

Numéro du rôle : 5179

Arrêt n° 52/2012
du 29 mars 2012

ARRET

En cause : la question préjudicielle relative à l'article 265, § 2, du Code des sociétés, posée par le Tribunal de commerce de Mons.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents R. Henneuse et M. Bossuyt, et des juges A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke, J. Spreutels et T. Merckx-Van Goey, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président R. Henneuse,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* *

I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 26 mai 2011 en cause de l'Office national de sécurité sociale contre Rosario Franciamore, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 6 juillet 2011, le Tribunal de commerce de Mons a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 265, § 2, du Code des sociétés viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution en ce que :

il prévoit que les gérants d'une SPRL, anciens gérants et toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société pourront être tenus comme étant personnellement et solidairement responsables pour la totalité ou une partie des cotisations sociales, majorations, intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire (...), dus au moment du prononcé de la faillite, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ces personnes se sont trouvées 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, sans qu'elles puissent renverser la présomption de responsabilité qui pèse sur elles,

alors que :

l'article 442*quater* CIR 92, qui prévoit également une responsabilité solidaire des dirigeants d'une société commerciale pour non-paiement du précompte professionnel par la société,

- dispose que cette responsabilité est subordonnée à la preuve d'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil,

- que, si le non-paiement répété par la société du précompte professionnel est présumé résulter d'une telle faute, la preuve contraire peut être rapportée et

- qu'il n'y a pas présomption de faute, lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire,

et que :

l'article 93*undecies* C [du Code de la TVA] prévoit des dispositions similaires en cas de non-paiement de la TVA ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- l'Office national de sécurité sociale, dont le siège est établi à 1060 Bruxelles, place Victor Horta 11;

- le Conseil des ministres.

A l'audience publique du 29 février 2012 :

- a comparu Me F. Viseur, qui comparaisait également *loco* Me S. Depré, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;
- les juges-rapporteurs J.-P. Snappe et E. Derycke ont fait rapport;
- l'avocat précité a été entendu;
- l'affaire a été mise en délibéré.

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 la procédure antérieure

L'Office national de sécurité sociale (ONSS) a intenté une action en récupération de cotisations de sécurité sociale, majorations et intérêts impayés pour un montant de 105 307,73 euros contre le défendeur devant le juge *a quo*, gérant de la SPRL « All Construct » en état de faillite. Selon l'ONSS, le défendeur aurait été impliqué, au cours des cinq années précédentes, en tant que gérant, dans deux autres SPRL, toutes deux déclarées en faillite.

L'ONSS fait valoir, dans la procédure devant le Tribunal de commerce de Mons, qu'en vertu de l'article 265, § 2, du Code des sociétés, le défendeur est, pour cette raison, tenu pour personnellement et solidairement responsable de la totalité ou d'une partie des cotisations sociales exigibles au moment du prononcé de la faillite.

Le défendeur devant le juge *a quo* estime que l'article précité ne peut pas être appliqué, et ce, même en dépit de l'arrêt de la Cour n° 139/2009 du 17 septembre 2009, parce que la différence de traitement entre les gérants de SPRL soumis au régime de l'article 265, § 2, du Code des sociétés et les personnes physiques qui peuvent bénéficier de l'excusabilité n'est pas justifiée. Il considère également que la différence de traitement entre dettes fiscales et dettes de cotisations de sécurité sociale n'est pas non plus justifiée. En effet, pour les dettes fiscales, l'Etat belge doit établir l'existence d'une faute dans le chef de l'organe de la société faillie, pour engager la condamnation solidaire de ce dernier. Il considère que le caractère irréfragable de la présomption de responsabilité instaurée par l'article 265, § 2, du Code des sociétés n'est pas justifié.

La juridiction *a quo* considère que la situation d'un failli personne physique et celle de l'organe d'une société faillie ne sont pas comparables. En revanche, elle constate que l'article 265, § 2, du Code des sociétés instaure un régime de responsabilité objective sur la base d'une présomption irréfragable. Selon le Tribunal, un régime différent est ainsi instauré par rapport au gérant d'une SPRL faillie qui, en cas de non-paiement par la société du précompte professionnel ou de la TVA, n'est tenu, conformément aux articles 442*quater* du Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR 1992) et 93*undecies* C du Code de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : le Code de la TVA), que sur la base d'une présomption de responsabilité réfragable. Cette différence de traitement ne serait pas justifiée par le législateur.

Le Tribunal de commerce de Mons a dès lors posé la question préjudicielle reproduite plus haut.

III. *En droit*

- A -

Position de l'ONSS

A.1. C'est un jugement qui, le cas échéant, institue le gérant de la société personnellement responsable des dettes sociales et non une présomption légale. En effet, aux termes de l'article 265, § 2, du Code des sociétés, seule une autorité judiciaire pourra juger si les conditions (faute grave ou implication répétée dans une faillite) sont réunies. En matière fiscale, la situation est différente. L'article 442^{quater} du CIR 1992 et l'article 93^{undecies} C du Code de la TVA instituent la responsabilité solidaire des dirigeants de la société sans qu'une action judiciaire préalable du tribunal soit nécessaire. L'ONSS reconnaît qu'une action judiciaire est toutefois ouverte, mais *a posteriori*, instance au cours de laquelle ces dirigeants pourront démontrer que le manquement ne leur est pas imputable.

Ainsi, dans les deux cas, le gérant ou responsable de fait est autorisé à démontrer devant le juge son absence de responsabilité. Dans le premier cas, la responsabilité personnelle du gérant de la société dépend d'un jugement; dans le second, elle précède le jugement mais, dans les deux cas, elle est réfragable si tant est que l'on puisse parler de présomption.

A la limite, la situation des gérants et organes de la société est plus favorable en droit des sociétés qu'en droit fiscal. En droit des sociétés, l'ONSS « peut » tenir les gérants pour personnellement et solidairement responsables mais l'ONSS doit, pour que la responsabilité des gérants soit engagée, intenter une action judiciaire (article 265, § 2, du Code des sociétés).

Il n'y a donc pas de traitement moins favorable pour les dettes de cotisations sociales - bien au contraire - mais seulement des conditions différentes pour que la responsabilité personnelle des gérants puisse être reconnue.

La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Position du Conseil des ministres

A.2.1. La différence de traitement ne concerne pas des personnes mais uniquement deux types de dettes, les dettes fiscales et les dettes sociales, par rapport auxquelles les gérants d'entreprises (et assimilés) n'ont pas la même responsabilité.

La question préjudicielle n'appelle donc pas de réponse en l'espèce.

A.2.2. En ordre subsidiaire, la différence de traitement entre les dettes en question est, selon le Conseil des ministres, d'ailleurs justifiée. Il renvoie à l'arrêt de la Cour n° 182/2002 du 11 décembre 2002. Dès lors que ces deux types de dettes ne sont pas identiques, les différences de traitement procédurales entre le recouvrement des dettes fiscales et celui des dettes sociales ne peuvent être considérées comme entraînant une violation des articles 10 et 11 de la Constitution. De même, le régime de responsabilité des gérants d'entreprises eu égard à celles-ci est logiquement différent.

La responsabilité objective du gérant n'intervient, aux termes de l'article 265, § 2, du Code des sociétés, que dans le cadre de la faillite d'une SPRL et dans deux hypothèses : la faute du gérant ou l'hypothèse de faillites multiples. Par contre, les possibilités offertes à l'administration fiscale de mettre en œuvre la responsabilité du gérant de l'entreprise sont plus larges puisqu'elle peut invoquer celle-ci dès l'apparition d'un manquement aux obligations de cette entreprise au paiement de la TVA ou du précompte professionnel.

La question préjudicielle appelle, partant, une réponse négative.

- 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 54^{ter} 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, § 3^{octies}, 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 et organisée au sens de l'article 3, § 2, 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 38, § 3^{octies}, 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^{bis}, de la dispense totale ou partielle de versement des cotisations retenues, d'une réduction de cotisations de sécurité sociale visées aux §§ 2, 3 et

3bis, 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.1.2. L'article 442^{quater} du Code des impôts sur les revenus 1992 (CIR 1992) dispose :

« § 1er. 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.

Par dirigeant de la société ou de la personne morale au sens du présent article, l'on entend toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir de gérer la société ou la personne morale, à l'exclusion des mandataires de justice.

§ 2. Le non-paiement répété par la société ou la personne morale du précompte professionnel, est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1er, alinéa 1er.

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement du précompte professionnel au sens du présent article, l'on entend :

- soit, pour un redevable trimestriel du précompte, le défaut de paiement d'au moins deux dettes échues au cours d'une période d'un an;
- soit, pour un redevable mensuel du précompte, le défaut de paiement d'au moins trois dettes échues au cours d'une période d'un an.

§ 3. 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 réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

§ 4. 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.

§ 5. 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 ».

L'article 93*undecies* C du Code de la taxe sur la valeur ajoutée (ci-après : Code de la TVA) dispose :

« § 1er. 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, assujettie à la T.V.A., à son obligation de paiement de la taxe, des intérêts ou des frais accessoires, 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.

Par dirigeant de la société ou de la personne morale au sens du présent article, l'on entend toute personne qui, en fait ou en droit, détient ou a détenu le pouvoir de gérer la société ou la personne morale, à l'exclusion des mandataires de justice.

§ 2. Le non-paiement répété par la société ou la personne morale de la dette d'impôt susvisée, est, sauf preuve du contraire, présumé résulter d'une faute visée au § 1er, alinéa 1er.

Par inobservation répétée de l'obligation de paiement de la dette d'impôt au sens du présent article, l'on entend :

- soit, pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations trimestrielles à la T.V.A., le défaut de paiement d'au moins deux dettes exigibles au cours d'une période d'un an;

- soit, pour un assujetti soumis au régime de dépôt de déclarations mensuelles à la T.V.A., le défaut de paiement d'au moins trois dettes exigibles au cours d'une période d'un an.

§ 3. 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 réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

§ 4. La responsabilité solidaire des dirigeants de la société ou de la personne morale ne peut être engagée que pour le paiement, en principal et accessoires, des dettes de la T.V.A.

§ 5. 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 ».

B.2. L'article 265, § 2, du Code des sociétés instaure une responsabilité spéciale des gérants, anciens gérants et toutes autres personnes qui ont détenu le pouvoir de gérer une société de personnes à responsabilité limitée du chef de cotisations de sécurité sociale impayées. 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 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.

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).

B.3. La question préjudicielle concerne la compatibilité de la disposition en cause avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'elle instaure, pour une catégorie déterminée de gérants, une responsabilité personnelle et solidaire basée sur une 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, alors que les gérants qui sont tenus au paiement de dettes fiscales sur la base de l'article 442*quater* du CIR 1992 ou de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA ne le sont qu'en vertu d'une présomption légale réfragable de responsabilité.

La question préjudicielle concerne donc la seconde hypothèse mentionnée en B.2. La Cour limite dès lors son examen à cette hypothèse et ne se prononce, en l'espèce, ni sur la responsabilité personnelle et solidaire des gérants d'une SPRL qui auraient commis une faute grave qui est à la base de la faillite, ni sur ce qui est considéré, à l'alinéa 4 de la disposition en cause, comme étant une faute grave.

B.4. La différence de traitement visée dans la question préjudicielle, telle qu'elle est rappelée en B.3, concerne effectivement des personnes et non des dettes, comme le Conseil des ministres l'a fait valoir à tort.

L'exception est rejetée.

B.5. 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. A cet égard, il a également été souligné qu'une telle responsabilité personnelle et solidaire existe déjà dans d'autres pays européens, comme les Pays-Bas (*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 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.*, Chambre, 2006-2007, DOC 51-2760/030, p. 6).

B.6. La responsabilité personnelle et solidaire de la catégorie de personnes visée dans la question préjudicielle, instaurée par la disposition en cause, est décrite comme une « responsabilité objective », parce que la faute grave ne doit pas être démontrée (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 gérants d'une SPRL 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, est assimilée expressément par le législateur lui-même - et donc d'une manière contraignante pour le juge - à « une faute grave [qui est] à la base de la faillite » et peut entraîner, tout comme celle-ci, la responsabilité personnelle et solidaire.

B.7. La mesure en cause qui vise la catégorie des gérants se trouvant dans la situation décrite en B.6 repose sur un critère qui est en rapport avec l'objectif mentionné en B.5, puisqu'elle vise les gérants de ces sociétés qui sont restées de façon répétée en défaut de payer les cotisations de sécurité sociale.

B.8. 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 de la disposition en cause, ce n'est pas la société assujettie elle-même mais bien les gérants 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 gérants visés dans la disposition en cause, en ce qui concerne l'action intentée par l'Office national de sécurité sociale ou par le curateur.

B.9. La disposition en cause instaure une responsabilité objective et confère 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 examine notamment si les gérants 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'elle prévoit que les personnes qu'elle vise 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 », la disposition en cause permet 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 le curateur.

Dans cette interprétation, l'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine juridiction est garanti aux gérants concernés.

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

B.10. La Cour doit encore examiner si la disposition précitée ne traite pas de manière différente et sans raison objective les gérants d'une SPRL tenus d'une dette sociale sur la base de l'article 265, § 2, du Code des sociétés et les gérants d'une SPRL qui sont tenus solidairement de payer un précompte professionnel, sur la base de l'article 442*quater* du CIR 1992, ou une dette à la TVA, sur la base de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA.

B.11. Aux termes de l'article 442*quater* du CIR 1992 et de l'article 93*undecies* C du Code de la TVA, les dirigeants d'une société ou d'une personne morale ne sont tenus au paiement d'une dette fiscale que s'ils ont commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. En cas de non-paiement répété, une présomption est bien établie par les dispositions précitées, et ce contrairement à ce que soutient l'ONSS. Cette présomption peut être renversée par la preuve contraire que peuvent apporter les dirigeants en démontrant qu'ils n'ont pas commis la faute présumée, et peut encore être écartée s'ils démontrent que le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, de faillite ou de dissolution judiciaire.

B.12.1. Alors que la disposition en cause s'applique exclusivement en cas de faillite d'une SPRL, les dispositions précitées relatives à la récupération de certaines dettes fiscales peuvent s'appliquer dès qu'apparaît un manquement aux obligations d'une entreprise au paiement de la TVA ou du précompte professionnel. Il n'existe donc aucune obligation que la société en cause soit préalablement en faillite pour que les articles 442*quater* du CIR 1992 et 93*undecies* C du Code de la TVA puissent être invoqués par l'administration fiscale. De telles circonstances ainsi que les possibilités offertes à l'administration fiscale pour le recouvrement des dettes qui lui sont dues étant plus larges, il est ainsi justifié que le gérant d'une SPRL contre lequel une action en recouvrement est intentée sur la base d'une présomption de faute puisse disposer de la faculté de renverser cette présomption.

B.12.2. Enfin, la différence de traitement n'a pas d'effets disproportionnés puisqu'en raison des garanties rappelées en B.8 et B.9, l'accès à un juge exerçant un contrôle de pleine

juridiction est garanti aux gérants de SPRL qui font l'objet d'une récupération de cotisations sociales sur la base de l'article 265, § 2, du Code des sociétés.

B.13. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 265, § 2, du Code des sociétés ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 29 mars 2012.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse

Rolnummer 5179

Arrest nr. 52/2012
van 29 maart 2012

ARREST

In zake : de prejudiciële vraag betreffende artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen, gesteld door de Rechtbank van Koophandel te Bergen.

Het Grondwettelijk Hof,

samengesteld uit de voorzitters R. Henneuse en M. Bossuyt, en de rechters A. Alen, J.-P. Snappe, E. Derycke, J. Spreutels en T. Merckx-Van Goey, bijgestaan door de griffier P.-Y. Dutilleux, onder voorzitterschap van voorzitter R. Henneuse,

wijst na beraad het volgende arrest :

*

* *

I. Onderwerp van de prejudiciële vraag en rechtspleging

Bij vonnis van 26 mei 2011 in zake de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid tegen Rosario Franciamore, waarvan de expeditie ter griffie van het Hof is ingekomen op 6 juli 2011, heeft de Rechtbank van Koophandel te Bergen de volgende prejudiciële vraag gesteld :

« Schendt artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen de artikelen 10 en 11 van de Grondwet

in zoverre :

het bepaalt dat de zaakvoerders van een bvba, gewezen zaakvoerders en alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk zullen kunnen worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteressen en de vaste vergoeding (...), indien die personen zich in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring in de situatie bevonden hebben zoals beschreven in artikel 38, § 3^{octies}, 8°, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, zonder dat zij het vermoeden van aansprakelijkheid dat op hen rust, kunnen weerleggen,

terwijl :

artikel 442^{quater} van het WIB 92, dat eveneens voorziet in een hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van een handelsvennootschap wegens niet-betaling van de bedrijfsvoorheffing door de vennootschap, bepaalt

- dat die aansprakelijkheid afhankelijk is gesteld van het bewijs van een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek,

- dat, indien de herhaalde niet-betaling van de bedrijfsvoorheffing door de vennootschap wordt vermoed voort te vloeien uit een dergelijke fout, het tegenbewijs kan worden geleverd, en

- dat er geen vermoeden van fout is indien de niet-betaling het gevolg is van financiële moeilijkheden die aanleiding hebben gegeven tot het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, van faillissement of van gerechtelijke ontbinding,

en terwijl :

artikel 93^{undecies} C [van het BTW-Wetboek] voorziet in soortgelijke bepalingen in geval van niet-betaling van de btw ? ».

Memories zijn ingediend door :

- de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, waarvan de zetel is gevestigd te 1060 Brussel, Victor Hortaplein 11;

- de Ministerraad.

Op de openbare terechtzitting van 29 februari 2012 :

- is verschenen : Mr. F. Viseur, tevens *loco* Mr. S. Depré, advocaten bij de balie te Brussel, voor de Ministerraad;
- hebben de rechters-verslaggevers J.-P. Snappe en E. Derycke verslag uitgebracht;
- is de voornoemde advocaat gehoord;
- is de zaak in beraad genomen.

De bepalingen van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof met betrekking tot de rechtspleging en het gebruik van de talen werden toegepast.

II. *De feiten en de rechtspleging in het bodemgeschil*

Tegen de verweerder voor de verwijzende rechter, zaakvoerder van de bvba « All Construct », in staat van faillissement, werd door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid (RSZ) een vordering ingesteld wegens onbetaald gebleven socialezekerheidsbijdragen, bijdrageopslagen en interesten voor een bedrag van 105 307,73 euro. Volgens de RSZ zou de verweerder in de loop van de vijf voorgaande jaren als zaakvoerder betrokken zijn geweest in twee andere, allebei failliet verklaarde, bvba's.

De RSZ doet in de rechtspleging voor de Rechtbank van Koophandel te Bergen gelden dat, krachtens artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen, de verweerder om die reden persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk wordt gesteld voor het geheel of een deel van de op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement opeisbare sociale bijdragen.

De verweerder voor de verwijzende rechter meent dat het voormelde artikel buiten toepassing moet worden gelaten, en dat zelfs ondanks het arrest van het Hof nr. 139/2009 van 17 september 2009, omdat het verschil in behandeling tussen de aan de regeling van artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen onderworpen zaakvoerders van een bvba en de natuurlijke personen die de verschoonbaarheid kunnen genieten, niet verantwoord is. Hij gaat eveneens ervan uit dat het verschil in behandeling tussen belastingschulden en schulden inzake socialezekerheidsbijdragen evenmin verantwoord is. Voor de belastingschulden moet de Belgische Staat immers het bestaan van een fout bij het orgaan van de failliete vennootschap aantonen om de hoofdelijke veroordeling van dat laatste in te zetten. Hij gaat ervan uit dat het onweerlegbare karakter van het bij artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen ingestelde vermoeden van aansprakelijkheid niet verantwoord is.

Het verwijzende rechtscollege gaat ervan uit dat de situatie van een gefailleerde natuurlijke persoon niet vergelijkbaar is met die van het orgaan van een failliete vennootschap. Het stelt daarentegen vast dat artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen een objectieve aansprakelijkheidsregeling invoert op grond van een onweerlegbaar vermoeden. Volgens de Rechtbank wordt aldus een verschillende regeling ingevoerd ten opzichte van de zaakvoerder van een failliete bvba, die, in geval van niet-betaling van de bedrijfsvoorheffing of de btw door de vennootschap, overeenkomstig de artikelen 442^{quater} van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992) en 93^{undecies} C van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna : het BTW-Wetboek), slechts gehouden is op grond van een weerlegbaar vermoeden van aansprakelijkheid. Dat verschil in behandeling zou door de wetgever niet verantwoord zijn.

De Rechtbank van Koophandel te Bergen heeft dan ook de hierboven weergegeven prejudiciële vraag gesteld.

III. In rechte

- A -

Standpunt van de RSZ

A.1. De zaakvoerder van de vennootschap wordt in voorkomend geval in een vonnis persoonlijk aansprakelijk gesteld voor de sociale schulden, en niet door een wettelijk vermoeden. Luidens artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen zal enkel een gerechtelijke overheid immers kunnen oordelen of de voorwaarden (grove fout dan wel herhaalde betrokkenheid bij een faillissement) vervuld zijn. In fiscale aangelegenheden is de situatie verschillend. Artikel 442^{quater} van het WIB 1992 en artikel 93^{undecies} C van het BTW-Wetboek stellen de hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap in zonder dat een voorafgaande rechtsvordering bij de rechtbank noodzakelijk is. De RSZ erkent dat evenwel *a posteriori* een rechtsvordering openstaat waarbij die bestuurders zullen kunnen aantonen dat de tekortkoming niet aan hen te wijten is.

Aldus mag de zaakvoerder of de feitelijk aansprakelijke persoon in beide gevallen voor de rechter aantonen dat hij niet aansprakelijk is. In het eerste geval hangt de persoonlijke aansprakelijkheid van de zaakvoerder van de vennootschap af van een vonnis; in het tweede geval gaat zij het vonnis vooraf, maar in beide gevallen is zij weerlegbaar, als men tenminste van vermoeden kan spreken.

Alles wel beschouwd is de situatie van de zaakvoerders en de organen van de vennootschap gunstiger in het vennootschapsrecht dan in het fiscaal recht. In het vennootschapsrecht « kan » de RSZ de zaakvoerders persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk stellen, maar opdat de zaakvoerders aansprakelijk worden gesteld, moet de RSZ een rechtsvordering instellen (artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen).

Er is dus geen minder gunstige behandeling voor de schulden inzake sociale bijdragen - wel integendeel -, maar enkel andere voorwaarden opdat de persoonlijke aansprakelijkheid van de zaakvoerders kan worden erkend.

De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Standpunt van de Ministerraad

A.2.1. Het verschil in behandeling heeft geen betrekking op personen maar alleen op twee soorten schulden, de belastingschulden en de sociale schulden, ten aanzien waarvan de zaakvoerders van ondernemingen (en gelijkgestelden) niet dezelfde aansprakelijkheid hebben.

De prejudiciële vraag behoeft dus te dezen geen antwoord.

A.2.2. In ondergeschikte orde is, volgens de Ministerraad, het verschil in behandeling tussen de schulden in kwestie trouwens verantwoord. Hij verwijst naar het arrest van het Hof nr. 182/2002 van 11 december 2002. Aangezien die twee soorten schulden niet gelijk zijn, mag niet ervan worden uitgegaan dat de procedurele verschillen in behandeling tussen de invordering van de belastingschulden en die van de sociale schulden een schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet met zich meebrengen. Evenzo is, rekening gehouden met die verschillen, de aansprakelijkheidsregeling voor de zaakvoerders van ondernemingen logischerwijze verschillend.

Van de objectieve aansprakelijkheid van de zaakvoerder is, luidens artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen, slechts sprake in het kader van het faillissement van een bvba en in twee gevallen : de fout van de zaakvoerder of de hypothese van meervoudige faillissementen. De mogelijkheden die de fiscale administratie worden geboden om de aansprakelijkheid van de zaakvoerder van de onderneming in werking te stellen, zijn daarentegen ruimer aangezien zij die aansprakelijkheid kan aanvoeren zodra blijkt dat die onderneming haar verplichtingen tot het betalen van de btw of de bedrijfsvoorheffing niet nakomt.

De prejudiciële vraag dient bijgevolg ontkennend te worden beantwoord.

- B -

B.1.1. Artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen bepaalt :

« Onverminderd § 1 kunnen de zaakvoerders, gewezen zaakvoerders en alle andere personen die ten aanzien van de zaken van de vennootschap werkelijke bestuursbevoegdheid hebben gehad, door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteressen en de vaste vergoeding bedoeld in artikel 54^{ter} van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders, indien komt vast te staan dat een door hen begane grove fout aan de basis lag van het faillissement, of indien zij zich, in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring in de situatie bevonden hebben zoals beschreven in artikel 38, § 3^{octies}, 8°, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers.

De Rijksdienst voor Sociale Zekerheid of de curator stellen de vordering inzake persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de in het eerste lid bedoelde bestuurders in bij de rechtbank van koophandel die kennis neemt van het faillissement van de vennootschap.

§ 1, tweede lid, is niet van toepassing op voormelde Rijksdienst en op de curator wat de hierboven vermelde schulden betreft.

Als grove fout wordt beschouwd iedere vorm van ernstige en georganiseerde fiscale fraude in de zin van artikel 3, § 2, van de wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van het terrorisme, evenals het gegeven dat de vennootschap geleid wordt door een zaakvoerder of een verantwoordelijke die betrokken is geweest bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties met schulden tegenover een instelling die socialezekerheidsbijdragen int tot gevolg. De Koning kan, na advies van het beheerscomité van de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid, bepalen welke feiten, gegevens of omstandigheden, voor de toepassing van deze paragraaf, eveneens als grove fout beschouwd kunnen worden ».

Artikel 38, § 3^{octies}, van de wet van 29 juni 1981 houdende de algemene beginselen van de sociale zekerheid voor werknemers, waarnaar het in het geding zijnde artikel verwijst, bepaalt :

« Om aanspraak te kunnen maken op het voordeel van de totale of gedeeltelijke vrijstelling van sociale zekerheidsbijdragen bedoeld in §§ 3 en 3^{bis}, van de totale of gedeeltelijke vrijstelling van storting van ingehouden bijdragen, van een vermindering van sociale zekerheidsbijdragen, bedoeld in §§ 2, 3 en 3^{bis}, alsook van een stelsel van forfaitaire

bijdragen bepaald door of krachtens deze wet, mag de werkgever zich niet in één van volgende situaties bevinden :

[...]

8. indien het om een rechtspersoon gaat, onder de bestuurders, zaakvoerders of personen die bevoegd zijn om de vennootschap te verbinden, personen tellen die bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of gelijkaardige operaties betrokken werden met schulden ten aanzien van een inningorganisme van de sociale zekerheidsbijdragen.

[...] ».

B.1.2. Artikel 442^{quater} van het Wetboek van de inkomstenbelastingen 1992 (WIB 1992) bepaalt :

« § 1. In geval van tekortkoming, door een vennootschap of door een rechtspersoon bedoeld in artikel 17, § 3, van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen, aan haar verplichting tot het betalen van de bedrijfsvoorheffing, zijn de bestuurder of bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon die belast zijn met de dagelijkse leiding van de vennootschap of van de rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk voor de tekortkoming indien die te wijten is aan een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, die ze hebben begaan bij het besturen van de vennootschap of de rechtspersoon.

Deze hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden uitgebreid naar de andere bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon indien in hunnen hoofde een fout wordt aangetoond die heeft bijgedragen tot de in het eerste lid bedoelde tekortkoming.

Onder bestuurder van een vennootschap of van een rechtspersoon in de zin van dit artikel wordt verstaan, elke persoon die, in feite of in rechte, de bevoegdheid heeft of heeft gehad om de vennootschap of de rechtspersoon te besturen, met uitsluiting van de gerechtelijke mandatarissen.

§ 2. De herhaalde niet-betaling van de bedrijfsvoorheffing door de vennootschap of door de rechtspersoon, wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed voort te vloeien uit een in § 1, eerste lid, bedoelde fout.

Onder herhaalde inbreuken op de verplichting tot betaling van de bedrijfsvoorheffing in de zin van dit artikel, wordt verstaan :

- ofwel, voor een trimestriële schuldenaar van de voorheffing, het gebrek aan betaling van ten minste twee vervallen schulden binnen een periode van een jaar;
- ofwel, voor een maandelijkse schuldenaar van de voorheffing, het gebrek aan betaling van ten minste drie vervallen schulden binnen een periode van een jaar.

§ 3. Er is geen vermoeden van fout in de zin van § 2, eerste lid, indien de niet-betaling het gevolg is van financiële moeilijkheden die aanleiding hebben gegeven tot het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, van faillissement of van gerechtelijke ontbinding.

§ 4. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon kan slechts worden ingeroepen voor de betaling, in hoofdsom en interesten, van de schulden inzake bedrijfsvoorheffing.

§ 5. De rechtsvordering tegen aansprakelijke bestuurders is slechts ontvankelijk indien ze wordt ingesteld na het verstrijken van een termijn van één maand te rekenen vanaf een door de ontvanger bij ter post aangetekende brief verzonden kennisgeving, waarin de geadresseerde verzocht wordt de nodige maatregelen te treffen om de tekortkoming te verhelpen of om aan te tonen dat deze niet het gevolg is van een door hen begane fout.

Deze bepaling verhindert evenwel niet dat de met de invordering belaste ambtenaar, binnen voormelde termijn, bewarende maatregelen vordert ten laste van het vermogen van de bestuurder of bestuurders van de vennootschap of rechtspersoon aan wie een kennisgeving is toegezonden ».

Artikel 93undecies C van het Wetboek van de belasting over de toegevoegde waarde (hierna : BTW-Wetboek) bepaalt :

« § 1. In geval van tekortkoming, door een aan de BTW onderworpen vennootschap of door een rechtspersoon bedoeld in artikel 17, § 3, van de wet van 27 juni 1921 betreffende de verenigingen zonder winstoogmerk, de internationale verenigingen zonder winstoogmerk en de stichtingen, aan haar verplichting tot het betalen van de belasting, van de interesten of van de bijkomende kosten, zijn de bestuurder of bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon die belast zijn met de dagelijkse leiding van de vennootschap of van de rechtspersoon hoofdelijk aansprakelijk voor de tekortkoming indien die te wijten is aan een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek, die ze hebben begaan bij het besturen van de vennootschap of de rechtspersoon.

Deze hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden uitgebreid naar de andere bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon indien in hunnen hoofde een fout wordt aangetoond die heeft bijgedragen tot de in het eerste lid bedoelde tekortkoming.

Onder bestuurder van een vennootschap of van een rechtspersoon in de zin van dit artikel wordt verstaan, elke persoon die, in feite of in rechte, de bevoegdheid heeft of heeft gehad om de vennootschap of de rechtspersoon te besturen, met uitsluiting van de gerechtelijke mandatarissen.

§ 2. De herhaalde niet-betaling van de voormelde belastingschuld door de vennootschap of door de rechtspersoon, wordt, behoudens tegenbewijs, vermoed voort te vloeien uit een in § 1, eerste lid, bedoelde fout.

Onder herhaalde inbreuken op de verplichting tot betaling van de belasting in de zin van dit artikel, wordt verstaan :

- ofwel, voor een belastingplichtige die gehouden is tot het indienen van trimestriële aangiften inzake BTW, het gebrek aan betaling van ten minste twee eisbare schulden binnen een periode van een jaar;

- ofwel, voor een belastingplichtige die gehouden is tot indienen van maandelijks aangiften inzake BTW, het gebrek aan betaling van ten minste drie eisbare schulden binnen een periode van een jaar.

§ 3. Er is geen vermoeden van fout in de zin van § 2, eerste lid, indien de niet-betaling het gevolg is van financiële moeilijkheden die aanleiding hebben gegeven tot het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, van faillissement of van gerechtelijke ontbinding.

§ 4. De hoofdelijke aansprakelijkheid van de bestuurders van de vennootschap of van de rechtspersoon kan slechts worden ingeroepen voor de betaling, in hoofdsom en toebehoren, van de schulden inzake BTW.

§ 5. De rechtsvordering tegen aansprakelijke bestuurders is slechts ontvankelijk indien ze wordt ingesteld na het verstrijken van een termijn van één maand te rekenen vanaf een door de ontvanger bij ter post aangetekende brief verzonden kennisgeving, waarin de geadresseerde verzocht wordt de nodige maatregelen te treffen om de tekortkoming te verhelpen of aan te tonen dat deze niet het gevolg is van een door hen begane fout.

Deze bepaling verhindert evenwel niet dat de met de invordering belaste ambtenaar, binnen voormelde termijn, bewarende maatregelen vordert ten laste van het vermogen van de bestuurder of bestuurders van de vennootschap of rechtspersoon aan wie een kennisgeving is toegezonden ».

B.2. Artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen voert een bijzondere aansprakelijkheid in van zaakvoerders, gewezen zaakvoerders en alle andere personen die ten aanzien van de zaken van een personenvennootschap met beperkte aansprakelijkheid bestuursbevoegdheid hebben gehad, voor niet-betaalde socialezekerheidsbijdragen. Zij kunnen immers onder bepaalde voorwaarden persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor het geheel of een deel van alle op het ogenblik van de uitspraak van het faillissement verschuldigde sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteressen en de vaste vergoeding bedoeld in artikel 54^{ter} van het koninklijk besluit van 28 november 1969 tot uitvoering van de wet van 27 juni 1969 tot herziening van de besluitwet van 28 december 1944 betreffende de maatschappelijke zekerheid der arbeiders.

Opdat daartoe kan worden besloten, moet evenwel vaststaan dat zij ofwel een grove fout hebben begaan die aan de basis lag van het faillissement (eerste hypothese), ofwel in de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring reeds waren betrokken bij minstens

twee faillissementen, vereffeningen of soortgelijke operaties met schulden ten aanzien van een inningsinstelling van de socialezekerheidsbijdragen (tweede hypothese).

B.3. De prejudiciële vraag betreft de bestaanbaarheid van de in het geding zijnde bepaling met de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in zoverre zij voor een bepaalde categorie van zaakvoerders een op een onweerlegbaar vermoeden gebaseerde persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid invoert wegens het gegeven dat zij in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring reeds betrokken zijn geweest bij minstens twee faillissementen, vereffeningen of soortgelijke operaties, terwijl de zaakvoerders die gehouden zijn tot het betalen van belastingschulden op grond van artikel 442^{quater} van het WIB 1992 of van artikel 93^{undecies} C van het BTW-Wetboek, daartoe slechts gehouden zijn krachtens een weerlegbaar wettelijk vermoeden van aansprakelijkheid.

De prejudiciële vraag betreft derhalve de in B.2 vermelde tweede hypothese. Het Hof beperkt zijn onderzoek dan ook tot die hypothese en spreekt zich te dezen niet uit over de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van zaakvoerders van een bvba die een grove fout zouden hebben begaan die aan de basis lag van het faillissement, noch over hetgeen in het vierde lid van de in het geding zijnde bepaling als grove fout wordt beschouwd.

B.4. Het in de prejudiciële vraag beoogde verschil in behandeling, zoals in herinnering gebracht in B.3, heeft wel degelijk betrekking op personen en niet op schulden, zoals de Ministerraad ten onrechte laat gelden.

De exceptie wordt verworpen.

B.5. De invoering van een bijzondere aansprakelijkheidsregeling voor socialezekerheidsschulden werd verantwoord als een instrument voor een betere inning van de socialezekerheidsbijdragen. Daarbij werd tevens erop gewezen dat een dergelijke persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid reeds in andere Europese landen, zoals Nederland, bestaat (*Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2517/003, p. 7; DOC 51-2517/011, p. 8).

Bij de bespreking van het amendement dat aanleiding gaf tot de wijziging van de in het geding zijnde bepaling bij de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (I) werd beklemtoond dat die bepaling vooral is gericht tegen malafide ondernemers :

« Het gaat niet op dat sommige malafide werkgevers ondernemingen oprichten, op het ogenblik dat de eerste betalingen moeten gebeuren de boeken sluiten, om vervolgens een nieuwe vennootschap op te richten enz. Het komt erop aan dat de verschuldigde bijdragen correct worden betaald » (*Parl. St.*, Kamer, 2006-2007, DOC 51-2760/030, p. 6).

B.6. De door de in het geding zijnde bepaling ingestelde persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid van de in de prejudiciële vraag beoogde categorie van personen wordt omschreven als een « objectieve aansprakelijkheid » omdat de grove fout niet moet worden aangetoond (advies van de afdeling wetgeving van de Raad van State, *Parl. St.*, Kamer, 2005-2006, DOC 51-2517/003, nr. 1, p. 10). Het feitelijke gegeven dat de zaakvoerders van een bvba in de loop van de periode van vijf jaar voorafgaand aan de faillietverklaring reeds betrokken zijn geweest bij minstens twee andere faillissementen, vereffeningen of soortgelijke operaties die resulteerden in schulden tegenover een instelling die socialezekerheidsbijdragen int, wordt immers door de wetgever zelf uitdrukkelijk - en dus op een voor de rechter bindende wijze - gelijkgesteld met « een grove fout die aan de basis van het faillissement lag » en kan, net als deze, de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid teweegbrengen.

B.7. De in het geding zijnde maatregel die zich richt tot de categorie van zaakvoerders die zich bevinden in de in B.6 omschreven situatie, berust op een criterium dat in verband staat met het in B.5 vermelde doel, vermits hij de zaakvoerders van die vennootschappen viseert die herhaaldelijk in gebreke bleven de socialezekerheidsbijdragen te betalen.

B.8. Geschillen met betrekking tot socialezekerheidsbijdragen kunnen onder de toepassing van artikel 6.1 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens vallen op basis van een afweging van de publiek- en privaatrechtelijke aspecten van de te beoordelen regeling (EHRM, 9 december 1994, *Schouten en Meldrum t. Nederland*, §§ 52-60). Wanneer, zoals te dezen, op grond van de in het geding zijnde bepaling, niet de bijdrageplichtige vennootschap zelf doch de zaakvoerders van die vennootschap, in afwijking van de gewone aansprakelijkheidsregeling, met hun persoonlijk vermogen tot betaling van de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen en supplementen kunnen worden veroordeeld, betreft de betwisting een geschil omtrent « het vaststellen van [...] burgerlijke rechten en verplichtingen » in de zin van de voormelde verdragsbepaling.

Daaruit volgt dat aan de door de in het geding zijnde bepaling bedoelde zaakvoerders met betrekking tot de vordering die wordt ingesteld door de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid of door de curator, het recht op toegang tot een rechter met volle rechtsmacht moet zijn gewaarborgd.

B.9. De in het geding zijnde bepaling stelt een objectieve aansprakelijkheid in en verleent aan de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en aan de curator een appreciatiebevoegdheid om de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen en supplementen voor het geheel of een deel terug te vorderen.

De vordering inzake persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid dient evenwel te worden ingesteld bij een rechtscollege, namelijk de rechtbank van koophandel die kennis neemt van het faillissement van de vennootschap. Die rechtbank dient te oordelen of de wettelijke voorwaarden voor de persoonlijke en hoofdelijke aansprakelijkheid zijn vervuld, en gaat met name na of de betrokken zaakvoerders in de periode van vijf jaar voorafgaand aan een nieuw faillissement betrokken zijn geweest bij minstens twee andere faillissementen met schulden ten aanzien van een inningsinstelling van de socialezekerheidsbijdragen. Doordat de in het geding zijnde bepaling erin voorziet dat de personen die zij beoogt persoonlijk en hoofdelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld « voor het geheel of een deel van [de] sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteresten en de vaste vergoeding », stelt zij bovendien de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator in staat de mate van die hoofdelijkheid te bepalen, en moet de rechtbank, in rechte en in feite, de omvang van de verschuldigde sociale bijdragen, bijdrageopslagen, verwijlinteresten en de vaste vergoeding kunnen beoordelen op basis van de bij haar ingestelde vordering. Ten aanzien van de omvang van de verschuldigde socialezekerheidsbijdragen en supplementen, heeft de bevoegde rechtbank, bij de behandeling van de ingestelde vordering, derhalve eenzelfde beoordelingsbevoegdheid als de Rijksdienst voor Sociale Zekerheid en de curator.

In die interpretatie is aan de betrokken zaakvoerders de toegang tot een rechter met volle rechtsmacht gewaarborgd.

Met inachtneming van het voorgaande is de in het geding zijnde maatregel redelijk verantwoord in het licht van de nagestreefde doelstelling.

B.10. Het Hof moet voorts onderzoeken of de voormelde bepaling de zaakvoerders van een bvba die gehouden zijn tot betaling van een sociale schuld op grond van artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen, en de zaakvoerders van een bvba die hoofdelijk ertoe gehouden zijn een bedrijfsvoorheffing te betalen op grond van artikel 442*quater* van het WIB 1992, of een btw-schuld te betalen op grond van artikel 93*undecies C* van het BTW-Wetboek, niet zonder objectieve reden verschillend behandelt.

B.11. Luidens artikel 442*quater* van het WIB 1992 en artikel 93*undecies C* van het BTW-Wetboek zijn de bestuurders van een vennootschap of een rechtspersoon slechts gehouden tot het betalen van een belastingschuld indien zij een fout in de zin van artikel 1382 van het Burgerlijk Wetboek hebben begaan. In geval van herhaalde niet-betaling wordt bij de voormelde bepalingen wel degelijk een vermoeden ingesteld, en dat in tegenstelling tot wat de RSZ betoogt. Dat vermoeden kan worden weerlegd door het tegenbewijs dat de bestuurders kunnen leveren door aan te tonen dat zij de vermeende fout niet hebben begaan, en kan nog worden weerlegd indien zij aantonen dat de niet-betaling het gevolg is van financiële moeilijkheden die aanleiding hebben gegeven tot het openen van de procedure van gerechtelijke reorganisatie, van faillissement of van gerechtelijke ontbinding.

B.12.1. Terwijl de in het geding zijnde bepaling uitsluitend van toepassing is in geval van faillissement van een bvba, kunnen de voormelde bepalingen met betrekking tot de invordering van sommige belastingschulden worden toegepast zodra blijkt dat de verplichtingen van een onderneming tot het betalen van de btw of de bedrijfsvoorheffing niet worden nagekomen. Er bestaat dus geen verplichting dat de in het geding zijnde vennootschap voorafgaandelijk failliet is opdat de artikelen 442*quater* van het WIB 1992 en 39*undecies C* van het BTW-Wetboek door de fiscale administratie kunnen worden aangevoerd. Aangezien dergelijke omstandigheden alsook de aan de fiscale administratie geboden mogelijkheden voor de invordering van de haar toekomende schulden ruimer zijn, is het aldus verantwoord dat de zaakvoerder van een bvba tegen wie een rechtsvordering tot voldoening van de schulden is ingesteld op grond van een vermoeden van fout, over de mogelijkheid kan beschikken om dat vermoeden te weerleggen.

B.12.2. Ten slotte heeft het verschil in behandeling geen onevenredige gevolgen aangezien, wegens de in B.8 en B.9 in herinnering gebrachte waarborgen, de toegang tot een rechter met volle rechtsmacht gewaarborgd is voor de zaakvoerders van een bvba die het

voorwerp uitmaken van een invordering van sociale bijdragen op grond van artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen.

B.13. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.

Om die redenen,

het Hof

zegt voor recht :

Artikel 265, § 2, van het Wetboek van vennootschappen schendt de artikelen 10 en 11 van de Grondwet niet.

Aldus uitgesproken in het Frans en het Nederlands, overeenkomstig artikel 65 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof, op de openbare terechtzitting van 29 maart 2012.

De griffier,

De voorzitter,

P.-Y. Dutilleux

R. Henneuse