

PACIOLI

IPCF | Institut Professionnel des Comptables et Fiscalistes agréés

SOMMAIRE

p. 1/ Editorial

p. 3/ Le conflit d'intérêts – quelques réflexions

Editorial

Chère Consoeur,
Cher Confrère,

En ce début d'année 2019, nous arrivons tout doucement à la fin de la législature qui avait débuté le 17 mai 2015. En effet, en mars 2019, notre Institut vivra de nouvelles élections destinées à renouveler les différents organes que constituent le Conseil National, les Chambres exécutives et les Chambres d'appel. Que de chemin parcouru depuis 2015 ! De nombreux événements ont émaillé la vie de l'IPCF et certains dossiers qui étaient en gestation depuis parfois plusieurs années, ont été menés à leur terme avec succès. L'heure est maintenant venue de tirer un bilan chronologique de ces presque quatre années qui ont marqué notre profession et notre Institut.

La modification des critères de réussite de l'examen pratique d'aptitude

Un Arrêté royal du 27 septembre 2015 a fixé le programme, les conditions et le jury de l'examen pratique d'aptitude des comptables agréés et comptables (-fiscalistes) agréés. Cet AR a remplacé l'Arrêté royal du même nom du 20 janvier 2003. Mis à part quelques adaptations techniques, les modifications apportées concernaient principalement les critères de réussite des épreuves écrite et orale de l'examen pratique d'aptitude. Ces modifications ne sont entrées en vigueur que lors du premier examen organisé par l'IPCF en 2017.

Composé d'une épreuve écrite et d'une épreuve orale, il a pour but de s'assurer qu'à l'issue de sa période de stage, le stagiaire soit capable de montrer encore une plus grande aptitude à mettre ses connaissances théoriques en pratique dans l'exercice de sa profession et d'exercer celle-ci dans le respect des lois et règles de déontologie.

La matière relative aux douanes et accises n'a plus été retenue et d'autres matières ont été ajoutées telles l'organisation et la gestion d'un cabinet comptable ainsi que la législation relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du finan-

cement du terrorisme. Les critères de réussite de l'examen pratique d'aptitude de l'IPCF ont été affinés, de manière à ce que le comptable de demain puisse encore mieux répondre aux exigences de qualité et de connaissances requises pour pouvoir remplir son rôle de conseil aux entreprises. En outre, un système de dispense a également été instauré en faveur de ceux qui ont rempli les critères de réussite de l'épreuve écrite. Ces derniers peuvent participer à une prochaine épreuve orale sans devoir représenter l'épreuve écrite.

La Commission anti-blanchiment

Dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent, une commission anti-blanchiment (CAB) a été créée dans le but d'effectuer des contrôles sur place des cabinets comptables en vue de vérifier le respect des obligations anti-blanchiment et d'assister nos membres en ce qui concerne le respect de l'obligation en matière de législation anti-blanchiment. On procède également à une analyse du risque. Il découle de cette mission que la Commission peut faire des rapports au Conseil National en formulant par exemple des recommandations. Elle peut aussi servir de point de contact avec la CTIF (Cellule de Traitement de l'Information Financière) pour l'analyse du risque et le cas échéant, la transmission de dossiers aux instances disciplinaires compétentes. Les contrôles ont débuté en octobre 2015 et il faut souligner que l'initiative a bien été accueillie par les confrères et que tous les contrôles qui ont été effectués depuis lors se sont déroulés sans problèmes. Signalons aussi que la loi anti-blanchiment (LAB) du 18 septembre 2017, entrée en vigueur le 16 octobre 2017, instaure entre autres le registre national des bénéficiaires effectifs (Ultimate Beneficial Owner Register ou registre UBO).

La loi sur l'insolvabilité et les professionnels comptables !

Depuis le 1^{er} mai 2018, c'est le livre XX du Code de droit économique qui traite du droit de l'insolvabilité, en y in-

tégrant désormais tant la loi sur la continuité des entreprises (LCE) que la loi sur les faillites.

Ce livre XX intéresse les professionnels comptables à plus d'un titre: que ce soit à l'égard de leurs clients, pour eux-mêmes ou au titre de praticien de l'insolvabilité lors de la faillite d'un confrère. En effet, cette législation a étendu son champ d'action aux «entreprises», concept plus large qui englobe en outre les professions libérales, «parent pauvre» des législations antérieures.

La loi sur la continuité des entreprises (LCE) s'était déjà penchée sur la prévention et la réorganisation judiciaire des commerçants en difficultés en faisant intervenir les professions comptables dans le cadre de missions d'objectivation et d'assistance spécifiques. Ces missions devaient et doivent toujours être réalisées dans le respect obligatoire d'une recommandation interinstituts de 2016 réactualisée en 2018 sur la base d'une note interprétative élaborée à la lumière du Livre XX.

Depuis le 1^{er} mai 2018, outre ces missions d'accompagnement, le professionnel comptable peut donc, tout comme un médecin ou un avocat, se retrouver lui-même demandeur d'une réorganisation judiciaire (PRJ) ou faire faillite. Face à cette faillite, le législateur a prévu de nommer un praticien de l'insolvabilité, titulaire de la même profession que le failli, aux côtés du curateur. C'est ce praticien de l'insolvabilité qui sera chargé de veiller aux aspects déontologiques propres à la faillite de la profession libérale concernée.

Comme vous le constatez, l'insolvabilité a désormais casé le carcan du «commercial» pour viser plus largement l'«entreprise» dont vous faites partie comme profession libérale.

L'article 21 du Code de déontologie

Suite à une procédure d'infraction introduite par la Commission Européenne contre l'Etat belge, l'IPCF a dû préciser sa position en ce qui concerne les incompatibilités. Dans la nouvelle version de l'article 21, les activités multidisciplinaires sont a priori autorisées et non plus interdites moyennant une demande préalable à la Chambre exécutive compétente. La décision d'autorisation est prise au regard de l'indépendance du comptable (-fiscaliste) agréé. L'interdiction absolue subsiste pour toutes les activités bancaires, d'assurances et la profession d'agent immobilier (à l'exception de la profession de syndic).

Le Règlement Général de Protection des Données (RGPD)

Le règlement général sur la protection des données (RGPD), constitue le texte de référence européen en matière de protection des données à caractère personnel. Il renforce et unifie la protection des données pour les indivi-

dus au sein de l'Union Européenne. Ce nouveau règlement a été définitivement adopté en avril 2016 et ses dispositions sont devenues directement applicables dans l'ensemble des Etats membres de l'UE le 25 mai 2018.

En concertation avec l'IEC et l'IRE, l'IPCF travaille pour limiter autant que possible les frais administratifs et les coûts supplémentaires pour ses membres. Notre objectif est d'élaborer des directives pratiques qui devraient aider nos membres lors de l'implémentation du RGPD au sein de leur cabinet. Ces lignes directrices seront également soumises à la Commission de protection de la vie privée aux fins d'accréditation (l'Autorité de protection des données depuis 25 mai 2018).

Implémentation de la directive comptable européenne

L'IPCF, en collaboration avec l'IEC et l'IRE, a plaidé pour la transposition de cette directive dans l'arsenal législatif belge. L'IPCF estimait que le dépôt et la publication des comptes annuels auprès de la Centrale des bilans de la Banque Nationale de Belgique devaient être maintenus dans un souci de transparence. Tous les intéressés sont ainsi rapidement informés sur la santé économique d'une entreprise. La publication des comptes annuels est restée d'application, y compris pour les micro-entreprises. En revanche, la publication du dépôt des comptes annuels au Moniteur Belge a été supprimée à la demande des trois instituts dans un souci d'économie.

Relations avec le monde extérieur

L'IPCF a continué à entretenir des contacts avec les écoles de comptabilité et de fiscalité, les étudiants, les entrepreneurs et les autres professions libérales. Ainsi, chaque année, nous avons été présents au Salon Entreprendre, au Forum for the Future en plus de notre séance académique et de notre journée d'étude annuelles. Des thèmes comme la numérisation de la profession comptable, le bureau mobile, la reprise et la cession d'un cabinet comptable ou encore le bien-être au travail ont été abordés avec succès, grâce à des orateurs de qualité. Les publications IPCF, le Pacioli et la lettre d'information électronique ont été également des outils de communication importants, tant vis-à-vis de nos membres et stagiaires, que vis-à-vis du monde politique et économique.

Les modifications de la Loi du 22 avril 1999 sur les professions comptables et fiscales

En ce qui concerne l'IPCF, ces modifications portent sur la durée maximale du stage (6 ans), la possibilité de recours contre les décisions du jury de l'examen pratique d'aptitude devant la Chambre d'appel compétente, une possibilité de dispense de l'accomplissement du stage et/ou de la participation à l'examen pratique d'aptitude pour d'autres

titulaires de professions économiques et, enfin, le règlement de la compétence linguistique pour les membres et stagiaires. Ainsi, ce rôle linguistique dépend dorénavant de leur demande d'inscription auprès de l'Institut et non plus du lieu où ils exercent leur profession. Autre modification importante : le stagiaire ne peut plus posséder de société de comptabilité sans qu'un titulaire des professions économiques, membre d'un des trois instituts, n'en soit également gérant ou administrateur.

La fusion entre l'IPCF et l'IEC

Il s'agit d'un grand projet qui avait été évoqué il y a déjà quelques années, mais qui n'avait pas pu aboutir. Un seul Institut regroupant nos professions respectives doit donner plus de visibilité et de transparence à notre profession et assurer une meilleure qualité du service vis-à-vis de nos clients et de nos membres mais aussi, et c'est important, vis-à-vis des écoles de comptabilité et de fiscalité. L'union faisant la force, un institut unique pèsera plus lourd en terme de lobbying face à l'administration, au monde politique belge et à l'UE plutôt que deux instituts avec des intérêts parfois divergents. On espère tous que ce projet se concrétisera en 2019.

Je ne pourrais pas conclure cet éditorial sans remercier toutes les Consoeurs et tous les Confrères qui nous ont soutenus pendant cette législature. Je remercie également tous les mandataires membres du Conseil National, des Chambres exécutives et des Chambres d'appel ainsi que les Commissions de stage et la Commission anti-blanchiment pour le travail minutieux qu'ils ont accompli durant toutes ces années.

Enfin, le bureau de l'IPCF tient tout particulièrement à remercier l'ensemble des collaborateurs de l'Institut pour l'excellent travail accompli au jour le jour au service de l'IPCF, de ses membres et de la profession toute entière. C'est encore en chœur que nous vous souhaitons, à vous et à tous ceux qui vous sont chers, une très bonne année 2019, synonyme de bonheur, de santé et de réussite professionnelle.

Au nom du bureau de l'IPCF,

Mirjam VERMAUT
Présidente

Le conflit d'intérêts – quelques réflexions

1. Introduction

Alors même que le texte juridique pourrait nous sembler connu par une utilisation régulière lors de la rédaction de projets de procès-verbaux, il est parfois complexe de mettre cela en pratique. Nous ne pouvons être en permanence avec notre client et celui-ci peut se montrer réticent à communiquer une information qui semble insignifiante pour lui mais qui est essentielle pour nous afin de lui éviter bien des écueils. Comme personne tierce et comme conseil, nous sommes en première ligne afin de détecter les conflits patrimoniaux.

L'identification du gérant à sa société engendre le risque accru de confusion de patrimoine. De même, notre recherche perpétuelle de la voie la moins imposée pour les clients doit déclencher en nous les questions les plus fondamentales à savoir les limites à ne pas dépasser. Se poser les bonnes questions, avec un regard extérieur, permet en effet d'y voir plus clair.

Nous ne rentrerons pas dans les cas les plus évidents de conflits d'intérêts comme le quasi-apport, le bail entre la société et le gérant ou le prêt d'argent via une convention ou la constitution d'un compte-courant rémunéré.

Via une remise en contexte, une réflexion sur la notion de rémunérations et avantages liés à la fonction de gérant, nous espérons donner un éclairage pluridisciplinaire sur une problématique qui a des conséquences potentielles dans diverses branches du droit.

2. Le conflit d'intérêts, notion

Le conflit d'intérêts est défini par le Code des sociétés comme le fait d'avoir « directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération » relevant de la compétence du gérant ou du conseil d'administration¹.

La notion est large et peut regrouper un grand nombre de situations différentes. Le conflit d'intérêts est avant tout une situation d'opposition entre l'intérêt de la société et l'intérêt de son dirigeant. Les dispositions visant à encadrer le conflit d'intérêts ont pour objectif d'empêcher que le dirigeant fasse passer son intérêt personnel au détriment de sa société. Cet objectif est d'autant plus important avec une société unipersonnelle qui se retrouve sans autre asso-

¹ Articles 259 et 523 du Code des sociétés.

cié pour se protéger de son dirigeant indélicat. Lorsqu'un dirigeant fixe sa rémunération, son intérêt est d'augmenter le montant alors que sa société a intérêt à limiter ce montant au minimum. Il y a un conflit d'intérêts.

Au sein du Code des sociétés, la matière du conflit d'intérêts ne fait pas l'objet d'une disposition générale, mais de dispositions spécifiques. On peut ainsi faire une distinction entre les cas où le conflit d'intérêts est formellement encadré par le Code et les cas de conflit d'intérêts qui ne le sont pas.

Ainsi, les articles 259 et 523 du Code des sociétés concernent le conflit d'intérêts dans le chef des organes de gestion des SPRL et des S.A. Le législateur a voulu encadrer ces cas de conflits d'intérêts et imposer une procédure spécifique à suivre. En effet, les sociétés qui se trouvent dans pareil cas de conflit d'intérêts sont souvent dénuées de protection interne face au bon vouloir de leur gérant ou leur administrateur. Cela est d'autant plus criant avec les SPRLU, où les gérants uniques ne comprennent pas souvent la nécessité de faire une distinction précise entre son patrimoine et celui de sa société.

La doctrine a déjà eu l'occasion d'explicitier longuement les conditions et la procédure à suivre en cas de conflit d'intérêts visé par le Code². Nous rappelons seulement qu'il y a un conflit d'intérêts lorsqu'il y a une opposition entre l'intérêt patrimonial du gérant et l'intérêt patrimonial de la société. Cette opposition peut être directe ou indirecte et doit être d'une certaine importance.

Il apparaît que la notion de conflit d'intérêts prévue par le législateur est très large et pourrait viser une série de cas sans grande importance pour la société. C'est pourquoi le législateur lui-même a prévu certaines limitations à la notion, notamment lorsque l'acte envisagé concerne des opérations habituelles conclues dans des conditions et sous des garanties normales du marché. Dans le même mouvement, la doctrine a également ajouté une condition visant à exclure de la notion des situations qui ne revêtent pas une certaine importance³. Selon cette doctrine, il faut que le conflit d'intérêt soit de nature à influencer la décision du dirigeant concerné. Cette appréciation se fait *in concreto* en fonction des éléments propres à chaque situation. Il pourrait par exemple s'agir d'une situation isolée et avec un impact économique négligeable.

Si les conditions sont remplies, le Code impose le respect d'une procédure particulière afin d'encadrer le conflit. Ain-

si, dans une SPRL avec un collège de gestion et dans une S.A., le membre ou l'administrateur concerné doit informer le Collège du conflit d'intérêts avant la délibération et celui-ci doit rédiger un rapport spécial sur le conflit⁴. Dans le cas d'une SPRL avec un gérant, celui-ci doit informer les associés qui désigneront un mandataire ad hoc pour réaliser l'opération⁵.

Dans le cadre d'une SPRLU, le gérant pourra réaliser l'opération mais devra rédiger un rapport spécial qui devra être publié avec les comptes annuels⁶.

À côté des conflits d'intérêts encadrés par la loi, on peut relever des cas de conflits d'intérêts qui ne sont pas formellement prévus par le Code des sociétés. Par exemple, lorsque le conflit d'intérêts apparaît dans une société en nom collectif ou dans une société en commandite simple. Le Code ne prévoit pas de disposition spécifique dans ces cas-là.

Doit-on en conclure qu'il ne faut pas s'inquiéter des conflits d'intérêts en dehors de ceux prévus par le Code? Ce serait une conclusion bien trop hâtive. En effet, l'absence de disposition spécifique permet de conclure qu'il n'existe pas de formalité légale à remplir en cas de conflit d'intérêts. Cependant, tout gérant d'une société est mandataire et, à ce titre, doit répondre de sa gestion selon les règles habituelles de responsabilité dans le cadre d'un mandat. Or, le fait de réaliser une opération teintée de conflit d'intérêts au détriment de la société pourrait constituer une faute de gestion dans le chef d'un gérant d'une S.N.C. ou d'un S.C.S. Les mandataires de sociétés ne sont donc pas exempts de responsabilité lorsqu'ils se trouvent confrontés à un conflit d'intérêts non encadré par le Code.

Il n'est donc pas superflu de garder un œil sur ces cas de conflit d'intérêts informels.

Bien évidemment, en l'absence de disposition légale spécifique, on pourrait s'interroger sur la définition à donner à ces cas de conflit d'intérêts. Il appartiendra au Juge d'estimer si la décision prise est viciée par un conflit d'intérêts et constitue alors une faute de gestion. Le Juge pourra s'inspirer des dispositions légales rappelées ci-dessus, mais n'est pas tenu de respecter strictement les conditions imposées par le Code.

3. Analyse d'une problématique particulière — la rétribution au sens large au gérant

Il va de soi pour tout un chacun que tout travail mérite salaire. Souvent, les nouveaux indépendants sous-estiment voire surestiment le salaire qu'ils peuvent retirer de

2 cf. P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, Rép. Not., Tome XIII, Le droit commercial et économique, Livre 3/1, Bruxelles, Larcier, 2005, p.482-483; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des Sociétés-Précis*, 4ème édition, 2011, p. 634. J. VAN THEMSCHE, *Les conflits d'intérêts: les détecter et réagir!*, PACIOLI, 437 - 16 janvier - 29 janvier 2017.

3 P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, op. cit. ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, op. cit.

4 Article 259 du Code des sociétés.

5 Article 260 du Code des sociétés.

6 Article 261 du Code des sociétés.

leur effort. Une interrogation s'impose donc... quelle est la « juste » rétribution? Quel « package » salarial est-il raisonnable de verser? Nous ne sommes pas ici en train de remettre en question l'intensité du travail mais l'adéquation entre travail et salaire. Rappelons-nous que le conflit d'intérêts est une problématique de nature patrimoniale et d'intérêts opposés. Si la société était capable d'avoir une réflexion intellectuelle propre, elle demanderait à son gérant, afin de maximiser son patrimoine propre, de ne pas être payé et de travailler comme Stakhanov. Cela n'est bien entendu pas possible ni souhaitable, alors même que certaines personnes retirent bien peu de leurs efforts. À l'opposé, il n'est pas admissible que le gérant retire chaque denier de son entreprise. Nous passerons les problématiques de taxation, les soucis de liquidation, trésorerie et gestion du fond de roulement. Quelle est donc la juste rémunération de notre gérant? Est-elle variable? Qui peut décider de l'augmenter? Les intérêts sont liés et divergeants en même temps, et il n'est très souvent pas concevable de changer de gérant dans les PME. Il est bien souvent imposé par la constitution même de l'actionariat.

La question que nous souhaitons mettre en avant via cette réflexion est donc de savoir s'il est possible de valoriser l'impact du gérant dans l'entreprise, son apport réel donc sa valeur afin de justifier sa « juste rémunération ». La législation fiscale et l'agent contrôleur dans une autre branche du droit nous le rappellent quasi tous les jours dans la jurisprudence récente. Nous parlons en effet de l'article 49 du CIR92.⁷ Pour quelle raison patrimoniale, peut-il y avoir une augmentation salariale du gérant ou un avantage patrimonial? À partir du moment où nous ne tombons pas dans des extrêmes, chacun appréciera (et devra justifier) les rémunérations. Pour mémoire, le législateur semble avoir trouvé tout à fait normale une rémunération de l'ordre de 45.000 EUR pour un gérant étant donné qu'il en fait une condition afin de pouvoir accéder au taux réduit à l'impôt des sociétés à partir de l'exercice d'imposition 2019⁸ (sauf dérogations).

La question se pose donc plus souvent lors d'augmentations plus significatives de la rémunération voire même lors du paiement de P.L.C.I., E.I.P. dont les « back-services ». Les pensions complémentaires sont en effet des avantages, car la société pourra déduire, sous conditions, les primes versées de sa base imposable. Quel est l'avantage pour la société? Peut-on tout résumer à la théorie de la rémunération?⁹ En ce qui concerne les cotisations sociales et la

P.L.C.I., c'est bien la société qui paye pour compte de son gérant. Elles sont reprises dans une fiche 281.20 à déposer annuellement. Ces avantages sont donc bien taxables pour le gérant (sous réserve de déduction dans sa déclaration personnelle) nous ne pouvons donc que renvoyer vers la justification du salaire en tant que « package » dans sa globalité. En effet, il reviendrait au même de payer plus le gérant afin qu'il puisse s'acquitter des cotisations sociales et P.L.C.I. en privé. Il nous semble donc qu'il n'y a pas débat.

La situation nous semble tout autre en ce qui concerne les E.I.P.¹⁰ Pour rappel, les E.I.P. sont des Engagements Individuels de Pension. C'est la société qui constitue en faveur de son gérant (dans ce cas de figure) une pension complémentaire moyennant respect des conditions (dont la règle des 80 %). Peut-on parler de rémunération dans ce cas? Cela constitue selon nous un avantage non négligeable et surtout intéressant fiscalement pour la société. Certains n'hésitent pas à les recommander surtout pour les possibilités d'obtenir des avances pour des acquisitions immobilières. Des effets de levier sont donc perceptibles.

Quelques questions s'imposent afin de comprendre s'il y a bien conflit entre les patrimoines ou pas :

- L'intérêt fiscal peut-il justifier à lui seul l'intérêt de la société?
- Le gérant doit-il justifier de telles décisions auprès de l'assemblée générale?
- Est-ce agir en bon père de famille que de privilégier la diminution de l'ardoise fiscale au détriment des liquidités de la société?
- ...

Il n'y a bien entendu pas une seule réponse et chaque entreprise (ainsi que chaque gérant et lecteur) se fera sa propre opinion. Nous souhaitons attirer votre attention sur le fait que les extrêmes sont à éviter. Les back-services sont, selon notre interprétation, sujets à réflexion. Pour mémoire, cela signifie que l'on « rattrapera le déficit » de constitution de pension en versant une ou plusieurs primes uniques, il peut s'agir de montants très importants, jusqu'à plusieurs fois la rémunération annuelle en fonction de la règle des 80 %.

Les back-services appauvrissent la trésorerie et diminuent une base imposable sur le court terme. Qu'advierait-il si la société venait à perdre des marchés ou voyait la concurrence augmenter? En prévision du nouveau Code des sociétés, une justification sur minimum 12 mois en termes de trésorerie semble devenir la norme¹¹. Est-il encore co-

7 À titre de frais professionnels sont déductibles les frais que le contribuable a faits ou supportés pendant la période imposable en vue d'acquiescer ou de conserver les revenus imposables et dont il justifie la réalité et le montant au moyen de documents probants ou, quand cela n'est pas possible, par tous autres moyens de preuve admis par le droit commun, sauf le serment.

8 Modification de l'article 215 du CIR 1992, par l'article 54 de la loi du 25 décembre 2017.

9 Nous vous renvoyons à la doctrine abondante sur le sujet ayant découlé des arrêts Mons, 24 févr. 2016 et Cass. 14.10.2016.

10 Le principe d'attraction ne s'applique pas à l'assurance E.I.P. « Engagement Individuel de Pension » (Doc. Parl. Chambre, n° 50-1340/7, p. 52 et 50-1340/9, p. 78).

11 Il appartient à l'organe d'administration, avant de procéder à toute distribution, de vérifier si après la distribution autorisée par l'assemblée générale, la société sera encore à même de s'acquitter de ses dettes à mesure que celles-ci viennent à échéance, et ce, pour une période d'au moins douze mois (test de liquidité).

hérent d'être débordant d'optimisme et de confiance dans un contexte économique difficile? Notre position est qu'il faut être très attentif. Tout est une question de pondération.

Si nous prenons une société X clôturant au 31.12.N. celle-ci présente un bénéfice estimé au 30.09.N de 50.000 EUR. Connaissant son marché, elle sait que la fin d'année est rarement déficitaire. Quelles sont ses possibilités?

- Provisionner en vue de sa dette fiscale via des versements anticipés;
- Prévoir un dividende selon ses résultats définitifs;
- Optimiser sa situation fiscale via des bonus pour les personnes « méritantes ».

La possibilité du tantième reste une prérogative de l'assemblée générale mais, et c'est souvent le cas dans les PME, une personne peut avoir de multiples casquettes. Il y a donc le choix entre diverses formules, où l'E.I.P. et le back-service ont leurs rôles, avec une pondération qui peut être adaptée.

À l'opposé, que penser de la situation suivante :

La société est une société débutante et peine à trouver son bénéfice. Elle se trouve dans une situation où elle n'a pas de dette, a beaucoup investi pour son expansion et a eu recours à l'emprunt bancaire. Le dirigeant a un projet immobilier en tête afin de profiter du calme de la campagne plutôt que de rester dans son appartement au centre-ville. Il sait qu'il peut compter sur un cash-flow positif de 1.500 EUR. Est-il prudent d'engager la société via un back-service de 10.000 EUR, 20.000 EUR ou 50.000 EUR?

Si celui-ci est financé par un autre emprunt bancaire, cela change-t-il la donne? Il y a-t-il un conflit d'intérêts?

Quels sont donc les risques associés à des choix de gestion plus risqués?

- Responsabilité du dirigeant d'entreprise par rapport à l'AG;
- Responsabilité par rapport aux tiers;
- Responsabilité en cas de procédure réorganisation judiciaire/faillite;
- Perte de crédibilité par rapport aux banques, car les systèmes informatiques ne perçoivent peut-être pas l'optimisation fiscale en ne constatant qu'une perte comptable récurrente.

Ces comportements d'optimisation du patrimoine personnel sont-ils admissibles au détriment de la société? En cas de faillite est-ce encore excusable?

Notre avis reste encore une fois d'être dans la modération et l'analyse sur les 12-24-36 mois plutôt que d'aller vers l'optimisation fiscale à court terme.

Cela étant dit, peut-on considérer cette situation comme un conflit d'intérêt et que faire pour s'en prémunir?

L'Assemblée générale reste souveraine à ce sujet et se doit d'être informée des choix et décisions qui pourraient être perçus comme « tendancieux ». Il nous semble dès lors souhaitable de lister ces éléments afin de les soumettre à l'assemblée. Une question et une information en cours d'année via une assemblée extraordinaire peuvent permettre de se décharger et d'avoir un accord en interne sur les éléments et sur le projet escompté. De la même manière que l'absence d'application de la procédure de la sonnette d'alarme¹² ne peut être justifiée par des comptes annuels n'ayant pas encore été établis ou approuvés, il nous semble raisonnable de soumettre pour approbation une situation potentiellement constitutive d'un conflit d'intérêts.

Le procès-verbal de l'assemblée générale devrait être le document de consignation « in extenso » des points validés de manière individuelle et argumentée, suite à une réflexion sérieuse sur les raisons économiques, commerciales ou l'intérêt autre que fiscal des opérations envisagées.

Les points liés à la rémunération du gérant et les avantages pour celui-ci devraient, à titre préventif, faire l'objet d'une prise de connaissance et d'une approbation spécifique. Il en va de même pour les montants versés à titre d'intérêts pour les conventions de prêt entre le gérant et la société.

Les sociétés sont souvent créées pour des raisons de séparation des patrimoines, de responsabilité et parfois pour des raisons fiscales. Leur utilité est compensée par un formalisme accru, car la société est une entité juridique distincte. Nous ne pouvons malheureusement nier toutes les contraintes et les conflits. Afin de mieux interagir avec la société et de limiter les risques de responsabilité, les conflits d'intérêts et les risques financiers, le professionnel se doit de prendre une position de conseiller mais aussi et surtout d'analyser en tant qu'observateur extérieur neutre pour identifier les points soumis à discussion. Une fois la situation analysée, il est possible de réaliser les procédures ad hoc et/ou de réfléchir à des solutions alternatives. Notre conseil, dans l'intérêt du client, est d'adapter sa position pour le faire réfléchir aux conséquences de ses choix, aux points de vue juridiques, économiques et fiscaux. Il nous semble donc primordial d'attirer son attention et de prévenir plutôt que guérir.

3. La sanction

On ne peut évoquer la question des conflits d'intérêts sans évoquer la question des sanctions qui s'y attachent. En effet, on est souvent amené à négliger de prendre en compte le conflit d'intérêts du fait que la sanction semble abstraite. Pourtant le couperet n'est pas loin.

¹² Cass. – 1re chambre – Arrêt du 24 mai 2018 – Rôle n° C. 17.0290. N.

Il nous faut faire la distinction classique entre la sanction civile et la sanction pénale. Il existe deux sanctions civiles pouvant s'appliquer : l'annulation de la décision entachée de conflit d'intérêt et la responsabilité civile au sens strict, c'est-à-dire la réparation du dommage subi.

Ces deux sanctions peuvent être actionnées simultanément et, souvent, la mise en cause de la responsabilité civile découle notamment de l'annulation de la décision querellée.

Lorsque le Code envisage un cas de conflit d'intérêt, il prévoit explicitement que la société peut introduire une demande en annulation de la décision prise en violation des dispositions relatives aux conflits d'intérêts. On imagine le cas d'un Conseil d'administration d'une S.A. qui découvre après coup l'existence du conflit d'intérêts dans le chef d'un de ses administrateurs. Dans ce cas, la société pourra obtenir l'annulation de la décision querellée. Par contre, ce ne sera pas le cas lors d'un conflit d'intérêts au sein d'une SCS par exemple, à défaut de disposition similaire.

De même, en cas de changement de gérance, par une décision de l'assemblée générale, ou par une faillite et nomination d'un curateur, le nouveau gérant de la société pourrait décider d'attaquer la décision prise par l'ancien gérant en violation des dispositions du Code. L'effet de cette annulation permettra à la société de se délier de l'opération réalisée et d'imposer de remettre la société et le tiers dans l'état dans lequel ils se trouvaient avant l'opération. Cette annulation n'est pas indolore pour le gérant indélicat puisqu'il devra assumer les conséquences financières de cette annulation et indemniser tant la société que le tiers à l'opération du dommage subi par l'annulation. Cette faculté de demander l'annulation de l'opération concernée appartient à la société.

Un tiers ne peut être à l'initiative de la demande en annulation, quand bien même il serait lésé par la décision. En effet, les dispositions légales visant à encadrer les conflits d'intérêts visent à protéger la société contre son gérant indélicat. Dans ce contexte, si la société n'actionne pas la demande en annulation, le tiers ne pourra y pallier. Cependant, cela ne l'empêche pas de mettre en cause la responsabilité du gérant indélicat pour une faute de gestion, c'est la deuxième forme de sanction.

Les dirigeants d'une société sont mandataires de celle-ci. Les dispositions relatives au mandat dans le Code civil se voient appliquer¹³. Ainsi, un mandataire doit rendre compte de sa gestion et assumer sa responsabilité sur ses fautes de gestion.

Pour rappel, la responsabilité d'un mandataire ne peut être engagée que s'il commet une faute de gestion, que cette faute a entraîné un dommage et qu'il y a un lien causal entre le dommage et la faute.

Le non-respect des dispositions du Code constitue une faute de gestion par nature. Partant, lorsqu'un dirigeant tenu par le Code d'appliquer la procédure de conflit d'intérêts s'abstient de le faire, la faute de gestion est établie à suffisance et, si le dommage et le lien causal est établi, ce dirigeant sera tenu d'indemniser tant le dommage subi par la société que par le tiers à l'opération.

De nombreux dirigeants négligent ce risque au motif qu'ils sont à la tête de leur société et que donc cette société ne se retourne jamais contre eux. Ce raisonnement ne peut être suivi, car le risque est toujours bien là. En effet, l'action en responsabilité est ouverte au tiers à l'opération, qui pourra trouver ici une voie d'indemnisation s'il se trouve lésé par la décision prise.

De plus, les dirigeants qui négligent les conflits d'intérêts sont souvent négligents dans la gestion de leur société de manière générale. Cette négligence peut entraîner de grandes difficultés pour la société et l'amener par exemple à déposer une demande en réorganisation judiciaire ou à attirer l'attention du Ministère public. Et la négligence mise en évidence dans le cadre des procédures de sauvegarde des entreprises, un administrateur provisoire pourrait être désigné par le Tribunal pour mettre de l'ordre dans la société. En constatant les fautes de gestion du gérant, l'administrateur provisoire pourrait décider d'agir, en premier en annulation des décisions prises s'il se trouve dans les cas prévu par la loi, en second en responsabilité du gérant pour sa faute de gestion.

Si la négligence du gérant a entraîné de telles difficultés que la société se trouve en cessation de paiement avec ébranlement du crédit, le Tribunal de l'entreprise pourra prononcer la faillite de la société et simultanément désigner un curateur qui prendra la direction de la société pour les besoins de la faillite. Pareillement que l'administrateur provisoire, le curateur pourra agir en nullité de la décision et en responsabilité du gérant. La différence entre l'administrateur provisoire et le curateur est subtile mais importante puisque l'administrateur provisoire veille à la survie de la société et, à cet égard, pourra poser un choix d'opportunité sur la mise en œuvre des actions dont nous parlons dans un souci de maintien de la société et de ses possibilités de survie. Par contre, le curateur a pour objectif de liquider les actifs et payer le passif. Pour ce faire, l'action en responsabilité contre le gérant est souvent un mécanisme efficace en vue d'augmenter l'actif de la faillite au bénéfice de la masse.

Et si nous sommes en présence d'un conflit d'intérêts qui n'est pas prévu par le Code? Nous avons vu que sur base de l'obligation du mandataire de répondre de sa gestion, nous ne pouvons faire l'impasse d'examiner cette question. Le fait qu'aucune disposition du Code des sociétés n'impose une procédure au conflit d'intérêt en cause n'exonère pas le dirigeant de prendre un minimum de précautions face à la décision qu'il doit prendre. En effet, en cas d'opération

13 Code civil, articles 1984 à 2010.

ou de décision contraire aux intérêts de la société et teintée d'une problématique de conflit d'intérêts, le Juge pourrait y voir une faute de gestion par le dirigeant concerné. Cela implique que ce dirigeant risque de voir sa responsabilité civile engagée quand bien même le cas de conflit d'intérêts n'est pas formellement encadré par la loi. La différence par rapport aux cas de conflits d'intérêts prévus par la loi réside en ce que le constat d'une faute de gestion n'est pas directement rattaché à la violation d'une disposition légale. Ainsi, le Juge aura une marge d'appréciation en fait très étendue pour estimer si la décision querrelée est constitutive d'une faute de gestion ou non. La mise en cause de la responsabilité civile du dirigeant se présente donc comme un peu plus compliquée, mais reste bien possible.

En ce qui concerne la demande en annulation de l'acte, comme nous l'avons évoqué ci-dessus, à défaut de base légale similaire, la société victime d'une décision prise dans le cadre d'un conflit d'intérêts non prévu par la loi ne dispose pas d'un droit d'action en annulation contre cette décision. Ainsi, selon le pouvoir de représentation de son dirigeant, la société est valablement engagée par cette décision, sans préjudice de la remise en cause de la convention en raison d'un vice qui l'entacherait selon le droit commun des contrats.

Il nous faut également envisager la question de la responsabilité pénale. En effet, un dirigeant de société pourrait voir, dans certaines circonstances, sa responsabilité pénale engagée suite à une problématique de conflit d'intérêts.

Le Code des sociétés ne prévoit pas d'infraction pénale en cas de non-respect des dispositions en matière de conflit d'intérêts. Cependant, les dispositions générales du Code pénal peuvent trouver à s'appliquer.

Nous pouvons relever par exemple l'abus de biens sociaux¹⁴, c'est-à-dire le fait d'utiliser les biens ou les crédits de la société d'une manière telle que le dirigeant savait préjudiciable aux intérêts patrimoniaux de la société et de ses associés ou créanciers, et ce avec une intention frauduleuse et à des fins personnelles. Cette infraction est punissable d'une peine d'emprisonnement allant jusqu'à 5 ans de prison et 500.000 EUR d'amende¹⁵. On retrouve ici la notion d'atteinte à l'intérêt patrimonial de la société par un acte posé par le dirigeant de celle-ci. Contrairement au

conflit d'intérêts, qui existe dès qu'il y a une opposition potentielle entre les intérêts, l'infraction d'abus de biens sociaux exige que l'atteinte à l'intérêt patrimonial de la société soit consommée.

Les conditions d'application de cette infraction sont plus restrictives de sorte que toute situation de conflit d'intérêts n'entraîne pas nécessairement un abus de biens sociaux en cas de négligence. Cependant, on peut aisément imaginer qu'un nombre important de décisions prises sans prendre en compte la problématique du conflit d'intérêts puisse constituer une infraction d'abus de biens sociaux. Enfin, et sans rentrer dans une analyse exhaustive du rapport entre le conflit d'intérêts et l'infraction d'abus de biens sociaux, il faut relever qu'au vu de l'autonomie du droit pénal par rapport au droit des sociétés, le respect des dispositions en matière de conflit d'intérêts ne protège pas nécessairement le dirigeant d'une éventuelle commission d'infractions d'abus de biens sociaux, mais le respect des dispositions légales le dote d'arguments de défense utiles.

D'autres infractions pourraient éventuellement être relevées comme les infractions pénales dans le cadre des faillites ou l'escroquerie, mais nous dépasserions le cadre de notre propos.

4. Conclusion

En définitive, il apparaît que la matière des conflits d'intérêts est loin d'être anodine. Les implications juridiques en termes de responsabilité sont importantes et les dirigeants devraient prendre leurs décisions avec la plus grande précaution lorsqu'ils sont en présence d'intérêts patrimoniaux opposés. Entre-autres, la fixation de sa rémunération et de ses avantages par le dirigeant devrait faire l'objet d'une attention spécifique et d'une analyse sérieuse afin d'éviter des problèmes par la suite. Les points que nous avons développés dans notre réflexion démontrent qu'une négligence en la matière peut être lourde en conséquences malgré le sentiment d'impunité de nombreux opérateurs économiques.

Florian LOMBARD

Substitut du Procureur du Roi de Liège spécialisé en matière fiscale

Laurent RICHARD

Comptable-fiscaliste agréé IPCF

14 Code pénal, article 492bis.

15 Ce montant doit être augmenté des décimes additionnels, soit un multiplicateur de 8 actuellement.