

SOMMAIRE

p. 1/ La taxe sur les comptes-titres en 10 questions

p. 4/ Les créanciers fiscaux dans le droit des entreprises en difficulté : quid novi ?

La taxe sur les comptes-titres en 10 questions

Annoncée depuis l'été 2017, la taxe sur les comptes-titres a finalement été adoptée ce 1^{er} février 2018¹. Qu'en est-il en pratique² ?

1) Personnes assujetties à la taxe sur les comptes-titres³ ?

Les personnes physiques résidentes belges, titulaires de comptes-titres en Belgique et/ou à l'étranger, sont sous certaines conditions (reprises au point 3 ci-dessous) redevables de la taxe sur les comptes-titres (ci-après dénommée la « TCT »)⁴.

Quant aux personnes physiques non-résidentes belges, elles sont redevables de la TCT, moyennant les conditions détaillées au point 3 ci-dessous, sur les instruments financiers qu'elles détiennent auprès d'institutions financières établies en Belgique⁵. Cette taxe pourrait toutefois ne pas être applicable en présence d'une convention préventive de double imposition relative à l'impôt sur la fortune.

Les personnes morales (fondations, asbl, sociétés commerciales, etc.) ne sont pas (encore ?) redevables de la TCT. Une mesure anti-abus spécifique⁶ prévoit que l'apport d'instruments financiers visés par la taxe par un redevable au profit d'une société⁷ effectué à partir du 1^{er}

janvier 2018 dans l'unique but d'éviter la TCT n'est pas opposable à l'administration fiscale belge⁸.

Suivant une interprétation littérale du projet de loi du 11 décembre 2017, la cession par un redevable de la TCT au profit d'une fondation privée de droit belge⁹ ne serait pas visée par la mesure anti-abus spécifique.

2) Titres visés par la taxe¹⁰ ?

La TCT s'applique aux instruments financiers (cotés en bourse ou non) suivants inscrits sur un ou plusieurs comptes-titres :

- actions et certificats d'actions ;
- obligations et certificats d'obligations ;
- parts dans des fonds communs de placement (« FCP ») ou des actions de sociétés d'investissement (Sicav) ;
- bons de caisse ;
- warrants.

Les fonds d'épargne-pension, les assurances-vie (branches 21 et 23)¹¹, les options, les futures, les swaps¹² ainsi que les titres nominatifs ne sont pas concernés.

1 Loi du 7 février 2018 instaurant une taxe sur les comptes-titres, M.B., 9 mars 2018.

2 Les développements ci-après dressent un état du droit et de son interprétation au 10 février 2018.

3 Code des droits et taxes divers, article 151 (nouveau).

4 Code des droits et taxes divers, article 151 (nouveau).

5 Code des droits et taxes divers, article 151, alinéa 2, (nouveau).

6 Code des droits et taxes divers, article 152, 5°, alinéa 2 (nouveau).

7 Et autre personnes morales soumises à l'impôt des sociétés.

8 Dans cette hypothèse, l'apporteur du compte-titres doit être considéré comme le titulaire du compte-titres qui a été apporté.

9 Personne morale soumise à l'impôt des personnes morales et non à l'impôt des sociétés.

10 Code des droits et taxes divers, article 152, 2° (nouveau).

11 Exposé des Motifs du Projet de loi instaurant une taxe sur les comptes-titres, exposé général, DOC54 2837/001, p. 4.

12 Exposé des Motifs du Projet de loi instaurant une taxe sur les comptes-titres, exposé général, DOC54 2837/001, p.12.

En vertu d'une disposition anti-abus spécifique¹³, les actions et les certificats d'actions inscrits en comptes-titres qui sont convertis en titres nominatifs à partir du 9 décembre 2017 continueront d'être soumis à la TCT et ce, pour la période de référence au cours de laquelle la conversion est intervenue. Les titres devenus nominatifs sortiront ensuite du champ d'application de la TCT.

Actuellement, les assurances-vie (notamment de la branche 23) permettent d'améliorer la rentabilité d'un portefeuille-titres en réalisant des économies d'impôt: évitement du précompte mobilier sur les revenus générés par les capitaux logés dans la police et capitalisés dans celle-ci, évitement de la TOB¹⁴ sur les transactions réalisées sur ces capitaux, évitement de la taxe Reynders et, désormais, évitement de la TCT.

3) Conditions d'application de la taxe ?

La TCT est due lorsqu'un redevable est titulaire au travers d'un ou plusieurs compte(s)-titres, d'instruments financiers dont la valeur moyenne atteint au moins 500.000 €¹⁵.

Période de référence

Ce seuil s'apprécie par personne (et non par compte) et par période de référence.

Cette période débute le 1^{er} octobre et se clôture le 30 septembre de l'année suivante¹⁶. Exceptionnellement, la première période débutera le lendemain de la date de la publication de la loi au Moniteur Belge (10 mars 2018) et se clôturera le 30 septembre 2018¹⁷.

Points de référence

Au cours de la période de référence, le dernier jour de chaque trimestre forme un « point de référence »¹⁸. Pour la 1^{ère} période imposable: ces points sont le 31 mars, le 30 juin et le 30 septembre.

Le seuil de 500.000 € est atteint lorsqu'au cours de la période imposable, la moyenne des valeurs comptabilisées à

chaque « point de référence » atteint au moins 500.000 €. A titre d'exemple :

DATE	VALORISATION
31/03	499.000€
30/06	500.000€
30/09	502.500€
valeur moyenne	500.500€

A côté de ces points de références fixes, d'autres événements constituent des points de références supplémentaires¹⁹ (par exemple: l'ouverture et/ou la clôture d'un compte-titres). Il est à noter que des règles spécifiques s'appliquent lorsqu'un redevable transfère sa résidence fiscale hors de Belgique²⁰.

4) Taux de la taxe ?

Le taux de la TCT est de 0,15%²¹. Lorsque le seuil de 500.000 € est atteint, le contribuable est redevable de la taxe dès le 1^{er} euro (et non uniquement sur la somme qui excède 500.000 €).

5) Quid en cas de cotitularité d'un compte-titres ?

En cas de cotitularité d'un compte-titres (les comptes-titres ouverts au nom d'une société de droit commun, etc.), chacun des titulaires est présumé être « propriétaire » d'une part égale du compte (présomption de répartition égalitaire)²².

Cette présomption est réfragable. Ainsi, un titulaire qui n'aurait pas été redevable de la TCT sur base de la part du compte-titres dont il est réellement titulaire, peut solliciter le remboursement de la TCT indûment payée. Il procédera par voie de demande de remboursement si la taxe a été retenue à la source ou via sa déclaration fiscale dans les autres cas. Les modalités pratiques seront définies ultérieurement par arrêté royal.

Chacun des cotitulaires d'un compte-titres est tenu solidairement au paiement de la totalité de la TCT²³.

13 Code des droits et taxes divers, article 152, 1°, b) (nouveau).

14 Taxe sur les opérations boursières.

15 Code des droits et taxes divers, article 151 (nouveau).

16 Code des droits et taxes divers, article 152, 6° (nouveau).

17 Loi du 7 février 2018 instaurant une taxe sur les comptes-titres, article 17.

18 Code des droits et taxes divers, article 154, § 1, 2° (nouveau).

19 Code des droits et taxes divers, article 154, § 2, al. 1 (nouveau).

20 Code des droits et taxes divers, article 154, § 2, al. 4 (nouveau).

21 Code des droits et taxes divers, article 153 (nouveau).

22 Code des droits et taxes divers, article 152, 7° (nouveau).

23 Code des droits et taxes divers, article 158/1, al. 4 (nouveau).

6) Quid en cas de compte-titres démembré (usufruit/nue-propriété)?

En cas de compte démembré, l'usufruitier et le nu-propiétaire sont considérés comme deux titulaires distincts²⁴. Conformément à la présomption de répartition égalitaire, chacun d'eux est présumé être titulaire d'une part égale du compte et ce, indépendamment de la valorisation de leurs droits respectifs.

A nouveau, cette présomption est réfragable²⁵. Ainsi, l'usufruitier qui n'aurait pas été redevable de la TCT sur base de quotité de propriété que représente son droit d'usufruit pourra, dans une certaine mesure, solliciter le remboursement de la TCT indûment payée²⁶.

L'usufruitier et le nu-propiétaire sont tenus solidairement au paiement de la TCT²⁷.

7) Comment est prélevée la taxe?

Au terme de la période de référence, différentes situations peuvent se présenter :

- soit la valeur moyenne du ou des compte(s)-titres d'une personne auprès d'une institution financière atteint au moins 500.000 €; dans ce cas, l'institution financière retiendra automatiquement la TCT. Cette retenue libératoire dispense le redevable de la TCT de toute obligation déclarative à ce sujet²⁸. Ceci assure une certaine discrétion vis-à-vis de l'administration fiscale
- soit la valeur moyenne du ou des compte(s)-titres d'une personne auprès d'une institution financière n'atteint pas 500.000 €; dans ce cas, la personne peut néanmoins autoriser l'institution financière à prélever la TCT si cette personne s'estime redevable de la TCT au regard de l'ensemble de ses comptes-titres²⁹ (comptes détenus auprès d'autres établissements financiers); si cette personne n'opte pas pour un prélèvement automatique par l'institution financière et que la valeur moyenne de l'ensemble de ses comptes-titres atteint le seuil de 500.000 €, elle devra introduire elle-même une déclaration fiscale et s'acquitter elle-même de la TCT³⁰.

24 Code des droits et taxes divers, article 152, 5° (nouveau).

25 Exposé des Motifs du Projet de loi instaurant une taxe sur les comptes-titres, commentaire des articles 3 et 4, DOC54 2837/001, p. 10.

26 Le pourcentage de pleine propriété que représente l'usufruit sera déterminé sur base des tables de conversion visées à l'article 745sexies, § 3 du Code civil; Code des droits et taxes divers, article 158/5, § 2, alinéa 2 (nouveau).

27 Code des droits et taxes divers, article 158/1, § 4° (nouveau).

28 Code des droits et taxes divers, article 157, 1° (nouveau).

29 Mécanisme dit de l'« opt-in »; Code des droits et taxes divers, articles 157, 2° et 157,2° (nouveau).

30 Code des droits et taxes divers, article 158/1 (nouveau).

8) Quid des comptes ouverts auprès d'un établissement financier étranger?

Les titulaires de comptes-titres ouverts auprès d'une banque étrangère devront vérifier auprès de celle-ci sa pratique en matière de TCT et s'organiser en fonction. La banque étrangère pourrait :

- prélever directement la TCT et la verser au Trésor belge, par l'intermédiaire d'un représentant responsable agréé établi en Belgique³¹, ou
- se limiter à communiquer uniquement les relevés requis pour permettre au redevable de la TCT de respecter eux-mêmes leurs obligations fiscales en Belgique (déclaration et paiement de la TCT)³².

9) Nouvelles obligations déclaratives?

Pour garantir la perception de la TCT, le Gouvernement a instauré un ensemble de mesures de contrôle. Parmi celles-ci : l'obligation pour chaque redevable de mentionner dans sa déclaration annuelle à l'IPP/INR l'existence du ou des compte(s)-titres concerné(s) par la taxe dont il est titulaire ou cotitulaire³³.

10) Quelles sont les sanctions?

Tout contribuable qui a omis de déclarer tout ou partie des comptes-titres soumis à la TCT devra payer la taxe éludée majorée d'une amende allant de 10 à 200% de la taxe éludée selon la gravité de l'infraction³⁴ et d'intérêts de retard³⁵.

L'administration fiscale peut, par ailleurs, infliger au redevable de la TCT une amende allant de 750 € à 2.500 € notamment s'il ne communique pas les informations sollicitées par le Trésor pour assurer la juste perception de la TCT³⁶.

Me Grégory HOMANS

Avocat en droit fiscal et patrimonial,

Associé au cabinet Dekeyser & Associés,

chargé de cours à l'université des aînés (UDA)

Les créanciers fiscaux dans le droit des entreprises en difficulté: *quid novi?*

1. Lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés, les créanciers publics (fisc et ONSS) sont généralement les premiers à en subir les conséquences, les fournisseurs étant traités en priorité pour assurer la continuité de l'activité.

Le sort réservé aux créanciers publics dans le cadre des «procédures d'insolvabilité» constitue donc une question sensible donnant lieu à des controverses importantes, au sein de la jurisprudence notamment.

Le 11 août 2017, le législateur a adopté une loi portant insertion d'un livre XX dans le Code de droit économique (ci-après, «CDE»)¹. Ce nouveau livre XX, dont l'entrée en vigueur est prévue pour le 1^{er} mai 2018², intègre notamment dans le CDE tant la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (ci-après, «LCE»), que la loi du 8 août 1997 sur les faillites.

Ce transfert du droit des entreprises en difficulté dans le CDE a été l'occasion pour le législateur d'apporter un nombre de modifications aux textes législatifs préexistants.

L'une des modifications plus marquantes est sans aucun doute l'importante extension du champ d'application *rationae personae* du droit des entreprises en difficulté.

En effet, le Livre XX CDE a vocation à s'appliquer aux «entreprises», notion qui reçoit une définition particulièrement large pour l'application de cette réglementation, puisqu'elle inclut notamment les titulaires de professions libérales et d'autres catégories de personnes³.

1 Loi du 11 août 2017 portant insertion du Livre XX « Insolvabilité des entreprises », dans le Code de droit économique, 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, *M.B.*, 11 septembre 2017.

2 Article 76 de la loi du 11 août 2017.

3 Plus précisément, après l'entrée en vigueur du Livre XX, tomberont, en effet, dans le champ d'application du droit de l'insolvabilité (et pourront donc notamment être déclarées en faillite):

- Toutes personnes physiques qui exercent à titre indépendant une activité professionnelle, en ce compris les titulaires de professions libérales.
- Toutes personnes morales, indépendamment de leur activité statutaire ou de fait. Cette catégorie inclut les ASBL, mais pas les personnes morales de droit public.
- Toutes organisations sans personnalité juridique (!?), à moins que ces organisations ne poursuivent pas de but de lucre et ne distribuent pas d'avantage à leurs membres. Une société de droit commun pourrait ainsi être déclarée en faillite, alors pourtant que, juridiquement, elle ne dispose pas d'un patrimoine distinct de celui de ses membres...

2. L'adoption du livre XX CDE a également été l'occasion pour le législateur de trancher certaines controverses concernant le droit des créanciers fiscaux dans le cadre des procédures d'insolvabilité.

Tout d'abord, nous nous intéresserons à la qualité de «*créancier sursitaire ordinaire*» du fisc dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire et ferons le point sur le statut du fisc dans le cadre des procédures de réorganisation judiciaire par un accord collectif (I). Il s'agira ensuite d'évoquer l'épineuse question de la qualification de «dette de masse» des créances fiscales liées à des prestations effectuées au profit de l'entreprise en cours de réorganisation judiciaire dans le cadre d'une procédure collective subséquente à la procédure de réorganisation (II). Nous examinerons enfin la polémique relative à la possibilité pour l'administration fiscale de prendre une inscription hypothécaire après l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire (III), avant de terminer par une brève conclusion.

I. Le statut de «*créancier sursitaire ordinaire*» du fisc et ses conséquences

3. Dans le cadre de la LCE, les créanciers fiscaux sont considérés comme des «*créanciers sursitaires ordinaires*» et non des «*créanciers sursitaires extraordinaires*».

En effet, seuls sont qualifiés «*d'extraordinaires*» les créanciers titulaires de créances garanties par un privilège spécial ou une hypothèque ou qui jouissent d'un droit de propriété.

Les privilèges généraux dont bénéficie le fisc⁴ ne lui permettent donc pas de revendiquer cette qualité⁵.

Le nouveau livre XX CDE ne remet pas en cause ce constat, même si la définition de la notion de «*créance sursitaire extraordinaire*» a été remaniée par le législateur. En effet, l'article I.22, 14^o CDE définit ces créances comme «*les créances sursitaires garanties, au moment de*

4 Cf. les articles 19, 3^oter et 4^oter de la Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, les articles 422 à 424 du Code des impôts sur le revenu 1992 (ci-après, CIR/92) et les articles 86 à 88 du Code de la taxe sur la valeur ajoutée.

5 Cf. D. Pasteger et F. Rozenberg, «Réorganisation judiciaire, hypothèque légale et égalité des créanciers: quand la Cour constitutionnelle s'en mêle», *RDC-TBH*, 2017, p. 823.

l'ouverture de la réorganisation judiciaire, par une sûreté réelle et les créances des créanciers-proprétaires ; la créance n'est extraordinaire qu'à concurrence du montant, au jour de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, pour lequel une inscription ou un enregistrement a été pris, ou, si aucune inscription ou aucun enregistrement n'a été pris, à concurrence de la valeur de réalisation in going concern du bien ou, si le gage porte sur des créances spécifiquement gagées, leur valeur comptable ; la limitation décrite ci-dessus ne s'applique qu'en vue de la réalisation et du vote du plan de réorganisation, tel que visé aux articles XX.72 à XX.83 ».

On relèvera que cette nouvelle définition a le mérite de prévoir expressément que, pour l'élaboration du plan et son vote, la qualification de créance en tant que « *créance sursitaire extraordinaire* » sera fonction de l'assiette de la sûreté telle qu'elle existe au jour de l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

4. Le fisc n'étant pas un créancier « *extraordinaire* » dans le cadre d'une procédure de réorganisation judiciaire, celui-ci pourra subir un certain abattement de ses créances dans le cadre d'un plan de réorganisation par accord collectif. Toutefois, si le débiteur dispose, en principe d'une grande liberté dans l'élaboration de son plan de réorganisation⁶, certaines règles lui sont imposées.

Ainsi, selon le livre XX CDE, le plan doit, en principe, attribuer aux créanciers au moins 20%⁷ de leur créance en *principal*^{8/9}.

Par ailleurs, un avantage supplémentaire est octroyé aux créanciers publics munis d'un privilège général (à l'instar du fisc et de l'ONSS) : ils ne peuvent recevoir un traitement moins favorable que celui accordé par le plan aux créanciers sursitaires ordinaires les plus favorisés, sauf en cas d'exigences impérieuses et moyennant une stricte motivation¹⁰.

6 Cf. l'article XX.72 CDE, selon lequel le plan « *peut prévoir, sauf à l'égard des créances des entités visées à l'article XX.1er, § 1er, alinéa 2, c), la conversion de créances en actions. Il peut en outre prévoir le règlement différencié de certaines catégories de créances, notamment en fonction de leur ampleur ou de leur nature. Le plan peut également prévoir une mesure de renonciation aux intérêts ou de rééchelonnement du paiement de cet intérêt, et de ces augmentations, amendes et frais, ainsi que l'imputation prioritaire des sommes réalisées sur le montant principal de la créance* ».

7 Article XX.73 CDE et non plus 15%, comme prévu à l'article 49/1 LCE.

8 Cette précision n'était pas présente dans la LCE.

9 Le plan peut toutefois proposer de façon motivée des pourcentages inférieurs en faveur des créanciers ou catégories de créanciers sur la base d'exigences impérieuses et motivées liées à la continuité de l'entreprise.

10 Avant l'adoption de cette règle via la loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, la pratique révélait que certains créanciers proches de l'entreprise recevaient un traitement plus favorable que les autres créanciers, en particulier les créanciers institutionnels (à ce sujet, cf. M.-C. Ernotte et B. Inghels, « La loi du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises : ajustement ou rétrécissement ? », *J.T.*, 2013, pp. 645-646).

5. Depuis 2013, la réduction ou l'abandon « *des créances nées de prestations de travail antérieures à l'ouverture de la procédure* » sont également proscrits¹¹.

Or, l'interprétation de la notion de « *créance née de prestations de travail* » a fait l'objet d'une controverse initiée par le fisc et l'ONSS, lesquels ont revendiqué le bénéfice de l'article 49/1, al. 4 LCE pour leurs créances de cotisations sociales et de précompte professionnel, en s'appuyant sur la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération. Plus précisément, le fisc et l'ONSS estimaient que leurs créances de précompte professionnel et de cotisations sociales devaient être considérées comme intangibles, dès lors qu'elles font partie de la rémunération protégée du travailleur, en vertu de la loi du 12 avril 1965, qui inclut dans cette notion « *les retenues effectuées en application de la législation fiscale, de la législation relative à la sécurité sociale et en application des conventions particulières ou collectives concernant les avantages complémentaires de sécurité sociale* »¹².

L'argumentation des créanciers publics se heurtait cependant à de sérieux arguments, fondés, notamment, sur les travaux préparatoires de la loi du 27 mai 2013 modifiant la LCE¹³, desquels il semble ressortir que le législateur a entendu protéger le travailleur seul, à l'exclusion de l'administration fiscale ou de l'ONSS, et a été largement rejetée par les juridictions de fond¹⁴.

6. Toutefois, par un arrêt du 24 mars 2016, la Cour constitutionnelle a jugé conforme à la Constitution l'interprétation défendue par l'Etat belge à propos des créances de précompte professionnel¹⁵. A notre sens, la portée de cet arrêt était fort limitée, dès lors que la Cour ne s'est prononcée que sur la validité, au regard de la Constitution, de l'interprétation selon laquelle la protection conférée par l'article 49/1, al. 4 LCE vise non seulement la rémunération nette du travailleur, mais aussi le précompte professionnel. Elle n'a ni condamné comme contraire à la Constitution l'interprétation restrictive de l'article 49/1, al. 4 LCE, ni déterminé si l'interprétation extensive de cette disposition est la « *bonne* » interprétation, ce qui ne relèverait d'ailleurs pas de sa compétence d'interprétation¹⁶.

11 Article XX.73, al. 4 CDE.

12 Cf. article 3bis et 23 de la loi du 12 avril 1965.

13 Cf. *Doc. Parl.*, Chambre, 53 2691/003, pp. 15-16.

14 Bruxelles, 13 novembre 2015, *J.T.*, 2016, p.49, Comm. Charleroi, 14 novembre 2014, inédits, R.G. n° B/13/00370 et B/13/00371, Comm. Gand (division Termonde), 29 septembre 2014, *T.G.R.*, 2015, p. 125, ainsi que Comm. Mons, 27 octobre 2014, inédit, R.G. n°2014/0012 et Comm. Bruxelles, 4 février 2015, inédits R.G. H/14/10137 et H/14/0138, cités par C. Alter et A. Lévy Morelle, « Le traitement des dettes de précompte professionnel et de cotisation sociale dans le cadre d'une réorganisation judiciaire par accord collectif », op. cit., p. 12. *Contra* : Comm. Gand (div. Courtrai), 3 décembre 2014, *T.G.R.*, 2015, pp.125 et s., et note de M. D'Hoore et P. Van Aerschot.

15 C. const., 24 mars 2016, n°50/2016, p. 3 (disponible sur www.const-court.be).

16 Voy. notamment, C. Alter et A. Lévy-Morelle, « Égalité entre les créan-

7. Peu de temps après la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation a, elle aussi, été appelée à connaître de cette problématique.

Dans son arrêt du 16 juin 2016¹⁷, la Cour de cassation, faisant primer l'intention du législateur de 2013, a jugé que le précompte professionnel n'est pas visé par la disposition protégeant les créances nées de prestations de travail. En d'autres termes, selon la Cour, seule la rémunération « nette » du travailleur est donc visée par l'article 49/1, al. 4 LCE. Cet arrêt du 16 juin 2016 est, en quelque sorte, venu « éclipser »¹⁸ l'arrêt antérieur de la Cour constitutionnelle.

8. A l'occasion de l'adoption du livre XX CDE, le législateur a pris soin de trancher définitivement la controverse entourant le champ d'application de l'article 49/1, al. 4 LCE, devenu l'article XX.73, al. 4 CDE. En effet, cette disposition prévoit désormais que « *le plan de réorganisation ne peut comporter de : – réduction ou d'abandon des créances sursitaires nées de prestations de travail, à l'exclusion des cotisations ou dettes fiscales ou sociales* »¹⁹. Le législateur a délibérément traduit en texte de loi la solution déjà dégagée par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 juin 2016, en précisant, dans les travaux parlementaires, qu'il n'existe pas de contradiction entre cet arrêt et celui de la Cour constitutionnelle du 24 mars 2016, dès lors que, comme nous l'avons déjà évoqué, ce dernier arrêt se bornait à statuer sur la validité du texte dans une interprétation déterminée²⁰.

II. Les créances post-sursitaires de l'administration fiscale liées à des prestations effectuées pour le débiteur en réorganisation après l'ouverture de la procédure sont-elles des dettes de masse ?

9. L'article 37 LCE accorde le statut de « dette de masse »²¹ aux créances se rapportant à des prestations effectuées à l'égard du débiteur pendant la procédure de réorganisation dans la faillite ou la liquidation subséquente, à condition toutefois qu'un lien étroit existe entre la fin de

la procédure de réorganisation et la procédure collective qui lui succède.

Or, bien que les travaux parlementaires semblent indiquer que seuls les cocontractants du débiteur sont visés par cette protection²², le fisc et l'ONSS ont voulu profiter du statut de « dette de masse », accordé par l'article 37 LCE pour certaines de leurs créances, en particulier le précompte professionnel et la TVA pour ce qui concerne l'administration fiscale.

Avant que la Cour de cassation ne soit appelée à statuer sur la possibilité pour ces créanciers publics de bénéficier de la protection de l'article 37 LCE, les juridictions de fond se sont montrées divisées sur la question du champ d'application de cette disposition, donnant tantôt raison, tantôt tort au fisc²³.

10. Dans un arrêt du 16 mai 2014, la Cour de cassation s'est prononcée sur la possibilité pour les créances de précompte professionnel de bénéficier de la protection de l'article 37 LCE. Dans cet arrêt, la Cour s'est fondée sur la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération, et a considéré que la créance de précompte professionnel doit pouvoir bénéficier de la protection de l'article 37 LCE, pour autant que cette créance se rapporte à des prestations effectuées par le débiteur en cours de réorganisation judiciaire²⁴.

La Cour de cassation est cependant revenue sur cette jurisprudence, à l'occasion de deux arrêts du 27 mars 2015. Dans ces arrêts, dont l'un concernait le précompte professionnel et l'autre aussi bien le précompte professionnel que la TVA, la Cour s'est fondée sur la volonté du législateur²⁵ et a estimé que le fisc ne doit pas être considéré comme un créancier auquel une certaine sécurité

22 Cf. *Doc. parl.*, sess. 2007-2008, n° 160/001, p. 23.

23 Ainsi, par exemple, en matière de précompte professionnel, les tribunaux de commerce de Verviers et de Turnhout ont rendu des décisions refusant d'accorder le bénéfice de l'article 37 LCE à des créances de précompte professionnel faute de lien contractuel entre l'administration fiscale et les entreprises débitrices (Comm., Verviers, 21 octobre 2010, *R.D.C. – T.B.H.*, 2011, p. 501 ; Comm. Turnhout, 31 octobre 2013, *R.W.*, 2013, p. 1112). En matière de TVA, on relèvera, à titre d'exemple, que la Cour d'appel de Gand s'est également prononcée en défaveur de l'administration (Gand, 8 avril 2013, *R.W.*, 2013-2014, p. 1107). En revanche, les Cours d'appel de Bruxelles et de Liège ont considéré que les créances de précompte professionnel nées pendant la période de sursis doivent être considérées comme des créances se rapportant à des prestations effectuées à l'égard du débiteur (Liège, 22 mai 2012, *J.L.M.B.*, 2013, pp. 1513-1515 et Bruxelles, 14 novembre 2012, *J.T.*, 2013, p. 121). En matière de TVA, le tribunal de commerce de Huy a affirmé, dans une décision du 6 mars 2013, qu'il faut mais qu'il suffit, pour bénéficier de l'article 37 LCE, que la créance se rapporte « à des prestations effectuées pendant la procédure » (Comm. Huy, 6 mars 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 21).

24 Selon la Cour, « la créance de rémunération, contrepartie des prestations effectuées en exécution d'un contrat de travail, comprend les montants qui font l'objet d'une retenue par application de l'article 23 de la loi, dont le précompte professionnel, et que, dès lors, bénéficie du statut de dette de la masse, la créance de rémunération brute qui est la contrepartie de cette prestation de travail réalisée au cours de la procédure de réorganisation judiciaire » (Cass., 16 mai 2014, *J.T.*, 2014, p. 662).

25 La Cour se fonde également sur la portée restrictive qu'il convient de donner à la notion de dettes de masse, dès lors que celle-ci déroge au principe d'égalité entre les créanciers.

ciers publics et privés dans les réorganisations judiciaires», *op. cit.*, p. 99.

17 Cass., 16 juin 2016, *J.T.*, 2017, p. 333.

18 F. Georges et F. Rozenberg, « Le droit du recouvrement et de l'insolvabilité par la lorgnette des petites et moyennes entreprises » in O. Caprasse et R. Aydogdu (dir.), *Les petites et moyennes entreprises dans le droit des affaires*, *op. cit.*, p. 148.

19 Nous soulignons.

20 *Doc. parl.*, Chambre 54 2407/001, p.73.

21 Les « dettes de masse », comme les dettes « hors masse », ont l'avantage d'échapper au concours auquel sont soumises les dettes « dans la masse ». (voy., par ex., N. Thirion, T. Delvaux, A. Fayt, D. Gol, D. Pasteger et M. Simonis, *Droit de l'entreprise*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 793).

doit être conférée en vue de la continuité des prestations pendant la procédure de réorganisation judiciaire^{26/27}. Les créances de précompte professionnel et de TVA de l'administration fiscale, dont les créances résultent de l'application de la loi, ne seraient dès lors pas, selon la Cour, des dettes de masse en vertu de l'article 37 LCE.

11. Dans un arrêt du 27 avril 2017²⁸, la Cour constitutionnelle, saisie de deux questions préjudicielles relatives à l'interprétation de l'article 37 LCE, a jugé conforme à la Constitution l'interprétation selon laquelle les créances de précompte professionnel et de TVA ne peuvent constituer des « *dettes de masse* ». Cet arrêt a expressément consacré la conformité à la Constitution de la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation.

En d'autres termes, grâce à l'arrêt de la Cour constitutionnelle, l'interprétation excluant le précompte professionnel et de la TVA du bénéfice de l'article 37 LCE a reçu son brevet de constitutionnalité.

12. Après les Cours suprêmes du Royaume, ce fut au tour du législateur de s'intéresser à ce fameux article 37 LCE dans le cadre de l'élaboration du livre XX CDE.

Le projet de loi initial du 20 avril 2017 proposait, « *suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 2015* », de mettre un terme à la controverse entourant le champ d'application de l'article 37 LCE en excluant expressément les créances de l'ONSS et de l'administration fiscale (TVA et précompte professionnel) du bénéfice de cette disposition²⁹. D'après le projet, seules les créances « *purement contractuelles* » auraient donc pu bénéficier du statut de dette de masse « *en cas de concours subséquent* ».

Cependant, la solution finalement retenue par le législateur a finalement été quasiment inversée suite à l'adoption d'un amendement n°132³⁰!

Ainsi, le texte finalement adopté prévoit que « *les prélèvements, cotisations ou dettes en principal fiscaux ou sociaux, sont considérés pour l'application de cet article (XX.58 CDE) comme se rapportant à des prestations effectuées par le cocontractant* »^{31/32}. La suite du texte de cette

disposition prévoit cependant que « *les accessoires des prélèvements, cotisations ou dettes fiscaux ou sociaux, pendant la procédure de réorganisation, ne sont pas considérés comme des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente* ».

Vu les termes extensifs retenus dans le texte de loi, la protection des créanciers publics devrait s'appliquer tant aux dettes de précompte professionnel qu'aux cotisations sociales et à la TVA et, plus généralement, à toute créance fiscale ou sociale qui serait « *en lien* » avec des prestations effectuées au profit du débiteur pendant la période de réorganisation.

On ne peut que déplorer l'absence totale d'explication quant à ce revirement soudain. Ce choix législatif (non motivé) pose également question que la Cour constitutionnelle se fondant sur la *ratio legis* non modifiée de l'article 37 LCE pourrait, peut-être, y voir un traitement égal de situations différentes.

III. Inscription d'une hypothèque après l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire

13. Le fisc dispose du droit de prendre une hypothèque légale sur les immeubles de ses débiteurs en vertu des articles 426 du CIR/92 et de l'article 86 CTVA.

Le fisc a d'abord tenté d'inscrire ces hypothèques légales après l'ouverture d'une procédure de réorganisation judiciaire afin d'être considéré comme un « *créancier sursitaire extraordinaire* », statut lui étant, en principe, refusé. Cette ruse n'a pas fait mouche puisqu'elle a été écartée par le législateur en 2013 grâce à l'adoption de l'article 2/1 LCE, selon lequel « *la nature de la créance est déterminée au moment de l'ouverture de la procédure* ».

L'adoption du livre XX confirme cette position via la définition de la créance sursitaire extraordinaire, vu la référence faite « *au jour de l'ouverture de la procédure* ».

ganisation judiciaire, qu'elles soient issues d'engagements nouveaux du débiteur ou de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure, elles sont considérées comme des dettes de la masse dans une faillite ou liquidation subséquente ou dans la répartition visée à l'article XX.91 en cas de transfert sous autorité judiciaire, pour autant qu'il y ait un lien étroit entre la fin de la procédure de réorganisation judiciaire et cette procédure.

Les prélèvements, cotisations ou dettes en principal fiscaux ou sociaux, sont considérés pour l'application de cet article comme se rapportant à des prestations effectuées par le cocontractant.

Les accessoires des prélèvements, cotisations ou dettes fiscaux ou sociaux, pendant la procédure de réorganisation, ne sont pas considérés comme des dettes de masse dans une faillite ou liquidation subséquente. Le cas échéant, les indemnités contractuelles, légales ou judiciaires dont le créancier réclame le paiement du fait de la fin du contrat ou de sa non-exécution sont réparties au prorata en fonction de leur lien avec la période antérieure ou postérieure à l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Le paiement des créances ne sera toutefois prélevé par priorité sur le produit de la réalisation de biens sur lesquels un droit réel est établi que, dans la mesure où ces prestations ont contribué au maintien de la sûreté ou de la propriété.

26 Cass., 27 mars 2015 (F.14.0157.N) et Cass., 27 mars 2015 (F.14.0141.N) (www.juridat.be).

27 L'avocat général D. Thijs soutenait dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation F.14.0141 du 27 mars 2015 que le statut de « *dette de masse* » au sens de l'article 37 LCE doit être limité aux dettes contractuelles, à l'exclusion des dettes fiscales qui ne sont pas visées par le législateur (conclusions écrites de l'avocat général Thijs précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 2015 (F.14.0141), p. 3 (www.juridat.be).

28 C. const., 27 avril 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 5.

29 *Doc. Parl.*, Chambre 53 2407/001, p. 69.

30 *Doc. Parl.*, Chambre, 54 2407/006, p. 65 et n°54 2407/008, p. 17.

31 Il s'agit donc de la même phrase que celle prévue dans le projet de loi initial mais mise à la forme négative.

32 L'article XX.58 CDE est rédigé de la manière suivante: « *Dans la mesure où les créances se rapportent à des prestations effectuées à l'égard du débiteur par son cocontractant pendant la procédure de réor-*

14. Toutefois, le fisc a continué à inscrire ses hypothèques légales après l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire, utilisant cette technique pour faire pression sur le débiteur.

La question qui s'est posée est celle de savoir dans quelle mesure cette pratique est compatible avec l'article 31 LCE qui prohibe les saisies pratiquées du chef des créances sursitaires au cours du sursis.

On relèvera, à cet égard, que selon certains auteurs, la prise d'une hypothèque légale par le fisc en cours de la procédure de réorganisation judiciaire devrait être prohibée, car elle implique une indisponibilité de fait équivalente à celle attachée en droit à la saisie-immobilière conservatoire et confère, en outre, une cause de préférence à l'administration fiscale³³.

15. Récemment, la Cour constitutionnelle a été amenée à se pencher sur cette question.

Dans un arrêt du 18 février 2016³⁴, la Cour constitutionnelle a considéré «*qu'en n'interdisant pas à l'administration fiscale, au cours de la période sursitaire, de prendre une inscription hypothécaire en vue d'être reconnue comme créancier privilégié à son terme, la disposition en cause porte atteinte de manière disproportionnée aux droits des autres créanciers dont la situation sera directement affectée par l'existence d'un tel privilège, en contradiction avec la volonté du législateur de protéger l'égalité des créanciers*».

La Cour en conclut que les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés.

16. Cependant, le législateur n'a pas entendu s'aligner sur la position de la Cour constitutionnelle lors de l'adoption du livre XX CDE.

En effet, selon l'article XX.51 CDE l'interdiction des saisies en cours de sursis existe, «*sans préjudice du droit*

pour le créancier d'établir une sûreté légale ou conventionnelle».

Suite à l'adoption de cette disposition, il ne fait aucun doute que le fisc pourra faire inscrire son hypothèque légale après l'ouverture de la procédure de réorganisation judiciaire.

Certains auteurs soutiennent toutefois que cette nouvelle règle pourrait subir la censure de la Cour constitutionnelle, dès lors que le seul fait d'autoriser tant l'établissement de sûretés conventionnelles que légales, ne suffirait pas à ôter la discrimination sanctionnée par la Cour constitutionnelle, dès lors que, dans les faits, seuls les créanciers bénéficiant d'une sûreté légale (ou d'un mandat hypothécaire sur lequel le débiteur aura dû marquer son accord au préalable) pourront bénéficier de cette disposition, les autres restant dans la même situation que sous l'empire de la LCE³⁵.

Conclusion

17. L'adoption du livre XX CDE a donc été l'occasion pour le législateur de se prononcer sur certaines controverses ayant fait couler beaucoup d'encre ces dernières années. On peut cependant être quelque peu surpris du fait que, pour deux des controverses examinées dans la présente contribution, le législateur ait choisi de prendre à contrepied les juridictions suprêmes de notre Royaume, ce qui ne devrait pas manquer de susciter de nombreuses discussions.

Philippe MOINEAU

Avocat au barreau de Liège – Cabinet d'avocats Herve

33 F. Georges, «*Demande en main-levée de l'hypothèque légale en matière de TVA : devant quel juge et sur quel(s) fondement(s) ?*», *J.L.M.B.*, 2008, p. 1284.

34 C. Const., 18 février 2016, n°23/2016 (www.const-court.be).

35 Cf. C. Alter et Z. Pletinckx, «*Dépistage, mesures provisoires et réorganisation judiciaire (nouvelles dispositions)*» in *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, C. Alter (sous dir.), Bruylant, 2017, p. 117.