

DES SOCIÉTÉS MOMENTANÉES AUX SOCIÉTÉS SIMPLES DE CONCEPTEURS EN HUIT QUESTIONS

1. La société simple, depuis quand ?

La loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, publiée au Moniteur belge le 4 avril 2019, est entrée en vigueur le 1^{er} mai 2019.

Cette loi substitue la société simple à l'ancienne société momentanée. A l'instar de cette dernière, la société simple n'a pas de personnalité juridique distincte des membres qui la composent.

Le régime juridique de la société simple est décrit aux articles 4 :1 à 4 :21 du CSA (Code des sociétés et des associations).

Cette suppression de la société momentanée n'a toutefois pas pour effet de rendre impossible le recours aux avantages de celle-ci. En effet, il suffit de modaliser les statuts de la société simple afin de lui offrir les mêmes caractéristiques que celles d'une société momentanée. A défaut, les dispositions supplétives du CSA deviennent applicables.

Les statuts de la société simple peuvent, au choix de leur membre, être établis sous seing privé ou par acte authentique.

2. La société simple doit-elle être inscrite à la BCE ?

L'article III. 49, §1er, 1^o du CDE (Code de droit économique) prévoit l'obligation pour toute entreprise de s'inscrire à la BCE. L'inscription à la BCE a pour effet de doter la société momentanée d'un numéro d'entreprise et de rendre contraignant la communication des informations contenues à l'article III.18 du CDE, à savoir notamment : la dénomination sociale, le siège social, les données d'identification des fondateurs et mandataires.

Certaines données sont librement accessibles à toute personne via internet (art. III. 31 du CDE). Cette inscription doit se réaliser par les représentants de la société ayant capacité à cet effet (art. III.53 du CDE), à savoir par l'organe compétent conformément aux statuts.

L'inscription à la BCE est obligatoire pour toute société momentanée/simple constituée depuis le 1^{er} novembre 2018. Les sociétés existantes avant cette date avaient jusqu'au 1er mai 2019 pour y procéder.

Si la société simple exerce des activités sans être inscrite auprès de la BCE, elle risque une sanction de niveau 2 (art. XV.77 du CDE), c'est-à-dire une amende pénale allant de 26 à 10.000 euros.

Si la société simple n'est pas inscrite auprès de la BCE en bonne et due forme, les frais engagés et la TVA ne sont pas déductibles fiscalement.

3. La société simple a-t-elle des obligations comptables ?

Avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, les règles du droit comptable se bornaient essentiellement à imposer aux sociétés momentanées de tenir une comptabilité appropriée, sans imposer le recours à des techniques comptables particulières.

Désormais, la société momentanée/simple doit tenir une comptabilité complète, à l'instar de toute entreprise belge ; étant entendu que cette comptabilité doit être appropriée à la nature et à l'étendue des activités de la société en se conformant aux dispositions légales particulières qui la concerne (art. III.82 du CDE).

Par ailleurs, les associés doivent également reprendre dans leur propre comptabilité les comptes de la société, selon la méthode de l'intégration proportionnelle. A noter qu'une société simple peut tenir une comptabilité simplifiée si le chiffre d'affaires HTVA du dernier exercice est inférieur à 500.000 EUR (avis de la CNC 2019/11 du 16 octobre 2019).

Si la société simple exerce une activité en violation de l'obligation comptable, elle risque une sanction de niveau 2, c'est-à-dire une amende pénale allant de 26 à 10.000 euros. Si l'infraction est commise avec une intention frauduleuse, elle risque une sanction de niveau 4 (art. XV.75 du CDE), c'est-à-dire une amende allant de 26 à 50.000 euros.

4. Quid des sociétés momentanées en cours ?

L'entrée en vigueur du CSA s'est faite en plusieurs étapes (Voyez l'article 39 de la loi du 23 mars 2019). Pour les sociétés constituées avant le 1^{er} mai 2019, le CSA est applicable depuis le 1^{er} janvier 2020. À compter de cette date, celles-ci sont tenues de mettre leurs statuts en conformité avec le CSA en cas de modification statutaire. Dans tous les cas, les statuts doivent être mis en conformité avec les dispositions du CSA au plus tard le 1^{er} janvier 2024.

L'absence de mise à jour des statuts d'une société avant le 1er janvier 2024 est doublement sanctionnée.

Les membres de l'organe d'administration sont personnellement et solidairement responsables des dommages subis par la société, l'association ou la fondation ou par des tiers résultant du non-respect de cette obligation

Par ailleurs, les clauses des statuts contraires aux dispositions impératives du CSA sont réputées non écrites.

Il a déjà été décrit les sanctions en cas de violation de l'obligation d'inscription à la BCE ou de violation des obligations comptables.

5. A quel moment la société simple doit-elle être constituée en cas de soumission dans le cadre d'un marché public : au dépôt de l'offre ou après l'attribution du marché public ?

Lors de la Commission de la Justice du 18 septembre 2019, le ministre de la Justice, Koen Geens, a répondu à la question concernant le moment auquel la société simple doit respecter ces obligations. Cet aspect revêt une importance particulière lorsqu'une société simple participe à une procédure d'attribution en vue de remporter un marché public. Le ministre a répondu en s'appuyant sur l'exposé des motifs, document 54/828/00, page 6, qui précise « *que la société dotée de la personnalité juridique doit également s'inscrire à la BCE si elle participe à des transactions juridiques et contracte des droits et obligations avec des tiers* ».

L'obligation d'inscription à la BCE ne survient dès lors que lorsque le marché est attribué à la société simple.

Par contre, le dépôt de l'offre par deux associés ou plus constituera bien une société simple. Cela résulte de l'application supplétive des articles 4 :1 à 4 :21 du CSA et singulièrement l'article 4.1. qui définit la société simple comme étant le contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre leurs apports en commun en vue de distribuer ou procurer à ses associés un avantage patrimonial direct ou indirect. Elle est conclue pour l'intérêt commun des parties.

La question est donc mal posée. La société simple existe par le fait même du dépôt commun de l'offre, même sans statut ou inscription BCE.

Par contre, il n'y aura aucune sanction liée au défaut d'inscription BCE si le marché n'est pas attribué.

A noter qu'il peut survenir que le pouvoir adjudicateur exige le dépôt de la convention d'associés avec l'offre de sorte que toutes les modalités et conventions entre associés doivent avoir été préalablement au dépôt de l'offre fixés entre eux.

Sachant que la société simple existe déjà par le simple dépôt de l'offre dont le but est d'obtenir le marché, il est donc fortement conseillé que les statuts de la société simple soient établis préalablement entre lesdits associés afin d'éviter des litiges ultérieurs sur la répartition des dettes et recettes.

6. Quelle responsabilité envers le maître d'ouvrage ?

La réponse est fournie de manière claire par l'article 4 :14 du CSA qui stipule que les créanciers dont la créance trouve sa source dans l'activité de la société peuvent exercer leur recours sur l'ensemble du patrimoine social. Les associés sont personnellement et solidairement tenus à leur égard sur leur patrimoine propre.

Les membres qui composent la société simple sont donc personnellement et solidairement responsable envers le maître d'ouvrage.

La répartition de la dette entre les associés dépend par contre des statuts, de la convention entre les associés comme indiqué ci-après.

Qu'en est-il des sociétés simples composées d'un architecte et d'un entrepreneur pour les marchés de conception-construction (design and build)?

Compte tenu du principe d'indépendance d'ordre public de l'architecte à l'égard de l'entrepreneur en vertu notamment de l'article 6 de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, la solidarité entre l'architecte et l'entrepreneur n'est pas concevable.

Un marché privé de design and build ne pourrait donc prévoir une telle solidarité de l'entrepreneur avec l'architecte dans une société simple sans violer cette disposition d'ordre public.

Il en est de même dans les marchés publics. Cela avait été rappelé par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 22 octobre 2013 (arrêt numéro 225.191) qui avait annulé partiellement l'article 51 §2 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 sur la passation des marchés publics dans les secteurs classiques en tant qu'il prévoyait la solidarité en cas d'offre en société momentanée déposée par un entrepreneur et un architecte.

Désormais, si l'article 44 §1 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics du 18 avril 2017 stipule que les membres d'un groupement sans personnalité juridique sont solidairement responsables, ce même article mentionne toutefois une exception: la responsabilité solidaire ne s'applique pas aux architectes faisant partie d'un groupement comprenant également un entrepreneur.

7. Quelles responsabilités entre les associés ?

Suivant l'article 4:4 du CSA, la convention détermine la part des associés dans les bénéfices et les pertes ainsi que dans le patrimoine social en cas de dissolution.

Lorsqu'elle n'est pas déterminée, la part de chacun est en proportion de son apport dans la société. A l'égard de celui qui n'a apporté que son industrie, sa part est réglée comme si sa mise eût été égale à l'apport le plus faible autre qu'en industrie.

Il est par exemple possible, dans la convention entre les concepteurs associés de prévoir que l'architecte X s'occupe uniquement de la conception et n'est responsable entre associés que de la conception et que l'architecte Y s'occupe uniquement du contrôle et n'est responsable entre associés que du contrôle. C'est ce qu'on appelle une convention de type « non intégré ». Mais cette répartition des dettes (cette convention entre les associés) n'est pas opposable au maître d'ouvrage qui peut invoquer la solidarité.

8. Quelles alternatives à la société simple : la division de la mission de conception et de contrôle ou la sous-traitance ?

Rien n'empêche un maître d'ouvrage de passer deux conventions distinctes avec deux architectes : une convention limitée à la conception avec l'architecte X et une autre convention distincte pour le contrôle avec un architecte Y. Il n'y a, dans ce schéma, aucune association entre les deux architectes, que ce soit pour les bénéfices, les pertes ou la responsabilité. Il n'y a pas, dans ce schéma, d'association momentanée (société simple). Il ne s'agit pas d'une convention tripartite mais bien de deux conventions distinctes.

Ce schéma est très rare (voir jamais rencontré dans les marchés publics) car il n'est pas avantageux pour le maître d'ouvrage mais il est tout-à-fait possible. Il est par contre fréquent dans la division de la mission d'architecture avec les études spécialisées (stabilité, techniques spéciales, etc.)

Si le maître d'ouvrage souhaite confier la conception et le contrôle à deux architectes dans le cadre d'une seule convention, alors dans ce cas, il s'agira effectivement d'une société simple entre les architectes X et Y avec le régime légal précité dont celui de la solidarité des architectes X et Y envers le maître d'ouvrage.

La sous-traitance d'une partie de la mission est possible si elle n'est pas interdite dans la convention avec le maître de l'ouvrage. Il n'y a dans ce cas aucune société simple ni solidarité. Le concepteur en lien avec le maître d'ouvrage est responsable pour le tout à l'égard de ce dernier mais il dispose d'un recours contre le sous-traitant pour la mission sous-traitée.

Laurent-Olivier Henrotte
Avocat Lexing