

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Quelques réflexions sur la constitutionnalité de l'article 530, §2 du Code des sociétés

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2010, 'Quelques réflexions sur la constitutionnalité de l'article 530, §2 du Code des sociétés: note sous C.C., n°139/2009 du 17 septembre 2009', *Jurisprudence en droit des sociétés commerciales-recueil annuel (JDSC)*, pp. 159-161.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Eu égard à ce qui précède, la mesure en cause est raisonnablement justifiée à la lumière du but poursuivi.

B.11. Sous réserve de l'interprétation de la disposition en cause, mentionnée en B.10, la question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,
la cour
dit pour droit:

Sous réserve de l'interprétation mentionnée en B.10, l'article 530, § 2 du Code des sociétés, tel qu'il a été inséré par l'article 58 de la loi-programme du 20 juillet 2006 et modifié par l'article 88 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

OBSERVATIONS

Quelques réflexions sur la constitutionnalité de l'article 530, § 2 du Code des sociétés

Nous avons publié l'an dernier² un jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles du 27 novembre 2008 mettant en œuvre l'article 265 du Code des sociétés complété par la loi-programme du 20 juillet 2006. Le dirigeant avait également demandé au tribunal saisi du litige que soit posée une question préjudicielle à la Cour Constitutionnelle, sur le point de savoir si le régime de responsabilité aggravée à l'égard de l'ONSS instauré par la loi du 20 juillet 2006 ne constituerait pas une violation des articles 10 et 11 de la Constitution dans la mesure où ce régime dérogatoire du droit commun est plus sévère que celui qui concerne les dettes de précompte professionnel et de TVA consacré dans le même texte légal³. En effet, relativement aux dettes fiscales, seule existe une présomption *réfragable* de responsabilité alors que relativement aux dettes sociales, cette présomption est *irréfragable*, sans que cette différence de traitement ne semble objectivement justifiée de manière raisonnable et proportionnée par rapport à l'objectif ou à la finalité visée par le législateur. Ce régime plus favorable sur le plan fiscal s'exprime également par d'autres biais, puisqu'en matière de précompte professionnel par exemple⁴, l'article 442*quater* du CIR 92 prévoit une exclusion de présomption⁵ et une limitation des sommes dues⁶, définit une solidarité fondée sur la

2. JDSC, 2009, n° 915, p. 231.

3. Art. 442*quater* du CIR 92 et 93*undecies* c du Code de la TVA.

4. Le régime est très similaire en matière de TVA sous réserve que l'art. 93*undecies* c du Code de la TVA prévoit que la responsabilité peut être engagée, outre pour le principal et les intérêts, pour les «frais accessoires», non visés par l'art. 442*quater*, § 4 du CIR 1992.

5. Art. 442*quater*, § 3 du CIR 92: *Il n'y a pas présomption de faute au sens du § 2, alinéa 1er, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de concordat judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.*

6. Art. 442*quater*, § 4 du CIR 92: *La responsabilité solidaire des dirigeants de la société ou de la personne morale ne peut être engagée que pour le paiement, en principal et intérêts, des dettes de précompte professionnel.*

faute au sens de l'article 1382 du Code civil⁷ et pose une condition à la recevabilité de l'action⁸.

La demande de question préjudicielle a malheureusement été rejetée par la juridiction saisie, alors qu'elle aurait permis de clarifier davantage les intentions du législateur et la pertinence de ses objectifs. Ajoutons que le demandeur soulignait que le régime de présomption irréfragable de responsabilité porterait atteinte à son patrimoine en violation de l'article 6 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales puisqu'il ne pourrait disposer d'une garantie inhérente au procès équitable devant un tribunal impartial et indépendant susceptible d'être saisi de la contestation des sanctions que poursuit l'ONSS à son égard; si la sanction prévue par l'article 265, § 2 du Code des sociétés apparaît comme civile, ses modalités d'application la rapprochent par nature d'une *sanction pénale*, au sens large retenu par la Cour européenne des droits de l'homme, or toute amende pénale nécessite l'instauration d'un mécanisme de recours juridictionnel permettant d'en discuter et de la contester.

Une question qui pourrait utilement être posée à la Cour Constitutionnelle est celle de la divergence de traitement entre les dirigeants d'une société selon qu'elle développe une activité *civile* ou *commerciale*. En effet, les administrateurs des sociétés *civiles* à forme commerciale ne peuvent être tenus responsables pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, puisqu'une société civile n'a pas la qualité de commerçant⁹, et ne peut donc corrélativement jamais être déclarée en faillite, condition pourtant nécessaire pour introduire ce type d'action en responsabilité¹⁰. Ces dirigeants échappent donc corrélativement à la responsabilité aggravée en matière d'ONSS. Cette éventuelle inconstitutionnalité n'a, à notre connaissance, jamais été présentée à la cour.

La question ici posée à la cour par le Tribunal de commerce de Bruges vise à apprécier le régime dérogatoire au régime normal de la responsabilité instauré par la loi du 20 juillet 2006 en matière d'ONSS et la différence de traitement entre administrateurs, selon qu'ils ont ou non des dettes à l'égard de cet organisme. La cour ne voit aucune violation des articles 10 et 11 de la Constitution après avoir confirmé que le droit d'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction doit être assuré aux administrateurs confrontés à l'action intentée par l'ONSS ou par le curateur sur pied de l'article 265, § 2 précité. En l'espèce, la cour estime que l'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction est effective-

7. Art. 442quater, § 1^{er} du CIR 92: *En cas de manquement, par une société ou une personne morale visée à l'article 17, § 3, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, à son obligation de paiement du précompte professionnel, le ou les dirigeants de la société ou de la personne morale chargés de la gestion journalière de la société ou de la personne morale sont solidairement responsables du manquement si celui-ci est imputable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société ou de la personne morale.*

Cette responsabilité solidaire peut être étendue aux autres dirigeants de la société ou de la personne morale lorsqu'une faute ayant contribué au manquement visé à l'alinéa 1er est établie dans leur chef.

8. Art. 442quater, § 5 du CIR 92: *L'action judiciaire contre les dirigeants responsables n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur par lettre recommandée à la poste invitant le destinataire à prendre les mesures nécessaires pour remédier au manquement ou pour démontrer que celui-ci n'est pas imputable à une faute commise par eux.*

Cette disposition ne fait, toutefois, pas obstacle à ce que le fonctionnaire chargé du recouvrement puisse requérir, dans le délai précité, des mesures conservatoires à l'égard du patrimoine du ou des dirigeants de la société ou de la personne morale qui ont fait l'objet de l'avertissement.

9. Art. 3, § 4 du Code des sociétés.

10. On rappelle que les sociétés civiles à forme commerciale échappent également de manière critiquable à la responsabilité spéciale des fondateurs pour capital manifestement insuffisant (art. 229, 5° (SPRL), 405, 5° (SCRL) et 456, 4° (SA) du Code des sociétés); on renvoie sur ce point au numéro 235.

ment garanti aux administrateurs puisque relativement au montant des cotisations de sécurité sociale et suppléments dus, le tribunal de commerce qui connaît de la faillite de la société dispose du même pouvoir d'appréciation que l'Office national de sécurité sociale et le curateur. Il doit en effet:

- vérifier si les conditions légales de la responsabilité personnelle et solidaire sont réunies;
- examiner notamment si les administrateurs concernés ont été impliqués, au cours de la période de cinq ans qui a précédé une nouvelle faillite, dans au moins deux autres faillites entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale;
- examiner, en droit et en fait, le montant des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire dus, sur la base de l'action dont il est saisi (tout ou partie des cotisations et autres éléments de la dette sociale; détermination de la mesure de la solidarité).

370. Responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite d'une SPRL

N° 959. – Cass., 10 décembre 2008¹

Présentation: Pendant longtemps, la doctrine et la jurisprudence ont considéré que le curateur, en sa qualité de représentant de la masse des créanciers, bénéficiait d'un véritable monopole pour intenter l'action en comblement de passif, une initiative individuelle d'un créancier isolé étant irrecevable. Ce monopole a été remis en question par la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés², qui a ajouté un alinéa supplémentaire aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés permettant à un créancier lésé d'intenter seul l'action, et d'en informer le curateur.

Cet arrêt, rendu en matière pénale, retient l'attention: le créancier d'une société déclarée en faillite souhaite se constituer partie civile contre le dirigeant de celle-ci dans le cadre d'une action pénale, et réclamer l'indemnisation de son préjudice en se fondant sur l'action en comblement de passif. Il apparaît que le curateur a déjà introduit semblable action puis a transigé avec le gérant. Comme le curateur représente la masse des créanciers, lorsqu'il transige, c'est en leur nom à tous; et comme la faute reprochée au gérant indelicat a porté atteinte au gage commun des créanciers, et que le dommage du créancier isolé ne se distingue nullement de ce préjudice collectif, son action doit être déclarée irrecevable.

Le créancier isolé semble contester le fait que son action soit rejetée par la section correctionnelle de la Cour d'appel de Mons³ au motif qu'elle n'appartiendrait pas à un créancier isolé lorsqu'un curateur a été désigné. Les

959.–1. Cette décision est présente sur le site www.cass.be, concl. VANDERMEERSCH et a été publiée dans *J.L.M.B.*, 2009, liv. 16, 724, *Pas.*, 2008, liv. 12, p. 2907, concl. D. VANDERMEERSCH et *Rev. dr. pén.*, 2009, liv. 5, 602.

2. *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 *et seq.*

3. Mons (ch. corr.), 30 avril 2008, non publié à notre connaissance.