

L' ASBL, une nouvelle forme d'entreprise ?

Auteur : Lambrecht, Olivier

Promoteur(s) : Thirion, Nicolas

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires (aspects belges, européens et internationaux)

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/10042>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

L'ASBL, une nouvelle forme d'entreprise ?

Olivier LAMBRECHT

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit des affaires

Année académique 2019-2020

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Nicolas Thirion

Professeur ordinaire

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier le Professeur Nicolas Thirion pour sa disponibilité, ses conseils avisés pour la rédaction de ce travail et plus particulièrement pour ses enseignements tout au long de mon parcours universitaire.

J'adresse aussi mes remerciements à mes parents pour leur soutien et leurs relectures attentives.

RESUME

L'entrée en vigueur de la loi du 11 août 2017 sur l'insolvabilité des entreprises et celle du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises ont modifié le paysage juridique des ASBL. Le 1^{er} janvier 2020, le Code des sociétés et associations est venu compléter ces réformes consécutives.

Les ASBL sont désormais assimilées par législateur à des entreprises. En outre, leur régime juridique a été aligné sur celui des sociétés.

Dans le cadre de ce travail, nous analyserons les trois aspects de ces réformes qui ont suscité le plus de débats parlementaires quant à leur application au milieu associatif: la responsabilité des administrateurs, la concurrence déloyale appliquée aux ASBL et l'application des procédures d'insolvabilité.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	5
I. LA RESPONSABILITE DES ADMINISTRATEURS D'ASBL	6
SECTION 1 ^{ÈRE} – LE RÉGIME APPLICABLE AVANT L'INTRODUCTION DU C.S.A.	6
1) <i>La responsabilité contractuelle des administrateurs à l'égard de l'ASBL</i>	6
2) <i>La responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers</i>	8
SECTION 2 – LE LIVRE II DU C.S.A.	9
1) <i>Généralités</i>	9
2) <i>La faute de gestion</i>	10
3) <i>La faute extracontractuelle</i>	11
4) <i>La violation d'une norme du C.S.A. et des statuts</i>	12
5) <i>Les plafonds, exonérations et mécanisme de protection</i>	13
a) Les plafonds.....	13
b) La désolidarisation.....	14
6) <i>Le conflit d'intérêts</i>	14
7) <i>La responsabilité de l'administrateur en cas de faillite</i>	15
a) L'action en comblement de passif.....	16
b) La responsabilité pour non-paiement des dettes sociales.....	17
c) La poursuite déraisonnable de l'activité déficitaire.....	17
8) <i>Application particulière au milieu des ASBL : l'administrateur travailleur et bénévole</i>	18
CONCLUSION – UNE SITUATION RÉELLEMENT DIFFÉRENTE POUR LES ADMINISTRATEURS D'ASBL ?.....	18
II. L'ASBL FACE A LA CONCURRENCE DELOYALE	20
SECTION 1 ^{ÈRE} – INTRODUCTION HISTORIQUE	20
1) <i>L'ASBL et la poursuite d'une activité commerciale – économique</i>	20
2) <i>Application progressive du droit de la concurrence aux ASBL : du vendeur à l'entreprise</i>	21
SECTION 2 – LES PRATIQUES DÉLOYALES DU MARCHÉ À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS	23
SECTION 3 – L'INTERDICTION DES ACTES CONTRAIRES AUX PRATIQUES HONNÊTES DU MARCHÉ	24
SECTION 4 – L'ACTION EN CESSATION	25
SECTION 5 – APPLICATIONS PARTICULIÈRES AU MILIEU ASSOCIATIF.....	26
1) <i>Le recours au volontariat pour la vente de biens ou de services à un prix anormalement bas</i>	26
2) <i>L'exercice d'une activité économique dans un but lucratif</i>	26
CONCLUSION – UN RÉEL IMPACT DES RÉFORMES DE 2017 ET 2018.....	27
III. L'INSOLVABILITE DES ASBL.....	28
SECTION 1 ^{ÈRE} – APERÇU HISTORIQUE	28
1) <i>La situation avant 2018</i>	28
a) Exclusion des ASBL des procédures d'insolvabilité.....	28
b) La dissolution-liquidation des ASBL.....	28

1. Dissolution.....	28
2. Liquidation.....	29
2) <i>L'introduction du livre XX du C.D.E.</i>	30
3) <i>L'impact du C.S.A.</i>	31
SECTION 2 – LA LIQUIDATION VOLONTAIRE DÉFICITAIRE SOUS LE C.S.A.	32
SECTION 3 – LA PROCÉDURE DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE.....	32
1) <i>Principes généraux</i>	32
2) <i>Un réel intérêt pour les ASBL ?</i>	34
SECTION 2 – LA FAILLITE DES ASBL.....	35
1) <i>Principes généraux</i>	35
a) Objectifs et conditions.....	35
b) Le jugement déclaratif de faillite.....	36
c) Administration et clôture.....	37
2) <i>Tempéraments accordés au milieu associatif</i>	37
a) L'article XX. 102, <i>in fine</i> : L'ASBL peut faire aveu de faillite.....	37
b) La nomination du curateur.....	37
CONCLUSION – UN RÉGIME ADAPTÉ AUX ASBL ?	39
CONCLUSION GENERALE	40
BIBLIOGRAPHIE.....	41

INTRODUCTION

Depuis plusieurs années, soutenir l'entrepreneuriat est une réelle visée politique. Plus particulièrement les ASBL, grandes pourvoyeuses d'emploi et de richesses nationales ont fait l'objet de plusieurs grandes réformes de droit économique. Elles sont à présent assimilées aux autres entreprises.

Deux réformes ont contribué à ce changement. Premièrement, la loi du 11 août 2017 a rationalisé les procédures liées à l'insolvabilité et a ouvert considérablement leur champ d'application. Dans un second temps, la loi du 15 avril 2018 a normalisé certains aspects de l'ancien droit commercial et a tenté de faire du droit économique un ensemble de règles plus cohérent. Enfin, le Code des sociétés et des associations a aligné les régimes juridiques des ASBL et des sociétés autrefois nettement distincts et a modifié la définition même de l'ASBL.

Ce train de réformes a profondément modifié le paysage juridique des ASBL. Dans le cadre de ce travail nous souhaitons analyser les impacts consécutifs de ces réformes sur les trois points qui ont le plus suscité de débats : l'alignement de la responsabilité des administrateurs d'ASBL avec celle des administrateurs de sociétés, l'impact qu'aurait la nouvelle définition de l'entreprise quant à l'applicabilité du droit de la concurrence aux ASBL et l'application des procédures d'insolvabilité aux ASBL.

Dans une première partie, nous présenterons l'ancien régime de responsabilité auquel étaient soumis les administrateurs d'ASBL jusqu'à l'entrée en vigueur du Code des sociétés et des associations. Nous présenterons ensuite les nouveautés apportées par ce même Code. Nous nous demanderons enfin si la situation des administrateurs d'ASBL sera changée de manière drastique à la suite de ces réformes.

Dans une deuxième partie, nous rappellerons les évolutions légales et jurisprudentielles quant à la possibilité pour une ASBL d'exercer une activité commerciale – économique et quant à l'applicabilité du droit de la concurrence aux ASBL. Nous présenterons ensuite les aspects du droit de la concurrence qui intéressent le plus le milieu associatif. Enfin, nous verrons si les réformes de 2017 et 2018 ont eu un véritable impact.

La troisième partie sera consacrée aux procédures d'insolvabilité. Nous rappellerons le régime applicable avant 2018. Nous exposerons ensuite brièvement les mécanismes de la procédure de réorganisation judiciaire et de la faillite ainsi que les particularités de ces procédures pour les ASBL. Nous nous demanderons enfin si ces procédures ont un réel intérêt pour le milieu associatif.

Enfin, dans notre conclusion générale, nous nous demanderons si le régime juridique des ASBL a été parfaitement aligné à celui des entreprises/sociétés sur les trois points qui font l'objet de notre travail.

I. LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS D'ASBL

L'introduction du Code des sociétés et associations (ci-après C.S.A.) a bouleversé de manière significative le régime de la responsabilité des administrateurs de personnes morales et en particulier, celui des dirigeants d'ASBL. Depuis lors, à première vue, l'administrateur d'une petite ASBL sera en principe autant responsable que l'administrateur d'une grande société ; encore cette impression mérite-t-elle d'être corroborée. Dans un premier temps, nous rappellerons le régime applicable aux dirigeants d'ASBL avant l'introduction du C.S.A. (Section 1^{ère}). Ensuite, nous exposerons les principales modifications apportées par la réforme (Section 2). Dans la conclusion de cette première partie, nous analyserons en quoi les modifications légales du C.S.A. compliquent la situation des administrateurs de certaines ASBL.

SECTION 1^{ÈRE} – LE RÉGIME APPLICABLE AVANT L'INTRODUCTION DU C.S.A.

Jusqu'au 1^{er} janvier 2020, date d'entrée en vigueur du C.S.A., la matière de la responsabilité des administrateurs des ASBL était régie par la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes¹. Cette loi n'évoquait que de façon très lacunaire la question de la responsabilité des administrateurs dans ses articles 14*bis* et 26*septies*. Le droit de la responsabilité des administrateurs des ASBL était de la sorte fondé sur le régime du droit commun de la responsabilité civile. On distinguait principalement la responsabilité contractuelle des administrateurs d'une part (1.), et la responsabilité extracontractuelle des administrateurs d'autre part (2.).

1) *La responsabilité contractuelle des administrateurs à l'égard de l'ASBL*

L'article 14*bis* de la loi du 27 juin 1921 prévoyait que : « Sans préjudice de l'article 26*septies*, les administrateurs ne contractent aucune obligation personnelle relativement aux engagements de l'association ».

Les obligations contractuelles à charge des administrateurs d'ASBL comprenaient le respect de la loi du 27 juin 1921, ainsi que des statuts de l'ASBL dont ils étaient administrateurs. Des obligations contractuelles spécifiques selon la nature de l'ASBL pouvaient également exister². Enfin, on distinguait selon que l'administrateur était investi d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat pour apprécier sa responsabilité.

¹ M.B., 1^{er} juillet 1921 (ci-après « loi du 27 juin 1921 »).

² J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 422.

Par exemple, l'obligation de résultat pouvait consister dans l'introduction d'une demande de subsides dans les délais légaux et l'obligation de moyen dans l'obtention effective de ces subsides³.

Le régime légal de la responsabilité des dirigeants d'ASBL n'était *prima facie* pas comparable au régime prévu pour les administrateurs des sociétés. Néanmoins, par application du droit commun de la responsabilité, le régime de la responsabilité des administrateurs d'ASBL était régi par les règles de bonne exécution du contrat de mandat conclu entre ces administrateurs et l'association. De ce fait, les administrateurs encouraient *de facto* une responsabilité proche de celle des administrateurs de société⁴.

L'administrateur d'une ASBL n'était toutefois tenu que de sa responsabilité personnelle. Il n'existait pas, comme en droit des sociétés, de responsabilité solidaire des administrateurs. De la sorte, la responsabilité d'un administrateur ne pouvait être engagée uniquement que sur la base des actes ou omissions qui lui étaient personnellement imputables⁵. Il n'existait que deux dérogations à ce principe.

Premièrement, conformément aux principes généraux de la responsabilité contractuelle, plusieurs administrateurs pouvaient être tenus responsables solidairement ou *in solidum* vis-à-vis de leur ASBL en cas de faute commune, (c'est-à-dire dans les cas où plusieurs administrateurs commettent collectivement une même faute) ou de fautes concurrentes (c'est-à-dire lorsque plusieurs administrateurs commettent individuellement une succession de fautes différentes mais contribuant à un même dommage).

Ensuite, il existait une exception à la responsabilité individuelle des administrateurs d'ASBL à l'article 26septies de la loi du 27 juin 1921 pour la transformation de l'ASBL en société à finalité sociale. Nous ne nous étendrons pas sur ce sujet, la S.F.S. ayant été supprimée par le Code des sociétés et associations.

La loi du 27 juin 1921 était silencieuse quant à la question de savoir quel organe de l'ASBL était compétent pour intenter *l'actio mandati* contre un de ses administrateurs. L'article 4 de la loi ne réservait pas explicitement une telle compétence à l'assemblée générale. Cela pourrait conduire à penser que, si les statuts de l'association étaient silencieux à ce sujet, le conseil d'administration recueillait la compétence de *l'actio mandati* en vertu de son pouvoir résiduel.

³ A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *Les nouvelles responsabilités des administrateurs*, in *Le nouveau visage des ASBL après le 1^{er} mai 2019*, Limal, Anthemis, 2019, p. 195.

⁴ A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *Ibidem*, p. 194.

⁵ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, *op.cit.*, p.420.

Pour M. Davagle et M. Coipel⁶, une telle lecture littérale de la loi du 27 juin 1921 est incohérente, la compétence d'intenter l'*actio mandati* devant implicitement être confiée à l'assemblée générale par application analogique de l'article 561 du Code des sociétés⁷. Une telle interprétation était en outre conforme au fait que l'assemblée générale d'une ASBL est seule compétente pour voter la décharge de ses administrateurs⁸.

2) La responsabilité des administrateurs à l'égard des tiers

La loi du 27 juin 1921 était également muette quant à la question de la responsabilité aquilienne des administrateurs d'ASBL. Faute de dispositions légales spécifiques, la matière était également régie par le droit commun de la responsabilité quasi-délictuelle.

Notons d'emblée que les articles 14*bis* et 15 de la loi du 27 juin 1921 consacraient la théorie de l'organe. Selon cette dernière, la responsabilité d'un organe d'une personne morale est absorbée par cette personne morale pour autant que cet organe reste dans le cadre de ses fonctions. Ce faisant, ses actes et ses faits sont ceux de la personne morale et engagent directement la responsabilité de celle-ci sur la base du contrat ou de l'article 1382 du Code civil.

Cette théorie de l'organe consacrée dans la loi du 27 juin 1921 devait, en outre, être combinée avec la jurisprudence de la Cour de cassation⁹ qui impose que les tiers cocontractants de l'association, qui agissent en responsabilité contre un organe, établissent que la faute mise à sa charge constitue un manquement à l'*obligation générale de prudence* et qu'elle a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat¹⁰.

De ce fait, la mise en cause de la responsabilité d'un administrateur par un tiers supposait donc que l'administrateur n'ait pas seulement manqué à son devoir contractuel à l'égard de l'association dont il assumait la gestion, mais également qu'il ait violé une obligation qui s'impose à tous, s'écartant du comportement que l'on peut attendre d'une personne prudente, avisée, soucieuse de tenir compte des éventualités malheureuses qui peuvent résulter pour autrui de sa conduite¹¹.

⁶ M. COIPEL et M. DAVAGLE, « Associations sans but lucratif », *Rép. not.*, Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 8, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 1272.

⁷ Code des sociétés, article 561: « L'assemblée générale décide s'il y a lieu d'exercer l'action sociale contre les administrateurs ou les commissaires. Elle peut charger un ou plusieurs mandataires de l'exécution de cette décision ».

⁸ Loi du 27 juin 1921, article 4 : « Une délibération de l'assemblée générale est requise pour : 4° la décharge à octroyer aux administrateurs et aux commissaires ».

⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 7 novembre 1997, *Pas.* 1997, I, 1146 : « Lorsqu'une partie contractante agit par un organe, un préposé ou un agent pour l'exécution de son obligation contractuelle, celui-ci ne peut être déclaré responsable sur le plan extracontractuel qui si la faute mise à sa charge constitue un manquement) l'obligation générale de prudence et que si cette faute a causé un dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution du contrat (art. 1382 et 1383, Code civil) ».

¹⁰ F. MOÏSES, *Le nouvel environnement légal des dirigeants d'ASBL et de fondations*, R.D.C., 2003, p. 732.

¹¹ J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, *op.cit.*, p.424.

Pour engager la responsabilité d'un administrateur, la victime devait en outre démontrer l'existence d'un lien de causalité entre le préjudice dont elle se prévalait et la faute imputée à l'administrateur de l'ASBL.

Enfin, notons que la loi du 27 juin 1921 ne prévoyait aucun délai de prescription spécifique à l'action en responsabilité des administrateurs intentée tant par l'association elle-même que par les tiers. Contrairement aux actions dirigées contre les administrateurs, gérants, commissaires ou liquidateurs de sociétés¹² les délais applicables étaient ceux du droit commun, à savoir, ceux de l'article 2262bis du Code civil. En conséquence, le point de départ du délai de prescription pouvait varier. Pour les administrateurs d'ASBL, le délai de prescription courait à partir du moment où la victime avait eu connaissance de son dommage par application de l'article 2262bis du Code civil. Pour les administrateurs de société, le délai prenait quant à lui cours, en principe, dès la commission des faits et, par exception, lorsque la victime avait eu connaissance de ceux-ci *uniquement* si l'administrateur de société avait commis un dol.

SECTION 2 – LE LIVRE II DU C.S.A.

Le nouveau C.S.A. se donne pour but d'uniformiser les règles applicables à l'ensemble des personnes morales de droit belge (sociétés, associations et fondations). Dans cette optique, le législateur a rassemblé ces règles communes dans le livre II du nouveau Code, intitulé « Dispositions communes applicables aux personnes morales régies par le présent Code » (articles 2 :56 et suivants). Les administrateurs de sociétés, de fondations et d'ASBL sont désormais logés à la même enseigne.

Les travaux préparatoires du Code justifient une telle uniformisation de la sorte : « Il est exact que les administrateurs d'associations seront soumis aux mêmes standards de responsabilité que les administrateurs de sociétés (article 2 :55), mais cette règle est énoncée de manière à tenir compte du contexte associatif dans lequel opèrent les administrateurs concernés. Ils peuvent également bénéficier de la limitation de responsabilité proposée à l'article 2 :56. Les très nombreuses petites associations se situeront en-dessous du premier seuil [...] »¹³.

1) Généralités

L'article 2 :56 du C.S.A. énonce la règle générale applicable à la responsabilité des administrateurs de personnes morales. Dans un premier temps, l'article énumère limitativement les catégories de personnes à qui le régime de responsabilité est applicable.

¹² Code des sociétés, article 198 : « §1^{er}. Sont prescrites par cinq ans [...] : - toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs, pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol, à partir de la découverte de ces faits ».

¹³ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p.23.

Il s'agit de « chaque membre d'un organe d'administration » entendu comme les administrateurs de droit mais également les administrateurs de fait (à savoir, toutes les autres personnes qui détiennent ou ont détenu le pouvoir de gérer effectivement la personne morale) mais aussi le délégué à la gestion journalière .

Au niveau des associations, ce nouveau champ d'application diffère du régime antérieur de la loi du 27 juin 1921. En effet, les administrateurs de fait étaient responsables des fautes commises lors de l'exercice de leurs fonctions. Cependant, l'ASBL ne pouvait engager que leur responsabilité extracontractuelle, puisque ceux-ci n'avaient pas conclu de mandat avec l'ASBL .

Ensuite, la théorie de l'organe est reprise à l'article 2 :49 du C.S.A. En ce sens, cet article, consacre une immunité de principe en faveur des administrateurs des personnes morales, sans préjudice des règles spécifiques relatives à la mise en cause de leurs responsabilités régie par les articles 2 :56 et suivants . Par conséquent, l'administrateur d'une personne morale dispose d'une première protection. Celui-ci ne pourra voir sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle engagée envers les tiers pour autant qu'il agisse dans le cadre de son mandat.

Enfin, l'article 2 :56 du C.S.A. crée une typologie des fautes susceptibles d'engager la responsabilité des administrateurs des personnes morales. On dénombre de la sorte : la faute de gestion, la faute aquilienne et la violation d'une disposition statutaire de la personne morale ou du C.S.A. La nature des responsabilités assumées par un administrateur diffère selon le type de faute qui lui est reprochée.

2) La faute de gestion

En vertu de l'article 2 :56 du C.S.A., « les administrateurs sont responsables envers la personne morale des *fautes commises dans l'accomplissement de leur mission* ». Dans le régime associatif, la faute de gestion peut être définie comme « *un manquement à l'obligation que les administrateurs ont de gérer, suivant le mandat qu'ils ont reçu de l'ASBL, les intérêts de cette dernière en bon père de famille, c'est-à-dire en apportant à cette gestion tous les soins, toute la diligence avec lesquels un chef de famille est censé administrer la patrimoine familial. Elle peut être constituée par un fait positif, par une omission ou une négligence* »¹⁴.

La faute de gestion n'engage que la responsabilité contractuelle de l'administrateur envers la personne morale. Dès lors, seule la personne morale peut intenter l'action en responsabilité sur la base d'une telle faute.

Rappelons que, sous l'ancien régime de la loi du 27 juin 1921, le principe était celui de la responsabilité individuelle. Un administrateur ne pouvait être tenu responsable que des actes ou omissions qui lui étaient personnellement imputables, sauf fautes communes ou concurrentes. Le C.S.A. apporte une nuance à ce principe à l'article 2 :56, alinéa 2 : « Lorsque l'organe d'administration forme un collège, les administrateurs sont solidairement responsables des décisions et des manquements de ce collège ».

¹⁴ M. COIPEL et M. DAVAGLE, *Associations sans but lucratif, op.cit.*, p. 904.

De ce fait, la responsabilité solidaire devient le régime de principe pour les administrateurs d'ASBL au sein du conseil d'administration¹⁵. Ils seront dès lors tenus solidairement responsable des fautes de gestion commises au sein de ce même conseil d'administration.

L'article 2 :56 du C.S.A. consacre la théorie de la *marginale toetsing* : « Ces personnes [les administrateurs] ne sont toutefois responsables que des décisions, actes ou comportements qui excèdent manifestement la marge dans laquelle des administrateurs normalement prudents et diligents placés dans les mêmes circonstances peuvent raisonnablement avoir une opinion divergente ».

En vertu de ce principe d'appréciation marginale, seul un excès manifeste de la marge de manœuvre reconnue à un administrateur placé dans les mêmes circonstances est de nature à mettre en cause sa responsabilité en raison d'une faute de gestion¹⁶. Par application de ce principe, les cours et tribunaux ne sont pas juges de l'opportunité mais seulement de la légalité de la décision dont ils ont à juger. Il ne leur appartient pas de substituer leur propre appréciation à celle des organes et de décider eux-mêmes quelle eût été la meilleure décision possible¹⁷. La réserve de l'appréciation marginale ne s'applique néanmoins que lorsque l'organe d'administration dispose d'une liberté d'appréciation^{18 19}.

Enfin, là où la loi du 27 juin 1921 demeurerait silencieuse, le C.S.A. confie explicitement à l'assemblée générale de l'ASBL le pouvoir d'introduire une *actio mandati* contre ses administrateurs à l'article 9 :12, 4^o²⁰.

3) La faute extracontractuelle

L'article 2 :56 du C.S.A. dispose que les administrateurs sont responsables « envers les tiers pour autant que la faute commise présente un caractère extracontractuel ». C'est une consécration légale de la responsabilité extracontractuelle des administrateurs.

Rappelons que la théorie de l'organe et la jurisprudence de la Cour de cassation qui consacre l'immunité des préposés et agents d'exécution ont pour conséquence de donner une quasi-immunité de responsabilité à l'administrateur agissant comme agent d'exécution d'une personne morale dans ses relations contractuelles avec les tiers.

¹⁵C.S.A., article 9 :5 : « L'association est administrée par un organe d'administration collégial qui compte au moins trois administrateur, qui sont des personnes physiques ou morales ».

¹⁶H. CULOT, Y. De CORDT, Ph. LAMBRECHT et J. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 274.

¹⁷F. LEFEVRE et E. POTTIER, *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019, p.177.

¹⁸F. LEFEVRE et E. POTTIER, *Ibidem*, p.178.

¹⁹ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p. 60 : « Il va de soi que le principe de l'appréciation marginale s'applique seulement dans le cas où l'organe d'administration dispose d'une certaine liberté d'appréciation. Tel n'est pas le cas lorsque la loi, les statuts ou une autre norme prescrivent un comportement déterminé ».

²⁰C.S.A., article 9 :12 : « Une décision de l'assemblée générale est exigée pour : 4° la décharge à octroyer aux administrateurs et au commissaire, ainsi que, le cas échéant, l'introduction d'une action de l'association contre les administrateurs et les commissaires ».

Selon M. Davagle, l'adoption du C.S.A., ne modifie en rien la matière²¹.

Envers les tiers contractants avec l'ASBL, l'administrateur ne pourra, de la sorte, être tenu responsable que lorsque sa faute constitue une infraction pénale²².

Envers les tiers non-contractants avec l'ASBL, il est logique que la faute de l'administrateur ne soit pas absorbée par l'association et que, par conséquent, l'administrateur soit responsable sur la base de l'article 1382 du Code civil.

Précisons enfin qu'une faute de gestion peut constituer une faute extracontractuelle lorsqu'elle présente les caractéristiques propres de la théorie du concours des responsabilités contractuelle et aquilienne, indépendamment de la violation des obligations découlant du mandat liant la personne morale aux administrateurs. Auquel cas, la personne morale peut mettre en cause la responsabilité de son administrateur par le biais de *l'actio mandati*²³.

4) La violation d'une norme du C.S.A. et des statuts

L'article 2 :56, alinéa 3 du C.S.A. dispose que : « Même si l'organe d'administration ne forme pas un collège, ses membres répondent solidairement tant envers la personne morale qu'envers les tiers, de tout dommage résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou aux statuts de cette personne morale ».

Cette disposition n'avait pas d'équivalent sous le régime de la loi du 27 juin 1921 mais, selon le droit commun de la responsabilité, les administrateurs engageaient leur responsabilité contractuelle envers l'ASBL pour non-respect de la loi de 1921 ou de ses statuts.

Les nouveautés consacrées par le C.S.A. sont doubles. D'une part, désormais l'administrateur fautif risque d'engager sa responsabilité tant envers son ASBL qu'envers un tiers préjudicié d'une telle violation. D'autre part, le Code consacre une responsabilité *solidaire* des administrateurs pour toute violation des dispositions du Code ou des statuts, que ceux-ci soient membres d'un organe collégial ou non.

Cette deuxième nouveauté a un impact considérable pour les administrateurs. En effet, « la disposition entraîne un alourdissement de la responsabilité par rapport au régime antérieur. Un dirigeant distrait, inactif, incompétent, mal informé ou absent assume donc la responsabilité des violations du C.S.A. ou des statuts qui seraient commises par ses collègues, même s'il n'en a pas connaissance et qu'il n'a pas personnellement commis de faute »²⁴. L'administrateur pourra toutefois se protéger des fautes de ses consorts par le mécanisme de la désolidarisation que nous aborderons plus loin.

²¹ M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, 24^{ème} éd., Wolters Kluwer Belgium, Liège, 2020.

²² Cass. (2^{ème} ch.), 11 septembre 2001, Pas. 2001, liv. 9-10, p. 1337 : « lorsqu'un organe de société ou un mandataire agissant dans le cadre de son mandat commet une faute personnelle constituant un délit, cette faute oblige l'administrateur ou le mandataire en personne à réparer ».

²³ F. LEFEVRE et E. POTTIER, *op.cit.*, pp. 294 et 295.

²⁴ A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. 214.

Pour pouvoir intenter utilement une action en responsabilité contre un administrateur, l'association ou le tiers devront prouver la violation du C.S.A. ou des statuts et, en outre, que cette violation leur a causé un préjudice. La doctrine est controversée quant à la question de savoir si la violation d'une disposition du Code ou des statuts entraîne *ipso facto* la responsabilité des administrateurs ou si le juge bénéficie d'une marge d'appréciation²⁵.

5) Les plafonds, exonérations et mécanisme de protection

a) Les plafonds

L'article 2 :57 du C.S.A. instaure un plafond d'indemnisation du dommage au-delà duquel un administrateur ne peut être tenu responsable. C'est une des grandes innovations du Code, qui permet de déroger au principe général de la responsabilité selon lequel le dommage intégral doit être réparé.

Cette limitation de responsabilité est applicable tant pour les causes énumérées à l'article 2 :56 du C.S.A. (faute de gestion, responsabilité extracontractuelle et violation des dispositions du CSA ou des statuts) que pour l'action en comblement de passif²⁶ et la poursuite déraisonnable de l'activité économique²⁷.

Les plafonds d'indemnisation du dommage valent tant à l'égard de la personne morale que des tiers pour la réparation du dommage.

La limitation de la responsabilité s'exprime en montants absolus. Les plafonds sont proportionnels à la taille de la personne morale mesurée à l'aune du total de son bilan et de son chiffre d'affaires. Ils peuvent être exposés comme suit :

Montant du plafond	Chiffre d'affaires (HTVA) annuel moyen sur les 3 exercices précédents	Total du bilan moyen au cours de cette période
125.000 EUR	350.000 EUR	175.000
250.000 EUR	700.000 EUR	350.000
1.000.000 EUR	9.000.000 EUR	4.5000.000
3.000.000 EUR	Entre 9.000.000 et 50.000.000 EUR	Entre 4.500.000 et 45.000.000
12.000.000 EUR	50.000.000 EUR	43.000.000

²⁵ F. LEFEVRE et E. POTTIER, *op.cit.*, p. 279.

²⁶ C.D.E., article XX.225.

²⁷ C.D.E., article XX.227.

Les plafonds de responsabilité ne peuvent être réduits statutairement en-deçà de ceux retenus par le Code²⁸. En outre, ils ne s'appliquent pas en cas de faute légère habituelle, de faute lourde ou – bien évidemment – de dol²⁹.

Selon le législateur, « les très nombreuses petites associations se situeront en-dessous du premier seuil »³⁰. Il n'a dès lors prévu aucune règle dérogatoire pour le milieu associatif.

Ce faisant, la responsabilité des administrateurs de petites A.S.B.L pourrait tout de même être engagée à concurrence de 125.000 EUR dans les cas les plus graves.

b) La désolidarisation

Nous l'avons vu, le C.S.A. érige en principe général la responsabilité solidaire des administrateurs pour leurs fautes de gestions et pour les violations au Code et aux statuts. Cependant, l'article 2 :56, dernier alinéa, instaure un mécanisme de désolidarisation de responsabilité pour dénonciation de faute³¹.

Dès lors, l'administrateur n'ayant pas pris personnellement part à l'acte fautif peut, en dénonçant la faute aux autres membres de l'organe et en motivant sa position, se soustraire à sa responsabilité solidaire. Le droit de dénonciation porte non seulement sur les décisions du conseil d'administration mais également sur les actes accomplis en dehors de celui-ci.

6) Le conflit d'intérêts

L'introduction de la notion de conflit d'intérêts dans le champ des ASBL est une des innovations majeures du C.S.A. La loi de 1921 ne prévoyait, en effet, aucun mécanisme permettant de régler les conflits d'intérêts qui pouvaient survenir au sein de l'organe d'administration d'une ASBL. De la sorte, sous l'ancien régime, faute de règles spécifiques insérées dans les statuts, tout administrateur pouvait participer aux décisions quand bien même il avait un intérêt personnel opposé à la décision. Les tentatives de certains parlementaires pour introduire, dans la loi de 1921, une réglementation des conflits d'intérêts inspirée du Code des sociétés avaient, jusqu'à ce jour, échoué³².

²⁸ C.S.A., article 2 :58.

²⁹ C.S.A., article 2 :57, §2.

³⁰ Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001, p.23.

³¹ C.S.A., article 2 :56, dernier alinéa : « [les administrateurs] sont toutefois déchargés de leur responsabilité pour les fautes visées aux alinéas 2 et 3 auxquelles ils n'ont pas pris part s'ils ont dénoncé la faute alléguée à tous les autres membres de l'organe d'administration [...] ».

³² V. SIMONART, *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p.269.

Le C.S.A. introduit dans son Livre IX, l'article 9 :8 qui règle le sort d'un administrateur en conflit d'intérêts³³. En vertu de cet article, l'administrateur en conflit d'intérêts a l'obligation de s'abstenir de participer à la décision. De même, si la majorité des administrateurs se trouve dans cette situation, la décision sera soumise à l'assemblée générale. Ce régime de conflit d'intérêts s'inspire largement de celui applicable pour les sociétés mais diffère en ce qui concerne les conséquences en cas de non-respect du libellé de l'article 9 :8 du C.S.A.

En effet, il n'existe aucune règle spécifique dans le livre IX pour ce qui concerne la violation de l'article 9 :8. En revanche, le C.S.A. règle de manière spécifique pour les sociétés les sanction en cas de non-respect du régime des conflits d'intérêts³⁴.

Malgré l'existence d'un régime spécifique de responsabilité en cas de conflit d'intérêts, l'administrateur d'une A.S.B.L qui ne respecte pas la procédure risque d'engager sa responsabilité sur la base de l'article 2 :56 du C.S.A. pour violation d'une norme de ce même Code et devra répondre de tout dommage qu'il causerait en lien avec la violation des règles de conflit d'intérêts³⁵.

7) La responsabilité de l'administrateur en cas de faillite

Depuis l'introduction du Livre XX du Code de droit économique (ci-après C.D.E.) par la loi du 11 août 2017³⁶, en vigueur à partir du 1^{er} mai 2018 – nous y reviendrons –, le champ d'application des procédures d'insolvabilité a été considérablement élargi. Désormais considérées comme entreprises, les ASBL sont soumises à de telles procédures.

Depuis cette réforme, les administrateurs d'ASBL encourent des responsabilités spécifiques dans l'hypothèse d'une faillite. On dénombre trois cas de responsabilités particulières : l'action en comblement de passif (A.), la responsabilité pour non-paiement des dettes sociales (B.) et la responsabilité pour la poursuite déraisonnable de l'activité déficitaire (C.)

³³ C.S.A. article 9 :8 : « Lorsque l'organe d'administration est appelé à prendre une décision ou à se prononcer sur une opération relevant de sa compétence à propos de laquelle un administrateur a un intérêt direct ou indirect de nature patrimoniale qui est opposé à l'intérêt de l'association, cet administrateur doit en informer les autres administrateurs avant que l'organe d'administration ne prenne une décision. Sa déclaration et ses explications sur la nature de cet intérêt opposé doivent figurer dans le procès-verbal de la réunion de l'organe d'administration qui doit prendre cette décision. Il n'est pas permis à l'organe d'administration de déléguer cette décision. [...]. Dans aucune association l'administrateur ayant un conflit d'intérêts visé à l'alinéa 1^{er} ne peut prendre part aux délibérations de l'organe d'administration concernant ces décisions ou ces opérations, ni prendre part au vote sur ce point. Si la majorité des administrateurs présents ou représentés a un conflit d'intérêts, la décision ou l'opération est soumise à l'assemblée générale ; en cas d'approbation de la décision ou de l'opération par celle-ci, l'organe d'administration peut les exécuter. [...]. »

³⁴ C.S.A., articles 5 :76 et 5 :78 (pour la SRL), 6 :64 et 6 :66 (pour la société coopérative) et 7 :122 et 7 :125 (pour la S.A.)

³⁵ A. CAUWENBERGH et J-F. GOFFIN, p. 224.

³⁶ M.B., 11 septembre 2017

a) L'action en comblement de passif

Selon l'article XX.225 du C.D.E., « en cas de faillite d'une entreprise et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur [...], actuel ou ancien, ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer l'entreprise peut être déclaré personnellement obligé, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif ».

De ce fait, l'administrateur d'une ASBL faillie en manque d'actifs, ayant commis une faute grave et caractérisée qui a contribué à la faillite, pourra engager sa responsabilité envers les tiers créanciers de cette ASBL. Cela signifie que la faute ne doit être ni la seule cause de la faillite, ni même la condition décisive et immédiate sans laquelle la faillite n'aurait pas été déclarée.

L'action peut être intentée contre les administrateurs actuels, les anciens administrateurs et contre toute personne ayant affectivement détenu le pouvoir de gérer l'entreprise. L'action englobe dès lors également les administrateurs de fait. Pour A. Cauwenbergh et J.-F. Goffin, cela signifie également que le curateur ou les tiers créanciers peuvent également agir contre « toute personne qui, à quelque titre que ce soit, a pu intervenir positivement dans la gestion de l'entreprise et à laquelle peut être imputée une faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite³⁷ ».

La faute commise doit être grave et caractérisée, c'est-à-dire qu'elle doit, d'une part, être « celle qu'un dirigeant prudent et diligent n'aurait pas commise et qui heurte les normes essentielles de la vie en société »³⁸ et, d'autre part, qu'elle doit être « considérée par un homme raisonnable comme étant incontestable, manifeste »³⁹.

L'action peut être intentée par le curateur ou le tiers lésé créancier de l'ASBL.

La condamnation individuelle ou solidaire est laissée à l'appréciation du juge. La responsabilité solidaire n'est par contre possible que si plusieurs administrateurs ont commis une faute grave et caractérisée.

Cependant, cette action ne pourra pas être intentée à l'encontre des administrateurs d'entreprises qui se trouvent en dessous des limites établies à l'article XX.225, §2⁴⁰ en termes de chiffre d'affaires moyen et de total de bilan.

Cela devrait réjouir les administrateurs d'ASBL, ces derniers étant exclus de l'action en comblement de passif si l'ASBL est de petite taille.

Enfin, rappelons que cette responsabilité spécifique de l'administrateur est limitée par les plafonds de l'article 2 :56 du C.S.A.

³⁷ A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, p. 228.

³⁸ Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.B.C.*, 1987, p.523, cité dans. M. DAVAGLE, *La responsabilité civile des administrateurs d'ASBL*, p. 21, disponible en ligne sur :<https://www.troisponts.be/>.

³⁹ M. DAVAGLE, *La responsabilité civile des administrateurs d'ASBL*, *op.cit.*, p. 22.

⁴⁰ C.D.E. article XX. 225, §2 : Le paragraphe §1^{er} n'est pas applicable lorsque l'entreprise en faillite, a réalisé au cours des trois exercices qui précèdent la faillite ou au cours de tous les exercices si l'entreprise a été constituée depuis moins de trois ans, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 EUR HTVA et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a pas dépassé 370.000 EUR »⁴⁰.

b) La responsabilité pour non-paiement des dettes sociales

La responsabilité aggravée pour non-paiement des dettes sociales contenue à l'article XX.226 du C.D.E. ne concerne que les administrateurs qui ont été impliqués dans au moins deux faillites dans un délai de cinq ans à l'occasion desquelles tout ou partie des dettes sociales n'ont pas été payées⁴¹.

c) La poursuite déraisonnable de l'activité déficitaire

En vertu de l'article XX.227 du C.D.E., « en cas de faillite d'une entreprise et d'insuffisance d'actif, les administrateurs [...], délégués à la gestion journalière, actuels ou anciens, et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de diriger l'entreprise peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à l'égard de la masse [...] ».

Seul le curateur à la faillite peut intenter cette action contre tous les administrateurs actuels et anciens, de droit et de fait quelle que soit la taille de l'ASBL faillie.

L'administrateur sera considéré comme fautif si, antérieurement à la faillite, il savait où aurait dû savoir qu'il n'y avait manifestement pas de perspective raisonnable pour préserver l'entreprise ou ses activités et d'éviter une faillite. Il doit ne pas avoir agi comme l'aurait fait un administrateur normalement prudent placé dans les mêmes circonstances. Le juge devra par contre apprécier marginalement les conditions de cette responsabilité⁴².

Le dernier paragraphe de cet article exclut de son champ d'application les ASBL, A.I.S.B.L et fondations qui tiennent une comptabilité simplifiée⁴³. « De ce fait, le législateur a tenu compte du fait que, dans le milieu associatif, les administrateurs sont souvent peu ou pas rémunérés et que leur responsabilité devrait donc être adaptée [...]. Cette importante exclusion limitera l'application de l'article aux administrateurs des grandes ASBL⁴⁴ ».

Enfin, les plafonds de l'article 2 :56 du C.S.A. sont applicables pour l'administrateur responsable d'une poursuite déraisonnable de l'activité économique.

⁴¹ M. Davagle, *La responsabilité civile des administrateurs d'ASBL*, op.cit., p. 24.

⁴² A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d'activité déficitaire avant ou pendant un réorganisation judiciaire*, in *Le droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2018, p. 678

⁴³ C.D.E., article XX.227, §5 : « le paragraphe 1^{er} n'est pas applicable lorsque l'entreprise déclarée en faillite est une ASBL, AISBL et fondation qui tient une comptabilité simplifiée, conformément aux articles 17, 37 et 53 de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes ».

⁴⁴ A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *Les nouvelles responsabilités des administrateurs*, op.cit. p 238.

8) Application particulière au milieu des ASBL : l'administrateur travailleur et bénévole

L'ASBL est le milieu privilégié du bénévolat. La loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires accorde aux bénévoles qui entrent dans son champ d'application une immunité de responsabilité pour leurs fautes légères non occasionnelles⁴⁵.

Sous l'empire de l'ancienne législation, la Cour constitutionnelle avait déjà estimé que la responsabilité des administrateurs telle qu'exprimée dans la loi de 1921 primait sur la quasi-immunité accordée aux bénévoles⁴⁶.

Selon A. Cauwenbergh et J.-F. Goffin, puisque le C.S.A. définit désormais de manière précise les règles relatives à la responsabilité des administrateurs, les administrateurs volontaires seront désormais soumis au régime de ce nouveau code et seront également exclus du régime de faveur accordé par la loi sur les volontaires⁴⁷.

CONCLUSION – UNE SITUATION RÉELLEMENT DIFFÉRENTE POUR LES ADMINISTRATEURS D'ASBL ?

Nous avons envisagé le régime ancien et le nouveau. Il faut maintenant se demander quels sont réellement les changements apportés à la responsabilité des administrateurs d'ASBL par le C.S.A. et le livre XX du C.D.E.

La responsabilité solidaire est érigée en principe lorsque les administrateurs forment un collège. Voilà l'impact le plus important de la réforme de 2019. Puisque les administrateurs peuvent désormais engager leur responsabilité pour des fautes commises par leur organe, ils devront redoubler d'attention sur les actes de leurs collègues.

Il nous semble enfin que, lors de la réforme, les caractéristiques propres aux ASBL n'ont pas été totalement prises en compte. Hormis quelques régimes favorables spécifiques aux ASBL (comme par exemple, l'article XX.227 du C.D.E qui exclut de son champ d'application les ASBL tenant une comptabilité simplifiée), les régimes de responsabilités des dirigeants des personnes morales ont bel et bien été unifiés. Le législateur, plutôt que d'accorder des dérogations par secteur a offert des dérogations en fonction de la taille des personnes morales.

⁴⁵ Loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires, article 5 : « sauf en cas de dol, de faute grave ou de faute légère présentant dans le chef du volontaire un caractère habituel plutôt qu'accidentel, celui-ci n'est pas, sauf s'il s'agit de dommages qu'il s'occasionne à lui-même, civilement responsable des dommages qu'il cause dans l'exercice d'activités volontaires organisées par une association de fait visée à l'article 3, 3° et occupant une ou plusieurs personnes engagées dans les liens d'un contrat de travail d'ouvrier ou d'employé, par une personne morale visée à l'article 3, 3°, ou par une association de fait qui, en raison de son lien spécifique soit avec l'association de fait susvisée, soit avec la personne morale susvisée, peut être considérée comme une section de celles-ci. L'association de fait, la personne morale ou l'organisation dont l'association de fait constitue une section est civilement responsable de ce dommage ».

⁴⁶ C.C., n° 158/2007, 19 décembre 2007, cité dans Ph. T'KINT, *Les responsabilités*, in, *Le droit des ASBL*, Tome 1, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 390

⁴⁷ A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *op.cit.*, p. 246

De ce fait, la situation des administrateurs des petites ASBL ne sera pas drastiquement modifiée. Par contre, désormais, les dirigeants d'ASBL de grande envergure engageront leur responsabilité de la même manière que les dirigeants de grandes sociétés. C'est dès lors surtout dans leur cas que l'on peut parler de réelle aggravation de la situation. Les praticiens et les professionnels du milieu recommandent d'ailleurs aux administrateurs d'ASBL de grande taille de contracter une assurance en responsabilité⁴⁸.

⁴⁸ A. CAUWENBERGH en J-F. GOFFIN, *op. cit.*, p. 246.

II. L'ASBL FACE À LA CONCURRENCE DÉLOYALE

Après une brève introduction historique sur la poursuite des activités commerciales par les ASBL et l'applicabilité du droit de la concurrence à ces mêmes entités (Section 1^{ère}), nous présenterons quelques attraits du droit de la concurrence applicable aux ASBL (Section 2, 3 et 4). Ensuite, nous présenterons quelques applications spécifiques aux ASBL (Section 5). Enfin, nous concluons quant aux impacts des réformes de 2017 et 2018 en ce qui concerne le droit de la concurrence aux ASBL.

SECTION 1^{ÈRE} – INTRODUCTION HISTORIQUE

1) *L'ASBL et la poursuite d'une activité commerciale – économique*

L'ASBL était définie par la loi de 1921 comme « l'association qui ne se livre pas à des opérations industrielles et commerciales *et* qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel ». Ces deux conditions étaient cumulatives. L'ASBL était alors conçue comme l'antipode de la société puisque la répartition du gain matériel entre les associés était l'élément essentiel du contrat de société au sens de l'ancien article 1832 du Code civil⁴⁹.

Toutefois, dès les années 1970, certaines ASBL finançaient leur but désintéressé par des opérations commerciales. La doctrine s'interrogeait quant au sort à réserver à ces ASBL. Deux thèses s'affrontaient. Selon la première, l'ASBL pouvait seulement se livrer à des opérations lucratives *accessoire*s ou subordonnées à son activité principale. Selon la seconde, l'ASBL pouvait réaliser des activités lucratives à *titre principal* pour autant que celles-ci soient nécessaires pour atteindre son but et que les bénéfices générés soient exclusivement affectés à la poursuite du but désintéressé et non à l'enrichissement de l'association ou de ses membres.

La Cour de cassation vint trancher la controverse en faveur de la première thèse. Dans un arrêt du 3 octobre 1996, elle décidait que « si l'association [sans but lucratif] qui ne poursuit ni son enrichissement ni un gain direct ou indirect pour ses membres, peut exercer une *activité accessoire* qui produit des bénéfices, c'est à la condition que cette activité soit nécessaire pour permettre la réalisation du but désintéressé que l'association [sans but lucratif] veut atteindre et que celle-ci consacre à cette fin l'intégralité des bénéfices ainsi obtenus⁵⁰ ».

L'association pouvait donc avoir une activité commerciale si trois conditions étaient réunies. Il fallait en premier lieu qu'existe un lien de *nécessité* entre l'activité commerciale accessoire et l'accomplissement du but supérieur que l'association poursuivait. Ensuite, les bénéfices engrangés par l'ASBL devaient être totalement consacrés à son but désintéressé⁵¹. Enfin, l'activité commerciale devait être exercée à titre *accessoire*. Cette troisième condition a fait apparaître de nouveaux conflits doctrinaux : devait-elle, en effet, être interprétée à la lumière d'un critère quantitatif (soutenu par le courant majoritaire) ou qualitatif ?

⁴⁹ D. PASTAGER, *A.S.B.L et activités commerciales : le fil d'Ariane*, Limal, Anthémis, 2012, pp. 8 et 9.

⁵⁰ Cass., 3 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 902.

⁵¹ D. PASTAGER, *op.cit.*, p. 25.

Suivant le critère quantitatif, il fallait vérifier qu'en termes de volume, l'activité commerciale restait inférieure à l'activité principale désintéressée.

Suivant le critère qualitatif, il suffisait pour satisfaire à la condition du caractère accessoire de l'activité commerciale, que cette dernière soit nécessaire à réaliser la finalité supérieure poursuivie par l'ASBL⁵². Autrement, dit, il n'était pas nécessaire d'analyser cette troisième condition.

L'introduction des lois du 11 août 2017 et du 15 avril 2018 a supprimé les notions « d'acte de commerce » et « de commerçant » et a renommé le tribunal de commerce en tribunal de l'entreprise. La suppression de la théorie de la commercialité avait un impact difficile à cerner sur l'interdiction faite aux ASBL d'exercer des activités commerciales⁵³. Fort heureusement cet impact a été circonscrit dans le temps

En effet, depuis l'entrée en vigueur du C.S.A., les ASBL peuvent exercer toute activité économique à l'exception de celles qui sont légalement réservées à certaines formes de personnes morales⁵⁴. Le nouveau code redéfinit en effet le critère de distinction entre les sociétés et les associations⁵⁵. La distinction ne repose désormais plus sur le critère des activités autorisées mais sur la finalité du groupement⁵⁶.

L'ASBL est ainsi définie par l'article 1 :2 du C.S.A. comme « [l'association] qui poursuit un but désintéressé dans le cadre de l'exercice d'une ou plusieurs activités déterminées qui constituent son objet. Elle ne peut distribuer ni procurer directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, ses membres, ses administrateurs ni à toute autre personne sauf dans le but désintéressé déterminé par les statuts ».

2) Application progressive du droit de la concurrence aux ASBL : du vendeur à l'entreprise

La loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce⁵⁷ ne pouvait s'appliquer aux ASBL. En effet, l'article 54 de cette loi interdisait « tout acte contraire aux usages honnêtes en matières commerciales imputable à une commerçant ou un artisan ». Étaient commerçants selon l'article 1^{er} du Code de commerce : « ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint ».

⁵² D. PASTAGER, *op.cit.*, p. 27.

⁵³ M. COIPEL, *L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code*, in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthémis, 2019, p. 493.

⁵⁴ M. COIPEL, *Nouvelles définitions et conséquences de la qualification des ASBL comme entreprises*, in *Le nouveau visage des ASBL après le 1er mai 2019*, Limal, Anthémis, 2019, p. 15.

⁵⁵ O. CAPRASSE et L. LEONARD, *Les principes généraux de la réforme*, in *Le Code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, CUP, vol. 186, Limal, Anthémis, 2018, pp. 15 à 18.

⁵⁶ A. FAYT et D. GOL, *L'association face à l'insolvabilité*, in *Le nouveau visage des ASBL après le 1er mai 2019*, Limal, Anthémis, 2019, pp. 171 et 172.

⁵⁷ M.B., 30 juillet 1971.

Or, la Cour de cassation avait affirmé dans un arrêt du 19 janvier 1973⁵⁸ – arrêt de la piscine du curé – qu’ « un acte de commerce peut perdre son caractère commercial lorsqu’il est accompli sans but de lucre et de spéculation ». Les ASBL étaient par essence visées par cette exception et ne pouvaient donc pas être assimilées à « commerçants ».

La loi du 14 juillet 1991⁵⁹ - qui a abrogé la loi de 1971 précitée - a remplacé la notion de « commerçant » par celle de « vendeur ». Le vendeur était défini comme « tout commerçant ou artisan ainsi que *toute personne physique ou morale* qui offrent en vente ou vendent des produits ou des services, dans le cadre d’une activité professionnelle ou en vue de la réalisation de leur objet statutaire⁶⁰ ».

La doctrine et la jurisprudence étaient divisées sur la question de savoir si les ASBL étaient comprises dans la notion de vendeur jusqu’à ce que la Cour de cassation ne tranche la question en 2002 dans l’affaire « Elektroboot⁶¹ ».

Dans son arrêt du 13 septembre 2002⁶², la Cour de cassation a précisé qu’ « il suit effectivement du rapprochement des mêmes articles 1.2 et 1.6 (a et c) que la personne offrant en vente ou en vendant, sans prestation en contrepartie et, partant, nonobstant cette gratuité une prestation ou un service qui constitue en soi un acte de commerce peut être considérée comme un vendeur au sens de la loi ».

Il était de la sorte devenu incontestable qu’une ASBL pouvait être un « vendeur » et ce, même si elle exerçait son activité économique sans but lucratif⁶³. L’ASBL était de la sorte visée par le champ d’application personnel de la loi.

La loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur⁶⁴ a supprimé toute référence à la notion de vendeur pour la remplacer par celle d’entreprise. Cette notion d’entreprise était définie par la loi dans son article 2, 1° comme « toute personne physique ou *personne morale* poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses (lire : les⁶⁵) associations ». A cet égard, une entreprise réalise une activité économique quand, de manière durable, elle produit ou distribue des biens ou des services sur un marché déterminé.

⁵⁸ Cass., 19 janvier 1973, R.C.J.B., 1974, p. 321.

⁵⁹ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, M.B. 29 août 1991.

⁶⁰ Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, article 1^{er}, 6, a).

⁶¹ M. COIPEL et M. DAVAGLE, *Ibidem*, p. 339.

⁶² Cass., 13 septembre 2002, Pas., 2002, p. 1647.

⁶³ M. COIPEL et M. DAVAGLE, *Associations sans but lucratif, op.cit.*, p.340.

⁶⁴ M.B., 12 avril 2010

⁶⁵ M. COIPEL et M. DAVAGLE, *Ibidem*, p. 340.

C'est cette même définition *fonctionnelle* de l'entreprise issue de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne⁶⁶ qui fut reprise comme définition générale dans l'article I.1, alinéa 1^{er}, 1^o du C.D.E dans sa version de 2013. Les introductions consécutives des lois du 11 août 2017 et du 15 avril 2018 – nous y reviendrons dans le détail – ont eu pour effet d'introduire dans le C.D.E. une définition *formelle* de l'entreprise érigée au rang de définition générale.

Ces deux définitions de l'entreprise – fonctionnelle et formelle – coexistent désormais dans le C.D.E mais leur champ d'application diffère. La définition fonctionnelle est celle qui est utilisée dans le C.D.E. pour les matières du droit de la concurrence⁶⁷ (Livre IV), de la réglementation des prix⁶⁸ (Livre V), du droit des pratiques du marché⁶⁹ (Livre VI), et de l'action en cessation⁷⁰ (Livre XVII).

De la sorte, l'utilisation de la définition fonctionnelle de l'entreprise permet d'éviter que les règles que nous venons d'énoncer ne s'appliquent aux ASBL qui ne poursuivent pas de manière durable un but économique, c'est-à-dire les ASBL dites « pures ».

Nous n'exposerons dans le cadre de ce travail que les pratiques déloyales du marché (section 2), les actes contraires aux pratiques honnêtes du marché (section 3) et l'action en cessation (section 4) puisque ce sont, selon nous, les questions qui intéressent le plus le milieu associatif. Nous présenterons enfin certaines pratiques propres au milieu associatif susceptibles d'être considérées comme actes contraires aux pratiques honnêtes du marché (Section 5).

SECTION 2 – LES PRATIQUES DÉLOYALES DU MARCHÉ À L'ÉGARD DES CONSOMMATEURS

Les articles VI.92 et suivants du C.D.E. interdisent aux ASBL d'user de pratiques déloyales envers les consommateurs lorsqu'elles sont en concurrence avec des sociétés ou d'autres ASBL.

Pour qu'une pratique du marché soit considérée comme déloyale, elle doit réunir deux conditions cumulatives⁷¹. D'une part, elle doit être contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Il s'agit d'une condition objective quant à l'acte posé⁷².

⁶⁶ C.J.U.E., 23 avril 1991, arrêt *Höfner et Elser*, C-41/90 qui définit l'entreprise comme : « toute entité exerçant une activité économique, quel que soit le statut juridique de cette entité et de son mode de financement ».

⁶⁷ C.D.E., article I.6, 17^o.

⁶⁸ C.D.E., article I.7, 2^o.

⁶⁹ C.D.E., article I.8, 9^o.

⁷⁰ C.D.E., article I.21, 8^o.

⁷¹ C.D.E. article VI.93.

⁷² H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthemis, 2019, p. 508.

Le C.D.E. définit la diligence professionnelle comme étant « le niveau de compétence spécialisée et de soins dont l'entreprise est raisonnablement censée faire preuve dans son domaine d'activité vis-à-vis du consommateur conformément aux usages honnêtes en matière commerciale⁷³ ».

D'autre part, elle doit altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen quelle touche ou auquel elle s'adresse. Si la pratique s'adresse à un groupe de consommateurs déterminé, elle doit alors altérer le comportement économique du membre moyen de ce groupe, par rapport au produit concerné.

Il s'agit ici d'une condition dans le chef du consommateur. La pratique doit compromettre sensiblement l'aptitude du consommateur à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement⁷⁴.

A côté de la règle générale interviennent deux groupes de dispositions spécifiques concernant les pratiques commerciales dites « trompeuses » et « agressives ».

Une pratique commerciale est réputée trompeuse si elle contient des informations fausses ou si elle induit en erreur le consommateur moyen en ce qui concerne un ou plusieurs éléments déterminés. Le C.D.E. énumère dans son article VI.100 les 23 pratiques qu'il considère en toutes circonstances comme trompeuses.

Quant à la pratique agressive, elle vise le cas où l'entreprise a recours au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique ou celui d'une influence injustifiée pour amener le consommateur à prendre une décision commerciale⁷⁵. Cela peut par exemple consister en des sollicitations répétées et non souhaitées par tout moyen de communication⁷⁶.

SECTION 3 – L'INTERDICTION DES ACTES CONTRAIRES AUX PRATIQUES HONNÊTES DU MARCHÉ

L'article VI.104 du C.D.E. interdit envers les personnes autres que les consommateurs « tout acte contraire aux pratiques honnêtes du marché par lequel une entreprise porte atteinte ou peut porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou de plusieurs autres entreprises.

Cela signifie que le C.D.E. interdit aux ASBL toute pratique susceptible de nuire à l'exercice normal de l'activité d'une autre entreprise. L'activité litigieuse ne doit pas à cet égard avoir causé un dommage. Cela permet à une entreprise d'intenter des actions préventives en vue d'empêcher certains actes que l'entreprise concurrente envisage de poser.

Il est difficile de donner une définition de la notion de « pratiques honnêtes du marché ». En effet, elle évolue dans le temps et ne s'identifie pas à la morale, à une règle de déontologie ou à un principe obligatoire⁷⁷.

⁷³ C.D.E., article I.8, 25°.

⁷⁴ C.D.E., article I.8, 24°.

⁷⁵ C.D.E. article VI.101.

⁷⁶ H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD, *op.cit.*, p. 510.

⁷⁷ M. COIPEL et M. DAVAGLE, *Associations sans but lucratif, op.cit.* p. 341.

En droit belge, il est traditionnellement enseigné que l'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché peut être de deux types⁷⁸ :

- D'une part, un acte contraire à une loi ou à une réglementation obligatoire qui s'impose à l'entreprise dans le cadre de l'exercice de son activité économique⁷⁹.
- D'autre part, un acte qui heurte *une règle de référence constatée par le juge et s'imposant à l'entreprise dans le contexte où il a été posé*⁸⁰.

Ce dernier type d'acte n'est pas repris dans des réglementations particulières mais est cependant contraire aux pratiques du marché, dans ce sens où comme l'indique H. CULOT, il est à l'opposé du *comportement d'un bon père de famille agissant dans un contexte commercial*⁸¹.

SECTION 4 – L'ACTION EN CESSATION

Une ASBL peut faire l'objet d'une action en cessation mais peut également l'introduire.

L'action en cessation est régie par les articles XVII.1^{er} et suivants du C.D.E. Elle vise à demander au président du tribunal de l'entreprise le constat et corrélativement la cessation d'un acte constituant une infraction aux dispositions du C.D.E.⁸². A cet égard, l'acte litigieux doit être contraire aux pratiques honnêtes du marché et entraîner un préjudice autre que celui qui résulterait de la simple inexécution d'un contrat.

La compétence du président du tribunal de l'entreprise est, en cette matière, d'interprétation stricte et ne comprend pas les demandes en réparation⁸³.

La particularité de l'action en cessation est qu'elle est introduite selon les formes du référé⁸⁴ mais que l'ordonnance du président du tribunal est rendue sur le fond⁸⁵.

L'action en cessation peut être intentée à la demande de tout intéressé⁸⁶ (à entendre toute entreprise et tout consommateur). Il est à noter qu'il n'est nullement exigé que l'ASBL soit en position de concurrence vis-à-vis de la personne envers laquelle elle est opposée dans une action en cessation⁸⁷.

⁷⁸ H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD, *op.cit* p. 504.

⁷⁹ H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD, *Ibidem*, p. 504.

⁸⁰ H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD *Ibidem*, p. 504.

⁸¹ H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD *Ibidem*, p. 505.

⁸² C.D.E., article XVII.1^{er}.

⁸³ H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD, *op.cit.*, p. 514.

⁸⁴ C.D.E., article XVII.6.

⁸⁵ H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD, *op.cit.*, p. 515.

⁸⁶ C.D.E., article XVII.7.

⁸⁷ M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, *op.cit.*, p. 876.

L'action peut également être introduite :

- Par un groupement professionnel ou interprofessionnel ayant la personnalité juridique (en ASBL par exemple) et agissant pour la défense de leur intérêts collectifs statutairement définis,
- par le ministre compétent mais uniquement pour les actes qui portent atteinte aux intérêts d'un ou plusieurs consommateurs,
- par une association ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et ayant la personnalité juridique (constituée, par exemple, en ASBL).

SECTION 5 – APPLICATIONS PARTICULIÈRES AU MILIEU ASSOCIATIF

1) *Le recours au volontariat pour la vente de biens ou de services à un prix anormalement bas*

Le fait de faire appel à du bénévolat dans la production ou la distribution d'un produit ou dans la réalisation d'un service peut influencer le prix réclamé au consommateur qui pourrait être plus avantageux. Certaines entreprises qui ont recours à une main d'œuvre rémunérée pourraient considérer que ces ASBL disposent d'un avantage concurrentiel⁸⁸.

La réalisation d'une activité en recourant à des volontaires peut être selon les situations considérée ou non comme un acte de commerce contraire aux usages honnêtes. Le concurrent, pour obtenir la cessation d'une pratique déloyale, va devoir démontrer que le prix porte ou est susceptible de porter atteinte à sa propre activité⁸⁹.

Par conséquent, selon M. Davagle, l'ASBL qui bénéficie d'une aide bénévole, ne peut, *de manière excessive*, répercuter cet avantage dans les prix qu'elle pratique. Elle doit donc s'en référer au prix moyen usuel du secteur professionnel⁹⁰.

2) *L'exercice d'une activité économique dans un but lucratif*

Si un groupement prend la forme juridique d'une ASBL dans un but d'enrichissement de ses membres ou de ses administrateurs, il viole l'article 1 :2 du C.S.A. De la sorte, comme l'activité est réalisée dans un autre but que celui autorisé par la loi, il faut considérer que cette activité constitue un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché. De ce fait, cette fausse ASBL peut très bien faire l'objet d'une action en cessation.

Insistons également sur le fait qu'une ASBL qui existait avant le 1^{er} mai 2019 et qui n'a pas adapté ses statuts à dater du 1^{er} janvier 2020 ne « peut exercer que les seules activités entrant dans les limites de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1921⁹¹ ».

⁸⁸ M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, op.cit., p. 871.

⁸⁹ M. DAVAGLE, *Ibidem*, p. 871.

⁹⁰ M. DAVAGLE, *Ibidem*, op.cit., p. 872.

⁹¹ Loi du 23 mars introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, article 39, §4 : « Tant qu'une ASBL ou une AISBL n'a pas modifié son objet, elle ne peut exercer que les seules activités entrant dans les limites de l'article 1^{er} de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes. L'interdiction d'exercer d'autres activités prend fin au 1^{er} janvier 2029 ».

En d'autres termes, une ASBL qui ne modifie pas ses statuts pour les mettre en conformité avec les nouvelles normes du C.S.A. ne pourra toujours pas exercer une activité économique à titre principal.

Selon nous, si une ASBL exerce une activité économique à titre principal sans avoir au préalable effectué les modifications statutaires requises, elle s'exposerait à une action en cessation.

CONCLUSION – UN RÉEL IMPACT DES RÉFORMES DE 2017 ET 2018

Les réformes de 2017 et 2018 n'ont pas modifié l'applicabilité du droit de la concurrence aux ASBL en introduisant une nouvelle définition générale formelle de l'entreprise.

En effet, d'une part, le droit de la concurrence limite son application à l'entreprise dans sa définition fonctionnelle. Ne sont dès lors soumises au volet du droit de la concurrence que les ASBL qui poursuivent un but économique. Or c'était déjà le cas dès 1991.

D'autre part, les ASBL dites « pures » c'est-à-dire celles qui ne poursuivent pas de but économique ne se verront pas appliquer le droit de la concurrence. En effet, elles répondent uniquement à la définition générale formelle de l'entreprise.

III. L'INSOLVABILITÉ DES ASBL

Après avoir présenté le régime applicable aux ASBL avant 2018 (Section 1^{ère}), nous présenterons successivement les procédures de réorganisation judiciaire (Section 2) et de faillite (Section 3) telles qu'elles sont applicables aux ASBL. Enfin nous concluons en nous demandant si les régimes d'insolvabilité présentent un intérêt pour le milieu associatif.

SECTION 1^{ÈRE} – APERÇU HISTORIQUE

1) *La situation avant 2018*

a) Exclusion des ASBL des procédures d'insolvabilité

Jusqu'au 1^{er} mai 2018, date d'entrée en vigueur du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le C.D.E., la matière de l'insolvabilité était organisée par la loi sur les faillites⁹² et par la loi relative à la continuité des entreprises⁹³. Les ASBL n'étaient pas visées par leurs champs d'application.

En effet ces deux lois ne s'appliquaient qu'aux seuls commerçants. D'une part, l'article 2, §1^{er} de la loi sur les faillites disposait que « tout *commerçant* qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite ». D'autre part, l'article 3 de la loi sur la continuité des entreprises ne ciblait que les commerçants, les agriculteurs, les sociétés agricoles et les sociétés civiles à forme commerciale.

b) La dissolution – liquidation des ASBL

1. *Dissolution*

Ne pouvant avoir recours aux mécanismes d'insolvabilité, l'ASBL devait être dissoute et par la suite liquidée.

La dissolution pouvait s'effectuer soit par décision de l'assemblée générale, soit par décision judiciaire.

La dissolution volontaire était régie par l'article 22 de la loi de 1921. Sauf dispositions statutaires contraires, l'assemblée générale se prononçait aux mêmes conditions que celles requises pour la modification du but de l'ASBL⁹⁴, c'est-à-dire avec quorum des deux tiers des membres et majorité des quatre cinquièmes des voix⁹⁵.

⁹² Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.* 28 octobre 1997.

⁹³ Loi du 31 janvier 2008 relative à la continuité des entreprises, *M.B.* 09 février 2009.

⁹⁴ Loi du 27 juin 1921, article 20 : « L'assemblée générale ne peut prononcer la dissolution de l'association que dans les mêmes conditions que celles relatives à la modification du ou des buts de l'association ».

⁹⁵ Loi du 27 juin 1921, article 8, alinéas 1^{er} et 3 : « L'assemblée générale ne peut valablement délibérer sur les modifications aux statuts que si les modifications sont explicitement indiquées dans la convocation et si l'assemblée réunit au moins les deux tiers des membres présents ou représentés. [...] Toutefois, la modification qui porte sur le ou les buts en vue desquels l'association est constituée, ne peut être adoptée qu'à la majorité des quatre cinquièmes des voix des membres présents ou représentés ».

La dissolution judiciaire pouvait être demandée par un membre de l'ASBL, par le ministère public ou par tout tiers intéressé si l'association était « hors d'état de remplir les engagements qu'elle [avait] contractés »⁹⁶.

Le législateur avait considéré l'insolvabilité des associations comme une cause de dissolution judiciaire pour limiter le dommage subi par les créanciers. L'insolvabilité qui justifie la dissolution judiciaire devait mettre l'association dans une situation telle qu'elle ne pouvait plus poursuivre ses activités avec la perspective de payer ses créanciers⁹⁷. La jurisprudence enseignait donc que la dissolution judiciaire pour cause d'insolvabilité n'était prononcée que lorsqu'aucune amélioration ne semblait possible⁹⁸.

La demande de dissolution judiciaire était introduite devant le tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel l'ASBL avait son siège⁹⁹.

2. Liquidation

La liquidation est l'ensemble des opérations qui, à la suite de la dissolution d'une personne morale, tendent au paiement des créanciers grâce à la réalisation de l'action et à l'affectation du solde éventuel. Dès sa dissolution, la personne morale entre dans la phase de liquidation¹⁰⁰. La nomination des liquidateurs dépendait du type de dissolution.

Dans le cas d'une dissolution volontaire, l'assemblée générale nommait les liquidateurs sauf si ceux-ci avaient déjà été désignés par les statuts. Si les clauses statutaires ne donnaient aucune précision quant à la majorité et le quorum requis par la décision de nomination des liquidateurs, la décision était prise à la majorité absolue des voix quel que soit le nombre de membres présents¹⁰¹.

Dans le cas d'une dissolution judiciaire, le tribunal compétent désignait les liquidateurs. Les dispositions statutaires de nomination des liquidateurs ne trouvaient pas à s'appliquer en cas de dissolution judiciaire. En effet, l'article 19, alinéa 1^{er} de la loi du 27 juin 1921 conférait expressément ce pouvoir au juge¹⁰².

Les liquidateurs se substituaient au conseil d'administration de l'association et avaient pour mission de réaliser l'actif, d'acquitter le passif et éventuellement, d'affecter l'actif net¹⁰³.

La liquidation se déroulait en plusieurs étapes. Les liquidateurs devaient en premier lieu dresser un inventaire de l'actif et du passif. Ils étaient ensuite chargés de réaliser l'actif dans la mesure nécessaire pour payer les créanciers.

⁹⁶ Loi du 27 juin 1921, article 18, 1^o.

⁹⁷ V. SIMONART, *op.cit.*, p. 517.

⁹⁸ M. DAVAGLE, *L'insolvabilité des ASBL, AISBL et fondations*, B.S.J., n°589, 2017, p.14.

⁹⁹ Code judiciaire, articles 569, 9^o et 628, 5^o(anciens).

¹⁰⁰ S. VIRONART, *op.cit.*, p. 528.

¹⁰¹ M. DAVAGLE, *La nomination du ou des liquidateurs en cas de dissolutions volontaires d'une ASBL*, B.S.J., n°568, 2016, p. 14.

¹⁰² M. DAVAGLE, *Ibidem*.

¹⁰³ Loi du 27 juin 1921, article 19, alinéa 1^{er}.

Enfin, l'affectation du solde de l'actif était régie de manière spécifique dans le milieu associatif. En effet, les statuts des ASBL devaient, en vertu de l'article 2, alinéa 1^{er}, 9° de la loi de 1921, préciser la destination désintéressée du patrimoine de l'association en cas de dissolution¹⁰⁴. Cette affectation pouvait se faire conformément au droit commun auquel cas elle prenait la forme d'une convention entre l'ASBL en liquidation et la personne morale cessionnaire¹⁰⁵. Elle pouvait également se réaliser par application de l'article 58 de la loi du 27 juin 1921 sur la base d'un apport à titre gratuit¹⁰⁶.

Notons enfin, qu'à la différence du curateur, le liquidateur ne représentait pas les intérêts des créanciers et n'agissait donc pas au nom de la masse. Il se contentait de réaliser les actifs et de combler le passif¹⁰⁷. Le liquidateur pouvait néanmoins tenter des actions en responsabilité contre ceux qui avaient diminué l'actif ou aggravé le passif mais *au nom de l'association*. Dès lors, en cas de liquidation pour insolvabilité, un créancier ne pouvait pas lui-même demander l'apurement du passif qui est un préjudice collectif mais uniquement la réparation du dommage qu'il avait personnellement subi¹⁰⁸. De ce fait, les créanciers d'une ASBL dissoute pour cause d'insolvabilité disposaient d'un régime de protection moindre que celui offert aux créanciers d'une faillite.

2) *L'introduction du livre XX du C.D.E.*

L'introduction en 2017 par le législateur du livre XX dans le C.D.E. intitulé « Insolvabilité des entreprises » poursuit deux objectifs principaux¹⁰⁹.

Premièrement, le législateur souhaitait rassembler dans un seul texte le régime juridique du droit des entreprises en difficulté autrefois scindé en deux volets législatifs nettement distincts : la loi sur la continuité des entreprises et la loi sur les faillites¹¹⁰. De la sorte, il entendait « rendre la législation en matière d'insolvabilité plus cohérente, plus compréhensible et plus lisible »¹¹¹. Le nouveau livre XX regroupe donc désormais dans un même texte, d'une part, la procédure permettant de redresser les entreprises en difficulté qui en ont la capacité et d'autre part, celle permettant d'éliminer les acteurs devenus improductifs dans un système de marché.

¹⁰⁴ Loi du 27 juin 1921, article 2, alinéa 1^{er}, 9° : « Les statuts d'une association mentionnent au minimum : [...] 9° la destination du patrimoine de l'association en cas de dissolution, lequel doit être affecté à une fin désintéressée ».

¹⁰⁵ S. VIRONART, *op.cit.*, p. 539.

¹⁰⁶ S. VIRONART, *op.cit.*, p. 540.

¹⁰⁷ M. DAVALGUE, *L'insolvabilité des ASBL, AISBL et fondations*, *op.cit.*, p. 14.

¹⁰⁸ Ph. T'KINT, *Le droit des ASBL*, Tome I, *op.cit.*, pp. 516 et 517 et S. VIRONART, *op.cit.*, p. 534.

¹⁰⁹ Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XX et des dispositions d'application au Livre XX dans le Livre I du Code de droit économique, *M.B.* 11 septembre 2017.

¹¹⁰ Ph. MOINEAU, *Le nouveau droit de l'insolvabilité des entreprises : champ d'application et principes généraux*, in *Les réformes du droit économique : première applications*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 1 à 3.

¹¹¹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 3.

Deuxièmement, le législateur avait comme but « d'élargir le champ d'application *ratione personae* de la procédure d'insolvabilité afin de mieux coller à la réalité économique de l'entreprise »¹¹². Dans un premier temps, cet élargissement du champ d'application personnel des procédures d'insolvabilité a été concrétisé par l'introduction d'une nouvelle définition *formelle* de l'entreprise dans l'article XX.1^{er}, 1^o du C.D.E. Dans un second temps, le législateur a profité de la réforme du droit des entreprises¹¹³ pour étendre cette définition, jusqu'alors spécifique au droit de l'insolvabilité, à l'ensemble du C.D.E. et de ce fait, l'élever au rang de définition générale¹¹⁴ dans l'article I.1^{er}, 1^o.

Par ces réformes consécutives, le législateur entendait purger le droit belge de la théorie obsolète de la commercialité pour la remplacer par la théorie de l'entreprise plus englobante et plus adaptée à l'économie et à la philosophie politiques¹¹⁵.

L'article I.1^{er}, 1^o énumère désormais les entités considérées par le législateur comme « entreprises ». Il mentionne entre autres « toute personne morale¹¹⁶ ». Ce qui implique par conséquent que toutes les ASBL, peu importe les activités qu'elles exercent, sont dorénavant considérées comme des entreprises dans sa définition formelle. Dès lors, depuis le 1^{er} mai 2018, toutes les ASBL sont sujettes au droit de l'insolvabilité : la faillite et la procédure de réorganisation judiciaire (ci-après P.R.J.).

3) *L'impact du C.S.A.*

En matière d'insolvabilité, le C.S.A. a codifié dans ses articles 2 :109 et suivants la matière relative à la dissolution des ASBL. A cet occasion, les dispositions légales ont été remaniées pour que leur structure corresponde à celle des sociétés. Le régime de dissolution des ASBL et des AISBL a été harmonisé¹¹⁷. Le C.S.A. détaille davantage les étapes de la liquidation.

Le législateur a confirmé que les dispositions sur l'insolvabilité coexisteront avec la procédure de liquidation¹¹⁸. Dès lors, *a priori*, les critères d'orientation vers l'une ou l'autre de ces procédures devraient être les mêmes que pour les sociétés. La faillite sera la procédure à suivre si l'ASBL emploie un grand nombre de travailleurs, si elle a des actifs importants ou encore s'il existe des indices de fraude¹¹⁹.

¹¹² Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 4.

¹¹³ Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.* 27 avril 2018.

¹¹⁴ Ph. Moineau, *op.cit.*, p. 13.

¹¹⁵ N. THIRION, *Du droit commercial au droit de l'entreprise : nouveau plaidoyer pour les faiseurs de systèmes*, R.F.D.L., 2006/1, pp. 318 à 324.

¹¹⁶ C.D.E., article I, 1^o, b^o : « Sauf disposition contraire [...], pour l'application du présent Code, on entend par : 1^o [entreprise : chacune des organisations suivantes : [...] (b) toute personne morale ; [...]] ».

¹¹⁷ A. FAYT et D. GOLD, *op.cit.*, p. 175.

¹¹⁸ A. FAYT et D. GOLD, *Ibidem*, p. 172.

¹¹⁹ A. FAYT et D. GOLD, *Ibidem*, p. 173.

SECTION 2 – LA LIQUIDATION VOLONTAIRE DÉFICITAIRE SOUS LE C.S.A.

Une des principales nouveautés introduite par le C.S.A. figure à l'article 2 :119 qui dispose que « s'il résulte de l'état résumant la situation active et passive établie conformément à l'article 2 :110, §2, alinéa 2, que toutes les créances ne pourront être payées intégralement, la nomination des liquidateurs dans les statuts ou par l'assemblée générale ou par l'organe désigné par les statuts doit être soumise au président du tribunal pour confirmation ».

Cette disposition ne s'applique qu'aux grandes ASBL, c'est-à-dire celles qui doivent nommer un ou plusieurs commissaires en vertu de l'article 3 :47, §6 du C.S.A.¹²⁰.

De la sorte, les grandes ASBL, en cas de dissolution volontaire déficitaire, devront demander au président du tribunal de l'entreprise la confirmation de la nomination de leurs liquidateurs ce qui n'était pas le cas sous la loi de 1921.

SECTION 3 – LA PROCÉDURE DE RÉORGANISATION JUDICIAIRE

L'exposé des motifs de la loi ont rappelé à maintes reprises que l'introduction du Livre XX avait pour but de favoriser les activités économiques. Auparavant, une ASBL en difficulté n'avait d'autre choix que d'entamer une procédure de dissolution. Elle a désormais la possibilité d'introduire une P.R.J.

1) Principes généraux

Le livre XX ne contient aucune spécificité propre au milieu associatif en ce qui concerne la P.R.J. dont le but est de préserver, sous le contrôle du juge, la continuité de tout ou partie des actifs ou des activités d'une entreprise. Elle permet de lui accorder un sursis en vue, soit de conclure un accord amiable soit de conclure un accord collectif, ou encore de transférer tout ou partie de ses actifs ou de ses activités à un ou plusieurs tiers¹²¹.

L'article XX.45 du C.D.E. dispose que la P.R.J. est ouverte si la continuité de l'entreprise est menacée à bref délai ou à terme. Le deuxième paragraphe de cet article instaure la présomption que la continuité d'une personne morale est menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social¹²². Comment interpréter la portée de ce deuxième paragraphe s'agissant des ASBL qui par définition n'ont pas de capital ?

¹²⁰ C.S.A., article 1 :28: Il s'agit des ASBL qui, à la date du bilan du dernier exercice clôturé, soit, emploient plus de 50 travailleurs en moyenne annuelle, soit, dont le chiffre d'affaires annuel H.T.V.A. dépasse 9.000.000 EUR ou encore dont le total du bilan excède 4.500.000 EUR.

¹²¹ C.D.E., article XX.39.

¹²² C.D.E., article XX.39, §2 : « Lorsqu'un débiteur est une personne morale, la continuité de son entreprise est en tout cas présumée être menacée si les pertes ont réduit l'actif net à moins de la moitié du capital social.

L'objectif du législateur a été de faciliter l'accès à la P.R.J. en lui octroyant un caractère quasi-automatique. A ce propos, l'exposé des motifs explique que « les conditions sont à dessein faciles à remplir dans le but d'ouvrir un portail donnant sur de nombreuses formules¹²³ ».

L'ASBL qui sollicite l'ouverture d'une P.R.J. adresse à cet effet une requête au tribunal de l'entreprise¹²⁴. Ce dépôt implique trois conséquences : il suspend les voies d'exécution et l'ASBL ne peut être déclarée en faillite ni entrer en dissolution judiciaire¹²⁵, un juge délégué est désigné par le président du tribunal¹²⁶ et un dossier est ouvert au greffe¹²⁷.

Le tribunal procède alors à l'examen de la requête dans les 15 jours de son dépôt¹²⁸. Si l'ASBL remplit les conditions pour bénéficier de la P.R.J, le tribunal accède à sa requête, et fixe la durée du sursis à 6 mois maximum. Ce jugement est publié par extrait au Moniteur belge dans les cinq jours¹²⁹.

La décision de réorganisation judiciaire implique quatre conséquences. Premièrement, la suspension des voies d'exécution est prolongée pendant la durée du sursis. Deuxièmement, l'ASBL débitrice ne peut pas être déclarée en faillite ni faire l'objet d'une dissolution judiciaire¹³⁰. Troisièmement, aucune saisie ne peut être pratiquée du chef des créances sursitaires¹³¹ chirographaires durant la durée du sursis, sans préjudice du droit pour le créancier d'établir une sûreté légale ou conventionnelle. Les saisies déjà pratiquées antérieurement conservent leur caractère conservatoire¹³². Quatrièmement, la compensation entre les créances sursitaires et celles nées au cours du sursis n'est permise que si elles sont connexes¹³³.

La P.R.J. doit tendre vers un ou plusieurs des trois objectifs consacrés à l'article XX.39 : un accord amiable, un accord collectif ou un transfert sous autorité de justice.

L'accord amiable est conclu entre l'ASBL et tous ses créanciers ou à deux au moins d'entre eux en vue d'assainir sa situation financière ou de la réorganiser¹³⁴. Cet accord est homologué par le tribunal et est publié aux annexes du Moniteur belge¹³⁵.

¹²³ Doc. Parl., Ch. Repr., sess. 2016-2017, n°54-2407/001, p. 60.

¹²⁴ C.D.E., article XX.41.

¹²⁵ C.D.E., article XX.44.

¹²⁶ C.D.E., article XX.42.

¹²⁷ C.D.E., article XX.40.

¹²⁸ C.D.E., article XX.46.

¹²⁹ C.D.E., article XX.48.

¹³⁰ C.D.E., article XX.50.

¹³¹ C'est-à-dire les créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire ou nées du dépôt de la requête ou des décisions judiciaires prises dans le cadre de la procédure (C.D.E., article I.22, 11°).

¹³² M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, op.cit., p. 905.

¹³³ C.D.E., article XX.55.

¹³⁴ C.D.E., article XX.64.

¹³⁵ C.D.E., article XX.65.

L'accord collectif a pour but de permettre au débiteur d'obtenir l'accord de ses créanciers sur un plan de réorganisation¹³⁶. Ce plan décrit l'état de l'ASBL, les difficultés qu'elle rencontre et les moyens à mettre en œuvre pour y remédier. Il précise la manière dont elle envisage de rétablir sa rentabilité et contient également les mesures à prendre pour désintéresser les créanciers sursitaires¹³⁷.

Quant au transfert sous autorité de justice de tout ou partie des activités, il peut être ordonné par le tribunal en vue d'assurer leur maintien lorsque l'ASBL y consent¹³⁸. Le jugement qui ordonne le transfert désigne un mandataire de justice chargé d'organiser et de réaliser le transfert au nom et pour le compte de l'ASBL. Il détermine l'objet du transfert ou le laisse à l'appréciation du mandataire de justice¹³⁹.

L'ASBL peut à tout stade de la procédure demander au tribunal d'en modifier l'objectif¹⁴⁰ ou renoncer en tout ou en partie à sa demande de réorganisation judiciaire¹⁴¹. Dans ce deuxième cas, la P.R.J prend fin de manière anticipée.

2) Un réel intérêt pour les ASBL ?

Avant l'introduction du Livre XX aucun mécanisme - exception faite de la procédure de la « sonnette d'alarme » - ne permettait de prévenir la dissolution d'une ASBL insolvable¹⁴². Cette procédure n'était prévue que pour les ASBL qui avaient nommé un commissaire-réviseur. Lorsque celui-ci constatait au cours de son contrôle, des faits graves et concordants susceptibles de compromettre la continuité de l'ASBL, il en informait le conseil d'administration qui devait alors délibérer sur les mesures à prendre pour assurer la continuité de l'ASBL pendant un délai raisonnable¹⁴³.

L'application des P.R.J. est dès lors selon nous plus que bienvenue et un ajout nécessaire à la promotion du but désintéressé.

¹³⁶ C.D.E., article XX.67.

¹³⁷ C.D.E., article XX.70.

¹³⁸ C.D.E., article XX.83.

¹³⁹ C.D.E., article XX.85.

¹⁴⁰ C.D.E., article XX.60.

¹⁴¹ C.D.E., article XX.61.

¹⁴² Loi du 27 juin 1921, article 17, §7.

¹⁴³ Loi du 27 juin 1921, article 17, §7 lu en combinaison avec l'article 138, §1^{er} et 2 du Code des sociétés.

SECTION 2 – LA FAILLITE DES ASBL

1) *Principes généraux*

a) **Objectifs et conditions**

La procédure de faillite est désormais régie par les articles XX.98 et suivants du C.D.E. Elle a pour but de mettre le patrimoine du débiteur sous la gestion d'un curateur, chargé d'administrer le patrimoine du failli, de le liquider et de répartir le produit de la liquidation entre les créanciers¹⁴⁴.

En vertu de l'article XX.99, al.1^{er} du C.D.E., la réunion de trois conditions cumulatives est nécessaire pour qu'une entreprise soit considérée en état de faillite.

Premièrement, l'entreprise doit être un « débiteur », c'est-à-dire une entreprise à l'exclusion de toute personne morale de droit public¹⁴⁵.

Toutes les ASBL sont soumises à la procédure de faillite quelles que soient les activités qu'elles exercent et qu'elles aient un but économique ou non. Sont donc également susceptibles de faillites les ASBL dites « pures » c'est-à-dire qui n'accomplissent pas à proprement parler d'activité économique¹⁴⁶.

L'exposé des motifs de la loi précise d'ailleurs que « les ASBL et les fondations doivent également être qualifiées d'entreprises *même si elles ne poursuivent pas de but économique*. C'est justifié car ces organisations, quelle que soient leurs activités, constituent de par leur forme dotée de la personnalité juridique une structure qui a parfois des conséquences extrêmes pour des tiers. La forme et les conséquences à l'égard des tiers justifient l'application de dispositions telles que le droit de l'insolvabilité¹⁴⁷ ».

Deuxièmement, l'ASBL doit être en « cessation de paiements ». C'est le cas lorsqu'elle n'est plus à même de respecter normalement ses échéances¹⁴⁸. En d'autres termes, la cessation de paiement se manifeste par une absence de liquidités qui l'empêche de faire face à ses engagements immédiatement exigibles. C'est donc l'insuffisance de liquidités qui en est la condition nécessaire. L'importance des actifs détenus n'est pas prise en compte¹⁴⁹.

¹⁴⁴ C.D.E., article XX.98.

¹⁴⁵ C.D.E., article I.22, 8°.

¹⁴⁶ D. GOL et N. THIRION, *La réforme du droit des entreprises : panorama général*, in *Les réformes du droit économique : première applications*, Limal, Anthemis, 2019, p. 172.

¹⁴⁷ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 28.

¹⁴⁸ W. DERIJCKE et Ph. T'KINT, *La faillite*, Rép. Not., Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 12, Bruxelles Larcier, 2006, n° 52.

¹⁴⁹ Y. DOFROID, *La liquidation des entreprises en difficulté*, in *Les réformes du droit économique : premières applications*, Limal, Anthemis, 2019, p. 121.

Troisièmement, pour qu'une faillite soit déclarée il faut également que le crédit de l'ASBL soit ébranlé c'est-à-dire « lorsque par la carence d'un ou plusieurs paiements, le débiteur est sous la dépendance de ses créanciers et que ces derniers ne veulent ni attendre ni prendre un nouveau risque¹⁵⁰ ». L'ébranlement de crédit d'une ASBL se manifeste donc par la perte de confiance de ses créanciers dans sa capacité à honorer ses obligations.

b) Le jugement déclaratif de faillite

La faillite est déclarée par jugement du tribunal de l'entreprise soit sur citation d'un ou plusieurs créanciers, du ministère public ou de l'administrateur provisoire, soit sur aveu de faillite de l'ASBL elle-même¹⁵¹.

Par le jugement déclaratif de faillite, le tribunal nomme un ou plusieurs curateurs selon l'importance de la faillite¹⁵². Ceux-ci auront pour mission d'administrer le patrimoine de l'ASBL, de le liquider et d'en répartir le produit entre les créanciers¹⁵³. Il nomme également un Juge-Commissaire qui a pour mission de vérifier la correcte application de la procédure de faillite. Enfin, le tribunal fixe la date de la cessation de paiement à partir du jugement déclaratif de faillite ou à une date antérieure si la cessation est démontrée par des éléments sérieux et objectifs¹⁵⁴.

Le jugement déclaratif de faillite met les créanciers de l'ASBL dans une situation de concours et d'égalité. Ensuite, il a pour effet de dessaisir de plein droit l'ASBL de l'administration de tous ses biens¹⁵⁵. Il rend inopposable à la masse des créanciers les opérations et actes accomplis par l'ASBL depuis la cessation de paiement, période dite « suspecte ».¹⁵⁶ Le jugement fige également le passif de l'ASBL au jour de la faillite afin de permettre aux curateurs d'établir précisément la situation du passif. Les créances non échues sont rendues exigibles¹⁵⁷. Le cours des intérêts des créances (celles non garanties par un privilège spécial, un gage ou par une hypothèque) est suspendu à l'égard de la masse des créanciers¹⁵⁸. Enfin, les procédures en cours¹⁵⁹ et les mesures d'exécution¹⁶⁰ sont suspendues.

¹⁵⁰ P. COPPENS, *Examen de jurisprudence – Les faillites et les concordats*, R.C.J.B., 1969, p. 376.

¹⁵¹ C.D.E., XX.100.

¹⁵² C.D.E., article XX.104.

¹⁵³ C.D.E., article XX.98.

¹⁵⁴ C.D.E., article XX.105.

¹⁵⁵ C.D.E., article XX.110.

¹⁵⁶ C.D.E., article XX.111.

¹⁵⁷ C.D.E., article XX.116.

¹⁵⁸ C.D.E., article XX.117.

¹⁵⁹ C.D.E., article XX.119.

¹⁶⁰ C.D.E., article XX.120.

c) Administration et clôture

Les curateurs, après avoir liquidé le patrimoine de l'ASBL faillie sont chargés de répartir le produit de la liquidation entre les créanciers¹⁶¹.

S'il apparaît que l'actif ne suffit pas pour couvrir les frais présumés d'administration et de liquidation de la faillite, le tribunal, sur requête des curateurs, ou même d'office après les avoir entendus peut prononcer la clôture de la faillite. La décision de clôture des opérations de la faillite dissout l'ASBL et engendre la clôture immédiate de sa liquidation¹⁶².

L'article XX.170 *in fine* du C.D.E. dispose qu'« en cas de solde positif, celui-ci revient de droit au failli ou s'il s'agit d'une *personne morale*, aux actionnaires ». La formulation de l'article pose problème selon nous. D'une part, l'ASBL est une personne morale qui, par définition, n'a pas d'actionnaires. D'autre part, comment l'appliquer au secteur associatif qui ne peut « distribuer ou procurer directement ou indirectement un quelconque avantage patrimonial à ses fondateurs, membres ou ses administrateurs¹⁶³ » ? Cet article entre en opposition avec l'article 2 :132 du C.S.A qui dispose que « le solde de la liquidation ne peut être distribué ni directement ni indirectement aux membres ou aux administrateurs ».

Il paraît logique que ce soit bien l'article 2 :132 du C.S.A. qui prévale en cas de faillite et que dès lors, si un solde positif subsiste à l'issue de la faillite, ce dernier soit affecté au but en vue duquel l'ASBL a été constituée.

2) Tempéraments accordés au milieu associatif

a) L'article XX.102, *in fine* : l'ASBL peut faire aveu de faillite

De manière générale, toute entreprise est tenue dans le mois de la cessation de ses paiements d'en faire l'aveu au greffe du tribunal compétent¹⁶⁴. L'aveu de faillite est de la sorte érigé en obligation légale. Toute omission ou tout retard peuvent punis pénalement lorsqu'ils ont pour but de retarder l'aveu de faillite¹⁶⁵.

L'article XX.102, *in fine* du C.D.E. dispose que cette obligation d'aveu « ne s'applique pas aux associations sans but lucratif, aux fondations, aux partis politiques européens et aux fondations politiques européennes ».

Le législateur a voulu éviter un afflux de déclarations de faillite de petites entités pour lesquelles une liquidation volontaire est la voie la plus indiquée. Il a également voulu contenir la responsabilité des administrateurs de ces entités¹⁶⁶.

Quoi qu'il en soit, en accordant cette exception, le législateur ouvre la porte aux contentieux fondés sur les principes d'égalité et de non-discrimination¹⁶⁷.

¹⁶¹ C.D.E., articles I.22, 7°, iv) et XX.98.

¹⁶² C.D.E., article XX.135.

¹⁶³ C.S.A., article 1 :2.

¹⁶⁴ C.D.E., article XX.102, alinéa 1^{er}.

¹⁶⁵ Code pénal, article 489bis, 4°.

¹⁶⁶ I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité de l'entreprise*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2019, pp. 717 et 718.

¹⁶⁷ Constitution, articles 10 et 11.

A cet égard, N. Thirion et D. Gol donnent l'exemple d'un hôpital de taille importante. Pourquoi son administrateur serait-il obligé, sous peine d'engager sa responsabilité, de faire aveu faillite s'il a opté pour la forme sociétaire alors qu'en prenant celle d'une ASBL il en est dispensé¹⁶⁸ ?

La suppression de l'interdiction faite autrefois aux ASBL d'exercer des activités commerciales à titre principal ne rend-elle pas cette différence de traitement entre les entreprises encore plus critiquable¹⁶⁹ ?

N'aurait-il pas été plus judicieux de n'accorder ce régime de faveur qu'aux petites ASBL¹⁷⁰ ? D'une part, l'objectif du législateur de leur épargner la procédure lourde de la faillite aurait été respecté. D'autre part, cela serait resté cohérent par rapport à l'ensemble des réformes du droit économique de ces dernières années. Le législateur a en effet accordé nombre d'exceptions aux ASBL de petite taille notamment en matière d'obligations comptables simplifiées¹⁷¹ et de régime de responsabilité des administrateurs (action en comblement de passif¹⁷² et action pour poursuite déraisonnable de l'activité¹⁷³).

b) La nomination du curateur

L'article XX.122, §2 du C.D.E. dispose que «lorsque la nature et l'importance d'une faillite le commandent, toute autre personne remplissant les conditions de formation et présentant les garanties visées au paragraphe 1^{er} peut être adjointe en qualité de curateur, en raison de compétences particulières et d'une expérience propre au secteur duquel relève le débiteur ». L'ajout de ce paragraphe a été justifié par le fait que le Livre XX s'applique aux ASBL et qu'il peut être nécessaire d'avoir une personne qui maîtrise les mécanismes de subventionnement, les problématiques d'accueil et de prise en charge des bénéficiaires des activités de l'entreprise non marchande¹⁷⁴.

¹⁶⁸ D. GOL et N. THIRION, *op.cit.*, p. 175.

¹⁶⁹ M. COIPEL, *L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code*, *op.cit.*, p. 492.

¹⁷⁰ Telles que visées par exemple à l'article 1 :28 du C.S.A ou à l'article III.85 du C.D.E.

¹⁷¹ C.D.E., article III.85.

¹⁷² C.D.E., article XX.225, §2.

¹⁷³ C.D.E., article XX.227.

¹⁷⁴ Ph. T'KINT, *L'application du livre XX du Code de droit économiques aux associations*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 63.

CONCLUSION – UN RÉGIME ADAPTÉ AUX ASBL ?

L'application au milieu associatif des procédures d'insolvabilité a été accueilli positivement par la doctrine et les praticiens.

Pour M. Davagle, il était nécessaire que les procédures d'insolvabilité s'appliquent aux ASBL.

D'une part, les P.R.J. permettent de sauver les activités des ASBL et, de ce fait, sont bénéfiques à deux catégories de personnes. Les premiers sont les travailleurs dont le coût représente une majeure partie des frais de fonctionnement des ASBL. Selon l'auteur, la réforme mène, sous certains égards, à la sauvegarde de l'emploi. Les seconds sont les bénéficiaires des services des ASBL dont la fin des activités peut avoir des conséquences graves.

D'autre part, dans un souci de protection des droits des créanciers, il est primordial que la procédure de faillite s'applique aux ASBL. Selon l'auteur, la réforme est donc un « plus » au milieu associatif¹⁷⁵.

La loi n'est pourtant pas sans écueil. Dans cette partie, nous avons relevé quelques exemples de dispositions qui nous semblaient difficiles à appliquer aux ASBL.

Le fait que la législation de l'insolvabilité s'applique indistinctement aux ASBL sans prendre en considération ses activités peut également poser problème. Le monde associatif comprend en effet des petites ASBL sans la moindre logique économique. Pour W. Derijcke, la constitutionnalité de la législation est discutable parce qu'elle traite de façon identique, sans qu'apparaisse une justification raisonnable, des catégories de personnes se trouvant dans des situations qui, au regard de la mesure considérée, sont essentiellement différentes. Il ne comprend pas pourquoi « une petite ASBL devrait être happée par la machine du droit économique et général et du droit de l'insolvabilité¹⁷⁶ ».

Tenant le raisonnement inverse, W. Derijcke considère également que le fait qu'une association de fait poursuivant un but désintéressé soit exclue du champ d'application de la loi¹⁷⁷ alors que toutes les ASBL quelles que soient leurs activités relèveront de ce droit peut également poser problème de constitutionnalité¹⁷⁸. Ce faisant, la loi place deux entités qui poursuivent un objectif similaire dans des situations différentes.

¹⁷⁵ M. DAVAGLE, *L'insolvabilité des ASBL, AISBL et fondations*, B.S.J. n°589, 2017, p. 14.

¹⁷⁶ W. DERIJKE, *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 27 et 28.

¹⁷⁷ C.D.E., article I.1^{er}, alinéa 2, a) : « Nonobstant ce qui précède, ne sont pas des entreprises, sauf s'il en est disposé autrement dans les livres ci-dessous ou d'autres dispositions légales prévoyant une telle application : toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui ne procède effectivement pas à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la politique de l'organisation ».

¹⁷⁸ W. DERIJKE, *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, op.cit., p. 28.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Au fil de ce travail, nous avons analysé les effets des réformes sur la responsabilité des administrateurs d'ASBL, sur l'application du droit de la concurrence et sur la possibilité de recourir aux mécanismes d'insolvabilité afin de vérifier si le régime légal des ASBL a été véritablement aligné avec celui des sociétés et/ ou des entreprises.

La responsabilité des administrateurs des personnes morales a été totalement uniformisée dans le C.S.A. Le législateur n'y a prévu aucune particularité pour les ASBL. En effet, les quelques mécanismes qui permettent de limiter cette responsabilité des administrateurs s'appliquent à toutes les personnes morales et donc pas uniquement aux ASBL (nous avons cité entre autres les plafonds d'indemnisation et le principe de désolidarisation).

Le Code de droit économique suit la même logique pour la responsabilité des administrateurs en cas de faillite. La seule exception qu'il comporte concerne les petites ASBL dont les administrateurs ne peuvent être tenus responsables en cas de poursuite déraisonnable de l'activité de l'ASBL.

En assimilant l'ASBL à une entreprise dès 1991, le législateur a d'abord rendu le droit de la concurrence applicable au milieu associatif lorsque les ASBL exerçaient une activité économique au sens du droit européen. Par la suite, le législateur a élargi le champ d'application de cette définition de l'entreprise soumettant de la sorte les ASBL aux procédures d'insolvabilité.

En matière de concurrence, l'ASBL doit nécessairement être soumise aux règles et aux logiques de marché et ne bénéficie dès lors pas de régime d'exception.

Au sujet de l'insolvabilité, le législateur souhaiterait que seules les ASBL importantes soient effectivement soumises à la faillite. Quant aux petites ASBL, il maintient l'idée que la dissolution leur sera plus favorable pour leur éviter des procédures trop lourdes. En matière de faillite, le législateur ne considère donc pas l'ASBL comme une entreprise à part entière. En effet, il ne lui impose pas l'obligation d'aveu de faillite. C'est vraisemblablement un souhait de ne pas freiner l'initiative de personnes qui souhaitent poursuivre des activités à but désintéressé.

Il nous semble cependant qu'en uniformisant le régime d'insolvabilité à toutes les entreprises, certains articles du livre XX ne prennent pas en compte les spécificités du régime juridique du milieu associatif, rendant dès lors leur interprétation difficile aux ASBL (notamment les articles XX.170 du C.D.E. en matière de faillite et l'article XX.45 en matière de P.R.J.).

A l'inverse, au regard des principes d'égalité et de non-discrimination des exceptions accordées aux ASBL, on pourrait peut-être remettre en question leur constitutionnalité puisque le CDE traite de manière différente deux entreprises.

Subsiste alors la question de savoir si le fait d'accorder ces exceptions aux ASBL peut être justifié par le seul fait qu'elles poursuivent des buts désintéressés ?

BIBLIOGRAPHIE

1. Doctrine

- O. CAPRASSE et L. LEONARD, *Les principes généraux de la réforme*, in *Le Code des sociétés et des associations. Introduction à la réforme du droit des sociétés*, CUP, vol. 186, Limal, Anthémis, 2018.
- O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEU (dir.), *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Limal, Anthémis, 2019.
- A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *La responsabilité des dirigeants liée à une poursuite d'activité déficitaire avant ou pendant un réorganisation judiciaire*, in *Le droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthémis, 2018.
- A. CAUWENBERGH et J.-F. GOFFIN, *Les nouvelles responsabilités des administrateurs*, in *Le nouveau visage des ASBL après le 1^{er} mai 2019*, Limal, Anthémis, 2019.
- M. COIPEL et M. DAVAGLE, *Associations sans but lucratif*, Rép. Not., Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 8, Bruxelles Larcier, 2017.
- M. DAVAGLE et M. COIPEL, *La responsabilité de l'ASBL et de ses dirigeants*, Limal, Anthémis, 2016.
- A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 8^{ème} éd., Issy-les-Moulineaux, L.G.D.J, 2018.
- M. COIPEL, *L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code*, in *Le nouveau droit des sociétés et des associations*, Limal, Anthémis, 2019.
- M. COIPEL, *Nouvelles définitions et conséquences de la qualification des ASBL comme entreprises*, in *Le nouveau visage des ASBL après le 1^{er} mai 2019*, Limal, Anthémis, 2019.
- P. COPPENS, *Examen de jurisprudence – Les faillites et les concordats*, R.C.J.B., 1969, p. 376.
- H. CULOT, Y. De CORDT, H. JACQUEMIN, Th. LEONARD, *Manuel du droit de l'entreprise*, Limal, Anthémis, 2019
- H. CULOT, Y. De CORDT, Ph. LAMBRECHT et J. MALHERBE, *Droit des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2020.
- M. DAVAGLE, *La nomination du ou des liquidateurs en cas de dissolutions volontaires d'une ASBL*, B.S.J., n°568, 2016.
- M. DAVAGLE (dir.), *La responsabilité de l'ASBL et de ses dirigeants*, Limal, Anthémis, 2018.
- M. DAVAGLE, *L'insolvabilité des ASBL, AISBL et fondations*, B.S.J., n°589, 2017.
- M. DAVAGLE, *Mémento des ASBL*, 24^{ème} éd., Wolters Kluwer Belgium, Liège, 2020.
- W. DERIJKE, *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Bruxelles, Larcier, 2017
- W. DERIJKE et Ph. T'KINT, *La faillite*, Rép. Not., Tome XII, Le droit commercial et économique, Livre 12, Bruxelles, Larcier, 2006, n°52.
- D. D'HULSTERE et D. POLLENUS, *La société à finalité sociale en questions et en réponses*, Liège, Edi.pro, 2018.
- A. FAYT et D. GOL, *L'association face à l'insolvabilité*, in *Le nouveau visage des ASBL après le 1^{er} mai 2019*, Limal, Anthémis, 2019.

- Y. GODFROID, *La liquidation des entreprises en difficulté*, in *Les réformes du droit économique : première applications*, Limal, Anthemis 2019.
- GEENS K. et HORSMANS, « Avant-Propos », *Le projet de Code des sociétés et associations – Het ontwerp Wetboek van vennootschappen en verenigingen*, 2018, Bruxelles, Larcier.
- J.-F. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2012.
- D. GOL et N. THIRION, *La réforme du droit des entreprises : panorama général*, in *Les réformes du droit économique : première applications*, Limal, Anthemis, 2019.
- D. GOL et Ph. T’KINT (dir.), *les personnes morales sans but lucratif. Questions choisies*, CUP, Liège, Anthémis, 2012.
- F. LEFEVRE et E. POTTIER, *La société à responsabilité limitée*, Bruxelles, Larcier, 2019.
- F. MAILLARD . (dir), *Le nouveau droit des entreprises appliqué aux ASBL – Les ASBL et le CDE*, Liège, Edi.pro, 2018.
- Ph. MOINEAU, *Le nouveau droit de l’insolvabilité des entreprises : champ d’application et principes généraux*, in *Les réformes du droit économique : première applications*, Limal, Anthemis, 2019.
- F. MOÏSES , *Le nouvel environnement légal des dirigeants d’ASBL et de fondations*, R.D.C., 2003.
- D. PASTAGER, *A.S.B.L., et les activités commerciales : le fil d’Ariane*, Limal Anthemis, 2012.
- V. SIMONART, *Associations sans but lucratif, associations internationales sans but lucratif et fondations*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- N. THIRION, *Du droit commercial au droit de l’entreprise : nouveau plaidoyer pour les faiseurs de systèmes*, R.F.D.L, 2006/1, pp. 318 à 324.
- Ph. T’KINT, *Le droit des ASBL*, Tome 1, Bruxelles, Larcier, 2013.
- Ph. T’KINT, *L’application du livre XX du Code de droit économiques aux associations*, Bruxelles, Bruylant, 2017.
- I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l’insolvabilité de l’entreprise*, Waterloo, Wolters Kluwer, 2019.
- A. ZENNER (dir.), *Le droit de l’insolvabilité analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthémis, 2018.

2. Législation

- Loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes, *M.B.*, 1^{er} juillet 1921.
- Loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, *M.B.*, 30 juillet 1971.
- Loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l’information et la protection du consommateur, *M.B.*, 29 août 1991.
- Loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997.
- Loi du 3 juillet 2005 relative aux droits des volontaires, *M.B.*, 3 juillet 2005.
- Loi du 31 janvier 2008 relative à la continuité des entreprises, *M.B.*, 9 février 2009.
- Loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, *M.B.*, 12 avril 2010.

- Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises » dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au Livre XX et des dispositions d'application au Livre I du Code de droit économique, *M.B.*, 11 septembre 2017.
- Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *M.B.*, 27 avril 2018.
- Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, *M.B.*, 4 avril 2019.

3. Documents parlementaires

- Projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, Exposé des motifs, *Doc.*, Chambre, 2017-2018, n° 3119/001.
- Projet de loi portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du Code de droit économique, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2016-2017, n° 54-2407/001

4. Jurisprudence

- Cass., 19 janvier 1973, *R.C.J.B.*, 1974, p. 321.
- Cass., 3 octobre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 902.
- Cass. (1^{ère} ch.), 7 novembre 1997, *Pas.* 1997.
- Cass. (2^{ème} ch.), 11 septembre 2001, *Pas.* 2001, liv. 9-10, p. 1337
- Cass., 13 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1647.
- C.C., n° 158/2007, 19 décembre 2007.
- C.J.U.E., 23 avril 1991, arrêt *Höfner et Elser*, C-41/90.
- C.C., n° 158/2007, 19 décembre 2007.