

L'ADMINISTRATEUR : UNE ENTREPRISE AU SENS DE L'ARTICLE I.1, 1°, DU CODE DE DROIT ÉCONOMIQUE

*Contribution au colloque Actualités du droit des affaires UCLouvain Mons FUCaM
Lundi 12 octobre 2020*

I. INTRODUCTION

1. Par arrêt du 2 mai 2016, la Cour de cassation décidait encore que « *la circonstance qu'une personne physique soit associée d'une [société privée à responsabilité limitée] ne lui confère pas la qualité de commerçant* » et que « *dès lors que le gérant d'une telle société agit au nom et pour le compte de celle-ci, la circonstance qu'il accomplisse des actes de commerce ne lui confère pas la qualité de commerçant* »¹.

La solution était classique².

2. Par la loi du 15 avril 2018³, le législateur s'est imaginé qu'il faisait entrer le droit commercial dans la modernité en rebaptisant « entreprise » ce qui jusqu'alors s'appelait « commerçant ».

L'ambition n'était pas dénuée de fatuité. Il n'y a pas de quoi plastronner sous prétexte qu'on redéfinit la notion de *commerçant* – en lui donnant au passage un autre nom – mais sans rien bouleverser au droit matériel. Avant comme après cette loi la preuve, entre *commerçants* – entre *entreprises* si on veut – est libre ; ceux dont le crédit est ébranlé et qui ont cessé leurs paiements peuvent être mis en faillite et passeront sous la férule d'un curateur lui-même supervisé par un juge-commissaire, le tout avec, le cas échéant, une dose de rétroactivité appelée *période suspecte* ; ceux de ces commerçants dont la survie économique n'est pas irrémédiablement compromise auront recours à la procédure de réorganisation judiciaire dont le squelette est le même que celui de feu le concordat judiciaire dans sa version issue de la loi du 17 juillet 1997⁴. Et on pourrait ainsi poursuivre longtemps l'énumération de ce qui ne change pas en peinant à trouver ce qui change vraiment.

3. Certes, le champ de la commercialité a été largement étendu. Mais ce n'est pas parce qu'on multiplie le nombre de justiciables relevant d'un régime que celui-ci s'en trouve en rien amélioré, pas plus que le fait de boire plus nombreux à la même source change la composition de l'eau

¹ Cass., 2 mai 2016, R.G. n° S.15.0112.F, *Pas.*, 2016, n° 293, p. 1009, avec les conclusions de M. l'avocat général J.-M. GENICOT.

² J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. 1^{er}, 1^{ère} éd. Bruxelles, Larcier, 1954, n° 75, p. 69.

³ Loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, *Mon.b.*, 27 avril 2018, p. 36.878.

⁴ Loi du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, *Mon. b.*, 28 octobre 1997, p. 28.550.

4. Cette extension s'est d'ailleurs faite au terme d'une forfaiture sans nom, sous l'œil bienveillant du Conseil d'Etat⁵. L'article 252 de la loi du 15 avril 2018, précitée, dispose en effet :

« **Art. 252.** Dans tous les articles du Code judiciaire, et de l'annexe à ce Code ainsi que de toutes les autres lois, les mots "tribunal de commerce" et "tribunaux de commerce" sont chaque fois remplacés respectivement par "tribunal de l'entreprise" et les mots "tribunaux de l'entreprise". »

Personne n'en mourra, c'est entendu. Mais on frissonne à l'idée que le législateur puisse prendre un concept constitutionnel et le tordre au point de lui donner une extension totalement différente de ce que le mot même veut dire. En dehors de ceux que le débat sur le concept de *commercialité* passionne, on ne trouvera pas un seul homme raisonnable pour considérer que le notaire, l'avocat ou le médecin sont des *commerçants* comme les autres. À vrai dire, l'honnête homme se scandaliserait même de pareille assimilation. La violence faite à notre loi fondamentale est d'autant plus forte que, au passage, on va jusqu'à gommer, dans la loi, le concept constitutionnel (« tribunal de commerce ») le remplacer par un autre (« tribunal de l'entreprise »).

En ces temps troublés où les atteintes aux libertés individuelles s'accroissent sous prétexte de sécurité sanitaire, on n'ose imaginer tout ce qu'on pourrait faire dire au texte constitutionnel en feignant de l'interpréter⁶.

5. Qu'on ne nous fasse cependant pas dire ce que nous ne disons pas, du moins pas ici : il ne s'agit pas de sacraliser le texte constitutionnel et d'empêcher toute évolution juridique tant que le constituant n'a pas révisé sa copie (même si, depuis 50 ans, les occasions n'ont pas manqué). Après tout, on raconte qu'Alexandre Dumas, « lorsqu'on lui jette froidement "Monsieur, vous violez l'Histoire !" », il répond avec aplomb : "Certes, mais je lui fais de beaux

⁵ Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, *Doc. parl.*, ch., 2017-2018, doc. n° 54-2828/001, p. 54 et avis n° 61.995/1/2/3 du Conseil d'Etat du 9 octobre 2017, *Doc. parl.*, ch., 2017-2018, doc. n° 54-2828/001, p. 169, note infrapaginale n° 23. Cette dernière note mérite d'être citée *in extenso* : « Si l'intention est de maintenir encore la dénomination "tribunal de commerce" à l'article 58 du Code judiciaire pour établir le lien avec l'article 157, alinéa 2, de la Constitution. À cet égard, il convient de relever que cette disposition constitutionnelle ne s'oppose pas à ce que la dénomination des tribunaux de commerce soit modifiée, mais uniquement à ce que ces tribunaux soient supprimés ou à ce qu'ils soient privés de l'essentiel de leurs compétences. En effet, les mots "tribunaux de commerce" ont une signification générique dans cette disposition constitutionnelle, tout comme les mots "juridictions militaires" et "juridictions du travail" qui y figurent. » C'est parfaitement inexact. Les tribunaux de commerce figuraient déjà à l'article 105 de la Constitution de 1831 et s'inscrivaient dans la filiation des tribunaux de commerce français qui avaient survécu à la révolution française : voy. G. MARTYN, « Le débat à propos des tribunaux de commerce en Belgique depuis 1807 », In G. ANNE (Ed.), *Le droit, les affaires et l'argent: célébration du bicentenaire du Code de commerce - Actes des Journées Internationales de la Société d'Histoire du Droit*, Dijon, 2007, vol. LXV, pp. 445-462. La notion de commerce n'avait rien de générique, s'il faut entendre par là qu'il s'agirait d'un concept creux que le législateur pouvait élargir à loisir, le Conseil d'Etat paraissant par contre considérer qu'on ne pouvait le restreindre.

⁶ Si le mot *commerce* a, dans la constitution, une signification « générique », à géométrie variable, pourquoi n'en irait-il pas de même de la notion de *droits civils* (art. 144 Const.) ? Qu'est-ce qui empêcherait le législateur d'interpréter extensivement la notion de *droits politiques* (art. 145 Const.) permettant de déroger à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ?

enfants” »⁷. Pourquoi refuser au juriste la même excuse absolutoire à l'égard de la Constitution ?

Le fait est cependant que l'infidélité du législateur ordinaire à la loi fondamentale a donné naissance à une créature qu'il suffira ici de qualifier de disgracieuse.

6. Nous ne nous arrêtons pas ici sur la principale difformité de la définition du commerçant qui inclut désormais « toute ... organisation sans personnalité juridique » à l'exception de celle « 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 »⁸. On constatera juste que cette définition peut viser la plus désintéressée des coalitions d'organisations caritatives qui se fédèrent pour partager d'éventuels résultats positifs entre ses composantes, mais aussi n'importe quel groupe de sociétés. Comme aux plus beaux jours de la théorie des cadres légaux obligatoires⁹, des personnes apprendront un jour qu'elles constituent une *organisation*, qu'un des membres de cette organisation a pris, au nom de cette dernière, des engagements qu'elle ne peut honorer et que, partant, il y a là motif à la déclarer la faillite de cette *organisation* avec la nécessaire solidarité de tous ses membres.
7. C'est un autre aspect de la notion de *commercialité (entreprise)* qui retiendra notre attention : dès lors que constitue une entreprise toute *organisation* consistant une « *personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant* », peut-on encore décemment soutenir que l'administrateur de société ne constitue pas, lui-même, une entreprise ?

En réalité, la réponse ne fait aucun doute¹⁰ : l'administrateur de société est assurément, une entreprise mais, pour des motifs qui n'ont rien à voir avec la définition légale, un certain nombre d'auteurs et de juridictions rechignent à l'admettre.

Le motif principal de cette réticence est le fait que qui dit *faillite*, dit en principe, *effacement*, hypothèse que ne peuvent tolérer les Torquemada de la responsabilité des dirigeants d'entreprise¹¹.

Dans les lignes qui suivent, nous commentons quelques arguments qui ont été invoqués pour – ou contre – la reconnaissance de l'administrateur de société en qualité d'entreprise.

⁷ A. DE VIRY, « 24 juillet 1802 : Naissance d'Alexandre Dumas », <https://www.revuedesdeuxmondes.fr/24-juillet-1802-naissance-dalexandre-dumas/>, consulté le 11 octobre 2020.

⁸ Art. I.1, 1°, du code de droit économique.

⁹ Voy. sur cette question J.-M. GOLLIER et Ph. MALHERBE, *Les dossiers du Journal des tribunaux*, n° 33, *Les sociétés commerciales, Des lois coordonnées au Code des sociétés*, 2^{ème} éd. par Ph. MALHERBE, Bruxelles, Larcier, 2002, nos 22-24, pp. 38-41.

¹⁰ Voy. p.ex. pour l'administrateur de SRL : J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT, Ph. MALHERBE et H. CULOT, *Droit des sociétés*, 5^{ème} éd., Précis de la faculté de droit et de criminologie de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 1490, p. 808.

¹¹ M. N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise », *Droit du Financement de l'Économie*, 2020/5, p. 27, n° 3.

II. LA DÉFINITION D'ENTREPRISE : L'ADMINISTRATEUR DE SOCIÉTÉ EST NÉCESSAIREMENT VISÉ

8. On rappelle la définition d'entreprise retenue par le législateur :

« Art. 1.1. 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 :

(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 ».

9. La lecture de ce texte devrait suffire à convaincre de ce que l'administrateur de société est, par définition, un *commerçant* (une *entreprise*).

Diriger une société, c'est forcément exercer une profession, fût-ce à titre d'appoint. Et l'exercice de cette profession est tout aussi forcément réalisé « à titre indépendant »¹².

La 9^{ème} chambre de la cour d'appel a fait une exacte application de ces principes dans un arrêt du 21 décembre 2018 :

« L'activité de gérant est exercée par [l'appelant] à titre indépendant; il a le statut de dirigeant d'entreprise et dirige seul la société; il est assujéti au régime de sécurité sociale pour travailleurs indépendants.

L'exercice du mandat de gérant par [l'appelant] constitue une activité "professionnelle" au sens commun du terme, s'agissant d'un métier et non

¹² Art. 5 :70, § 1^{er}, alinéa 2, 6 :58, § 1^{er}, alinéa 2, 7:86, § 1^{er}, alinéa 3, du code des sociétés et des associations. Adde art. 7:105, §2, du même code (à propos des membres du conseil de surveillance) et 7 :107 (à propos des membres du comité de direction) du même code.

pas d'une activité exercée à titre d'amateur. "La 9e édition du dictionnaire de l'Académie française donne du mot profession la définition suivante : "Métier; activité qu'une personne exerce régulièrement afin de se procurer moyens nécessaires pour subvenir à son existence" (...). Les travaux préparatoires de la loi du 15 avril 2018 précitée, justifiant l'absence de nécessité de définir l'expression "activité professionnelle", indiquent que "le terme "profession" est utilisée (sic) par le législateur depuis 1807 et encore aujourd'hui pour la définition de "commerçant" ("Sont commerçants ceux qui exercent des actes qualifiés commerciaux par la loi et qui en font leur profession habituelle, soit à titre principal, soit à titre d'appoint") sans que cela soit défini par le législateur" (Projet de loi portant réforme du droit des entreprises, exposé des motifs, Doc. Parl., n° 54-2828/001, p. 11). L'exercice de son mandat de gérant par [l'appelant] est effectué à titre professionnel, en vue de lui procurer son revenu.

En exigeant que [l'appelant] poursuive un but économique qui lui est propre, par la livraison de biens ou prestations de services sur un marché, le jugement entrepris a énoncé une condition inexistante. »¹³

III. LE DIRIGEANT DE SOCIÉTÉ RÉPOND AU CRITÈRE DE L'ORGANISATION

10. Une certaine jurisprudence place la focale sur l'exigence d'organisation que requerrait l'existence d'une entreprise¹⁴.

L'argument tombe à plat.

Nombre d'activités, dont le caractère commercial n'est pas contesté, reposent sur une organisation rudimentaire¹⁵. Tout homme qui se fait coiffer à la maison sait que l'organisation de son coiffeur tient dans sa voiture, une mallette à peine plus grande qu'un attaché-case et un téléphone. L'administrateur de société, outre qu'il a lui également besoin d'un attaché-case et d'un téléphone, souvent aussi d'une voiture, doit chaque année défendre son bilan devant l'assemblée générale, au risque de se voir révoquer, de ne pas être renouvelé dans ses fonctions ou d'être confronté à une action en responsabilité, en ce compris de la part de parties tierces à la relation administrateur/société. Contrairement au coiffeur, l'administrateur ne s'identifie pas à son entreprise/la société qu'il administre, laquelle peut, à tout moment, en raison des circonstances, se muer en adversaire.

¹³ Liège, 17 décembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020/30, p. 1405 ; Liège, 2 avril 2019, *R.D.C.B.*, 2019/4, p. 578 ; Bruxelles, 21 décembre 2018, *R.D.C.B.*, 2019/4, p. 575, note A. VAN HOE et N. APPERMONT ; *T.R.V.-R.P.S.*, 2019, pp. 103-104, note M. ROELANTS. ; *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 676, note Ph. MOINEAU et F. ERNOTTE ; réformant comm. Brabant wallon, 8 octobre 2018, *T.R.V.-R.P.S.*, 2019, p. 115, note. Voy. aussi Comm. Bruxelles (NI), 16 octobre 2018, *R.A.B.G.*, 2019/10, p. 845 ; Comm. Termonde, 17 octobre 2018, *T.G.R. - T.W.V.R.*, 2018, n° 97/18, p. 350 ; Comm. Namur, 6 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 692. Comp. Comm. Liège, 11 juin 2018, *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 684.

¹⁴ Mons, 5 février 2019, *R.D.C.B.*, 2019/4, p. 558 ; *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 678 ; Comm. Tournai, 6 novembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 688 ; Comm. Liège, 12 décembre 2018, *J.L.M.B.*, 2019/15, p. 696. Comp. Mons, 27 août 2019, *J.L.M.B.*, 2019/31, p. 1459. Voy. aussi D. GOL et JPh. LEBEAU, « Le tribunal de l'entreprise - Nouvelles règles en matière de compétences, de composition, de procédure et de preuve », *J.T.*, 2018, pp. 843-844, n° 7.

¹⁵ Voy. A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Anthemis, Limal, 2019, pp. 306-307.

On ajoutera, avec la cour d'appel d'Anvers, que l'administrateur est un prestataire de services à au moins un client : la société qu'il gère ou contribue à gérer¹⁶.

IV. LE CRITÈRE DE LA RÉMUNÉRATION

11. La reconnaissance de la qualité de commerçant (entreprise) suppose-t-elle la perception d'une rémunération ?¹⁷

On ne le pense pas. D'une manière ou d'une autre, l'administrateur, même non rémunéré, est intéressée au sort économique de la société, ne serait-ce que, aussi désintéressé cet administrateur soit-il, sa responsabilité est exposée.

V. LE RÈGLEMENT COLLECTIF DE DETTES N'EST PAS NÉCESSAIREMENT SANS MÉRITES

12. Si, *in abstracto*, on peut considérer que, en raison du dessaisissement limité¹⁸ et l'institution de l'*effacement*¹⁹, la procédure de faillite est nettement plus favorable au débiteur que le règlement collectif de dettes, les acteurs de terrain savent que, *in concreto*, le règlement collectif de dettes n'a pas que des inconvénients.
13. C'est sans doute ce qu'a dû penser ce dirigeant de sociétés qui avait opté pour le règlement collectif de dettes mais dont les juridictions du travail lui ont barré l'accès²⁰.

¹⁶ « *De eerste rechter gaat daarmee voorbij aan het gegeven dat de uitoefening van het mandaat van zaakvoerder/bestuurder van een vennootschap naar omstandigheden een activiteit uitmaakt waarmee de zaakvoerder/bestuurder diensten aanbiedt aan de vennootschap* » (Anvers, 28 novembre 2019, T.R.V.-R.P.S., 2020/3, p. 332 [spéc. 333, colonne de droite]), note M. ROELANTS). La cour d'appel fait certes une réserve en disant que ce qu'elle énonce vaut « selon les circonstances » (« *naar omstandigheden* ») ; on aperçoit cependant mal comment on pourrait être administrateur d'une société, sans prester des services à son profit, ceux-ci fussent-ils réduitq au strict minimum.

¹⁷ Voy. Comm. Liège, 18 juin 2018, R.D.C.B., 2019/4, p. 581.

¹⁸ Art. XX.110, § 1^{er}, du code de droit économique : « *Le failli, à compter du jour du jugement déclaratif de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens, y compris ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite en vertu d'une cause antérieure à l'ouverture de la faillite.* »

¹⁹ Art. XX.173, § 1^{er}, du code de droit économique : « *Si le failli est une personne physique, il sera libéré envers les créanciers du solde des dettes, sans préjudice des sûretés réelles données par le failli ou un tiers.*

L'effacement est sans effet sur les dettes alimentaires du failli et celles qui résultent de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne qu'il a causé par sa faute. »

²⁰ C.T. Bruxelles, 6 août 2019, J.L.M.B., 2019/36, p. 1691.

VI. CONCLUSION

14. Les quelques pages qui précèdent ont synthétisé les principaux arguments avancés de part et d'autre dans le cadre du débat qui opposent ceux qui voient dans l'administrateur de sociétés un commerçant comme les autres et ceux qui s'y refusent²¹.
15. L'intérêt de ce débat est, *de lege lata*, relativement limité. En effet, tous les arguments sont à présent connus et les positions sont arrêtées. Il ne reste plus qu'à attendre un providentiel arrêt de la Cour de cassation ou, mieux encore, une intervention – éclairée – du législateur.
16. Mais, précisément parce qu'il appartiendrait au législateur d'intervenir, on peut formuler le vœu qu'il ratifie l'idée selon laquelle un administrateur de société a la qualité de commerçant (d'entreprise).

À moins, bien entendu, que ce législateur ne procède enfin à une véritable mise à plat de tout le droit de l'insolvabilité où la qualité du débiteur (commerçant ou non) n'aurait plus d'importance, mais où on se laisserait surtout guider par la procédure la plus appropriée eu égard à la nature du patrimoine à redresser ou à liquider.

17. On notera au passage qu'à côté de l'intervention, évoquée ci-dessus, de la Cour de cassation ou du législateur, M. A. ZENNER²² esquisse une troisième voie, celle de la Cour constitutionnelle qui « *pourrait aussi être amenée à se pencher sur le sort différent fait à la personne selon qu'elle ressortit au règlement collectif de dettes plutôt qu'à la faillite* ».

Mons, le 12 octobre 2020

Werner DERIJCKE

Avocat à la Cour de cassation

Maître de conférences invité à l'U.C.L.

werner.derijcke@uclouvain.be

²¹ Pour ceux qui resteraient sur leur faim en termes de référence, nous renvoyons l'étude récente, très fouillée, de M. N. OUCHINSKY, « L'insolvabilité des dirigeants d'entreprise », *Droit du Financement de l'Économie*, 2020/5, pp. 3-27. Et on ne peut bien entendu pas faire l'impasse sur I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de l'insolvabilité*, Malines, Kluwer, 2019, pp. 45-48, n^{os} 29-30.

²² A. ZENNER, « Cinquante nuances de gris dans le droit de l'insolvabilité – Dictionnaire raisonné des controverses d'interprétation subsistantes ou nouvelles », *R.D.C.B.*, 2020/3, p. 292.