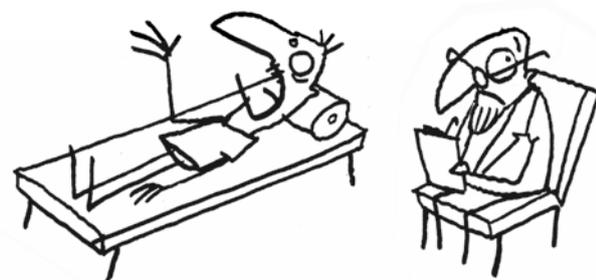


Dossier



Un an déjà et des controverses

Voici déjà plus d'un an que le livre XX a fait sa grande entrée dans le *Code de droit économique* et avec lui la réforme du droit de l'insolvabilité. Le temps des premiers constats, mais aussi des premières controverses est dès lors venu! Pour rappel, l'une des principales innovations apportées par le livre XX est l'abandon de la notion de commerçant au profit de celle beaucoup plus large d'entreprise. L'objectif était l'extension et l'uniformisation du champ d'application du droit de l'insolvabilité à toutes les entités relevant désormais de cette nouvelle catégorie. Par ailleurs, cette modification n'est pas sans conséquence sur l'accès au règlement collectif de dettes puisque toutes les personnes physiques indépendantes non commerçantes et tous les titulaires de professions libérales trouvent désormais porte close alors que cette procédure leur était autrefois accessible.

En faisant le choix du critère du statut juridique sous lequel la personne physique exerce son activité professionnelle (contractuel/statutaire ou indépendant) plutôt que le critère matériel du commerçant, le législateur entendait clore toute discussion jurisprudentielle et garantir par là la sécurité juridique¹. Alors qu'on pensait donc définitivement mis au placard les incessants débats sur le caractère commercial des actes posés dans le cadre de la profession exercée, c'est désormais l'interprétation à donner à la notion d'«activité professionnelle» qui est au cœur de toute l'attention des magistrats. En effet, il s'agit du critère retenu dans la définition d'entreprise, sans pour autant qu'il ne soit défini par le Code de droit économique.

Notons sur ce point que le terme «profession» est généralement considéré par la doctrine et la jurisprudence comme «l'exercice régulier d'une activité en vue de se procurer des revenus nécessaires à l'existence»². En outre, une fois examiné le critère de l'activité professionnelle, faut-il encore que les juridictions apprécient si cette activité est bien exercée à titre indépendant, autrement dit en dehors de tout lien de subordination.

Le gérant de société une qualification controversée!

C'est la question de la qualification en «entreprise» du gérant de société qui a, tout d'abord, amené les tribunaux de commerce³ à prendre position. Et, ce que l'on peut dire, c'est que les divergences sont de mise!

Pour rappel, avant la réforme, la jurisprudence des juridictions du travail considérait de manière unanime que le gérant d'une société commerciale ne disposait pas de la qualité de commerçant. Il était donc admissible au règlement collectif de dettes puisqu'il n'agissait pas pour son propre compte, mais pour celui de la société⁴. Qu'en est-il désormais au regard du concept d'entreprise?

Est-il un indépendant rémunéré?

Le tribunal de commerce de Liège (division Liège) a considéré qu'au regard de la définition d'«entreprise» figurant dans le Code de droit économique, rien ne s'oppose à ce que le membre d'un organe de gestion d'une société soit qualifié d'entreprise dès lors:

- qu'il exerce ce mandat à titre d'indépendant;
- et qu'il est effectivement rémunéré (bien que les statuts prévoient que le mandat de gérant sera exercé à titre gratuit)⁵.

Dans le même sens, le tribunal de l'entreprise de Liège (division Namur) a jugé que le gérant – également dirigeant – d'une SPRL dispose de la qualité d'entreprise. Il peut à ce titre demander l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire dès lors:

- qu'il est le seul gérant de la société;
- que son mandat est rémunéré;
- qu'il se rend chaque jour au siège de la société pour exercer son mandat⁶.

Dans ces circonstances, pour le tribunal, ce mandat constitue bien «l'exercice régulier d'une activité en vue de se procurer des revenus nécessaires à l'existence» et cette activité s'exerce nécessairement à titre indépendant puisqu'elle est rémunérée. Le magistrat souligne qu'il s'agit là des seules conditions à examiner pour qualifier un dirigeant de société, d'entreprise ou non.

Par ailleurs, le tribunal de commerce de Liège (division Liège) a également admis à la faillite le gérant d'une SPRL après avoir établi que:

- ce dernier exerçait ce mandat à titre indépendant, étant assujéti en cette qualité au régime de la sécurité sociale;
- et qu'il était rémunéré, les comptes de la société faisant apparaître des versements en ce sens⁷.

Ou bien est-il plutôt un organe agissant au nom et pour le compte de la société?

A contrario, les tribunaux de commerce d'Anvers (division Turnhout)⁸ et du Brabant wallon⁹ ont refusé de reconnaître la qualité d'entreprise à des gérants, pour deux motifs: étant uniquement actifs auprès de leurs sociétés, il ne pouvait être démontré qu'ils poursuivaient l'activité à but économique pour leur propre compte et/ou une activité distincte de celle de la personne morale dont ils sont les organes.

Toutefois, la décision rendue par le tribunal de commerce du Brabant wallon a été réformée par la cour de Bruxelles dans un arrêt du 21 décembre 2018¹⁰.

Amenée à prendre position, la cour rappelle qu'à l'égard du gérant, la qualification «entreprise» suppose le cumul de trois conditions, à savoir:

- être une personne physique,
- avoir le statut de travailleur indépendant,
- exercer dans le cadre d'une activité professionnelle.

Au regard de ces critères, la cour reconnaît la qualité d'entreprise au gérant. Selon elle, pour apprécier la qualité d'entreprise, il n'y a pas lieu de vérifier si le gérant exerce également une activité à but économique propre et distincte de celle de la société.

En outre, la cour d'appel de Mons¹¹ a également été amenée à se prononcer sur cette problématique à la suite de l'appel interjeté contre une décision rendue par le tribunal de l'entreprise du Hainaut (division Tournai)¹² refusant de déclarer la requérante, gérante d'une SPRL, en faillite au motif qu'elle n'a pas la qualité d'entreprise.

À l'instar des deux jugements précités, le tribunal a considéré que, bien que le gérant soit soumis au statut d'indépendant et que son mandat soit rémunéré, ce dernier n'est finalement qu'un organe de la société dont il ne se distingue ni en apparaissant en nom propre ni en exerçant une activité qui lui soit personnelle.

Poursuivant son raisonnement, le tribunal reprend la définition de l'entreprise dans le *Code de droit économique* qui fait référence à la notion d'«organisation»¹³, terme que la doctrine définit comme un «agencement de moyens personnels et matériels propres». Or, concernant le gérant, un tel agencement distinct de la société dont il est l'organe est totalement inexistant de sorte que la qualité d'entreprise ne peut lui être accordée.

Quant à la cour, elle confirme le jugement précité mettant en avant les ambiguïtés de la définition d'«entreprise» dans le Code de droit économique. Elle se fonde sur l'interprétation donnée à cette notion par les instances européennes, c'est-à-dire une personne agissant en tant qu'organisation, soit une structure stable et durable.

La cour souligne en outre que le gérant reconnu comme un mandataire agit au nom et pour le compte de la société dont il est l'organe, sans exercer une activité qui lui est propre et par conséquent sans qu'en général une telle organisation ne soit mise en place de manière personnelle.

Deux approches juridiques, deux courants jurisprudentiels!

Au regard des décisions présentées ci-dessus, deux courants semblent ainsi se dégager sur cette question:

- un premier courant considère que tout gérant de société qui exerce ses fonctions totalement ou partiellement en dehors d'un contrat de travail et qui est amené à percevoir ou devrait percevoir une rémunération doit être qualifié d'entreprise;
- un deuxième courant considère que la qualité d'entreprise reconnue au gérant dépendra de l'exercice ou non d'une activité propre et distincte de celle de la société.

Du côté des juridictions du travail, l'arrêt de la cour du travail de Bruxelles¹⁴ admet au règlement collectif de dettes une personne gérante de société au motif qu'elle exerce son mandat à titre gratuit. Par conséquent, n'exerçant ni une activité professionnelle ni une activité économique, elle relève dès lors de la loi sur le règlement collectif de dettes, et non de la loi sur l'insolvabilité des entreprises.

Comme on peut le constater, la nouvelle définition de la notion d'entreprise est donc loin d'être exempte d'ambiguïtés et de difficultés conduisant les juridictions à apprécier la problématique de cette qualification au cas par cas, promesse dès lors d'une jurisprudence divergente et controversée.

L'effacement, une révolution qui n'est pas sans conséquence!

Une autre réforme majeure relative cette fois à la procédure de la faillite concerne la disparition du mécanisme de l'excusabilité au profit de celui de l'effacement des dettes du débiteur-personne physique¹⁵. Pour rappel, l'effacement prévoit donc l'extinction pure et simple des dettes du failli¹⁶ subsistant après la vente de ses biens. Cette mesure répond au souhait du législateur de permettre au failli de se réinsérer davantage dans la vie économique.

Une particularité de ce mécanisme réside dans la nécessité pour le débiteur de solliciter lui-même l'effacement par requête, soit au moment de l'aveu de faillite, soit dans les trois mois suivant la publication du jugement déclaratif de faillite¹⁷. À défaut de quoi, il perd son droit à l'effacement. On peut considérer cette particularité



Du neuf pour les sociétés!

Au 1^{er} mai 2019, le nouveau Code des sociétés et des associations²⁴ est entré en vigueur. Cette nouvelle législation s'inscrit dans le mouvement de refonte du droit belge relatif aux entreprises. Il répond à une nécessité de simplification, de flexibilité et de modernisation de ce droit au regard des besoins du monde entrepreneurial actuel.

Les principales innovations de cette réforme sont les suivantes:

- la suppression de la distinction entre les sociétés avec ou sans but commercial. Autrement dit, la différence entre les sociétés commerciales et civiles a disparu. Par conséquent, toutes les formes de société sont désormais considérées comme des entreprises susceptibles d'être déclarées en faillite et relevant de la compétence du tribunal de l'entreprise.
- le nombre de types de sociétés a été réduit.

On distingue désormais la société simple, la société à responsabilité limitée, la société anonyme et la société coopérative:

- La société simple: il s'agit là de la seule forme de société sans personnalité juridique. Ce type de société consiste en une collaboration entre deux ou plusieurs personnes dans le but de produire des bénéfices qui seront ensuite distribués. La responsabilité des associés est illimitée touchant le patrimoine à la fois professionnel et privé.

Ce type de société trouve généralement son utilité dans le cadre de la gestion de patrimoine, de la planification successorale ou de l'exercice d'une profession libérale.

Notons qu'avec la réforme, la société simple doit désormais faire l'objet d'une inscription à la Banque-Carrefour des entreprises.

On soulignera que la société en nom collectif (SNC) a été maintenue dans le Code des sociétés et se présente désormais comme une variante de la société simple mais bénéficiant d'une personnalité juridique. Là aussi, rappelons que les associés d'une telle société sont tenus à l'égard des engagements de manière personnelle, solidaire et illimitée.

Il en est de même concernant la société en commandite. Le terme «simple» a été effacé et la société en commandite par actions a été supprimée. Elle se présente également comme une variante de la société simple avec une personnalité juridique. En matière de responsabilité, les principes restent les mêmes, à savoir une responsabilité illimitée pour les associés gérants et un engagement des associés commanditaires réduit à leur apport.

- La société à responsabilité limitée (SRL): la SRL, qui remplace la SPRL, a été fortement repensée et est amenée à devenir la forme de société de référence. Soulignons que désormais une seule personne (morale ou physique) suffira pour créer une société à responsabilité limitée au lieu d'au moins deux anciennement. En outre, l'exigence d'un capital minimum de 18.500 euros a été supprimée mais il appartiendra aux fondateurs de prévoir dès le départ un patrimoine suffisant pour développer l'activité de la société.
- La société anonyme: la plupart des anciennes règles applicables avant la réforme restent d'application à l'égard de ce type de société si ce n'est qu'elle peut désormais être constituée par une seule personne et non plus deux au minimum en tant que SA unipersonnelle. .../...

comme un recul au regard du principe de l'excusabilité autrefois applicable. En effet, sous cet ancien régime, le tribunal de commerce ne pouvait clôturer la procédure de faillite d'une personne physique sans avoir préalablement statué sur cette question. La possibilité d'obtenir un effacement dépend donc en premier lieu et uniquement de la responsabilité du failli.

On peut imaginer facilement les conséquences de cette disposition à l'égard d'un failli qui aurait, par négligence ou surtout par manque d'information, omis de solliciter dans les délais l'effacement de ses dettes dans le cadre de la procédure de la faillite. Toutefois il y a lieu sans doute de relativiser ce risque dans le cas où le débiteur fait aveu de faillite, le modèle de requête à déposer met en effet suffisamment en évidence l'existence de ce mécanisme. Par contre, il en est moins sûr lorsque la faillite aura été prononcée sur citation d'un créancier ou du ministère public. En effet, dans ce cas, pris au dépourvu, mal renseigné, absent lors de la procédure, le failli qui aura laissé courir les délais sans réagir perdra toute chance d'obtenir la remise de ses dettes.

Effacement et RCD

En outre, cette conséquence liée à l'effacement pose question notamment au regard des dispositions de la procédure en règlement collectif de dettes. En effet, rien n'empêche un ancien failli dont la procédure en faillite a été clôturée de déposer une requête en règlement collectif de dettes. L'article 1675/13, §3 du Code judiciaire prévoit que, dans le cadre de l'imposition par le juge du travail d'un plan de règlement judiciaire¹⁸ ou d'une remise totale¹⁹, les dettes du débiteur subsistant de la faillite sont incompressibles. Autrement dit, elles sont mises hors plan et ne peuvent faire l'objet d'une quelconque remise.

Il est bon de rappeler que la justification à l'époque de l'adoption de cette restriction s'expliquait logiquement par la volonté d'éviter que le tribunal ayant prononcé la faillite et qui aurait refusé au failli le bénéfice de l'excusabilité et donc d'une remise de dettes, ne voit sa décision revue dans le cadre d'une procédure ultérieure de règlement collectif de dettes²⁰.

La Cour constitutionnelle²¹, interpellée sur la conformité de cet article aux dispositions de la Constitution, avait en effet souligné que, dans le cas d'un règlement collectif de dettes, il est justifié que «le législateur ne permette pas une remise de dettes déjà discutée devant le tribunal de commerce qui a statué sur cette remise par une décision ayant autorité de la chose jugée».

Or, depuis l'entrée en application de ce concept d'effacement, les termes de l'article 1673/13, §3 et sa justification posent question dès lors qu'il est possible dans ces conditions que la question de la remise des dettes n'ait pas été discutée dans le cadre de la faillite et soit rendue impossible dans le cadre du règlement collectif de dettes²². Une telle situation anéantit de ce fait doublement les possibilités pour le débiteur d'espérer un nouveau départ.

Il va sans dire que l'intervention de la Cour constitutionnelle risque d'être rapidement sollicitée sur la question.

Effacement et conjoint/cohabitant

Une autre conséquence non négligeable de ce nouveau mécanisme d'effacement concerne les effets de celui-ci à l'égard du conjoint ou du cohabitant personnellement obligé à la dette du failli. En effet auparavant, l'excusabilité prononcée à l'égard du failli s'étendait au conjoint (et ex-conjoint) ou au cohabitant légal (et ex-cohabitant légal) pour toutes les dettes qu'elles soient personnelles ou professionnelles auxquelles il était personnellement tenu avec ce dernier. Désormais, le bénéfice de l'effacement obtenu par le failli s'étendra au partenaire uniquement pour les dettes en lien avec l'activité professionnelle de ce dernier.

Cette restriction risque également d'avoir des conséquences problématiques pour le conjoint coobligé qui se retrouvera seul à supporter le poids des dettes contractées dans le cadre privé au risque d'être contraint de se tourner alors vers le règlement collectif de dettes.

Rappelons enfin que l'effacement accordé au failli ne bénéficiera ni au codébiteur ni à la sûreté personnelle, qui garde toutefois la possibilité d'obtenir la décharge pour autant qu'elle soit à titre gratuit et que son engagement soit disproportionné à ses facultés financières²³.

Sabine Thibaut,

juriste à l'Observatoire du crédit et de l'endettement

.../...

- La société coopérative: cette catégorie de société est réservée aux sociétés qui s'inscrivent dans le cadre de véritables coopérations. Si l'exigence des trois fondateurs reste maintenue, la nécessité d'un capital minimum disparaît. Soulignons également que la responsabilité des administrateurs en cas de fautes est limitée à un certain plafond. Le montant maximum sera calculé sur la base du bilan total et du chiffre d'affaires de la société durant les trois dernières années.
- Les asbl et les fondations.

Notons enfin que, pour les sociétés existantes, la réforme sera effective à partir du 1^{er} janvier 2020. À partir de cette date, elles auront jusqu'en 2024 pour modifier leurs statuts ou se transformer, si la forme juridique anciennement choisie n'existe plus.

Empreinte d'une volonté de simplification dans la constitution des sociétés et de flexibilité au niveau de leur gestion, cette réforme amènera peut-être plus d'indépendants, personnes physiques, à réfléchir au choix d'exercer leurs activités professionnelles dans le cadre d'une personne morale leur permettant, selon la forme adoptée, de protéger ainsi plus adéquatement leur patrimoine privé.

-
- 1 C. Alter, Z. Pletinckx, «Insolvabilité des entreprises. Dépistages, mesures préventives et procédure de réorganisation judiciaire», Répertoire pratique du droit belge, Larcier 2019, p. 25-27.
 - 2 I. Verougstraete, Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite, Kluwer Waterloo, éd. 2010-2011, p. 323, n°3.1.2.3.
 - 3 Appelés tribunaux de l'entreprise à partir du 1^{er} novembre 2018.
 - 4 CT Mons (10^e ch.), 15 décembre 2015, R.G 2015/1737, inédit; CT Bruxelles (11^e ch.), 19 mars 2012, Ann. jur. créd. règl. coll., 2012, p. 162; Cass. (3^e ch.), 2 mai 2016, Ann. jur. créd. règl. coll., 2016, p. 279-282.
 - 5 Tribunal de commerce de Liège (division Liège), 11 juin 2018, RG n°O/18/0042, inédit.
 - 6 Tribunal de l'entreprise de Liège (4^e ch. - division Namur), 6 décembre 2018, RG n°Q/18/00031, inédit.
 - 7 Tribunal de commerce de Liège (division Liège), 15 octobre 2018, RG n°O/18/00409, inédit.
 - 8 Tribunal de commerce d'Anvers (division Turnhout), 26 juin 2018, RG n°O/18/00038, inédit.
 - 9 Tribunal de commerce du Brabant wallon, 8 octobre 2018, RG n°O/18/00084, inédit.
 - 10 Bruxelles, 21 décembre 2018, RG n°201/QR/43, inédit.
 - 11 Mons, 5 février 2019, RG n°2018/RQ/24, inédit.
 - 12 Tribunal de l'entreprise du Hainaut (division Tournai), 6 novembre 2018, RG n°O/18/00108.
 - 13 Article I. 1, 1^o du Code de droit économique.
 - 14 Cour du travail de Bruxelles (12^e ch.), 9 octobre 2018, RG n°2018/BB/12, inédit.
 - 15 Article XX.173 du Code de droit économique.
 - 16 À l'exception des dettes alimentaires, des dettes résultant de l'obligation de réparer le dommage lié au décès ou à l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne que le failli a causé par sa faute, les amendes pénales.
 - 17 Article XX.173, §2 du Code de droit économique.
 - 18 Sur la base de l'article 1675/13 du Code judiciaire.
 - 19 Article 1643/13bis du Code judiciaire.
 - 20 Projet de loi relatif au règlement collectif de dettes, Doc. parl., Ch. repr., sess., 1997-1998, n°49-1073/1.
 - 21 À l'époque, Cour d'arbitrage: CA, 12 mai 2004, arrêt 83/2004, Ann. jur. créd., 2004, p. 248.
 - 22 Par l'effet de l'article 1675/13, §3.
 - 23 Article XX.176 du Code de droit économique.
 - 24 Loi du 23 mars 2019 introduisant le Code des sociétés et des associations et portant des dispositions diverses, MB 04.04.2019, p. 33239.