

aucune pièce comptable ou aucun engagement personnel n'est produit » et que la demanderesse n'établit pas « qu'il y aurait eu [...] une organisation propre mise en place par [son administré] pour exercer une activité professionnelle ». Par ces énonciations, d'où il suit qu'aux yeux du juge d'appel, l'administré de la demanderesse exerçait son mandat de gérant sans organisation propre, l'arrêt justifie légalement sa décision que l'administré de la demanderesse « n'est pas une entreprise et ne peut dès lors pas être déclaré en faillite ».

Le moyen ne peut être accueilli.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le pourvoi ;

Condamne la demanderesse aux dépens.

Les dépens taxés, en débet, à la somme de six cent cinquante euros due à l'État au titre de mise au rôle.

(...)

Note – L'administrateur-entreprise : plongeon dans la piscine d'un curé monothélite

1. Par l'arrêt annoté, la Cour de cassation décide que l'administrateur de société n'est pas nécessairement une entreprise au sens de l'article I.1, 1^o, (a), du Code de droit économique¹ :

« Sauf disposition contraire, pour l'application du présent [c]ode, on entend par :

1^o entreprise : chacune des organisations suivantes :

(a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ; ... »².

Pour la Cour, le critère de l'organisation est un critère autonome : pour être une entreprise, il ne suffit pas qu'une personne physique exerce à titre indépendant une activité professionnelle, encore faut-il que cette activité s'inscrive dans une certaine forme d'organisation.

La Cour ne donne pas d'indication sur le degré d'élaboration que doit présenter l'organisation pour être admissible à la qualification d'entreprise. En l'espèce, il n'y en avait pas du tout.

2. La Cour aboutit à sa conclusion en donnant à la notion d'*organisation* une importance que n'a pas voulue le législateur.

Tant l'historique de la définition d'entreprise que la volonté du législateur mènent à la conclusion que la notion d'*organisation* ne joue aucun rôle prescriptif dans la qualification de la personne physique comme entreprise au sens de la disposition légale précitée.

Il en résulte que l'administrateur d'une société est nécessairement une entreprise.

3. Avant d'examiner l'arrêt annoté (III), mais après avoir résumé les faits de la cause (I), nous examinerons longuement l'arrêt d'appel qui synthétise une bonne partie des arguments avancés pour refuser à l'administrateur le statut d'entreprise au sens de l'article I.1, 1^o, (a), du Code de droit économique (II).

Le présent commentaire s'ouvrant, comme dans les meilleures séries américaines, sur la solution de l'intrigue, il se terminera non par une conclusion mais par un épilogue (IV).

I. Les faits de la cause et les antécédents de la procédure

4. M. Mario D., électricien de formation, est le gérant de la SPRL La Technic-D, constituée en 1995, dont l'objet est principalement l'installation électrique et la fabrication d'enseignes lumineuses³.

La SPRL La Technic-D a diversifié son entreprise et, à la suite des problèmes de santé de son gérant, a plutôt développé une activité immobilière.

M. Mario D., devenu retraité, percevait, en plus de sa pension, des revenus modestes par le biais des loyers relatifs aux biens appartenant à ladite société.

5. Le 18 juillet 2019, M. Mario D. a été placé sous administration des biens et de la personne par ordonnance du juge de paix de Seneffe.

6. Le 17 novembre 2019, l'administrateur des biens et de la personne de M. Mario D., agissant *qualitate qua*, a déposé deux aveux de faillite dans le registre central

1. Pour une remise en contexte du contentieux dont il est question ici, l'auteur soussigné se permet de renvoyer aux notes déjà publiées sous ce même arrêt et abondamment référencées : W. DAVID, « Les dirigeants d'entreprise(s) sont-ils eux-mêmes des entreprises ? Quelques réflexions à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2022 », in *Actualités en droit de l'insolvabilité* (dir. N. Ouchinsky), Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 9-23 ; F. GEORGE, « Actualités en droit de la faillite » in *Varia en droit de l'insolvabilité* (dir. Fr. GEORGE et F. GEORGE), coll. CUP, n° 214, Liège, Anthemis, 2022, pp. 135-136, n° 2 ; A. JANSEN et D. GOL, « Responsabilité des dirigeants : actualités et questions choisies en lien avec la comptabilité », in *Varia en droit de l'insolvabilité*, op. cit., pp. 219-226, n° 7-11 ; Z. PLETINCKX, « Le dirigeant d'entreprise peut-il être déclaré en faillite ? Fin d'une controverse ou début de nouvelles discussions ? », *J.T.*, 2022/19, n° 6899, pp. 317-323 ; N. APPERMONT et I. VANWALLEGHEM, « Cassatie over de kwalificatie van vennootschapsbestuurders als onderneming: the saga continues », note sous Cass., 18 mars 2022, *T.R.V.-Rev. prat. soc.*, 2022/6, pp. 496-507. Voir aussi D. BRULOOT, R. STEENNOT et G. VANDENBOSSCHE, « Het faillissement van bestuurders van rechtspersonen en onbeperkt aansprakelijke vennoten: licht aan het einde van de tunnel », *T.I.B.R.*, 2021/2, pp. RL19-RL32 ; J. DE SMET, « Het faillissement van zaakvoerders en bestuurders na de inwerkingtreding van Boek XX WER : moet er nog (drijf)zand zijn? », *T.I.B.R.*, 2019/1, pp. RS-80 – RS-87 ; M. ROELANTS, « De kwalificatie van de natuurlijke persoon-bestuurder als onderneming na de Wet Hervorming Ondernemingsrecht », note sous Bruxelles, 21 décembre 2018, *T.R.V.-Rev. prat. soc.*, 2019/1, pp. 104-107.

2. Pour un commentaire fouillé de cette disposition légale, voir D. DE MAREZ et Ch. STRAGIER, *Boek XX, Een commentaar bij het nieuwe insolventierecht*, Bruges, Die Keure, 2018, n° 6-54, pp. 9-31 ; J.J. DE SMET, *Handboek faillissementsrecht en insolventiestrafrecht*, Skribis, Gand, 2020, n° 1.4-1.17, pp. 25-39 ; A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthemis, 2019, n° 391-406, pp. 293-308.

3. A vrai dire, l'objet social a tout du bric-à-brac : librairie et papeterie, Lotto, agence hippique, entreprise générale en électricité et notamment l'éclairage public ou industriel, l'éclairage décoratif, électronique générale et industrielle, télétransmission et télégestion, installations de transport de stockage de gaz,



de la solvabilité, l'un au nom de la SPRL La Technic-D et l'autre au nom de M. Mario D. en sa qualité de gérant de la société précitée.

7. Le **25 novembre 2019**, le Tribunal de l'entreprise du Hainaut, division Charleroi, prononce la faillite de la société.

8. Le **19 décembre 2019**, le tribunal dit qu'il n'y a pas lieu de prononcer la faillite de M. Mario D. en tant que gérant de la société faillie au motif que celui-ci n'est pas une entreprise.

9. L'administrateur de M. Mario D., *qualitate qua*, interjette appel de ce jugement.

10. La cour d'appel note – et on peut interpréter cela comme un reproche – que « [l]e [m]inistère public *es-time ne pas devoir rendre d'avis* ».

11. Par arrêt interlocutoire du **15 avril 2020**, la Cour d'appel de Mons ordonne une réouverture des débats sur trois points :

- 1) vérifier si l'administrateur des biens et de la personne de M. Mario D. disposait des pouvoirs pour faire aveu de faillite pour ce dernier ;
- 2) vérifier si l'administrateur disposait de l'autorisation du juge de paix et si cette autorisation était nécessaire ;
- 3) vérifier si l'administrateur disposait des pouvoirs pour interjeter appel de la décision du Tribunal de l'entreprise du Hainaut.

12. Rassurée, la cour d'appel rendra son arrêt définitif le **14 juillet 2020**.

II. L'arrêt attaqué de la Cour d'appel de Mons

13. Par l'arrêt attaqué, la Cour d'appel de Mons confirme le jugement entrepris.

A. Cadre théorique

14. Après avoir rappelé les dispositions légales applicables⁴, la cour d'appel prend prétexte de ce qu'elle considère être des « *ambiguïtés* » ou des « *contradictions* » dans les travaux préparatoires pour procéder à une interprétation créative de la notion d'entreprise⁵.

La cour d'appel écrit notamment : « *Le législateur ne semble pas avoir exclu la possibilité d'une interprétation de la notion d'entreprise pour le mandataire de société, sans pour autant que son intention de modifier la nature de la fonction d'administrateur ou de gérant soit univoque dans les travaux préparatoires* ». En note infrapaginale, la cour d'appel cite une source qui – de façon convaincante – dit le contraire de ce qu'elle affirme : « *Pour certains, 'le législateur a sciemment fait entrer les personnes physiques exerçant un mandat de gestion dans une personne morale dans le champ d'application de l'insolvabilité' (en ce sens, Z. PLETINCKX, Le champ d'application des procédures, in La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?, Larcier, 2017, p. 21)* »⁶.

La cour d'appel s'en remet pour sa part à un autre enseignement, certes éminent : « *Jusqu'ici, il était traditionnellement admis que lorsqu'un commerce est exploité par un mandataire, celui-ci n'acquiert pas de ce chef la qualité de commerçant⁷ : c'est le mandant qui a pareille qualité. Rien ne justifie ni ne démontre que, par l'introduction de la notion d'entreprise, le*

4. Conditions de la faillite (art. XX.99, al. 1^{er}, du Code de droit économique (« **C.D.E.** »)), notion d'entreprise (I.22, 7^e, juncto I.1, 1^o, C.D.E.), notion de débiteur (article I.22, 8^e, C.D.E.). Il s'agit des trois dispositions légales sur lesquelles la Cour de cassation fondera l'arrêt annoté.

5. Les premiers juges, par leur jugement du 16 décembre 2019, avaient eux aussi considéré que « [l']intention du législateur n'est pas clairement exprimée dans les travaux parlementaires. ... [La question] reste donc ouverte ». Si ambiguïté il y a, elle ne réside pas dans la notion d'organisation, mais dans celle de profession : voir C. ALTER et Z. PLETINCKX, « *Insolvabilité des entreprises* », dans la série *Répertoire du droit belge*, Bruxelles, Larcier, 2019, n^o 6, pp. 21-21 et n^o 9, pp. 25-27.

6. Remis en contexte cela donne : « *La conséquence de cette nouvelle définition de l'entreprise personne physique dans le droit de l'insolvabilité est également son extension à des personnes physiques qui n'étaient, jusque-là, pas considérées comme telles (au regard de l'article I.1^{er} du CDE ou de l'article 573 du [c]ode judiciaire). Ainsi, il est traditionnellement admis que les personnes physiques, organes de personnes morales ou détentrices d'un mandat de gestion dans un organe d'administration ne constituent pas des entreprises au sens des dispositions précitées sauf si le mandat est exercé à travers une société de gestion.*

L'idée sous-jacente est que le mandataire personne physique, lorsqu'il agit comme organe, engage la personne morale et non lui-même de sorte qu'il ne poursuit pas une activité économique à titre personnel au contraire de la société de gestion qui exerce une activité économique propre distincte de celle d'être l'organe de la personne morale qu'elle représente.

Dès lors que l'on abandonne la notion d'activité économique au profit de celle d'activité professionnelle à titre indépendant, cette justification n'a plus à vocation à s'appliquer.

L'extension de la notion d'entreprises aux organes des personnes morales dans la nouvelle loi a été relevé expressément par le Conseil d'État qui a interpellé le législateur sur ce point et a suggéré d'éventuellement remplacer l'adjectif 'professionnel' par l'adjectif 'économique'.

*Cette suggestion n'a pas été retenue dans la loi précisément pour garantir une plus grande sécurité juridique. Il peut donc s'en déduire que le législateur a sciemment fait entrer les personnes physiques exerçant un mandat de gestion dans une personne morale dans le champ d'application du droit de l'insolvabilité. » (Z. PLETINCKX, « Le champ d'application des procédures », in *La réforme du droit de l'insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats) : une (r)évolution ?*, Larcier, Bruxelles, 2017, pp. 20-21, n^o 6).*

7. La cour d'appel cite ici deux auteurs.

Elle cite d'abord L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. I, Rombaut-Fecheyr, Gand, pp. 127-128, n^o 59. Cette référence, si elle est historiquement éminente, est dénuée de pertinence aujourd'hui dès lors que, dans le passage cité, la notion de *but de lucre* joue un rôle décisif, notion qui n'a plus vocation aujourd'hui, dans le Code de droit économique, qu'à opérer un tri dans les organisations sans personnalité juridique (art. I.1, 1^o, al. 1^{er}, (c), et al. 2, (a)).

La cour d'appel cite ensuite J. VAN RYN (et J. HEENEN), *Principes de droit commercial*, t. I, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 1954, n^o 98, p. 83. L'éminentissime auteur écrit à cet endroit : « *Pour être commerçant, il faut agir pour son compte personnel et en son propre nom. Celui qui agit au nom et pour compte d'une autre personne, n'est que l'instrument de la volonté de celle-ci. Son activité ne peut donc lui donner à lui-même une qualification déterminée. Les mandataires et les gérants d'affaires qui, en cette qualité, dirigent une exploitation commerciale, n'acquièrent pas eux-mêmes, de ce chef, la qualité de commerçants : administrateurs ou liquidateurs de sociétés commerciales, par exemple.* » On ne peut cependant plus aujourd'hui réduire les organes de sociétés à des marionnettistes : en forbanissant – enfin – le mot *mandat* de l'article 2:51 du Code des sociétés et des associations, la loi du 28 avril 2020 a définitivement pris acte de ce que les organes étaient bien plus que des mandataires. Ils étaient des chargés de mission sous contrat de services : « *Bien que le terme 'mandat' soit couramment utilisé pour qualifier la fonction de membre de l'organe d'administration, il ne s'agit pas d'un mandat au sens du code civil. Cette fonction constitue en effet un contrat de services dès lors que l'administration d'une société, d'une association ou d'une fondation n'implique pas seulement l'accomplissement d'actes juridiques mais aussi d'actes matériels. Cela vaut tout autant, sinon davantage, pour le délégué à la gestion journalière* ». (Proposition de loi portant transposition de la Directive (UE) 2017/828 du Parlement européen et du Conseil du 17 mai 2017 modifiant la Directive 2007/36/CE en vue de promouvoir l'engagement à long terme des actionnaires, et portant des dispositions en matière de société et d'association, Développements, *Doc. parl.*, Chambre, 2019, doc. n^o 55-0553/001, pp. 27-28).



législateur ait entendu revenir sur cette distinction de nature entre le mandant, la société, et son mandataire qui en est simplement l'organe⁸. Selon la doctrine, 'Ce serait à plus d'un titre étrange de qualifier sans discernement les administrateurs ou gérants comme des entreprises alors qu'ils en sont les organes.'⁹ ».

15. Forte de cette prémisse (erronée¹⁰), la cour d'appel entreprend de « vérifier dès lors que toutes les conditions de la définition de l'entreprise sont rencontrées, soit être en présence d'une organisation, qui peut être une personne physique qui exerce une activité professionnelle. »

Et la cour d'appel de poursuivre :

« Il résulte de l'exposé des motifs que ce qui [a] paru déterminant aux yeux du législateur, ce sont les concepts d'« à titre indépendant » et « activité professionnelle ».

La doctrine et une majorité de la jurisprudence en ont déduit que la notion « à titre indépendant » s'opposait à « sous les liens d'un contrat de travail », comme le suggérerait l'exposé des motifs. Telle n'est pas forcément l[a] seule interprétation possible. Le critère du statut social d'indépendant ne peut pas être décisif, s'agissant d'une condition qui n'est pas simple. »

La distinction que la cour d'appel semble trouver obscure est pourtant cristalline et résulte des articles 5 :70, § 1^{er}, alinéa 2, 6 :58, § 1^{er}, alinéa 2, et 7 :85, § 1^{er}, alinéa 3, du Code des sociétés et des associations¹¹ :

« Les administrateurs ne peuvent en cette qualité être liés à la société par un contrat de travail. »

Au vu de ces dispositions légales, combinées au fait désormais acquis que les organes des sociétés sont

des prestataires de services¹², il faut admettre que ces organes exercent une profession à titre d'indépendant au sens de l'article I.1, 1^o, (a), du Code de droit économique et constituent pour ce motif – qui se suffit à lui seul – des « entreprises »¹³.

Ceci aurait dû clore le débat.

16. La cour d'appel ajoute néanmoins :

« Ensuite, il n'est pas acquis que le fait d'exercer « à titre indépendant » doive être interprété exclusivement par référence au statut social du mandataire.

Ainsi, s'agissant de vérifier l'assujettissement à la TVA des administrateurs de société, la CJUE a été invitée à l'interpréter et elle a rappelé que « Si l'activité d'un administrateur est sans conteste une activité économique qui est réalisée avec une certaine permanence, elle doit encore être réalisée de manière indépendante pour qu'il y ait assujettissement à la TVA »¹⁴.

Or, dans l'appréciation faite par la CJUE, la notion d'indépendance ne s'apparente pas au statut social de l'intéressé, mais s'analyse sous l'angle de la responsabilité. La CJUE observe en effet qu'« un administrateur ne supporte individuellement ni la responsabilité des actes de son mandant, ni celle encourue au titre de dommages causés à des tiers. Partant, il n'agit pas sous sa propre responsabilité »¹⁵.

Vu sous cet angle, le mandataire n'exerce pas son activité professionnelle à titre indépendant puisqu'il n'engage a priori pas sa propre responsabilité, mais celle de la personne morale dont il est l'organe.

8. Le jugement dont appel, rendu le 16 décembre 2019, considérait que l'administrateur « se confond » avec la personne morale.

9. La cour d'appel cite ici I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, J.-Ph. LEBEAU, J.-P. RENARD, L. BIHAIN, W. DAVID, Y. GODFROID, B. INGHELIS, S. JACMAIN, M. LEMAL, F. PARREIN, et M.-A. SWARTENBROEKX, *Manuel de l'insolvabilité*, Wolters Kluwer, Liège, 2019, n° 29, p. 45, qui citent d'ailleurs eux aussi les deux auteurs, visés ci-dessus en note infrapaginale n° 7, éminents mais démonétisés sur ce point.

10. Voir notamment ci-dessus, note infrapaginale n° 7, dernier alinéa.

11. Adde les articles 7:105, § 2, et 7:107, alinéa 2, du Code des sociétés et des associations.

12. Ci-dessus, note infrapaginale n° 7.

13. La cour d'appel poursuit : « Tout d'abord, il [n']est a fortiori pas [décisif] s'agissant du mandataire de société. La définition du travailleur indépendant est, selon l'article 3 § 1^{er} al 1 de l'AR du 27 juillet 1967, « toute personne physique qui exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat de louage de travail ou d'un statut ». S'agissant du mandataire de société, il existe une présomption qu'il exerce une activité de travailleur indépendant, mais cette présomption est réfragable. La présomption d'indépendance des mandataires a donc un objet précis : celui de les exclure a priori du statut social des travailleurs salariés. Cette présomption pourrait toutefois être renversée si elle ne s'identifie pas avec la réalité factuelle et que le mandataire de société était lié par un contrat de travail ». D'une part, à supposer l'hypothèse crédible, elle ne doit pas être courante (voir *mutatis mutandis* Cass., 12 décembre 2016, R.G. 5.13.0022.F, Pas., 2016, n° 710, p. 2409, avec les conclusions contraires de M. l'Avocat général J.M. GÉNICOT). D'autre part, cette affirmation n'apporte rien à la cause dès lors que personne ne semble jamais avoir prétendu en l'espèce que l'activité M. Mario D. se serait inscrite dans le cadre d'un contrat de travail.

14. La cour d'appel dit se référer ici à C.J.U.E., IO, 13 juin 2019, aff. C-420/18. On ne trouve cependant pas ce passage dans l'arrêt. Il s'agit semble-t-il d'un extrait d'un commentaire de Me Chr. AMAND, in *La semaine fiscale*, 2019/27, n° 387-8, juillet 2019, p. 1, colonne de gauche, 1^{er} alinéa, 2nd phrase. L'arrêt en question est pour sa part pour le moins restrictif et l'hypothèse marginale : « Les articles 9 et 10 de la directive 2006/112/CE du Conseil, du 28 novembre 2006, relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée, doivent être interprétés en ce sens que n'exerce pas une activité économique de façon indépendante un membre du conseil de surveillance d'une fondation, tel que le requérant au principal, qui, bien qu'il ne soit lié par aucun lien de subordination hiérarchique à l'organe de direction de cette fondation ni ne soit lié par un tel lien au conseil de surveillance de ladite fondation en ce qui concerne l'exercice de son activité de membre de ce conseil, n'agit ni en son nom, ni pour son compte, ni sous sa propre responsabilité, mais agit pour le compte et sous la responsabilité de ce même conseil et ne supporte pas non plus le risque économique découlant de son activité, dès lors qu'il perçoit une rémunération fixe, qui ne dépend ni de sa participation aux réunions ni des heures de travail qu'il a effectivement accomplies. » On parle donc ici du membre du conseil de surveillance d'une fondation « dont l'activité principale consiste à offrir de manière durable un logement aux personnes se trouvant dans le besoin. » Cela dit, même après cet arrêt, la personne concernée continue sa mission en dehors de tout lien de contrat de travail.

15. Il est difficile d'identifier avec précision ce que cite la cour d'appel. Ce n'est pas l'arrêt de la Cour de justice. On est très près de l'extrait suivant de l'article précité de Me Chr. AMAND (ci-dessus, note infrapaginale n° 8) : « La Cour observe également que IO ne supporte individuellement ni la responsabilité des actes du conseil, ni celle encourue au titre de dommages causés à des tiers. Partant, il n'agit pas sous sa propre responsabilité. » [ibid., p. 3, colonne de gauche, antépénultième alinéa]. La citation exacte de l'arrêt IO, précité (ci-dessus, note infrapaginale n° 8), est « Il apparaît ainsi que les membres du conseil de surveillance de la fondation concernée ne supportent individuellement ni la responsabilité découlant des actes de ce conseil adoptés dans le cadre de la représentation légale de ladite fondation ni celle encourue au titre des dommages causés à des tiers dans l'exercice de leurs fonctions et que, partant, ils n'agissent pas sous leur propre responsabilité (voir, par analogie, arrêt du 25 juillet 1991, Ayuntamiento de Sevilla, C-202/90, EU:C:1991:332, point 15) » (point 41, dernière phrase, de l'arrêt).

Le [c]ode de droit économique a d'ailleurs maintenu cette distinction entre la société et ses organes, sur le plan de leur responsabilité. Le droit belge de l'insolvabilité contient certes quelques dispositions impliquant une responsabilité personnelle du dirigeant dans certaines hypothèses, par exemple en cas de fautes graves et caractérisées dans la gestion de la société. Mais en principe, la distinction entre la personne morale et son organe, personne physique, garantit l'action de la personne morale, permet le plus généralement de distinguer leurs patrimoines et de limiter la responsabilité de son organe.

Il apparaît ainsi que le droit belge, comme le droit européen, ne semble pas se départir de la théorie de l'organe, de telle sorte qu'il est peu opportun d'interpréter largement la notion de mandataire.

Ainsi, il peut être retenu que la notion 'à titre indépendant' englobe aussi la question de la responsabilité des actes posés pour pouvoir être qualifié entrepreneur. »

La cour d'appel minimise à tort (« quelques dispositions ») la lourdeur de la responsabilité endossée par les membres des organes des personnes morales.

Cette responsabilité a été redoutablement aggravée ces dernières années. A côté de l'action en comblement de passif à laquelle le passage de l'arrêt tout juste cité fait allusion¹⁶, on a vu apparaître l'action pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire¹⁷, sans compter les responsabilités spécifiques en matière de sécurité sociale¹⁸, de précompte professionnel ou de taxes sur la valeur ajoutée¹⁹.

Il est par ailleurs entendu que les administrateurs sont tenus de leurs fautes de gestion conformément au droit commun, cette responsabilité s'avérant souvent solidaire (art. 2:56 CSA).

Via l'article 2:57 du Code des sociétés et des associations, on a tenté de plafonner cette responsabilité mais ce plafond saute dans un certain nombre de cas, notamment en cas de faute légère répétitive ou de faute grave, deux concepts dont les contours sont pour le moins incertains²⁰.

En ce que la cour d'appel minimise les responsabilités précitées – dont la liste n'est pas exhaustive – elle méconnaît la réalité des risques encourus par les organes des sociétés.

17. La cour d'appel dit « se rallie[r] à l'idée qu'un concept de base de la notion d'entreprise est celui d'organisation²¹. L'exercice d'un mandat d'administrateur ou gérant ne se rattache pas, conceptuellement, au critère 'organique' ou 'formel' par lequel le législateur annonce vouloir remplacer l'ancien critère matériel, de telle manière que l'entreprise se caractérise moins par son activité ou par son but que par son organisation, par la façon dont les moyens matériels, financiers et humains sont agencés²² ». Selon la cour d'appel, « [l]e seul fait, pour une personne physique, d'exercer un mandat de gérant ou d'administrateur n'implique, en soi, aucune organisation propre : toute l'organisation est liée à la société »²³.

On reviendra sur cette hypertrophie de la notion d'organisation en commentant l'arrêt examiné.

Nous nous limitons ici à relever que la cour d'appel ne tient pas compte de ce que l'administrateur de société doit à tout moment être sur ses gardes. On l'a dit, il expose en permanence sa responsabilité, qu'il agisse, ou au contraire qu'il n'agisse pas. Il doit en outre pouvoir justifier expressément ses actions et inactions, chaque année, dans le cadre de l'approbation des comptes annuels et du vote sur sa décharge. La charge de travail que cela représente variera d'une société à l'autre, mais elle existera toujours. Et le degré d'intensité de cette charge ne peut-être un critère distinctif, sans quoi, vu la légèreté de son organisation, un rémouleur ambulant devrait se voir refouler de la notion d'entreprise.

18. La cour d'appel poursuit :

« Cette référence au critère de l'organisation se retrouve de la même façon dans diverses réglementations européennes qui, certes, comme dans le [c]ode de droit économique, peuvent avoir des objets distincts mais qui méritent attention lorsqu'il s'agit d'interpréter les dispositions de droit belge dans le cadre plus large du droit européen.

16. Art. XX.225 C.D.E.

17. Article XX.227 du Code de droit économique, disposition légale baroque qui, en substance, vitupère l'administrateur qui ne s'est pas comporté normalement dans une situation anormale. Voir par ex. D. LAMBRECHT, « La responsabilité des dirigeants pour poursuite déraisonnable d'une activité déficitaire : article 1382 du [c]ode civil ou XX.227 du CDE ? Et quid en période de coronavirus ? », note sous Liège, 27 novembre 2019 R.D.C.B., 2020/5, pp. 674-706.

18. Art. XX.226 C.D.E.

19. Art. 51 du Code du recouvrement amiable et forcé des créances fiscales et non fiscales.

20. Sur les débats animés autour de cette question du plafond, voir projet de loi introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, proposition de loi modifiant le Code des sociétés, concernant les normes et les valeurs coopératives, proposition de loi visant la création d'un statut pour les sociétés à gestion coopérative et participative, proposition de loi modifiant le Code des sociétés, visant à permettre l'attribution d'un droit de vote double aux actionnaires des SA et des SPRL, rapport de la deuxième lecture fait au nom de la commission de droit commercial et économique par Mmes M. ALMACI et P. CEYSSENS, Doc. parl., Chambre, 2018-2019, doc n° 54-3119/014, pp. 7 à 11.

21. La cour d'appel dit se référer à nouveau à I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, J.-Ph. LEBEAU, J.-P. RENARD, L. BIHAIN, W. DAVID, Y. GODFROID, B. INGHELS, S. JACMAIN, M. LEMAL, F. PARREIN, et M.-A. SWARTENBROEKX, *Manuel de l'insolvabilité*, Wolters Kluwer, Liège, 2019, n° 28, p. 45.

22. La cour d'appel se réfère ici à 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., 2018/37, n° 6749, pp. 826-831.

23. La cour d'appel dit se référer à nouveau à I. VEROUGSTRAETE, M. DE WOLF, J.-Ph. LEBEAU, J.-P. RENARD, L. BIHAIN, W. DAVID, Y. GODFROID, B. INGHELS, S. JACMAIN, M. LEMAL, F. PARREIN, et M.-A. SWARTENBROEKX, *Manuel de l'insolvabilité*, Wolters Kluwer, Liège, 2019, n° 29, p. 47, premier alinéa, avant-dernière phrase.



A titre d'exemple, et même si cette loi n'est pas englobée dans le [c]ode [de droit économique], il peut être pertinent de rappeler que l'entreprise est ainsi définie dans la loi du 2 août 2002 relative à la lutte contre les retards de paiements comme : 'toute organisation autre que les pouvoirs publics agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne ;' La Directive 2000/35/CE relative à la lutte contre le retard de paiement dont l'article 1^{er}, définit aussi l'entreprise' comme 'toute organisation agissant dans l'exercice d'une activité économique ou professionnelle indépendante, même lorsque cette activité n'est exercée que par une seule personne' ».

On est surpris de voir la cour d'appel faire ces références qui desservent plutôt son propos dès lors que les deux dispositions visées ont surtout cette particularité de souligner qu'on peut être une organisation à soi tout seul.

19. La cour d'appel se réfère ensuite une nouvelle fois au cadre européen :

« 8. Enfin, dans le cadre d'une interprétation prospective, il faut se rappeler que la [d]irective (UE) 2019/1028²⁴ du parlement européen et du conseil du 20 juin 2019 'relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes' devra faire l'objet d'une transposition en droit national au plus tard pour juin 2021.

Or, cette directive qui établit des règles concernant

- a) les cadres de restructuration préventive accessibles aux débiteurs en difficulté financière lorsqu'il existe une probabilité d'insolvabilité, en vue de prévenir l'insolvabilité et d'assurer la viabilité du débiteur ;
- b) les procédures permettant une remise des dettes contractées par des entrepreneurs insolvable ; et
- c) les mesures visant à accroître l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes[;]

[n]e s'applique pas aux personnes physiques qui ne sont pas des entrepreneurs.

La notion d'entrepreneur' est définie dans son article 2.9 : il s'agit d'une personne physique exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale.

Il en résulte qu'au sens de la Directive UE, un gérant ou administrateur d'une personne morale n'est pas un entrepreneur, puisqu'il n'exerce pas une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale. C'est à bon droit que le premier juge a relevé que 'ce serait tout le contraire de la situation qui prévaudrait en droit belge s'il devait être considéré que le gérant est, de ce seul fait, une entreprise.' »

Le considérant (73) de la directive ainsi visée énonce pourtant que « [l]a notion d'entrepreneur au sens de la présente directive ne devrait pas affecter la situation des cadres ou des dirigeants d'une entreprise, qui devraient être traités conformément au droit national. »

Le texte anglais de ce considérant est encore plus clair (nous soulignons) : « The concept of 'entrepreneur' within the meaning of this Directive should have no bearing on the position of managers or directors of a company, which should be treated in accordance with national law ». Ce qui se traduit : « La notion d'entrepreneur' au sens de la présente directive ne devrait pas avoir d'incidence sur la position des gestionnaires ou des administrateurs d'une société, qui devraient être traités conformément au droit national. »

La référence au cadre européen est inopérante. La définition d'entreprise au sens de l'article I.1, 1^o, du Code de droit économique a à l'origine été conçue sur mesure pour l'application du livre XX²⁵ et sa place actuelle dans le Code de droit économique cache mal qu'elle n'est en réalité une définition résiduelle. Le Code de droit économique fait souvent, sinon généralement, l'impasse sur elle pour lui préférer singulièrement celle qui qualifie d'entreprise « toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations »²⁶. Même pour le livre 3, titre 2, qui concerne la Banque-Carrefour des Entreprises, la définition liminaire d'entreprise est problématique puisque le législateur lui préfère la notion d'entité enregistrée (art. I.4, 1^o) ou d'entreprise soumise à

24. Lire 2019/1023. J.O.U.E., 26 juin 2019, p. L 172/18.

25. Voir ci-dessous, n° 29.

26. Articles I.4/1, I.6, 12° (donc pour tout le livre IV, consacré à la protection de la concurrence), I.7, 2°, I.8, 39°, (donc pour tout le livre VI consacré aux pratiques du marché et à la protection du consommateur), I.19, 6°, I.20, 7° et I.21, 8°.

inscription²⁷, ce qui n'aurait dû être en toute logique qu'une tautologie.

L'article I.1, 1°, du Code de droit économique est une histoire belge qui doit être racontée et comprise à la lumière du seul droit belge tant que celui-ci ne reviendra pas à une définition plus orthodoxe de la notion d'entreprise pour l'application du livre XX du Code de droit économique.

20. La cour d'appel ajoute encore :

« Finalement, il faut rappeler que le mandataire de société, personne indépendante, en difficulté financière n'est pas pour autant démunie de toute protection contre ses créanciers puisqu'il pourrait bénéficier d'un règlement collectif de dettes ».

Le règlement collectif de dettes régi par les articles 1675/2 et suivants du Code judiciaire n'est en réalité – comme les premiers juges le reconnaissent d'ailleurs par citation interposée (*confer infra*, n° 36) – qu'un pis-aller dont le déroulement intrusif est à mille lieues de la faillite contemporaine qui emporte un dessaisissement limité aux biens actuels ou programmés du débiteur²⁸ et qui lui garantit – à peu près – dans un délai rapproché, l'effacement de ses dettes²⁹.

B. Application pratique

21. Même si on adhère au cadre théorique créé par la cour d'appel, l'application qu'elle en fait n'est pas irrécusable.

22. La cour d'appel commence par énoncer :

« En l'espèce, Monsieur Mario D. était gérant d'une SPRL La Technic-D, une société immobilière. »

La nature d'une société se définit par son objet³⁰ non feint³¹.

Mais cela n'a en outre aucune importance, dès lors que toute société privée est nécessairement une entreprise³², ce qui est le seul constat qui importe.

23. La cour d'appel relève encore :

« En qualité de gérant, sa rémunération paraissait des plus modiques et il est indiqué qu'il tirait l'essentiel de ses ressources en percevant les loyers. »

La modicité de la rémunération est sans importance. Si le rémouleur précité (ci-dessus, n° 17) devait tirer le diable par la queue, il n'en resterait pas moins une entreprise.

24. Dès lors que la qualité de prestataire de services³³ rémunéré, fût-ce chichement, était avérée, M. Mario D. aurait dû se voir reconnaître la qualité de *personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant* et, partant, d'*entreprise* (art. I.1°, al. 1^{er}, (a), C.D.E.).

Telle n'est pas l'opinion de la cour d'appel qui considère :

« [M. Mario D.] n'apporte aucun élément justifiant de l'étendue de son activité professionnelle à ce titre : aucune structure n'était mise en place, aucune pièce comptable ou aucun engagement personnel ne sont produits. L'existence même de son statut social est

27. Dans un Code de droit économique bien tenu, on aurait pu s'attendre à ce que l'article le plus simple à rédiger fût l'article III.16 qui aurait imposé l'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises de toute entreprise au sens de son article liminaire. Or, ce n'est pas du tout ce que fait l'article III.16 du Code de droit économique.

Les premiers juges, non sans espièglerie, tenteront d'ailleurs d'en tirer argument pour justifier leur refus de prononcer la faillite :

« 6. Le législateur lui-même, tout en qualifiant les gérants et administrateurs d'entreprise à tel ou tel endroit du [c]ode de droit économique – mais l'on sait que le [c]ode définit l'entreprise différemment suivant le contexte –, ne les soumet pas aux mêmes règles que d'autres personnes susceptibles d'être qualifiées d'entreprises.

C'est ainsi que les personnes physiques, gérants ou administrateurs, ne sont pas tenues de s'inscrire en qualité d'entreprise dans la Banque-Carrefour des Entreprises (BCE). L'article III.49, § 2, 6°, CDE, modifié par la loi du 15 avril 2018 'portant réforme du droit des entreprises' stipule en effet que

« § 2. Par dérogation au paragraphe 1^{er}, ne sont pas tenues de s'inscrire en qualité d'entreprises soumises à inscription : (...) 6° la personne physique dont l'activité professionnelle à titre indépendant consiste en l'exercice d'un ou de plusieurs mandats d'administration ; »

Certains feront remarquer que le texte applique la qualification d'entreprise aux mandataires sociaux, même si en l'occurrence il s'agit de les exclure de l'obligation d'immatriculation à la BCE. La notion d'entreprise dont il est question n'est pourtant pas celle de l'article I, 1°, (a), CDE, mais celle qui s'applique au Livre III, Titre 2, dont fait partie l'article III.49, l'entreprise étant dans ce cadre définie comme : « toute entité tenue de se faire inscrire dans la Banque-Carrefour des Entreprises en vertu de l'article III.16 ». L'emploi du terme 'entreprise' pour les personnes physiques titulaires de mandats d'administration est donc ici sans conséquence sur l'examen de la portée de l'article I, 1°, (a) CDE »

C'est astucieux, mais cela ne marche pas. La définition « toute entité tenue de se faire inscrire dans la Banque-Carrefour des Entreprises en vertu de l'article III.16 », qu'évoquent les premiers juges n'est pas – pour être honnête : n'est plus (depuis la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit de l'entreprise) – une définition de la notion d'entreprise, mais la définition de la notion d'entité enregistrée. Il n'y a pas (plus) de définition spécifique du concept d'entreprise pour les besoins du titre 2 du livre III du Code de droit économique. Toute entreprise au sens dudit titre 2 est une entreprise au sens de l'article I.1° dudit code. Or, comme le reconnaissent eux-mêmes les premiers juges, le titre 2 du livre III du Code de droit économique traite bien les mandataires sociaux comme des entreprises « même si en l'occurrence il s'agit de les exclure de l'obligation d'immatriculation à la BCE ».

Les premiers juges n'éviteront pas le même contresens à propos de l'article III.82, § 1^{er}, alinéa 2, du Code de droit économique : « Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, les entreprises suivantes ne sont pas soumises à l'obligation comptable : 1° les personnes physiques dont l'activité professionnelle à titre indépendant consiste en l'exercice d'un ou de plusieurs mandats d'administrateur ; ... ».

28. Art. XX.110, § 1^{er}, C.D.E.

29. Art. XX.173 C.D.E.

30. Arg. art. 1:1, 2:49, 5:13, 2° et 3°, 5:73, § 1^{er}, al. 1^{er}, 5:101, 6:14, 2° et 3°, 6:61, § 1^{er}, al. 1^{er}, 6:86, 7:15, 2° et 3°, 7:93, § 1^{er}, al. 1^{er}, 7:154, 8:1, 8:5, § 1^{er}, al. 1^{er}, 3°, 12:32, 12:55, 12:69, 12:75, 2nd al., 1°, 12:111, al. 2, 1°, 12:116, § 8, 14:9, 14:34, § 2, al. 1^{er}, CSA. Les articles 5:74, 6:62, 7:94 et 7:112, relatifs au fait que la société est tenue des actes qui excèdent l'objet social, ne constituent pas un contre-argument dès lors que la règle n'est pas absolue et qu'elle ne donne pas à l'organe d'administration un blanc-seing pour violer les statuts.

31. Arg., *mutatis mutandis*, Cass., 4 octobre 2001, R.G. n° C.99.0086.N, Pas., n° 523, p. 1576. Voir J. VANANROYE, « Het geschreven statutair doel, de feitelijke activiteit en het handelsaarschap van een vennootschap », *R.W.*, 2001-2002, pp. 983-987.

32. Art. I.1, 1°, al. 1^{er}, (b), *juncto* art. I.1, 1°, al. 2, (b) et (c), C.D.E.

33. Voir ci-dessus, note infrapaginale n° 4, alinéa 3.



délicate à apprécier sur base des seuls éléments en possession de la cour [d'appel] :

– le comptable de la SPRL La Technic-D indique que la société n'avait plus aucune activité, Monsieur Mario D. étant pensionné (pièce 1 de son dossier). Il indique en outre qu'aucune activité complémentaire n'était même plus susceptible d'être effectuée par Monsieur Mario D. en raison de son état de santé.

– l'avertissement extrait de rôle reprend au titre de ses revenus des 'pensions légales', et un revenu minime en qualité d'indépendant (344,85 EUR). »

Sans même se poser la question de savoir si, en raison de sa qualité de gérant, Monsieur Mario D. devait de plein droit être qualifié d'entreprise, le second tiret suffisait à lui garantir la qualité d'entreprise dès lors que l'avertissement extrait de rôle est un acte authentique et que celui-ci faisait apparaître un revenu d'indépendant³⁴.

25. La cour d'appel achève comme suit son raisonnement :

« Maître D. qualitate qua n'apporte en outre aucune pièce permettant de démontrer qu'il y aurait eu, en l'espèce, une organisation propre mise en place par Monsieur Mario D. pour exercer son activité professionnelle.

Ainsi, aucun élément ne permet de considérer que la seule qualité de gérant statutaire de la SPRL La Technic-D fasse de Monsieur Mario D. une entreprise au sens du [l]ivre XX du [c]ode de droit économique.

C'est dès lors à très bon droit que les premiers juges ont jugé que Monsieur Mario D. n'est pas une entreprise et ne peut dès lors pas être déclaré en faillite ».

La notion d'organisation sera au cœur de l'arrêt annoté.

Elle sera examinée dans la section suivante.

III. L'arrêt annoté

26. Sans s'attarder à toutes les faiblesses du raisonnement de la cour d'appel, l'auteur du pourvoi en cassation qui a donné lieu à l'arrêt annoté frappe au cœur et enfonce la main de la plaie. En se prononçant comme il le fait, « l'arrêt [attaqué] opère une confusion entre l'activité économique de la société et l'activité professionnelle du mandataire consistant en la prestation de services pour ladite société, en sorte que ce prestataire est une entreprise au sens de l'article I.1, 1°,

a), et I.22, 7°/1 du CDE et peut être déclaré en faillite en vertu des articles I.22.8° et XX.99 dudit code ».

Tout est dit : tant le jugement des premiers juges que l'arrêt de la cour d'appel reposent tout entier sur l'idée que l'activité de l'administrateur « se confond »³⁵ avec celle de la personne morale. La théorie de l'organe se transforme en théologie monothéiste³⁶ : la société a deux natures (le véhicule juridique et l'organe) mais une seule volonté.

Or, comme le dit encore l'auteur du pourvoi dans le développement de celui-ci, « toute activité suppose nécessairement des moyens humains et un minimum d'organisation au sens habituel du terme ».

27. Pour conclure au rejet du pourvoi, la Cour, se ralliant aux conclusions de M. l'Avocat général Ph. De Koster, va hypertrophier la notion d'organisation, pour faire de celle-ci un critère nécessaire (même s'il n'est pas suffisant) de la notion d'entreprise :

« L'article XX.99, alinéa 1^{er}, du [c]ode de droit économique dispose que le débiteur qui a cessé ses paiements de manière persistante et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite.

En vertu de l'article I.22, 8°, de ce code, le débiteur est une entreprise, à l'exception de toute personne morale de droit public.

En vertu de l'article I.1, 1°, du même code, on entend par entreprise chacune des organisations suivantes : toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ; toute personne morale ; toute autre organisation sans personnalité juridique.

Une personne physique n'est une entreprise, au sens de cette dernière disposition, que lorsqu'elle constitue une organisation consistant en un agencement de moyens matériels, financiers ou humains en vue de l'exercice d'une activité professionnelle à titre indépendant.

Il s'ensuit que le gérant ou l'administrateur d'une société qui exerce son mandat en dehors de toute organisation propre n'est pas une entreprise. »

28. Cette interprétation est contraire tant à l'histoire de l'article I.1, 1°, du Code de droit économique (ci-dessous, n° 30) qu'à la volonté expresse du législateur (ci-dessous, n° 31).

34. Mons, 24 novembre 2017, 4 novembre 2017, R.G.C.F., 2018/2, p. 157, spécialement p. 159, colonne de gauche : « Par l'enrôlement de l'impôt, l'administration fiscale se délivre donc à elle-même un titre authentique de créance à charge du contribuable concerné. Il s'agit d'un titre exécutoire qui permet à l'administration de poursuivre éventuellement de manière forcée le recouvrement de l'imposition. » C'est au demeurant conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation : « Attendu que ce rôle est un acte authentique par lequel l'administration des finances se crée un titre contre le contribuable, et manifeste sa volonté d'exiger le paiement de l'impôt ; que l'exécutoire donne au rôle est un ordre pour le contribuable de payer, sous peine d'y être contraint, les sommes pour lesquelles il est porté au rôle » (Cass., 17 juin 1929, Pas., 1929, I, p. 247, colonne de droite, 3° alinéa entier).

35. Confer supra, note infrapaginale n° 8.

36. Voir p. ex. R. LAFONTAINE S.J., « La liberté du Sauveur en agonie selon Maxime le Confesseur », *Nouvelle revue théologique*, 2003/4, t. 125, pp. 574-595, spéc. pp. 575-577.



29. L'actuel article I.1, 1°, du Code de droit économique, issu de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, avait fait l'objet d'un ballon d'essai dans le cadre de la 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, et plus particulièrement à l'article XX.1^{er} de ce code.

Le tableau synoptique ci-dessous compare les deux textes :

Art. I.1, 1°, du Code de droit économique (loi du 15 avril 2018)	Art. XX.1 ^{er} , § 1 ^{er} , du livre XX du Code de droit économique (loi du 11 août 2017)
Sauf disposition contraire, pour l'application du présent Code, on entend par : 1° entreprise[.] : chacune des organisations suivantes	Pour l'application du présent livre sont entreprises :
(a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant ;	(a) toute personne physique qui exerce à titre indépendant une activité professionnelle ;
(b) toute personne morale ;	(b) toute personne morale ;
(c) toute autre organisation sans personnalité juridique.	(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 :	Pour l'application du présent livre, nonobstant ce qui est prévu à l'alinéa premier, ne sont pas des entreprises :
(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 ;	(a) toute organisation sans personnalité juridique qui ne poursuit pas de but de distribution et qui en fait ne distribue pas d'avantages à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur la stratégie de l'organisation ;
(b) toute personne morale de droit public qui ne propose pas de biens ou services sur un marché ;	(b) toute personne morale de droit public ;
(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 intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'action sociale.	c) l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, les zones d'aide, les prézones, l'agglomération bruxelloise, les communes, les zones pluricommunales, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide social.

30. La notion d'organisation est utilisée dès 2017. Elle apparaît juste une fois de plus dans la version de 2018³⁷ et pour une raison stylistique évidente : le membre de phrase « *Pour l'application du présent livre sont entreprises* » fleure bon la traduction. Il eût fallu au minimum écrire « sont des entreprises », mais même cela n'eût pas été d'une élégance folle, d'où la légère réécriture en 2018. L'ajout d'une occurrence supplémentaire du mot « organisation » ne change rien à la portée du texte. En évoquant « toute autre organisation », le point (c) de l'alinéa 1^{er} du texte de 2017 fait déjà savoir que les premières deux hypothèses sont – par définition – des organisations, auxquelles s'ajoute le point (c).

Absolument rien, dans le prescrit légal, dans aucune de ses versions, ne permet de donner à la notion d'*organisation* une valeur de critère autonome, sinon préalable, pour la reconnaissance de la qualité d'entreprise.

En commentant la définition de 2017, l'auteur du projet n'accorde pas la moindre importance à la notion d'organisation comme concept prescriptif : « *La nouvelle définition englobe tout d'abord toute personne physique qui exerce à titre indépendant une activité professionnelle* »³⁸. La notion d'organisation ne joue aucun rôle, alors pourtant que le Conseil d'Etat avait mis en garde le législateur sur le fait que l'article « XX.1^{er}, § 1^{er}, alinéas 1^{er} et 2, crée[.] une présomption d'entreprise irréfragable qui s'impose

37. L'avant-projet de loi qui devait conduire à la définition de 2017 contenait deux fois la définition. Outre la définition spécifique finalement retenue, l'article 62 de l'avant-projet se lisait : « Dans l'article I.1. du [c]ode de droit économique, inséré par la loi du 7 juillet 2013, les modifications suivantes sont apportées : a) le 1° est remplacé par ce qui suit : '1° Entreprise : toute organisation suivante : (a) toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant' » Dans cet autre texte, le mot organisation apparaissait donc également, comme dans la version de 2018, dans la phrase introductive de la définition (avant-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, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2470/001, p. 265). Ce texte ne fut pas retenu en raison des sévères mais justes critiques du Conseil d'Etat sur ce procédé de deux définitions quasi identique à deux endroits différents du Code de droit économique (avis n° 60.760/2 du Conseil d'Etat du 13 février 2017, *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2470/001, pp. 281-283). Cette péripétie confirme que les textes de 2017 et 2018 veulent dire la même chose, que le mot *organisation* soit présent ou non dans la phrase introductive de la définition d'entreprise.

38. 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.*, Chambre, 2016-2017, n° 54-2407/001, p. 27.



à toute personne physique exerçant une profession indépendante »³⁹.

Et si l'auteur de l'exposé des motifs ne s'insurge pas contre cette dernière affirmation, c'est parce qu'il a une bonne raison pour cela, ainsi qu'il apparaîtra au numéro suivant.

Pour le surplus, même dans la préparation du texte de 2018, il ne sera jamais question du critère d'*organisation* comme élément constitutif séparable de la définition. Pour citer à nouveau l'auteur du pourvoi : « Le terme '*organisations*' utilisé à l'article I.1, alinéa 1^{er}, du CDE est uniquement générique de tous les acteurs d'une activité '*sur le plan économique*' »

31. Faire du critère de l'*organisation* un facteur différenciateur pour l'application de la définition d'entreprise est incompatible avec la volonté de l'auteur de la définition d'entreprise qui retient ici notre attention.

La solution retenue par la Cour nous replonge dans la piscine du curé, puisqu'il faudra au coup par coup vérifier s'il y a ou non organisation.

Le législateur avait pourtant fait savoir qu'il ne voulait plus de cette casuistique qui justifiait que l'exploitation d'une piscine, fût-ce par un curé, soit susceptible de faire de celui-ci un commerçant parce que pareille activité était assimilable à une « *entreprise de spectacles publics* »⁴⁰, mais n'aurait finalement pas cet effet parce que l'exploitation en question avait lieu sans but de lucre⁴¹.

Pour l'auteur de la définition :

« [L]e but est de conférer un vaste contenu à la notion d'entreprise de manière à couvrir tous les acteurs actifs sur le plan économique. À cet égard, la nouvelle définition utilisera des critères formels au lieu de critères matériels, comme c'est le cas actuellement. ... »

La nouvelle définition générale d'entreprise englobe tout d'abord toute personne physique qui exerce une 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*'. À 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 sociétés⁴². »⁴³.

Il n'y a aucune ambiguïté :

- la définition se veut extensive ;
- l'auteur y inclut l'administrateur de sociétés ;
- la notion d'organisation ne joue aucun rôle autonome.

32. Il résulte de ce qui précède que, à rebours de ce qu'a décidé la Cour de cassation, la notion d'organisation n'ajoute rien à la définition de la personne physique comme entreprise, laquelle tient tout entière dans l'« *exerc[ic]e [d']une activité professionnelle à titre indépendant* ».

IV. Epilogue

33. Tout épisode d'une bonne série américaine se termine sur une scène postérieure à la conclusion de l'intrigue, où les protagonistes ou certains d'entre eux tirent les conclusions de l'expérience vécue, boivent un verre en plaisantant, procèdent au simulacre de la reproduction, et toutes ces sortes de choses.

Les épilogues les plus intéressants sont ceux où, après que l'enquête s'est close sur l'échec du policier qui a dû renoncer faute de preuve, le criminel passe aux aveux et explique sans risque (pas toujours néanmoins) les raisons de son geste.

34. Aucun raisonnement légal solide ne peut justifier que, *de lega lata*, soit refusé à l'administrateur de société la qualité d'entreprise.

35. Pourtant, tant les premiers juges que la cour d'appel ont multiplié les angles d'attaque pour essayer d'expliquer que le texte légal et ses travaux préparatoires étaient obscurs, pour ensuite poser une prothèse sur un corps dont aucun organe n'était manquant ou déficient.

36. La cour d'appel a précautionneusement levé un coin du voile sur ses motivations.

Après avoir énoncé « *qu'il est peu opportun d'interpréter trop largement la notion de mandataire* », elle ajoute – en note de bas de page – que pareille extension « *pourrait, in fine, conduire à des effets non souhaités et encore mal perçus par les mandataires qui soutiennent être une entreprise, le plus souvent* »

39. Avis n° 60.760/2 du Conseil d'Etat du 13 février 2017, *op. cit.*, p. 283.

40. Art. 2, al. 6, C. comm.

41. Cass., 19 janvier 1973, *Pas.*, 1973, I, p. 493 ; R.C.J.B., 1974, p. 321, note J. HEENEN. Voir N. THIRION, « Les activités économiques sont-elles solubles dans la piscine du curé ? », note sous Cass., 19 janvier 1973, in *Mélanges offerts à François T'Kint*, *Rev. prat. soc.*, 2010, 1-2, n° 7022, pp. 144-159.

42. Le pluriel ne doit pas induire en erreur. Le texte néerlandais est clair : « *bestuurders van vennootschappen* ». Il ne faut donc pas être administrateur de plusieurs sociétés pour être qualifié d'entreprise.

43. Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, doc. n° 54-2828/001, pp. 6-10.



à dessein de bénéficier ensuite de l'effacement de la dette (sur un effet pervers, voyez C. ALTER, *Le gérant d'entreprise est-il une entreprise ?*, Liber Amicorum OECCB, Anthémis, 2019, p. 188). »

La vraie raison est là, exprimée *mezzo voce*, mais exprimée quand même : en distribuant trop généreusement la qualité d'entreprise, on distribue également ce qui est vu comme une faveur : l'effacement à peu près automatique – du moins sur papier – des dettes du failli.

37. Si la cour d'appel s'est exprimée de façon discrète, les premiers juges ont été plus explicites : « De façon périphérique, l'on aperçoit donc bien que l'intention du législateur n'était pas⁴⁴ d'englober les gérants ou administrateurs dans la catégorie des entreprises dont question à l'article I.1, 1°, (a), du [c]ode de droit économique.

Une telle modification pourrait être lourde de conséquence d'un point de vue économique, ainsi que l'exprimait un commentateur à propos des conséquences de l'effacement en droit français⁴⁵ :

'Par des textes successifs, le droit français a accru les situations d'effacement des dettes d'un débiteur en difficulté. Ces procédures sont souvent trop tardives pour offrir réellement une seconde chance au débiteur. En revanche, elles sont susceptibles d'effrayer les créanciers qui verront un obstacle supplémentaire à leurs possibilités de recouvrer leur créance. Le Conseil économique et social a très clairement perçu ce risque et a rappelé que s'il fallait prévenir les situations de surendettement, il faut aussi veiller à ce que 'l'accès au crédit ne soit interdit à certaines catégories de la population'. Si ses créanciers lui refusent tout crédit, le débiteur n'aura pas le droit de renoncer aux règles destinées à le protéger et il ne disposera donc d'aucun moyen pour les convaincre de contracter. Encore une fois, la protection se retournera contre le protégé. Les procédures françaises d'effacement des dettes risquent d'avoir pour effet de n'accorder que rarement une seconde chance au débiteur, mais de réduire ses possibilités de première chance.'

Plus récemment, et pour la Belgique, c'est le même constat qui a été fait⁴⁶ :

'En faisant entrer dans le champ d'application du livre XX tous les dirigeants d'entreprise, le risque existe de créer un sentiment d'impunité économique et de fragiliser le crédit aux entreprises. Que vaut en effet encore la caution du dirigeant si sa faillite personnelle peut être prononcée à la suite de celle de son entreprise ? On objectera probablement que ce même dirigeant pouvait déjà auparavant rechercher

la protection du règlement collectif de dettes. Certes, mais force est de constater que la faillite est infiniment plus simple dans sa mise en œuvre, et plus radicale dans ses effets. Si la jurisprudence majoritaire évoquée ci-dessus devait se confirmer, n'est-il pas à craindre que les banques soient plus strictes dans leurs décisions d'octroi et plus sévères dans les modalités des crédits ? La victoire en ce cas, si tant est que l'on puisse utiliser cette image, ne serait que de courte durée pour les dirigeants d'entreprises.' »

A défaut d'être convaincant – puisque non étayé – cela a le mérite d'être clair.

Il n'en reste pas moins qu'en se prononçant comme ils le font, les premiers juges – discrètement soutenus par la cour d'appel – vont à l'encontre de la volonté avérée du législateur.

Si le soussigné, qui n'est pas monothélite, en prend acte comme auteur, le citoyen lui en frissonne un peu.

Werner DERIJCKE

Avocat à la Cour de cassation

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain

Cour d'appel de Mons, 27 avril 2020

RG : 2017/RG/576

Siège : J. Matagne, B. Inghels, F. Wilmet

Plaideurs : Mes. A ; Duriau et J.-E. Barthelemy loco G. Jakhian, G. Sauvage loco R. Dupont, V. Francquen

Greffier : C. Page

En cause de : N.N., D.N./SA M., SPRL AFIMES, SA CORFOOD

Sûretés réelles mobilières – Gage sur actions nominatives – Sûretés financières – Application de la loi dans le temps – Validité – Réalisation

Les gages sur actions nominatives constitués en application de l'article 504 du Code des sociétés, tel qu'en vigueur avant sa modification par la loi du 14 décembre 2005, sont valables *solo consensu*. En conséquence, l'absence d'inscription dans le registre des actions ne remet pas en question leur validité.

Un gage valablement constitué sous l'empire d'une loi précédente demeure valable en vertu du principe de non-rétroactivité des lois.

La loi sur les sûretés financières s'applique à des conventions constitutives de sûreté réelle portant sur des instruments

44. Nous avons démontré que c'était inexact. Nous n'y revenons plus.

45. Les juges disent se référer ici à S. SCHILLER, « L'effacement des dettes permet-il un nouveau départ ? Comparaison Franco-américaine », in *Rev. intern. dr. comp.*, vol. 56, n° 3, 2004, p. 655-674, en part. p. 674.

46. Les juges disent se référer ici à C. ALTER, « Le gérant d'entreprise est-il une entreprise ? », *Liber amicorum OECCB*, Anthémis 2019, p. 188.

