

et responsables se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3^octies, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés.

L'article 38, § 3^octies, 8°, de la loi du 29 juin 1981 se réfère au cas où ces administrateurs 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.

Lorsqu'ils sont impliqués dans une faillite comportant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement de cotisations de sécurité sociale qui est aussi prononcée à la date de la faillite de la société dont les dettes sociales constituent l'objet de la responsabilité visée à l'article 265, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés, la première de ces faillites est considérée, pour l'application de cet article 265, § 2, alinéa 1^{er}, comme s'étant produite au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la seconde de ces faillites.

2. Il ressort de l'arrêt que :

- le défendeur était gérant des sociétés privées à responsabilité limitée DWL, Move Your Business et All More ;
- la société privée à responsabilité limitée DWL a été déclarée en faillite le 13 octobre 2009 et cette faillite comportait des dettes sociales ;
- les sociétés privées à responsabilité limitée Move Your Business et All More ont été déclarées en faillite le 13 septembre 2012 et ces faillites comportaient des dettes sociales.

3. En ne tenant pas compte de la faillite de la société privée à responsabilité limitée Move Your Business comme étant une faillite antérieure qui s'est produite au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite de la société privée à responsabilité limitée All More, au motif que les deux faillites ont été déclarées à la même date, les juges d'appel n'ont pas légalement justifié leur décision.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué ;

(...) Renvoie la cause devant la Cour d'appel de Gand.

OBSERVATIONS

La notion de faillite « antérieure » dans le cadre de l'application de la responsabilité particulière des dirigeants de sociétés à l'égard des cotisations sociales

Cet arrêt offre une interprétation intéressante de la notion de faillite « antérieure² » dans le cadre de l'application de la responsabilité particulière des dirigeants de sociétés à l'égard des cotisations sociales.

2. À savoir qu'au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, le dirigeant a été impliqué « 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 » (lecture combinée des articles 265, § 2, alinéa 1^{er}, du Code des sociétés et 38, § 3^octies, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés).

L'espèce est particulière et la responsabilité personnelle du gérant d'une SPRL était engagée dans un contexte peu banal, mais non exceptionnel cependant.

F.H. a été le gérant de trois SPRL, l'une déclarée en faillite en 2009 et les deux autres déclarées en faillite *le même jour*, 13 septembre 2012 ; chaque faillite laisse l'ONSS sur le carreau.

Peut-on considérer que l'une des deux faillites prononcées le 13 septembre 2012 constitue une des deux faillites antérieures s'étant produite « au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite³ » ? Les conséquences ne sont pas anodines puisqu'une responsabilité objective a été instaurée par le législateur spécial en 2006⁴ à charge 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* : ils sont personnellement et solidairement tenus à l'égard de l'ONSS et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, majorations et intérêts de retard.

Le Tribunal de Commerce d'Anvers, division Hasselt, puis la cour d'appel avaient répondu négativement : quand deux faillites sont prononcées à la même date, on ne peut estimer que l'une a été prononcée avant l'autre ; il n'y a pas de « *séquence* » dans le temps.

La cour s'est fait sanctionner par la Cour de cassation, qui estime qu'elle aurait dû tenir compte de la faillite de la SPRL prononcée le même jour « comme étant une faillite antérieure qui s'est produite au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite » puisque « les deux faillites ont été déclarées à la même date ».

La cour donne donc un sens particulier au terme « antérieur » puisqu'une faillite *simultanée* peut être considérée comme une faillite *antérieure*.

Il suffit... qu'elle ait été prononcée avant l'autre, ne fut-ce que de quelques minutes.

Les dirigeants vont-ils désormais calculer et développer des stratégies afin que soit prononcée *en dernier lieu* la faillite de la société qui laisse le moins d'ardoise ONSS, sachant qu'ils seront épargnés pour les dettes ONSS des deux premières ?

Suite à cet arrêt de la Cour de cassation, c'est malheureusement bien possible...

Sur le site de la Cour de cassation, le sommaire de cet arrêt renvoie à l'arrêt de la même chambre de la cour du 24 mars 2016 publié dans le *J.D.S.C.*, 2017, n° 1335, p. 231 ; on y renvoie le lecteur intéressé. La question était distincte puisque de manière inattendue, la Cour d'appel de Bruxelles avait exclu l'application de la responsabilité particulière d'un dirigeant pour les dettes de la société faillie à l'égard de l'ONSS au motif... de sa bonne foi ! La Cour de cassation a rappelé que « La bonne foi des dirigeants ou des anciens dirigeants est sans pertinence pour déterminer s'ils peuvent ou non être déclarés personnellement responsables pour les cotisations sociales. Le juge peut, toutefois, tenir compte de la bonne foi lors de la détermination du montant des cotisations auxquelles ces dirigeants ou anciens dirigeants sont tenus. »

3. Second paragraphe des articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés.

4. Loi programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2^e édition, p. 36.921, articles 56, 57 et 58.

On renvoie également le lecteur à l'arrêt n° 79/2014 du 8 mai 2014 de la Cour constitutionnelle, publié dans le *J.D.S.C.*, 2014, n° 1169, p. 226, qui rappelle l'objectif poursuivi par le législateur en ces termes :

« 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. Lors de la discussion de l'amendement qui a donné lieu à la modification de la disposition en cause par la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (I), il a été souligné que cette disposition était surtout dirigée 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., Ch., 2006-2007, DOC 51-2760/030, p. 6). (...) »

B.9.2. Ainsi qu'il est indiqué en B.4, il ressort de la genèse de la disposition en cause que le législateur a entendu avant tout engager la responsabilité des gérants et 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 auxquels le gérant ou l'administrateur est tenu, du fait que celui-ci était ou non de bonne foi. ». Les récidivistes étaient donc dans la ligne de mire du législateur.

On renvoie aussi le lecteur intéressé à l'arrêt n° 139/2009 du 17 septembre 2009 de la Cour constitutionnelle publié dans le *J.D.S.C.*, 2010, n° 958, p. 152.

Voir également l'intéressante note intitulée « *La Cour de cassation confirme : le temps est relatif* » publiée par A. VAN HOEL et K. DE SMET dans *R.D.C./T.B.H.*, 2017/7, pp. 751 et s.

Notons enfin que la loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique⁵⁶, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au Livre XX, dans le Livre I du Code de droit économique a supprimé, par ses articles 57, 58 et 59, les articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés relatifs à l'action en comblement de passif, puisqu'ils sont désormais intégrés directement dans ce Code. Ainsi, l'article XX.225 du CDE prévoit, en son premier paragraphe, la responsabilité de tout dirigeant de droit ou de fait en cas de faillite et d'insuffisance d'actif, s'il

5. En abrégé : CDE.

6. Signalons d'une part, que le souhait originel du législateur de placer dans le livre XX du CDE l'ensemble des règles relatives à la responsabilité des dirigeants a échoué puisque seule l'action en comblement de passif a quitté le Code des sociétés pour intégrer le CDE ; d'autre part, que le livre VII consacré aux « Actions en responsabilité » ne s'applique expressément pas aux personnes physiques qui exercent à titre indépendant une activité professionnelle selon l'article XX.224, mais n'est désormais plus limitée aux SA, SPRL et SCRL ; enfin, que seul le régime de « faveur » de l'ONSS se retrouve dans le CDE, le régime particulier relatif au précompte professionnel et à la T.V.A. demeurant dans « leurs codes respectifs » (articles 442^{quater} du CIR 92 et 93^{undecies} C du Code T.V.A.).

a commis une faute grave et caractérisée (avec la présomption légale relative à la fraude fiscale), et en son deuxième paragraphe, la « faveur » faite aux petites entreprises en faillite⁷. C'est l'article XX.226 du CDE qui envisage désormais la responsabilité particulière des dirigeants à l'égard de l'ONSS et du curateur pour les arriérés de cotisations sociales et leurs accessoires.

Il convient de signaler, sans toutefois entrer ici dans les détails, que l'intégration de l'action en comblement de passif dans le CDE a entraîné une certaine reformulation par le législateur des règles applicables.

Relevons notamment :

- l'article XX.226, § 3, qui organise la « collaboration » entre le créancier isolé qui voudrait introduire cette action et le curateur, titulaire d'un monopole à cet égard jusqu'à la loi du 4 septembre 2002⁸ ; le créancier lésé ne peut notamment pas introduire l'action avant d'avoir sommé le curateur de le faire, et patienté un mois ; si le curateur intervient dans la procédure introduite par le créancier, il est de plein droit réputé poursuivre l'action en tant que successeur en droit du créancier ;
- l'article XX.226, § 5, qui définit désormais le mode de partage de l'indemnisation, comme suit : en réparation d'une diminution ou d'une absence d'actif, la répartition est proportionnelle entre les créanciers en respectant les causes légitimes de préférences sur cet actif, et donc selon le rang des créanciers ; en réparation d'une aggravation du passif, la répartition est proportionnelle entre tous les créanciers sans tenir compte des causes légitimes de préférences, et donc au marc le franc ; en tous les cas, la répartition s'effectue déduction faite des frais de la masse.

7. Pas d'action en comblement de passif contre les dirigeants d'une entreprise en faillite qui a réalisé au cours des trois exercices qui précèdent la faillite ou au cours de tous les exercices si l'entreprise a été constituée depuis moins de trois ans, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620 000,00 EUR hors taxe sur la valeur ajoutée et lorsque le total du bilan du dernier exercice n'a pas dépassé 370 000,00 EUR.

8. Loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, *M.B.*, 21 septembre 2002, pp. 42.928 et s.