que délit. Les délits définis par l'art. 36 LBA, l'art. 46 al. 1 lit. a LB, l'art. 69 al. 1 lit. a LFP et l'art. 40 LBVM n'entraînent toutefois que des peines administratives sous forme d'amendes et ne constituent dès lors pas des crimes ou des délits au sens de l'art. 9 CP mais seulement des contraventions.

En vertu des prescriptions relevant du droit pénal administratif, le réviseur ne peut donc pas être accusé de complicité. Il ne lui incombe donc aucune obligation pénale d'intervenir contre l'activité non autorisée, respectivement la poursuite de cette dernière.

4. Résultat intermédiaire

C'est aussi en ce qui concerne la prise de conscience de la poursuite d'activités illégales en tant qu'intermédiaire financier que l'obligation d'annoncer du réviseur n'est donnée qu'envers les organes de la société, ainsi également en cas de doubles mandats «non souhaités». Si le réviseur omet complètement d'annoncer ses constatations, au pire sa responsabilité civile peut être mise en cause et non sa responsabilité pénale.

III. Conclusion

En ce qui concerne les obligations de renseigner, la situation légale est claire: en cas d'une demande provenant des autorités de surveillance, les organes de révision en vertu du CO et en vertu des lois spéciales sont tenus de fournir les informations et les documents correspondants. Dans ce cas, ils sont libérés de leur obligation pénale et civile de garder le secret.

Les réviseurs ne sont pas tenus d'annoncer de leur propre initiative aux autorités de surveillance ou au département fédéral des finances des éléments portés à leur connaissance. Il n'est pas possible de répondre avec certitude à la question de savoir s'ils sont autorisés à faire une telle annonce de leur propre initiative. La possibilité de rompre l'obligation de garder le secret n'est guère donnée. ■

- ¹ L'auteur est collaborateur juridique de l'organe de surveillance pour la lutte contre le blanchiment d'argent. Le présent texte reflète exclusivement l'opinion personnelle de l'auteur.
- ² Pour des raisons économiques, la notion «autorisation» comprend toujours aussi l'affiliation à une organisation d'auto-régulation (OAR)
- ³ AFG-Watter Art. 52 N 4; BankG-Lutz Vorbem. Art. 18.22, N 2 avec remarques; Niklaus Schmid, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Revisors (la responsabilité pénale du réviseur), Winterthur 1996, p. 27
- ⁴ Art. 728, 819, CO
- ⁵ Lutz (FN 3), N 5
- ⁶ Pour le domaine de la LB: Lutz (FN 3), N 5
- ⁷ Heldner / Kellerhals, dans: Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zurich 2002, Art. 729b N 2
- ⁸ Watter, dans: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle 2002, Art. 729b, N 2
- ⁹ Peter Forstmoser / Arthur Meier-Hayoz / Peter Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, Berne 1996/33 N 65
- ¹⁰ Schmid (FN 3), N 15
- ¹¹ À ce propos: Schmid (FN 3), p. 33 N 120 ss.
- ¹² Schmid (FN 3), p. 39
- ¹³ Forstmoser et al. (FN 9), 33 N 109 ss.
- ¹⁴ cf. Weber, dans: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Bâle 2002, Art. 697e N 5; Forstmoser et al. (FN 9) 35 N 98; Renate Wenninger, Die aktienrechtliche Schweigepflicht, Zurich 1983, p. 9
- ¹⁵ mais aussi Weber (FN 14), l'ATF 103 IV 284 qui y est mentionné est, à mon avis, mal cité; cf. également Wenninger (FN 14), p. 9
- ¹⁶ Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, partie spéciale. Tome I: Straftaten gegen Individualinteressen, 5^e édition, Berne 1995, 59 N 5
- ¹⁷ L'argumentation de l'ATF 114 IV 46 va également dans ce sens
- ¹⁸ Schmid (FN 3), N 128 avec références à FN 441
- ¹⁹ Art. 46 al. 1 lit. k et art. 49al. 1 lit. e LB, Art. 69 al. 1 lit. f LFP
- ²⁰ Mais encore les obligations de renseigner selon LBVM et LBA
- ²¹ Schmid (FN 3), p. 112
- ²² Ainsi l'art. 21 al. 4 LB, l'art. 19 al. 4 et 5 LBVM et l'art. 60 al. 2 AFV-CFB; cf. aussi CFB-RS 92/1 p. 10 ss.
- ²³ Bulletin de la CFB 2, p. 30 ss.
- ²⁴ Art. 19 LBA, art. 23^{bis} LB, art. 35 al. 2 lit. b LBVM, art. 31 OBVM et art. 60 LFP; cf. CFB-RS 92/1 p. 10 ss.
- ²⁵ En matière de droit de renseignement relatif à la loi fédérale sur les banques et par analogie, ATF 108 Ib 83 ss., 200; 116 Ib 198 ss., 201 f., 121 II 149 ss.
- ²⁶ Au sujet de la LB ATF 108 Ib 83 f.
- ²⁷ Lutz (FN 3), Art. 23^{bis}, N 7
- ²⁸ Pour la relation entre les organes de révision en vertu de la loi sur les banques et du droit de la SA, cf. Lutz (FN 3), Vorbem. Art. 18–22, N 5
- ²⁹ Les employés des grosses sociétés de révision qui effectuent les révisions en vertu de lois spéciales et pourraient ainsi reconnaître des activités soumises à autorisation sont des spécialistes et n'assument guère des mandats «normaux» en vertu du droit des obligations
- ³⁰ Schmid (FN 3), N 15; Uwe Bruggmann, Die Verantwortlichkeit der aktienrechtlichen Revisionsstelle im Strafrecht, Zurich 1996, p. 52 ss.