

Numéros du rôle : 5722 et 5806
Arrêt n° 133/2014 du 25 septembre 2014

A R R E T

---

*En cause* : les questions préjudicielles relatives aux articles 265, § 2, et 409, § 2, alinéa 1er, du Code des sociétés, posées par le Tribunal de commerce de Charleroi.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents J. Spreutels et A. Alen, et des juges E. De Groot, T. Merckx-Van Goey, P. Nihoul, F. Daoût et T. Giet, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président J. Spreutels,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*

## I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

a. Par jugement du 25 septembre 2013 en cause de l'Office national de sécurité sociale contre D.L. et autres, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 3 octobre 2013, le Tribunal de commerce de Charleroi a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 409, § 2, alinéa 1er, du Code des sociétés n'est-il pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution en instituant une cause objective de responsabilité pour les administrateurs, anciens administrateurs, personnes visés au § 1er qui, au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3<sup>o</sup>cties, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés et ce par rapport aux autres administrateurs, anciens administrateurs et personnes visés au § 1er dont l'existence d'une faute doit être démontrée et ce alors que, en cas de pluralité de faillites et/ou procédures de liquidation, l'ordre chronologique du prononcé des jugements dans lequel le dirigeant est impliqué et dès lors l'existence de la situation visée par la disposition légale précitée peut dépendre parfois de la volonté desdits administrateurs ou anciens administrateurs, parfois de la volonté de l'Office national de sécurité sociale et/ou parfois encore ressortir de facteurs totalement externes ? ».

b. Par jugement du 8 janvier 2014 en cause de l'Office national de sécurité sociale contre J.H., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 14 janvier 2014, le Tribunal de commerce de Charleroi a posé les questions préjudicielles suivantes :

1. « L'article 265, § 2, du Code des sociétés, tel que modifié par la loi du 20 juillet 2006, entrée en vigueur le 1er septembre 2006, n'est-il pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, éventuellement combinés avec les articles 6 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, outre l'article 1er du protocole additionnel n° 1 consacrant le droit au respect des biens, en ce qu'il est fait application dans les chefs des gérants, anciens gérants et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société de la présomption irréfragable de faute grave lorsque lesdits gérants, anciens gérants et responsables ont été impliqués antérieurement dans au moins, deux faillites, liquidations ou opérations similaires, entraînant des dettes à l'égard de l'ONSS n'ont aucune possibilité de renversement de la présomption; et ce alors que les gérants, administrateurs, dirigeants ou toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer une société civile à forme commerciale, une fondation, une A.S.B.L. et qui auraient des arriérés de cotisations à l'égard de l'ONSS ne peuvent être tenus responsables pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite dans la mesure où ces personnes morales n'ont pas la qualité de commerçant, et ne peuvent donc corrélativement jamais être déclarée en faillite; le tout, sans que telle différence de traitement soit justifiée de manière objective et raisonnable, et de manière proportionnée à l'objectif visé par le législateur ou à la finalité ainsi poursuivie par ce dernier ? »;

2. « L'article 409, § 2, alinéa 1er, du Code des sociétés n'est-il pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution en instituant une cause objective de responsabilité pour les administrateurs, anciens administrateurs, personnes visés au § 1er qui, au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3<sup>octies</sup>, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés et ce par rapport aux autres administrateurs, anciens administrateurs et personnes visés au § 1er dont l'existence d'une faute doit être démontrée et ce alors que, en cas de pluralité de faillites et/ou procédures de liquidation, l'ordre chronologique du prononcé des jugements dans lequel le dirigeant est impliqué et dès lors l'existence de la situation visée par la disposition légale précitée peut dépendre parfois de la volonté desdits administrateurs ou anciens administrateurs, parfois de la volonté de l'Office national de sécurité sociale et/ou parfois encore ressortir de facteurs totalement externes ? ».

Ces affaires, inscrites sous les numéros 5722 et 5806 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Des mémoires ont été introduits par :

- D.L., assisté et représenté par Me L. Bernard et Me S. Brux, avocats au barreau de Charleroi, dans l'affaire n° 5722;

- M.P., assisté et représenté par Me E. Balate, avocat au barreau de Mons, dans l'affaire n° 5722;

- J.-V. H., assisté et représenté par Me V. Lohisse, avocat au barreau de Bruxelles, dans l'affaire n° 5806;

- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me F. Gosselin, avocat au barreau de Bruxelles, dans les affaires n<sup>os</sup> 5722 et 5806.

D.L. a également introduit un mémoire en réponse.

Par ordonnance du 27 mai 2014, la Cour, après avoir entendu les juges-rapporteurs F. Daoût et T. Merckx-Van Goey, a décidé que les affaires étaient en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une des parties n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 18 juin 2014 et les affaires mises en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, les affaires ont été mises en délibéré le 18 juin 2014.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et les procédures antérieures*

### *Affaire n° 5722*

Le Tribunal de commerce de Charleroi est saisi de demandes de l'Office national de sécurité sociale tendant à condamner le défendeur à payer une somme de 603 438,28 euros à titre de cotisations, majorations et intérêts, sur la base de l'article 409, § 2, du Code des sociétés.

Le Tribunal relève qu'il ressort des actes de procédure que l'Office national de sécurité sociale a choisi de fonder ses demandes sur la deuxième hypothèse visée par l'article 409, § 2, du Code des sociétés, le fait qu'il est établi qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, des administrateurs, anciens administrateurs ou personnes 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. Dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu de démontrer qu'une faute grave est à la base de la faillite. Saisi par le défendeur au principal et les défendeurs en intervention et garantie d'une demande de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, le Tribunal s'interroge sur la question de savoir si le critère retenu par le législateur n'est pas constitutif d'inégalité et s'il présente un caractère suffisamment objectif pour pouvoir assimiler la situation visée par la disposition en cause à celle des dirigeants, anciens dirigeants ou personnes ayant commis une faute grave à la base de la faillite. Le Tribunal pose dès lors la question préjudicielle précitée.

### *Affaire n° 5806*

Le Tribunal de commerce de Charleroi est saisi d'une demande de l'Office national de sécurité sociale tendant à condamner le défendeur à lui payer la somme provisionnelle de 7 469,98 euros à titre de cotisations, majorations et intérêts sur la base de l'article 265, § 2, du Code des sociétés.

Le défendeur ne conteste pas les conditions d'application de la disposition légale mais il invoque la circonstance que cette disposition serait contraire au principe d'égalité énoncé aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Après avoir rappelé l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 52/2012 du 29 mars 2012, le Tribunal estime devoir poser à la Cour les deux questions préjudicielles précitées.

## III. *En droit*

- A -

### *Affaire n° 5722*

#### *Position du défendeur au principal devant le juge a quo*

A.1. Le défendeur au principal devant le juge *a quo* fait valoir qu'il était administrateur de différentes sociétés actives dans le secteur du nettoyage (titres services) qui ont connu une croissance rapide tant en termes de chiffre d'affaires que de travailleurs. Afin de soutenir cette croissance et en l'absence de toute possibilité de financement, les sociétés du réseau se sont supportées mutuellement par le biais de prêts inter-sociétés. Plusieurs sociétés ont toutefois connu d'importantes difficultés, entraînant dans leur sillage leurs sociétés sœurs incapables de récupérer les montants qu'elles avaient avancés.

Le défendeur au principal devant le juge *a quo* estime que la disposition en cause crée une discrimination entre les administrateurs dont la responsabilité est recherchée en vertu d'une faute grave nécessitant une preuve et ceux dont la responsabilité est recherchée lorsque cette faute grave est irréfragablement présumée. Pour la première catégorie, le législateur a retenu un critère objectif, l'appréciation de la faute et de sa gravité, et pour la

seconde catégorie, il a utilisé un critère qui n'est pas objectif, le critère chronologique, dont le fondement n'est pas objectivement et raisonnablement justifié.

Pour voir sa responsabilité établie, le dirigeant doit avoir été impliqué dans deux faillites antérieures et il faut que ces faillites aient entraîné des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale. Le critère d'antériorité des faillites se base sur la date du prononcé de ces faillites. Ce critère conduit à de flagrantes différences de traitement liées à l'antériorité et au comportement économique, ainsi qu'à l'ordre du prononcé des faillites. Un administrateur, même consciencieux, est irréfragablement considéré comme de mauvaise foi lorsqu'il gère plusieurs sociétés dont les faillites sont successivement prononcées alors qu'un administrateur, même de mauvaise foi, qui fait aveu de faillite pour l'ensemble de ses sociétés le même jour et demande fixation à la même audience ne tombe pas sous le coup de la présomption. Par ailleurs, « les administrateurs dont les sociétés sont successivement déclarées en faillite, à quelques jours d'intervalle, sont traités différemment [des] dirigeants dont toutes les sociétés seraient déclarées en faillite le même jour ou fixées à la même audience, en fonction des nécessités du rôle ». La discrimination tient encore au fait que l'Office national de sécurité sociale (ONSS) a aussi la possibilité de modaliser arbitrairement l'assiette de la responsabilité en choisissant l'ordre dans lequel il cite les sociétés en faillite. Dans le régime de la faute grave prouvée, l'ONSS ne peut pas faire ce choix arbitraire et doit prouver la faute dans chaque hypothèse de faillite.

*Position du défendeur en intervention et garantie M.P.*

A.2. Le défendeur en intervention et garantie M.P. relève que la disposition en cause ne retient que la date du prononcé de la faillite pour apprécier l'antériorité des faillites, liquidations et opérations similaires. Ce faisant, elle peut aboutir à traiter de manière différente des situations identiques ou similaires qui donnent lieu à une chronologie distincte dans le prononcé des faillites. La chronologie du prononcé des faillites peut tenir au choix fait par un dirigeant qui prend l'initiative de faire aveu de faillite pour différentes sociétés dans un ordre déterminé. Elle peut également résulter du fait que les sociétés ont leur siège social dans des arrondissements différents, ce qui peut conduire à des prononcés de faillites à des moments différents. Le critère de la date du prononcé de la faillite n'est donc pas un critère objectif pour la détermination de la responsabilité objective des dirigeants, anciens dirigeants et personnes en cause puisque cette date peut dépendre de la volonté de ces personnes ou de la volonté de l'ONSS ou encore de facteurs totalement externes. La partie conclut dès lors à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

*Position du Conseil des ministres*

A.3. Le Conseil des ministres estime que les deux catégories de personnes visées par la question préjudicielle semblent effectivement se trouver dans des situations comparables dès lors qu'il s'agit dans les deux cas de dirigeants de sociétés déclarés en faillite qui ont des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale.

Il résulte par ailleurs des travaux préparatoires de la loi-programme du 20 juillet 2006, à l'origine de la disposition en cause, que le législateur a voulu réagir rapidement face à de nouvelles activités ou attitudes de dirigeants malhonnêtes. A l'instar de la disposition en cause dans l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 139/2009 du 17 septembre 2009, la disposition litigieuse instaure dès lors une responsabilité objective, la faute grave ne devant pas être démontrée.

Selon le Conseil des ministres, la disposition en cause peut recevoir une interprétation conforme au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination, comme la Cour l'a jugé dans son arrêt n° 139/2009 précité. Les mêmes considérants sont transposables à la disposition en cause puisque, dans le cadre de son application, le tribunal de commerce exerce un contrôle de pleine juridiction à l'égard de l'action intentée par l'ONSS et le curateur. En effet, le juge pourra examiner, en droit et en fait, si la solidarité du dirigeant doit s'étendre à tout ou partie des cotisations sociales, majorations et intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire réclamée. Il pourra donc déterminer dans le cas d'espèce la mesure de la solidarité précitée et apprécier la

proportionnalité de la sanction au regard des éléments propres au cas d'espèce qui lui est soumis. Dans cette interprétation, la disposition en cause ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

*Réponse du défendeur au principal devant le juge a quo*

A.4. Le défendeur au principal devant le juge *a quo* estime que le Conseil des ministres n'explique pas clairement le raisonnement que devrait suivre le juge lorsqu'il constate qu'une des conditions dont il doit vérifier la présence est en elle-même discriminatoire. Le contrôle du juge ne s'exerce que sur deux points : la réunion objective des conditions légalement fixées et le *quantum*. Le Conseil des ministres tente d'étendre indûment la portée de l'arrêt n° 139/2009, qui portait sur le *quantum* et non sur les conditions d'application de la responsabilité. Il est erroné de prétendre que le juge pourrait écarter le critère chronologique lorsqu'il constate que ce dernier est rencontré alors que ce critère constitue la base de la responsabilité contestée.

Non seulement l'arrêt n° 139/2009 n'est pas d'application, mais le Conseil des ministres en fait de toute façon une lecture erronée. Cet arrêt doit se lire dans un sens conforme à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel l'automatisme d'une responsabilité ne peut être corrigé lors de la détermination de la peine. La partie se fonde à cet égard sur l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 2 juin 2005 dans l'affaire *Goktepe c. Belgique*. La partie conclut que l'interprétation du Conseil des ministres ne peut être prise en considération.

*Affaire n° 5806*

*Position du défendeur devant le juge a quo*

A.5. Le défendeur devant le juge *a quo* estime que la première question préjudicielle appelle une réponse positive. La faillite, la liquidation, la déconfiture, la procédure de réorganisation judiciaire sont des situations qui peuvent occasionner un passif social dans le chef d'une société tant commerciale que civile. Par manque d'actifs, la société ne parvient pas à apurer son passif auprès de l'ONSS. La disposition en cause a prévu une solidarité pour les dirigeants des sociétés commerciales, alors que dans l'autre hypothèse, l'irresponsabilité est de mise. Aucune disposition équivalente à la disposition en cause n'existe pour les sociétés civiles à forme commerciale.

A.6. Le défendeur devant le juge *a quo* estime que la deuxième question préjudicielle appelle également une réponse positive. Le législateur a eu, en effet, en vue, lors de la mise en place du système de responsabilité objective par la loi du 20 juillet 2006, l'hypothèse d'un dirigeant qui laisse s'accumuler les dettes sociales dans une première société jusqu'à sa faillite ou sa liquidation, reprend une deuxième société qui accumule également des dettes sociales avant sa faillite ou liquidation et procède encore ainsi de suite avec d'autres sociétés. Or, il vise aussi d'autres hypothèses, celles où un dirigeant est susceptible d'être impliqué dans plusieurs faillites sans pour autant qu'il s'agisse d'entreprises constituées de manière successive. En l'espèce, la partie était à la tête de sociétés non pas successives mais concomitantes, qui avaient toutes le même objet social, à savoir l'exploitation de restaurants-snacks-fritures. Les difficultés rencontrées pour chacune de ces sociétés sont liées à la crise, de telle sorte que celles rencontrées par l'une des sociétés ont également été rencontrées par les autres. Le critère retenu par le législateur est donc constitutif d'inégalité et ne présente pas un caractère suffisamment objectif pour pouvoir assimiler cette situation à celle des dirigeants, anciens dirigeants ou personnes ayant commis une faute grave à la base de la faillite.

*Position du Conseil des ministres*

A.7. Concernant la première question préjudicielle, le Conseil des ministres estime que la différence de traitement entre les dirigeants d'une société commerciale et les dirigeants d'une société civile à forme commerciale, d'une fondation ou d'une ASBL repose sur un critère objectif et est raisonnablement justifiée par rapport au but légitime poursuivi. C'est l'article 3, § 2, du Code des sociétés qui détermine la nature civile ou commerciale d'une société en fonction de son objet statutaire. L'objet est commercial si la société a pour but d'accomplir des actes réputés commerciaux énumérés aux articles 2 et 3 du Code de commerce; il est civil lorsque la société poursuit l'accomplissement d'actes qui échappent à cette catégorie. L'instauration d'une

société civile à forme commerciale résulte de la loi du 14 juin 1926 qui visait à améliorer la situation des sociétés qui n'étaient pas commerçantes en leur permettant de bénéficier de la personnalité juridique. Ces sociétés conservent cependant leur caractère civil et n'ont pas la qualité de commerçant, de sorte qu'elles échappent aux règles propres aux commerçants et ne peuvent être déclarées en faillite. Lors de l'adoption du Code des sociétés, le législateur a confirmé sa volonté de laisser aux sociétés civiles à forme commerciale leur caractère exclusivement civil. Le critère de distinction retenu par le législateur repose donc sur la distinction objective et pertinente entre les personnes morales ayant un objet civil et celles ayant un objet commercial. Concernant la différence entre les ASBL et les sociétés commerciales, le Conseil des ministres se réfère à l'arrêt de la Cour n° 161/2008 du 20 novembre 2008. Le Conseil des ministres rappelle en outre que la responsabilité objective du dirigeant d'une société commerciale est raisonnablement justifiée et proportionnée dès lors qu'il dispose de l'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction dans le cadre du traitement de l'action intentée à son égard.

A.8. Concernant la deuxième question préjudicielle, le Conseil des ministres reproduit l'argumentation qu'il a développée à propos de l'affaire n° 5722, dès lors que cette question est identique à la question posée dans l'affaire n° 5722 (voy. A.3).

- B -

B.1.1. L'article 265, § 2, du Code des sociétés dispose :

« Sans préjudice du § 1er, l'Office national de Sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les gérants, anciens gérants et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54ter de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus au moment du prononcé de la faillite, 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, les gérants, anciens gérants et responsables se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3octies, 8° de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent l'action en responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants visés à l'alinéa 1er devant le tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société.

Le § 1er, alinéa 2, n'est pas d'application vis-à-vis de l'Office et du curateur précité en ce qui concerne les dettes visées ci-dessus.

Est considérée comme faute grave, toute forme de fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 5, § 3, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ainsi que le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales. Le Roi peut, après avis du comité

de gestion de l'Office national de sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances qui, en vue de l'application du présent paragraphe, peuvent également être considérés comme faute grave ».

L'article 409, § 2, du Code des sociétés dispose :

« Sans préjudice du § 1er, l'Office national de Sécurité sociale et le curateur peuvent tenir les administrateurs, anciens administrateurs et personnes visés au § 1er comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54<sup>ter</sup> de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, dus au moment du prononcé de la faillite, 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, ces administrateurs, anciens administrateurs et personnes se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3<sup>octies</sup>, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent l'action en responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs visés à l'alinéa 1er devant le tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société.

Le § 1er, alinéa 2, n'est pas d'application vis-à-vis de l'Office et du curateur précité en ce qui concerne les dettes visées ci-dessus.

Est considérée comme faute grave, toute forme de fraude fiscale grave, organisée ou non, au sens de l'article 5, § 3, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ainsi que le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales. Le Roi peut, après avis du comité de gestion de l'Office national de Sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances qui, en vue de l'application du présent paragraphe, peuvent également être considérés comme faute grave ».

B.1.2. L'article 38, § 3<sup>octies</sup>, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés, auquel l'article en cause renvoie, dispose :

« Pour pouvoir prétendre au bénéfice de la dispense totale ou partielle de cotisations de sécurité sociale visées aux §§ 3 et 3<sup>bis</sup>, de la dispense totale ou partielle de versement des cotisations retenues, d'une réduction de cotisations de sécurité sociale visées aux §§ 2, 3 et 3<sup>bis</sup>, ainsi que d'un régime de cotisations forfaitaires prévu par ou en vertu de la présente loi, l'employeur ne peut se trouver dans une des situations suivantes :



[...]

8. s'il s'agit d'une personne morale, compter parmi les administrateurs, les gérants ou les personnes ayant le pouvoir d'engager la société, des personnes qui ont été impliquées 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.

[...] ».

B.2. Les articles 265, § 2, et 409, § 2, du Code des sociétés instaurent une responsabilité spéciale pour des cotisations de sécurité sociale impayées, d'une part, dans le chef des gérants, anciens gérants et de toutes autres personnes qui ont détenu le pouvoir de gérer une société privée à responsabilité limitée et, d'autre part, dans le chef des administrateurs, anciens administrateurs et de toutes autres personnes qui ont détenu le pouvoir de gérer une société coopérative à responsabilité limitée. En effet, sous certaines conditions, ils peuvent être considérés comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54<sup>ter</sup> de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 « pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs », dus au moment du prononcé de la faillite.

Pour qu'il puisse en être jugé ainsi, il doit toutefois être établi soit qu'ils ont commis une faute grave qui était à la base de la faillite (première hypothèse), soit 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 (seconde hypothèse). Les questions préjudicielles ne concernent que cette dernière hypothèse, de sorte que la Cour limite son examen à celle-ci. La Cour ne se prononce dès lors ni sur la responsabilité résultant d'une faute grave qui est à la base de la faillite ni sur ce qui est considéré comme une faute grave à l'alinéa 4 des dispositions en cause.

B.3. La question préjudicielle dans l'affaire n° 5722 et la seconde question préjudicielle dans l'affaire n° 5806 concernent la compatibilité, avec les articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 409, § 2, alinéa 1er, du Code des sociétés en ce qu'il institue, pour une catégorie déterminée d'administrateurs ou d'anciens administrateurs, une cause objective

de responsabilité, alors que, en cas de pluralité de faillites et/ou de procédures de liquidation, l'ordre chronologique du prononcé des jugements dans lequel le dirigeant est impliqué et dès lors l'existence de la situation visée par la disposition légale pouvant dépendre parfois de la volonté desdits administrateurs ou anciens administrateurs, parfois de la volonté de l'Office national de sécurité sociale et/ou parfois encore ressortir de facteurs totalement externes.

B.4. L'instauration d'un régime spécial de responsabilité pour les dettes de sécurité sociale a été justifiée comme un instrument de meilleure perception des cotisations de sécurité sociale (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2517/003, p. 7; DOC 51-2517/011, p. 8).

Lors de la discussion de l'amendement qui a donné lieu à la modification des dispositions en cause par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), il a été souligné que ces dispositions étaient surtout dirigées contre les entrepreneurs malhonnêtes :

« Il est inadmissible que certains employeurs malhonnêtes créent des entreprises et disparaissent au moment où les premiers paiements doivent être effectués, pour ensuite créer une nouvelle société, et ainsi de suite. Il importe que les cotisations dues soient payées correctement » (*Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2760/030, p. 6).

B.5. La responsabilité personnelle et solidaire de la catégorie de personnes visée dans les questions préjudicielles, instaurée par les dispositions en cause, est décrite comme une « responsabilité objective » (avis de la section de législation du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2517/003, n° 1, p. 10). En effet, la circonstance qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, les administrateurs et anciens administrateurs ont déjà été impliqués dans au moins deux autres faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale peut, tout comme « une faute grave [qui est] à la base de la faillite », entraîner leur responsabilité personnelle et solidaire.

B.6. La mesure en cause, qui vise la catégorie des administrateurs et anciens administrateurs se trouvant dans la situation décrite en B.5, repose sur un critère qui est en rapport avec l'objectif mentionné en B.4, puisqu'elle vise les administrateurs et anciens

administrateurs de ces sociétés qui sont restées de façon répétée en défaut de payer les cotisations de sécurité sociale.

B.7. Les contestations relatives aux cotisations de sécurité sociale peuvent entrer dans le champ d'application de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la base d'une mise en balance des aspects de droit public et de droit privé caractérisant le régime à examiner (CEDH, 9 décembre 1994, *Schouten et Meldrum c. Pays-Bas*, §§ 52-60). Lorsque, comme en l'espèce, sur la base des dispositions en cause, ce n'est pas la société assujettie elle-même mais bien les administrateurs et anciens administrateurs de celle-ci qui peuvent être condamnés, par dérogation au régime ordinaire de la responsabilité, sur leur patrimoine personnel, au paiement des cotisations de sécurité sociale et suppléments exigibles, la contestation porte sur des « droits et obligations de caractère civil » au sens de la disposition conventionnelle précitée.

Il en résulte que le droit d'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction doit être assuré aux administrateurs et anciens administrateurs visés dans les dispositions en cause, en ce qui concerne l'action intentée par l'Office national de sécurité sociale ou par le curateur.

B.8. Les dispositions en cause instaurent une responsabilité objective et confèrent à l'Office national de sécurité sociale et au curateur un pouvoir d'appréciation pour réclamer la totalité ou une partie des cotisations de sécurité sociale et suppléments dus.

L'action en responsabilité personnelle et solidaire doit toutefois être intentée auprès d'une juridiction, à savoir le tribunal de commerce qui connaît de la faillite de la société. Ce tribunal doit vérifier si les conditions légales de la responsabilité personnelle et solidaire sont réunies et examiner notamment si les administrateurs et anciens 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.

Par ailleurs, en ce qu'elles prévoient que les personnes qu'elles visent peuvent être considérées comme étant personnellement et solidairement responsables « pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire », les dispositions en cause permettent à l'Office national de sécurité sociale et au curateur de déterminer la mesure de cette solidarité et le tribunal doit pouvoir 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. Par conséquent, relativement au montant des cotisations de sécurité sociale et suppléments dus, le tribunal compétent dispose, dans le cadre du traitement de l'action intentée, du même pouvoir d'appréciation que l'Office national de sécurité sociale et que le curateur. Dans cette interprétation, l'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction est garanti aux administrateurs et anciens administrateurs concernés.

B.9.1. Les dispositions en cause prévoient que les personnes visées « peuvent » être tenues pour responsables, de sorte que c'est le juge qui devra établir si, dans le cas concret, la responsabilité personnelle et solidaire des administrateurs et anciens administrateurs est engagée (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, DOC 51-2517/011, p. 14).

B.9.2. Ainsi qu'il est indiqué en B.4, il ressort de la genèse des dispositions en cause que le législateur a entendu avant tout engager la responsabilité des administrateurs et anciens administrateurs de mauvaise foi qui se rendent coupables de fraude sociale en constituant une entreprise dont ils provoquent ensuite la faillite sans avoir payé les dettes de sécurité sociale et qui répètent plusieurs fois ce procédé.

Le juge, qui doit apprécier si les conditions légales de la responsabilité personnelle et solidaire sont remplies, peut, dans le cas d'une implication réitérée dans des faillites comportant des dettes de sécurité sociale, vérifier s'il est question d'un tel procédé de répétition frauduleuse et peut dès lors tenir compte, lors de la détermination de la hauteur des sommes auxquelles l'administrateur et l'ancien administrateur sont tenus, du fait qu'ils étaient ou non de bonne foi.

B.9.3. Sous réserve de cette interprétation, la mesure en cause est raisonnablement justifiée au regard de l'objectif poursuivi et la question préjudicielle dans l'affaire n° 5722

ainsi que la seconde question préjudicielle dans l'affaire n° 5806 appellent une réponse négative.

B.10. La première question préjudicielle dans l'affaire n° 5806 concerne la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés ou non avec les articles 6 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi qu'avec l'article 1er du Premier Protocole additionnel à cette Convention, de l'article 265, § 2, du Code des sociétés en ce qu'il est fait application, pour la catégorie visée des gérants, anciens gérants et toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, de la présomption irréfutable de faute grave, alors que les gérants, administrateurs ou toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer une société civile à forme commerciale, une fondation ou une ASBL ne peuvent être tenus responsables pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite dans la mesure où ces personnes morales n'ont pas la qualité de commerçant et ne peuvent donc corrélativement jamais être déclarées en faillite.

B.11. La différence de traitement entre les personnes selon qu'elles gèrent, administrent ou dirigent, d'une part, une société commerciale ou, d'autre part, une société civile à forme commerciale, une fondation ou une ASBL, repose sur un critère objectif, à savoir la nature civile ou commerciale de la personne morale. Seules les sociétés commerciales peuvent être déclarées en faillite. Dès lors que les dispositions en cause visent des hypothèses de faillites, le critère de distinction qu'elles retiennent est pertinent par rapport à l'objectif de la mesure, qui, par ailleurs, peut se justifier objectivement et raisonnablement pour les motifs et sous les réserves exposées en B.4 à B.9.

La circonstance que d'éventuelles fraudes seraient commises par les personnes qui gèrent, administrent ou dirigent des sociétés civiles, des ASBL ou des fondations n'est pas de nature à priver à elle seule les dispositions en cause de leur justification.

B.12. La première question préjudicielle dans l'affaire n° 5806 appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

Sous réserve de l'interprétation mentionnée en B.8 et B.9, l'article 265, § 2, et l'article 409, § 2, du Code des sociétés ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi rendu en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 25 septembre 2014.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

J. Spreutels