

Rep.N°.

COUR DU TRAVAIL DE BRUXELLES

ARRET

AUDIENCE PUBLIQUE DU 11 MARS 2011

10^{ème} chambre

Cotisations indépendants
Contradictoire
Question préjudicielle

En cause de :

PARTENA ASBL, dont les bureaux sont établis
à 1000 Bruxelles, Boulevard Anspach, 1,

partie appelante, représentée par Maître
Lauwers Myriam, avocat à 1420 Braine-
l'Alleud,

Contre :

LES TARTES DE CHAUMONT-GISTOUX SA, dont le
siège social est établi à 1325 Chaumont-
Gistoux, Chaussée de Huy, 240,

partie intimée, représentée par Maître Piret
loco Moyaerts André, avocat à Bruxelles.

★

★

★

La Cour, après en avoir délibéré, prononce l'arrêt suivant :

Vu la législation applicable et notamment :

- le Code judiciaire,
- la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire,
- l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants.

Vu les jugements avant dire droit des 8 décembre 2008, 20 avril 2009 et 14 septembre 2009,

Vu le jugement du 14 décembre 2009,

Vu la requête d'appel reçue au greffe le 29 janvier 2010,

Vu l'ordonnance sur pied de l'article 747, § 1, du Code judiciaire du 12 mars 2010,

Vu les conclusions déposées pour la société, le 12 mai 2010 et pour PARTENA, le 7 juillet 2010,

Vu les conclusions additionnelles et de synthèse d'appel déposées pour la société, le 13 septembre 2010 et pour PARTENA, le 15 novembre 2010,

Vu les secondes conclusions additionnelles et de synthèse d'appel déposées pour la société, le 13 décembre 2010

Entendu les conseils des parties à l'audience du 14 janvier 2011,

Vu le dépôt du dossier de la société, conformément à l'article 769 du Code judiciaire, le 21 janvier 2011 et la prise en délibéré à cette date.

* * *

I. LES ANTECEDENTS DU LITIGE

1. Le 28 mai 2008, la Caisse d'assurances sociales pour travailleurs indépendants PARTENA, ci-après dénommée la Caisse, a fait signifier à Monsieur O. R. et à la société Les Tartes de Chaumont Gistoux SA, ci-après dénommée la société, une contrainte avec commandement de payer un montant de 125.696,50 Euros correspondant aux cotisations, majorations trimestrielles et annuelles restant dues par Monsieur R. pour la période du 1^{er} trimestre 1999 au 4^{ème} trimestre 2007.

2. Par citation du 5 août 2008, la société a fait opposition à cette contrainte en citant la caisse à comparaître devant le tribunal du travail de Nivelles

Le 30 octobre 2008, Monsieur R. a aussi fait opposition à la contrainte en citant la caisse à comparaître devant le tribunal du travail de Nivelles ; l'affaire est, semble-t-il, pendante devant ce tribunal.

3. Statuant sur l'opposition de la société, le tribunal du travail :

- a ordonné la réouverture des débats par un jugement du 20 avril 2009,
- a déclaré l'opposition recevable par un jugement du 14 septembre 2009,
- l'a déclarée fondée par un jugement du 14 décembre 2009.

PARTENA a interjeté appel de ces jugements par une requête reçue au greffe, le 29 janvier 2010.

II. OBJET DE L'APPEL

4. PARTENA demande à la Cour du travail de déclarer son appel fondé et de :

- déclarer l'opposition à contrainte irrecevable,
- à titre subsidiaire, déclarer l'opposition partiellement fondée et condamner la société au paiement de 68.317,61 Euros en principal à majorer des intérêts depuis le 28 mai 2008 et les entiers dépens de deux instances.

La société demande la confirmation du jugement et la condamnation de PARTENA aux dépens.

A titre subsidiaire, elle demande que soit posée une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union européenne portant sur la conformité de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 3 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 et l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 avec l'article 18 du traité de l'Union européenne.

A titre plus subsidiaire, elle demande de limiter sa condamnation en tenant compte des moyens développés dans ses conclusions.

III. DISCUSSION

§ 1. Validité de la contrainte et recevabilité de l'opposition formée par la société

A. Les dispositions légales pertinentes et leur interprétation

Le droit pour les Caisses de procéder au recouvrement par la voie d'une contrainte

5. Selon l'article 20, § 7, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants,

« Sans préjudice de leur droit de citer devant le juge, les caisses visées par le présent article peuvent, en tant qu'organismes percepteurs des cotisations, également procéder au recouvrement des sommes qui leur sont dues (...) par voie de contrainte.

Le Roi règle les conditions et les modalités de poursuite par voie de contrainte ainsi que les frais résultant de la poursuite et leur mise à charge. »

Selon l'article 47bis, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 19 décembre 1967,

« pour l'application de l'article 20, § 7, de l'arrêté royal n° 38, les cotisations, ainsi que les majorations, intérêts de retard et autres accessoires peuvent être recouvrés par voie de contrainte par la caisse d'assurances sociales à laquelle ils sont dus pour autant que l'assujetti n'ait pas contesté les sommes qui lui ont été réclamées ou sollicité et obtenu l'octroi de termes et délais de paiement, dans les conditions et délais énoncés à l'article 46 ».

La Cour constitutionnelle a décidé que la disposition prévoyant la possibilité pour les Caisses d'assurances sociales de poursuivre le recouvrement par le biais de la contrainte, n'a pas d'effets disproportionnés et ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution (voy. C.Const. arrêt 75/2009 du 5 mai 2009).

6. Les modalités de la contrainte sont définies à l'article 46 ainsi qu'aux paragraphes 2 et suivants de l'article 47 bis de l'arrêté royal du 19 décembre 1967.

L'article 46 prévoit l'envoi, avant la contrainte, d'un dernier rappel :

« Avant de procéder au recouvrement judiciaire ou au recouvrement par voie de contrainte, les caisses d'assurances sociales doivent, en tout état de cause, envoyer à l'assujetti un dernier rappel par lettre recommandée à la poste mentionnant les sommes sur lesquelles portera ledit recouvrement.

Ce rappel peut être envoyé par l'intermédiaire d'un huissier de justice.

Ce rappel doit mentionner, à peine de nullité, qu'à défaut pour l'assujetti de contester les sommes qui lui sont réclamées ou de solliciter et d'obtenir des termes et délais de paiement, par lettre recommandée à la poste, dans le mois de la signification ou de la notification du rappel, la caisse d'assurances sociales pourra procéder au recouvrement de ces sommes par la voie d'une contrainte (...) ».

Les paragraphes 2 à 4 de l'article 47bis concernent les mentions qui doivent figurer dans le rôle spécial qui doit être rendu exécutoire en vue de la

contrainte ainsi que les modalités de décernement et de signification de la contrainte avec commandement de payer.

Délai d'opposition à la contrainte

7. En ce qui concerne la possibilité d'un recours contre la contrainte, l'article 47bis, paragraphe 5, de l'arrêté royal prévoit :

« Le débiteur peut former opposition à la contrainte devant le tribunal du travail de son domicile ou de son siège social.

L'opposition est motivée à peine de nullité; elle est formée au moyen d'une citation à la caisse d'assurances sociales par exploit d'huissier dans le mois de la signification de la contrainte, sans préjudice de l'application des articles 50, alinéa 2, et 55 du Code judiciaire.

L'exercice de l'opposition suspend l'exécution de la contrainte jusqu'à ce qu'il ait été statué sur son bien-fondé ».

8. La nature juridique du délai doit être précisée. La Cour estime que ce délai est un délai préfix (ou de forclusion).

En droit, on distingue trois catégories de délais : les délais de procédure, les délais de prescription, les délais de forclusion :

- Les délais de procédure sont les délais qui sont d'application « dès lors qu'une instance est introduite » (voir A. DECROES, « Les délais préfix (ou de forclusion) », J.T., 2007, p. 871). Ces délais « se distinguent des deux autres parce qu'ils courent après l'introduction de l'instance » (M. DUPONT, « Prescription et forclusion. Aspects procéduraux », in *Les défenses en droit judiciaire*, Larcier, coll. C.J.B.B., p. 224). Il apparaît ainsi que le délai prévu pour l'introduction d'un recours (sauf contre une décision judiciaire) n'est pas un délai de procédure : il précède nécessairement l'introduction de l'instance.
- Le délai de forclusion (ou délai préfix) concerne, notamment, la possibilité d'introduire une action ; en principe : « *L'écoulement d'un délai préfix imposé légalement pour l'intentement d'une action en justice entraîne l'irrecevabilité de l'action en ce qu'au terme de ce délai, le droit d'agir n'existe plus* » (G. CLOSSET-MARCHAL, « Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire », R.C.J.B., 1995, p. 651).

En droit social, comme dans d'autres matières¹, plusieurs délais sont considérés par la Cour de cassation comme étant des délais préfix, bien que le texte légal qui les institue ne précise pas expressément qu'ils sont prévus à peine de déchéance.

¹ Pour des exemples en droit civil, voy. A. DECROES, op. cit., p. 872.

Ainsi, en est-il :

- du délai (de 75 jours) prévu pour l'introduction d'un recours contre une décision ou une absence de décision de l'employeur en matière d'élections sociales (Cass. 6 avril 1992, Pas. 1992, I, p. 704) ;
- du délai de 3 ans prévu pour l'action en révision des indemnités d'incapacité permanente de travail prévue par l'article 72 de la loi du 10 avril 1971 sur les accidents du travail (Cass. 13 mai 2002, Pas. 2002, I, p. 1143 ; Cass. 23 janvier 1995, Pas., 1995, I, p. 56 ; Cass. 1^{er} mars 1993, Pas., 1993, I, p. 232) ;
- du délai de 3 mois prévu par l'article 327, § 2, de l'arrêté royal du 3 juillet 1996, pour permettre à l'organisme assureur de demander à l'INAMI, la dispense d'inscription en frais d'administration de l'indu non-récupéré (voir Cass. 7 janvier 2008, S.06.0097.F) ;
- du délai de 3 jours ouvrables prévu par l'article 12 de la loi du 19 mars 1991 pour notifier le licenciement à la suite de la décision judiciaire autorisant le licenciement pour motif grave d'un travailleur protégé (Cass. 14 juin 1999, S.98.0125.N).

Par analogie avec cette jurisprudence, il faut considérer que le délai prévu par l'article 47bis § 5, est un délai de forclusion.

9. En ce qui concerne le régime juridique des délais de forclusion, on admet que le respect de ces délais est une question de recevabilité de l'action (voy., notamment, G. CLOSSET-MARCHAL, op. cit., p.652), à laquelle la théorie des nullités (prévue aux articles 860 et suivants du Code judiciaire), n'est pas applicable (voy. G. de LEVAL, « Eléments de procédure civile », Coll. Fac. Dr. Liège, Larcier, 2003, p. 48).

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser à propos d'une fin de non-recevoir que « les articles 860 et 861 du Code judiciaire sont étrangers à l'irrecevabilité d'une demande » (Cass. 19 septembre 1991, Pas., 1992, I, p.61).

Il en résulte qu'en cas de violation d'un délai préfix, la déclaration d'irrecevabilité de l'action n'est subordonnée, ni à l'existence d'un texte prévoyant expressément la déchéance, ni à la preuve d'un grief dans le chef de la partie qui se prévaut de cette violation.

G. BLOCK expose, à cet égard, qu'à l'inverse d'un acte de procédure qui est présumé régulier, « une prétention n'est pas présumée recevable. C'est, en principe, à celui qui l'émet qu'il appartient de rapporter la preuve de sa recevabilité et l'absence d'une fin de non-recevoir. Exiger un grief de la part de celui qui allègue une fin de non-recevoir à l'encontre d'une prétention qui est dirigée à son encontre, reviendrait, à tout le moins indirectement, à renverser cette charge de la preuve » (G. BLOCK, « Les fins de non-recevoir en procédure civile », Bruylant, L.G.D.J., 2002, p. 346).

10. De cette analyse, il découle que le délai prévu pour faire opposition à la contrainte est un délai préfix (ou de forclusion) qui fixe la période au-delà de laquelle le « droit d'agir n'existe plus ».

Ce délai n'est pas soumis à l'article 861 du Code judiciaire : il produit son effet de déchéance, même en l'absence de preuve d'un préjudice démontré dans le chef de la Caisse.

B. Objets de la discussion entre parties et ordre d'examen des arguments

11. La société conteste la validité de la contrainte pour deux motifs :

- l'existence d'une contestation faisait obstacle à l'utilisation de la contrainte,
- la contrainte n'a pas été précédée d'un dernier rappel comme prévu par l'article 46 de l'arrêté royal.

La Caisse fait valoir que l'opposition à contrainte a été introduite tardivement.

La société réplique que la question de la validité de la contrainte doit être examinée préalablement à l'examen du respect du délai.

En l'espèce, la question de l'ordre d'examen des arguments est essentielle :

- soit on donne priorité à la question du délai au motif que la validité de la contrainte ne peut être vérifiée que par un juge qui a été saisi en temps utile : dans ce cas, il faudrait, en l'espèce, admettre que l'opposition à contrainte est irrecevable ;
- soit on examine au préalable la question de la validité de la contrainte en admettant, s'il y a lieu, qu'en cas de nullité de celle-ci, le délai d'opposition n'a pas pu valablement courir : dans ce cas, il faudrait admettre que le tribunal du travail n'a pas été saisi hors délai.

12. La Cour estime que la validité de la contrainte doit être examinée de manière prioritaire :

- la validité de la contrainte dépend de démarches qui doivent être accomplies avant sa signification et la prise de cours du délai d'opposition : il est dès lors logique que la validité soit examinée préalablement ;
- la procédure de contrainte formé un tout *équilibré* : l'avertissement préalable de même que la possibilité de contester les cotisations ou de demander un plan de recouvrement amiable, sont des garanties offertes au justiciable afin d'éviter que la contrainte ait des effets disproportionnés ; l'examen prioritaire du délai aurait pour conséquence que ces garanties échappent à tout contrôle judiciaire lorsque comme en l'espèce, l'opposition paraît avoir été formée hors délai.

C. Validité de la contrainte

13. Il n'est pas contesté qu'en l'espèce, la contrainte n'a pas été précédée de l'envoi, par lettre recommandée, de l'avertissement prévu à l'article 46 de l'arrêté royal.

La formalité du recommandé est prévue par le texte et s'impose tant lorsque l'envoi émane de la Caisse que lorsqu'il est fait par son huissier.

Du reste, même si l'on devait admettre que le recommandé n'est pas obligatoire, il apparaîtrait en l'espèce que la preuve de l'envoi de l'avertissement préalable n'est pas rapportée par la Caisse.

14. Le tribunal a considéré que l'absence d'avertissement préalable est sans incidence sur la validité de la contrainte.

Il est exact qu'en ce qui concerne le recouvrement judiciaire, la Cour de cassation a cassé la décision d'une Cour du travail qui avait décidé que la procédure non précédée d'un avertissement est irrecevable.

Selon la Cour de cassation,

« L'article 46 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 portant règlement général en exécution de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, tel qu'il est applicable en l'espèce, dispose que, avant de procéder au recouvrement judiciaire, les caisses d'assurances sociales doivent, en tout état de cause, envoyer à l'assujetti un dernier rappel par lettre recommandée à la poste mentionnant les sommes sur lesquelles portera ledit recouvrement.

Cette obligation que la loi ne soumet à aucune sanction spécifique tend à éviter le recouvrement par voie judiciaire et les dépens résultant de cette procédure.

Cette disposition instaure dans le chef des caisses d'assurances sociales une obligation de diligence à l'égard des assujettis dont le non-respect peut être soumis à la sanction du juge. Elle ne s'oppose pas à ce que les caisses d'assurances sociales procèdent au recouvrement judiciaire des cotisations dues.

Ainsi, les juges d'appel ne pouvaient décider sans violer l'article 46 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 précité que la demande de la demanderesse était irrecevable.

Dans cette mesure, le moyen est fondé » (Cass. 3 mai 2010, S.09.0031.N).

Cette jurisprudence n'est pas transposable au recouvrement par contrainte.

Il faut, en effet, avoir égard à l'alinéa 3 de l'article 46.

Selon cette disposition, l'avertissement doit, à peine de nullité, préciser qu'en l'absence de contestation et de demande de termes et délais, la caisse d'assurances sociales pourra procéder au recouvrement par la voie d'une

contrainte : cet alinéa qui de par son objet, ne concerne que le recouvrement par contrainte, prévoit une nullité.

L'avertissement est donc une formalité préalable prescrite à peine de nullité, dont la méconnaissance entraîne l'irrégularité de la contrainte.

15. L'irrégularité de la contrainte a pour conséquence que le délai d'opposition n'a pas pris cours : l'opposition est donc recevable.

L'irrégularité de la contrainte n'a pas pour conséquence, par contre, que le tribunal n'a pas pu être valablement saisi de la contestation portant sur la prétention de la Caisse à obtenir le paiement par la société, des cotisations sociales dues par son mandataire :

- la contrainte irrégulière vaut, à tout le moins, comme mise en demeure ayant fait naître une contestation que la société pouvait prendre l'initiative de soumettre au tribunal par le biais d'une citation ;
- dans le cadre de cette contestation, la Caisse a pu, par le biais des conclusions qu'elle a déposées devant la Cour, demander que dans l'hypothèse où l'opposition à contrainte ne serait pas déclarée irrecevable, la société soit condamnée au paiement d'une somme déterminée à titre de cotisations sociales.

En conséquence, l'opposition était recevable et la Cour est valablement saisie d'une demande de condamnation de la société au paiement de cotisations.

C'est donc à tort que la société soutient, en pages 37-38 de ses dernières conclusions, qu'en cas d'irrégularité de la contrainte, elle ne peut être condamnée au paiement d'aucune somme.

§ 2. Examen du fondement de la prétention de la Caisse

A. Prescription de la demande

16. La société soutient que l'action de la Caisse est prescrite.

Il paraît utile de rappeler :

- Il résulte de l'article 15, § 1, alinéa 3 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants que les personnes morales sont tenues solidairement au paiement des cotisations dues par leurs associés ou mandataires ; cette disposition ne limite pas autrement les effets de la solidarité qu'il instaure (voir Cass. 6 juin 1988, Pas., 1988, I, p. 1191).
- Selon l'article 16, § 2, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des "travailleurs indépendants, le recouvrement des cotisations et majorations se prescrit par cinq ans à compter du 1er janvier qui suit l'année pour laquelle elles sont dues.

- La prescription est interrompue « 1° de la manière prévue par les articles 2244 et suivants du Code civil; 2° par une lettre recommandée de l'organisme chargé du recouvrement, réclamant les cotisations dont l'intéressé est redevable... ».
- Pour interrompre la prescription, la lettre recommandée doit être signée par la personne compétente au nom de l'organisme ou de l'institut, sans avoir égard au fait qu'il apparaît que l'organisme ou l'institut en est l'expéditeur (Cass. 22 septembre 2003, S.03.0014.N).
- Selon l'article 1206 du Code civil, les poursuites faites contre l'un des débiteurs solidaires interrompent la prescription à l'égard de tous. Ainsi, vis-à-vis des personnes morales, la prescription est interrompue par tout acte d'interruption de la prescription fait à l'égard de l'associé ou du mandataire (voir Cass. 14 janvier 2002, S.010012.F).

17. La discussion concerne les cotisations des années 1999 à 2007 réclamées à Monsieur R. et auxquelles la société serait solidairement tenue.

La Caisse invoque comme actes interruptifs de la prescription, une lettre du 22 décembre 2004, une lettre du 15 décembre 2005 et une lettre du 18 décembre 2006, adressées à Monsieur R..

18. C'est à tort que la société se prévaut du caractère prétendument dérogatoire de l'article 1206 du Code civil pour en déduire que les lettres adressées à Monsieur R. ne peuvent constituer des actes de poursuite dirigés contre elle.

En effet, - et sans qu'il en résulte nécessairement une atteinte à la sécurité juridique -, il résulte de l'article 1206 du Code civil que sauf dérogation inexistante en l'espèce, la lettre de mise en demeure adressée à un assujetti interrompt la prescription à l'égard de son co-débiteur solidaire (voir Cass. 14 janvier 2002, cité ci-dessus).

Ainsi, et sous réserve de leur validité (cfr ci-dessous), les lettres adressées à Monsieur R., alors qu'il exerçait un mandat au sein de la société, ont interrompu la prescription à l'égard de cette dernière.

19. Il résulte d'une attestation de l'Ambassade de Belgique à Lisbonne que Monsieur R. réside au Portugal depuis décembre 1999.

Il résulte des « informations légales » extraites du registre national que l'adresse de Monsieur R. au Portugal figure parmi ces informations depuis le 2 janvier 2002.

Ainsi, la lettre du 22 décembre 2004, envoyée à Monsieur R. à son ancienne adresse à Chaumont-Gistoux, l'a été à une adresse erronée, à un moment où par la consultation du registre national, la Caisse aurait été en mesure de l'envoyer à la bonne adresse.

C'est vainement que la Caisse qui ne dépose aucune pièce en rapport avec l'affiliation de Monsieur R., oppose à la société que Monsieur R. ne l'aurait pas informée de ses changements d'adresse successifs.

Ce fait n'est pas prouvé.

Le manquement à l'article 7 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 qui impose à l'assuré de faire connaître « dans les quinze jours, tout changement dans les renseignements qui figurent à la déclaration d'affiliation » ne peut être considéré comme établi à l'égard de la société, par le seul fait que la Caisse a envoyé la lettre recommandée à l'ancienne adresse de Monsieur R..

La lettre du 22 décembre 2004, n'a pas valablement interrompu la prescription.

20. La lettre recommandée du 16 décembre 2005 a, par contre, été envoyée au Portugal, rua do Restolho 5-3 E à B., à l'adresse qui était, selon les informations légales, celle qu'occupait Monsieur R. à l'époque.

C'est vainement que la société allègue que sur le récépissé de l'envoi recommandé apparaîtrait une erreur de transcription permettant de douter de l'envoi à la bonne adresse.

La mention figurant sur ce récépissé est exacte et restait lisible, même si les 4^{ème} et 5^{ème} lettres du mot « restolho » ont été quelque peu contractées. La Cour relève d'ailleurs que l'adresse figurant sur le rappel proprement dit est exacte.

21. En conséquence, la prescription a été interrompue par la lettre du 16 décembre 2005.

Il en résulte que les cotisations réclamées depuis le 1^{er} trimestre 2000 ne sont pas prescrites, l'interruption découlant de la lettre du 16 décembre 2005 ayant été renouvelée, dans les 5 ans, par les conclusions du 7 juillet 2010.

Les cotisations réclamées pour 1999 sont, par contre, prescrites puisqu'aucun acte interruptif valable n'est intervenu avant le 31 décembre 2004.

B. L'assujettissement de Monsieur R. au statut social belge des travailleurs indépendants

22. Il résulte des pièces du dossier que :

- la société a été constituée le 17 avril 1993 ; lors de l'assemblée générale du 12 octobre 1995, il a été constaté que Monsieur R. et Monsieur V.A. détenaient chacun la moitié du capital de la société ; les assemblées générales du 7 juin 2000 et du 7 juin 2006 ont reconduit leur mandat d'administrateur ;
- Monsieur R. réside au Portugal depuis la fin de l'année 1999 ; il y a exercé une activité salariée et/ou y a bénéficié d'allocations de chômage, à partir du 1^{er} janvier 2001 et jusqu'en juillet 2005 ; il a exercé une activité indépendante au Portugal à partir de novembre 2007 (la société soutenant, toutefois, que cette activité a débuté en novembre 2005) ;

- d'après la Caisse d'assurances sociales, Monsieur R. aurait perçu des revenus en Belgique en 2002, 2004, 2005 et 2007 ;
- en cours de procédure, la Caisse a admis que compte tenu du statut de salarié de Monsieur R. au Portugal depuis le 1^{er} janvier 2001, il ne peut plus être assujéti au statut social belge des travailleurs indépendants qu'à titre complémentaire : ainsi s'explique que le montant actuellement réclamé est de 68.317,61 Euros en principal à majorer des intérêts alors qu'il était, au départ, de 125.696,5 Euros.

La société conteste tout assujettissement de Monsieur R. au statut social des travailleurs indépendants en Belgique.

Les dispositions légales pertinentes et leur interprétation

23. Les Règlements européens de sécurité sociale fournissent, lorsqu'un travailleur s'est déplacé au sein de l'Union européenne, les critères permettant de déterminer la législation de sécurité sociale applicable.

On peut ainsi se référer :

- à l'article 14bis, 2) du Règlement 1408/71² qui précise que « la personne qui exerce normalement une activité non salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États membres est soumise à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle réside, si elle exerce une partie de son activité sur le territoire de cet État membre » ;
- à l'article 14quater du Règlement 1408/71 dont il résulte que « la personne qui exerce simultanément une activité salariée et une activité non salariée sur le territoire de différents États membres est soumise :
 - a) à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle exerce une activité salariée (...) sauf dans les cas mentionnés à l'annexe VII ;
 - b) dans les cas mentionnés à l'annexe VII, à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle exerce une activité salariée (...) et à la législation de l'État membre sur le territoire duquel elle exerce une activité non salariée (...) ;
- à l'annexe VII du Règlement 1408/71 qui énumère les « cas dans lesquels une personne est soumise simultanément à la législation de deux états membres » et qui à ce titre vise « l'exercice d'une activité non salariée en Belgique et d'une activité salariée dans un autre État membre ».

En principe, en l'absence d'harmonisation au niveau communautaire, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer, d'une part, les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale (arrêts du 24 avril 1980, Coonan, 110/79, Rec. p. 1445, point 12, et du 4 octobre 1991, Paraschi, C-349/87, Rec. p. I-4501, point 15) et, d'autre part, les conditions qui donnent droit à des prestations (arrêts du 30 janvier 1997,

² Les faits sont antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement 883/2004.

Stöber et Piosa Pereira, C-4/95 et C-5/95, Rec. p. I-511, point 36 et du 28 avril 1998, Decker, C-120/95, point 22).

Les États membres « doivent néanmoins, dans l'exercice de cette compétence, respecter le droit communautaire et, en particulier, les dispositions du traité relatives à la libre circulation des travailleurs » (voy., notamment, arrêt du 7 juillet 2005, van Pommeren-Bourgondiën, C-227/03, Rec. p. I-601, point 39 ; voy. aussi les arrêts du 9 mars 2006, Piatkowski, C-493/04, point 33, du 4 décembre 2003, Kristiansen, C-92/02, point 33, du 12 juillet 2001, Smit et Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5473, points 44 à 46, du 23 novembre 2000, Elsen, C-135/99, Rec. p. I-10.409, point 33, du 26 janvier 1999, Terhoeve, C-18/95, point 34, du 28 avril 1998, Decker, C-120/95, Rec. p. I-1831, points 22 et 33 et Kohll, C-158/96, Rec. p. I-1931, points 18 et 19).

Dans ce cadre, les États membres sont aussi susceptibles de devoir respecter la liberté de circulation et de séjour prévue par l'article 21 du Traité FUE.

24. En droit belge, l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants intervient selon les principes suivants :

- selon l'article 3, § 1^{er}, de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967, pour l'application du statut social des travailleurs indépendants, « l'indépendant est toute personne physique, qui exerce en Belgique une activité professionnelle en raison de laquelle elle n'est pas engagée dans les liens d'un contrat (...) de travail ou d'un statut » ;
- pour être professionnelle, l'activité doit être exercée dans un but de lucre même si, en fait, elle ne produit pas de revenus (Cass. 2 juin 1980, J.T.T., 1982, p. 76 ; voy. aussi A. SIMON, « Evolution récente du statut social des travailleurs indépendants 1998-2003 », J.T.T. 2004, p. 1) ;
- l'activité doit aussi présenter un caractère habituel, ce qui implique l'existence d'un ensemble d'opérations liées entre elles, répétées et accompagnées de démarches en vue de cette répétition (C.T. Liège, 2^e ch., 21 nov. 2000, inédit, R.G., n° 6189/98 ; C.T. Liège, 2^e ch., 10 oct. 2000, inédit, R.G., n° 27287/98).

Des présomptions d'assujettissement sont d'application pour les mandataires de société (voy. notamment l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 portant règlement général en exécution de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants).

La Cour de cassation avait décidé que « de la seule circonstance que le siège de la société se trouve en Belgique, il ne se déduit pas que les administrateurs exercent une activité dans ce pays » (Cass. 23 février 1987, J.T.T., 1987, p. 253).

Un arrêté royal du 18 novembre 1996³ a toutefois ajouté à l'article 3, § 1^{er} de

³ Voir article 1 de l'A.R. du 18 novembre 1996 « portant des dispositions financières et diverses concernant le statut social des travailleurs indépendants en application du chapitre VI

l'A.R. n° 38, un alinéa 4 rédigé comme suit :

« les personnes désignées comme mandataires dans une société ou association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou à l'impôt belge des non-résidents sont présumées, de manière irréfragable, exercer en Belgique, une activité professionnelle en tant que travailleur indépendant ».

Dans son avis sur le projet d'arrêté royal, le Conseil d'Etat relevait notamment que « l'établissement d'une présomption irréfragable conduit à se demander si ce moyen est bien proportionné au but poursuivi. Il serait indiqué que le gouvernement donne dans le rapport au Roi, la justification de la règle en projet »⁴.

En réponse, il a été précisé dans le rapport au Roi que le caractère irréfragable est « nécessaire afin de remédier à la situation par laquelle les mandataires de sociétés gèrent de l'étranger, suite à l'évolution technologique en matière de télécommunications, une société située en Belgique et essayent de cette façon d'éviter l'assujettissement au statut social »⁵.

Comme le soulignait J. CLESSE : « dorénavant, la présomption porte également sur le lieu d'exercice de l'activité, qui est réputé se trouver en Belgique, dès lors que la société administrée est soumise à la loi fiscale belge. En permettant l'assujettissement en raison d'une activité déployée hors de la Belgique, le texte nouveau déroge au critère territorial fixé par l'article 3, § 1^{er} de l'arrêté royal n° 38 » (J. CLESSE, « Le statut social du dirigeant d'entreprise », in *Dirigeant d'entreprise : un statut complexe aux multiples visages*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 182).

Précédemment, en effet, était seulement d'application l'article 2 de l'arrêté royal du 19 décembre 1967 qui, sans déroger au critère d'exercice de l'activité en Belgique, précisait que

« l'exercice d'un mandat dans une association ou une société de droit ou de fait qui se livre à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif, est de manière irréfragable⁶ présumé constituer l'exercice d'une activité entraînant l'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants ».

de la loi du 26 juillet 1996 portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux de pensions et de l'article 3 de la loi du 26 juillet 1996 visant à assurer les conditions budgétaires de la participation de la Belgique à l'Union économique et monétaire européenne » (M.B. 12 décembre 1996, p. 31.018).

⁴ M.B. 12 décembre 1996, p. 31.021

⁵ M.B. 12 décembre 1996, p. 31.020.

⁶ Sur base de la jurisprudence des juridictions du travail intervenue à la suite de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 3 novembre 2005, il est admis que la preuve contraire reste possible. La présomption a ainsi perdu son caractère irréfragable : voy. la note conjointe du SPF Sécurité Sociale, direction générale des Indépendants et de l'INASTI P.720.2/08/3 du 15 janvier 2008

25. La Cour constitutionnelle a été saisie d'une question préjudicielle portant sur la conformité de l'article 3, § 1, alinéa 4, avec les articles 10 et 11 de la Constitution. Elle a décidé :

« B.3. La Cour est interrogée sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution de la différence de traitement que l'alinéa 4 précité crée entre les personnes désignées comme mandataire dans une société ou une association assujettie à l'impôt belge des sociétés ou assujettie à l'impôt belge des non-résidents et les personnes qui ne sont pas mandataires de société et qui exercent en Belgique une activité professionnelle sans être engagées dans les liens d'un contrat de travail ou d'un statut : alors que les premières sont, en vertu de la disposition en cause, présumées de manière irréfragable exercer une activité de travailleur indépendant, les secondes ne le sont que sur la base d'une présomption juris tantum, la preuve tirée de ce que cette activité produirait des revenus visés à l'article 23, § 1er, 1°, ou 2°, ou à l'article 30, 2°, du Code des impôts sur les revenus 1992 pouvant être renversée.

B.4. La disposition en cause s'inscrit, selon le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 novembre 1996 qui modifia l'article 3 de l'arrêté royal n° 38, dans un ensemble de mesures structurelles destinées à garantir l'équilibre financier du statut social des travailleurs indépendants. Le rapport au Roi observe que les constitutions de sociétés dans les années 1985 à 1995 entraînent un tassement de la base de cotisation du statut (Moniteur belge 12 décembre 1996, p. 31018). Le même rapport précise que l'alinéa 4 en cause vise à " résoudre certains problèmes administratifs pour des raisons de sécurité juridique " et que " la création de la présomption est nécessaire afin de remédier à la situation, par laquelle les mandataires de sociétés gèrent de l'étranger, suite à l'évolution technologique en matière de télécommunications, une société située en Belgique et essayent de cette façon d'éviter l'assujettissement au statut social " (ibid., p. 31020).

B.5. La disposition en cause constitue, par la présomption qu'elle instaure, une mesure conforme à l'objectif qu'elle poursuit. Son caractère irréfragable a pu être jugé nécessaire, pour garantir, comme l'indique le rapport au Roi précité, l'assujettissement au statut social des indépendants de mandataires qui gèrent de l'étranger des sociétés ayant leur siège en Belgique, l'autorité ne disposant pas, vis-à-vis de ces personnes, des renseignements et des pouvoirs dont elle dispose vis-à-vis de celles qui gèrent en Belgique de telles sociétés. Toutefois, la présomption a, en ce qu'elle est irréfragable, un caractère général et absolu qui est disproportionné à l'égard de ces dernières puisqu'il empêche un mandataire qui aurait cessé son activité d'établir cette cessation autrement qu'en démissionnant et de mettre fin aux obligations qui découlent de l'assujettissement au statut social des indépendants. La justification de la mesure avancée par le Gouvernement à la suite de l'avis du Conseil d'Etat et tirée de ce que des sociétés situées en Belgique seraient gérées, de l'étranger, par des mandataires, n'est pas suffisante puisqu'elle néglige précisément l'hypothèse dans laquelle les mandataires exercent leur activité en Belgique.

B.6. La question préjudicielle appelle une réponse positive en ce qui concerne les mandataires qui ne gèrent pas de l'étranger une société visée par la disposition en cause » (C. Const., arrêt n° 176/2004, du 3 novembre 2004).

Il résulte de cet arrêt que la présomption reste irréfragable pour les personnes qui gèrent de l'étranger : indépendamment de l'exercice effectif de l'activité, ces personnes doivent être assujetties au statut social des travailleurs indépendants.

Application dans le cas d'espèce

26. Il y a lieu de distinguer la période pendant laquelle Monsieur R. exerçait une activité indépendante au Portugal et les périodes pendant lesquelles il exerçait une activité salariée ou n'exerçait pas d'activité mais était chômeur ou sans statut.

27. Pendant la période au cours de laquelle Monsieur R. résidait au Portugal et y exerçait une activité indépendante, il ne pouvait être assujéti au statut social des travailleurs indépendants en Belgique : en cas d'exercice d'une activité indépendante dans deux pays de l'Union européenne, l'article 14bis, 2) du règlement 1408/71 prévoit, en effet, l'application, uniquement, de la législation du pays de résidence.

L'article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38 doit s'effacer devant la disposition de droit européen.

En l'état actuel du dossier, l'exercice d'une activité indépendante est certain à partir de novembre 2007, de sorte que l'assujettissement au statut social belge des travailleurs indépendants, doit prendre fin, à tout le moins, à la fin de l'année 2007.

La Cour constate néanmoins que la Caisse ne réclame pas de cotisations au-delà du 4^{ème} trimestre 2007 (voir pièce 23 de son dossier).

La société semble considérer que l'activité indépendante au Portugal a débuté en novembre 2005 : cette allégation ne paraît pas correspondre au document émanant de l'organisme portugais de sécurité sociale.

Il y aurait donc lieu que la société justifie l'exercice d'une activité indépendante au Portugal entre le 1^{er} novembre 2005 et le 1^{er} novembre 2007.

28. En ce qui concerne les autres périodes pendant lesquelles Monsieur R. résidait au Portugal et y exerçait une activité salariée, était chômeur ou sans statut, le règlement européen et son annexe VII, ne paraissent pas exclure l'assujettissement au statut social belge des travailleurs indépendants.

La société soutient toutefois qu'en ce qu'il a pour effet de soumettre à la législation belge, les mandataires gérant de l'étranger, l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal n° 38 est contraire aux principes de droit communautaire et notamment à l'article 18 du Traité CE (article 21 du TFUE).

Cet article pourrait, en effet, constituer un obstacle à la liberté de circulation et de séjour dans la mesure où il a pour conséquence de ne pas permettre à la personne qui réside à l'étranger et gère de l'étranger une société soumise à l'impôt belge, de renverser la présomption d'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants, alors que la personne qui réside et ne gère pas une telle société de l'étranger, a la faculté de renverser cette présomption et d'apporter la preuve qu'elle n'exerce pas une activité indépendante au sens de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1, de l'arrêté royal n° 38.

De même, on peut se demander si, au regard du règlement 1408/71, un Etat membre peut, dans le cadre de la compétence qui lui est reconnue pour définir les conditions d'assujettissement au régime de sécurité sociale qu'il met en

place, assimiler la « gestion de l'étranger d'une société soumise à l'impôt de cet Etat » à l'exercice d'une activité sur son territoire. L'article 3, § 1^{er}, alinéa 4 de l'arrêté royal n° 38 semble réaliser une telle extension puisqu'il a pour effet que « le lieu d'exercice de l'activité (...) est réputé se trouver en Belgique, dès lors que la société administrée est soumise à la loi fiscale belge » (J. CLESSE, op. cit., p. 182).

Ces questions doivent être posées à la Cour de justice de l'Union européenne.

**Par ces motifs,
La Cour du Travail,**

Statuant contradictoirement,

Déclare l'appel de la Caisse PARTENA, recevable,

Confirme l'irrégularité de la contrainte,

Constate néanmoins que la Caisse a valablement introduit, pour les années 1999 à 2007, une demande de condamnation de la société au paiement de cotisations de sécurité sociale en raison du mandat d'administrateur détenu en son sein par Monsieur R.,

Dit la demande prescrite en ce qui concerne l'année 1999,

Dit que le règlement 1408/71 fait obstacle à l'assujettissement de Monsieur R. pour les périodes au cours desquelles il exerçait une activité indépendante au Portugal,

Invite la société à préciser ces périodes,

Pour les autres périodes (pendant lesquelles Monsieur R. exerçait au Portugal une activité salariée, bénéficiait des allocations de chômage ou n'y exerçait aucune activité), sursoit à statuer et pose à la Cour de Justice de l'Union européenne, les questions suivantes :

- *« pour l'application des articles 13 et suivants du Règlement 1408/71⁽¹⁾ et, plus particulièrement, pour l'application de l'article 14quater, un Etat membre peut-il, dans le cadre de la compétence qui lui est reconnue pour définir les conditions d'assujettissement au régime de sécurité sociale qu'il met en place pour les travailleurs indépendants, assimiler la « gestion de*

⁽¹⁾ Règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la communauté.

l'étranger d'une société soumise à l'impôt de cet Etat » à l'exercice d'une activité sur son territoire ? » ;

- *« l'article 3, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants est-il compatible avec le droit de l'Union européenne et notamment avec la liberté de circulation et de séjour garantie par l'article 21 du traité sur le fonctionnement de l'Union, dès lors qu'il ne permet pas à la personne qui réside dans un autre Etat membre et gère de l'étranger une société soumise à l'impôt belge, de renverser la présomption d'assujettissement au statut social des travailleurs indépendants, alors que le mandataire qui réside en Belgique et ne gère pas une telle société de l'étranger, a la faculté de renverser cette présomption et d'apporter la preuve qu'il n'exerce pas une activité indépendante au sens de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1, de l'arrêté royal n° 38 ? »*

Réserve à statuer sur les dépens,

Ainsi arrêté par :

B. CEULEMANS, Premier Président

J.Fr. NEVEN, Conseiller

R. PAYOT, Conseiller social indépendant

Assistés de Ch. EVERARD, Greffier

Monsieur R. PAYOT, conseiller social au titre d'indépendant, qui était présent lors des débats et qui a participé au délibéré de la cause est dans l'impossibilité de signer.

Conformément à l'article 785 du Code judiciaire l'arrêt signé par Madame B. CEULEMANS, Premier Président et Monsieur J.Fr. NEVEN, Conseiller.

Ch. EVERARD

Ch. EVERARD

J.Fr. NEVEN

B. CEULEMANS

et prononcé à l'audience publique de la dixième chambre de la Cour du travail
de Bruxelles, le 11 mars 2011 où étaient présents :

B. CEULEMANS, Premier Président

Assisté de Ch. EVERARD, Greffier

Ch. EVERARD

B. CEULEMANS