

énéo FOCUS

JUIN 2017

Réforme du droit des sociétés : enjeux pour les ASBL et le volontariat

THÈMES

Liberté associative

Administrateurs volontaires

Continuité des entreprises

À DÉCOUVRIR DANS CETTE ANALYSE

Le Ministre de la Justice veut simplifier le droit des sociétés et y intégrer totalement les ASBL. Quels enjeux pour la liberté associative ? Quelles conséquences pour les administrateurs volontaires ? Où en est-on dans le processus de décision ?

Cette analyse ne se veut pas un cours de droit commercial mais a pour objectif de cadrer les enjeux associatifs.

QUESTIONS POUR LANCER ET/OU PROLONGER LA RÉFLEXION

Intégration des ASBL au droit de la concurrence, quels risques pour les subventions ?

Plus de responsabilité pour les administrateurs ? Trouvera-t-on encore des volontaires ?

Droit de la faillite et de la continuité des entreprises appliqués aux ASBL, une avancée, une protection ? Pour qui ?

RÉFORME DU DROIT DES SOCIÉTÉS : ENJEUX POUR LES ASBL ET LE VOLONTARIAT

Prémisses :

Loin d'être une étude d'un spécialiste du droit des sociétés ou de la concurrence ... la présente analyse tente de cerner les risques d'un projet annoncé comme une simplification et les questionnements que cela suscite.

Dans ce cadre, les ASBL pourront-elles maintenir leurs particularités hors monde marchand et, partant, leur capacité d'être subsidiées.

Le timing :

Depuis mars 2016 nous avons tenté d'attirer l'attention de parlementaires p et de l'UNIPSO sur le projet de réforme du code des sociétés qui toucherait les ASBL. L'information en était parvenue vu son impact possible pour le volontariat. Mais tout est resté cadencé sauf pour quelques initiés associatifs en Flandre.

Après bien des efforts, un exposé a pu être organisé au Conseil Supérieur des Volontaires sur l'impact du projet Geens de réforme du code des sociétés sur le volontariat. Il a provoqué beaucoup de signaux d'alerte. D'autant que le contenu devait encore rester secret !

On savait déjà que le ministre voulait incorporer les ASBL dans le code des sociétés, de diminuer le nombre (14) de structures possibles (avec abandon des Sociétés à finalités sociales notamment) et d'y incorporer les ASBL, AISBL et fondations. La survie du modèle coopératif avait même été questionnée. On nous précise que des textes connexes pourraient déjà sortir en juin pour application rapide et ouvrir le bal avec projet de loi global pour décembre 2017.

Les enjeux

- Ce nouveau code, dans une logique de simplification¹ et de cohérence des textes, incorporera les ASBL à l'intérieur du livre économique et que donc les aspects de concurrence et de mise en demeure de cessation d'activité les concerneront. Donc pour l'Aide à domicile en Milieu rural ou ASD par exemple, une structure marchande d'accompagnement au domicile utilisant le détachement polonais ou roumain pour des gardes malades pourrait tenter une action en cessation ... Idem pour le domaine de la formation.
- Les responsabilités des administrateurs de sociétés ou d'ASBL seront alignées. Cela pourrait amener un bonus sur la prescription mais le droit des faillites deviendra applicable. Bonjour pour encore trouver des volontaires gestionnaires sans émoluments type Publifin !
- Le verrou des activités commerciales devant rester accessoires à l'objet social sera levé pour les ASBL et fondation. Mais cela amène l'ISOC (Impôt des sociétés) pour tous, avec peut être exception pour les très petites ASBL.
- Pour assurer la cohérence les modes de représentation des sociétés seront imposés aux ASBL et fondation.
- La compétence des tribunaux de commerce (qui deviendra le tribunal des sociétés) sera donc élargie aux ASBL et fondations qui devront aussi appliquer les règles de continuité des entreprises...
- Le contrôle sera donc plus strict sur les avantages indirects dont bénéficieraient les administrateurs.
- Les risques pour les ASBL se situent au niveau des effets indirects de la taxation (ISOC) de la possibilité de répondre encore aux obligations pour l'immunisation fiscale des dons.
- La loi sur les volontaires pourrait ne plus s'appliquer en ce qui concerne le remboursement forfaitaire vu l'ISOC.

¹ Voir à cet égard la Question de Mme Muriel Gerken au ministre de la Justice sur "les ASBL et les obligations relatives au rapport social" (n° 16539) en Commission de la Justice 15-02-2017

- Il n'y pas encore eu d'analyse sur l'impact du changement en relation aux obligations de non concurrence déloyale selon les directives européennes ni sur la capacité de subventionnement dans des matières où associatif et privé se côtoient (formation, maisons de repos y compris celles des CPAS en ASBL communales, ...).
- La possibilité pour les chômeurs, les bénéficiaires du RIS (revenu d'intégration sociale), les malades,... de prêter du volontariat seront impactés au regard des circulaires actuelles.
- Le dossier n'est pas traité avec les entités fédérées pourtant de nombreux textes devraient être modifiés pour permettre encore reconnaissances et subventions.

Le train en marche

Un vent favorable nous a fait ensuite parvenir via un cabinet fédéral le texte proposé en 3^e lecture d'un projet de loi qui anticipe déjà vu ce dossier : le fait que les ASBL seront soumises au droit de la faillite et aux règles de continuité des entreprises.

Le texte (896 pages) sur l'insolvabilité des entreprises (doc 54/2407) a en fait été déposé à la chambre le 20/4/17 et présenté en commission économie le 27/4/17.

Suite à nos alertes, des auditions ont été demandées pour le 10 mai. Seul des professeurs d'universités, des réviseurs ou spécialistes du droit des ASBL ont été invités. Les fédérations non marchandes ou le Conseil Supérieur des Volontaires n'ont pas été retenus comme relevant dans ce contexte.

Il est pourtant encore difficile d'avoir accès aux informations sur le grand projet. Le Ministre Geens arrive à garder le respect du secret !!! Son projet de loi sur l'insolvabilité intègre déjà les définitions d'entreprises qu'il prévoit dans sa réforme du code des sociétés.

Interrogé sur ce fait et sur le timing de ce projet- là par rapport à celui-ci, il a répondu que le projet sur réforme code société ne serait pas déposé durant les travaux sur insolvabilité mais qu'il anticipait les définitions... il veut que insolvabilité soit votée début juillet et la réforme code société avant fin année

Le processus :

C'est assez habituel comme procédé et illustrant bien la gouvernance actuelle : on discute en cénacle fermé, on fait passer un texte présenté comme technique et d'une logique juridique imparable en gouvernement puis on rend le timing parlementaire intenable...

Et à partir d'un texte technique voté on induit la nécessité du véritable projet qui en devient automatique. Ensuite, on fera passer des lois réparatrices par la suite éventuellement comme ce fut le cas sur les lois sur les ASBL ou sur le volontariat.

Et du côté associatif ?

Des coupoles associatives flamandes semblent suivre le dossier depuis un certain temps en relation avec le cabinet. Ils se disent plutôt confiants et rassurés même si l'on considère que l'enjeu est de voir comment les discussions vont se traduire dans les textes. Mais on y identifie quelques avancées :

- But lucratif possible mais sans redistribution directe; doit être réinvesti dans l'objet social.
- Droit de faillite mais pas de conséquences. Pas d'obligations liées à ce droit et pas de responsabilités en plus pour les mandataires.
- Fin de la différence entre acte civile et acte commercial. Développement d'un tribunal unique.
- Rationalisation des différentes formes d'ASBL.
- Maintien des sociétés coopératives mais recentrées sur une finalité réellement coopérative.
- Point de vue fiscal : rien ne change. Les ASBL ont déjà la possibilité d'être soumises à l'ISOC et à l'impôt des personnes morales

Des craintes se font jour du côté sportif notamment vu l'insistance sur la procédure de cessation d'activité. La Rode Cruise est aussi interpellée pour le transport des malades qui a déjà subi beaucoup de controverses...

Cette réforme semble ne pas déplaire en Flandre (et dans son monde associatif) où on est prêt à s'asseoir sur le changement symbolique (pas seulement) de faire glisser l'associatif progressivement dans la sphère marchande.

Les questions provoquent parfois un reproche de volonté d'immobilisme voire de parano...

Du côté francophone le débat commence à prendre au niveau du conseil d'administration de l'UNIPSO (Union des entreprises à profit social francophone). L'UNISOC (Confédération nationale des entreprises à profit social) lui se tâte cependant sur l'opportunité d'une conférence/colloque sur le thème avec invitation au Ministre Geens. Pourtant la FEB (Fédération des entreprises de Belgique) organise un Colloque sur le Droit des Sociétés en présence du Ministre².

Les premières avancées pour les associations sur le code :

Le Ministre accepterait la proposition de définition, élaborée en collaboration avec le professeur Coipel et Davagle, à savoir :

L'association est celle qui poursuit un ou plusieurs buts désintéressés déterminés. Elle ne peut procurer un avantage patrimonial direct ou indirect ni aux fondateurs ni aux administrateurs ni aux membres ni à toute autre personne sauf s'il s'agit, dans ces deux derniers cas, de la réalisation d'un but désintéressé statutaire.

Cette définition confirme et sauvegarde l'identité qui est propre aux secteurs à profit social et permet de procurer un avantage pour autant que nécessaire pour la réalisation du but recherché.

En ce qui concerne le statut de la Société à Finalité Sociale, il serait prêt à chercher une solution appropriée qui rencontre souhaits de maintien et plus de conformité avec les autres formes juridiques. Il estime qu'il sera essentiel de définir strictement les contours de ce type de société, de définir cette spécificité qu'est la « finalité sociale » pour éviter des abus, mettre en place un éventuel mécanisme de reconnaissance/contrôle, seuil maximum de distribution, etc...

Les points d'attention

- Quelles sont les conséquences fiscales ? (impôt et TVA)
- Risque de règles supplémentaires de contrôle des flux financiers pour le grandes ASBL.
- Si les ASBL peuvent mener des activités de nature économique, seront -elle également soumises aux règles de concurrences européennes ? N'y a -t-il pas un risque important que des ASBL, même avec un infime volant économique soient considérées uniquement dans le champ marchand et que cela contamine le secteur tout entier de cette ASBL ? A l'extrême, une ASBL qui vit partiellement de fonds public ne pourrait-elle pas être attaquée pour concurrence déloyale par rapport à d'autres entreprises marchandes se situant dans le même registre d'activité ? Comment assurer la protection de ces secteurs associatifs non marchands à la fois sur des contraintes plus lourdes qu'ils pourraient subir et sur une marchandisation progressive de leur secteur ?
- L'interdiction de distribution de bénéfices directs ou indirects à ses membres ne semble pas poser de difficultés.
- Quelles sont les conséquences d'une possibilité de mise en faillite ?

Fin de la différence du nombre à la hausse entre AG et CA :

- Comment garantir les processus d'articulation entre AG et CA si les pouvoirs sont cadencés chez un groupe de personnes ?
Contraire à l'esprit associatif et porte ouverte à toutes les fausses ASBL qui ne devront même plus

² http://www.feb.be/events/2017-05-29_nouveau-code-des-societes/Program/

faire l'effort de constituer une AG qui contrôle le travail du CA.

- Proximité de régime entre ASBL et structure économique : quel impact sur la législation sur le volontariat (remboursement frais forfaitaires, avantages en nature) ; quel est le risque également que les volontaires deviennent dans les faits une main d'œuvre bon marché.
- Si c'est le tribunal de commerce qui traite la déconfiture, appelée faillite désormais des ASBL, la jurisprudence évoluera toujours plus vers celle du droit commercial et l'assimilation marchand-non-marchand éteindra les différences.
- Si les législations sont si proches, les politiques européennes marchandisantes auront d'autant plus de facilité à s'appliquer au non-marchand. Il est donc urgent de mesurer finement l'impact du droit des entreprises et de la législation européenne sur cette évolution.

Les impacts collatéraux de l'introduction des faillites en ASBL

- Incohérence entre la Loi sur la Continuité des Entreprises (LCE) et l'article 138 code soc (La procédure d'alerte prévue par la LCE. est, en effet, plus contraignante que l'article 138 du Code des sociétés) ; quid en cas de problème ? Réaction des tribunaux ? Il serait temps d'en profiter pour rendre les deux textes cohérents... (Si tant est que ce terme fasse partie du langage des instances législatives)
- Si la LCE s'applique aux associations/fondations, la loi du 27 juin 1921 ne prévoit par contre aucune procédure d'alerte (pour le CA et l'AG) au contraire du code des sociétés : quelles responsabilité pour les CA des ASBL ? Comment réagir ?
- La LCE s'appliquerait uniquement aux associations/fondations ayant une « activité économique : comment le commun des mortels dans le monde associatif fera clairement la différence entre associations concernées ou pas ?? Pas sûr que même les professionnels s'y retrouvent. Voir comme cas pratique la différence entre ASBL non soumise à la TVA ou exemptée de TVA (art 44) : la notion d'activité économique est la clé du choix ; même l'administration n'a pas d'avis toujours bien tranché sur le sujet (d'Arlon à Ostende cela peut varier).
- Impact de la réorganisation judiciaire (ou de la liquidation/faillite) sur les agréments en matière de subvention : perte agrément ? Quid des subventions à recevoir ? Risque d'aggraver la situation ?
- Impact sur subsides européens : en principe risque perte (et obligation de rembourser ce qui a été perçu comme avances ?).

En gros les spécialistes du chiffre se félicitent de l'ouverture aux ASBL du droit de la faillite. (Voir à ce propos les textes des auditions déposés par F Maillard et M Davagle en commission économie.)

Ils sont convaincus que ce projet apporte un plus aux ASBL : il ne faudra pas nécessairement liquider (c'est-à-dire vendre les biens et licencier le personnel). Le processus vise à éviter la liquidation et donc à éviter que la responsabilité des administrateurs soit soulevée. Les associations 1901 en France connaissent ce régime de faillite depuis de très nombreuses années, ce qui n'a pas altéré, semble-t-il, l'esprit associatif.

Le projet offre, selon eux, une possibilité supplémentaire qui était refusée aux ASBL : il faut éviter qu'elle soit morte avant de reprendre et avant une reprise éventuelle, il y a des mécanismes susceptibles d'éviter cette situation. Aujourd'hui, c'est la liquidation très souvent judiciaire et le nombre de liquidations judiciaires augmente.

63 amendements ont été déposés en commission économie (75 pages) ensuite des auditions. (doc 54 2407/002.) Une brique à digérer mais qui montre cependant combien il est important d'activer les réseaux associatifs y compris sur des dossiers apparemment technique.

Quid alors quant aux conséquences pour les administrateurs ?

Quelles seront concrètement les différences en appel en responsabilité ?

Quel impact de voir les curateurs débarquer dans le monde des ASBL et sur les actions envers les administrateurs ? Quelle Responsabilité sur sous-capitalisation ?

Le principe reste que les administrateurs d'ASBL encourent les mêmes responsabilités que les administrateurs de société. Cela a toujours été ainsi. On ne peut plaider raisonnablement pour une exonération des responsabilités d'administrateurs d'ASBL. D'ailleurs, le législateur de la loi de juillet 2005 a exclu cette possibilité pour les administrateurs.

Les administrateurs ne sont poursuivis que s'ils ont commis une faute grave et caractérisée. La simple faute de gestion n'est pas une faute civile. Par ailleurs, il faut démontrer le lien de causalité entre cette faute caractérisée et la faillite. De surcroît, le juge est tenu à un raisonnement a priori.

Les cas où on a soulevé la responsabilité des administrateurs de société sont rares. Concernant, les administrateurs d'ASBL très rares. Sur ce point toujours rien de neuf !

L'article XX.228 limite explicitement l'action du curateur à la faute grave et caractérisée. Cela existait déjà. La nouveauté est que le curateur peut être saisi de la demande de créanciers.

Et même s'il y a des fautes graves et caractérisées, les très petites ASBL sont épargnées : ce qui n'existait pas auparavant. Ces très petites ASBL ne seront jamais touchées par une action en responsabilité pour faute grave et caractérisée.

Maintenant que le climat pourrait être à soulever plus facilement la responsabilité en cas de faute grave et caractérisée : peut-être : mais ce projet ne change rien à la donne, il confirme même la jurisprudence (ce qui est une bonne chose) que la faute ne peut être que grave et caractérisée en lien avec l'état de faillite.

L'inquiétude réelle ou supposée est la manière dont les ASBL vont être abordées. Michel Davagle n'est pas du tout convaincu que le tribunal de première instance est une bonne chose car on se trouve devant des juges qui raisonnent en fonction du droit civil pur et qui ne connaissent pas le fonctionnement des ASBL. Les juges du tribunal de commerce (où il y a un juge consulaire) connaissent le fonctionnement des sociétés et leurs difficultés. Il reste à ce qu'ils connaissent le fonctionnement des ASBL... Ou à faire nommer des juges consulaires issus du monde associatif !

Quoiqu'il en soit, il serait intéressant de constituer (comme c'est le cas pour les sociétés) un ou des centres d'aide aux ASBL en difficulté. Il en va aussi de la liberté d'association.

Philippe Andrianne

POUR ALLER PLUS LOIN...

Document parlementaire 54K2407 : 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.

Les textes des auditions et amendements sur le projet à suivre sur le site de la Chambre, commission économie :

<https://www.lachambre.be/kvvcr/showpage.cfm?§ion=none&language=fr&cfm=/site/wwwcfm/agenda/comagendalist.cfm#9>

La comptabilité des grandes et très grandes associations (ASBL et AISBL) & fondations en pratique, Fernand Maillard, Edipro 2013.

La bonne gouvernance dans les ASBL, Michel Davagle, Edipro 2011.

Pour citer cette analyse

Andrienne P., (2017), «Réforme du droit des sociétés : enjeux pour les ASBL et le volontariat », *Énéo Focus*, 2017/9.

Avertissement : Les analyses Énéo ont pour objectif d'enrichir une réflexion et/ou un débat à propos d'un thème donné. Elles ne proposent pas de positions avalisées par l'ASBL et n'engagent que leur(s) auteur(e)(s).

Énéo, mouvement social des aînés ASBL
Chaussée de Haecht 579 BP 40 – 1031 Schaerbeek - Belgique
e-mail : info@eneo.be – tél. : 00 32 2 246 46 73

En partenariat avec



Avec le soutien de