

COUR DU TRAVAIL DE LIÈGE 3 AVRIL 2019

ENTREPRISE, MARCHAND, COMMERÇANT

Définition – Mandataire de justice

Les mandataires de société peuvent être visés par la notion générale d'entreprise. Les travaux préparatoires soulignent expressément que les notions « d'entreprise soumise à inscription » et « d'entreprise soumise à l'obligation comptable » sont décrites sur la base de la notion générale d'entreprise. La cour se rallie donc à la jurisprudence qui retient cette qualification d'entreprise pour les mandataires de société sur base d'une analyse concrète des circonstances de la cause.

ONDERNEMING, KLEINHANDELAAR, KOOPMAN

Begrip – Zaakvoerder van vennootschap

Zaakvoerders van een vennootschap worden uitdrukkelijk geviseerd door het algemene begrip onderneming. De parlementaire voorbereidingen stellen uitdrukkelijk dat de begrippen “ondernemingen met een inschrijvingsverplichting” en “ondernemingen met een verplichting tot het houden van een boekhouding” vallen onder het algemene begrip onderneming. Het hof schaart zich achter de huidige rechtspraak waarin de kwalificatie van zaakvoerders als onderneming wordt gebaseerd op de concrete feiten.¹

M.XI

Pl.: Me Ad.

Aff.: 18/45/B

(...)

III.1. Les dispositions légales applicables et leur interprétation

L'article 1675/2 du Code judiciaire dispose que:

« Toute personne physique [...], qui n'a pas la qualité de commerçant au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce, peut, si elle n'est pas en état, de manière durable, de payer ses dettes exigibles ou encore à échoir et dans la mesure où elle n'a pas manifestement organisé son insolvabilité, introduire devant le juge une requête visant à obtenir un règlement collectif de dettes.

Si la personne visée à l'alinéa 1^{er} a eu autrefois la qualité de commerçant, elle ne peut introduire cette requête que six mois au moins après la cessation de son commerce ou, si elle a été déclarée en faillite après la clôture de la faillite.

La personne dont [la procédure de règlement amiable ou judiciaire a été révoquée] en application de l'article 1675/15, § 1^{er}, ne peut introduire une requête visant à obtenir un règlement collectif de dettes, pendant une période de cinq ans à dater du jugement de révocation. »

L'article 254 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme des entreprises (M.B., 27 avril 2018, disposition entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2018 selon l'art. 260 de la loi) dispose que:

« A compter de la date en vigueur de la présente loi, sauf dispositions contraires, dans toutes les lois, la notion de 'commerçant' au sens de l'article 1^{er} du Code de commerce

doit être comprise comme 'entreprise' au sens de l'article I.1 du Code de droit économique.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, la présente loi ne porte pas atteinte aux dispositions légales, réglementaires ou déontologiques qui, en faisant référence aux notions de 'commerçant', 'marchand' ou à des notions dérivées, posent des limites aux activités autorisées de professions réglementées. »

L'article 1675/2 doit donc être lu comme suit à dater du 1^{er} novembre 2018: *« Toute personne physique, qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de l'article I.1 du Code de droit économique, peut, si elle n'est pas en état, de manière durable, de payer ses dettes exigibles ou encore à échoir et dans la mesure où elle n'a pas manifestement organisé son insolvabilité, introduire devant le juge une requête visant à obtenir un règlement collectif dettes. »*

L'article I.1^{er} du Code de droit économique précise:

« Sauf disposition contraire, pour l'application du présent code, on entend par:

1° entreprise: chacune des organisations suivantes:

(a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant;

(b) toute personne morale;

(c) toute autre organisation sans personnalité juridique.

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:

¹. Zie dit nummer, N. APPERMONT, “De vennootschapsbestuurders als ondernemingsrechtelijke twistappel. Rechtspraak en beleidsmatige overwegingen”.

(a) 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;

(b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché;

(c) l'Etat fédéral, les régions, les communautés, les provinces, les zones de secours, les prézones, l'Agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux, intracommunales, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale. »

La nouvelle notion générale d'entreprise telle qu'utilisée notamment pour le droit de l'insolvabilité se veut très large et se base sur un critère « organique » ou « formel » en abandonnant le critère matériel qui est celui de l'activité économique (les dispositions actuelles ont abrogé la notion d'entreprise telle que définie par loi du 7 novembre 2013 portant insertion du titre I^{er}. « Définitions générales » dans le Livre I^{er}. « Définitions » du Code de droit économique antérieurement en vigueur au 12 décembre 2013 et visant toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations; Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, résumé, p. 3. Pour une lecture critique de la nouvelle notion d'entreprise, voy. N. THIRION et A. AUTENNE, « La nouvelle 'définition générale' de l'entreprise dans le Code de droit économique: deux pas en avant, trois pas en arrière », *J.T.*, 2018, pp. 826 à 831; H. JACQUEMIN, « La fin du Code de commerce et de la théorie de la commercialité: état de la question et perspectives », *J.T.*, 2018, pp. 832 à 837).

Le but est de conférer un vaste contenu à la notion d'entreprise de manière à couvrir tous les acteurs actifs sur le plan économique (Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 6).

Le texte légal ne soumet pas la reconnaissance de la qualité d'entreprise à une personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant à la condition de constater que cette personne physique réponde au concept d'organisation mais précise qu'une personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant est une organisation au sens de l'article I.1, 1^o, (a) du Code de droit économique.

Le caractère professionnel et indépendant de l'activité exercée suppose son caractère durable et rencontre, pour une personne physique, le concept d'organisation sans exiger d'autres conditions.

Cette activité se distingue, par exemple, d'une activité d'amateur, d'une activité exercée gratuitement (les travaux préparatoires donnent *a contrario* l'exemple d'une activité d'économie collaborative qui comprend un réseau qui réunit

l'offre et la demande afin de valoriser des biens et services sous-utilisés sans avoir pour but d'accumuler un revenu) (notons également que la distribution (le cas échéant déguisée) de bénéfice ou ce but de distribution est également considérée comme un critère déterminant pour qualifier « organisation » une association sans personnalité juridique, selon le libellé du texte légal et les travaux préparatoires, p. 13), de la gestion normale du patrimoine personnel (la simple souscription, acquisition ou détention d'actions, titres ou parts dans une société dotée de la personnalité juridique par une personne physique).

Les travaux préparatoires apportent en effet les précisions suivantes concernant la notion d'activité professionnelle à titre indépendant: « *Le choix des concepts 'à titre indépendant' et 'activité professionnelle' ont pour effet de mettre fin à des discussions antérieures concernant 'une activité économique durable'. En effet, le concept d'indépendant est l'opposé de celui de 'sous les liens d'un contrat de travail' (la différence entre un indépendant et un travailleur), alors que celui de 'durabilité' est inhérent à une 'activité professionnelle'. A titre d'exemple, on peut penser à des personnes physiques qui travaillent en tant que commerçant, artisan, personne exerçant une profession libérale ou administrateur de sociétés. Les activités durables dans le cadre de l'économie collaborative sont également comprises dans la définition pour autant qu'elles constituent une activité professionnelle. Dans la mesure où une activité d'économie collaborative comprend un réseau qui réunit l'offre et la demande afin d'ouvrir la valeur des biens et services sous-utilisés et que ceci n'est pas fait pour accumuler un revenu, il ne sera plus question d'une activité professionnelle, et donc pas non plus d'une entreprise. (...) » (Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 10).*

Sachant que « (...) toute activité d'une personne physique ne doit pas tomber sous la notion d'entreprise. Ainsi, une activité qui s'inscrit purement dans le cadre de la gestion normale du patrimoine personnel d'une personne physique peut ne pas tomber sous la notion d'entreprise. En ce sens, la simple souscription, acquisition ou détention d'actions, titres ou parts dans une société dotée de la personnalité juridique par une personne physique est présumée s'inscrire dans le cadre de la gestion normale de son patrimoine personnel. » (Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 11).

Les mandataires de société sont donc expressément visés dans les travaux préparatoires. L'organisation se conçoit dans le chef de la seule personne physique et par rapport au contenu de l'activité personnelle qu'elle exerce et qui est inhérente à l'exercice de son mandat.

Cette forme d'organisation de l'entreprise qu'est la personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant en ce qu'elle peut concerner un mandataire de société, n'est pas soumise à toutes les obligations qui s'imposent aux entreprises.

L'article I.4, 5°, du Code de droit économique définit, pour l'application du Livre III, Titre 2, l'entreprise soumise à inscription comme étant toute entité tenue de s'inscrire en vertu de l'article III.49.

Le Livre III du Code de droit économique qui vise la liberté d'établissement, de prestation de service et obligations générales des entreprises, traite notamment de la Banque-Carrefour des Entreprises en son Titre 2.

L'article III.49, § 1^{er}, vise les entreprises qui sont tenues de s'inscrire avant de démarrer leurs activités, en qualité d'entreprise soumise à inscription, dans la Banque-Carrefour des Entreprises auprès du guichet d'entreprises de leur choix.

Il s'agit de:

1° toute entreprise de droit belge, au sens de l'article I.1, (b) et (c);

2° toute entreprise qui possède en Belgique un siège, une succursale ou une unité d'établissement, ce qui comprend donc les entreprises au sens de l'article I.1, (a).

Le § 2 du même article prévoit les dérogations: ne sont pas tenues de s'inscrire en qualité d'entreprises soumises à inscription, notamment, selon l'article III.49, § 2, 6°, la personne physique dont l'activité professionnelle à titre indépendant consiste en l'exercice d'un ou de plusieurs mandats d'administration.

Le Titre 3 du même Livre III vise les obligations générales des entreprises et son Chapitre 2 concerne la comptabilité des entreprises.

Selon l'article I.5 du Code de droit économique, la définition particulière suivante est applicable au Livre III, Titre 3, Chapitre 2: est une entreprise soumise à obligation comptable, une entreprise au sens de l'article III.82.

L'article III.82, § 1^{er}, soumet à l'obligation comptable notamment toute entreprise au sens de l'article I.1, 1°, (a), qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant en Belgique.

L'alinéa 2, 1°, prévoit une dérogation pour les entreprises que constituent les personnes physiques dont l'activité professionnelle à titre indépendant consiste en l'exercice d'un ou de plusieurs mandats d'administrateur (la notion de mandataire d'administration réfère à des administrateurs et mandataires qui exercent une fonction similaire en tant que gérant, représentant fixe d'un administrateur-personne morale, membre d'un comité de direction ou administrateur délégué à la gestion journalière selon les travaux préparatoires, p. 29; par contre, le gérant ou l'associé d'une organisation sans personnalité juridique est tenu aux obligations comptables (simplifiées selon la méthode de l'intégration proportionnelle); voy. p. 31 des travaux préparatoires).

Ceci démontre *a contrario* que les mandataires de société peuvent donc bien être visés par la notion générale d'entreprise (Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 29: « Avec l'article 45, un certain nombre d'exclusions explicites sont intégrées dans la définition d'une entreprise soumise à l'obligation comptable. Ces exclusions figurent déjà en grande partie dans les régimes comptables existants. Avec l'exclusion des administrateurs, le gouvernement a voulu prendre les administrateurs au sens large, de sorte qu'ils ne soient pas soumis à une obligation comptable formelle sur la base des dispositions du CDE (...) »). Il ne peut donc être soutenu que les mandataires de société sont exclus de l'obligation comptable parce qu'ils n'exercent pas une activité professionnelle à titre indépendant et ne sont donc pas des entreprises.

La définition spécifique de l'entreprise entendue comme « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations » ne vise pas le Livre III, Titre 3, Chapitre 2 mais le Chapitre 1^{er} qui traite de l'information, transparence et non-discrimination (art. 1.4/1 CDE)).

Les dérogations sont envisagées au départ de la définition générale de l'entreprise pour la compétence du tribunal de l'entreprise, le droit de l'insolvabilité et les dispositions ayant traités aux obligations relatives à la BCE et comptables (Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, résumé, p. 3.)

Les travaux préparatoires soulignent expressément que les notions d'« entreprise soumise à inscription » et d'« entreprise soumise à l'obligation comptable » sont décrites sur la base de la notion générale d'entreprise (Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2828/001, p. 6).

La cour se rallie donc à la jurisprudence qui retient cette qualification d'entreprise pour les mandataires de société sur base d'une analyse concrète des circonstances de la cause (C. trav. Bruxelles, 9 octobre 2018, R.G. 2018/BB/12 (qui se base également sur l'avis n° 61.995/1/2/3 du 9 octobre 2017 du Conseil d'Etat, Doc. 54-2828/01, Ch. repr., 5^e session, 54^e législature, 2017-2018); Bruxelles, 21 décembre 2018, R.G. 2018/QR/43; Entr. Namur, 6 décembre 2018, R.G. Q/18/00031; *contra*: Mons (14^e ch.), 5 février 2019, n° 2018/RQ/24, qui confirme Entr. Hainaut (div. Tournai), 6 novembre 2018, R.G. 0/18/00108 et en doctrine D. GAL et J.-P. LEBEAU, « Le tribunal de l'entreprise. Nouvelles règles en matière de compétence, de composition, de procédure et de preuve », *J.T.*, 2018, pp. 843-844).

Notons que la cour d'appel de Mons dans son arrêt du 5 février 2019 se réfère notamment à un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 15 décembre 2016 (C-256/15), dans une affaire *Orago Nemec / Republika Slovenija*, pour considérer que la notion d'entreprise repose souvent sur le critère d'organisation et conclure qu'une activité professionnelle doit être exercée de manière structurée et stable pour répondre à la notion d'entreprise-organisation. La cour

d'appel reconnaît toutefois que cette définition concerne la loi du 2 août 2002 relative à la lutte contre les retards de paiement et la directive n° 2035/CE ayant le même objet (qui fonde l'arrêt C-256/15) qui ne sont pas englobées dans le Code de droit économique (en p. 10 des travaux préparatoires, il est en effet souligné ceci: « *Les auteurs du projet de loi, contrairement au Conseil d'Etat, considèrent que cette nouvelle définition répond aux problèmes d'interprétation existants dans la jurisprudence et la doctrine et est détachée de la notion 'd'entreprise' formulée dans la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, qui est une loi distincte, en dehors de ce code.* »).

Soulignons en outre que dans cet arrêt C-256/15, la Cour de justice oppose la notion d'« organisation » à celle de « particulier » (un des critères déterminants étant le fait que la personne en cause agisse sous son nom commercial ou professionnel et que la transaction conclue donne lieu à l'établissement d'une facture) et la notion de « structurée et stable » à celle de « ponctuelle et isolée » ce qui ne permet pas, à l'estime de la cour de céans, de tirer des conclusions quant à la nécessité de constater le déploiement d'une structure durable propre (au sens d'un agencement de moyens matériels, financiers et humains), distincte de celle de la personne morale dont la personne physique est le mandataire).

(...)