

## OBSERVATIONS

## Quelques réflexions relatives à la responsabilité des dirigeants d'une société commerciale qui ne paie pas le précompte professionnel

\* A noter que:

- L'arrêt anversois cité dans cette espèce est un arrêt de la 5<sup>ième</sup> chambre du 9 novembre 2006<sup>2</sup> prononcé dans le cadre d'un litige opposant l'Etat belge aux administrateurs d'une SA dont la faillite a été clôturée au jour de l'introduction de la procédure. La cour reconnaît la faute aquilienne des dirigeants qui n'ont, sciemment et volontairement, plus payé le précompte professionnel et des taxes de circulation pesant sur la société gérée, alors que cette dernière disposait des moyens financiers nécessaires pour le faire, préférant consacrer cet argent au remboursement d'autres créanciers. Le dommage à réparer s'identifie selon la cour au «manque à gagner» découlant de l'absence de versement du précompte professionnel et de la taxe de circulation, et est évalué, par équivalent, au principal des sommes fiscales augmenté des intérêts, non contestés en l'espèce par les dirigeants. Ces derniers avaient tenté de s'appuyer sur la loi-programme du 20 juillet 2006 pour soutenir qu'avant son entrée en vigueur, les administrateurs ne pourraient porter aucune responsabilité pour les impôts impayés par la société. La cour a balayé cet argument en considérant que ladite loi a uniquement permis de clarifier la situation en vue d'assurer une certaine sécurité juridique dans un contexte doctrinal et jurisprudentiel assez flou, et en rappelant que la responsabilité des dirigeants *pour faute* (si l'absence de paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à la faillite, il n'y a pas nécessairement de faute dans le chef des dirigeants) était déjà reconnue bien avant cette loi programme.
- L'arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 2006<sup>3</sup> cité dans cette espèce oppose également l'Etat belge à des dirigeants d'une société qui n'a pas payé le précompte professionnel. Le juge d'appel avait constaté que la société disposait encore de moyens financiers au moment où le précompte devait être payé et que l'absence de paiement ne résultait pas de problèmes de liquidités dans le chef de la société. Même si l'obligation de payer le précompte professionnel incombe à la société, c'est sur les dirigeants que repose l'obligation de veiller à ce que la société gérée respecte ses obligations légales, et plus particulièrement fiscales en l'espèce. Les dirigeants avaient été condamnés *in solidum* à réparer le préjudice causé à l'Etat belge, sur pied de l'article 1382 du Code civil, décision confirmée par la cour.

\* La décision commentée considère que l'Etat dispose d'un droit d'action individuel et se distingue par là des créanciers de la masse, défendus par le curateur<sup>4</sup>. C'est avec justesse que le tribunal distingue parmi les «dettes fiscales» l'impôt des sociétés d'une part, et la TVA et le précompte professionnel d'autre part. Ces deux derniers éléments sont des sommes qui ont toujours appartenu à l'Etat, qui les perçoit par l'intermédiaire de la société. Ces sommes n'ont donc jamais fait partie du patrimoine propre de la société faillie et il ne fait donc pas non plus partie du gage commun des créanciers. Dès lors, étant une créance individuelle, l'Etat peut la réclamer individuellement, sans être paralysé par le monopole d'action du curateur.

2. *JDSC*, 2008, n° 853, p. 209 et *T.R.V.*, 2007, liv. 2, p. 139.

3. *JDSC*, 2008, n° 841, p. 147 et *T.R.V.*, 2007, liv. 2, p. 138.

4. Voir dans le même sens Anvers (7<sup>ième</sup> ch.), 21 juin 2005, *JDSC*, 2008, n° 852, p. 205 et *R.W.*, 2006-07, liv. 31, p. 1286; Anvers, 3 octobre 2002, *JDSC*, 2004, n° 582, p. 245 et *NJW*, 2003, liv. 30, p. 522 et note S. DE RAEDT, Anvers (5<sup>ième</sup> ch.), 9 novembre 2006, précité.

\* La décision commentée pose la question de l'éventuelle application rétroactive, *de iure* ou *de facto*, de la loi programme du 20 juillet 2006.

Avant l'entrée en vigueur de la loi programme, la doctrine et la jurisprudence considéraient déjà largement que le fait de ne pas payer le précompte professionnel pourrait constituer un manquement au devoir général de prudence s'imposant à tout dirigeant. Le tribunal souligne que c'est dans le but de clarifier ce fondement de responsabilité et d'unifier doctrine et jurisprudence que le législateur est intervenu en 2006. Il nous apparaît que la *présomption* instaurée par l'article 442*quater* ne peut s'appliquer telle quelle que dans les conditions strictes stipulées par la loi et pour les faits *postérieurs* à son entrée en vigueur. Par contre, la responsabilité peut être engagée pour des faits antérieurs à la condition, comme en l'espèce, de *prouver adéquatement* la ou les faute(s) du dirigeant (établir suffisamment d'éléments permettant de retenir une ou plusieurs fautes), aucune présomption ne pouvant bénéficier au créancier agissant. Rappelons que l'absence de paiement peut provenir de difficultés financières de la société qui ont donné lieu à la faillite sans qu'il y ait nécessairement une faute à reprocher aux dirigeants.

Une réflexion similaire de droit transitoire est développée ci-après relativement à la responsabilité des dirigeants d'une société qui présente une ardoise ONSS: voir notre note «La responsabilité à l'égard de l'ONSS et le droit transitoire» sous Comm. Tongres (2<sup>ième</sup> ch.), 9 octobre 2008, *infra*, n° 956.

Rappelons également que le régime de responsabilité aggravée à l'égard de l'ONSS instauré par la loi du 20 juillet 2006<sup>5</sup> est plus sévère que celui qui concerne les dettes de précompte professionnel et de TVA consacré dans le même texte légal. En effet, relativement aux dettes fiscales, seule existe une présomption *réfragable* de responsabilité alors que relativement aux dettes sociales, cette présomption est *irréfragable*. Ce régime plus favorable sur le plan fiscal s'exprime également par d'autres biais puisqu'en matière de précompte professionnel<sup>6</sup>, l'article 442*quater* du CIR 92 prévoit une exclusion de présomption<sup>7</sup> et une limitation des sommes dues<sup>8</sup>, définit une solidarité fondée sur la faute au sens de l'article 1382 du Code civil<sup>9</sup> et pose une condition à la recevabilité de l'action<sup>10</sup>. Nous renvoyons sur ces questions aux observations publiées ci-après au n° 958 sous l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 17 septembre 2009.

5. Voir *infra* les décisions publiées sur ce thème et leurs observations.

6. Le régime est très similaire en matière de TVA sous réserve que l'art. 93<sup>undecies</sup> 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.

7. 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.*

8. 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.*

9. Art. 442*quater*, § 1<sup>er</sup> 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.*