

# Petites affiches

## La Loi

**Le Quotidien Juridique**

ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

389<sup>e</sup> année 25 SEPTEMBRE 2000 N° 191 50 F 7,62 €

N U M É R O S P É C I A L

### **PROFESSION COMPTABLE LIBÉRALE : QUESTIONS D'ACTUALITÉ**

---



[www.petites-affiches.presse.fr](http://www.petites-affiches.presse.fr)

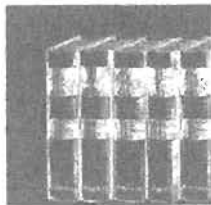
**Petites affiches**  
2, rue Montesquieu 75001 Paris  
Tel. : 01 42 61 56 14 Fax : 01 47 03 92 07

**Le Quotidien Juridique**  
2, rue Séguier 75006 Paris  
Tel. : 01 43 29 80 60 Fax : 01 46 34 21 78

**La Loi**  
**Archives Commerciales de la France**  
60, quai des Orfèvres 75001 Paris  
Tel. : 01 42 34 52 34 Fax : 01 46 34 19 76

ÉDITION QUOTIDIENNE DES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

JOURNAL AGRÉÉ POUR PUBLIER LES ANNONCES LÉGALES DANS LES DÉPARTEMENTS DE PARIS, HAUTS-DE-SEINE, SEINE-SAINT-DENIS, VAL-DE-MARNE



## LE SECRET PROFESSIONNEL DE L'EXPERT-COMPTABLE

**MAXIME DELHOMME**

Avocat à la Cour

**L**e fait que les experts-comptables soient tenus par une loi spécifique à l'obligation de respecter le secret professionnel est moins connu du public que l'application des mêmes dispositions à d'autres professions.

Mais l'expert-comptable peut lui aussi, dans son domaine, avoir à connaître de fautes qu'il est de l'intérêt social de voir justement réparer pour que le moins de gens possible restent en dehors des lois.

C'est pourquoi, à l'instar des autres confidents nécessaires à la régulation sociale, la contrainte de rester taisant sur ce qui autrement resterait pour toujours dissimulé, lui est aussi imposée par la loi pénale.

Ainsi, au-delà de l'obligation naturelle, voire contractuelle, pour tout prestataire de rester discret, qui ne nécessite pas l'investissement de la société dans la rigueur du droit répressif, ce droit se veut une menace si l'expert-comptable venait à rompre le pacte de la confiance que la société l'oblige à inspirer.

Cela va jusqu'à contraindre le professionnel à présenter comme une prérogative de son statut ce devoir imposé qui ne survivrait pas si n'y était incluse l'obligation de l'opposer à tous et spécialement à toute autorité.

Mais bien évidemment, la société, représentée ici par les juridictions, est sourcilleuse des tolérances et des franchises de droit qu'elle s'impose à elle-même de respecter, et veille donc à ce que leur étendue n'aille pas au-delà de l'utilité de la fonction confiée.

### 1. Nature et objet du secret professionnel

**A**u-delà du texte de loi spécifique renvoyant à l'article 226-13 du Code pénal, la réglementation déontologique, qui fait non seulement bien sûr sienne cette obligation légale, la complète au surplus d'une obligation générale de discrétion et en explicite la pratique.

#### 1. Les textes

La législation répressive figure à l'article 21 de l'ordonnance de 1945 modifiée sur ce point par la loi n° 68946 du 31 octobre 1968 en son article 12 et qui dispose que « sous réserve de toute disposition législative contraire, les experts-comptables (...) sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du Code pénal (devenu l'article 226-13 du nouveau Code pénal) ».

Pour ce qui est de la réserve initiale figurant dans cet article, il faut préciser qu'il n'existe pas de texte législatif qui autoriserait à ne pas se tenir à l'obligation de secret, si ce n'est les obligations générales des professionnels prévues à l'article 2 de la loi du 18 juillet 1990 concernant les opérations de blanchiment incriminées par cette loi et par celle du 13 mai 1996 et par les articles 324-1 à 324-6 du nouveau Code pénal (E. Lampert et L. Weiszberg, *Le secret professionnel*, Revue I.F.E.C., juin 1999, p. 41).

Ce qui est aussi l'occasion de rappeler que les experts-comptables ne connaissent évidemment pas les obliga-

tions spécifiques des commissaires aux comptes lorsque ceux-ci se voient dégager de leurs obligations pour pouvoir révéler des faits délictueux (article 233, alinéa 2 de la loi du 24 juillet 1966) ou pour pouvoir informer le président du tribunal de commerce au deuxième stade de la procédure d'alerte (article 230-1, alinéa 2 de la même loi).

Pour les experts-comptables, l'obligation est donc sans tempérament, en dehors de l'alinéa 3 de ce même article 21 prévoyant que les experts-comptables ne sont déliés du secret professionnel que « dans les cas d'informations ouvertes contre (eux) ou de poursuites engagées à leur rencontre par les pouvoirs publics ou dans les actions intentées devant les chambres de discipline de l'Ordre ».

L'alinéa 2 ayant prévu que sont soumis aux mêmes obligations ceux qui ont accès à des données relevant du secret professionnel en raison de leur fonction au sein de l'Ordre, et donc soit pour les fonctions disciplinaires soit pour les missions de contrôle prévues à l'article 31 de l'ordonnance et aux articles 2 et 3 alinéa 2 du décret du 14 février 1986.

Ainsi, pour reprendre les termes de l'article 226-13 du nouveau Code pénal, « la révélation d'une information à caractère secret » par un expert-comptable pourrait conduire à une répression allant jusqu'à un an d'emprisonnement et 100.000 F d'amende.

Et il pourrait également être poursuivi disciplinairement puisque ces obligations pénales sont reprises dans la

norme déontologique qui prévoit au surplus pour ce qui la concerne une extension de l'étendue de l'obligation : « L'expert-comptable est tenu au respect du secret professionnel et à un devoir de discrétion » (norme 114, rédaction de juillet 1990).

Mais en ce qui concerne cette dernière obligation de discrétion, qui a force contractuelle vis-à-vis de la clientèle puisqu'elle est intégrée au statut du professionnel, le commentaire de la norme par l'Ordre prévoit bien qu'elle est distincte de l'obligation pénale proprement dite, puisque là, « le client peut en libérer le membre de l'Ordre ».

Les textes font donc précisément apparaître la dualité de régime entre l'obligation absolue sanctionnée, pour le bien public, par le droit pénal, et l'obligation relative en ce qu'elle n'intéresse que les intérêts privés des particuliers qui peuvent n'en demander la réparation que sur le plan civil.

Avant que de distinguer selon les faits en cause celui de ces deux régimes qui sera applicable, il convient de compléter l'examen des textes au regard de l'exercice pratique de la profession.

En effet, l'exercice de la profession n'étant pas forcément solitaire, se pose également au regard des textes la question de savoir si les informations reçues peuvent être en tout ou partie partagées, et si cela impose une obligation à ceux qui les reçoivent ainsi de seconde main.

Ce peut ainsi être le cas pour les membres du comité d'entreprise tenus par un texte au secret sur ce que leur révélera l'expert-comptable qui pour pouvoir accomplir ce type de mission, a vu ses

propres obligations spécialement aménagées (article L. 434-6, dernier alinéa, Code du travail).

En matière pénale, la jurisprudence précédant l'instauration du nouveau Code pénal avait consacré la notion de secret partagé, dès lors qu'il était nécessaire pour des professionnels de mettre en commun les informations reçues.

Le Parlement n'a pas incorporé au nouveau Code pénal, malgré le projet de loi, les propositions correspondantes qu'il trouvait trop imprécises, mais comme le rappelle la circulaire du 14 mai 1993 (section IV, n° 203 ; cf. Code pénal Dalloz 2000, p. 825), le principe édicté par la jurisprudence précédente reste tout aussi applicable.

Les normes professionnelles explorent d'ailleurs un certain nombre de ces hypothèses de secret nécessairement partagé pour lesquelles elles rappellent néanmoins à une certaine réserve.

Il s'agit tout d'abord des collaborateurs de l'expert-comptable qui sont également astreints au secret professionnel, mais, rappelle la norme 114, « selon leur niveau d'intervention », ce qui implique du discernement dans la diffusion des informations par l'expert-comptable qui les a reçues.

Toutefois, l'application des dispositions pénales aux collaborateurs salariés fait d'autant moins doute que la jurisprudence a eu l'occasion de le rappeler : « La prévenue, dépositaire d'informations confidentielles de par sa fonction d'employée au sein d'un cabinet d'expertise est coupable de violation de secret professionnel dès lors qu'elle a produit dans un procès l'opposant à son employeur des documents comptables et fiscaux, contenant des infor-

mations confidentielles de clients de l'entreprise » (Pau (ch. correc.), 12 novembre 1997, Juris-data 055507).

Pour ce qui concerne les professionnels œuvrant dans le cadre d'une même structure, là encore, il n'y a lieu de partager des informations que s'il y a vraiment une intervention conjointe dans le cadre d'une mission.

Cette précision dans le commentaire de la norme 114 semble aller de soi, mais elle n'est pas si anodine au regard des débats entourant certaines structures regroupant plusieurs catégories de professionnels (sur les interrogations de la S.E.C. à l'encontre de réseaux, v. rapport Nallet, page 45).

Le partage de l'information entre professionnels peut également être une parfaite nécessité lorsque l'expert-comptable travaille pour une entreprise qui a également un commissaire aux comptes.

Là encore, c'est la norme déontologique qui précise : « Pour éviter les doubles emplois, il peut également être amené à prendre contact avec le commissaire aux comptes pour une information réciproque sur les travaux effectués ». (commentaire de la norme 2128 concernant l'utilisation des travaux d'autres professionnels).

Un autre exemple de partage de l'information peut résulter de la nécessaire collaboration avec l'avocat du client, collaboration qui peut aujourd'hui permettre à l'expert-comptable d'assister cet avocat, dans le cadre du secret partagé, sur un dossier pénal, grâce à la nouvelle rédaction de l'article 114 du Code de procédure pénale issue de la loi du 30 décembre 1996 qui ne réserve plus la communication du dossier pénal à l'usage exclusif de

l'avocat et qui prévoit même expressément, sous contrôle du juge, la remise de certaines pièces du dossier « à des tiers pour les besoins de la défense » (article 114, alinéa 3 du Code de procédure pénale).

Ce qui permet maintenant la production en défense, y compris pénale, d'expertises étayées dont le juge se doit d'examiner l'intérêt (au visa de l'article 427 du Code de procédure pénale, v. Cass. crim., 15 septembre 1999, D. 1999, n° 41, inf. rap. p. 260).

De manière plus générale, les rapports interprofessionnels, très fréquents, notamment entre avocats et experts-comptables, permettent à la fois le respect d'un secret professionnel absolu et de partager les informations dans l'intérêt du client « si et seulement si ces professionnels collaborent sur la même affaire » (Anne Audran, *Le périmètre du droit*, thèse Nantes, juillet 2000, p. 523 et 524 n° 410).

Il est certain que la sécurité des professionnels entre eux est plus grande lorsqu'ils sont tous respectivement soumis par leur réglementation spécifique à la même obligation de secret, mais d'autres intervenants exerçant des professions non réglementées pourraient, à l'instar des collaborateurs du cabinet, être tenus aux mêmes obligations pour une fonction ou une mission temporaire selon les termes mêmes de l'article 226-13 de l'actuel Code pénal qui n'est plus limitatif comme l'était l'ancien article 378.

Enfin, la fourniture d'informations à l'occasion de la succession de professionnels dans un dossier, si elle ne ressort pas du partage nécessaire, sera régie par les dispositions de l'article 14 du Code de déontologie qui seront évoqués à l'occasion d'une

espèce particulière (cf. infra, II.5).

Avant de pouvoir indiquer ce que pourront être les informations sur lesquelles s'imposent les obligations pénales, il faut pour les distinguer des informations qui peuvent être dévoilées selon les souhaits et besoins du client, revenir sur la raison d'être de la distinction.

## **2. Les intérêts protégés**

Si le client apparaît être au centre de la protection de tout secret professionnel, son intérêt personnel n'est pas celui qui est essentiellement protégé par le droit pénal.

C'est cette distinction qui commande le régime juridique applicable.

Pour pouvoir exiger le respect des comportements qu'elles édictent, les sociétés modernes ont conçu qu'il leur fallait garantir le secret à ceux qui cherchent conseil pour se réintroduire dans la normalité.

Le premier avantage recherché est bien évidemment de limiter le nombre de ceux qui seraient en déviance en ne les obligeant pas à rester dissimulés.

Le secret professionnel est donc l'instrument juridique par lequel est favorisée une autorégulation des individus qui permet aux autorités une économie dans l'énergie coercitive.

Ensuite, si celui qui, pour remettre ses affaires en ordre, a besoin de la garantie du secret n'était pas sûr de l'avoir, il serait non seulement obligé de persévérer dans son erreur, mais il pourrait au surplus en entraîner d'autres avec lui.

Le secret professionnel est donc une technique de cantonnement absolument

nécessaire pour éviter la propagation des maux sociaux.

L'exemple médical de l'épidémie fournit pour toutes les professions l'image de ce qui va être l'intérêt général et supérieur de la société, sur lequel se crée et se fonde ce concept juridique du secret professionnel.

La protection du déposant, l'obligation du dépositaire et la contrainte des tiers n'ont que cette efficacité sociale pour fondement : « Le secret professionnel a uniquement pour base un intérêt social. La loi en a puni la violation parce que l'intérêt général l'exige » (Aix-en-Provence (ch. acc.), 2 février 1983, Gaz. Pal. 1983. 1. 313).

Cet objectif ne laisse aucune place aux empiètements : « Il importe donc à l'Ordre que ces confidents nécessaires soient astreints à la discrétion, et que le silence leur soit imposé, sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si on pouvait craindre la divulgation d'un secret confié. Ainsi, l'article 378 a pour but, moins de protéger la confiance d'un particulier, que de garantir un devoir professionnel indispensable à tous ». (Émile Garçon, *Code pénal* annoté, Sirey).

Ainsi, dans son acception pénale du terme, le secret professionnel est uniquement un devoir, et c'est seulement de celui-ci que naîtra ce qui est quelquefois présenté comme une prérogative, mais comme le rappelle le professeur Marie-Anne Frison-Roche reprenant l'analyse de J.-L. Baudoin, « l'obligation de se taire est la composante majeure tandis que le droit au silence est la composante mineure du secret professionnel. Tout est devoir ; tout est silence ; tout est absence ; tout est rien ».

(Secrets professionnels, éd. Autrement, 1999, p. 21).

Et celle-ci sera de fait limitée, parce que justement tout texte pénal se doit d'être restreint à ce qui est strictement nécessaire à son objectif social.

L'appréciation restrictive des textes d'incrimination est généralement perçue comme une garantie des libertés publiques fondamentales.

Cette approche classique, qui garantit tout citoyen contre des poursuites arbitraires et incertaines, s'affermirait ici de par la volonté sociale de cantonner le professionnel à sa fonction curatrice.

Si la pression opposée de ces intérêts sociaux dessine une étendue limitée au secret professionnel, elle lui confère par contre un caractère qui est toujours absolu.

Puisque le secret n'est pas dans l'intérêt du client mais dans celui de la société, il importerait peu qu'il veuille en relever le professionnel.

L'intérêt de caractériser le secret professionnel, pénalement compris, comme étant absolu, est loin d'être purement intellectuel.

En effet, si le secret n'était pas absolu, il suffirait à un tiers qui voudrait obtenir infirmation ou confirmation de la confiance d'imposer au déposant d'en relever le dépositaire pour rendre le secret vain.

Une autorité publique pourrait laisser entendre à un client qu'elle estimerait ses suspicions fondées dès lors qu'il se refuserait à relever le professionnel du secret.

Or, une telle contrainte est radicalement sans effet dès lors que le professionnel voit ses possibilités de révélation strictement interdites sauf excuses expresses limitées par la loi qui seule peut indiquer

préalablement les justifications à la transgression de la norme pénale (article 122-4 du Code pénal).

Sur ce point, les experts-comptables sont donc soumis au même régime que tous les autres professionnels et leur obligation est donc de rester parfaitement et complètement taisants.

Cette obligation n'a toutefois de sens qu'au regard du caractère sensible voire de la dangerosité, pour le client, de l'information devant rester secrète.

Ainsi, au-delà de ces confidences qui n'ont pas à être extériorisées, il y a beaucoup d'informations dont le client reste le maître absolu. La matière devient là purement contractuelle lorsqu'il s'agit par exemple de fournir des informations financières, voire même des explications, à des banquiers ou des cessionnaires. L'intérêt du client commande que cela puisse être fait, et le professionnel devra seulement veiller à bien distinguer entre ce qu'il peut et doit au titre de cette mission fournir au tiers, et ce qu'il doit garder pour lui.

Il sera au surplus bien avisé d'avoir préalablement à l'exécution de cette mission d'information des tiers, la preuve qu'il est relevé de son obligation de discrétion, et la précision de l'étendue du relèvement peut se révéler quelquefois utile pour éviter des actions en dommages et intérêts devant le juge civil.

Ainsi, tout ce qui concerne le client est susceptible, sauf volonté expresse de sa part, de donner lieu à une action en dommages et intérêts alors que seules les informations confidentielles au sens strict sont susceptibles de constituer le délit de violation du secret professionnel.

Il importe donc d'essayer de définir ce qui, pour un expert-comptable, peut correspondre à ces confidences qui doivent être protégées pour que l'on puisse se confier à lui.

### **3. Nature des informations pénalement protégées**

Chaque profession remplit socialement un rôle distinct, et c'est donc en vertu de cet office spécifique que se délimite la confiance nécessaire qui devient protégée par la répression pénale à l'encontre du professionnel qui la trahirait.

Mais il faut quand même préciser que l'information ici protégée n'est pas seulement celle fournie par le client — la confiance au sens strict — mais toute information à caractère secret qui a pu être recueillie par l'exercice de la profession.

Par ailleurs, il importe peu que le fait dont on reproche la divulgation soit déjà par ailleurs connu, car la confirmation de sa réalité par un professionnel lui donnerait plus grande certitude encore.

Maintenant, les faits secrets qu'un expert-comptable peut appréhender du fait de sa profession et dont la révélation le constituerait en infraction sont essentiellement liés à la situation patrimoniale au sens large de ses clients.

Ainsi, sur le plan théorique une juridiction avait tenté une approche intéressante même si sa conclusion est insatisfaisante et ne peut pas être suivie, à la fois parce qu'elle méconnaît le caractère intrinsèquement absolu du secret et parce qu'elle en réduit ensuite excessivement le périmètre : « À la différence de certains secrets professionnels, médecins, confesseurs, avocats, qui relèvent du droit de la personnalité, le secret

professionnel des experts-comptables et des commissaires aux comptes participe du secret des affaires. Il est donc institué essentiellement dans l'intérêt du maître du secret et il devient sans objet quand la divulgation ne peut plus causer un préjudice quelconque à celui-ci ». (Limoges, 1<sup>re</sup> civ., 30 mai 1985, D. 1985, inf. rap. 501).

Mais comme le faisait remarquer Didier Kling : « On ne saurait pour autant considérer que tous les problèmes sont résolus, car nul n'a jamais défini ce que l'on doit entendre par « secret des affaires ». (in *Secrets professionnels*, précité, p. 169).

En effet, si cette notion de secret des affaires peut effectivement être une base de départ assez opérante, et en mettant de côté la question du préjudice qui semble ici mal traitée, il est possible de s'apercevoir que le périmètre des « affaires » du client peut inclure certains secrets, par exemple d'état civil, qui, ressortant du droit de la personnalité, ont néanmoins des effets patrimoniaux.

Donc, le principe qui est ici protégé, c'est que le client doit pouvoir présenter en toute liberté sa situation financière, et que tout ce qui aura trait à celle-ci pourra être qualifié de fait secret dont la divulgation est interdite dès lors qu'elle n'était pas nécessaire pour la sauvegarde de ses intérêts dans le cadre de la mission que doit assumer le professionnel.

C'est une sorte de violation de l'intimité patrimoniale qui peut donc être sanctionnée alors même que la révélation n'aurait pas causé de préjudice ou de retentissement particuliers.

C'est ainsi qu'un expert-comptable a été condamné pour avoir fourni au fonctionnaire contrôlant les

comptes que lui-même avait la charge de centraliser « des précisions qui n'étaient pas nécessaires au respect de ses obligations » (Cass. crim., 24 janvier 1957, D. 1957. 298).

La révélation est encore plus caractérisée lorsqu'elle porte sur des irrégularités commises par le client.

Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait confirmé un jugement de condamnation à l'encontre d'un expert-comptable qui avait adressé au Parquet une lettre dénonçant un certain nombre d'irrégularités commises par ses clients et ce, disait-il, au préjudice des créanciers au nombre desquels cet expert-comptable figurait. Le mobile, toujours inopérant en droit pénal, n'était d'ailleurs pas en l'espèce particulièrement honorable.

Cette décision a permis à un commentateur de rappeler la distinction avec le commissaire aux comptes : « Seul le commissaire aux comptes peut, en vertu de l'article 457 de la loi du 24 juillet 1966, dénoncer des irrégularités au Parquet. Il appartient donc à l'expert-comptable constatant des agissements délictueux de se mettre en rapport avec le commissaire aux comptes qui appréciera sur sa seule responsabilité, l'opportunité d'une dénonciation au procureur de la République ». (Jean-Pierre Marchi, note sous Paris, 9<sup>e</sup> ch. B, 29 mars 1990, Gaz. Pal. 1990, jur., p. 511).

Outre que la possibilité pour l'expert-comptable de dénoncer des agissements délictueux au commissaire aux comptes nécessiterait quelques tempéraments — qui n'étaient pas ceux du commentateur précité — il faut remarquer que cette décision a été cassée par la

chambre criminelle qui trouvait l'arrêt trop imprécis sur les faits prétendument divulgués en infraction : « N'énoncent pas quels étaient parmi les faits révélés dans l'écrit, base des poursuites, ceux qui constituaient « des secrets » que la société S.M., seule visée à la prévention, avait pu confier à son expert-comptable ou dont celui-ci aurait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, pour ensuite les révéler indûment au procureur de la République, et qui, d'autre part, admettent que le prévenu eût pu opérer licitement en faisant passer son écrit par l'intermédiaire du commissaire aux comptes de ladite société, les juges n'ont qualifié ni l'élément matériel essentiel de la révélation du secret professionnel, ni l'élément intentionnel, constitutifs de ce délit » (Cass. crim., 17 juin 1991, Gaz. Pal. 1992, jur., p. 660).

Il ne faudrait pas en déduire hâtivement que l'expert-comptable peut, et donc bientôt devrait, dénoncer les irrégularités au Parquet. La chambre criminelle indique ici simplement, en cassant pour défaut de motivation, que le caractère secret des faits révélés doit être établi dans la procédure pénale.

Il est vrai qu'en l'espèce, la Cour d'appel n'avait pas visé dans la très longue lettre adressée au Procureur par l'expert-comptable ceux des faits qu'elle estimait en violation du secret professionnel.

Mais en elle-même cette lettre n'avait pas lieu d'être et la censure de la Cour de cassation, au nom de principes de droit qui ne sont pas toujours appliqués avec la même rigueur, montre bien que les juridictions n'entendent pas voir s'étendre outre mesure le

domaine du secret professionnel.

Lorsque le délit est poursuivi devant les juridictions civiles, les mêmes exigences de motivation conduisent d'ailleurs à la censure des juridictions de fond, comme ce fut le cas lorsqu'une cour d'appel s'était limitée à constater que la violation du secret professionnel, « ce qui engage la responsabilité professionnelle de cet expert-comptable. Cette violation a causé un préjudice au vendeur du fonds, ultérieurement assigné en réduction du prix de vente, établi en fonction des renseignements fournis par l'expert-comptable ». (Pau, 2<sup>e</sup> ch., 27 décembre 1990, Juris-data 048730).

Il n'en reste pas moins que si les juridictions du fond avaient dans l'un ou l'autre de ces cas pris le soin d'énoncer les faits sur lesquels elles entraient en voie de condamnation, il n'aurait pas pu être relevé à leur encontre un défaut de motivation.

C'est d'ailleurs en raison de ces difficultés purement procédurales que la matière a pu paraître plus étroite qu'elle ne l'est en fait car lorsque les juridictions sont amenées à statuer lorsque l'expert-comptable est tiers au débat ou qu'il se défend d'une autre accusation, l'étendue de la confiance à protéger apparaît beaucoup plus évidente (v. ci-après Trib. gr. inst. Orléans, 16 mai 2000 (supra, II.3) et Montpellier, 7 mars 2000 (supra, II.5)).

Si les jurisprudences concernant des poursuites directes pour violation du secret, heureusement peu nombreuses, sont ainsi peu éclairantes sur la nature des faits qui doivent rester secrets au titre de l'obligation pénalement réprimée, il n'est pas si difficile pour les professionnels de comprendre ce qu'ils doi-

vent taire des difficultés et des interrogations de leurs clients, et ce y compris lorsqu'il s'agit d'irrégularités déjà commises, cela bien évidemment à la condition qu'ils ne se constituent pas complices en les perpétuant.

## **II. L'opposition de l'obligation**

**A**u-delà du respect spontané du secret, il faut savoir respecter celui-ci par une résistance appropriée à l'encontre de ceux qui voudraient provoquer la révélation interdite.

Cette provocation n'a pas forcément une apparence coercitive.

Ainsi, au sein d'une entreprise, les salariés, voire les actionnaires, peuvent être des interlocuteurs habituels.

Là encore, pour reprendre la distinction qui a été précédemment faite, une gradation dans la communication doit être effectuée tant au regard de l'information pénalement protégée que de celle qui ressort du devoir de discrétion.

Tout ce qui n'est pas nécessaire à la communication avec ces correspondants fonctionnels doit être réservé au responsable juridique de l'entreprise.

Dès lors que la mission ferait découvrir des faits que le professionnel souhaiterait voir transmis, il doit solliciter du chef d'entreprise que celui-ci exerce ses responsabilités.

À supposer que l'invitation de l'expert-comptable ne soit pas suivie d'effet, et si la non communication des informations peut avoir pour conséquence de le rendre suspect de complicité de faits délictueux, il n'a alors pas d'autre

choix que de cesser sa collaboration avec l'entreprise.

## **1. À l'égard des autorités**

La provocation à la révélation peut être plus incisive lorsqu'elle émane d'une administration ou d'une autorité.

Au-delà de ce que les textes obligent à communiquer, l'opposabilité du secret est donc la règle absolue.

Ainsi, par exemple, lorsque l'administration fiscale exerce son droit de communication en vertu des articles L. 81, L. 86 et L. 102 du Livre des procédures fiscales, l'expert-comptable, s'il se doit de fournir les pièces justificatives des déductions de taxe opérées sur le chiffre d'affaires, doit se limiter à ce qui peut être requis.

L'information ne porte que sur l'identité du client, le montant, la date et la forme du versement, ainsi que sur les pièces annexes.

L'expert-comptable doit refuser toute demande d'élargir les renseignements à des faits qui seraient susceptibles de porter atteinte à ses clients.

Si pour sa part, l'administration des douanes a des pouvoirs plus étendus (article 65 du Code des douanes), l'expert-comptable ne peut que lui remettre les documents exigés et se doit de s'abstenir de répondre à des questions qui ne seraient pas purement techniques.

Pour ce qui concerne les autorités judiciaires, même si l'intérêt public semble, dans leur requête, une motivation un peu plus pressante, le principe d'opposabilité reste identique.

Tout d'abord, il faut rappeler que s'il existe dans le nouveau Code pénal deux textes

prévoyant une obligation de dénonciation (article 434-1 sur l'obligation de dénoncer les crimes et article 434-11 relatif aux témoignages permettant d'innocenter), ces textes prévoient expressément que sont exemptées de leurs dispositions les personnes astreintes au secret professionnel, ce qui implique d'ailleurs que l'information dont il s'agit doit être incluse dans le champ de ce secret, c'est-à-dire avoir été connue en relation avec les attributions professionnelles.

Concernant le témoignage, l'expert-comptable est en droit de refuser de l'apporter, même s'il doit se soumettre à la convocation. L'article 109 du Code de procédure pénale dispose en effet que la personne est tenue de comparaître mais qu'elle peut se prévaloir des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal pour ne pas déposer.

Mais là encore peut être suivie la distinction précédemment invoquée entre les informations extériorisables et celles qui ne le sont pas.

Ainsi, le texte de la loi permettrait de s'en tenir au mutisme le plus absolu. Cependant, dans le commentaire de la norme 114 du Conseil supérieur, il est précisé, après le rappel de l'obligation de secret sur les confidences, que l'expert-comptable « peut répondre à toute question portant sur les problèmes de technique comptable, financière ou fiscale ».

La norme précisant donc là que l'expert peut, en tant que sachant, éclairer les enquêteurs et les juridictions, pour leur éviter de mauvaises interprétations sur les documents comptables dont ils disposent déjà.

## 2. Dans les conflits entre tiers

Si le juge civil peut également être amené à ordonner des investigations ou des témoignages, il doit là encore être remarqué que sont dispensées d'y déférer « les personnes qui justifient d'un motif légitime » (article 206 du N.C.P.C.) et le secret professionnel est bien évidemment le premier de ces motifs légitimes.

Il est donc du devoir du professionnel de le faire valoir à l'encontre de toute sollicitation d'informations sur des faits connus par lui dans le cadre de son activité professionnelle.

Sur le même motif, si le juge civil a ordonné sur requête des productions d'informations, il sera nécessaire de lui demander de rétracter complètement sa décision (article 497 du N.C.P.C.), demande de rétractation qui devra également être formulée si la mesure d'instruction a été décidée par une procédure contradictoire entre les tiers (article 141 du N.C.P.C.), mesure que le juge peut également restreindre (articles 149 et 150 du N.C.P.C.) pour respecter l'existence d'un secret professionnel sur lequel les parties n'avaient pas attiré son attention :

« Attendu que l'article 21 de l'ordonnance du 19 septembre 1945 portant institution de l'Ordre des experts-comptables et des comptables agréés dispose que les experts-comptables, les comptables agréés et les experts-comptables stagiaires, sous réserve de toutes dispositions législatives contraires, sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal ;

Attendu que l'article 226-13 du Code pénal définit le délit d'atteinte au secret professionnel, comme la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ;

Attendu que les lettres des 17 et 23 novembre 1998 par lesquelles M. de R. a transmis aux docteurs H. et C. un projet de convention de cession de droit d'exercice ont été rédigées sur papier à entête et signées de M. de R. en qualité d'expert-comptable ; qu'il s'ensuit que sans qu'il soit nécessaire de s'interroger, comme y invite M. H., sur la nature de la prestation exécutée par M. de R., il est établi que celui-ci est bien intervenu en sa qualité d'expert-comptable ;

Attendu, par suite, que M. de R. est bien fondé à se prévaloir du secret professionnel auquel il est tenu par application des dispositions susvisées, pour s'opposer à la révélation concernant l'existence ou non d'informations qui ont pu lui être fournies à raison de ses fonctions d'expert-comptable à l'occasion des relations professionnelles entretenues avec son client ;

Attendu que le secret professionnel constitue un empêchement légitime qui justifie par application de l'article 141 du nouveau Code de procédure civile de faire droit à la demande de rétractation » (ordonnance de la mise en état rendue le 16 mai 2000 par Jean-Louis Bersch, Trib. gr. inst. Orléans, n° 99/00333, inédit).

Il est intéressant de noter qu'en l'espèce, l'information dont la partie demanderesse cherchait le dévoilement était l'existence ou l'absence d'une lettre d'instructions préalable-



ment à la rédaction d'une convention juridique.

C'est donc sur l'existence même d'une éventuelle confiance que portait le débat sur le secret, et que celui-ci s'instaure tout aussi bien sur cette mission accessoire de rédacteur d'acte qu'elle aurait pu porter sur une des missions principales de l'expert-comptable (v. Anne Audran, thèse précitée, n° 189, p. 255).

Dans les cas où la mesure d'instruction sollicitée par les parties tierces à l'expert-comptable couvrirait d'autres champs d'investigation que ce qui est susceptible d'être couvert par le secret professionnel, le juge peut, pour assurer la viabilité de la mesure qu'il ordonne, faire participer à celle-ci un membre de l'Ordre des experts-comptables, qui pourra ainsi s'assurer du respect du secret professionnel.

Cette opposabilité de l'obligation au secret n'a de sens que lorsque l'expert-comptable est tiers au débat.

Lorsque d'éventuel témoin, il est susceptible de devenir partie au débat judiciaire, l'obligation de rester taisant pourrait lui être préjudiciable et elle ne peut donc être maintenue, de même que cette obligation n'aurait pas de sens à être invoquée pour faire obstacle à ceux qui se prétendraient victimes de son activité.

Il s'agit donc de permettre un libre exercice des droits de la défense, tant pour la partie attaquée que pour la partie attaquante, la notion juridique englobant ici la protection de ces deux intérêts en opposition.

### **3. Les droits de la défense**

Les droits de la défense sont d'abord ceux du profession-

nel lui-même. Ils impliquent que le professionnel puisse être dégagé de son obligation de réserve lorsqu'il est personnellement poursuivi « par les pouvoirs publics » ou dans le cadre d'une procédure disciplinaire (article 21, alinéa 3 de l'ordonnance).

La procédure disciplinaire étant à la charge d'autres membres de la profession eux-mêmes tenus au secret, la révélation par celui qui est entendu reste donc en tout état de cause limitée au cercle des professionnels qui vont partager le secret.

En ce qui concerne les poursuites par les « pouvoirs publics », la notion est suffisamment large pour inclure au-delà des magistrats tous ceux qui agissent en leur nom.

Puisque c'est l'acte de poursuite qui déclenche la possibilité de lever le secret, il importe de préciser ce qu'il peut en être.

Pour les citations devant le tribunal ou pour les mises en examen, il n'y a pas d'ambiguïté sur le fait qu'il y ait une poursuite.

En revanche, les auditions par les services de police ne sont pas toutes à considérer comme des actes de poursuite, puisque nous avons vu que, justement, celui qui est interrogé comme témoin reste strictement tenu au secret professionnel.

Mais témoin, il ne l'est plus lorsqu'une garde à vue lui est notifiée.

Cette mesure indique en effet bien le déclenchement des poursuites puisqu'elle est prise sur « des personnes à l'encontre desquelles il existe des indices faisant présumer qu'elles ont commis ou tenté de commettre une infraction » (article 63 du Code de procédure pénale).

La levée de l'obligation se produit donc dès la première formalisation d'une présomption de commission d'infraction puisqu'elle indique que des poursuites sont envisagées.

Signalons que cette présomption d'une réalité affrontera tout au long de la procédure cette autre présomption dite d'innocence qui n'est, elle, qu'une nécessité purement juridique pour que la juridiction de jugement puisse arbitrer librement.

Par extension, lorsqu'il fait l'objet d'une action en responsabilité civile, l'expert-comptable bénéficie du même droit pour présenter les éléments nécessaires à la décharge de sa responsabilité. Il serait facile sinon d'obtenir des condamnations à des dommages et intérêts à l'encontre de professionnels qui n'auraient pas eu la possibilité d'exposer leur version.

Ces exceptions sont bien sûr relatives.

En revanche, le tiers n'étant pas le bénéficiaire du secret, il n'est a priori pas, comme nous l'avons vu, susceptible d'en provoquer la levée.

Mais toutefois, c'est à la condition que ce tiers au contrat initial n'en ait pas récupéré tout ou partie des droits ; ou encore que ce tiers ne puisse pas faire valoir un préjudice en relation avec la prestation des professionnels.

Dans cette hypothèse, il doit pouvoir agir pour défendre ses intérêts et cette défense, pas plus que celle du client, ne pourrait être handicapée par le secret.

Il faut donc examiner la notion de secret au regard de la défense de tels intérêts.

Ainsi, deux arrêts de la chambre commerciale de la

Cour de cassation ont beaucoup ému les professionnels du chiffre. Dans le premier, des experts-comptables et des commissaires aux comptes étaient visés, tandis que le second ne concernait que des commissaires aux comptes. Le principe est cependant le même d'un arrêt à l'autre.

Dans ces affaires, des tiers, créanciers d'une société en liquidation dans la première espèce, et actionnaires dans la seconde, ont obtenu la production forcée de documents établis et possédés par les professionnels (Cass. com., 14 novembre 1995, 2 espèces, Bull. civ. IV, n<sup>os</sup> 262 et 263 ; Droit des sociétés, janvier 1996, p. 10).

Ce ne sont pas tant les dispositions de l'article 10, alinéa 1 du Code civil qui imposent à chacun « d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité », qui ont trouvé ici application. C'est plutôt parce que les affaires s'inscrivaient dans le cadre de contentieux relatifs à la responsabilité des professionnels eux-mêmes : « Nonobstant le secret professionnel auquel les commissaires aux comptes et les experts-comptables sont tenus dans l'intérêt de la société bénéficiaire, constitue un moyen de preuve légalement admissible la production par ceux-ci de documents nécessaires à la manifestation de la vérité relatifs aux diligences des contrôles par eux effectués au sein d'une société, dans un litige ayant pour objet d'établir leur responsabilité à l'égard d'un tiers, créancier de ladite société en liquidation, à raison des conséquences dommageables des fautes et négligences qui leur sont reprochées dans l'exercice de leurs fonctions ». (1<sup>re</sup> espèce, C.R.C.A.M. c/ Fidulor).

Puisqu'il existe un fondement permettant d'exercer une action en responsabilité professionnelle à l'encontre des experts-comptables, les pièces nécessaires au débat sont mises à disposition de l'une ou l'autre des parties, qu'elle soit défenderesse ou demanderesse.

La seconde espèce se situe dans le contexte précis de la mise en cause des commissaires aux comptes : « Les actionnaires avaient un motif légitime de faire vérifier les conditions dans lesquelles ceux-ci avaient exercé leur fonction au sein de cette société et éventuellement engager leur responsabilité sur le fondement de l'article 234 de la loi du 24 juillet 1966 et (...) l'expertise ordonnée, dont la mission était parfaitement définie, tendait bien à établir, avant tout procès, la preuve des faits nécessaires à la solution d'un tel litige (...), les commissaires aux comptes ne pouvant invoquer le secret professionnel auquel ils sont tenus dans l'intérêt de la société bénéficiaire pour faire obstacle à toute action en responsabilité dirigée contre eux ». (2<sup>e</sup> espèce, K.P.M.G. c/ Faure).

En dehors de cette possibilité d'engager la responsabilité civile des professionnels pour des manquements ayant eu des répercussions sur des tiers, créanciers ou actionnaires, liés à la société bénéficiaire du secret, on ne peut envisager aucune levée du secret professionnel.

Au surplus, dans cette hypothèse, la levée du secret n'est pas spontanée de la part du professionnel et la décision judiciaire qui organise, d'ailleurs partiellement, cette levée invalide toute poursuite à l'encontre du professionnel.

Si, pour sa défense, le professionnel peut, dans la limite strictement nécessaire, révéler ce qu'il devrait normalement taire, il est une autre hypothèse de défense où la notion de secret professionnel devra être rappelée au juge, car elle est alors essentielle à l'appréciation du comportement auprès du client.

#### **4. L'obligation au secret en tant que justification du comportement du professionnel**

Il n'est pas rare qu'un professionnel soit poursuivi en complicité d'un acte de son client et que le principal reproche consiste en fait à ne pas l'avoir dénoncé.

Au contraire du commissaire aux comptes qui peut être, lui, poursuivi pour non révélation de faits délictueux, « Si l'expert-comptable connaît le délit principal, sans avoir la volonté de le favoriser, il n'y a pas de délit... Et c'est bien là en quelque sorte le malheur pour les experts-comptables, car le juge ne pouvant poursuivre pénalement un comportement qu'il estime regrettable, parce que le délit de non-révélation de faits délictueux n'existe pas pour les membres de l'Ordre, est alors tenté d'utiliser la voie de la complicité » (E. Du Pontavice, Rev. sociétés 1988, p. 489 et s.).

Ainsi, la notion de secret professionnel sera essentielle pour rappeler que l'expert-comptable n'est pas répréhensible à être resté taisant :

« Attendu que la complicité ne peut résulter que d'un acte antérieur ou concomitant au fait principal ; qu'il doit s'agir de fait positif caractérisant l'élément matériel de l'infraction, une simple présence aux côtés du délinquant étant

insuffisante pour établir la complicité ;

Attendu que Gérard R. a présenté des comptes sincères et fiables, qui ne cachent aucunement la véritable situation de l'entreprise de B. ; que le fait d'avoir constaté et suivi le compte qui abritait les chèques de cavalerie n'est pas un acte positif fondant la complicité ; qu'il est constant que ce n'est pas le prévenu qui a conseillé à B. de recourir à des chèques de cavalerie, ce procédé existant bien avant l'intervention de l'expert-comptable ;

Attendu que les experts-comptables sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 226-13 du nouveau Code pénal ; qu'il est observé que le Crédit agricole connaissait parfaitement par la simple lecture du compte de B., l'existence de ce procédé de chèques de cavalerie, et que c'est même pour cette raison, qu'à la suite de la défection du comptable P., il a fait appel à R. expert-comptable avec qui il était en relations commerciales ;

Attendu que R., tenu par les règles du secret professionnel, n'avait pas à dénoncer ce délit au Procureur de la République, au président du Tribunal de commerce ou à toute autre autorité » (arrêt d'infirmité d'une condamnation (Trib. gr. inst. Perpignan) par la Cour d'appel de Montpellier, 3<sup>e</sup> chambre correctionnelle, 7 mars 2000, 99/01318 inédit).

En l'espèce, le client et la banque qui avaient sollicité l'expert-comptable n'avaient pas été explicites, de sorte que la confiance n'avait été provoquée que par les investigations ultérieures de l'expert-comptable, après qu'il eut finalisé dans l'ur-

gence les comptes préparés par son prédécesseur.

Cela permet d'évoquer un autre aspect du secret professionnel, au regard des règles déontologiques, lors de la transmission d'un dossier par un expert-comptable à celui qui lui succède.

La théorie du secret partagé est ici inefficace, puisque les experts-comptables se succédant ne peuvent pas être considérés comme collaborant à la même mission.

Mais puisqu'en vertu de l'article 14 du Code des devoirs professionnels, le successeur ne peut accepter sa mission qu'après avoir informé son prédécesseur, celui-ci ne peut pas, au titre de l'alinéa 2 du même article, éluder, en invoquant seulement les honoraires qui lui resteraient dus, les motivations de la séparation.

En effet, ce texte lui fait l'obligation d'indiquer si celle-ci « n'est pas motivée par le désir du client d'éluder l'application des lois et règlements ainsi que l'observation par le membre de l'Ordre de ses devoirs professionnels ».

Or, en l'espèce, le prédécesseur était parfaitement informé des délits puisque c'est pour cette raison qu'il avait, par écrit, ce dont il justifiera en cours d'enquête, mis fin à sa mission.

Dès lors, si devant respecter son obligation au secret professionnel, il ne pouvait pas expliciter à son successeur les irrégularités qu'il avait relevées, il se devait toutefois de l'informer qu'il existait de sérieuses difficultés sans en préciser la nature.

Ce devoir de loyauté confraternelle, comme l'a qualifié Etienne Lampert dans le rapport d'expertise produit en défense, issu du texte de l'article 14 du Code de déon-

nologie, n'est donc pas susceptible de conduire à l'infraction de violation du secret professionnel, puisque les faits confidentiels restent tus, et donc ce devoir est juridiquement irréprochable.

Ainsi, comme l'avait envisagé le professeur Du Pontavice (art. préc.), l'importance de ce dernier aspect du rôle du secret professionnel, pour expliciter et défendre le comportement de l'expert-comptable auprès de son client, montre aussi la complexité d'utilisation de ce concept qui n'est simple que d'apparence.

Garantissant la confiance, il est un des moyens qui définissant l'indépendance d'une profession, la constituent en tant que telle.

L'exigence que l'on peut avoir vis-à-vis du professionnel qu'il traite loyalement, tant vis-à-vis de la société en général que de son client, de la situation réelle de celui-ci, ne peut pas exister sans la garantie du secret professionnel. Et le client qui n'utiliserait pas cette franchise légale le fait alors à ses risques. Pour reprendre la formule d'Anne Audran, « le besoin de moralité passe par le besoin d'une totale confiance dans le professionnel auquel on s'adresse ». (thèse précitée, n° 73 page 93).

C'est ces deux besoins conjugués qui forment le concept.

## Conclusion

Les rares cas de jurisprudence concernant le secret professionnel des experts-comptables n'empêchent pas ce sujet d'être pour eux, comme pour toutes les autres professions réglementées assujetties à la même obligation, un sujet sur lequel leur vigilance est quotidien-

nement et de multiples façons appelée.

Pour résoudre les questions extrêmement variées au centre desquelles est ce concept, il faut, on l'a vu, constamment revenir à sa source, c'est-à-dire à la définition des intérêts sociaux qu'il protège, et ne pas l'envisager comme un privilège du professionnel ou même du client.

Le débat social n'est sur ce point jamais figé car les impératifs qui commandent à la notion juridique varient selon l'intensité des dangers auxquels doit faire face le corps social dans son ensemble.

En fait, si le concept de secret professionnel a survécu, c'est qu'il n'est aucunement en opposition avec un quelconque besoin de vérité ou de transparence souvent mis en avant comme un impératif social majeur.

Le secret, en ce qu'il est confié à des professionnels, assure à la société, par le biais de ceux-ci, une intermédiation qui permet justement que les choses ne restent pas définitivement cachées, enfouies et à jamais irrécupérables.

Le secret professionnel assure donc une transparence effi-

ciente parce que limitée à ceux qui sont aptes à traiter la transgression.

S'ils ne se révélaient plus apte à leur travail de curateur, l'outil qui leur est fourni leur serait enlevé.

Cette méthode ne vaut évidemment que si la société a dans son ensemble fait le choix de laisser à ses différents membres une possibilité de s'autoréguler en préférant la sincérité de la confession privée plutôt que l'apparence de la puissance de la confession publique.

## Nouveau CD-Rom JOLYDISC droit des sociétés

# PRUDENT...

Chez vous, la prudence est une seconde nature. Ainsi, par exemple, lorsque vous effectuez une recherche documentaire, vous tenez à être certain d'avoir fait le tour complet de chaque question.

En 12 000 écrans et 70 000 liens hypertexte, JOLYdisc vous offre toutes les informations accompagnées de leurs sources pour étayer vos recherches et pointer tous les aspects des questions qui vous occupent.

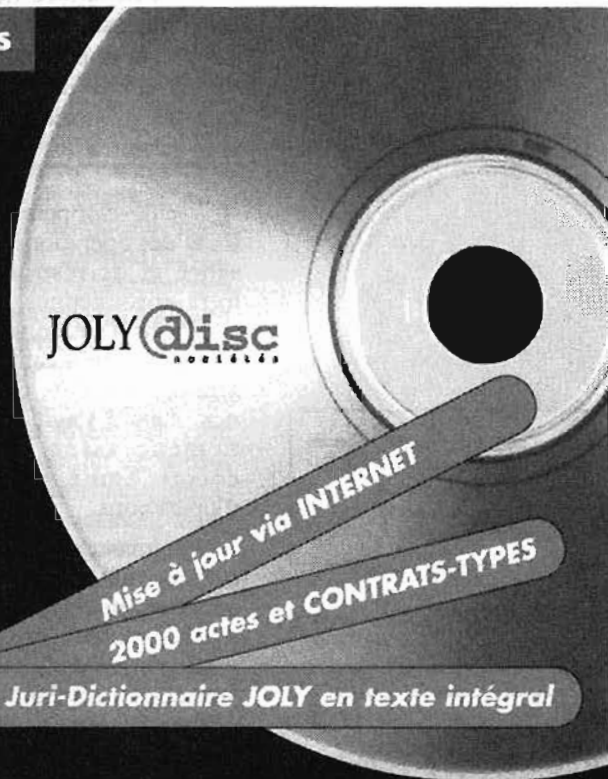
Prudence oblige... Vous demandez souvent à "voir" avant de vous engager. Aussi, n'hésitez pas à nous appeler au **01 56 54 16 29** pour profiter de notre offre d'essai JOLYdisc 3 mois à 490 F HT.

M. Bernhet & Ass.

**JOLY**  
éditions

Les outils de précision du droit des sociétés

31, rue Falguière, 75741 Paris Cedex 15 - 01 56 54 16 29



● Le Juri-Dictionnaire JOLY en texte intégral

Offre d'essai JOLYDISC 3 mois : 490 F HT