

COMMISSION DES NORMES COMPTABLES

Avis 2010-1 INTERPRÉTATION DE L'OBLIGATION DE PUBLICATION DES TRANSACTIONS SIGNIFICATIVES AVEC DES PARTIES LIÉES, EFFECTUÉES EN DEHORS DES CONDITIONS DU MARCHÉ, TELLE QUE PRÉVUE PAR L'ARRÊTÉ ROYAL DU 10 AOÛT 2009

Avis du 13 janvier 2010

L'arrêté royal du 10 août 2009 (M.B. 24.08.2009) réalise la transposition, en droit comptable belge, des articles 1^{er}, 6) et 2, 1) de la Directive 2006/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 modifiant les directives du Conseil 78/660/CEE concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, 83/349/CEE concernant les comptes consolidés, 86/635/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des banques et autres établissements financiers, et 91/674/CEE concernant les comptes annuels et les comptes consolidés des entreprises d'assurance (Journal officiel de l'Union européenne, L 224/1, 16.08.2006).

1. Introduction

Les obligations complémentaires imposées par l'arrêté royal à certaines catégories de sociétés, s'inscrivent dans le cadre d'un certain nombre de mesures européennes relatives à l'amélioration de la *corporate governance*. Ces obligations renforcent la transparence des transactions avec des parties liées et des opérations non inscrites au bilan et améliorent la communication des informations sur les pratiques de *corporate governance* dans le chef des sociétés. Ainsi, elles confirment la responsabilité collective des membres des organes de direction, de surveillance ou d'administration envers les actionnaires et les autres parties prenantes.

L'arrêté en question impose notamment à certaines catégories de sociétés l'obligation de mentionner, dans l'annexe des comptes annuels, certaines données relatives aux transactions significatives, entre des parties liées, effectuées en dehors des conditions du marché.

A son considérant (6), *in fine*, la Directive prévoit que la divulgation des transactions importantes avec des parties liées, effectuées en dehors des conditions du marché, peut aider les utilisateurs des comptes annuels à apprécier la situation financière de la société, ainsi que, lorsque la société appartient à un groupe, la situation du groupe dans son ensemble. Ce considérant a été repris dans le Rapport au Roi accompagnant l'arrêté cité du 10 août 2009.

La Commission a été interrogée sur la question de savoir précisément quelles transactions devaient être mentionnées.

2. Champ d'application

a. Première catégorie

D'une part, sont tenues de divulguer dans l'annexe des informations relatives aux transactions significatives, avec des parties liées, effectuées en dehors des conditions de marché, les catégories de sociétés suivantes : les sociétés cotées¹, les sociétés dont les titres sont admis à la négociation dans un système MTF (Multilateral Trading Facility) tel que visé à l'article 2, 4° de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, et les sociétés qui dépassent plus d'une des limites visées à l'article 16, § 1^{er}, alinéa premier du Code des Sociétés.

Cependant, conformément à la directive, l'arrêté royal prévoit l'exception suivante : « *Cette information n'est pas requise pour les transactions qui ont lieu entre deux ou plusieurs membres d'un groupe, à condition que les filiales concernées par la transaction soient entièrement la propriété d'un tel membre*² ».

En ce qui concerne l'interprétation de ce passage, la Commission estime que sont visées les transactions qui ont lieu entre les sociétés du groupe qui sont intégralement³ la propriété du groupe. Ces transactions ne doivent pas, dès lors, être reprises dans ce nouvel état de l'annexe.

Par exemple, supposons que la société mère A détient 99 pour cent des actions de la filiale X ainsi que de la filiale Y. Y détient le pour cent restant de X et Y détient les actions restantes de X. Dans ce cas, X et Y appartiennent intégralement au groupe. Les transactions importantes qui auraient été effectuées entre A, X et Y, en dehors des conditions du marché, ne doivent pas être reprises dans le nouvel état de l'annexe⁴.

Il en va de même si, par exemple, la société mère A détient 100 pour cent des actions de la filiale X et 40 pour cent de la société Y, X détenant les 60 pour cent restants de Y. Dans ce cas, les transactions importantes entre A, X et Y, effectuées en dehors des conditions du marché, ne doivent pas non plus être reprises dans le nouvel état de l'annexe.

¹ Cf. l'article 4, C.Soc.

² L'article 1, 6), Directive 2006/46/CE prévoit que « Member States may exempt transactions entered into between two or more members of a group provided that subsidiaries which are party to the transaction are wholly owned by such a member ».

³ Ou si l'organe d'administration de la société peut démontrer que l'importance d'une participation minoritaire éventuelle pourrait être négligeable (par exemple 1%). Cependant, il convient ici de mentionner que, dans le cas d'une société anonyme, les actionnaires minoritaires peuvent intenter une action minoritaire qui, au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs, possèdent des titres auxquels est attaché au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour, ou à ce même jour, possèdent des titres qui représentent une partie du capital d'une valeur d'au moins 1.250.000 EUR.

⁴ Il en sera de même pour les transactions qui ont lieu entre deux filiales, dans le cas où la même société mère détient 100 pour cent des actions de ces deux filiales.

b. Deuxième catégorie

Les sociétés *anonymes* qui n'appartiennent pas aux trois catégories de sociétés citées ci-dessus, mentionnent uniquement les transactions significatives, effectuées en dehors des conditions de marché, directement ou indirectement entre la société et ses actionnaires principaux et entre la société et les membres des organes de direction, de surveillance ou d'administration.

3. Principe de matérialité

Les transactions concernées ne doivent être reprises dans l'annexe que si elles sont *significatives*.

La Commission estime que le législateur a voulu, par ce passage, exprimer que, des transactions concernées, seules les transactions revêtant une importance *matérielle* doivent être reprises dans l'annexe. La notion d'« importance matérielle » est utilisée dans l'acception généralement admise de ce terme au niveau international (dans le contexte des comptes annuels), selon laquelle l'information revêt une importance matérielle lorsque son omission ou son inexactitude peut influencer les décisions économiques que les utilisateurs prennent sur la base des comptes annuels.⁵⁶

La question de savoir si une transaction est significative ou non, doit s'examiner également à la lumière de l'objectif de l'arrêté concerné, c'est-à-dire, l'amélioration de la politique de *corporate governance*.

4. Transactions effectuées en dehors des conditions du marché

Il faut observer avant tout que la Directive ne définit pas elle-même ce qu'il faut entendre par ce concept.

En ce qui concerne les transactions effectuées *dans des conditions autres que celles du marché*, la Commission européenne justifie l'introduction de ce passage, dans le document "European Commission proposal for amending the Accounting Directives - Frequently Asked Questions", comme suit : "*Therefore, it is preferable to limit the disclosure to those transactions which have been concluded with the involvement of parties who may potentially have a conflict of interest, in other words transactions not performed at "arm's length", i.e. not under normal market conditions.*"⁷

Il ressort de ce passage que, par « *transactions effectuées dans des conditions autres que celles du marché* », il faut entendre les transactions qui ne sont pas réalisées « *at arm's length* ».

⁵ Rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé.

⁶ Il peut également être référé en ce sens à l'article 524, § 1, troisième alinéa, 2°, C.Soc. qui prévoit que toute décision ou toute opération accomplie en exécution d'une décision prise par une société cotée est préalablement soumise à la procédure établie aux §§2 et 3 du même article. Cependant, cette procédure ne doit pas être appliquée aux opérations représentant moins d'un pour cent de l'actif net de la société, tel qu'il résulte des comptes annuels (consolidés).

⁷ MEMO/04/246, Brussels, 28.10.2004.

Le concept de « *conditions [normales] du marché* » n'est pas nouveau dans la législation belge.

L'arrêté royal du 14 novembre 2007 relatif aux obligations des émetteurs d'instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé, prévoit dans son article 13, § 6, que, pour les émetteurs d'actions, le rapport de gestion intermédiaire fait également état des principales transactions entre parties liées et de leur incidence sur le jeu d'états financiers résumés. Le troisième alinéa du même article stipule notamment que : « *S'il n'est pas tenu d'établir des comptes consolidés et qu'il n'établit pas ses comptes statutaires conformément aux normes comptables internationales, l'émetteur visé à l'alinéa 1^{er} rend publiques au moins les transactions entre parties liées, y compris le montant de ces transactions, la nature de la relation avec la partie liée ainsi que toute autre information sur les transactions nécessaire à l'appréciation de la situation financière de l'émetteur, si ces transactions présentent une importance significative et n'ont pas été conclues aux conditions normales du marché⁸ ».*

De même, dans le Code des Sociétés, cette notion n'est pas inconnue. En ce qui concerne l'opposition d'intérêts, l'article 261 (relatif à la SPRL)⁹ et les articles 523 et 524 (relatifs à la SA)¹⁰ stipulent que les contrats ou les opérations qui n'ont pas lieu dans les conditions (et sous les garanties) normales (du marché), doivent être mentionnés.

L'article 629, § 1^{er} du Code des Sociétés relatif au financement par une société anonyme de l'acquisition de ses titres par un tiers, prévoit également que : « *Les avances de fonds, prêts ou sûretés accordés par une société anonyme en vue de l'acquisition de ses actions ou de ses parts bénéficiaires ou en vue de l'acquisition ou de la souscription par un tiers de certificats se rapportant à des actions ou des parts bénéficiaires doivent satisfaire aux conditions suivantes : 1° les opérations ont lieu sous la responsabilité du conseil d'administration à de justes conditions de marché¹¹, notamment au regard des intérêts perçus par la société et des sûretés qui lui sont données ».*

⁸ Nous soulignons.

⁹ L'article 261, C.Soc. : « *Lorsque le gérant est l'associé unique et qu'il se trouve placé dans l'opposition d'intérêts visée à l'article 259, § 1^{er}, il pourra prendre la décision ou conclure l'opération mais il devra rendre spécialement compte de celle-ci dans un document à déposer en même temps que les comptes annuels.*

Il sera tenu tant vis-à-vis de la société que vis-à-vis des tiers de réparer le préjudice résultant d'un avantage qu'il se serait abusivement procuré au détriment de la société.

Les contrats conclus entre lui et la société sont, sauf en ce qui concerne les opérations courantes conclues dans des conditions normales, inscrits dans le document visé à l'alinéa 1. »

¹⁰ L'article 523, C.Soc. : « *... De même, le § 1^{er} et l'article 524ter ne sont pas d'application lorsque les décisions du conseil d'administration concernent des opérations habituelles conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature. L'Article 524, § 1^{er}, C.Soc. : Toute décision ou toute opération accomplie en exécution d'une décision prise par une société cotée, est préalablement soumise à la procédure établie aux §§ 2 et 3, lorsqu'elle concerne :...* Le présent article n'est pas applicable :

1° aux décisions et aux opérations habituelles intervenant dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature ».

¹¹ Nous soulignons.

5. Conclusion

Au regard de ce qui précède, la Commission est d'avis que les transactions visées sont celles qui, *d'une part*, peuvent être qualifiées de matérielles et, *d'autre part*, sont effectuées en dehors des conditions du marché. Les transactions effectuées en dehors des conditions du marché peuvent être définies comme « *des opérations qui ne sont pas conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature* ».

Bien que la notion de « *conditions autres que celles du marché* » ne s'avère pas méconnue dans la législation belge, l'interprétation de cette notion conceptuelle demeure difficile. Au moment de déterminer si une transaction a lieu ou non dans les conditions du marché, il faut toujours tenir compte du contexte à l'intérieur duquel la transaction concernée est effectuée. La Commission souligne ici, compte tenu de l'objectif poursuivi par l'arrêté royal en question en matière de *corporate governance*, la responsabilité de l'organe d'administration.