

L'Amendement^(*)

La commercialité : mort et résurrection (provisoire) ?

Nicolas Thirion^(**)

Proposition

Proposition de loi visant à modifier l'article 254, alinéa 2 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises

Article 1er.

L'article 254, alinéa 2 de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises est complété par la phrase suivante :

“La notion de commerçant doit s'entendre au sens de l'ancien article 1er du Code de commerce”.

Article 2.

La présente loi est censée entrer en vigueur le 1er novembre 2018.

Développement

1. Contexte

Il en va de l'institution de la commercialité comme des personnes méchantes : on souhaite ardemment leur disparition mais les vieilles carnes résistent, encore et toujours. Si la volonté du législateur en 2018 était de reléguer définitivement aux oubliettes la commercialité, les résultats ne sont pas complètement à la hauteur des attentes.

1.1. La fin de la théorie de la commercialité et le dépeçage du Code de commerce

Au moment de l'adoption de la loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, la commercialité avait certes déjà perdu une bonne partie de sa pertinence pour déterminer le champ d'application de nombre de réglementations applicables aux activités économiques en Belgique⁽¹⁾. Parallèlement, on avait assisté à l'émergence, dans le discours juridique, d'une notion jugée plus adaptée aux besoins de l'économie : celle d'entreprise⁽²⁾. L'adoption du Code de droit économique (ci-après, CDE), à partir de 2013, a conforté cette évolution en plaçant cette notion au centre de son champ d'application personnel⁽³⁾⁽⁴⁾. La loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises avait vocation à parachever cette évolution puisque ses auteurs prétendaient définitivement éjecter le Code de commerce (ci-après, C.comm.) et les notions corrélatives d'“acte de commerce” et de “commerçant” de l'ordre juridique belge⁽⁵⁾.

Logiquement, la disparition de la théorie de la commercialité en droit belge s'est accompagnée de la nécessité de mener à terme le processus de dépeçage du C.comm., entamé avec l'adoption du CDE dans sa version originelle, en intégrant la plupart des textes qui s'y trouvaient encore (hormis ceux, en gros, relatifs au commerce maritime, aux assurances et aux privilèges maritimes) dans le CDE, voire dans le Code civil (ci-après, C.civ.). Ainsi évidé, le C.comm. a changé d'intitulé : il est devenu le “Code des

* Modifications législatives proposées par l'auteur.

** Professeur ordinaire à l'ULiège.

1. À ce propos, voy. la célèbre critique de Van Ryn et Heenen dans leur note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 1973, *R.C.J.B.*, 1973, p. 322 et s.
2. Par ex. : W. VAN GERVEN, *Ondernemingsrecht. Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. 1er, *Algemeen deel*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, n° 52; P. VAN OMMESLAGHE, “En guise d'introduction : entreprise, entreprises en difficulté, concepts juridiques”, *Rev. Dr. ULB*, 1991/3, p. 1 et s.
3. A. AUTENNE et N. THIRION, “Le Code de droit économique : une première évaluation critique”, *J.T.*, 2014, p. 706 et s.
4. Sur la notion d'entreprise introduite par la loi du 15 avril 2018, voy. N. THIRION, “L'entreprise face au Code de droit économique : encore une occasion manquée”, *L'entreprise face à ses nouveaux défis*, Bruxelles, Larcier, 2019, coll. *Le droit des affaires en évolution*, t. 30, p. 1 et s.
5. H. JACQUEMIN, “La fin du Code de commerce et de la théorie de la commercialité : état de la question et perspectives”, *J.T.*, 2018, p. 832 et s.

privilèges maritimes déterminés et des dispositions diverses”⁽⁶⁾ (*sic*).

Pour l’essentiel, la loi du 15 avril 2018 a importé dans le livre VII du CDE les règles relatives à la lettre de change et au billet à ordre, qui figuraient jusqu’alors dans les lois coordonnées du 31 décembre 1955 sur la lettre de change et le billet à ordre, formant le titre VIII du livre 1er du C.comm., ainsi que dans la Convention de Genève du 7 juin 1930, destinée à régler certains conflits de loi en matière de lettres de change et de billets à ordre, les règles relatives aux protêts, qui figuraient auparavant dans la loi du 3 juin 1997 sur les protêts et les règles relatives au chèque, contenues jusqu’alors dans la loi du 1er mars 1961 concernant l’introduction dans la législation nationale de la loi uniforme sur le chèque et sa mise en vigueur. Sont également reproduites, dans le livre X du CDE, les règles relatives aux contrats de transport, consacrées auparavant dans la loi du 25 août 1891 portant révision du titre du Code de commerce concernant les contrats de transport, formant le titre VIIbis du livre 1er du C.comm.

Dans le C.civ., sont importés, tout en étant remaniés pour tenir compte du nouveau champ d’application personnel du CDE, les anciens articles 20 et 25, C.comm. en matière de preuve (article 1348bis, C.civ.).

Toutefois, un tel processus n’était pas suffisant pour effacer complètement la théorie de la commercialité de la surface du droit belge.

1.2. Dispositions complémentaires

En effet, la volonté de reléguer aux oubliettes la théorie de la commercialité n’est pas si aisée à pousser au bout de sa logique. Par-delà le Code de commerce proprement dit, nombre de réglementations maintenues hors du CDE continuent de faire référence aux notions d’“acte de commerce”⁽⁷⁾ et de “commerçant”⁽⁸⁾. Faute d’avoir procédé à un défrichage systématique de la réglementation en vigueur dans le domaine des échanges économiques - mission il est vrai titanesque -, le législateur a adopté une clause générale, contenue dans l’article 254, alinéa 1er de la loi du 15 avril 2018, selon laquelle, “à compter de la date d’entrée en vigueur de la présente loi, sauf

dispositions contraires, dans toutes les lois, la notion de “commerçant” au sens de l’article 1er du Code de commerce doit être comprise comme “entreprise” au sens de l’article I.1 du Code de droit économique”. D’éminents auteurs ont néanmoins critiqué cette approche, dès lors qu’en ne vérifiant pas au cas par cas s’il était opportun d’étendre le champ d’application des différentes dispositions recourant jusqu’alors à la notion de “commerçant” à toute “entreprise” au sens de l’article I.1 du CDE, le législateur a pris le risque de multiplier les contentieux fondés sur les principes d’égalité et de non-discrimination : en effet, en soumettant sans nuance toutes les entités visées par le nouveau concept d’entreprise aux mêmes règles, n’a-t-il pas traité de manière similaire des personnes qui, au regard des diverses législations recourant encore à la notion de “commerçant” et des objectifs poursuivis par celles-ci, se trouveraient pourtant dans des situations objectivement différentes ? En choisissant ainsi la facilité, le législateur n’a peut-être pas choisi l’option la plus solide sous l’angle du contrôle de constitutionnalité⁽⁹⁾. Le législateur devra à cet égard être attentif aux données fournies par la jurisprudence afin de corriger le tir, le cas échéant, mais tel n’est pas l’objet de la présente proposition de loi.

Le second alinéa de l’article 254 de la loi du 15 avril 2018 précise toutefois que, “par dérogation à l’alinéa 1er, la présente loi ne porte pas atteinte aux dispositions légales, réglementaires ou déontologiques qui, en faisant référence aux notions de “commerçant”, “marchand” ou à des notions dérivées, posent des limites aux activités autorisées de professions réglementées”. On pense par exemple à l’article 25 de la loi du 25 ventôse An XI, qui établit une incompatibilité de principe entre la profession notariale et l’exercice d’une activité commerciale - disposition qui a donné lieu à un contentieux important⁽¹⁰⁾. Puisque la définition légale des notions d’“acte de commerce” et de “commerçant” a disparu et qu’il serait en effet absurde de leur substituer celle d’“entreprise” puisque les notaires, en tant que personnes physiques exerçant une activité professionnelle à titre indépendant, sont en tout état de cause des entreprises, comment comprendre désormais ce type de dispositions ? Telle est, précisément, cette difficulté que la présente proposition entend résoudre, faute de réponse satisfaisante dans la loi du 15 avril 2018.

6. Article 259 de la loi du 15 avril 2018.

7. Ex. : la loi du 10 novembre 2016 relative aux heures d’ouverture dans le commerce, l’artisanat et les services.

8. Ex. : l’arrêté royal n° 56 du 10 novembre 1967 favorisant l’usage de la monnaie scripturale.

9. Voy. par exemple : H. JACQUEMIN, “La fin du Code de commerce et de la théorie de la commercialité : état de la question et perspectives”, *loc. cit.*, p. 834.

10. Voy. à ce sujet : B. KOHL, “Notariat et courtage immobilier. Soleil à l’horizon”, *J.T.*, 2010, p. 529 et s.

1.3. Difficulté

En effet, faute pour cette loi de préciser ce qu'il faut alors entendre par "commerçant" dans de telles hypothèses, les travaux préparatoires se bornent à préciser qu'il faut alors prendre les termes employés ("commerçant", "marchand") dans leur sens courant, emprunté au Larousse (!). Cette référence assez vague n'est guère garante de la sécurité juridique, s'agissant de la question particulièrement délicate des incompatibilités propres aux professions réglementées. Elle risque d'aboutir à des difficultés d'application non négligeables, compte tenu de la forte charge symbolique que recèlent encore les notions d'"acte de commerce" et de "commerçant" dans un système juridique qui les employait depuis plus de deux siècles. La *tabula rasa* chère à l'actuel ministre de la Justice est plus aisée à ériger en slogan qu'à mettre en pratique.

2. Modification proposée

Il faut se rendre à l'évidence : on n'évacue pas aussi aisément l'institution de la commercialité. Il en reste, au moins pour l'heure, un résidu minimal dont il est difficile de faire abstraction, fût-ce en invoquant les mânes de Pierre Larousse.

La présente proposition a pour ambition d'encourager l'adoption d'une loi interprétative en vue de rétablir un peu de sécurité juridique dans les litiges relatifs aux éventuelles activités commerciales des titulaires de professions réglementées. Elle vise à préciser que, pour trancher ces litiges, il doit continuer d'être fait référence à la notion de "commerçant" telle qu'elle résulte de l'ancien article 1er, C.comm. (et, par voie de conséquence, de l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite) - aussi longtemps, en tout cas, que les textes relatifs aux activités autorisées ou prohibées de certaines professions réglementées feront référence à l'idée de commercialité.

En tant que loi interprétative, la loi proposée serait censée entrer en vigueur au jour de l'entrée en vigueur de l'article 254 de la loi du 15 avril 2018, soit le 1er novembre 2018.