CC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.760/2
DU 23 SEPTEMBRE 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Sénat, le 27 août 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de loi "modifiant l'article 61 du Code des sociétés en vue de l'introduction d'une disposition relative à la force majeure pour les organes des sociétés" (*Doc. Parl.*, Sénat, 2008-2009, n/ 4-1217/1), a donné l'avis suivant :

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 46.760/2
VAN 23 SEPTEMBER 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, tweede kamer, op 27 augustus 2009 door de Voorzitter van de Senaat verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een wetsvoorstel "tot wijziging van artikel 61 van het Wetboek van vennootschappen, met het oog op het invoeren van een overmachtbepaling voor de vennootschapsorganen" (*Parl. St.*, Senaat, 2008-2009, nr. 4-1217/1), heeft het volgende advies gegeven :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de la proposition, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations ci-après.

Observations générales

1.1. Depuis la première directive [1] en matière de sociétés, transposée en droit belge par la loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales, une distinction est opérée entre le pouvoir de gestion et le pouvoir de représentation de la société. Par ailleurs, une distinction est opérée entre les décisions des organes de la société qui n'ont qu'un effet interne et celles qui sont opposables aux tiers.

S'agissant par exemple de la société anonyme, le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale (article 522, § 1er, du Code des sociétés). Il a également le pouvoir de représenter la société à l'égard des tiers et en justice (article 522, § 2).

Outre la limitation des pouvoirs du conseil d'administration résultant de la loi, ceux-ci peuvent être restreints par les statuts.

Alors que la première limitation est opposable aux tiers, la seconde limitation n'a, en principe, d'effets qu'au niveau interne et est donc inopposable aux tiers même si les restrictions du pouvoir de gestion sont publiées (article 522, § 1/, alinéa 2). L'éventuelle répartition des tâches entre administrateurs est également inopposable aux tiers.

---

(1) Directive 68/151/CEE du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa du traité pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers.

1.2. Le paragraphe 1er de l'article 61 du Code des sociétés, que la proposition de loi envisage de compléter, consacre la théorie de l'organe, selon laquelle, d'une part, la société agit par ses organes et, d'autre part, ses membres n'encourent aucune responsabilité pour les engagements pris pour la société dans l'exercice de leur fonction et dans les limites de leurs pouvoirs [2].

1.3. La proposition de loi vise à introduire un deuxième alinéa à l'article 61, § 1er, du Code des sociétés en vue de permettre aux organes de la société d'écarter toute règle découlant "d'une loi, d'une coutume, de statuts, de règlements ou d'une décision" lorsque son application "s'avère raisonnablement impossible dans les circonstances données pour cause de force majeure".

On rappellera que, selon l'exposé des motifs du projet devenu la loi du 6 mars 1973 précitée, transposant la première directive 68/151/CEE précitée en droit belge, on entend par "organes" "les personnes dont les pouvoirs de représenter la société dérivent d'une fonction prévue par la loi" [3].

1.4. La proposition de loi ne précise pas la portée juridique de la non application d'une règle pour cause de force majeure.

A-t-elle uniquement un effet interne de manière à dégager celui qui n'a pas appliqué la règle de toute responsabilité éventuelle ou est-elle également opposable aux tiers ?

Dans ce dernier cas, la sécurité juridique qui dans un souci de protection des tiers est poursuivie par la première directive européenne précitée risque d'être battue en brèche dans la mesure où les tiers peuvent normalement s'attendre à ce que la loi et les statuts soient appliqués par les organes de la société.

---

(2) Voir J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, 2e ed., 2006, p. 591, n/ 992 et les références citées.

(3) *Doc. parl.*, Chambre, 1969-1970, n/ 700/1, p. 17.

En tout état de cause, le dispositif de la proposition de loi devrait être amendé afin de préciser très exactement la portée juridique interne et externe du complément à l'article 61, § 1er, du Code des sociétés qu'ils proposent.

2.1. Le texte de la proposition de loi fait référence à "une règle en vigueur (...) en vertu d'une loi, d'une coutume, de statuts, de règlements ou d'une décision".

Ces termes sont repris littéralement de l'article 8.2 du livre 2 du Code civil néerlandais qui a une genèse et une portée propres, ce qui requiert une plus grande précision au niveau de leur intégration éventuelle en droit belge.

Ainsi, ces termes ne correspondent pas à ceux figurant au paragraphe 1er actuel de l'article 61 du Code des sociétés auquel l'alinéa 2 proposé entend permettre de déroger. Le paragraphe 1er parle non pas de règles mais de "pouvoirs" (des organes de la société) tels que fixés par "le présent code (des sociétés), l'objet social et les clauses statutaires".

Deux remarques s'imposent :

- les termes "une règle en vigueur entre ces organes" n'ont pas la précision des termes "les pouvoirs (des organes)" et devraient être explicités;

- les termes "coutume, règlements ou décisions" sont peu précis. Il y aurait lieu d'indiquer exactement la portée de chaque terme et, le cas échéant, de l'illustrer par des exemples.

S'agissant de protéger les tiers, il convient d'être aussi précis que possible.

2.2. Le texte de la proposition permet d'écarter l'alinéa 1er du paragraphe 1er de l'article 61 du Code des sociétés en cas de force majeure lorsque la règle normalement applicable ne peut pas l'être "si cela s'avère raisonnablement impossible".

Comme le relèvent très justement les auteurs de la proposition de loi, la force majeure requiert selon la Cour de Cassation un événement "qui constitue un obstacle insurmontable à l'exécution de l'obligation" [4].

Le fait de ne point se référer à une situation où une règle est impossible à appliquer mais à une situation où elle est "raisonnablement" impossible à appliquer introduit un facteur d'incertitude qui exclut dans le chef de celui qui doit l'appliquer toute prévisibilité quant à ses conséquences.

La nouvelle disposition risque donc d'être source d'insécurité juridique non seulement pour les tiers mais aussi pour l'auteur de l'acte.

3. D'une manière générale, le législateur est invité à examiner si l'ajout d'un alinéa 2 à l'article 61 du Code des sociétés n'emporte pas plus d'inconvénients que d'avantages. C'est d'autant plus vrai que le concept de "force majeure" tel qu'explicité par la Cour de Cassation a une portée générale et une valeur transversale de sorte qu'il s'applique dans toutes les matières quand bien même la loi ne l'aurait pas énoncé de manière expresse.

---

(4) Voir notamment Cass. 18 novembre 1996, *J.T.*; *R.W.*, 1997, p. 173; 1997-1998, col. 604, avec note.

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten, haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorstel, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorstel aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

1.1. Sedert de eerste richtlijn [1] inzake vennootschappen, omgezet in het Belgische recht bij de wet van 6 maart 1973 tot wijziging van de wetgeving betreffende de handelsvennootschappen, wordt een onderscheid gemaakt tussen de bestuursbevoegdheid en de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de vennootschap. Bovendien wordt een onderscheid gemaakt tussen de beslissingen van de organen van de vennootschap die slechts interne gevolgen hebben en die welke tegengeworpen kunnen worden aan derden.

Bij een naamloze vennootschap bij voorbeeld is de raad van bestuur bevoegd om alle handelingen te verrichten die nodig of dienstig zijn tot verwezenlijking van het doel van de vennootschap, behoudens die waarvoor volgens de wet alleen de algemene vergadering bevoegd is (artikel 522, § 1, van het Wetboek van vennootschappen). De raad van bestuur is eveneens bevoegd om de vennootschap te vertegenwoordigen jegens derden en in rechte (artikel 522, § 2).

De bevoegdheden van de raad van bestuur worden niet alleen beperkt bij de wet, ze kunnen ook worden beperkt door de statuten.

---

(1) Richtlijn 68/151/EEG van de Raad van 9 maart 1968 tot het coördineren van de waarborgen, welke in de Lid-Staten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks ten einde die waarborgen gelijkwaardig te maken.

Terwijl de eerste beperking kan worden tegengeworpen aan derden, heeft de tweede beperking in beginsel slechts gevolgen op intern niveau en kan ze dus niet worden tegengeworpen aan derden, zelfs indien de beperkingen van de bestuursbevoegdheid bekendgemaakt zijn (artikel 522, § 1, tweede lid). De eventuele verdeling van de taken tussen de bestuurders kan evenmin worden tegengeworpen aan derden.

1.2. Paragraaf 1 van artikel 61 van het Wetboek van vennootschappen, die men via het wetsvoorstel wil aanvullen, legt de "orgaantheorie" vast luidens welke enerzijds de vennootschap optreedt via haar organen en anderzijds haar leden geen enkele verantwoording moeten afleggen voor de verbintenissen die ze aangaan voor de vennootschap in de uitoefening van hun ambt en binnen de perken van hun bevoegdheden [2].

1.3. Het wetsvoorstel strekt ertoe een tweede lid in te voegen in artikel 61, § 1, van het Wetboek van vennootschappen om de organen van de vennootschap in de mogelijkheid te stellen voorbij te gaan aan elke uit "wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit" voortvloeiende regel wanneer de toepassing ervan "in de gegeven omstandigheden door overmacht redelijkerwijze onmogelijk is".

Er zij op gewezen dat, luidens de memorie van toelichting van het ontwerp, dat ontstaan heeft gegeven aan de voormelde wet van 6 maart 1973, waarbij de voormelde eerste richtlijn 68/151/EEG wordt omgezet in het Belgische recht, onder "organen" wordt verstaan "personen wier bevoegdheid om de vennootschap te vertegenwoordigen is ontleend aan een opdracht die door de wet is ingesteld" [3].

1.4. Het wetsvoorstel preciseert niet wat de juridische draagwijdte is van het niet-toepassen van een regel wegens overmacht.

---

(2) Zie J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT en Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, 2e uitgave, 2006, blz. 591, nr. 992 en de vermelde verwijzingen.

(3) *Parl. St.* Kamer, 1969-1970, nr. 700/1, 17.

Heeft zulks alleen interne gevolgen zodat degene die de regel niet heeft toegepast, ontslagen wordt van elke eventuele aansprakelijkheid of kan zulks eveneens worden tegengeworpen aan derden?

In dat laatste geval bestaat het gevaar dat afbreuk wordt gedaan aan de rechtszekerheid die de voormelde eerste Europese richtlijn nastreeft ter wille van de bescherming van derden, in zoverre derden er normalerwijze vanuit kunnen gaan dat de organen van de vennootschap de wet en de statuten toepassen.

Het dispositief van het wetsvoorstel zou hoe dan ook moeten worden gewijzigd om zeer nauwkeurig aan te geven wat de interne en externe juridische draagwijdte is van de voorgestelde aanvulling van artikel 61, § 1, van het Wetboek van vennootschappen.

2.1. In de tekst van het wetsvoorstel wordt verwezen naar "een (...) krachtens wet, gewoonte, statuten, reglementen of besluit geldende regel".

Deze woorden zijn letterlijk overgenomen uit artikel 8.2. van boek 2 van het Nederlandse Burgerlijk Wetboek dat een eigen ontstaansgeschiedenis en een eigen strekking heeft, wat een grotere zorgvuldigheid vergt bij het eventueel opnemen ervan in het Belgische recht.

Zo stemmen deze bewoordingen niet overeen met die in de huidige paragraaf 1 van artikel 61 van het Wetboek van vennootschappen, waarvan het voorgestelde tweede lid afwijking mogelijk wil maken. Paragraaf 1 heeft het niet over regels maar over "bevoegdheden" (van de organen van de vennootschap) zoals "vastgesteld door dit wetboek (van vennootschappen), het doel en de statuten.".

Er behoren twee opmerkingen te worden gemaakt :

- de woorden "een tussen deze organen (...) geldende regel" zijn niet zo nauwkeurig als de woorden "de bevoegdheden (van de organen)" en zouden moeten worden geëxpliciteerd;

- de woorden "gewoonte, reglementen of besluit" zijn onduidelijk. Van elk woord zou de precieze betekenis moeten worden vermeld, in voorkomend geval aan de hand van voorbeelden.

Wanneer het gaat om de bescherming van derden dient men zo nauwkeurig mogelijk te zijn.

2.2. De tekst van het voorstel maakt het mogelijk voorbij te gaan aan het eerste lid van paragraaf 1 van artikel 61 van het Wetboek van vennootschappen in geval van overmacht, wanneer de regel die normalerwijze van toepassing is niet kan worden toegepast "voor zover dit redelijkerwijze onmogelijk is".

De indieners van het wetsvoorstel wijzen er zeer terecht op dat, volgens het Hof van Cassatie, overmacht een gebeurtenis vereist "die een onoverkomelijk beletsel uitmaakt tot nakoming van de verbintenis" [4].

Het feit dat niet wordt verwezen naar een situatie waarin een regel onmogelijk kan worden toegepast, doch naar een situatie waarin de regel "redelijkerwijze" niet kan worden toegepast, voert een onzekerheidsfactor in die uitsluit dat degene die de regel moet toepassen de gevolgen ervan enigszins kan voorzien.

De nieuwe bepaling kan dus aanleiding geven tot rechtsonzekerheid, niet alleen voor derden, maar ook voor de steller van de handeling.

3. Algemeen beschouwd wordt de wetgever verzocht na te gaan of het toevoegen van een tweede lid aan artikel 61 van het Wetboek van vennootschappen niet meer nadelen meebrengt dan voordelen. Zulks geldt des te meer daar het begrip "overmacht" zoals het door het Hof van Cassatie wordt ingevuld, een algemene strekking en een transversale waarde heeft, zodat het van toepassing is in alle aangelegenheden, zelfs indien het niet uitdrukkelijk zou zijn geformuleerd in de wet.

---

(4) Zie inzonderheid Cass. 18 november 1996, *J.T.*, 1997 173; en *R.W.*, 1997-1998, 604, met noot.

La chambre était composée de			De kamer was samengesteld uit
Messieurs de Heren	Y.	KREINS,	président de chambre, kamervoorzitter,
	P.	VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame Mevrouw	M.	BAGUET,	staatsraden,
Monsieur de Heer	G.	KEUTGEN,	assesseur de la section de législation, assessor van de afdeling wetgeving,
Madame Mevrouw	A.-C.	VAN GEERSDAELE,	greffier, griffier.

Le rapport a été présenté par M. J.-L. PAQUET, premier auditeur.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J.-L. PAQUET, eerste auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. P. VANDERNOOT.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. VANDERNOOT.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS