

# L'Amendement<sup>(\*)</sup>

## Pour une définition maniable et uniforme de l'entreprise dans le Code de droit économique

Nicolas Thirion<sup>(\*\*)</sup>

### Proposition

Proposition de loi visant à introduire dans le Code de droit économique une définition maniable et uniforme de la notion d'entreprise.

#### Article 1er

L'article I.1er, alinéa 1er, 1° du Code de droit économique est modifié comme suit :

~~“1° entreprise : toute personne physique ou morale exerçant une activité économique ~~chaque 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'État 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;”~~

#### Article 2

À l'article I.1er, alinéa 1er du Code de droit économique, il est inséré un 1°/1, ainsi rédigé :

**“1°/1 activité économique : toute activité régulière de fourniture de biens ou de services sur un marché contre rémunération;”**

#### Article 3

Sont abrogés :

1° l'article I.4/1 du Code de droit économique;

2° le 3° de l'article I.6 du Code de droit économique;

3° le 2° de l'article I.7 du Code de droit économique;

4° le 39° de l'article I.8 du Code de droit économique;

5° le 6° de l'article I.19 du Code de droit économique;

6° le 7° de l'article I.20 du Code de droit économique;

7° le 8° de l'article I.21 du Code de droit économique;

8° le 7°/1 de l'article I.22 du Code de droit économique.

## Développement

### 1. Contexte

#### 1.1. La fin de la théorie de la commercialité et la montée en puissance de l'entreprise

Depuis longtemps déjà, la commercialité a perdu une bonne partie de sa pertinence pour déterminer le champ d'application de nombre de réglementations applicables aux activités économiques. Parallèlement, on a assisté à l'émergence, dans le discours juridique, d'une notion jugée plus adaptée aux besoins de l'économie : celle d'entreprise. L'adoption du Code

\* Modifications législatives proposées par l'auteur.

\*\* Professeur ordinaire à l'ULiège.

de droit économique a conforté cette évolution en plaçant cette notion au centre de son champ d'application personnel. La loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises avait vocation à parachever cette évolution puisqu'elle relègue aux oubliettes le Code de commerce et les notions corrélatives d'«acte de commerce» et de «commerçant».

Cette évolution ne serait toutefois pleinement satisfaisante, d'un point de vue légistique, que si la notion d'entreprise était définie de façon relativement claire et uniforme dans le Code de droit économique. Or tel n'est assurément pas le cas à l'heure actuelle.

## **1.2. Absence de définition claire et uniforme de la notion d'entreprise dans le Code de droit économique**

### **1.2.1. Dans la version d'origine du Code de droit économique**

L'une des ambitions originelles des auteurs du Code de droit économique consistait à répondre au «besoin de réorganiser la législation économique dans un code s'appuyant sur une vision d'unité et regroupant les règles générales et fondamentales du droit économique dans un texte clair, ordonné de manière logique et cohérente»<sup>(1)</sup>. Le souci de cohérence devait notamment s'appuyer sur «un dispositif uniforme de concepts»<sup>(2)</sup>. À propos du livre Ier, appelé à reprendre les définitions des principaux concepts du Code, les travaux préparatoires de la loi du 28 février 2013 soulignaient l'importance d'un «cadre conceptuel univoque»<sup>(3)</sup> et citaient, à l'appui de cette nécessité, l'exemple du mot «entreprise», «qui s'est vu attribuer une signification différente dans diverses législations»<sup>(4)</sup>.

Nonobstant cette volonté exprimée dans les travaux préparatoires, les auteurs du Code, loin de réaliser l'unification du concept d'entreprise, en ont consacré à nouveau la plurivocité. D'une part, en effet, l'article I.1, al. 1er, 1° du Code reprenait à son compte, à titre de définition générale, la définition de l'entreprise consacrée à l'article 2, 1° de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur : «toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations». D'autre part, toutefois, les

articles I.4 et I.5 reprenaient de la loi du 16 janvier 2003 et de la loi du 17 juillet 1975 respectivement des définitions spécifiques en matière d'inscription à la Banque-Carrefour des Entreprises et de comptabilité.

Même après l'entrée en vigueur du Code de droit économique, l'entreprise était donc restée un concept polysémique, malgré les intentions affichées dans les travaux préparatoires.

### **1.2.2. Dans la version du Code de droit économique modifiée par la loi du 15 avril 2018**

Loin d'améliorer la situation, la loi du 15 avril 2018 l'a aggravée. Non seulement l'uniformisation de la notion d'entreprise n'a pas été réalisée (1.2.2.2.), mais la nouvelle définition pose de nombreux problèmes du point de vue de la sécurité juridique (1.2.2.1.).

#### **1.2.2.1. Les nombreux problèmes d'insécurité juridique de la nouvelle définition**

Notre collègue Werner DERIJCKE a récemment rappelé les multiples difficultés d'interprétation et d'application de la définition de l'entreprise retenue par les auteurs de la loi du 15 avril 2018<sup>(5)</sup>. On peut, en guise d'illustration, citer trois exemples.

D'abord, est considérée comme entreprise au sens du nouvel article 1.1er, alinéa 1er, 1° du Code de droit économique, «toute personne physique qui exerce à titre indépendant une activité professionnelle». La formulation retenue est malheureusement de nature à relancer, sous une forme renouvelée, un pont-aux-ânes du droit commercial : celui de la distinction entre activité à titre principal, à titre d'appoint et à titre accessoire. En effet, dans la mesure où il est question d'exercer une activité *professionnelle*, peut-on admettre qu'une activité indépendante exercée à titre simplement accessoire puisse être considérée comme «professionnelle» au sens du nouvel article 1.1er, alinéa 1er, 1° du Code ? On peut en douter à la lecture des travaux préparatoires qui, pour éclairer la portée de l'adjectif *professionnelle*, renvoient à la notion de «profession habituelle» de l'article 1er du Code de commerce - c'est-à-dire à celle-là même qui est précisée par l'ajout des termes : «soit à titre principal, soit à titre d'appoint»<sup>(6)</sup> <sup>(7)</sup> !

1. *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2012-2013, 2543/01, p. 6.

2. *Ibid.*, p. 10.

3. *Ibid.*, p. 16.

4. *Ibid.*

5. W. DERIJCKE, «L'immarcescible commerçant, le sparadrap cornélien, l'entreprise Potemkine et la grenade dégoupillée», *RPS-TRV*, 2018/4, p. 340 et s.

6. *Doc. parl.*, DOC 54 2828/001, p. 11.

7. La difficulté a du reste été soulevée par la Section de législation du Conseil d'État dans son avis sur le projet de réforme du droit des entreprises (avis n° 61995/1/2/3 du 9 octobre 2017, DOC 54 2828/001, p. 147 et s., spéc. p. 152-153).

Ensuite, toute personne morale de droit privé est désormais considérée comme entreprise. Ainsi, les ASBL, plus exactement *toutes* les ASBL, entrent dans cette catégorie - non seulement donc les ASBL qui exerceraient une activité économique, mais également les ASBL dites “pures”, celles qui, en quelque sorte, vivent d’air pur et d’eau fraîche (telles que des associations savantes ou des clubs de loisirs, par exemple). Il s’agit souvent d’ASBL de taille très modeste qui risquent, ainsi, d’être astreintes à des obligations sans commune mesure avec le type d’activités qu’elles mènent. En opportunité, la nouvelle définition de l’entreprise n’est-elle pas de nature à décourager les bonnes volontés de constituer de telles ASBL, dès lors que les obligations légales qui en découlent et les coûts qui en résultent risquent d’augmenter considérablement ? En droit, qu’en est-il des principes d’égalité et de proportionnalité ? La conformité de l’article I.1er, al. 1er, *b*), CDE aux articles 10 et 11 de la Constitution ne risque-t-elle pas d’être mise en cause<sup>(8)</sup> ?

Enfin, est également considérée comme entreprise au sens de l’article I.1er, alinéa 1er, 1<sup>o</sup> du Code de droit économique, toute organisation sans personnalité juridique qui poursuit un but de distribution ou qui procède effectivement à une distribution à ses membres ou à des personnes qui exercent une influence décisive sur sa politique. Sont visées, en clair, les sociétés simples. Selon les travaux préparatoires des lois des 11 août 2017 et 15 avril 2018, l’absence de personnalité juridique de ces sociétés n’empêcherait pas l’existence d’un patrimoine distinct, dit d’affectation, dans leur chef<sup>(9)</sup>. Or cette affirmation se heurte à des difficultés aussi bien substantielles que procédurales. Du point de vue substantiel, le principe fondamental en droit privé belge reste celui de la personnalisation et de l’indivisibilité du patrimoine : seules les personnes peuvent avoir un patrimoine et toute personne n’a, en principe, qu’un seul patrimoine. Du point de vue procédural, pour agir en justice ou être attrait en justice, il faut bien avoir, sauf indication contraire du législateur qui précise alors comment peut agir une organisation dépourvue de la personnalité juridique<sup>(10)</sup>, la qualité de sujet de droits et d’obligations, c’est-à-dire avoir la personnalité juridique. La mise en place d’une société simple implique, certes, la création d’un patrimoine indivis

mais, précisément, il s’agit d’une indivision entre les associés de la société et non du patrimoine de la société elle-même. Ce sont les associés qui sont les sujets de droit, ce sont eux qui peuvent répondre d’une action en justice ou en initier une. L’ajout, par la loi du 15 avril 2018, dans l’article 703 du Code judiciaire, d’un § 2 censé surmonter ces difficultés procédurales, n’a pas convaincu la doctrine<sup>(11)</sup>.

### **1.2.2.2. La portée limitée de la nouvelle définition et l’absence d’uniformisation de la notion d’entreprise**

L’unification conceptuelle de l’entreprise n’est pas réalisée non plus, en ce sens que d’autres significations entrent encore en concurrence avec la nouvelle définition. Pire : cette dernière joue, dans l’économie générale du Code de droit économique, un rôle presque inexistant.

L’ancienne définition générale (“toute personne physique ou personne morale poursuivant de manière durable un but économique, y compris ses associations”) est en effet maintenue pour la plupart des livres du Code : ainsi en va-t-il pour le chapitre 1er du titre 3 du livre III et pour les livres IV, V, VI, XV, XVI et XVII<sup>(12)</sup>. Quand on sait par ailleurs que la notion d’entreprise n’est guère pertinente pour les autres livres, on constate que la prétendue notion générale est littéralement réduite à la portion congrue.

Restent, en dernière instance, comme seuls susceptibles d’être influencés par la nouvelle définition, les dispositifs en matière d’inscription à la BCE, de comptabilité et d’insolvabilité. Toutefois, s’agissant de l’inscription, le législateur a décidé de privilégier les notions d’entité enregistrée et d’entreprise soumise à inscription et, en matière comptable, celle d’entreprise soumise à l’obligation comptable - lesquelles, pour n’être que des déclinaisons de la notion générale, ne lui correspondent donc pas totalement. En ce qui concerne les procédures d’insolvabilité, la loi du 15 avril 2018 a en effet prévu que toute entreprise au sens de l’article I.1er, alinéa 1er, 1<sup>o</sup> ne peut pour autant bénéficier des procédures d’insolvabilité; il ressort du nouvel article I.22, 8<sup>o</sup>, CDE<sup>(13)</sup> que sont exclues de ce bénéfice *toutes* les personnes morales

8. En ce sens : W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité”, *loc. cit.*, p. 26.

9. *Doc. parl.*, DOC 54 2407/001, p. 29-30; *Doc. parl.*, DOC 54 2828/001, p. 12-14.

10. On pense par exemple à certains syndicats qui, quoique dépourvus de la personnalité juridique, peuvent ester en justice en vertu et dans les limites de l’article 4 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires.

11. D. GOL et J.-Ph. LEBEAU, “Le tribunal de l’entreprise - Nouvelles règles en matière de compétences, de composition, de procédure et de preuve”, n<sup>o</sup> 26-38, *J.T.*, 2018, sous presse.

12. Voyez les articles 1.4/1, 1.6.3<sup>o</sup>, 1.7.2<sup>o</sup>, 1.8.39<sup>o</sup>, 1.19.6<sup>o</sup>, 1.20.7<sup>o</sup>, 1.21.8<sup>o</sup> et 1.22.7<sup>o</sup>/1 du Code de droit économique.

13. *Ibid.*

de droit public. En clair, les personnes morales de droit public offrant des biens ou des services sur un marché, qui rentrent en principe dans la définition générale du Code, ne peuvent néanmoins pas accéder aux ou se voir appliquer les procédures de réorganisation judiciaire et de faillite. En réalité, c'est presque d'une définition spécifique au livre XX qu'il est ici question, très proche mais pas tout à fait identique à la définition générale.

La définition consacrée par la loi du 15 avril 2018 n'a donc, dans le Code de droit économique proprement dit, presque aucun rôle à jouer.

## 2. Modifications proposées

Le présupposé qui a justifié l'insertion de l'actuelle définition de l'entreprise dans l'article I.1er, alinéa 1er, 1° du Code de droit économique est que l'ancienne définition recourait à un critère fonctionnel (poursuivre un but économique) pour définir l'entreprise et qu'un tel critère serait facteur d'insécurité juridique. S'appuyant sur ces prémisses, le législateur a exprimé la volonté de remplacer ce critère fonctionnel par un critère formel : l'entreprise se caractériserait moins par son activité ou par son but que par son organisation ou sa forme.

Le présupposé avancé est très largement erroné. La définition fonctionnelle de l'entreprise était en effet inspirée du droit européen de la concurrence<sup>(14)</sup>, sans pour autant parfaitement coller à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Depuis l'arrêt *Höfner et Elser*<sup>(15)</sup>, l'entreprise, au sens des articles 101 et 102 TFUE, est définie comme "toute entité exerçant une activité économique, quels que soient le statut juridique de cette entité et son mode de financement" - étant entendu que, par "activité économique", il faut entendre celle "consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné"<sup>(16)</sup>. Afin de concrétiser ces critères, la CJUE a eu l'occasion de développer une jurisprudence très fournie qui décline dans de très nombreux secteurs l'approche générale ainsi retenue. Les problèmes d'interprétation et d'application d'une telle définition n'auraient certainement pas été aussi nombreux que ceux que pose la définition retenue dans la loi du 15 avril 2018.

La présente proposition de loi vise donc à supprimer l'actuelle définition générale de l'entreprise, en raison des très nombreux défauts qui l'affectent, et à revenir à une approche fonctionnelle actualisée, qui ne vise que les entités dotées de la personnalité juridique se livrant de façon régulière à une ou plusieurs activités économiques (article 1er de la proposition). L'article 2 de la proposition insère dans le Livre Ier du Code de droit économique une définition de l'activité économique en phase avec la jurisprudence européenne. Tirant les conséquences du retour à une conception fonctionnelle, l'article 3 de la proposition abroge les dispositions qui ont maintenu une définition de ce type pour certains livres du Code et qui perdent, du fait de la réforme proposée, toute pertinence.

Si cette proposition était adoptée, la notion d'entreprise serait bien plus maniable par les praticiens, qui pourraient s'appuyer sur les enseignements nombreux du droit de l'Union européenne. En outre, on parviendrait à une uniformisation de la notion d'entreprise permettant de donner au Code une cohérence interne qui lui fait encore défaut aujourd'hui.

14. CJUE, 19 juillet 1962, aff. 19/61, *Mannesman/Haute Autorité*, *Rec.*, 1962, p. 675 et s. Dans cet arrêt, la Cour avait en effet défini l'entreprise comme étant "toute organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé".

15. CJUE, 23 avril 1991, aff. C-41/90, *Höfner et Elser*, *Rec.*, p. I-2010 et s.

16. CJUE, 18 juin 1998, aff. C-35/96, *Commission/Italie*, *Rec.*, p. I-3851 et s., point 36.