

AVIS¹ 2020/05 DU CONSEIL DE L'INSTITUT DES REVISEURS D'ENTREPRISES

Correspondant
sg@ibr-ire.be

Notre référence
CL/jv

Date
18.12.2020

Chère Consœur,
Cher Confrère,

Concerne : Procédure obligeant à prendre des mesures en cas de faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité

1. Contexte

Cette obligation se retrouve dans le CSA et le Code de droit économique. Le CSA a trait au réviseur d'entreprises en sa qualité de commissaire, et à l'organe d'administration.

L'article XX.23, § 3 du Code de droit économique contient une disposition similaire qui vise les professionnels du chiffre, dont les réviseurs d'entreprises, « *dans l'exercice de leur mission* », qu'il s'agisse d'une mission légale ou contractuelle. Les réviseurs d'entreprises doivent avoir conscience de la distinction fondamentale selon qu'ils opèrent en tant que commissaires ou en tant que réviseurs d'entreprises.

Le défi pour le réviseur d'entreprises consistera à acquérir à court terme une compréhension suffisante de la situation financière de l'entreprise afin d'identifier les éventuels faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise. En tant que commissaire, il pourra s'appuyer sur ses connaissances du client, sur les lignes de communication existantes et éprouvées avec la direction, etc.

Depuis l'entrée en vigueur du Code des sociétés et associations, la procédure reprise à l'article 3:69 du Code des sociétés et des associations (ci-après « CSA »)

¹ Par voie d'avis, l'Institut développe la doctrine relative aux techniques d'audit et à la bonne application par les réviseurs d'entreprises du cadre légal, réglementaire et normatif qui régit l'exercice de leur profession (art. 31, §7 de la loi du 7 décembre 2016 portant organisation de la profession et de la supervision publique des réviseurs d'entreprises) ; seules les normes et les recommandations sont obligatoires.

s'applique sans distinction aux sociétés, associations et fondations² dotées de la personnalité juridique.

Le présent avis a pour objet de :

- préciser la portée de l'article 3:69 du CSA ;
- examiner les particularités de l'application de cette procédure pour les A(I)SBL et Fondations ;
- analyser l'incidence des articles XX.23, §3 et XX.45, §2 du Code de droit économique (ci-après « CDE ») sur cette procédure.

2. Analyse de la procédure de l'article 3:69 du CSA

Champ d'application de la procédure

Seules les « grandes » ASBL, AISBL, fondations et sociétés ont l'obligation de nommer un commissaire conformément, respectivement aux articles 3:47, §6, 3:51, §6 et 3:72 du CSA ou à des législations spécifiques. Les « petites » ASBL, AISBL, fondations et sociétés peuvent le faire volontairement.

L'article 3:69 du CSA s'appliquera dès lors qu'un commissaire est nommé au sein d'une ASBL, AISBL, fondation ou société, indépendamment du fait que le commissaire est désigné conformément à une obligation légale ou sur base volontaire.

« Faits graves et concordants » - indicateurs

Selon l'article 3:69 du CSA, « *les commissaires qui constatent dans l'exercice de leur mission, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'activité économique de la société, en informent l'organe d'administration par écrit et de manière circonstanciée* ».

L'article 2:52 du CSA prévoit l'obligation pour l'organe d'administration de délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique pendant une période minimale de douze mois lorsque des faits graves et concordants sont susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise, que la société ait un commissaire ou non. Si l'organe d'administration ne remplit pas cette obligation, le commissaire devra le mentionner dans la deuxième partie de son rapport (art. 3:75, §1^{er}, 9° CSA).

² L'article 3:69 du CSA est applicable aux associations et fondations en vertu des articles 3:98, §2 et 3:99, §2 du CSA.

Par « *faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité* », on entend généralement un concours de faits qui laissent raisonnablement supposer qu'ils vont entraîner un déséquilibre financier susceptible de conduire à une situation de discontinuité.

Le fait que l'organe d'administration en ait déjà délibéré ne peut plus être retenu comme argument pour permettre au commissaire de ne pas notifier ces faits à l'organe d'administration. Il semble indiqué de convenir avec l'organe d'administration que l'application éventuelle de l'article 2:52 du CSA sera signalée au commissaire. Un tel accord peut par exemple être fixé dans la lettre de mission. En outre, le fait que l'entité contrôlée soit en réorganisation judiciaire ne décharge pas le commissaire de son obligation de notifier les faits à l'organe d'administration.

La norme révisée ISA 570 (Révisée) contient un certain nombre d'indicateurs permettant au commissaire de suspecter un risque quant à la continuité des entreprises.

Le délai

Informé par le commissaire de la menace sur la continuité de l'ASBL, AISBL, Fondation ou société, l'organe d'administration doit délibérer sur les mesures qui devraient être prises pour assurer la continuité de l'activité économique de l'entité pendant un « *une période minimale de douze mois* ».

La communication au Président du tribunal de l'entreprise

Si, dans un délai d'un mois à dater de la communication faite à l'organe d'administration, les commissaires n'ont pas été informés de la délibération de l'organe d'administration sur les mesures en question ou s'ils estiment ces mesures non pertinentes, ils peuvent communiquer leurs constatations au président du tribunal de l'entreprise. Ceci ne constitue toutefois pas une obligation et relève de la liberté d'appréciation du commissaire. Celui-ci est juge du moment et des éléments qu'il estime devoir porter à la connaissance du président. La loi lui donne en la matière un pouvoir discrétionnaire.

La Commission juridique a déclaré dans son avis du 5 décembre 1997³ que le commissaire devait apprécier la nécessité de procéder à la communication au tribunal en fonction des circonstances et de son appréciation de la réaction des

³ Avis de la Commission juridique du 5 décembre 1997, *Nouvelles règles légales relatives à l'information dans les entreprises en difficulté*.

organes d'administration de l'entreprise. Ainsi, le commissaire pourrait-il constater que les administrateurs réagissent adéquatement au problème bien que l'organe d'administration n'ait pas eu la possibilité d'en délibérer dans le délai d'un mois et décider de renoncer à la communication immédiate. De même, le commissaire pourra y renoncer si l'assemblée générale est convoquée en vue de dissoudre la société.

La Commission juridique a cependant considéré, dans ce même avis, que la communication s'imposait au commissaire dans les deux cas suivants :

- lorsque l'organe d'administration n'a pas délibéré et que les dirigeants restent passifs malgré la communication officielle des constatations du commissaire ; il est, dans ce cas, recommandé de remettre au président du tribunal le même rapport que celui qui a été remis aux administrateurs.
- si, compte tenu des différentes phases de la procédure, le commissaire est convaincu que, vu les circonstances, la faillite est inévitable à brève échéance.

Obligations spécifiques du secteur associatif – budget, subsides et fonds affectés

Par ailleurs, les ASBL, AISBL et Fondations étant soumises à des obligations spécifiques, les commissaires devront en tenir compte lors de leurs contrôles.

L'article 3:47, §1^{er} du CSA (ainsi que l'article 3:51, §1^{er}) prévoit que : « *L'organe d'administration établit chaque année des comptes annuels, dont la forme et le contenu sont déterminés par le Roi.*

Les comptes annuels de l'ASBL ou l'AISBL, ainsi que le budget de l'exercice social qui suit l'exercice social sur lequel portent ces comptes annuels, doivent être soumis pour approbation à l'assemblée générale dans les six mois de la date de clôture de l'exercice social.

L'organe d'administration dresse chaque année un inventaire suivant les critères d'évaluation fixés par le Roi. ».

Dans son appréciation de la pérennité de l'ASBL, AISBL ou Fondation en question, le commissaire procèdera donc à l'analyse des budgets établis.

En outre, pour les ASBL dont l'activité dépend de l'octroi de subsides décidés sur une base annuelle, le commissaire portera une attention particulière à l'octroi de ces subsides.

3. Incidence des articles XX.23, §3 et XX.45, §2 du Code de droit économique

Dans les SA

La question a été posée à la Commission juridique si, dans le contexte d'un mandat de commissaire, la perte de la moitié du capital social, qui active la procédure de l'article 7:228 du CSA pour des SA, rend également obligatoire l'application de l'article 3:69 CSA. Parallèlement, l'article XX.45, § 2 du CDE dispose que la réduction de l'actif net à moins de la moitié du capital introduit une présomption de menace sur la continuité de l'entreprise.

En particulier, il a été demandé si la procédure prévue à l'article 3:69 CSA devait également être appliquée lorsque la perte de la moitié du capital ne menace pas la continuité de l'entreprise, par exemple dans les sociétés enregistrant une perte exceptionnelle liée à un événement particulier, alors que leur activité principale génère des bénéfices récurrents indéniables.

L'article 3:69 CSA a spécifiquement trait au réviseur d'entreprises en sa qualité de commissaire. L'article XX.23, § 3 CDE reprend une disposition similaire qui vise quant à elle tous les réviseurs d'entreprises « *dans l'exercice de leur mission* », que celle-ci soit légale (par exemple en tant que commissaire) ou contractuelle.

Etant donné la forte similarité entre ces deux dispositions, l'analyse suivante vaut *mutatis mutandis* également en cas d'application de l'article XX.23, § 3 CDE par le réviseur d'entreprises.

Il convient de rappeler que le Conseil de l'Institut estime dans son avis 2015/02⁴ que le commissaire est tenu aux dispositions visées tant par l'article 3:69 CSA que par l'article XX.23, § 3 CDE, ce dernier comprenant sous certains aspects des obligations plus strictes.

De son côté, l'article XX.45, § 2 CDE prévoit : « *Lorsque le débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas **présumée** être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.* » (français) ; « *Indien de schuldenaar een rechtspersoon is, wordt de continuïteit van zijn onderneming in elk geval **geacht** bedreigd te zijn wanneer de verliezen het netto actief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal.* » (néerlandais).

⁴ Cf. <https://www.ibr-ire.be/fr/actualites/news-detail/avis-2015-02>

Sur proposition de la Commission juridique, le Conseil de l'Institut est d'avis que, puisque l'article XX.45, § 2 CDE contient clairement une présomption réfragable – sinon, en cas de présomption *irréfragable*, il aurait été indiqué « *de manière irréfragable* » en français –, l'article 3:69 ne doit pas être appliqué de manière obligatoire dans tous les cas où la procédure de l'article 7:228 CSA précitée est applicable.

En effet, il peut y avoir des mesures compensatoires, telles que, par exemple, l'existence d'une *comfort letter*, sur la base desquelles l'organe d'administration peut décider qu'il n'y a pas de faits graves et concordants compromettant la continuité d'exploitation de la société. Dans le cas d'espèce, l'article 138 C. Soc. ne doit pas être appliqué par le commissaire.

Indépendamment du fait que l'article 3:69 CSA soit appliqué ou non, il est recommandé de justifier dans le dossier de travail son application ou sa non-application.

En outre, le Conseil de l'Institut tient à préciser, sur proposition de la Commission juridique, que, le cas échéant, le commissaire doit toujours continuer à appliquer intégralement la norme ISA 570 (Révisée), *Continuité d'exploitation* et doit vérifier que la procédure prévue à l'article 7:228 CSA. est suivie par l'organe d'administration.

Contrairement à l'article 3:69 CSA, la disposition légale de la procédure de l'article 7:228 CSA n'impose pas d'établir au préalable l'existence de faits qui pourraient compromettre la continuité de l'entreprise, de sorte que l'assemblée générale doit se réunir dans un délai maximum de deux mois dès lors, qu'en raison d'une perte subie, l'actif net a été réduit à moins de la moitié du capital social. L'assemblée générale peut, éventuellement, décider de la cessation des activités de la société.

Le Conseil de l'Institut estime toutefois toujours, sur proposition de la Commission juridique, que ladite procédure de l'article 7:228 CSA comprend une présomption de menace de discontinuité de l'entreprise⁵, mais que cette présomption est réfragable.

Le cas échéant, le commissaire doit vérifier, à l'aide de la norme ISA 570 (Révisée), si des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité d'exploitation de la société peuvent être établis. Le concept de « continuité

⁵ Cf. IRE, *Rapport annuel*, 1997, p. 111-112; I. DE POORTER, *Controle van financiële verslaggeving: revisoraal en overheidstoezicht*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 100, n° 105.

d'exploitation »⁶ est décrit dans la norme ISA 570 (Révisée), § 2 sur la base de la notion du « principe comptable de continuité d'exploitation »⁷. En outre, la norme ISA 570 (Révisée), § A3 fournit une liste non exhaustive d'exemples d'événements ou de conditions qui, pris isolément ou dans leur ensemble, sont susceptibles de jeter un doute important sur la capacité de l'entité à poursuivre son exploitation.

Par conséquent, sur proposition de la Commission juridique, le Conseil de l'Institut considère que la perte de la moitié du capital social, qui déclenche la procédure prévue à l'article 7:228 CSA, constitue un fait grave représentant une présomption réfragable de menace de discontinuité d'exploitation. Le commissaire veillera à documenter dans son dossier de travail la raison pour laquelle il a décidé d'en informer ou non l'organe d'administration (art. 3:69, alinéa 1^{er} CSA), ainsi qu'à appliquer la norme ISA 570 (Révisée), et à vérifier que l'organe d'administration applique la procédure prévue à l'article 7:228 CSA.

Dans les sociétés sans capital, les ASBL et les Fondations

En ce qui concerne les sociétés dépourvues de capital, la présomption de l'article XX.45, §2 CDE ne semble pas pouvoir être appliquée à ces formes de sociétés. En effet, cet article dispose que la réduction de l'actif net à moins de la moitié du capital introduit une présomption de menace sur la continuité de l'entreprise.

Néanmoins les procédures prévues aux articles 3:69 CSA et XX.23, §3 CDE sont bien d'application pour ces formes de sociétés.

En outre, les libellés des articles 5:153 et 6:119 CSA, concernant la procédure de la sonnette d'alarme respectivement pour les SRL et pour les SC, ont été modifiés afin de tenir compte de la disparition du capital dans ces formes de sociétés. Ainsi, cette procédure est applicable lorsque « *l'actif net risque de devenir ou est devenu négatif* ».

⁶ Voir Avis CNC 2018/18 - *Going concern* - Règles d'évaluation en cas de cessation ou de cessation partielle des activités d'une société .

⁷ « *Les états financiers établis sur un principe comptable de continuité d'exploitation sont préparés selon l'hypothèse que l'entité est en situation de continuité de son exploitation et qu'elle poursuivra son activité dans un avenir prévisible. Les états financiers à usage général sont établis sur le principe comptable de continuité d'exploitation, sauf dans les cas où la direction a l'intention de mettre l'entité en liquidation ou de cesser son activité, ou s'il n'existe aucune autre solution alternative réaliste qui s'offre à elle [...] Lorsque l'application du principe comptable de continuité d'exploitation est justifiée, les actifs et les passifs sont enregistrés en considérant que l'entité sera en mesure de recouvrer ses actifs et de payer ses dettes dans le cours normal de ses activités.* ».

Responsabilité du réviseur

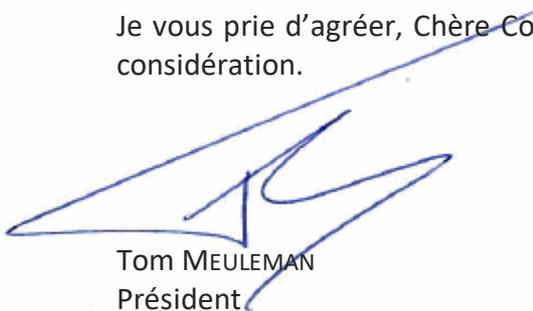
Le réviseur d'entreprises qui ne respecte pas son obligation d'information reprise dans l'article XX.23, §3 du CDE envers une entreprise cliente assume une responsabilité contractuelle à son égard. Toutefois, pour que sa responsabilité soit retenue, il faudra d'abord démontrer qu'il aurait dû constater certains faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'entreprise et qu'il a omis de les mentionner à temps, le critère de référence étant celui du professionnel du chiffre normalement prudent et diligent ⁽⁸⁾.

Vis-à-vis des tiers, le réviseur d'entreprises encourt également une responsabilité extracontractuelle en cas de non-respect de son obligation d'information.

L'article XX.227 du CDE prévoit une nouvelle base de responsabilité pour les administrateurs, à savoir le « *wrongful trading* » : les administrateurs qui ont poursuivi leurs activités sachant qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable peuvent être tenus pour responsables par le curateur. Cette situation a également un impact indirect sur les professionnels du chiffre : plus ils sont impliqués dans l'identification de faillies potentiels, plus ils seront impliqués étroitement dans cette procédure, en premier lieu eu égard à l'obligation qui revient aux professionnels du chiffre en vertu de l'article XX.23 du Code de droit économique. On s'attend à ce que la première défense des administrateurs interpellés sur la base de cet article du Code de droit économique pourrait être d'impliquer le professionnel en estimant que son attention n'a pas été attirée comme elle aurait dû l'être.

Enfin, pour rappel, l'article 2 :52 CSA est une disposition distincte des procédures relatives à la continuité et à la sonnette d'alarme.

Je vous prie d'agréer, Chère Consœur, Cher Confrère, l'expression de ma haute considération.



Tom MEULEMAN
Président

⁸ B. BEKAERT, « La responsabilisation du professionnel du chiffre dans le cadre d'entreprises en difficulté », *Pacioli*, n° 371, 14-27 octobre 2013, p. 2.