

Les règles de constitution des SA, S(P)RL et SC(RL)

Volume 2

GUJE, 2^e édition – Livre 14bis.2

Jurisprudence sélectionnée et commentée

par

Henri CULOT

*Professeur à l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université Saint-Louis - Bruxelles
Avocat au Barreau de Bruxelles*

710. Deuxième situation : la société ne se forme pas ou ne reprend pas l'engagement

N° 1564. – Trib. entr. Liège (div. Dinant) (2^e ch.), 20 décembre 2021

Présentation : Avant la constitution d'une ASBL, un accord était intervenu entre une des fondatrices de cette ASBL et une société anonyme à finalité sociale. Cet accord prévoyait notamment que la société enverrait un mailing au bénéfice de l'ASBL, moyennant rétribution par cette dernière. Le mailing fut ensuite envoyé et facturé mais, l'entente entre les parties s'étant dégradée, l'ASBL ne paya pas la facture et fut assignée par la SA.

Le tribunal rejette la demande car l'ASBL n'a pas repris l'engagement pris en son nom avant sa constitution. Elle n'est donc pas liée par cet engagement.

Sommaire : Pour qu'une ASBL soit tenue par les engagements pris en son nom avant sa constitution, elle doit reprendre lesdits engagements. Cette décision doit, en principe, être prise par son organe d'administration et les règles applicables en matière de conflit d'intérêts (article 9:8 du CSA) doivent, le cas échéant, être respectées.

Parties : C. SAFS c. E. ASBL

(...)

I.- PROCÉDURE

Le tribunal est saisi du litige par une citation signifiée le 09/12/2020.

Une ordonnance, rendue le 06/01/2021, a déterminé les délais pour conclure et a fixé la date des plaidoiries.

Des conclusions et des dossiers de pièces ont été déposés pour chaque partie.

Leurs conseils ont été entendus en leurs plaidoiries à l'audience du 08/11/2021. Ils y ont confirmé que les conclusions et les pièces ont été régulièrement communiquées. A l'issue des débats, la cause a été prise en délibéré.

Aucun moyen d'incompétence ou d'irrecevabilité n'est opposé par les parties, ni ne doit être soulevé d'office par le tribunal.

La procédure s'est déroulée en langue française conformément à la loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire.

II.- EXPOSÉ DU LITIGE

A.- Les faits pertinents de la cause

1. La SA C. « dispose d'une longue expérience et expertise en matière de dispense de cours de formation et d'assistance aux étudiants universitaires ou non universitaires, qui permettent à ces derniers de préparer les sessions d'examens et de les aider à assimiler et à réviser leurs matières » (conclusions additionnelles et de synthèse de la SA C., p. 2).

Elle est dirigée par deux administrateurs, les sieurs G. et H., ce dernier étant présenté par la SA C. elle-même comme un « juriste financier » (conclusions additionnelles et de synthèse de la SA C., p. 15). A l'audience, l'ASBL E. a affirmé, sans être contredite sur ce point, que le sieur H. était également avocat au barreau de Bruxelles.

2. I. a occupé une fonction dirigeante au sein de la SA C. pendant plusieurs années.

3. En 2019, elle a décidé de se lancer dans une nouvelle activité et de fonder une école privée « ayant pour finalité, notamment, de proposer un encadrement sur mesure aux élèves inscrits » (conclusions de synthèse de l'ASBL E., p. 2).

4. Des échanges sont intervenus le 24/04/2019 et le 26/04/2019 entre I. et la SA C. à propos des modalités de leur collaboration future dans le cadre du projet d'école privée d'I. (Pièces 3 et 4 de la SA C.).

Il peut en être déduit qu'un accord est intervenu entre I. et la SA C. portant notamment sur :

- la présence de la SA C. au sein du conseil d'administration de l'ASBL à constituer ;
- la perception, par la SA C., d'un jeton de présence de 750 € par conseil et la tenue de 8 conseils par an ;
- l'octroi d'un prêt de 20.000 € au profit de l'ASBL ;
- la réalisation de mailings au profit de l'ASBL pour la somme de 0,4 € par e-mail, soit 12.000 €/envoi.

5. L'ASBL E. a été constituée le 08/05/2019 (Pièce 1 de la SA C.). Ses statuts précisent notamment (Pièces 1 et 2 de la SA C.) :

« Article 13 (...)

L'assemblée générale possède les pouvoirs qui lui sont expressément reconnus par la loi ou les statuts.

Elle est compétente pour : (...)

- la nomination et la révocation des administrateurs » ;

« Article 25 (...)

Les administrateurs sont en tout temps révocables par l'assemblée générale. » ;

« Article 26 (...) »

L'organe d'administration se réunit huit fois par an et chaque fois que le ou la Président(e) ou deux de ses membres au moins en fait la demande. ».

Il convient encore de relever :

- qu'à la constitution de la société (Pièce 1 de la SA C.), le 08/05/2019, l'article 30 des statuts disposait que :

« L'organe d'administration représente l'association dans tous les actes judiciaires et extrajudiciaires. Il peut toutefois confier cette représentation à un organe de représentation composé d'un ou plusieurs administrateurs ou d'un ou plusieurs tiers à l'association agissant selon le cas individuellement ou conjointement. » ;

- que le 04/06/2019 (Pièce 2 de la SA C.), cet article a été modifié comme suit :

« L'organe d'administration représente l'association, en ce compris la représentation en justice. Sans préjudice de l'article 9:5, alinéa 1^{er}, les statuts peuvent octroyer le pouvoir de représentation à un ou plusieurs administrateurs pour représenter l'association individuellement ou conjointement.

(...)

L'association confie cette représentation quotidienne à I., qui est également la Présidente de l'ASBL, et ce pour une durée indéterminée. I. n'aura pas à justifier ses pouvoirs vis-à-vis des tiers. ».

Il en résulte qu'avant le 04/06/2019, I. n'avait pas le pouvoir de représenter – seule – l'association.

6. Le 17/05/2019, la SA C. a écrit à I. et précisé notamment qu'elle se réjouissait du fait que son mailing de la veille ait généré tant de demandes. Elle a également rappelé le prix de cet envoi, à savoir 15.000 € « min. » pour les deux premiers envois (Pièce 5 de la SA C.).

I. lui a répondu le même jour : « mail EAV¹ effectivement c'est super » (Pièce 5 de la SA C.).

7. A la fin du mois d'août 2020, la question de la révocation du mandat d'administrateur de la SA C. et celle de son exclusion ont été évoquées (Pièces 6 et 7 de la SA C.).

8. Le 01/09/2020, la SA C. a adressé un courrier à l'ASBL E. (Pièce 7 de la SA C.) aux termes duquel :

- elle a regretté la volonté de la révoquer et de l'exclure tout en précisant qu'elle ne s'y opposerait pas ;
- elle a annoncé la facturation de diverses prestations.

La facture litigieuse, d'un montant de 77.243,2 €, était jointe à cette lettre (Pièce 8 de la SA C.).

1564.-1. Pour « E. ».

9. Le 15/09/2020 (la lettre n'est pas datée, mais l'ASBL E. y évoque un paiement fait « ce jour, le 15 septembre 2020 »), l'ASBL E. a contesté cette facture, hormis en ce qui concerne les deux jetons de présence réclamés par la SA C., qui ont été payés (Pièce 9 de la SA C.).

A une date non précisée, l'ASBL E. a également remboursé la somme de 20.000 € prêtée par la SA C.

10. Le 26/09/2020, l'assemblée générale de l'ASBL E. a effectivement révoqué le mandat d'administrateur de la SA C. et elle l'a exclu (Pièce 10 de la SA C.).

11. Le 19/10/2020, le conseil de la SA C. a adressé une mise en demeure à l'ASBL E. (Pièce 11 de la SA C.) et le 09/12/2020, elle a lancé citation.

B.- Les prétentions des parties

12. La SA C. formule la demande suivante

*« Déclarer la demande de la concluyente recevable et fondée et en conséquence,
Condamner la défenderesse au paiement de la somme de 75.743,20 euros en principal, à majorer des intérêts au taux légal depuis la mise en demeure du 19 octobre 2020 jusqu'à la citation et ensuite des intérêts judiciaires au taux légal depuis le jour de la citation jusqu'à parfait paiement,
Condamner la défenderesse au paiement de la somme de 28.500 euros correspondant à 8 conseils d'administration par an qui devaient encore être facturés par la concluyente pendant 5 ans de partenariat convenu (30.000 euros sous déduction des 1.500 euros), soit un solde dû de 28.500 euros, à majorer des intérêts judiciaires au taux légal depuis la date des présentes conclusions jusqu'à parfait paiement.
Entendre condamner la défenderesse aux entiers frais et dépens en ce compris l'indemnité de procédure de 6.500,00 euros par application de l'article 1022 du Code judiciaire,
A titre subsidiaire : condamner la défenderesse à produire la totalité de son listing clients ou de ses inscriptions depuis sa création en 2019 et pour les années 2020 et 2021.
Entendre déclarer le jugement à intervenir exécutoire nonobstant tout recours, sans caution ni faculté de cantonnement ».*

13. L'ASBL E. conclut au rejet de la demande dirigée contre elle et postule la condamnation de la SA C. au paiement des dépens.

III.- DISCUSSION

A.- Principes applicables

14. **Le droit applicable.** « Les dispositions du CSA s'appliquent immédiatement aux ASBL et AISBL qui se constituent à partir de son entrée en vigueur, le 1^{er} mai 2019 (art. 38, al. 1^{er}, des dispositions transitoires). »²

2. M. COIPEL, « Droit transitoire et entrée en vigueur pour les ASBL », in *Le nouveau visage des ASBL après le 1^{er} mai 2019*, Limal, Anthemis, 2019, p. 258.

Dans la mesure où l'ASBL E. a été constituée le 08/05/2019, elle est soumise au CSA.

15. La reprise des engagements souscrits avant la constitution de l'ASBL. L'article 2:2 du CSA dispose que : « A défaut de convention contraire, ceux qui, au nom d'une personne morale en formation, et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si la personnalité juridique a été acquise dans les deux ans de la naissance de l'engagement et si la personne morale a repris ces engagements dans les trois mois de l'acquisition de la personnalité juridique. Les engagements repris par la personne morale sont réputés avoir été contractés par celle-ci dès l'origine. »

Il en résulte que pour qu'une ASBL soit tenue par les engagements pris en son nom avant sa constitution, elle doit reprendre lesdits engagements.

Cette décision doit, en principe, être prise par son organe d'administration et les règles applicables en matière de conflit d'intérêts (article 9:8 du CSA) doivent, le cas échéant, être respectées.

B.- Application des principes au cas d'espèce

16. La SA C. et I. sont convenues de plusieurs choses au mois d'avril 2019 (voir point 4 ci-dessus). A aucun moment, l'ASBL E. (qui ne se confond pas avec I.) n'a toutefois repris ces engagements, ce que la SA C., dirigée notamment par un avocat présenté comme un « juriste financier », ne pouvait légitimement ignorer puisqu'elle faisait partie de son conseil d'administration.

La SA C. affirme dans ses conclusions que la décision de reprendre lesdits engagements a été prise de manière tacite par l'ASBL E³, mais elle ne le démontre pas.

Le fait que la SA C. ait envoyé des mailings au profit de l'ASBL E., qu'elle ait mis des locaux à sa disposition ou qu'elle ait participé à la rédaction de ses conditions générales sans opposition de l'ASBL ne prouve pas que cette dernière ait pris le moindre engagement à son égard voire qu'elle ait exécuté le contrat liant la SA C. et I.. En effet, l'association a parfaitement pu considérer que la SA C., société à finalité sociale, fondateur et administrateur de l'ASBL, lui a rendu ces services de manière gracieuse. Cette croyance de l'ASBL était d'autant plus légitime (i) que la SA C. n'a pas facturé ses services pendant plus d'un an et (ii) qu'elle n'a finalement émis une facture qu'après avoir été révoquée et exclue, ce qui permet de considérer qu'il s'agit en réalité d'une mesure de rétorsion et non de la réclamation de sommes dues depuis plus d'un an et impayées par l'ASBL.

Le paiement de deux jetons de présence à la SA C. trouve, quant à lui, son origine dans les statuts de l'ASBL et non dans une quelconque convention séparée.

Il convient encore de relever qu'au moment où de nouveaux échanges sont intervenus entre la SA C. et l'ASBL E., en mai 2019, I. n'avait pas le pouvoir de représenter seule l'association, ce que la SA C. ne pouvait pas non plus légitimement ignorer.

3. Il est permis de s'interroger sur la possibilité de prendre une telle décision de manière tacite lorsque, comme en l'espèce, la procédure de conflit d'intérêts aurait dû être respectée.

17. Le tribunal ajoute à titre surabondant que même s'il fallait considérer qu'un contrat lie l'ASBL E. et l'ASBL C. [NLDR : lire « la SA C. »] – *quod non* (hormis en ce qui concerne le mandat d'administrateur, voir *infra*) – encore faudrait-il constater que l'ASBL E. a contesté la facture litigieuse à bref délai. Il incombe dans une telle hypothèse à la SA C. de démontrer qu'elle a correctement exécuté le contrat et que ce qu'elle réclame est conforme au contrat. Tel n'est pas le cas en l'espèce. En effet, aucune pièce ne prouve qu'elle a bien envoyé les mailings litigieux ni *a fortiori* le nombre de destinataires de ces mailings. Elle ne prouve pas non plus que l'ASBL E. a occupé ses locaux.

18. Le mandat d'administrateur de la SA C. était révocable *ad nutum* (article 25 des statuts de l'association), ce qui implique que l'ASBL E. pouvait y mettre fin à tout moment sans préavis ni indemnité. A aucun moment, cette dernière n'a pris l'engagement de maintenir la SA C. en fonction pendant une certaine durée, et pour cause : un tel engagement aurait constitué une violation de ses statuts (ce que la SA C. ne pouvait légitimement ignorer). La SA C. ne peut, dans un tel contexte, faire valoir un quelconque droit à être rémunérée durant cinq ans par l'association.

19. Il résulte de ces développements que les demandes de la SA C. seront déclarées non fondées et que cette dernière sera condamnée au paiement des dépens.

IV.- DÉCISION

Après en avoir délibéré, le tribunal, statuant contradictoirement, et en premier ressort,
Reçoit la demande,
La déclare non fondée,
En déboute la SA C.,
Condamne la SA C. à payer à l'ASBL E. la somme de 3.600 € à titre de dépens ou frais de procédure,
Condamne également la SA C. au paiement au SPF Finances d'un droit de rôle de 165 €,
Dit que la présente décision est exécutoire par provision nonobstant appel et sans garantie.
(...)

OBSERVATIONS

La personne morale n'est liée par un engagement pris en son nom avant sa constitution que si elle a repris cet engagement

Avant la constitution d'une ASBL, une de ses futures fondatrices prend des engagements envers une société anonyme à finalité sociale. Cet accord portait sur quatre points : (i) la présence de la SA au sein du conseil d'administration de l'ASBL à constituer ; (ii) l'octroi à cette SA d'un jeton de présence de 750 € par réunion du conseil d'administration, étant entendu que le conseil se réunirait 8 fois par an ; (iii) un prêt de 20 000 € au profit de l'ASBL ; et (iv) l'envoi de mailings au profit de l'ASBL, moyennant une rémunération de 0,4 € par e-mail.

L'entente s'est ensuite dégradée entre la fondatrice (devenue aussi administratrice) de l'ASBL et la SA. La SA fut révoquée de sa fonction d'administratrice de l'ASBL, sans avoir pu percevoir tous les jetons de présence escomptés. Le prêt de 20 000 euros fut octroyé et remboursé. Les mailing furent envoyés et facturés à l'ASBL, mais cette dernière ne paya pas la facture.

Le tribunal rejette la demande, en faisant une juste application des règles en matière d'engagements pris au nom d'une personne morale en formation.

Le tribunal vérifie d'abord l'applicabilité dans le temps du Code des sociétés et des associations. L'ASBL ayant été constituée après le 1^{er} mai 2019, elle était, dès le départ, soumise au Code précité, qui fixe désormais une règle unique, dans cette matière, pour toutes les personnes morales (sociétés, associations et fondations)⁴. La disposition applicable aux engagements pris avant la constitution de l'ASBL est donc l'article 2:2 du Code des sociétés et des associations, et non l'article 3, § 2, de la loi du 27 mai 1921 'sur les associations sans but lucratif, les fondations, les partis politiques européens et les fondations politiques européennes', qui aurait d'ailleurs conduit à la même solution en l'espèce⁵.

Face à une demande en justice dirigée contre l'ASBL, le tribunal se demande si cette dernière est liée par la convention prévoyant le paiement d'une rémunération pour l'envoi de l'emailing. Cette convention ayant été conclue avant que l'ASBL acquière la personnalité juridique, il convient d'appliquer le mécanisme de l'article 2:2 du Code des sociétés et des associations : le promoteur est personnellement engagé, sauf si la personne morale reprend, dans les délais et conditions qu'il précise, les engagements conclus en son nom après sa constitution.

Le tribunal constate en fait qu'aucune reprise des engagements n'a eu lieu. Cette reprise pourrait, théoriquement, se faire de manière tacite⁶, mais encore faudrait-il qu'elle soit certaine et démontrée, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il en va d'autant plus ainsi que, dans les circonstances de l'affaire, la reprise aurait nécessité l'application de la procédure de conflit d'intérêts, puisque l'autre partie à la convention (la SA) était également administratrice de l'ASBL⁷. Or, cette procédure suppose le respect de formalités (art. 9:8 CSA) qu'on envisage mal de réaliser tacitement. Certes, l'ASBL a exécuté d'autres aspects de la convention, notamment le paiement de jetons de présence pour la participation aux réunions du conseil d'administration. Selon le tribunal, ce paiement trouve toutefois sa base juridique dans les statuts de l'ASBL (dont la clause pertinente n'est pas citée) et non dans la convention. On ne peut donc pas voir là une exécution de la convention qui attesterait de sa reprise par l'ASBL. Aussi, à défaut de reprise des engagements, l'ASBL n'est pas liée par la convention⁸ et ne peut donc pas être condamnée.

Mais comment l'ASBL a-t-elle pu obtenir l'envoi d'emails et remercier pour leur réalisation, alors qu'elle n'était pas partie à la convention qui les prévoyait ? Le tribunal envisage deux possibilités.

4. M. COIPEL, « L'intégration des ASBL, des AISBL et des fondations dans le nouveau Code », in O. CAPRASSE, H. CULOT et X. DIEUX, *Le nouveau droit des sociétés et des associations. Le CSA sous la loupe*, Anthemis, 2019, p. 514.
5. Sur le régime de l'ASBL en formation, voir D. COECKELBERGH, *Praktijkboek voor de VZW*, Gompel&Svacina, 2019, p. 160-162 ; F. HELLEMANS et P. HULPIAU, « Verenigingen en stichtingen geïntegreerd in het nieuwe wetboek van vennootschappen en verenigingen: de structurele en inhoudelijke vernieuwingen doorgelicht », in H. DE WULF et M. WYCKAERT (eds), *Het WVV doorgelicht*, Intersentia, 2021, p. 565-566.
6. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Intersentia, 2020, p. 185 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 3, Kluwer, 2005, p. 361.
7. Sur l'application de la procédure de conflit d'intérêts à l'acte de reprise d'un engagement fait au nom d'une société en formation : T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 3, Kluwer, 2005, p. 359.
8. H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Intersentia, 2020, p. 184-185 ; S. GILCART et C. BROCAL, « Les règles de constitution des SA, SPRL et SCRL », *Guide juridique de l'entreprise*, livre 14bis.2, n° 710, p. 76 ; T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 3, Kluwer, 2005, p. 367 ; D. VAN GERVEN, *Handboek Vennootschappen – Algemeen deel*, Larcier, 2016, p. 368.

Soit la SA exécutait simplement la convention qui la liait à la promotrice de l'ASBL. Une convention existait en effet bel et bien. Si elle ne lie pas l'ASBL qui ne l'a pas reprise, elle oblige en revanche la promotrice qui a pris l'engagement au nom de la personne morale en formation, mais qui n'a pas obtenu la reprise de cet engagement par l'ASBL. En d'autres termes, si l'ASBL ne peut être condamnée au paiement de la facture, la promotrice aurait théoriquement pu l'être en application du droit des personnes morales. Elle n'avait toutefois pas été mise à la cause, de sorte que les principes de droit judiciaire s'opposaient évidemment à une condamnation personnelle, à tout le moins dans le cadre de cette procédure. En outre, la dette elle-même n'était pas suffisamment démontrée (voir *infra*).

Soit la SA agissait à titre gratuit, ce qui n'est pas impossible dans le cas d'un rapport entre une société à finalité sociale et une ASBL. Selon l'article 661 du Code des sociétés, les sociétés à finalité sociale « ne sont pas vouées à l'enrichissement de leurs associés » et leurs statuts « stipulent [notamment] que les associés ne recherchent qu'un bénéfice patrimonial limité ou aucun bénéfice patrimonial ». Ce statut particulier est aujourd'hui remplacé par l'agrément comme entreprise sociale (art. 8:5 CSA), et il n'est plus accessible aux SA, mais seulement aux SC. Il n'est pas anormal, par ailleurs, qu'une ASBL soit la bénéficiaire d'un acte posé à titre gratuit⁹.

L'une ou l'autre raison pouvait, selon le tribunal, conduire l'ASBL à penser de bonne foi que des services d'emailing lui étaient fournis sans qu'elle soit liée par la convention fixant leur prix. Si le raisonnement convainc sur le plan juridique, il paraît néanmoins quelque peu reconstruit pour les besoins de la cause : dans le contexte factuel tel qu'il est relaté, on a peine à croire qu'il corresponde à l'état d'esprit des protagonistes *in tempore non suspecto*.

Le tribunal veille à compléter son raisonnement en indiquant que la facture litigieuse avait été contestée en temps utile, de sorte qu'il revenait à la demanderesse de démontrer l'existence de la dette, à savoir la bonne exécution de sa prestation et le nombre d'emails envoyés. Une telle preuve n'était pas apportée, de sorte que, pour cette raison également, une condamnation au paiement de la facture ne se justifiait pas.

9. Voir T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. 3, Kluwer, 2005, p. 347, qui envisagent même le cas d'un acte gratuit en faveur d'une ASBL en formation.