

AVIS¹ 2021/11 DU CONSEIL DE L'INSTITUT DES REVISEURS D'ENTREPRISES

Correspondant
sg@ibr-ire.be

Notre référence
CL/edw

Date
04/05/2021

Chère Consœur,
Cher Confrère,

Concerne: Analyse des exceptions à l'établissement d'un rapport de révision sur l'apport en nature – remplacement de l'avis 2015/01

1. Introduction

Le présent avis a pour objet d'examiner plus en détail l'application pratique des trois exceptions à l'établissement obligatoire d'un rapport de révision sur l'apport en nature, telles que formulées à l'article 7:7, alinéa 2 du Code des sociétés et des associations (et les articles analogues 5:7, 5:133, 6:8, 6:110, 7:10 et 7:197).

2. Contexte

La communication IRE 2012/4 « Impact de la loi du 8 janvier 2012 modifiant le Code des sociétés à la suite de la directive 2009/109/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusion ou de scission » précise notamment en sa troisième page :

« Ces modifications rendent le texte de loi plus lisible et précisent que le rapport de révision en cas d'augmentation de capital par apport en nature naît s'il n'est pas requis de rapport de révision dans le cadre du projet de fusion, notamment lorsque tous les associés y renoncent. Autrement dit, il faut à priori au moins soit le rapport de révision sur l'apport en nature, soit le rapport de révision sur la fusion (cf. EdM, Doc.Parl. Chambre, 2010-2011, doc. 53, 1849/001), p. 7). Dans le cas où il est fait appel

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.

à la dispense de rapport sur la fusion, les articles [5:133, 6:110 et 7:197 du Code des sociétés et des associations] concernant les apports en nature sont de nouveau d'application, **en ce compris les éventuelles exceptions qu'ils contiennent.** » (soulignement propre).

Les exceptions dont il est question ci-dessus sont énumérées à l'article 7:7, § 2 (et les articles analogues 5:7, 5:133, 6:8, 6:110, 7:10 et 7:197) du Code des sociétés et des associations, qui prévoit notamment :

« Le paragraphe 1^{er} [à savoir la disposition sur le rapport de révision sur l'apport en nature] n'est pas d'application lorsqu'un apport en nature est constitué :

1° de valeurs mobilières ou d'instruments du marché monétaire visés à l'article 2, 31° et 32°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, évalués au cours moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés visés à l'article 3, 7°, 8° et 9°, de la loi du 21 novembre 2017 relative aux infrastructures des marchés d'instruments financiers et portant transposition de la directive 2014/65/UE durant les trois mois précédant la date effective de la réalisation de l'apport en nature;

2° d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire visés au 1°, qui ont déjà été évalués par un réviseur d'entreprises et pour autant qu'il soit satisfait aux conditions suivantes :

a) la juste valeur est déterminée à une date qui ne précède de plus de six mois la réalisation effective de l'apport ;

b) l'évaluation a été réalisée conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus pour le type d'élément d'actif constituant l'apport ;

3° d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire visés au 1° dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes annuels de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes annuels aient été contrôlés par le commissaire ou par la personne chargée du contrôle des comptes annuels et à condition que le rapport de cette personne comprenne une attestation sans réserve.

Le paragraphe 1^{er} [à savoir la disposition sur le rapport de révision sur l'apport en nature] s'applique toutefois à la réévaluation effectuée à l'initiative et sous la responsabilité des fondateurs² :

1° dans le cas prévu au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 1°, si le cours a été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, notamment dans les cas où le marché de ces valeurs mobilières ou de ces instruments du marché monétaire n'est plus liquide ;

² Ou de l'organe d'administration dans le cadre des articles 5 :133 (SRL) ; 6 :110 (SC) et 7 :197 (SA), c'est-à-dire, pour les apports en nature supplémentaires et non pour les apports en nature par constitution.

*2° dans les cas prévus au paragraphe 2, alinéa 1^{er}, 2° et 3°, si des circonstances particulières nouvelles peuvent modifier sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport.
(...). » (soulignement propre).*

3. Analyse

3.1. Première exception : valeurs mobilières ou instruments du marché monétaire

Une première exception à l'établissement d'un rapport de révision porte sur l'apport de valeurs mobilières ou d'instruments du marché monétaire évalués au cours moyen pondéré auquel ils ont été négociés sur un ou plusieurs marchés réglementés durant les trois mois précédant la date effective de la réalisation de l'apport en nature.

L'article 2, 31° et 32°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers définit les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire comme suit :

« 31° " valeurs mobilières " : les catégories de titres négociables sur le marché des capitaux (à l'exclusion des instruments de paiement), telles que :

a) les actions de sociétés et autres titres équivalents à des actions de sociétés, de sociétés de type partnership ou d'autres entités, ainsi que les certificats représentatifs d'actions ;

b) les obligations et les autres titres de créance, y compris les certificats concernant de tels titres ;

c) toute autre valeur donnant le droit d'acquérir ou de vendre de telles valeurs ou donnant lieu à un règlement en espèces, fixé par référence à des valeurs mobilières, à une monnaie, à un taux d'intérêt ou rendement, aux matières premières ou à d'autres indices ou mesures ;

32° " instruments du marché monétaire " : les catégories d'instruments habituellement négociés sur le marché monétaire, telles que les bons du Trésor, les certificats de dépôt et les effets de commerce (à l'exclusion des instruments de paiement); ».

La doctrine admet qu'un cours moyen pondéré correspond au cours des trois derniers mois comme mentionné ci-dessus, avec toutefois une pondération du nombre d'actions négociées chaque jour³.

³ Cf. H. BRAECKMANS, « Versoepelingen in het Wetboek Vennootschappen: inbreng in natura, inkoop van eigen aandelen en financiële bijstand (K.B. van 8 oktober 2008) », *RW* 2008-09, 1627, n° 7; Cf. S. BOGAERTS et R. VANDER EECKT, « Nieuw Kapitaalrecht. Van kapitaal belang? », *TRV* 2009, 244, n° 19.

Le calcul n'est pas évident dans la mesure où il convient de tenir compte de la quantité de valeurs mobilières négociées d'une société donnée par jour, multipliée par le cours moyen de la journée en question, en opérant le calcul pour chaque jour et en faisant ensuite la moyenne de la valeur des jours de bourse des trois derniers mois⁴.

La multiplication par le cours moyen journalier dans le calcul d'un cours moyen pondéré est toutefois contestée, étant donné que le même résultat peut être obtenu en multipliant pour chaque opération le nombre de valeurs mobilières négociées par le prix de cette négociation, puis en divisant le total obtenu par le nombre total de valeurs mobilières négociées⁵.

La doctrine belge fait observer que, dans la pratique, les informations nécessaires à la détermination correcte d'un cours moyen pondéré ne sont pas facilement accessibles sur le marché⁶.

Cependant, il convient de faire remarquer qu'un rapport de révision sur l'apport en nature doit en tout état de cause être établi si le cours a été affecté par des circonstances exceptionnelles pouvant modifier sensiblement la valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport, notamment (et donc pas uniquement) dans les cas où le marché de ces valeurs mobilières ou de ces instruments du marché monétaire n'est plus liquide⁷.

3.2. Deuxième exception : autres éléments d'actif qui ont déjà été évalués par un réviseur d'entreprises

La deuxième exception prévoit qu'il peut être dérogé à l'obligation d'établir un rapport de révision sur l'apport lorsque celui-ci porte sur des éléments d'actif autres que des valeurs mobilières et instruments du marché monétaire qui ont été évalués par un réviseur d'entreprises au maximum dans les six mois précédant l'apport, et ce conformément aux principes et aux normes d'évaluation généralement reconnus pour la catégorie concernée d'éléments d'actif constituant l'apport (telles que, par

⁴ Cf. G. BATS, « Inbreng in natura », in *Seminarie Fiscaal Forum, Kapitaalbewegingen - Winstuitkeringen - Inkoop eigen aandelen*, 6 mars 2009, 59-60.

⁵ Cf. S. BOGAERTS et R. VANDER EECKT, « Nieuw Kapitaalrecht. Van kapitaal belang? », *TRV* 2009, 244-245, n° 19.

⁶ Cf. M. WYCKAERT et S. BOGAERTS, « Recente ontwikkelingen rond het kapitaalebep: het einde van een era of verfijning gericht op overleving », in B. ALLEMEERSCH *et al.* (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, 91.

⁷ Cf. art. 7:7, § 2, alinéa 2, 1° CSA (et les articles analogues 5:7, 5:133, 6:8, 6:110, 7:10 et 7:197).

exemple, les « *international valuation standards* » et « *international private equity and venture capital guidelines* »⁸).

Sur proposition de la Commission juridique, le Conseil est d'avis que la pratique selon laquelle une société ferait appel à un réviseur d'entreprises pour l'établissement d'une évaluation permettant de contourner l'obligation de devoir recourir à l'obtention du rapport révisoral sur l'apport en nature, peut être considérée comme une fraude à la loi⁹. Par conséquent, une telle pratique ne saurait être admise¹⁰.

Par ailleurs, le Conseil de l'Institut attire l'attention sur la nécessité pour le professionnel d'interpréter le rapport de valorisation à la lumière de l'objectif pour lequel il a été établi.

Enfin, il conviendra dans tous les cas d'établir un rapport de révision sur l'apport en nature si des circonstances nouvelles sont apparues qui sont susceptibles de modifier sensiblement la juste valeur¹¹ de l'élément d'actif à la date effective de son apport¹².

⁸ Rapport au Roi précédant A.R. 8 octobre 2008 modifiant le Code des sociétés conformément à la Directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la Directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution d'une société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (M.B. 30 octobre 2008).

⁹ Par fraude à la loi, on entend : « l'utilisation judicieuse, par le justifiable, d'une construction contraire à l'esprit et la lettre de la loi, afin d'éviter l'application de la loi. » (traduction libre). (E. DIRIX, B. TILLEMANN et P. VAN ORSHOVEN, *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2004, 387).

¹⁰ *Contra* D. BRULOOT, « 't Amendement - Inbreng in natura zonder inbrengcontrole », TRV 2015, 791.

¹¹ La définition de la notion de la *juste valeur* ou de la *valeur réelle* a été reprise dans l'article 3:91, B, AR/CSA: « Il y a lieu d'entendre par *juste valeur* : la valeur déterminée par référence à :

a) une valeur de marché, dans le cas des instruments financiers pour lesquels un marché fiable est aisément identifiable. Lorsqu'une valeur de marché ne peut être aisément identifiée pour un instrument donné, mais qu'elle peut l'être pour les éléments qui le composent ou pour un instrument similaire, la valeur de marché peut être calculée à partir de celle de ses composants ou de l'instrument similaire, ou

b) une valeur résultant de modèles et techniques d'évaluation généralement admis, dans le cas des instruments pour lesquels un marché fiable ne peut être aisément identifié. Ces modèles et techniques d'évaluation garantissent une estimation raisonnable de la valeur de marché. ».

(Cf. également avis CNC 2013/16 du 27 novembre 2013 « Indications à publier dans l'annexe en cas de non-utilisation des règles de l'évaluation à la juste valeur pour les instruments financiers », Bull. CNC 2013, n° 67, p. 27-28, <https://www.cnc-cbn.be/fr/avis/indications-a-publier-dans-lannexe-en-cas-de-non-utilisation-des-regles-de-levaluation-a-la>, p. 2-3).

IFRS 13 définit la *juste valeur* (*fair value*) comme le prix qui serait perçu à l'occasion de la vente d'un actif, ou le prix qui serait payé pour transférer une dette, dans le cadre d'une opération conclue à des conditions normales entre des intervenants de marché, à la date de l'évaluation.

¹² Cf. art. 7:7, § 2, alinéa 2, 2° CSA (et les articles analogues 5:7, 5:133, 6:8, 6:110, 7:10 et 7:197).

3.3. Troisième exception : autres éléments d'actif dont la valeur est tirée des comptes annuels contrôlés de l'exercice financier précédent

Une troisième exception permettant de déroger à l'obligation d'établir un rapport de révision concerne un apport d'éléments d'actif autres que les valeurs mobilières et instruments du marché monétaire dont la juste valeur est tirée, pour chaque élément d'actif, des comptes annuels de l'exercice financier précédent, à condition que les comptes annuels aient été contrôlés par le commissaire ou par la personne chargée du contrôle des comptes annuels et à condition que le rapport de cette personne comprenne une attestation sans réserve.

Il ressort de l'obligation de contrôle par un commissaire (pour les sociétés belges) ou par une personne chargée du contrôle des comptes annuels (pour une société étrangère) que ce cas ne s'applique pas aux sociétés belges qui n'ont pas désigné de commissaire ou, en ce qui concerne les sociétés étrangères, qui n'ont désigné personne pour le contrôle des comptes annuels¹³. Il s'agit en l'occurrence du contrôle légal tel que défini par la directive d'audit 2006/43/CE¹⁴.

Toutefois, il conviendra dans tous les cas d'établir un rapport de révision sur l'apport en nature si des circonstances nouvelles sont intervenues qui sont susceptibles de modifier sensiblement la juste valeur de l'élément d'actif à la date effective de son apport¹⁵.

De manière générale, il convient de noter que les comptes annuels reflètent en principe la valeur comptable des éléments d'actifs concernés, laquelle se base le plus souvent sur la notion du coût d'acquisition historique, et non sur celle de la juste valeur. Dès lors, il appartiendra à l'organe d'administration de déterminer si dans les circonstances, la valeur des biens à apporter correspond bien à leur juste valeur.

Notons en particulier que les fusions ou scissions par absorption, les fusions par constitution d'une nouvelle société ou les scissions par constitution de nouvelles sociétés doivent être traitées dans les comptes conformément à l'article 3:56 de l'arrêté royal du 29 avril 2019 portant exécution du Code des sociétés et des associations (AR CSA) ; à savoir sur la base du principe de continuité comptable. Dès lors, en général, les éléments d'actif et de passif de la société absorbée/scindée ne sont pas évalués sur base de leur juste valeur, sauf les rares cas où il peut être établi que la valeur comptable correspond à la juste valeur¹⁶.

¹³ Cf. H. BRAECKMANS, « Versoepelingen in het Wetboek Vennootschappen: inbreng in natura, inkoop van eigen aandelen en financiële bijstand (K.B. van 8 oktober 2008) », *RW* 2008-09, 1628, n° 11.

¹⁴ Cf. IRE, *Rapport annuel* 2008, p. 70.

¹⁵ Cf. art. 7:7, § 2, alinéa 2, 2° CSA(et les articles analogues 5:7, 5:133, 6:8, 6:110, 7:10 et 7:197).

¹⁶ p.ex.: valeurs disponibles dans la monnaie des comptes annuels.

Sur proposition de la Commission juridique, le Conseil de l'Institut estime que, dans la pratique, des comptes annuels contrôlés de l'exercice précédent ne peuvent généralement être utilisés dans ce contexte en raison de l'utilisation trop limitée des évaluations à la juste valeur dans les comptes annuels belges¹⁷, et *a fortiori* dans le cas d'une fusion ou d'une scission par absorption, d'une fusion par constitution d'une nouvelle société ou d'une scission par constitution de nouvelles sociétés.

4. Conclusion

Tenant compte des développements formulés ci-dessus, d'une manière générale et mis à part l'exception relative aux valeurs mobilières (à appliquer toutefois avec la prudence requise), les exceptions à l'émission d'un rapport relatif à un apport en nature ne peuvent trouver à s'appliquer que rarement. A cet égard, le commissaire veillera à s'assurer que les exceptions à l'émission d'un rapport d'apport en nature ne sont pas utilisées de manière inappropriée, auquel cas il constatera une violation aux dispositions du Code des sociétés et des associations, qui devra être renseignée en deuxième partie de son rapport de révision portant sur les comptes annuels de la société concernée.

Dans l'ensemble, sur proposition de la Commission juridique, le Conseil de l'Institut estime qu'il importe de souligner que la décision d'opter ou non pour une des trois exceptions constitue une simple liberté de choix dans le chef des fondateurs ou organes d'administration¹⁸. Une évaluation correcte reste toujours la norme.

Lorsque la mise en œuvre d'une des exceptions aboutit à une évaluation qui ne convainc pas raisonnablement les fondateurs ou l'organe ou les organes d'administration, ceux-ci ont non seulement le droit mais aussi le devoir de renoncer à l'application du régime d'exception et d'opter pour un rapport de révision sur

¹⁷ Cf. D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Anvers, Intersentia, 2014, 114, n° 168.

¹⁸ Cf. dans le même sens : D. WILLERMAIN, « Le maintien du capital social: principes et évolutions récentes (apport en nature, rachat d'actions propres et assistance financière) », in Y. DE CORDT et E. WYMEERSCH (eds.), *10 ans d'entrée en vigueur du Code des Sociétés*, Anvers, Kluwer, 2011, 283 ; M. WYCKAERT et S. BOGAERTS, « Recente ontwikkelingen rond het kapitaalbegrip: het einde van een era of verfijning gericht op overleving », in B. ALLEMEERSCH *et al.* (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2010, 90 ; D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Anvers, Intersentia, 2014, 106, n° 155.

l'apport en nature¹⁹. Le risque de mise en cause de la responsabilité des fondateurs et dirigeants lors de l'application d'un des motifs d'exception est d'ailleurs plus important que lorsqu'il est opté pour un contrôle d'apport classique.²⁰

Je vous prie d'agréer, chère Consœur, cher Confrère, l'expression de mes salutations confraternelles

Le présent avis abroge et remplace l'avis 2015/01, *Analyse des exceptions à l'établissement d'un rapport de révision sur l'apport en nature*.

Cet avis (bien qu'abrogé) reste consultable sur le site web de l'Institut sous l'onglet Réglementation & publications > Doctrine > Archives.

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



Tom MEULEMAN
Président

¹⁹ Cf. S. BOGAERTS et R. VANDER EECKT, « Nieuw Kapitaalrecht. Van kapitaal belang? », *TRV* 2009, 243, n° 18.

²⁰ Cf. D. BRULOOT, *Vennootschapskapitaal en schuldeisers: een onderzoek naar de effectiviteit van de (Europese) kapitaalregelen en alternatieve technieken van schuldeisersbescherming*, Anvers, Intersentia, 2014, 114, n° 168.