

## OBSERVATIONS

**Les dirigeants de sociétés civiles à forme commerciale, de fondations et d'ASBL mieux traités que les dirigeants de sociétés commerciales relativement aux dettes ONSS**

Une nouvelle fois, la Cour constitutionnelle est invitée à examiner la constitutionnalité de la loi-programme du 20 juillet 2006<sup>3</sup> en ce qu'elle a *notamment* ajouté un second paragraphe aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés en vue de prévoir expressément la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants à l'égard de l'ONSS et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard, s'il est établi qu'une faute grave qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale<sup>4</sup>.

La responsabilité aggravée des dirigeants instaurée par le législateur a, en effet, déjà été examinée par la Cour sous diverses facettes<sup>5</sup>.

Deux sont envisagées ici, l'une similaire à des questions déjà posées, et l'autre nouvelle (à notre connaissance) et vivement attendue.

D'une part, partant du constat que le régime légal a instauré, pour une catégorie déterminée de dirigeants, une responsabilité personnelle et solidaire dérogoratoire au régime de droit commun de la responsabilité, sur la base de la circonstance qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont déjà été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale, on s'était déjà interrogé par le passé sur le fait que la loi-programme aurait instauré une responsabilité *objective* sur la base d'une présomption *irréfragable*, et donc un régime dérogoratoire au régime normal de la responsabilité, ainsi qu'une différence de traitement entre dirigeants, selon qu'ils dirigent ou ont dirigé des sociétés qui ont ou non des dettes à l'égard de l'ONSS. La Cour constitutionnelle n'y avait pas vu malice dans ses arrêts du 29 mars 2012<sup>6</sup>

3. Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2<sup>e</sup> édition, p. 36921, articles 56, 57 et 58.

4. Article 38, § 3<sup>o</sup>cties, 8<sup>o</sup>, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

5. Voir C. const., n<sup>o</sup> 139/2009, 17 septembre 2009, *M.B.*, 27 novembre 2009 (extrait), p. 74249 ; *N.J.W.*, 2010, liv. 215, 61, note S. DE GEYTER ; *R.W.*, 2009-10 (sommaire), liv. 14, 598 ; *R.W.*, 2009-2010, liv. 28, 1178 ; *Chron. D.S.*, 2009 (sommaire), liv. 10, 554 ; *R.D.C.*, 2009 (reflet I. VAN MIEROP), liv. 9, 981 ; *T.B.P.*, 2010, liv. 6, 331 ; *T.R.V.*, 2010, liv. 1, 52 ; *D.A.O.R.*, 2007, liv. 82, 204 ; *J.D.S.C.*, 2010, n<sup>o</sup> 958, p. 152 et note M.A. DELVAUX intitulée « Quelques réflexions sur la constitutionnalité de l'article 530, § 2, du Code des sociétés » ; C. const., n<sup>o</sup> 52/2012, 29 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2012, n<sup>o</sup> 1051, p. 159 ; C. const., n<sup>o</sup> 79/2014, 8 mai 2014, *J.D.S.C.*, 2014, n<sup>o</sup> 1169, p. 226.

6. C. const., n<sup>o</sup> 52/2012, 29 mars 2012, *J.D.S.C.*, 2012, n<sup>o</sup> 1051, p. 159. Est remise en cause la divergence de traitement entre les dirigeants de sociétés commerciales tenus de dettes sociales ou de dettes de précompte professionnel ou de T.V.A. Plus précisément, est visée la situation des gérants tenus personnellement et solidairement, suite à la présomption irréfragable, en raison de la circonstance qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils ont déjà été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires. La Cour rappelle l'objectif du législateur, à savoir garantir une meilleure perception des cotisations de sécurité sociale, en visant en priorité les entrepreneurs malhonnêtes, puis analyse les deux régimes : relativement aux dettes *fiscales*, d'une part, le champ d'application est plus large puisqu'il ne nécessite pas la faillite de la société gérée (la responsabilité peut être engagée dès qu'apparaît un manquement aux obligations d'une entreprise au paiement de la T.V.A. ou du précompte professionnel) et d'autre part, l'administration fiscale dispose de possibilités plus larges pour le recouvrement des dettes que l'ONSS ou le curateur. La Cour estime dès lors qu'il est justifié que le dirigeant confronté à une dette fiscale puisse disposer de la faculté de renverser la présomption instaurée par le législateur.

et du 8 mai 2014<sup>7</sup> et revient sur cette justification dans l'arrêt ici commenté. La Cour considère notamment que l'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction et appréciant *in concreto* l'ampleur de la condamnation est garanti aux dirigeants concernés, de sorte que la mesure en cause apparaît raisonnablement justifiée à la lumière du but poursuivi et ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

D'autre part, est enfin posée la question du champ d'application « limité » du régime de responsabilité aggravée à l'égard de l'ONSS : la divergence de traitement entre les dirigeants d'une société selon qu'elle développe une activité *civile* ou *commerciale* est-elle constitutionnelle ? Une société civile à forme commerciale (et, *a fortiori*, une ASBL ou une fondation) n'a pas la qualité de commerçant et ne peut donc corrélativement jamais être déclarée en faillite, de sorte que ses dirigeants ne peuvent être tenus de la responsabilité aggravée en matière de dettes ONSS. La Cour constitutionnelle n'y voit à nouveau rien à redire, cette divergence de traitement reposant sur un critère objectif, à savoir la nature civile ou commerciale de la personne morale, seules les sociétés commerciales pouvant être déclarées en faillite. Le contexte de la responsabilité aggravée à l'égard de l'ONSS est celui de la faillite, de sorte que le critère de distinction est jugé pertinent par rapport à l'objectif de la mesure instaurée par le législateur. Et qu'il importe si d'éventuelles fraudes sont commises par des dirigeants de sociétés civiles, ASBL ou fondations : cela ne remet pas en cause le caractère objectif, justifié et raisonnable du régime instauré par la loi-programme.

#### 440. **Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net**

N° 1235. – Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 2 avril 2015<sup>8</sup>

*Présentation* : En cas de perte grave de l'actif net d'une société à responsabilité limitée, les dirigeants sont tenus de convoquer une assemblée générale pour faire le point, proposer des pistes de solution, envisager l'avenir<sup>9</sup>.

Trois seuils critiques sont définis par le législateur : l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social, au quart du capital social, ou à un montant inférieur au capital minimum à libérer<sup>10</sup> ; dans ce dernier cas,

7. C. const., n° 79/2014, 8 mai 2014, *J.D.S.C.*, 2014, n° 1169, p. 226. La question préjudicielle posée ne porte que sur un des deux volets de la responsabilité objective instaurée en 2006, à savoir la responsabilité spéciale des dirigeants qui, *au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ont déjà été impliqués dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale*. Les critiques formulées soulignent un manque de nuance de l'article 265, § 2 (s'agissant en l'espèce d'une SPRL), puisque la responsabilité objective instaurée ne fait pas de distinction suivant que le dirigeant est de bonne ou de mauvaise foi, la faillite s'est produite indépendamment ou non de sa volonté, il y a une répétition et une systématisation des faillites, témoignant d'une certaine malhonnêteté et d'une volonté de fraude sociale (l'objectif du législateur était, en effet, au départ de sanctionner les entrepreneurs malhonnêtes qui créent successivement des entreprises et les abandonnent ensuite pour en créer de nouvelles – voir *Doc.parl.*, Ch., 2006-2007, DOC 51-2760/030, p. 6) ou, au contraire, plusieurs sociétés constituées plus ou moins concomitamment sont déclarées en faillite pratiquement en même temps, les sociétés déclarées en faillite ont été constituées avant ou après l'entrée en vigueur de la loi (cette disposition est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2006, pour les faillites déclarées à partir de cette date, en vertu de l'article 59 de la loi-programme précitée).

1235.-8. Cette décision porte le numéro de rôle C.14.0281.F et est disponible sur le site de la Cour de cassation à l'adresse [www.cass.be](http://www.cass.be).

9. Articles 332 (SPRL), 431 (SCRL) et 633 (SA) du Code des sociétés.

10. Le capital minimum à libérer est de 6 200 EUR en SCRL (article 397) et SPRL (article 223, alinéa 1) et 61 500 EUR en SA (article 448, alinéa 1). À noter que lors de la modification apportée par la loi du 14 juin 2004 imposant une libération minimale de capital de 12 400 EUR en SPRLU, au lieu de 6 200 EUR comme pour les SPRL plurielles (article 223, alinéa 3