

Le commissaire et la fraude – responsabilité accrue de l’auditeur en cas de fraude¹



K. AERTS²
Avocat

Introduction

D’aucuns s’attendent à ce que l’actuelle crise liée au coronavirus augmente la fréquence des cas de fraude. Les aides publiques inédites invitent à la fraude. En outre, les mécanismes normaux de contrôle interne et d’audit externe perdent quelque peu en efficacité en raison du télétravail.

L’histoire nous apprend que les scandales comptables qui entraînent le plus souvent l’auditeur dans leur sillage sont les dossiers de fraude. Les cas d’envergure sont généralement le fait de la direction supérieure ou de l’administrateur, parfois avec la complicité de l’auditeur, mais il est rare que l’auditeur joue lui-même un rôle actif (en tant que co-auteur).

Même sans implication directe de l’auditeur, les plaintes liées à la fraude ont tendance à suivre l’auditeur, qui n’a pas relevé un *red flag*. Il est dès lors dans l’intérêt de l’auditeur, surtout en cette période de crise, d’être vigilant à toute fraude potentielle.

La présente contribution aborde la position juridique de l’auditeur en cas de fraude détectée à la suite d’audits financiers (contrôle des comptes annuels).

Les questions suivantes seront examinées :

- 1) Qu’est-ce que la fraude ?
- 2) Quelle fraude doit être décelée par l’auditeur ? (détection)
- 3) Quelle fraude l’auditeur doit-il signaler, et à qui ? (reporting)
- 4) De quelle fraude l’auditeur peut-il être tenu pour (co)responsable ?
- 5) Existe-t-il une jurisprudence pertinente ?

Qu’est-ce que la fraude ?

¹ Voir également l’éditorial de mars 2021 du président de l’IRE, T. MEULEMAN, « De rol van de bedrijfsrevisoren geconfronteerd met frauderisico’s /Le rôle des réviseurs d’entreprises face aux risques de fraude », TAA 2021, n° 70, 1-5: <https://www.icci.be/docs/default-source/fr/Documents/publications/magazine-taa/TAA-7052957c4b-ec92-4664-bcd6-6808fc73f262>

² K. AERTS, *Taken en Aansprakelijkheden van Commissarissen en Bedrijfsrevisoren*. Tweede editie, Bibliotheek Venootschaps- en Financieel Recht, Brussel, Intersentia, 2020, 251 p.

La fraude n'est pas définie dans le Code des sociétés et des associations (CSA) ni dans ses arrêtés d'exécution : la législation sur les sociétés ne parle nulle part de fraude³.

Les normes d'audit internationales (ISA⁴) applicables font quant à elles fréquemment référence à la fraude et en donnent une définition claire : « *un acte intentionnel commis par un ou plusieurs membres de la direction, personnes constituant le gouvernement d'entreprise, membres du personnel ou tiers, impliquant des manœuvres dolosives dans le but d'obtenir un avantage indu ou illégal* » (par. 11 de la norme ISA 240).

La fraude est par définition intentionnelle⁵.

L'introduction de la norme ISA 240 énumère également les « *caractéristiques de la fraude* », en indiquant la mesure dans laquelle la fraude est différente des erreurs : le critère distinctif est le caractère intentionnel de l'acte. Sans intention, il n'est pas question de fraude, tout au plus d'une faute ou d'une négligence ayant une influence sur les états financiers :

« *Des anomalies dans les états financiers peuvent provenir de fraudes ou résulter d'erreurs. L'élément distinctif entre la fraude et l'erreur réside dans le caractère intentionnel ou non de l'acte qui en est à l'origine.* » (norme ISA 240, par. 2).

La fraude se distingue donc des erreurs de calcul ou d'interprétation, qui ne sont pas intentionnelles⁶.

³ Dans le secteur des assurances également, on parle de « zones grises », voir notamment C. VAN SCHOU BROECK, « Fraude in verzekeringen lichtjes anders bekeken », R.DC-TBH 2004/1, 3-21: « *Il n'y pas de consensus quant à la définition de la fraude. Les organisations professionnelles ont défini le concept de la fraude à l'assurance et le droit des assurances fournit également différentes descriptions. Dans le droit des assurances, qui repose sur le principe de l'indemnisation, on trouve plusieurs exemples de distinction entre fraude et actes de l'assuré qui sont simplement fautifs.* »

⁴ Le contrôle des comptes annuels (« audit des états financiers »), tel que confié au réviseur d'entreprises en vertu du droit des sociétés belge, doit être exécuté conformément aux Normes internationales d'audit (ISA), selon la version en français et en néerlandais publiée sur le site Web de l'IRE approuvée par le Conseil supérieur des professions économiques et le ministre fédéral de l'économie, pour lesquelles un avis a été publié au Moniteur belge. Depuis 2016, le Conseil de l'IRE ne jouit plus que d'un droit d'initiative pour formuler des projets de normes et de recommandations : le Conseil supérieur des professions économiques (CSPE) et le ministre de l'économie peuvent lui demander de formuler un projet qui sera suivi d'une consultation publique, en l'absence de quoi le CSPE soumettra lui-même un projet à l'approbation du ministre. Les ISA ou *International Standards on Auditing (normes internationales d'audit)*, telles que traduites et approuvées par le Conseil supérieur des professions économiques (CSPE) et le ministre de l'économie (art. 31, § 2 loi du 7 décembre 2016) sont contraignantes pour les réviseurs d'entreprises (art. 31, § 4, premier alinéa de loi du 7 décembre 2016) et sont des lois matérielles au sens de l'article 608 du Code judiciaire (Cass. 24 mai 2007, *JLMB* 2008, 129). Elles sortent leurs effets après publication de l'avis d'approbation au Moniteur belge.

⁵ P. LELEU, S. QUINTART, L. ACKE et N. HOUYOUX, « De rol van de bedrijfsrevisor in de strijd tegen fraude: ISA-benadering/Le rôle du réviseur d'entreprises dans la lutte contre la fraude: une approche ISA », *TAA* 2012, n° 34, 4.

⁶ I. DE BEELDE, « De fraudeproblematiek en de bedrijfsrevisor – Een internationale benadering » dans *Controlegids Jaarrekening* 1994, n° 8-9, C9.

La norme ISA 240 précise également que même si le concept juridique de la fraude est large (acte intentionnel, trompeur et visant à générer un avantage), la fraude à laquelle l'auditeur doit prêter attention est celle qui entraîne des anomalies dans les états financiers : « *Bien que la fraude relève d'un concept juridique large, pour les besoins des Normes ISA l'auditeur n'est concerné que par la fraude entraînant une anomalie significative dans les états financiers.* » (norme ISA 240, par. 3).

La fraude pertinente pour l'auditeur porte sur des actes intentionnels entraînant une anomalie significative dans les états financiers : « *anomalies intentionnelles* ».

Appliqué au contexte belge, l'auditeur devra uniquement prêter attention à la fraude qui affecte les comptes annuels (provoquant des anomalies ou « *misstatements* ») dans une mesure suffisamment importante (significative ou « *material* »).

Comme nous le verrons plus loin, toute fraude qui affecte l'image fidèle des comptes annuels sera pertinente pour l'auditeur. La fraude qui constitue une infraction à une législation spécifique, comme le droit des sociétés et le droit comptable, sera également toujours pertinente dans la mesure où le CSA prévoit une obligation de signalisation à ce sujet.

La fraude peut avoir un impact :

- sur l'image fidèle des comptes annuels (anomalies qui, cumulées, sont significatives pour les états financiers) ;
- sur la gestion de l'entreprise (aspects opérationnels, la bonne conduite des opérations) ;
- sur les actifs (escroquerie, disparition de stocks, etc.) ;
- sur le passif (frais d'enquêtes internes, procédures juridiques, etc.) ; et
- sur la position de cash-flow (risque de demandes d'indemnisation, d'amendes et autres sanctions⁷).

Un tel impact rend la fraude pertinente dans le cadre de l'audit.

Lorsqu'une fraude est « *manifestement sans conséquence* »⁸, elle ne devra pas être signalée. La disparition régulière (appropriation) de matériel de bureau à hauteur de cent euros par mois peut être qualifiée de fraude, mais sera rarement pertinente.

L'autre extrême se produit lorsqu'il est question de fraude significative et généralisée⁹ (« *material and pervasive* »), qui affecte les états financiers et constitue peut-être également une menace pour la pérennité de l'entreprise (« *going concern* »). Dans de tels cas, une obligation de signalisation multiple peut en résulter, sur différentes bases (voir *infra*).

Les types de fraude pertinentes pour l'auditeur sont doubles :

⁷ E. Wymeersch, « NOCLAR or how accountants deal with suspected or occurred breaches of the law », TAA 2017, n° 54, 41 : « *It makes it clear that not only violations with a direct impact on the accounts or disclosures are viewed, but also those that may fundamentally affect the operations, its ability to continue business or avoid material penalties.* »

⁸ ISA 250, par. 22 (voir également ISA 240, A60, où il est question de fraude « *sans réelle importance* », « *par exemple, un détournement de fonds mineur commis par un salarié de l'entité occupant un poste peu élevé dans la hiérarchie* »).

⁹ La traduction officielle des normes ISA parle « d'incidences diffuses » de la fraude.

« L'auditeur s'intéresse à deux types d'anomalies intentionnelles : les anomalies résultant de l'élaboration d'informations financières mensongères et les anomalies résultant d'un détournement d'actif. Bien que l'auditeur puisse suspecter ou, dans de rares cas, identifier la survenance d'une fraude, il n'a pas à qualifier l'acte pour déterminer si une fraude existe réellement au sens juridique du terme. » (norme ISA 240, par. 3).

Le vol d'actifs (de biens d'entreprise) et l'utilisation de manœuvres dolosives intentionnelles dans les états financiers constituent des formes pertinentes de fraude. Pour faire simple, la fraude est une question de « *vol et mensonge* ».

Le même paragraphe de la norme ISA 240 nous apprend que l'auditeur ne peut se limiter à la fraude déjà « légalement établie » (détermination pour laquelle d'autres organismes sont compétents): l'auditeur peut conclure, sur la base de ses propres soupçons ou de sa propre identification de la fraude, qu'une fraude réelle, suspectée ou alléguée est suffisamment pertinente pour faire l'objet d'une enquête plus approfondie et, le cas échéant, si les faits sont confirmés ou si les soupçons ne sont pas contredits, la signaler.

Avant de déterminer quelle fraude doit être signalée, nous allons nous pencher sur la fraude qui devrait apparaître à la suite d'un audit normal et la fraude que l'auditeur devrait déceler (détection, voir *infra*).

Quelle fraude doit être décelée par l'auditeur ?

Le législateur belge n'a imposé aucune obligation légale au commissaire pour la recherche active de fraude (le concept de fraude ne figure pas dans le CSA).

La fraude ne constitue pas une catégorie distincte d'infractions pour laquelle le droit belge a élaboré un règlement différent, raison pour laquelle la détection et la signalisation de la fraude doivent être évaluées à la lumière de l'article 3:75 du CSA (*ubi lex non distinguit, distinguere non debemus* – là où la loi ne distingue pas, nous ne devons pas non plus le faire).

Même si la législation belge n'oblige pas le commissaire à procéder à une détection active de la fraude, le commissaire a en Belgique l'obligation légale de vérifier l'absence d'infractions dans des domaines dont la conformité doit être certifiée (par ex. infractions à la législation comptable) ; cette obligation peut donner lieu à la détection de fraude qui concerne un cas de non-conformité (*non-compliance*). Les violations d'une réglementation spécifique pour laquelle l'audit a spécialement été prévu par le législateur doivent être décelées.¹⁰

De telles infractions doivent être décelées, qu'elles revêtent un caractère frauduleux ou non. Par conséquent, le commissaire vérifiera toujours le respect par l'entité auditée de la réglementation

¹⁰ Le commissaire doit en effet vérifier le caractère sincère (et réel) des opérations comptabilisées, voir J. BRANSON, D. BRESCH et K. HARDIES, *Auditing*, Brugge, die Keure, 2017, 8. Pour un précédent en droit anglais, l'affaire *Re City Equitable Fire Assurance Company* (1925), dans laquelle le juge a confirmé que l'auditeur aurait dû découvrir la vente de certificats financiers, en dépit de la fausse déclaration du gérant-agent de change, dans un cas où de tels certificats avaient été comptabilisés au titre d'actifs à la fin de chaque exercice, alors qu'ils avaient en réalité été vendus et les revenus affectés au camouflage de pertes, voir D. GODSELL, *Auditors' Legal Duties and Liabilities*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, 65.

soumise expressément au contrôle révisoral (comme le droit relatif aux comptes annuels et le droit comptable, art. 3:75, § 1, 3° CSA).¹¹ La conformité avec les statuts en relève également, notamment en ce qui concerne la répartition du résultat.

D'autres infractions, comme des constructions fiscales ou des violations de la législation sociale ou environnementale, doivent être contrôlées dans la mesure où elles ont une incidence directe sur les comptes annuels, par exemple lorsqu'une réserve pour un risque financier doit être constituée ou expliquée dans les états financiers.

Ce qui nous conduit aux « NOCLAR » (« *Non-compliance with Laws and Regulations* »), qui ont été fréquemment abordées ces dernières années, surtout au niveau international, et auxquelles des contributions intéressantes de la présente revue ont été dédiées¹². La détection et la signalisation de la non-conformité sont clarifiées dans ces récentes publications à l'aide de la norme ISA 250, assortie de recommandations pour l'auditeur par catégorie de législation et réglementation.

La norme ISA 250 contient une liste d'indications pertinentes de non-respect (A13) dont il peut être tenu compte pour la détection de la fraude :

« *Indication de non-respect des textes législatifs et réglementaires* :

- *investigations par des organismes de contrôle ou des autorités gouvernementales, ou paiements d'amendes ou de sanctions ;*
- *règlements de services non spécifiés ou prêts consentis à des consultants, à des parties liées, à des membres du personnel ou à des fonctionnaires ;*
- *commissions sur ventes, ou honoraires à des agents, apparaissant comme excessifs par rapport à ceux ordinairement versés par l'entité ou dans son secteur d'activité, ou par rapport aux services rendus réellement ;*
- *achats effectués à des prix très supérieurs ou très inférieurs au prix du marché ;*
- *paiements inhabituels en numéraire, achats réglés par des chèques au porteur ou transferts sur des comptes bancaires numérotés ;*
- *opérations inhabituelles avec des sociétés domiciliées dans des paradis fiscaux ;*
- *paiements de marchandises ou de services effectués dans un autre pays que le pays d'origine des marchandises ou des services ;*
- *règlements effectués en l'absence de documentation du contrôle des changes ;*
- *constat que le système d'information ne procure pas, de par sa conception ou fortuitement, une trace d'audit adéquate ou des éléments probants suffisants ;*
- *opérations non autorisées ou incorrectement comptabilisées ;*
- *commentaires négatifs dans les médias.* »¹³

¹¹ En cas de fraude comptable, il s'agit généralement de présentation trompeuse d'informations financières (définition de fraude comptable dans la recommandation d'audit de l'IRE supprimée du 5 juin 1998, art. 2.3, qui stipulait que la fraude comptable « *concerne en général une infraction à la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité...* », voir O. RALET, *Responsabilités des dirigeants des sociétés*, Gand, Larcier, 1996, 223.

¹² S. DE BLAUWE, « Compliance in hoofde van de vennootschap: een evoluerende uitdaging voor de commissaris », TAA 2018, n° 60, 9-29 ; E. WYMEERSCH, « NOCLAR or how accountants deal with suspected or occurred breaches of the law », TAA 2017, n° 54, 48-49 ; D. SCHOCKAERT, « NOCLAR in België: An audit is not an audit », TAA 2017, n° 54, 52 et suivants.

¹³ Cette liste n'est bien évidemment pas exhaustive. Les fraudeurs trouvent toujours des nouvelles méthodes de s'enrichir ou tromper les autres. Ne figurent par exemple pas sur cette liste le vol de données, de données à caractère personnel ou de secrets professionnels en vue de leur vente à des tiers, concurrents, etc.

Lors de telles indications de non-conformité, y compris de fraude potentielle, l'auditeur devra agir (effectuer un audit approfondi, le cas échéant après avoir procédé aux vérifications nécessaires et à un éventuel examen supplémentaire, respecter l'obligation de notification interne/externe).

Pour savoir comment le commissaire décèle la fraude, les normes d'audit (ISA) offrent un fil conducteur. Bien plus que de reposer sur une « obligation de détection » (*quod non*), les normes ISA se basent sur une « approche de contrôle basée sur le risque » reposant sur une évaluation du risque (identification des risques de fraude), la conception et l'exécution d'un programme d'audit adapté et l'application et le respect tout au long des procédures d'audit d'un esprit critique.

La responsabilité de l'auditeur va de « recueillir des éléments probants suffisants et appropriés » à « mettre en œuvre des procédures d'audit spécifiques ». Des questions pertinentes doivent être posées à la direction ; la correspondance avec les organismes accordant les licences ainsi que la correspondance avec les autorités de régulation ou de contrôle doivent éventuellement être inspectées, les comptes rendus relus, les conseillers juridiques externes doivent être interrogés, les contrôles détaillés des flux d'opérations doivent être vérifiés etc. ; des confirmations écrites doivent être demandées pour une foule de choses auprès des personnes constituant le gouvernement d'entreprise. Si un cas concret de non-respect (« non-conformité ») est décelé ou présumé, il y a une obligation de mettre en œuvre des procédures d'audit supplémentaires allant jusqu'à la demande de conseils juridiques. Il est dès lors important que l'équipe d'audit collabore et échange, par exemple en discutant de l'intégrité du client audité, afin de vérifier si certaines tendances peuvent être décelées sur toute la ligne (différents départements du client audité).

Les normes d'audit internationales contiennent des directives détaillées concernant la fraude : La norme ISA 240 fixe les obligations de l'auditeur en matière de fraude lors d'un audit d'états financiers. D'autres normes, comme la norme ISA 250 sur la non-conformité, la norme ISA 265 concernant l'audit interne (contrôle) et la norme ISA 701 concernant les points clés de l'audit contiennent des références pertinentes à la fraude. Pour les EIP, des références spécifiques à la fraude sont reprises dans le Règlement européen n° 537 de 2014¹⁴.

Selon les normes d'audit internationales (contraignantes), il est attendu davantage du commissaire belge que ce que le législateur belge prévoit. Cependant, on ne peut attendre du commissaire qu'il prévienne le non-respect de la législation et de la réglementation (prévention) ni qu'il détecte le non-respect de toute législation et réglementation. Ces attentes seraient trop élevées.

Cependant, l'audit doit pouvoir offrir une assurance raisonnable, à laquelle peut s'attendre à juste titre l'utilisateur des comptes annuels, et qui est également annoncée dans les modèles de rapport (« Responsabilités du commissaire relatives à l'audit des comptes annuels »). « *L'assurance raisonnable correspond à un niveau élevé d'assurance, qui ne garantit toutefois pas qu'un audit réalisé conformément aux normes ISA permettra de toujours détecter toute anomalie significative existante. Les anomalies peuvent provenir de fraudes ou résulter d'erreurs et sont considérées*

¹⁴ Le Règlement européen n°537/2014 relatif aux exigences spécifiques applicables au contrôle légal des comptes des entités d'intérêt public requiert en son article 10 les informations suivantes pour étayer l'avis d'audit :

- (i) L'intégration d'une nouvelle section dans la déclaration d'audit (une description des risques jugés les plus importants d'anomalies significatives, y compris les risques d'anomalie significative due à une fraude) ;
- (ii) une synthèse des réponses du contrôleur légal des comptes face à ces risques, et, le cas échéant, les principales observations relatives à ces risques ;
- (iii) il explique dans quelle mesure le contrôle légal des comptes a été considéré comme permettant de déceler les irrégularités, notamment la fraude.

comme significatives lorsqu'il est raisonnable de s'attendre à ce que, prises individuellement ou en cumulé, elles puissent influencer les décisions économiques que les utilisateurs prennent en se fondant sur les comptes annuels. »

Contrairement au comptable judiciaire (« forensic accountant ») qui a un engagement contractuel pour détecter la fraude (tâche principale), la position du commissaire (ayant une mission d'audit générale) est nettement plus complexe et relève d'une approche du contrôle intégralement basée sur les risques (« *audit risk model* »). Il est attendu du commissaire qu'il adopte un *esprit critique* durant tout l'audit¹⁵. L'audit doit être *basé sur les risques* : le commissaire doit avant toute chose, selon la norme ISA 265, identifier et évaluer les risques.

Le cadre normatif actuel confirme que la détection de la fraude ne constitue pas une obligation de résultat : la détection de la fraude dépend de nombreux facteurs, dont une partie ne relèvent pas du contrôle du commissaire.

Des normes d'audit contraignantes imposent quantité de procédures obligatoires à un auditeur, dont les procédures de contrôle doivent entraîner une probabilité de détection importante.

La responsabilité du commissaire dans le cadre de la détection de la fraude est le contraire d'une « responsabilité objective » en termes juridiques : une preuve de la fraude n'implique pas automatiquement une preuve d'erreurs ou de négligences dans l'audit. Au contraire, le travail de l'auditeur doit être évalué en détail, à l'aide de son dossier de travail et à la lumière de tous les faits, sans l'avantage *du recul* (les évaluations *a posteriori/post factum* sont exclues).

Quelle fraude l'auditeur doit-il signaler, et à qui ?

A. Notification interne

La fraude détectée par le commissaire au cours d'un audit sera d'abord notifiée en interne par le commissaire à la direction et aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise. Le commissaire devra initier un dialogue avec elles. Ce n'est que si la direction n'adopte pas à temps des mesures pour remédier à la fraude et à ses conséquences qu'une obligation de notification externe peut naître vis-à-vis des personnes concernées grâce à une opinion modifiée dans le rapport d'audit¹⁶. Dans des cas très extrêmes, le commissaire peut, de sa propre initiative, convoquer une assemblée générale¹⁷ ou peut présenter sa démission¹⁸ (voir *infra*, B.).

La notification de fraude ne diverge en ce sens pas fondamentalement de l'obligation de notification d'actes illégaux et d'anomalies qui ne sont pas frauduleuses.

¹⁵ ISA 200, par. 7 et 15 ; ISA 240, par. 8 et 12 ; ISA 250, par. 8.

¹⁶ P. LELEU, S. QUINTART, L. ACKE et N. HOUYOUX, « De rol van de bedrijfsrevisor in de strijd tegen fraude: ISA-benadering/Le rôle du réviseur d'entreprises dans la lutte contre la fraude: une approche ISA », *TAA* 2012, n° 34, 6.

¹⁷ Art. 5:83, 6:70, 7:126, 9:13 et 10:6 CSA.

¹⁸ Article 3:66 CSA qui permet la révocation du mandat de commissaire pour juste motif, mais précise directement qu'une divergence d'opinion sur un traitement comptable ou une procédure de contrôle ne constitue pas en soi un juste motif de révocation (nouveau depuis la loi du 7 décembre 2016, codification d'une jurisprudence antérieure : cf. par exemple Rb. Kh. Dendermonde 16 juin 2011, *TRV* 2013, 274, note).

Il y a toutefois une différence : en cas de fraude, le commissaire doit, en raison du caractère particulièrement délicat de la notification de fraude, d'abord procéder à une notification interne « *au niveau hiérarchique approprié* » (ISA 240, par. 40). Dans la pratique, il s'agira du niveau juste au-dessus de celui auquel la fraude est apparue. Une notification interne aux mauvaises personnes (les administrateurs, managers ou travailleurs à l'origine de la fraude) pourrait en effet conduire à la disparition de la preuve de la fraude, et dès lors empêcher l'identification de son ampleur exacte.

Cette notification, qui doit selon la norme ISA se faire « *au niveau hiérarchique approprié* », est en contradiction avec le système de notification belge en vertu du CSA, dont l'article 3:71 dispose qu'un commissaire n'est déchargé de sa responsabilité solidaire quant à une violation du CSA ou des statuts que s'il prouve qu'il a dénoncé ces infractions à l'organe d'administration¹⁹. Cette disposition légale belge, qui est également très critiquable à d'autres niveaux en raison de son manque de clarté²⁰, ne laisse aucune marge de manœuvre au commissaire : en Belgique, le commissaire qui détecte une fraude constituant une infraction au CSA (en ce compris le droit comptable) ou aux statuts doit en faire part en interne à l'ensemble du Conseil d'administration. Il y a plus de 20 ans, la législation belge était déjà critiquée sur ce point, notamment par C. Van Buggenhout qui écrivait, à juste titre : « *En ce qui concerne les violations du Code des sociétés et des statuts, le Code oblige le commissaire à en faire part au Conseil d'administration, sous peine d'être solidairement responsable de tous les dommages découlant de l'infraction. Même lorsque le commissaire détient des indications que la fraude ou un acte illégal a été organisé ou couvert par le conseil d'administration ou ses membres, il doit en informer cet organe (interne). (...) Il est nécessaire d'offrir une notification spécifique comme alternative à la procédure de notification interne souvent inefficace de fraude exceptionnellement significative, ainsi qu'à la procédure externe qui parfois menace d'avoir des retombées disproportionnelles sur l'intérêt de la société.* »²¹.

Le commissaire qui détecte une fraude ne constituant pas une violation du CSA (dont le droit comptable) ou les statuts jouit d'une marge d'appréciation un peu plus large, comme dans le cas du détournement d'actifs ; cependant, le commissaire devra toujours veiller à ce qu'une fraude de ce type ne constitue pas une violation du CSA ou des statuts qu'il doit détecter (détournement de biens de la société pourrait-il être considéré comme dépassement de l'objet social ou constitue-t-il un conflit d'intérêts ?). C'est un terrain miné que le commissaire doit traverser avec une grande prudence lorsqu'il détecte une fraude.

Le commissaire demandera éventuellement un avis juridique avant d'établir un rapport assorti de l'éventuelle notification de la fraude, surtout lorsque la direction supérieure de l'entreprise auditée est impliquée dans la fraude²².

¹⁹ A. VAN OEVELEN, « Controle Jaarrekeningen en Geconsolideerde Jaarrekeningen - Afdeling V. Aansprakelijkheid », dans I. CUYPERS, W. DEJONGHE, M. DE ROECK et A. VAN OEVELEN (2000) *Bestendig handboek vennootschap en aansprakelijkheid*, Kluwer, OVV, Afl. 29 (1^{er} mars 2009) : « Pour échapper à la responsabilité particulière de l'article 140, deuxième alinéa du Code des sociétés, le commissaire doit fournir trois preuves, a) qu'il n'a pas participé à la violation du Code des sociétés ou des statuts ; b) qu'il a correctement effectué ses tâches ; c) qu'il a notifié le conseil d'administration de cette violation et, si aucune suite appropriée n'y a été donnée, à la première assemblée générale après en avoir eu connaissance. »

²⁰ Voir K. AERTS, *Taken en Aansprakelijkheden van Commissarissen en Bedrijfsrevisoren*. Tweede editie, Bibliotheek Vennootschaps- en Financieel Recht, Brussel, Intersentia, 2020, 95 et suivantes

²¹ Voir C. VAN BUGGENHOUT et J. DE VOS, « De controle van de vennootschap door de commissaris en de bevoegde autoriteiten », in *Liber Amicorum L. SIMONT*, Brussel, Bruylant, 2002, 895.

²² Voir le paragraphe depuis supprimé 4.5.2 de la recommandation d'audit de l'IRE du 5 juin 1998 relative aux fraudes et aux actes illégaux ; cette approche est également recommandée lorsque la fraude a trait à une matière très technique (par exemple la fraude environnementale). Le fait de ne pas demander un avis juridique peut, dans

B. Notification externe

La notification externe concerne en premier lieu le rapport ou l'opinion d'audit.

Les prescriptions ISA concernant l'opinion dans le rapport de l'auditeur (ISA 700 et ISA 705) s'appliquent également à la fraude qui a un impact sur les comptes annuels.

La fraude peut donner lieu à une modification de l'opinion sur les états financiers (comptes annuels). Le type de modification de l'opinion dépendra du caractère significatif de la fraude et de son impact diffus sur les comptes annuels.

La fraude peut également avoir un impact sur l'image fidèle des comptes annuels et/ou le *going concern* de la société ou du groupe :

Lorsque la fraude fait que les comptes annuels n'offrent plus une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de la société, elle devra absolument être mentionnée, sur la base des articles 3:75 § 1, 4^o et 3:80 §1, 3^oCSA.

Il en va de même lorsque la fraude peut être considérée comme une incertitude significative qui peut jeter un doute important sur la capacité de la société auditée à poursuivre ses activités d'entreprise ; dans ces cas de figure également, la fraude devra être mentionnée, en vertu des articles 3:75 § 1, 7^o et 3:80 §1, 6^oCSA.

Dans la plupart des cas, une discussion (un dialogue) avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise permettra d'arriver à un accord sur les modifications attendues (la « suite adéquate » que l'organe d'administration donnera aux infractions signalées) pour ainsi éviter une adaptation de l'opinion. L'article 3:75, § 1, 9^o CSA dispose que lorsque l'organe d'administration a adopté des mesures appropriées pour corriger la situation d'illégalité ainsi créée, il n'y a plus d'obligation de notification. Le législateur est parti du principe que si l'organe d'administration a pris des mesures appropriées pour corriger la situation d'illégalité ainsi créée, la révélation de l'infraction serait susceptible de causer à la société un préjudice injustifié²³. Si des mesures appropriées ont été prises, une notification externe n'est plus nécessaire. Si, au contraire, il apparaît que l'organe d'administration ne fait rien pour remédier à l'infraction/la fraude (ayant un impact sur les comptes annuels), le commissaire n'a alors d'autre choix que d'en faire mention²⁴.

Dans de rares cas, l'auditeur s'abstiendra et se démettra même de sa mission (démission).

La notification externe peut également inclure une communication aux instances réglementaires ou de surveillance et chargées du contrôle (instances publiques), mais en Belgique, le secret professionnel du commissaire empêche ce dernier d'introduire une plainte auprès du Procureur du Roi ou d'autres instances en cas de détection d'illégalités autres que des opérations de

certaines situations, constituer une erreur.

²³ M. DE WOLF, *Principes en matière de responsabilité du réviseur d'entreprises, de l'expert-comptable et du conseil fiscal*, 2000, Séminaire sur les responsabilités civiles des acteurs économiques, Bruxelles, VAN HAM & VAN HAM, 7 décembre 2000, 12.

²⁴ D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen – Algemeen Deel*, Brussel, Larcier, 2020, 897.

blanchiment²⁵. Fin 2016, quelques notifications spécifiques aux autorités de contrôle (BNB/FSMA) ont été introduites pour des entités d'intérêt public (EIP) à la suite de la crise bancaire de 2008²⁶, mais c'est tout pour le moment.

De quelle fraude l'auditeur peut-il être tenu pour (co)responsable ?

L'auditeur doit rester vigilant face à la fraude tout au long de l'audit (voir *supra*).

En effet, la fraude peut se situer à de nombreux niveaux auxquels l'auditeur doit rester attentif.

Prenons l'exemple de WIRECARD en Allemagne, où le commissaire n'avait pas remarqué qu'environ 1 milliard d'euros en espèces avaient été placés par la société auditée auprès d'une banque singapourienne qui n'existait pas. Dans ce cas de figure, pas moins de 1,9 milliard d'euros d'actifs étaient donc fictivement comptabilisés²⁷.

LERNOUT & HAUSPIE (L&H) en Belgique est un dossier plus complexe : le procès est encore en cours, et devrait s'achever en décembre 2021 (soit plus de 20 ans après les faits). Le commissaire aurait reconnu du chiffre d'affaires sur la base de créances vis-à-vis de sociétés partenaires sud-coréennes et autres, qui « *manifestement ne seraient jamais perçues* ». ²⁸

La fraude étant un thème si complexe et difficile à expliquer au public et au fort potentiel sensible, les modèles de rapport joints à la Norme Complémentaire expliquent aux utilisateurs du rapport du commissaire les responsabilités tant de l'entité auditée (organe d'administration) que du commissaire (auditeur)²⁹.

²⁵ La Belgique est l'une des rares juridictions où les auditeurs ne disposent d'aucune base légale pour dénoncer une société auditée à une instance publique. Ceci a déjà été évoqué en 2002 dans la jurisprudence, voir C. VAN BUGGENHOUT et J. DE VOS, « De controle van de vennootschap door de commissaris en de bevoegde autoriteiten », dans : Liber Amicorum L. SIMONT, Brussel, Bruylant, 2002, p. 871-899, qui dénonce que c'est en opposition totale avec les pays voisins (comparaison de la situation en Belgique à celle aux Pays-Bas et en France, où il existe une obligation de notification des autorités - aux Pays-Bas, la notification doit se faire au *Centrale Recherche Informatiedienst*, et en cas de démission, aucun autre auditeur ne peut reprendre la mission tant qu'il n'aura pas été remédié à la fraude et en France, en introduisant une plainte auprès du Procureur de la République auquel cas l'auditeur peut être condamné pour *non-révélation des faits délictueux* à une peine d'emprisonnement de 1 à 5 ans et à une lourde amende en cas de manquement.

²⁶ Voir T. DUPONT, « *EMIR, Nouvelles obligations et nouvelles missions pour les réviseurs d'entreprises* », TAA 2017, n° 54, 19-36.

²⁷ <https://www.tijd.be/ondernemen/financiele-diensten-verzekeringen/revisor-ey-checkte-jarenlang-wirecard-rekeningen-niet/10235677.html>

²⁸ Comme dans le cas WIRECARD, la fraude dans le dossier LERNOUT & HAUSPIE portait sur un pourcentage considérable du chiffre d'affaires, mais le cabinet d'audit désigné comme commissaire n'avait pas été condamné au pénal, car l'organe d'administration avait utilisé des faux, en conséquence de quoi la comptabilisation du chiffre d'affaires était justifiée - *note de l'auteur* : l'on peut se demander si le commissaire n'aurait pas pu se poser les mêmes questions que celles qui ont conduit le juge à en conclure que le chiffre d'affaires comptabilisé n'aurait pas pu l'être (sur la base de créances « *manifestement jamais perçues* », voir Y. VAN COUTER et B. VANBRABANT, « *Lernout & Hauspie: License to bill* », IRDI 2011, 97), suite à son contrôle des comptes annuels portant sur l'année de la fraude et, s'il l'avait fait, si le commissaire, moyennant un contrôle plus approfondi et une interrogation des personnes concernées, n'aurait pas pu découvrir la réalité derrière les faux contrats (et partant, le caractère faux et frauduleux des comptes annuels) en faisant preuve d'une certaine perspicacité. Cette évaluation ne peut toutefois survenir « *post-factum* » (reposer sur des éléments découverts ultérieurement).

²⁹ Norme complémentaire (révisée en 2020) aux normes internationales d'audit (ISA) applicables en Belgique, Annexe 2 – Modèle de rapport.

« Responsabilités de l'organe d'administration relatives à l'établissement des comptes annuels.

L'organe de gestion est responsable de l'établissement des comptes annuels donnant une image fidèle conformément au référentiel comptable applicable en Belgique, ainsi que du contrôle interne qu'il estime nécessaire à l'établissement de comptes annuels ne comportant pas d'anomalies significatives, que celles-ci proviennent de fraudes ou résultent d'erreurs.

« Responsabilités du commissaire relatives à l'audit des comptes annuels

Nos objectifs sont d'obtenir l'assurance raisonnable que les comptes annuels pris dans leur ensemble ne comportent pas d'anomalies significatives, que celles-ci proviennent de fraudes ou résultent d'erreurs, et d'émettre un rapport du commissaire contenant notre opinion. L'assurance raisonnable correspond à un niveau élevé d'assurance, qui ne garantit toutefois pas qu'un audit réalisé conformément aux normes ISA permette de toujours détecter toute anomalie significative existante. Les anomalies peuvent provenir de fraudes ou résulter d'erreurs et sont considérées comme significatives lorsqu'il est raisonnable de s'attendre à ce que, prises individuellement ou en cumulé, elles puissent influencer les décisions économiques que les utilisateurs prennent en se fondant sur les comptes annuels.

L'audit doit offrir un niveau d'assurance élevé concernant l'absence de fraude, mais n'offre aucune garantie.

Le nouveau cadre réglementaire s'écarte de ce qui était auparavant considéré comme la tâche du commissaire : selon les anciennes normes IRE, le commissaire devait organiser ses procédures de manière à avoir une « *probabilité raisonnable* » concernant l'absence de fraude. Les normes parlent désormais d'une « *assurance raisonnable* ».

Les juges belges devront, en plus des normes ISA et de la Norme complémentaire, d'abord se baser sur les règles générales de responsabilité reprises dans le CSA, le Code civil et la jurisprudence constante.

Au niveau civil, le commissaire devra se comporter comme un professionnel prudent et raisonnable, placé dans les mêmes circonstances factuelles : il doit déceler (et éventuellement signaler) tout acte de fraude qu'un auditeur normalement prudent et raisonnable devrait détecter, voire signaler, sur la base de procédures d'audit normales dans un même contexte.

Si ce critère n'est pas satisfait et que les procédures d'audit et l'opinion sont « de qualité inférieure », l'auditeur aura alors commis une faute au civil, dont il pourra être tenu pour responsable.

L'imposition éventuelle d'une indemnisation pour les personnes lésées dépendra de la preuve du préjudice et du lien de causalité³⁰.

Avant l'application des normes ISA, le droit commun de la responsabilité belge entraînait plus facilement des actions en responsabilité pour fraude. En théorie, du moins, car dans la pratique, le lien de causalité était souvent non avéré et les condamnations rares.

³⁰ Voir K. AERTS, *Taken en Aansprakelijkheden van Commissarissen en Bedrijfsrevisoren*. Tweede editie, Bibliotheek Vennootschaps- en Financieel Recht, Brussel, Intersentia, 2020, 252 p.

Le secteur de l'audit l'a souligné et a fait du lien de causalité un critère normatif pour limiter la responsabilité en cas de fraude.

L'exposition à d'éventuelles actions en responsabilité contre les commissaires sur la base de la non-détection ou de la non-signalisation de la fraude est limitée par le nouveau cadre normatif. La nouvelle Norme complémentaire (« Norme ») détermine par exemple³¹ la position du commissaire en prenant clairement distance du préparateur et de l'utilisateur des comptes annuels :

- La norme stipule que le préparateur des comptes annuels doit veiller à ce que son système de contrôle interne permette d'éviter les erreurs et la fraude (prévention) ;
- La norme prescrit que l'utilisateur des comptes annuels doit veiller à ne pas baser de décision économique déraisonnable sur les comptes annuels ; dans les modèles de rapports d'audit il est fait mention de l'avertissement/l'hypothèse que des anomalies provenant d'erreurs ou de fraude ne sont considérées comme significatives que « *lorsque l'on peut raisonnablement s'attendre à ce que qu'elles puissent, prises individuellement ou en cumulé, influencer les décisions économiques que les utilisateurs des comptes annuels prennent en se fondant sur ceux-ci* ». Logiquement, et interprété *a contrario*, cela signifie que lorsqu'il ne peut logiquement pas être attendu que les comptes annuels aient eu une influence sur la décision économique de l'utilisateur de ces comptes annuels, la fraude (éventuellement non décelée) n'a pas d'importance significative. En d'autres termes, la non-détection n'aurait aucune conséquence tant que les utilisateurs n'y attachent aucune importance. Mais qui sont ces utilisateurs ? S'agit-il ici de l'utilisateur moyen ? Des utilisateurs individuels peuvent avoir un comportement varié dans les décisions économiques qu'ils prennent et attacher de l'importance à des anomalies dans les comptes annuels qui ne présenteraient aucun intérêt pour d'autres utilisateurs.

Il n'existe cependant aucune jurisprudence qui prend en considération la dernière version des modèles de rapports d'audit comme base pour la (non-)condamnation d'un commissaire. Reste encore à voir si la jurisprudence belge va reprendre littéralement cette nouvelle interprétation du lien de causalité. Une critique à cet égard : on ne peut pas exclure par définition que des erreurs ou de la fraude, qui aux yeux du commissaire ne revêtent pas une importance significative, influencent tout de même la décision économique de l'utilisateur. L'utilisateur des comptes annuels peut également tenter de prouver qu'une fraude donnée, commencée à petite échelle lors de l'année 1 mais qui, dans l'année 2, s'est muée en fraude d'importance significative, aurait déjà pu être rectifiée dans l'année 1 si le commissaire, qui avait décelé la fraude dans l'année 1, avait suffisamment insisté à son propos.

Le seuil de matérialité appliqué par l'auditeur peut être remis en question par les juges : la définition d'un seuil de matérialité est une question délicate nécessitant un jugement professionnel (« professional judgement »), et n'a rien d'évident dans certains secteurs en cette période de Covid-19.

³¹ Norme complémentaire (révisée en 2020) aux normes internationales d'audit (ISA) applicables en Belgique, Annexe 2 – Modèle de rapport.

Existe-t-il une jurisprudence pertinente ?

Ces 25 dernières années, la Belgique a connu relativement peu de cas de fraude ayant donné lieu à des décisions judiciaires. Les précédents ne sont pas légion. Chronologie :

1995 : La Cour d'appel de Gand a souligné dans un arrêt que le commissaire qui exerce sa tâche correctement doit connaître la situation réelle de l'entreprise audité. Dans ce cas, l'auditeur n'avait pourtant effectué aucun contrôle dans l'année écoulée. L'arrêt n'a retenu aucune fraude dans le chef de la société audité : la Cour a estimé que les éléments constitutifs de l'escroquerie n'étaient pas présents. Le commissaire a toutefois été condamné pour graves manquements à sa mission légale³².

1996 : La Cour d'appel de Liège a décidé dans un dossier pénal que l'existence d'une comptabilité parallèle et d'une caisse noire, dont le commissaire avait connaissance, aurait dû être mentionnée dans le rapport d'audit. Dans ce cas, le circuit d'argent noir représentait moins de 0,2 % du chiffre d'affaires total. L'arrêt est vivement critiqué dans la note de Benoît-Moury et Thirion, notamment en raison du caractère extrêmement limité de la fraude. L'arrêt fait référence à la « *destruction de certaines pièces* » par la direction, ce que le commissaire a invoqué sans succès en sa défense. Le commissaire avait *in tempore non suspecto* même qualifié ce dossier de « *bombe* »³³.

2002 : Le tribunal de commerce de Hasselt a estimé que, si les comptes annuels, en raison notamment du contrôle lacunaire du commissaire, contiennent des erreurs à la suite de surévaluations commises de mauvaise foi par les administrateurs, le commissaire peut être tenu pour responsable *in solidum* avec ces administrateurs, auquel cas le commissaire ne doit cependant pas garantir les administrateurs. Les lacunes dans le contrôle du commissaire ont été évaluées sur la base du raisonnement que « *le contenu du rapport ne correspond nullement à la réalité* » et que « *au vu de la différence flagrante entre la réalité et les chiffres mentionnés dans le rapport annuel à la suite de surévaluations diverses, on ne peut qu'en conclure que le commissaire n'a pas exécuté sa mission d'audit correctement* »³⁴.

2005 : La Cour d'appel d'Anvers s'est prononcée à propos d'un système de fraude mis en place par deux administrateurs, pour lequel le commissaire a également été tenu solidairement responsable. En mettant en place ou tolérant un système ayant permis pendant plusieurs années de ne pas verser de précompte professionnel à l'Administration et à le dissimuler dans la comptabilité, ces administrateurs et le commissaire ont été réputés avoir fourni des moyens de financement et du

³² Gand 13 janvier 1995, *TBH* 1997, 179-182.

³³ Liège, 25 janvier 1996, *RPS* 1997, 182, note A. BENOIT-MOURY et N. THIRION ; l'arrêt part du principe que la fraude avait un caractère significatif : « *Attendu que ce n'est évidemment pas la somme de 22 millions (Francs) qu'il faut comparer aux 4 ou 5 milliards de chiffre d'affaires, mais bien, encore une fois, la "bombe" que représentaient les ennuis judiciaires hautement probables que générerait la révélation de l'existence de cette somme liée au marché parallèle avec la laiterie Z, et ce, notamment vis-à-vis des producteurs, fournisseurs essentiels de la laiterie, a priori susceptibles d'être considérés comme victimes d'escroquerie de la part de celle-ci* » (page 8 de l'arrêt).

³⁴ Tribunal de commerce Hasselt, 25 juin 2002, *TRV* 2003, 81-85 : « *Les administrateurs constatent que les comptes annuels ont été établis par l'expert-comptable de l'entreprise et audités et approuvés par le réviseur. L'obligation d'établissement des comptes annuels incombe aux administrateurs. Ils ne peuvent se dédouaner de leur responsabilité d'avoir établi des comptes annuels erronés en avançant qu'ils n'ont pas collaboré activement à l'établissement des comptes annuels et que ceux-ci ont été vérifiés et approuvés par le réviseur* ».

crédit à la société, au détriment du fisc. Les administrateurs et le commissaire ont été condamnés solidairement au paiement d'une indemnité³⁵.

2007 : Le tribunal correctionnel de Bruxelles a estimé que le commissaire, en raison de sa position privilégiée dans l'entreprise, peut plus facilement identifier une fraude éventuelle que n'importe quel tiers ou travailleur. Dans ce cas, le tribunal estimait que le commissaire s'était rendu coupable de « *faux en écriture intellectuels, vu qu'il a contre son meilleur jugement à chaque fois délivré un rapport d'approbation sans aucune réserve.* »³⁶

2009 : La Cour d'appel de Bruxelles a désigné un expert judiciaire (réviseur d'entreprises) pour vérifier si « *un mécanisme de fraude mis en place par (l'expert-comptable interne) aurait pu être décelé par le commissaire dans l'exercice normal de sa mission en raison de sa nature, de son ampleur et de son degré de visibilité* ». Les faits remontent à 1982-1995³⁷.

2011 : Dans le plus grand cas de fraude connu à ce jour en Belgique (L&H), le commissaire s'en est bien sorti dans le dossier pénal : l'auditeur était selon la Cour d'appel de Gand (2011) « *dépassé* » par la société audité et il n'a été démontré « *aucun manquement concernant l'adoption de mesures pour éviter ces délits* », en dépit de l'exigence confirmée dans l'arrêt que « *le commissaire doit se montrer critique et indépendant, en particulier vis-à-vis de l'organe d'administration de la société audité.* » L'auditeur (société d'audit) a été libéré sur la base de l'absence de quelconque faute (même légère).

Le représentant permanent a quant à lui été condamné au pénal sur la base que « *malgré la connaissance de certaines données qui étaient importantes pour son jugement, en tant que commissaire-réviseur, que les comptes annuels simples et consolidés donnaient une image fidèle (...), [il] n'a pas exécuté (fait exécuter) les mesures d'audit appropriées pour avoir la certitude raisonnable que ces données ne constituaient aucun obstacle à la fourniture d'un rapport d'audit sans réserve* »³⁸.

³⁵ Anvers, 19 avril 2005, TRV 2005, 338-340.

³⁶ Tribunal de première instance Bruxelles, affaires correctionnelles, 29 juin 2007, RDC-TBH, 2008, n° 2, 182-184 ; le tribunal correctionnel de Bruxelles a décidé dans ce dossier que « *sur la base de l'existence de signaux de fraude et de l'absence au cours des différents exercices de réponses satisfaisantes aux questions posées, il peut être déduit que le commissaire devait fournir un rapport avec réserve et qu'il n'a pas fait ce qu'il aurait dû faire.* » Il a été reproché au commissaire « *d'avoir eu pendant des années des problèmes pour obtenir de manière satisfaisante des explications aux questions posées et au vu du fait que son collaborateur lui avait signalé l'existence de problèmes à maintes reprises, il a continué de délivrer des rapports d'approbation. (...) Le tribunal remarque également la présence de plusieurs signaux de fraude qui auraient dû inciter le prévenu (commissaire) à exercer sa tâche avec la plus grande prudence et la plus grande précision.* »

³⁷ Bruxelles, 11 février 2009, JDSC 2010, 183, note CALUWAERTS et NjW 2009, 852, note SDG ; dans un deuxième arrêt en appel dans la même affaire, la désignation d'un expert a été confirmée et le commissaire a en outre été obligé de soumettre son dossier de travail (Bruxelles, le 11 février 2013, Cour d'appel de la 9e Chambre pour les affaires correctionnelles, 2004/AR/2187, site Web de l'ICCI <https://www.icci.be/nl/rechtspraak/jurisprudence-detail-page/cour-d-appel-bruxelles-9i-me-chambre-n-2004-ar-2187>) : le commissaire s'est défendu en expliquant n'avoir l'obligation de conserver les documents de travail que pendant 5 ans (alors que la prétendue fraude portait sur la période 1982-1995). La Cour n'a pas répondu, mais s'est étonnée que le commissaire n'avait ni confirmé ni nié disposer des documents de travail ; en ce qui concerne la prescription, la Cour ne se prononcera que lorsqu'une plus grande lumière aura été faite sur la faute invoquée et sa nature. La Cour a également constaté en 2013 que certaines parties étaient décédées depuis les faits (note de l'auteur : ce qui n'est pas étonnant).

³⁸ Y. VAN COUTER en B. VANBRABANT, « Lernout & Hauspie: License to bill », IRDI 2011, p. 97 : « *KPMG et son préposé sont acquittés de toutes les charges nécessitant une intention (particulière) : faux (dans les comptes annuels de la SA LHSP, dans les déclarations à la SEC, dans leurs déclarations en tant que commissaire-réviseur),*

Les aspects civils du dossiers L&H (demandes d'indemnisations) n'ont pas encore été jugés, mais le jugement est attendu en décembre 2021, soit plus de 20 ans après les faits³⁹.

2013 : La Cour d'appel d'Anvers s'est prononcée sur des faits frauduleux datant de 2001-2002. Il a été reproché au commissaire qu'à la lumière de nombreuses indications de fraude, il s'était limité à s'abstenir d'émettre une opinion, tandis qu'il aurait, selon le ministère public, dû émettre une opinion négative à propos des comptes annuels. Après la découverte de la fraude, la société a mis en place un scénario d'extinction pour y mettre progressivement un terme. Selon la Cour, le commissaire avait, en raison du « *chaos dans l'administration* », opté à juste titre pour une abstention. Selon la Cour, rien ne prouve que le commissaire, en formulant une abstention, ait intentionnellement « voulu dissimuler des faux dans la comptabilité », comme l'avancait le ministère public. Le commissaire a été exonéré⁴⁰.

2015 : Le tribunal de commerce d'Anvers s'est prononcé sur une importante surévaluation des stocks de charbon dans le port, qui avait été enregistrée par un expert externe et non par le commissaire. Même si le curateur de la société, à présent en faillite, estimait que la valeur attestée du stock n'était pas conforme aux stocks présents physiquement, et que cette « *surévaluation avait pour but de dissimuler le caractère déficitaire des activités* », le tribunal a décidé qu'il n'était pas question d'un acte intentionnel, certainement pas dans le chef du commissaire (*pas de volonté ni d'action consciente de garder quelque chose intentionnellement caché*)⁴¹.

2018 : La Cour d'appel de Gand a exonéré un commissaire qui était accusé d'une participation punissable à des faux dans les comptes annuels pour avoir volontairement et en connaissance de cause établi des documents de complaisance (même si le dossier ne contenait aucune indication que des conventions éventuellement trompeuses auraient été faites en collusion avec le commissaire) ; la Cour a souligné que l'expert avait mis pas moins de 5 ans pour faire son analyse, tandis que l'accusé avait dû faire sa déclaration dans le mois ; la Cour n'a pas suivi l'avis de l'expert (à savoir que le commissaire aurait dû refuser les comptes annuels), car le prévenu a démontré qu'il avait correctement exercé sa tâche de commissaire⁴².

La France connaît une abondance d'affaires judiciaires contre les commissaires aux comptes, dans lesquelles on peut constater que dans environ la moitié de tous les cas de non-condamnation,

manipulation du cours boursier, etc. Seule l'infraction "non intentionnelle" est retenue dans le chef du préposé de KPMG. Selon la Cour, ce dernier aurait dû, compte tenu des informations dont il disposait et de la fonction qui lui était confiée, s'inquiéter de la situation et percevoir les clignotants. Il a dès lors été déclaré coupable d'une infraction à l'article 171, §2 du Code des sociétés ».

³⁹Le jugement à propos des indemnisations a été annoncé par la Cour d'appel de Gand et est prévu pour le 10 décembre 2021 au plus tôt : <https://www.tijd.be/politiek-economie/belgie/algemeen/uitspraak-over-schadevergoedingen-lernout-hauspie-ten-vroegste-over-eeen-jaar/10269662>

⁴⁰Anvers, 27 février 2013, Cour d'appel de la 9^e Chambre pour les affaires correctionnelles, C/388/2013, site Web de l'ICCI : <https://www.icci.be/fr/avis/avis-detail-page/hof-van-beroep-antwerpen-27-februari-2013-9e-kamer-correctionele-zaken-nr-c-388-2013>

⁴¹Tribunal de commerce d'Anvers, 7 juillet 2015, 19^e Chambre, site Web ICCI : <https://www.icci.be/nl/rechtspraak/jurisprudence-detail-page/rechtbank-van-koophandel-antwerpen-19de-kamer-7-juli-2015> et T.R.V., 2016, n° 4, 449-470.

⁴²Gand 15 octobre 2018, 6^e chambre pour les affaires correctionnelles, 2017/NT/260, site Web de l'ICCI : <https://www.icci.be/fr/jurisprudence/jurisprudence-detail-page/hof-van-beroep-te-gent-zesde-kamer-correctionele-zaken-arrest-van-15-oktober-2018-2017-nt-260>.

l'action contre le commissaire a été déclarée irrecevable sur la base de la prescription (30 %) et sur base d'un manque de capacité de demandeur (20 %) ⁴³.

Les cours et tribunaux **britanniques** limitent le cercle des « *claimants* » en faisant appel à la théorie de la « *proximity* » et faisaient jusqu'il y a peu preuve de beaucoup de compréhension vis-à-vis du fait que les auditeurs ne sont pas capables de déceler certains cas de fraude comptable sophistiqués et cachés ⁴⁴. Un récent arrêt marque un revirement : un auditeur a récemment été condamné car il n'avait pas pu détecter de « *présentations exceptionnellement erronées dans les états financiers* », même si une discussion entourait la portée de la fraude, et que l'auditeur a contesté que la fraude était généralisée (« *GT did not accept that there was generalised fraud in the business such that it could be said to have been run in a fundamentally dishonest way.* »)), la Cour en a conclu que l'auditeur s'était laissé tromper (« *It is in no sense a misuse of language to say that, where the continued operation of the business was only possible because management deceived GT into reporting, as true and fair, accounts which wholly misrepresented the true financial position; it was being run in a fundamentally dishonest way.* ») et l'auditeur a également été condamné en appel ⁴⁵.

Aux **Pays-Bas** des condamnations très strictes ont même été prononcées au cours de la décennie écoulée par la Chambre des comptables (Accountantskamer) (collège disciplinaire) en raison du non-respect des procédures ISA concernant la fraude, même si, historiquement, les actions contre les experts-comptables aux Pays-Bas sont généralement réglées en dehors du tribunal (aperçu dans un récent essai sur la responsabilité de l'expert-comptable, pages 380 et suivantes) ⁴⁶.

En **Allemagne**, le résultat de l'affaire WIRECARD est attendu, car il peut créer un précédent (voir *supra*).

Conclusion

Ces dernières années, la jurisprudence sur le rôle de l'auditeur dans les dossiers de fraude est de plus en plus riche, en Belgique comme dans ses pays voisins. La non-détection de la fraude semble faire plus fréquemment l'objet de condamnations judiciaires. Lorsqu'il est question de fraude au

⁴³ « *Les moyens de défense retenus par les tribunaux pour ne pas condamner les commissaires aux comptes ont été en 2016, la prescription (30 %), l'absence de faute (30 %), l'irrecevabilité à agir (20 %), l'absence de lien de causalité (15 %) et la négligence du réclamant (5 %).* » - Extrait de la publication du 56^e Congrès des experts comptables de justice (13 octobre 2017), sur la responsabilité des professionnels du chiffre : http://www.expertcomptablejudiciaire.org/documents/uploads/CG_33054_56e_CONGRES_responsabilite_prof_du_chiffre.pdf

⁴⁴ Voir, pour un précédent très ancien de droit britannique, l'affaire *Re Kingston Cotton Mill* (1896), dans laquelle le juge a confirmé : « *Auditors have no legal duty to detect fraud, merely because it exists, but nevertheless must diligently investigate any matters which give rise to suspicion.* », voir D. GODSELL, *Auditors' Legal Duties and Liabilities*, Londres, Sweet & Maxwell, 1991, 63.

⁴⁵ London 28 August 2020, *Assetco plc -v- Grant Thornton LLP* [2020] EWCA Civ 1151 : « *GT admitted that it had in important respects carried out the audits in breach of its duty of care and that it had failed in its duty to identify management fraud, particularly dishonest representations and evidence provided to it by senior management in the course of the audits. GT was also the subject of disciplinary proceedings as regards these breaches of duty, in which it accepted that its conduct had fallen significantly short of the standards reasonably to be expected of it.* » (<https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2020/1151.html>)

⁴⁶ J.E. M. BRINCK-VAN DER MEER, *Accountantsaansprakelijkheid: Enige aspecten van de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de accountant voor de wettelijke controle*, Deventer, Wolters Kluwer, 2019. 496 p. (<https://research.vu.nl/ws/portalfiles/portal/77541625/complete+dissertation.pdf>)

sein de la société auditée, il semble que sa non-détection ou sa non-signalisation par le commissaire constitue une source de litiges importante mais vivement contesté, donnant lieu à une certaine casuistique.

En Belgique, le déroulement des procédures judiciaires dans les cas de fraude peuvent facilement durer plus de 10 ans, voire 20 ans. Dans d'autres juridictions, des dossiers de fraude complexes sont réglés plus rapidement. La longueur des procédures et la grande incertitude qui entoure leur issue jouent des tours à toutes les parties.

Mais le secteur de l'audit ne reste pas les bras croisés : lorsque la jurisprudence reste à la traîne ou fait état d'incohérences dans l'évaluation de la fraude, le secteur de l'audit fixe ses propres règles à l'aide de normes d'audit internationales.

Reste à savoir dans quelle mesure la jurisprudence voudra tenir compte de ces règles propres du secteur de l'audit, pour autant que ces règles contiennent une interprétation propre de concepts juridiques établis comme le lien de causalité entre la faute et le dommage, et les attentes légitimes que peut avoir l'utilisateur des états financiers envers l'auditeur, etc.

Quotes

« Le cadre normatif actuel confirme que la détection de la fraude ne constitue pas une obligation de résultat : la détection de la fraude dépend de nombreux facteurs, dont une partie ne relèvent pas du contrôle du commissaire. »

« La responsabilité du commissaire dans le cadre de la détection de la fraude est le contraire d'une "responsabilité objective" en termes juridiques : une preuve de la fraude n'implique pas automatiquement une preuve d'erreurs ou de négligences dans l'audit. »

« Les juges belges devront, en plus des normes ISA et de la Norme complémentaire, d'abord se baser sur les règles générales de responsabilité reprises dans le CSA, le Code civil et la jurisprudence constante. »

« Au niveau civil, le commissaire devra se comporter comme un professionnel prudent et raisonnable, placé dans les mêmes circonstances factuelles : il doit déceler (et éventuellement le signaler) tout acte de fraude qu'un auditeur normalement prudent et raisonnable devrait détecter, voire signaler, sur la base de procédures d'audit normales dans un même contexte. »

Résumé

Le concept juridique de fraude est large et couvre les actes intentionnels, notamment les manœuvres dolosives et le vol de biens, mais la fraude à laquelle l'auditeur doit être attentif est celle entraînant une anomalie significative dans les états financiers.

La fraude affectant l'image fidèle des comptes annuels sera en tout état de cause pertinente pour l'auditeur. La fraude qui constitue une violation de certaines législations telles que la législation sur les sociétés et la comptabilité, sera également toujours pertinente car le CSA prévoit une obligation de notification à cet égard.

L'auditeur ne peut pas se limiter à la fraude déjà « *légalement établie* » (constatation relevant de la compétence d'autres autorités) : l'auditeur peut, sur la base de ses propres soupçons ou identification de fraude, conclure qu'une fraude avérée, suspectée ou alléguée est suffisamment pertinente pour procéder à des investigations complémentaires et, le cas échéant, si les faits sont confirmés ou si les soupçons ne sont pas contredits par les faits, il peut signaler cette fraude.

La détection de fraudes n'est pas une obligation de résultat.

Contrairement à l'expert-comptable judiciaire, qui s'engage contractuellement à détecter les fraudes (tâche principale), la fonction du commissaire (mission d'audit générale) est donc beaucoup plus complexe et s'inscrit dans une approche d'audit intégrée fondée sur le risque (modèle du risque d'audit).

L'audit doit fournir un niveau d'assurance élevé quant à l'absence de fraude, mais n'offre aucune garantie. Le nouveau cadre réglementaire s'écarte de ce qui était auparavant considéré comme la fonction du commissaire : conformément aux anciennes normes de l'IRE, le commissaire devait organiser ses travaux d'audit de manière à obtenir une « *probabilité raisonnable* » d'absence de fraude ; les normes actuelles requièrent une « *assurance raisonnable* » plutôt qu'une « *probabilité raisonnable* ».

La notification interne de fraudes détectées par le commissaire au cours de l'audit suppose que le commissaire notifie d'abord cette fraude en interne à la direction et aux personnes constituant le gouvernement d'entreprise. Le commissaire devra entamer un dialogue avec eux. Ce n'est que si la direction ne prend pas en temps opportun des mesures pour remédier à la fraude et à ses conséquences qu'une obligation de notification externe peut survenir. Dans la plupart des cas, à la suite d'une discussion (dialogue) avec les personnes constituant le gouvernement d'entreprise, un accord sera trouvé sur les ajustements attendus (les mesures prises par la direction pour « remédier de façon adéquate » aux infractions signalées) afin d'éviter une modification de l'opinion dans le rapport d'audit (notification externe).

La notification externe peut également consister en une communication aux autorités de contrôle et de tutelle (autorités publiques), mais en Belgique, seules les opérations de blanchiment de capitaux doivent être notifiées par l'auditeur à une autorité publique, à savoir la Cellule de traitement des informations financières (CTIF).

En Belgique, les procédures judiciaires relatives aux fraudes peuvent durer plus de 10 ans, parfois même plus de 20 ans. Dans d'autres juridictions, les dossiers de fraude complexes sont traités plus rapidement. Une incertitude sans fin joue des tours à toutes les parties.

Summary

The legal concept of fraud is broad and covers intentional acts, particularly deception and theft of assets, but the fraud that the auditor should be aware of is the fraud that causes a material misstatement in the financial statements.

The fraud affecting the true and fair view of the annual accounts will in any case be relevant to the auditor. Fraud that constitutes a violation of certain legislation, such as company and accounting legislation, will always be relevant because the Belgian Companies and Associations Code (WVV/CSA) provides for a reporting requirement in this regard.

The auditor may not limit himself to the fraud already '*legally established*' (determination for which other authorities are competent): the auditor may conclude, based on his own suspicions or identification of fraud, that an actual, suspected or alleged fraud is relevant enough to be investigated further and, where appropriate, if the facts are confirmed or the suspicions are not contradicted by the facts, report them as well.

Fraud detection is not an obligation of result.

In contrast to the forensic accountant, who enters into a contractual obligation to detect fraud (core task), the position of the statutory auditor (with a general audit engagement) is therefore much more complex and is part of an integrated risk-oriented audit approach ('*audit risk model*').

The audit must provide a high level of assurance regarding the absence of fraud, but offers no guarantee. The new regulatory framework deviates from what was previously considered to be the statutory auditor's task: according to the old IRE-IBR standards, the statutory auditor had to organize his work in such a way as to obtain a '*reasonable probability*' of the absence of fraud ; the standards have evolved from '*reasonable probability*' to '*reasonable assurance*'.

Internal reporting of fraud, which the statutory auditor detects in the course of the audit, assumes that the statutory auditor will first report this fraud internally to management and those charged with governance. The statutory auditor will have to enter into a dialogue with them. Only if management does not take timely measures to remedy the fraud and its consequences, an external reporting requirement can arise. In most cases, after discussion (dialogue) with those charged with governance, agreement will be reached on expected adjustments (the 'appropriate follow-up' given by management to reported violations) in order to avoid a modification of the auditor's opinion in the auditor's report (external reporting).

External reporting may also consist of reporting to regulatory or supervisory and enforcement authorities (public authorities), but in Belgium only money laundering operations must be reported

by the auditor to a public authority, namely the Belgian Financial Intelligence Processing Unit (CTIF-CFI).

In Belgium, legal proceedings on fraud can take more than 10 years, sometimes even more than 20 years. In other jurisdictions, complex fraud cases are dealt with more quickly. Long-term uncertainty affects all parties.