2

Vente et représentation – Questions choisies

Jean-François Germain
Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

Philippine Stroobant
Avocat au barreau de Bruxelles

Section I
Introduction **74**

Section II
La représentation parfaite : le mandat de vente **74**

Section III
Vente et représentation imparfaite **109**

Section IV
Une hypothèse particulière : la vente conclue par le représentant d'une société **119**

I. Introduction

1. Introduction – « La représentation est une institution juridique par laquelle une personne, le représentant, traite au nom et pour le compte d'une autre personne, le représenté, qui est seule liée par les actes ainsi accomplis par le représentant. Elle se caractérise par un effet de substitution »[1].

La vente est une matière propice aux différents mécanismes de représentation, que ce soit dans la sphère privée ou professionnelle. La représentation s'y décline sous toutes ses formes, parfaite (l'effet de subsitution est alors instantané et le représenté est immédiatement partie à la vente, tandis que le représentant demeure tiers par rapport à celle-ci) ou imparfaites (l'effet de substitution n'a pas lieu immédiatement mais interviendra après la conclusion de la vente, avec ou sans décharge du représentant, selon les cas)[2].

La présente contribution n'a bien entendu pas pour ambition de passer en revue tous les aspects et subtilités des mécanismes de représentation. D'éminents auteurs ont étudié en profondeur cette matière complexe et nous renverrons à leurs travaux. Notre projet consiste plutôt à traiter de certains aspects de la représentation dont nous pensons qu'ils trouvent un écho particulier en matière de vente. Nous examinerons ainsi la question de la rémunération du mandataire vendeur, la problématique de l'intermédiation obligatoire en matière de vente et ses conséquences sur le concept de force majeure ou encore celle de la vente sous réserve de l'accord du mandant. Nous envisagerons par ailleurs, dans une seconde partie de la contribution, la problématique de la conclusion d'une vente par une société. Bien qu'il ne s'agisse pas, à strictement parler, d'une véritable hypothèse de représentation, son importance pratique est considérable et ses principes d'analyse souvent proches de ceux de la représentation.

II. La représentation parfaite : le mandat de vente

II.1. Notion générale et caractéristiques

2. Référence à la définition classique du mandat – Le mandat de vente peut être défini par référence à la notion classique de mandat, à savoir « le contrat par lequel une partie, appelée le mandant, charge une autre personne,

1. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 630.
2. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, p. 630. On notera que dans une thèse récente, une nouvelle définition de la notion de représentation et un nouveau cadre juridique d'examen de celle-ci sont proposées par I. SAMOY (*Middelijke vertegenwoordiging*, Anvers, Intersienta, 2005 – et un résumé dans I. SAMOY, « Actuele topics van conventionele vertegenwoordiging » *in* V. SAGAERT et D. LAMBRECHT, *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Anvers, Intersienta, 2009, pp. 85-157).

appelée le mandataire, du pouvoir, qu'elle accepte, de la représenter afin de réaliser en son nom et pour son compte, un acte juridique »[3].

3. Le mandat de vente est un mandat exprès – Le mandat de vendre doit être donné en « termes exprès » par référence à l'article 1988 du Code civil : « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès »[4].

4. Mandats de vente réglementés – Certains mandats de vente font l'objet de réglementations spécifiques. On songe par exemple à l'intermédiation obligatoire en matière financière, réservée aux établissements de crédit[5] et aux entreprises d'investissements[6] pour certains types d'opérations portant sur des instruments financiers. On peut également citer le mandat de vente confié à un agent immobilier.

De telles réglementions visent principalement à définir les conditions que doivent remplir les mandataires en termes d'accès à la profession et de conditions d'exercice de celle-ci, ainsi qu'à protéger la partie dite « faible » en imposant le plus souvent la rédaction d'un document écrit et l'insertion de clauses spécifiques. S'agissant des intermédiaires financiers, l'arrêté royal du 3 juin 2007 (article 20) prévoit ainsi qu'ils doivent conclure un contrat écrit avec leurs clients avant d'entamer leurs prestations, dont le contenu est précisé dans le texte légal. Les agents immobiliers se voient imposer une obligation similaire aux termes de l'arrêté royal du 12 janvier 2007 (article 2) : « La mission d'intermédiation fait l'objet d'un contrat écrit. Les clauses de ce contrat d'intermédiaire déterminent : [1°] La mission de l'agent immobilier et l'étendue de ses pouvoirs. Celles-ci sont décrites de manière claire et non équivoque sous une seule rubrique du contrat, établissant notamment si la mission de l'agent immobilier comporte la conclusion du contrat au nom et pour le compte du consommateur ».

3. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, Liège, Anthemis, 2011, p. 265 ; Cass., 29 avril 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1033.
4. De la même manière, comme le rappelle, B. TILLEMAN, à défaut de disposition expresse, le mandat de vendre des biens immobiliers n'est pas présumé emporter le pouvoir d'hypothéquer ces biens ; le mandat à l'effet de vendre un bien (immobilier) n'emporte pas en principe le pouvoir d'accorder des délais pour le paiement du prix de vente ; le mandat de vente n'emporte pas le pouvoir d'accorder un sursis de paiement ou de conclure une transaction relative au prix de la vente ; le mandat de vendre un bien n'emporte pas en principe (automatiquement) le pouvoir d'introduire une action en justice relative à la validité de la vente (B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 200).
5. Loi bancaire du 22 mars 1993.
6. Loi du 6 avril 1995 relative au statut et au contrôle des entreprises d'investissement. Sur la question de la qualification du contrat de gestion de portefeuille, cf. S. DELAEY, *De contractuele verhouding inzake portefeuillebeheer : op de wip tussen MiFID en privaatrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2010, pp. 173 et s.

5. (suite) Mandats de vente réglementés et régime de nullité – S'agissant du régime de nullité, il faut distinguer les situations où la réglementation prévoit expressément quelle est la sanction qui frappe la convention lorsqu'elle ne fait pas l'objet d'un écrit, ou lorsque l'une des mentions prescrites fait défaut ou est incomplète (nullité textuelle), de celles où la loi ne prévoit rien (nullité virtuelle) comme c'est le cas par exemple pour le contrat d'agence immobilière. Dans cette dernière hypothèse, le juge devra apprécier la gravité de l'atteinte qu'occasionnait aux intérêts du mandant le non-respect du formalisme imposé[7].

Par ailleurs, les matières concernées touchant le plus souvent à l'ordre public, toute infraction aux dispositions applicables entraînera la nullité absolue du mandat de vente, et empêchera le mandataire de revendiquer un quelconque bénéfice du contrat[8]. La nullité du mandat de vente ne signifie pas pour autant que le tiers ne puisse revendiquer le bénéfice de la vente conclue par représentation en cas de ratification de la vente par le mandant[9] ou si les conditions d'un mandat apparent sont réunies. Cette seconde hypothèse a été rappelée par la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 6 janvier 2011, où la Cour décide que « la nullité d'une convention conclue entre un consommateur et un agent immobilier sur la base de la loi sur les pratiques du commerce (loi sur les pratiques du marché) ne s'oppose pas à l'existence d'un mandat apparent, qu'un tiers peut invoquer. (Art. 60 LPMC) »[10].

6. Preuve de la vente par mandat – Comme l'a rappelé la cour d'appel de Mons dans un arrêt du 26 janvier 2010, dans un cas où des particuliers avaient confié à une société commerciale le mandat exclusif de vendre leur immeuble, la relation qui se noue entre les candidats acquéreurs de l'immeuble et les mandants est de nature purement civile. C'est donc entre les parties le régime de la preuve écrite, conformément à l'article 1341 du Code civil, qui trouvera à s'appliquer, même si le mandataire est quant à lui un commerçant[11].

7. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 270.
8. C'est ce qu'a rappelé le tribunal de première instance d'Anvers dans un jugement du 12 décembre 2007 (en matière de prêt) : « le fait qu'une entreprise exerçant des activités d'établissement de crédit ne dispose pas de l'agrément nécessaire la met dans une situation illégale qui touche à l'ordre public et lui enlève l'intérêt légitime à introduire toute demande relative à des contrats conclus sans agréments » (note J. RICHELLE).
9. Voy. *infra* n° II.4.4.
10. *N.J.W.*, liv. 243, p. 382.
11. Mons, 19 janvier 210, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1036

L'écrit exigé au titre de preuve peut émaner du mandant ou de son mandataire agissant dans les limites de son mandat[12], étant précisé que l'aveu émanant du mandataire doit faire l'objet d'un mandat spécial[13].

7. Mandat de vente et mandat « à l'effet de négocier une vente » – Comme le souligne B. Tilleman, le mandat de vente ne se confond pas avec le mandat « à l'effet de négocier une vente » ou de « chercher un acheteur ». Ce type de mandat n'emporte en effet pas le pouvoir de conclure la vente au nom du vendeur sans la lui soumettre au préalable[14].

Appliquant ces principes, la cour d'appel de Bruxelles a décidé, dans un arrêt du 23 octobre 2003, que « la mission confiée à l'intermédiaire par une lettre qui l'autorise à "s'occuper de la vente éventuelle de l'appartement", cependant que les vendeurs se réservent la liberté de se "renseigner ailleurs" n'inclut pas le pouvoir de signer un compromis de vente.Le mandat spécial de signer le compromis au nom des vendeurs, qui est en principe formulé de manière explicite, n'est pas établi lorsque tel n'est pas le cas et que la lettre de mission ne contient aucune indication quant au prix minimal, élément essentiel d'une vente. La mission confiée à l'intermédiaire se limite dans ces circonstances à un courtage ».

8. Mandat de vente et vente « sous réserve de l'accord du propriétaire » – On rencontre fréquemment en pratique, particulièrement en matière de ventes immobilières, des situations où le mandataire signe le compromis de vente sous réserve de l'accord de son mandant. Ce type de disposition peut prendre des formes diverses, et est parfois expressément qualifié de condition suspensive.

Dans un jugement du 13 janvier 2003, le tribunal de première instance de Liège a décidé[15] qu'un contrat de vente ne pouvait être conclu sous la condition suspensive de l'accord du propriétaire, ou ce qui revient au même, si toutes les parties ne sont pas capables de contracter (ce qui était le cas en l'espèce, la mandante étant incapable et en attente de la désignation d'un administrateur provisoire), une telle condition portant sur un élément essentiel

12. Mons, 26 janvier, 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1044.
13. Cass., 15 juin 1990, *Pas.* , 1990, I, p. 485 ; D. MOUGENOT, « La preuve en matière civile – Chronique de jurisprudence 2002-2010 », *J.T.*, 2011, p. 604.
14. B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 199 (voy. la jurisprudence française citée par l'auteur).
15. *J.L.M.B.*, 2004, p. 699.

du contrat[16]. Le tribunal a conclu en l'espèce à la nullité du compromis de vente.[17]

Dans un cas où une société immobilière, agissant en qualité de mandataire, avait conclu le compromis de vente sous la condition suspensive de l'accord du propriétaire, la cour d'appel d'Anvers a, par arrêt du 5 janvier 1993, adopté une position différente en considérant que la qualification en condition suspensive pouvait être retenue mais qu'il s'agissait d'une condition purement potestative : « Une vente sous réserve de l'accord du propriétaire mandataire constitue une vente sous condition purement potestative, qui rend nul le compromis intervenu »[18].

9. (suite) Exclusion de la qualification en mandat ou en vente sous condition suspensive – Cette dernière interprétation ne semble par pouvoir être suivie. D'une part, comme le soulignait le tribunal de première instance de Liège dans la décision précitée, et comme l'a confirmé la cour d'appel de Mons dans un arrêt du 19 janvier 2010[19], il ne peut être question d'un mandat de vente lorsque la convention réserve l'accord du propriétaire. D'autre part, la qualification de vente « sous condition suspensive » ne peut être retenue : une condition suspensive ne peut en effet avoir pour objet un élément essentiel à la naissance de la convention, comme le consentement du vendeur[20]. L'événement doit en réalité être extérieur au rapport de droit en tant que tel[21].

La question, envisagée sous l'angle de ses conséquences, n'est pas purement théorique. La vente conclue sous une condition suspensive purement

16. B. KOHL, *La vente immobilière. Chronique de jurisprudence 1990-2010*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 187. L'auteur précise que « l'inexécution fautive de cette condition suspensive par la demanderesse, qui n'avait pas fait les démarches nécessaires à sa réalisation, ne pouvait évidemment, par le biais de l'article 1178 du Code civil qui permet de réputer dans ce cas une condition accomplie, faire revivre une condition suspensive irrégulière ».
17. La même sanction est applicable lorsque l'administrateur provisoire régulièrement désigné, conclut un compromis de vente sous la condition suspensive de l'autorisation du juge des saisies, ladite autorisation devant en réalité précéder la passation de l'acte et étant considérée comme une condition de validité de la vente (J.P. Landen-Zoutleeuw, 10 février 2005, *J.J.P.*, 2007, p. 261, cité par C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire », *Droit des obligations*, Anthemis, Recyclages en droit, 2011, pp. 165 et 166. Sur le sujet de la vente d'immeubles d'incapables majeurs contractée sous la condition suspensive de l'autorisation du juge de paix, voy. E. VAN BRUSTEM et M. VAN BRUSTEM, « De quelques propos relatifs aux compromis de vente d'un immeuble appartenant à un incapable majeur, établi sous condition suspensive de l'autorisation du juge de paix », obs. sous Cass., 27 juin 2008, *J.L.M.B.* 2009, pp. 107 et s.
18. Anvers, 5 janvier 1993, *R.G.D.C.*, 1994, p. 242, note I. DURANT.
19. *J.L.M.B.*, 2010, p. 1035.
20. Ces deux critiques sont adressées par I. DURANT dans son commentaire de l'arrêt (« La vente conclue par l'entremise d'un mandataire sous réserve de l'accord du propriétaire », note sous Anvers, 5 janvier 1993, *R.G.D.C.*, 1994, p. 246).
21. C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire », *Droit des obligations*, Anthemis, Recyclages en droit, 2011, pp. 165 et 166.

potestative, ou dont l'une des conditions essentielles est inexistante, sera en effet considérée comme nulle.

10. (suite) Proposition de qualification en promesse unilatérale d'achat – I. Durant suggère dans une telle situation que le compromis de vente puisse être interprété comme une promesse unilatérale d'achat de la part de l'acquéreur[22]. La figure de la promesse unilatérale d'achat avait déjà été évoquée par F. Herinckx, M. Grégoire, et D. Patart à propos de la vente des biens d'une personne protégée[23]. Cette solution a le mérite d'éviter l'écueil de la nullité associée à une condition suspensive purement potestative.

En signant la convention, l'acquéreur accepte que le contrat de vente soit formé uniquement si le propriétaire marque son accord, et accepte par avance d'être définitivement lié par le contrat de vente à ce moment. Les engagements par volonté unilatérale obéissant aux mêmes règles d'interprétation que les contrats[24], le juge pourra parfaitement décider, conformément à l'article 1156 du Code civil, que la volonté réelle de l'acquéreur dans de telles circonstances était de formuler une promesse unilatérale d'achat. Cet engagement sera, au même titre que tout engagement par volonté unilatérale, irrévocable pendant le délai fixé ou, à défaut, pendant un délai d'usage suffisant pour qu'une réponse en pleine connaissance de cause soit possible après un temps normal de réflexion (ce délai pouvant être formalisé par la voie d'une mise en demeure émanant de l'acquéreur)[25].

L'accord du vendeur pourra s'exprimer de manière tacite, notamment en cas d'acceptation d'un acompte[26]. Il semble en revanche plus délicat de tirer part du contenu de la convention de mandat, qui prévoit que la ratification ne sera demandée qu' « en cas de besoin », pour en déduire que la ratification n'était pas nécessaire[27].

La qualification en promesse unilatérale de vente ne doit pas pour autant conduire à considérer, comme l'a fait la cour d'appel de Mons, que la signature

22. « La vente conclue par l'entremise d'un mandataire sous réserve de l'accord du propriétaire », note sous Anvers, 5 janvier 1993, *R.G.D.C.*, 1994, p. 246).
23. F. HERINCKX, *Rep. not.*, v° Ventes publiques d'immeubles, n° 244-4 ; M. GRÉGOIRE, *Quelques problèmes pratiques liés à la gestion des biens d'une personne protégée. L'administration provisoire*, Bruxelles Bruylant, 2004, p. 137 ; D. PATART, « La vente d'un bien immeuble appartenant à un incapable : examen de deux problèmes particuliers rencontrés dans la pratique », *Rec. gén.*, 2002, p. 152.
24. Civ. Bruxelles, 3 février 1997, R.G. n° 16437/92, www.cass.be : « Le principe essentiel en matière contractuelle comme en cas d'engagement par volonté unilatérale est la recherche de la volonté réelle des parties ou du moins de celle qui s'oblige ».
25. Bruxelles, 28 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 868 ; Civ. Tournai, 28 janvier 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 887 ; Mons, 10 décembre 1985, *R.D.C.*, 1986, p. 670 ; J.P. Namur, 9 juillet 1985, *J.T.T.*, 1988, p. 165 et note B. DUBUISSON.
26. I. DURANT, « La vente conclue par l'entremise d'un mandataire sous réserve de l'accord du propriétaire », *op. cit.*, p. 252 et références citées.
27. En ce sens, Mons, 19 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1036.

apposée par le mandataire sous réserve de la ratification de son mandant n'aurait « aucune portée juridique »[28]. À tout le moins le mandataire intervient-il pour recevoir valablement offre, et matérialiser, par sa signature, la réception de celle-ci. L'offre d'achat étant un acte unilatéral réceptice[29], elle ne sera plus rétractable une fois celle-ci reçue par le mandataire. C'est là, à tout le moins, la portée juridique de l'intervention du mandataire.

S'agissant de l'acompte qui serait versé au mandataire avant ratification, celui-ci doit être considéré comme un versement d'indu et être remboursé par le mandataire, les mandants n'ayant aucun lien juridique avec les candidats acquéreurs[30].

II.2. Obligations du mandataire

II.2.1. Obéissance, diligence et loyauté

11. Principe – La mandataire doit accomplir son mandat sans faute. C'est en substance ce qu'énoncent les articles 1991 et 1992 du Code civil. P. Wéry rend compte de cette obligation en déclinant les trois qualités attendues d'un mandataire « bon père de famille » : obéissance (respect des limites du mandat et le cas échéant du mode d'exécution déterminé par le mandant, diligence (soin et célérité) et loyauté[31]. On peut y ajouter le devoir de conseil lorsque le mandataire est un professionnel[32].

L'intensité de l'obligation du mandataire, de moyen ou de résultat, dépendra quant à elle du descriptif de la mission, de la nature de celle-ci ou de la qualité du mandataire.[33]

Parmi les obligations de loyauté qui s'imposent au mandataire, on peut épingler, dans le cadre de la vente, le respect de la transparence inhérente au mandat, l'interdiction de se porter contrepartie et l'interdiction du double mandat.

12. Obligation de révéler sa qualité – La loyauté impose au mandataire d'apparaître aux yeux des tiers en sa qualité de mandataire. D'une part, le mandataire doit révéler sa qualité de représentant et d'autre part il doit

28. Mons, 19 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1036.
29. Cass., 22 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 102.
30. Mons, 19 janvier 2010, *J.L.M.B.*, 2010, p. 1037.
31. P. Wéry, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 296.
32. P.A. Foriers et R. Jafferali, « Le mandat (1991 à 2004) », *Actualités de quelques contrats spéciaux, Bruxelles*, Bruylant, 2005, p. 62.
33. P.A. Foriers et R. Jafferali, « Le mandat (1991 à 2004) », *op. cit.*, p. 63.

révéler l'identité de la personne pour le compte de laquelle il intervient.[34] L'article 1997 du Code civil précise à cet égard que le mandataire ne sera pas tenu des engagements qu'il a pris à l'égard d'un tiers que pour autant qu'il ait « donné à la partie avec laquelle il contracte en cette qualité, une suffisante connaissance de ses pouvoirs ».

Cette règle est importante en pratique dans la mesure où il est fréquent en matière de vente qu'un mandataire omette de se présenter comme tel ou choisisse délibérément de cacher sa qualité pour se ménager, le cas échéant, un intérêt personnel dans l'opération. Il est normal que dans ce cas, il ne puisse se prévaloir du mécanisme de représentation pour être libéré de ses engagements. De même, il ne se justifie pas non plus dans ce cas que le tiers puisse invoquer un droit direct dans le chef du mandant puisqu'il n'a pu légitimement croire, même en apparence, qu'il traitait avec un représentant de celui-ci.

Dans un arrêt du 4 juin 2002, La cour d'appel de Bruxelles a eu l'occasion d'appliquer ce principe à propos d'un notaire qui avait sollicité auprès d'une société spécialisée, dans le cadre d'une vente immobilière où il intervenait pour les vendeurs, la réalisation d'une étude de sol relative au bien vendu. Ladite société avait ensuite adressé sa facture directement au Notaire, qui avait refusé de la payer en indiquant que le bien n'avait finalement pas été vendu. La Cour a relevé qu'à aucun moment, le notaire n'avait fait part de sa qualité de mandataire et a considéré par conséquent qu'il était personnellement tenu[35].

Dans un arrêt du 8 février 2006 la cour d'appel de Liège a adopté le même raisonnement à propos de l'acheteur d'un véhicule qui, après avoir versé un acompte au vendeur, avait refusé d'exécuter la vente personnellement au motif qu'il intervenait comme mandataire dans l'opération. La Cour a ici encore considéré que le mandataire était tenu personnellement à l'achat du véhicule dans la mesure où il avait omis de révéler sa qualité de représentant.[36]

Le tribunal de première instance de Hasselt a traité d'une affaire où une personne avait vendu un studio à des acquéreurs en se présentant comme un intermédiaire. Les acquéreurs avaient poursuivi en justice la nullité de

34. P. Wéry, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 289.
35. *R.W.*, 2003-2004, p. 1027. Cette décision applique à juste titre la qualification de mandataire au notaire. Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'intervention du notaire se décompose d'une part en une mission légale, qui consiste essentiellement en matière de vente immobilière à acter dans la forme authentique l'accord des parties (ce qui ne doit pas être assimilé à un mandat, le Notaire ne représentant pas les parties à cette occasion) et d'autres part les autres opération accessoires à la vente, dont il peut éventuellement être chargé par les parties mais alors dans le cadre d'un mandat de droit commun.
36. *J.L.M.B.*, 2006, p. 843 (sommaire).

la vente pour dol, et la restitution de l'acompte versé. Leur demande était dirigée contre l'intermédiaire, signataire du compromis, ainsi que les propriétaires. Considérant que le signataire du compromis n'avait fait état de sa qualité d'intermédiaire qu'au titre d'indication de sa profession, sans autre précision quant au mandat dont il avait été investi ou à l'identité des propriétaires, le juge a estimé que les seconds ne pouvaient faire l'objet de l'action en nullité et de la demande de restitution de l'acompte[37].

13. Interdiction de se porter contrepartie – Le devoir de loyauté implique également que le mandataire ne se porte pas lui même contrepartie de la vente qu'il conclut au nom de son mandant[38].

Selon l'article 1596 du Code civil, « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes ni par personnes interposées : [...] les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ». Cette disposition qui fait exception à la règle générale de la capacité d'acquérir, est de stricte intreprétation. Le principe n'est cependant pas d'ordre public[39] et n'est pas davantage impératif[40]. Aussi le mandant pourrait-il parfaitement donner mission à son mandataire de vendre un bien, tout en précisant qu'il est autorisé à se porter lui-même acquéreur.

La prohibition ainsi édictée vise à prévenir le conflit d'intérêt qui naîtrait si dans un acte de vente, la même personne pouvait intervenir en deux qualités inconciliables, d'une part comme mandataire du vendeur, normalement soucieux de vendre au prix le plus élevé et, d'autre part, comme acquéreur, voulant acheter au prix le plus bas.

Selon la Cour de cassation, il faut y lire l'expression d'un principe général de droit interdisant au mandataire de se porter contrepartie de l'acte juridique qu'il est chargé de conclure[41]. Elle en a confirmé l'existence dans un arrêt du 18 mars 2004 : « il existe un principe général du droit suivant lequel quiconque accomplit des actes juridiques pour le compte d'un tiers ne peut intervenir en qualité de partie adverse de ce tiers ; [...] l'acte ainsi accompli est nul par nature ; [...] il s'ensuit que, dans l'exécution de son mandat, un mandataire ne peut intervenir en qualité de partie adverse de son mandant en ce qui concerne l'acte juridique à accomplir »[42].

37. Civ. Hasselt, 11 février 2002, *R.W.*, 2003-2004, p. 1426.
38. P. Wéry, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 239.
39. P.A. Foriers et R. Jafferali, « Le mandat (1991 à 2004) », *in Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 73.
40. P. Wéry, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 301.
41. Cass., 7 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 408.
42. Cass., 18 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 458.

Aux termes de l'article 1596, alinéa 3, la convention conclue en violation de cette interdiciton est annulable. Il s'agit d'une nullité relative[43] qui peut être couverte par le mandant, de manière expresse ou tacite.

14. (suite) Sort de l'interdiction de se porter contrepartie en cas de signature de l'acte par le mandant – L'annulation d'une vente sur la base de l'article 1596, alinéa 3 du Code civil nécessite qu'un mandat soit en cours d'existence. À défaut, il n'y a plus de mandataire contrepartie au moment de l'acte.

Un arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2012 confirme ce principe. Dans cette affaire, deux vendeurs avaient confié à un mandataire la mission exclusive de trouver acquéreur pour leur immeuble, assortie du mandat de négocier la vente et de signer le compromis. Le compromis a finalement été signé par les vendeurs eux-mêmes et par leur mandataire en tant qu'acheteur. Dans son arrêt du 26 mai 2011, la cour d'appel de Liège avait considéré que « le fait que [vendeurs] ont apposé leur signature sur le compromis [de vente] ne suffit pas pour considérer qu'il n'y avait plus de mandat » et avait par conséquent prononcé la nullité du compromis de vente sur la base de l'article 1596, alinéa 3 du Code civil. La Cour d'appel avait notamment tenu compte du fait que le compromis mentionnait expressément qu'une commission avait été remise à l'agent immobilier. Cette mention était selon la Cour « justifiée par le mandat et révélatrice du conflit d'intérêt ».

La Cour de cassation a cassé cet arrêt, considérant que la prohibition de l'article 1596 du Code civil « subsiste aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin au mandat. Conformément aux articles 2003 et 2004 du code précité, le mandant peut révoquer sa procuration quand bon lui semble et cette révocation met fin au mandat. L'accomplissement de l'acte qui est l'objet du mandat par le mandant lui-même vaut révocation tacite de ce mandat. [...] L'arrêt qui considère que "le fait que [les défendeurs] ont apposé leur signature sur le compromis [de vente] ne suffit pas pour considérer qu'il n'y avait plus de mandat" et prononce la nullité du compromis sur la base de l'article 1596, alinéa 3 du Code civil, viole les dispositions légales précitées ».

La Cour fait ainsi application du principe selon lequel la révocation peut être implicite lorsque le mandant accomplit lui-même l'acte qui formait l'objet du mandat[44]. On peut toutefois se demander si la disparition du mandat par l'effet de la révocation n'est pas susceptible de poser des difficultés pratiques dans les hypothèses où le droit de révocation n'est pas applicable, en

43. Cass. 7 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 408.
44. P.A. Foriers, « Observations sur la caducité des contrats par suite de la disparition de leur objet ou de leur cause », note sous Cass., 28 novembre 1980, *R.C.J.B.*, 1987, n° 14, p. 90. P. Wéry, *Le mandat*, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 238.

particulier lorsque l'on est en présence d'un mandat d'intérêt commun[45]. La solution pourrait consister dans ce cas à déduire à tout le moins de l'accomplissement de l'acte par le mandant la volonté de ce dernier de renoncer à l'interdiction pour le mandataire de se porter contrepartie. La renonciation étant un acte juridique unilatéral tout comme la révocation, elle est susceptible de se manifester de manière tacite dès l'instant où la volonté de son auteur peut être déterminée avec certitude[46]. Cette approche semble d'ailleurs plus conforme à la réalité. Le mandant ne signe pas l'acte personnellement parce qu'il veut mettre fin au mandat. Il le fait parce qu'il accepte que son mandataire initial se porte contrepartie. La révocation du mandat apparait plutôt comme une conséquence de cette renonciation.

15. Interdiction du mandat double. Il faut distinguer l'hypothèse du double mandat de l'interdiction pour le mandataire d'intervenir comme contrepartie du mandant[47].

Dans l'hypothèse du double mandat, le mandataire agit en même temps pour deux mandants, qui ont, dans le cas d'une vente, nécessairement des intérêts opposés. Le mandataire risque dès lors de contrevenir à son devoir de loyauté puisqu'il ne pourra défendre l'intérêt de l'un de ses mandants sans porter atteinte à celui de l'autre[48].

Le double mandat est néanmoins autorisé[49] dès l'instant où le mandataire informe ses mandants du fait qu'il agit pour plusieurs mandants et s'il requiert l'assentiment préalable de ceux-ci.

À la différence de l'interdiction de se porter contrepartie, la sanction de l'interdiction du mandat double n'est pas la nullité du contrat. Selon la doctrine, le mandat double doit s'analyser en un excès de pouvoir de la part du mandataire (violation de l'article 1998 du Code civil). Il est dès lors dénué d'effet à l'égard des deux mandants[50].

45. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *in Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 111.
46. Bruxelles, 25 novembre 1991, *Pas.*, 1991, II, p. 209.
47. B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 621.
48. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 301.
49. I. SAMOY, *Middelijke vertegenwoordiging*, *op. cit.*, pp. 71-72, cité par B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 621 (I. Samoy part du principe que la licéité du double mandat a été reconnue de manière implicite dans l'arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 2004).
50. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 301.

Certains auteurs se demandent cependant s'il ne faudrait pas résoudre la question en termes de responsabilité du mandataire vis-à-vis de son mandant plutôt qu'en termes d'excès de pouvoirs[51].

II.2.2. Reddition des comptes

16. Principe – Conformément à l'article 1993 du Code civil, « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».

Cette obligation recouvre d'une part le compte-rendu de la manière dont le mandataire a exécuté sa mission, et d'autre part la restitution de tout ce qu'il aurait reçu du mandant dans le cadre de son mandat[52] (par exemple dans le cas d'une vente les sommes destinées à l'acquisition du bien convoité). L'accomplissement de ces actes doit permettre au mandant de donner la décharge en pleine connaissance de cause.

II.3. Obligations du mandant

II.3.1. Paiement du salaire du mandataire

17. Principe – En matière de vente, le mandat est le plus souvent salarié. L'obligation du mandant de payer le mandataire est donc centrale, à côté de celle de rembourser les frais et avances de celui-ci (articles 1999 à 2011 du Code civil).

Le Code civil retient pourtant une gratuité de principe, énoncée à l'article 1986 du Code civil : « le mandat est gratuit s'il n y a de convention contraire ». Cette caractéristique trouve sa source dans une conception du mandat issue du droit romain, selon laquelle le mandataire est considéré comme un intervenant bénévole et désintéressé[53]. Elle est aujourd'hui largement dépassée[54]. La réelle nature des relations entre représenté et représentant est en effet le plus souvent commerciale, ou plus généralement professionnelle, à tout le moins dans le chef du représentant[55]. On présumera dans de tels cas que la représentation est rémunérée, même si les parties ne l'ont

51. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991-2004) », *in Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 74.
52. P. WÉRY, *Le mandat*, *Rép. Not.*, Bruxelles, Larcier, 2000, p. 112 ; P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991-2004) », *in Actualités de quelques contrats spéciaux*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 71 et 72 ; B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 151.
53. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 317.
54. H. DE PAGE, *Traité*, t.V, p. 354.
55. B. TILLEMAN, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 126 à 130 ; P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », p. 317.

pas expressément indiqué dans la convention, ni n'ont a fortiori déterminé le montant du salaire.

18. Problématique du salaire indéterminé – Il n'est donc pas rare en pratique de se trouver en présence d'un mandat présumé salarié, sans que les parties n'aient déterminé le montant du salaire du mandataire. Or classiquement, le prix, pour autant qu'il constitue l'objet de l'une des obligations principales nées du contrat[56] doit être déterminé ou objectivement déterminable dès la conclusion du contrat (et au plus tard à ce moment[57] puisqu'il doit être défini bilatéralement), sans qu'il soit besoin d'un nouvel accord des parties. Le principe est clairement exprimé à l'article 1129 du Code civil qui dispose que l'obligation doit avoir pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce, ou à défaut, qui «puisse être déterminée »[58]. La sanction d'un objet indéterminé est en principe la nullité de la convention[59].

19. Première hypothèse : détermination directe du salaire du mandataire par la loi ou les usages – Le salaire du mandataire sera toutefois considéré comme déterminable, ou à tout le moins déterminé, si la loi, une norme quelconque ou des usages en détermine directement le contenu. En matière de mandat ou plus généralement de représentation, il ne semble toutefois pas qu'il existe des normes à ce point précises qu'elles permettraient de conclure à une détermination directe de la rémunération du mandataire[60]. Pour le reste, l'exercice qui consisterait à conférer aux usages le soin de déterminer directement la hauteur de la rémunération du mandataire n'est pas convaincant[61]. L'exigence de détermination de l'objet de l'article 1108 du Code civil répond en effet à une double préoccupation : (i) assurer l'existence de l'obligation (il faut que l'obligation soit déterminée le moment venu pour qu'elle puisse être

56. P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 42. En matière de mandat salarié, on peut considérer que le salaire du mandataire constitue l'une des obligations principales du contrat, par hypothèse synallagmatique.
57. Cass. 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 604.
58. P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 41 ; Cass. 19 janvier 2004, *Pas.*, 2004, I, p. 103.
59. Et aucune indemnité ne peut être réclamée si l'absence d'objet suffisamment déterminé n'est pas imputable à la faute d'une des parties (Bruxelles, 21 décembre 1989, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 95 et s.).
60. Comme ce serait le cas par exemple des dispositions légales et réglementaires en matière de droit du travail qui déterminent de manière impérative des éléments parfois importants du contenu des prestations ou de la rémunération (durée du travail, congés, barèmes de rémunération, pécules, etc.), des conventions collectives de travail dont le contenu est présumé figurer dans chaque contrat de travail individuel, du taux d'intérêt légal appliqué au contrat de prêt à défaut de fixation d'un taux dans la convention, etc.
61. W. GOOSSENS distingue par exemple les usages qui déterminent les échelles de valeur pour certains types de prestations (dont notamment les intermédiaires commerciaux), du mécanisme de *partijbeslissing* proprement dit (*Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, nos 743 et s.).

exécutée)[62] sous peine de supprimer purement et simplement du lien obligatoire puisque le créancier « ne peut rien exiger de concret de son débiteur »[63] et (ii) la protection du débiteur contre l'arbitraire de son créancier (si l'objet est indéterminé, son contenu et le moment de son exigibilité risquent d'être abandonnés à la discrétion de l'une des parties)[64]. Or les usages ne permettent pas, par définition, de déterminer l'objet (en l'occurrence le prix) avec suffisamment de précision pour assurer cette fonction d'existence et surtout d'exécution de l'obligation. Ils constituent plutôt une marge d'appréciation qui, si elle est laissée à l'arbitrage des parties sans référence au pouvoir de décision du créancier, risque de retarder significativement l'exigibilité de la créance (nécessité d'un recours préalable au juge). Il est dès lors préférable selon nous de considérer de tels usages comme des lignes directrices pour le mandataire qui fixe unilatéralement son salaire dans le cadre d'une décision de partie[65].

20. Seconde hypothèse : détermination du salaire du mandataire par décision de partie (*partijbeslissing*) – Le mécanisme de *partijbeslissing*, vise en substance *toute situation où l'une des parties au contrat fixe seule, après la conclusion du contrat, l'objet d'une ou plusieurs des obligations issues de celui-ci*[66]. Ce mécanisme doit être autorisé par la loi ou les usages[67], ou

62. P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 41.
63. P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 68 ; H. DE PAGE, *Traité*, 2e éd., t. I, n° 89.
64. En ce sens, selon H. DE PAGE, l'indétermination de l'objet équivaut à une condition potestative (H. DE PAGE, *Traité*, 2e éd., t. I, n° 89). P. A. FORIERS en déduit qu'une obligation dont l'objet est indéterminable est nulle, dans la mesure où le débiteur, vu l'indétermination de sa prestation, est libre de décider du contenu et de l'exigibilité de celle-ci (caractère potestatif de l'obligation qui peut être rapproché de l'article 1174 du Code civil) (« L'objet », *op. cit.*, p. 68).
65. On peut à cet égard s'interroger sur la jurisprudence qui, partant de l'hypothèse qu'il existe une présomption de caractère onéreux pour les gérants et administrateurs de sociétés commerciales, considère que le montant de la rémunération devrait, dans le silence des statuts ou de la décision de nomination, être fixée par l'assemblée générale (voy. Civ. Bruxelles (33e ch.), 16 mars 2000, *J.D.S.C.* 2002, p. 120, note P. KILESTE, C. BERTSCH, *T. Not.*, 2001, p. 503).
66. P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 46 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1975, n° 21 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, n° 30, p. 85 ; E. DIRIX et A. VAN OEVELEN, « Verbintenissenrecht, kroniek 1985-1992 », *R.W.*, 1992-93, p. 1219 ; P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, pp. 70 et s. ; « l'objet et la cause », *op. cit.*, pp. 129 et s. ; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *op. cit.*, p. 212 ; M.-E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *T.P.R.*, 1988, pp. 1260 et s. ; L. CORNELIS, « Het mijnenveld rond de bindende derden- of partijbeslissing », *T.P.R.*, 2004, liv. 1, pp. 69 et s. ; R. KRUITHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *op. cit.*, p. 481 ; K. VANDERSCHOT, « De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie : de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 87 et s ; pour une approche de la question en droit français voy. *La Semaine Juridique*, II (jurisprudence), 1996, p. 22565 (en particulier les conclusions de M. Michel JEOL, premier avocat général à la Cour de cassation, ainsi que la note de J. GHESTIN) ; V. RANOUIL, « L'objet du contrat », *in Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant – Paris, Dalloz, 1997, pp. 52 et s.
67. Les usages étant entendus au sens des usages conventionnels visés par les articles 1135 (« les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites

par la convention elle-même (de manière expresse ou tacite). En matière de mandat, il est ainsi admis que le mandataire puisse fixer unilatéralement le montant de son salaire lorsqu'il est établi que les parties ont entendu déroger au caractère gratuit du mandat (article 1986 du Code civil) et lorsque la convention ne fixe pas le montant du salaire. Agissant dans ce cadre, le mandataire devra tenir compte des usages éventuellement applicables ou, à défaut, évaluer son salaire avec bonne foi[68] de façon à ce qu'il reflète « la rémunération équitable des services rendus »[69]. Plus largement, les usages admettent que l'intermédiaire commercial (courtier, commissionnaire...) puisse fixer unilatéralement le montant de sa commission[70]. La fixation unilatérale de la rémunération est également admise en faveur de l'agent immobilier même si l'absence de fixation du mode de calcul de sa rémunération dans la convention constitue par ailleurs une infraction déontologique (directive n° 5 relative au « contenu minimum des missions de courtage, ayant pour objet l'article 12 de la déontologie »)[71].

21. Contrôle du juge – Si l'on admet que la question du salaire indéterminé du mandataire puisse être réglée par la voie d'une décision de partie dans le chef du mandataire, il devient plus aisé d'appréhender les conditions de mise en œuvre et les effets d'un tel mécanisme. Ainsi au niveau du contrôle exercé par le juge, la figure de la *partijbeslissing* permet au mandant de bénéficier d'un mécanisme de contrôle destiné à la protéger contre l'arbitraire du mandataire. Ce mécanisme est distinct de la règle de réductibilité du salaire du mandataire, que nous examinerons au point suivant, et qui s'applique même lorsque les parties ont déterminé le salaire dans la convention. Il présente l'avantage de s'appliquer indifféremment au mandant et à tout autre type de contrat faisant l'objet d'une *partijbeslissing*, et rend par conséquent inutile les tentatives de requalification du mandat en un autre contrat pour échapper aux effets du principe de réductibilité. Si l'on part du principe que les contestations relatives au montant du salaire du mandataire interviendront souvent

que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ») et 1160 du code civil (« on doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont d'usage dans le pays où le contrat est passé »), à savoir toute règle qui satisfait à des conditions de généralité, de fixité et de constance ou de régularité (Cass., 23 mai 2005, *Pas.*, 2005, p. 1090).

68. Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, «La rémunération dans les contrats de service », *in Les contrats de service*, Bruxelles, Éditions du Jeune barreau de Bruxelles, 1994, pp. 81-82 et références citées.

69. Cass. 6 mars 1980, *Pas.*, I, 1980, p. 832.

70. Cass., 26 novembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 339. Mons, 11 mai 1993, *R.R.D.*, 1994, p. 66. Sur ce sujet, voy. M. WAGEMANS, « Le mandat, la commission, le courtage et la filialisation », *in La distribution commerciale dans tous ses états*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, pp. 169 et s.

71. Voy. à ce sujet L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 363 et s. (et références citées). Voy. également les références citées par N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », *op. cit.*, p. 73, note 152.

dans des situations où les parties n'ont pas marqué expressément leur accord sur un montant déterminé dès la conclusion du contrat, et où par conséquent le mandataire impose ses vues quant à la hauteur de sa rémunération, le mécanisme de contrôle associé à la partijbeslissing constituera en pratique une alternative appréciable au principe de réductibilité du salaire, applicable au seul mandat. C'est d'autant plus le cas que la partijbeslissing recouvre également, nous semble-t-il, les hypothèses où le salaire du mandataire est insuffisamment déterminé dans le contrat de base, et où le mandataire entend appliquer ou préciser d'autorité la méthode de calcul. On peut également songer à la situation où un mandat aurait été tacitement renouvelé sans qu'une rémunération spécifique ait été prévue.

22. (suite) Critères d'appréciation – Les critères d'appréciation du juge peuvent varier en fonction du type de décision de partie. Dans certains cas, la loi ou les normes professionnelles fixent avec plus ou moins de précision les limites dans lesquelles une partie au contrat peut exercer son pouvoir de fixation unilatérale. Dans d'autres, ce sont les usages qui fixent les contours de la décision. On songe notamment au courtage immobilier, où les usages fixent des lignes directrices permettant d'apprécier le pourcentage de commission à appliquer[72].

En l'absence de limites normatives ou découlant des usages, c'est le principe de bonne foi qui trouvera à s'appliquer[73]. La décision de partie relève de la volonté subjective et de l'appréciation du créancier – la mandataire – qui

72. Un taux entre 3 et 5 % est généralement retenu. Civ. Bruxelles, 31 mars 1994, *J.T.*, 1994, p. 615 ; Civ. Namur, 22 juin 1989, *J.L.M.B.*, 1989, p. 1193, Bruxelles, 7 décembre 1988, *Rev. Not. b.*, 1989, p. 165. La fixation unilatérale de la rémunération est admise en faveur de l'agent immobilier même si l'absence de fixation du mode de calcul de sa rémunération dans la convention constitue par ailleurs une infraction déontologique (directive n° 5 relative au « contenu minimum des missions de courtage, ayant pour objet l'article 12 de la déontologie »). Agissant dans ce cadre, l'agent devra tenir compte des usages applicables au type d'opération concerné (vente, location) ou à défaut d'usages, agir avec bonne foi (voy. à ce sujet L. COLLON, *Le statut juridique de l'agent immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 363 et s. (et références citées). Voy. également les références citées par N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », *op. cit.*, p. 73, note 152 et par W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 747, note (2945).

73. S. STIJNS, « Abus mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, pp. 36 et 42 ; P.A. FORIERS, « L'objet et la cause du contrat », *op. cit.*, p. 137 ; « L'objet », *op. cit.*, p. 74 ; P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités de droit des obligations, l'objet et la cause des contrats », *op. cit.*, p. 47 ; « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, p. 87 ; M.-E. STORME, « De bepaling van het voorwerp van een verbintenis bij partijbeslissing », *op. cit.*, pp. 1263 et s. ; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 212 ; R. KRUITHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1975, p. 482 ; Sur la question de l'analyse du principe de bonne foi en une règle d'interprétation ou de conduite, voy. S. STIJNS, « Abus mais de quel(s) droit(s) », *J.T.*, 1990, pp. 33 et s. Les conséquences pratiques d'une telle distinction sont toutefois réduites (P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 74 et références citées).

l'exerce. Elle autorise donc le juge à exercer un contrôle trouvant son fondement dans le principe modérateur de la bonne foi.

Les règles et usages évoqués ci-dessus en constituent d'ailleurs dans la plupart des cas une simple application, évoquant tour à tour les notions d'équité, de juste modération, de caractère raisonnable de la décision de partie[74]. En définitive, celui qui détermine unilatéralement l'objet du contrat doit agir « de bonne foi »[75] et sous le contrôle du juge, qui en cas d'abus pourra sanctionner la décision intervenue[76]. Les normes et les usages sont essentiellement là pour préciser, à des degrés divers, les critères qui devront guider le juge dans son appréciation.

Le contrôle par le juge du respect du principe de bonne foi est un contrôle marginal (« *marginale toetsing* »)[77]. « Ils doivent donc vérifier si la partie n'a pas usé du droit de manière inéquitable et contraire à la bonne foi, mais ils ne peuvent substituer leur appréciation à la partie pour la détermination du contenu de l'obligation »[78]. L'objectif est de protéger une partie contre l'arbitraire de l'autre mais pas de substituer l'appréciation du juge à celle de l'auteur de la fixation unilatérale de l'objet du contrat : seule sera sanctionnée la décision qui excède manifestement[79] les limites du raisonnable, c'est-à-dire celle que n'aurait pas adoptée un cocontractant normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances[80]. Le mandataire demeure donc libre de sa décision mais il ne peut en abuser.

74. En droit néerlandais, l'article 7-904 du Burgerlijk Wetboek va même jusqu'à déclarer nulle une décision de partie qui, bien que valablement fondée sur le contrat, s'avère inéquitable et déraisonnable lors de sa mise en oeuvre eu égard aux circonstances de l'espèce (*Indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, is die beslissing vernietigbaar*).
75. Voy. références citées sous la note de bas de page 73 et *adde* Anvers (5e ch.) 2 avril 2001, *Entr. et dr,*. 2002, liv. 4, 313 ; Comm. Courtrai 30 septembre 1996, *T.W.V.R.*, 1997, p. 168, note L. VAN DORPE ; Civ. Gand 17 mai 1984, *Entr. et dr.*, 1989, p. 57.
76. *Ibidem.*
77. Cass., 9 novembre 2006, C050218F, www.juridat.be ; Gand, 24 juin 2004, *P&B*, 2004, p. 127 ; Gand, 21 décembre 2006, *P&B*, 2007, p. 306 ; Civ. Hasselt, 21 février 1983, *Limb. Rechtsl.*, 1983, p. 54.
78. P. VAN OMMESLAGHE, « Actualités du droit des obligations. L'objet et la cause des contrats », p. 47. Dans le même sens, P. WÉRY, « 'Partijbeslissing' et règlement d'un concours », *J.L.M.B.*, 1997, p. 1526 ; R. KRUITHOF, H. MOENS et C. PAULUS, « Overzicht van rechtspraak (1965-73). Verbintenissen », *T.P.R.*, 1975, p. 482 ; J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, p. 212 ; P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 74.
79. « De rechter heeft een marginaal toetsingsrecht, hetgeen inhoudt dat hij zal oordelen of de partijbeslissing niet *kennelijk* onredelijk is » (Nous soulignons) (Gand, 21 décembre 2006, *P&B*, 2007, p. 306 ; dans le même sens, Gand, 17 septembre 1996, *R.W.*, 1997-98, p. 916).
80. P.A. FORIERS, « L'objet », *op. cit.*, p. 74. Selon K. Vanderschot, le critère du dépassement « manifeste » des limites du raisonnable ne serait pas conciliable avec celui du « cocontractant normalement prudent et diligent ». Selon l'auteur, ce dernier critère serait trop précis et imposerait au juge d'identifier la seule et unique décision qui aurait dû être prise, et donc de sortir du simple contrôle marginal qui consisterait à identifier si la décision prise s'écarte de la série de décisions qui eussent pu être jugées acceptables (K. VANDERSCHOT, « De sanctionering van abusieve partijbeslissingen genomen bij contractuele wanprestatie : de verschillende gedaantes van de matigende werking van de goede trouw », *op. cit.*, pp. 91 et 92). Selon nous, cette approche doit être nuancée dès lors que, comme le souligne très justement P.A. FORIERS (« L'objet », *op. cit.*, p. 74, note 34) « Dans une situation de fait donnée, deux personnes normalement diligentes et prudentes peuvent avoir des appréciations divergentes ».

23. (suite) un contrôle *in concreto* – Le contrôle du juge doit s'exercer *in concreto*[81], ce qui implique notamment que le mandataire ait conservé les pièces justificatives permettant un contrôle *a posteriori*[82]. En matière de fixation du salaire du mandataire dans le cadre d'une vente, la tâche consistera essentiellement à tenir compte de la nature des tâches exécutées, du temps mis à les accomplir, des prix habituellement pratiqués par le prestataire, de la réputation de celui-ci et du résultat obtenu[83].

Il appartient au mandant, débiteur de l'obligation, de rapporter la preuve, ou à tout le moins les indices, de l'abus reproché[84], ce qui suppose au minimum, s'il s'agit d'un commerçant, qu'il veille à protester en temps utile la facture reçue de son mandataire.

II.3.2. La réductibilité du salaire du mandataire

24. Principe – Même si le salaire du mandataire est déterminé ou déterminable objectivement, il demeurera soumis au pouvoir de contrôle du juge, qui pourra le réduire s'il estime que la rémunération convenue est excessive au regard des services prestés. Ce principe, d'origine prétorienne, a été consacré à plusieurs reprises par la Cour de cassation, notamment dans un arrêt particulièrement explicite du 6 mars 1980[85]. Dans son arrêt du 14 octobre 2002 la Cour confirme sa jurisprudence antérieure en énonçant que « les rédacteurs du Code civil n'ont pas voulu déroger par les dispositions en matière de mandat à la règle traditionnelle de l'ancien droit selon laquelle les juges pouvaient exercer leur contrôle sur les salaires des mandataires, mais ont voulu au contraire consacrer cette règle »[86].

81. Cass., 3 janvier 2003, C.00.0632.F, www.juridat.be. Voy. également J.P. Izegem, 22octobre 2003, *T.G.R.*, 2004,23 ; J.P. Bruges, 14 novembre 2002, *T.W.V.R.*, 2002-2003, p. 141 ; Commission d'arbitrage du Conseil de l'Ordre des avocats (4e collège), Bruges, 19 juin 2001, *T.W.V.R.*, 2001, liv. 4, p. 192. Pour un exemple en matière de contrat d'entreprise de travaux, voy. Anvers, 2 avril 2001, *Entr. et dr.*, 2002, liv. 4, p. 313.
82. J.P. Grâce-Hollogne, 10 février 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 285, note F. GHIS ; dans le même sens J.P. Deurne, 21 décembre 1997, *Rev. dr. Santé*, 1998-99, p. 165.
83. W. GOOSSENS, *Aanneming van werk. Het gemeenrechtelijk dienstencontract*, Brugge, Die Keure, 2003, p. 300, n° 751 et références citées.
84. Voy. en matière de tarifs déterminés par un entrepreneur Bruxelles, 16 septembre 1987, *T.B.H.*, 1988 p. 245.
85. *Pas.*, 1980, I, p. 832.
86. *Pas.*, 2002, I, p. 1932.

25. Critique de la doctrine – Cette jurisprudence a, de longue date, suscité l'incompréhension d'une doctrine quasiment unanime[87]. L'interprétation selon laquelle, dans la tradition romaine, le salaire du mandataire était soumis au contrôle du juge, est en réalité très discutable. Le droit romain considérait que le mandat était par essence gratuit et que si un salaire était stipulé, le contrat devenait alors un louage d'ouvrage échappant au pouvoir de modération du juge, sauf exceptions[88]. Il n'était en revanche pas question de conférer au juge le pouvoir de corriger le salaire excessif d'un mandataire. Il est difficile d'admettre aujourd'hui qu'une telle interprétation puisse tenir en échec l'article 1134 du Code civil. C'est d'autant plus le cas que le mandat, dans sa version moderne, est principalement conclu à titre onéreux, et que l'on comprend mal en quoi, au nom d'un principe de gratuité dépassé, il pourrait se distinguer d'autres conventions à titre onéreux, qui ne sont pas soumises à une telle règle de réductibilité (raison pour laquelle les prestataires s'emploient à (re)qualifier[89] la relation contractuelle en courtage ou contrat d'entreprise)[90].

26. Pistes de réflexion – Plusieurs techniques de droit des obligations ont été avancées pour rendre compte plus adéquatement du principe de réductibilité du salaire du mandataire, telles la lésion qualifiée, le dol incident, la culpa in contrahendo ou l'abus de droit[91], mais aucune n'offre une réponse totalement satisfaisante à un mécanisme consistant, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, à comparer, postérieurement à la formation du contrat, le montant de la rémunération demandée avec la valeur des services réellement prestés[92]. À tout le moins le mécanisme de contrôle *in concreto* associé à la partijbeslissing, examiné ci-avant, permet-il de rendre

87. Voy. not. P. VAN OMMESLAGHE, « Les obligations. Examen de jurisprudence (1974 à 1982) », *R.C.J.B.*, 1986, n° 5, pp. 39 et s. ; L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Les contrats spéciaux. Examen de jurisprudence (1976 à 1980) », pp. 400 et s. et réf. citées ; VAN RYN et HEENEN, t. III, 2e éd., n° 6 ; N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La rémunération dans les contrats de service », *op. cit.*, pp. 105 et s. ; E. DIRIX, « La réductibilité du salaire du mandataire : survivance d'une tradition », note sous Cass., 6 mars 1980, *R.C.J.B.*, 1982, pp. 534 et s. ; P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000 – 2010) », *op. cit.*, pp. 318 et s.

88. L. SIMONT, J. DE GAVRE, P.A. FORIERS, « Les contrats spéciaux. Examen de jurisprudence (1976 à 1980) », *op. cit.*, pp. 402-403.

89. Voy. par exemple en matière immobilière Mons, 8 mars 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 279 (« Lorsque la tâche de l'agent immobilier consiste en prestations matérielles ayant pour but de trouver un candidat acheteur, le contrat conclu entre cet agent et son client est un louage d'ouvrage et non un mandat. Les cours et tribunaux ne peuvent, dès lors, en modifier les termes et réduire le salaire ») ; Gand, 4 décembre 1990, *Recueil général de l'enregistrement et du notariat*, 1993, p. 380. Bruxelles, 22 octobre 1998, 94/AR/2630, www.cass.be.

90. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000 – 2010) », *op. cit.*, p. 320.

91. P-A FORIERS, R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *op. cit.*, pp. 63 et s.

92. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000 – 2010) », *op. cit.*, p. 321.

compte d'un tel mécanisme dans les situations où le mandataire fixe unilatéralement sa rémunération.

27. Le cas particulier des contrats d'adhésion – Si l'on admet que les situations à risque sont celles où le mandant est contraint d'accepter le salaire proposé par son mandataire, quand bien même celui-ci serait excessif, on serait alors dans une situation comparable à celle qui caractérise les contrats d'adhésion lorsqu'ils sont l'œuvre d'une partie détenant un monopole de droit ou de fait sur des biens ou des services de première nécessité : « [...] l'adhésion est forcée parce ce qu'on n'est pas libre de ne pas contracter [...] La liberté juridique devient alors un leurre, et il y a, en réalité, un état de contrainte qui se substitue à elle, situation dont le droit ne peut pas ne pas tenir compte si elle s'avère susceptible de donner naissance à des abus »[93]. On peut songer à cet égard, dans le domaine des mandats de vente, à certaines situations d'intermédiation obligatoire, notamment en matière de transactions financières ou de ventes d'immeubles. La Cour de cassation a d'ailleurs déjà eu l'occasion de reconnaître la particularité des mandats « imposés » et ses conséquences sur l'application des règles classiques de droit des obligations[94].

Même si ce type de contrat s'impose au cocontractant, il reste que selon l'approche traditionnelle, l'adhésion fait office de consentement de sorte que tout contrôle du contenu du contrat par le juge se heurterait au principe de l'intangibilité des conventions (« *pacta sunt servanda* »), ce qui limite considérablement les moyens de protection de l'adhérent[95].

Ne peut-on toutefois considérer que dans de telles hypothèses, que l'on peut qualifier d'extrêmes, le consentement de la partie adhérente est à ce point dénaturé que l'existence même du bilatéralisme caractérisant la détermination de l'objet du contrat au sens de l'article 1108 du Code civil puisse être mise en doute ? N'assiste-t-on pas plus vraisemblablement à un glissement de la rédaction unilatérale du contenu du contrat vers une réelle fixation unilatérale dont les termes sont imposés à l'autre partie[96] ? Si une telle analyse n'aboutit bien entendu pas à remettre en question la validité même du contrat d'adhésion (le fait de recourir à un service de ce type constituant

93. H. DE PAGE, *Traité*, t. II, 2e éd., n° 551.

94. Voy. *infra* n°s 37 et s.

95. Sous réserve des clauses qui pourraient être jugées « inhabituelles » (D. PHILIPPE et M. CHAMMAS, « L'opposabilité des conditions générales », *Le processus de formation du contrat*, CUP, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 266 et références citées) et de l'application de mécanismes de protection du consommateur ou de la partie dite « faible », qui pourraient remettre en question la validité du contrat lui-même (application de la théorie de la lésion qualifiée) ou de certaines clauses jugées « abusives » (loi sur les pratiques de commerce et la protection du consommateur et loi sur le crédit à la consommation notamment).

96. En ce sens E. DIRIX, « Algemene contractvoorwaarden en monopolies », *R.W.*, 1986-87, p. 2724 ; R. KRUITHOF, F. DE LY, H. BOCKEN, B. DE TEMMERMAN, « Verbintenissen : Overzicht van rechtspraak », *T.P.R.*, 1994, n° 135.

indéniablement une acceptation tacite du droit de fixation unilatérale du contenu du contrat par le mandataire (*a fortiori* en cas de commencement d'exécution du service concerné), conférant ainsi une assise conventionnelle au mécanisme de fixation unilatérale de l'objet), elle serait en revanche de nature à justifier l'exercice du contrôle marginal du juge applicable en la matière.

II.4. Effets attachés au mécanisme de représentation parfaite

28. Principe : effet direct de la représentation – L'idée de représentation implique que les décisions et les actes passés par le mandataire au nom du mandant sont présumés émaner directement du mandant lui-même[97]. Les conséquences de la représentation sont multiples et vont bien au-delà de la naissance des droits et obligations découlant de l'acte juridique accompli par le mandataire[98].

II.4.1. Mandat de vente et défauts d'exécution

29. Responsabilité du mandant – Compte tenu de l'effet direct de la représentation, le mandant devient, dès l'instant de la signature de la convention par le mandataire, seul responsable du défaut d'exécution de celle-ci, à savoir essentiellement des incidents liés au paiement du prix de vente où ceux relatifs à la délivrance de la chose vendue. Il en résulte notamment que seul le mandant sera susceptible de faire l'objet d'une demande en résolution de la vente. C'est ce qu'a rappelé la cour d'appel de Gand dans un arrêt du 20 novembre 2002[99], dans une situation où une demande en résolution d'une vente immobilière avait été dirigée directement contre l'agence immobilière, qui avait signé le compromis et reçu l'acompte en respectant les limites de son mandat. La Cour a considéré que les acheteurs n'étaient pas fondés à agir contre le mandataire des vendeurs et ne pouvaient diriger leur action que contre ces derniers. La Cour a précisé que la résolution du contrat de vente ex tunc n'emportait pas pour autant une disparition rétroactive de la qualité de mandataire de l'agence au moment où celle-ci a reçu l'acompte, de sorte que la demande de restitution dudit acompte devait exclusivement être dirigée contre les mandants.

97. B. TILLEMAN, *Le mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 205 et les références citées.
98. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 323.
99. 200/AR/1523, www.juridat.be.

II.4.2. Mandat de vente et vices de consentement

30. Les vices de consentement s'apprécient en principe dans le chef du mandataire – Par l'effet de la représentation, le mandataire exprime la volonté du mandant comme si ce dernier avait posé directement les actes faisant l'objet du mandat[100]. Ceci implique entre autres que c'est en principe dans le chef du mandataire qu'il faut rechercher si la vente dont il a été chargé est affectée de vices de consentement ou si elle a été accomplie de bonne ou de mauvaise foi[101]. Il existe toutefois des situations où le mandant prend une part active dans l'accomplissement de l'acte juridique, en telle sorte que sa volonté peut devenir déterminante, par exemple si une vente est négociée par le mandant lui même, qui ne mandate ensuite son représentant que pour procéder à la signature du texte final[102].

31. Moment de l'appréciation du vice de consentement – L'une des conséquences de ce principe est qu'il ne s'agit pas d'examiner l'existence d'un vice au moment où le mandat est conclu, mais bien à celui où le mandataire accomplit l'acte dont il a été chargé. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 7 janvier 2010, que « le mandant peut demander l'annulation du chef d'un vice de consentement dans son chef d'un acte juridique posé par le mandataire à un moment où celui-ci était devenu incapable en fait d'exprimer sa volonté, alors qu'il ne l'était pas au moment de sa désignation »[103].

32. Cas particulier du dol – Par application de ce qui précède, le mandant peut demander la nullité du contrat conclu par le mandataire si ce dernier a été victime de dol.

33. Dol commis par le mandataire – Le dol est considéré comme une faute aquilienne qui se rattache intrinsèquement à l'exécution du mandat[104]. Dès lors, le dol du mandataire est imputé au mandant lui-même, de sorte que la nullité du contrat peut être invoquée par le tiers sur la base des manoeuvres frauduleuses du mandataire[105], lesquelles peuvent être prouvées par toutes voies de droit[106].

100. B. TILLEMAN, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 205 et références citées.
101. B. TILLEMAN, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 206.
102. *R.P.D.B.*, v° mandat, p. 790. B. TILLEMAN, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 684.
103. C989594N, www.juridat.be ; La situation eût été différente si le mandant avait délibérément choisi de désigner un incapable comme mandataire conformément à l'article 1990 du Code civil ; il en aurait dans ce cas assumé le risque ; voy. également ci-après la deuxième partie du rapport consacrée à la représentation des sociétés.
104. H. DE PAGE, *Traité*, t. V, p. 349 ; P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 324.
105. B. TILLEMAN, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 208.
106. Cass., 25 février 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 748.

34. Dol commis par le mandant – Si le dol commis par le mandataire peut entrainer la nullité du contrat, il en va de même du dol commis par le mandant lui-même. Un jugement du Tribunal de première instance de Louvain illustre ce principe en matière de vente immobilière[107]. Il s'agissait en l'espèce d'un immeuble faisant l'objet de graves irrégularités urbanistiques, dont l'existence avait été cachée par l'agent immobilier, agissant en qualité de mandataire des vendeurs[108]. Le juge relève que le dol peut exister à deux niveaux : soit dans le chef du mandant qui n'aurait pas informé l'agent immobilier des infractions urbanistiques, soit dans le chef de l'agent qui , informé de l'existence de ces infractions, les aurait cachées à l'acquéreur. Dans les deux cas, l'action en nullité peut être dirigée contre le mandant, soit en tant qu'auteur direct du dol, soit par l'effet de la représentation[109].

Dans un arrêt du 6 juin 2011, la cour d'appel de Liège applique les mêmes principes[110]. En l'espèce, les vendeurs mandants n'avaient pas informé leur agent immobilier de la structure particulière du bien vendu (une caravane résidentielle dont le volume a servi de base à un chalet en brique). La Cour a estimé que le dol était établi : « en effet, les manoeuvres dolosives émanent des vendeurs ou de leur mandataire, l'agent immobilier ; celui-ci n'est pas un tiers de sorte qu'en négociant avec l'agent immobilier des vendeurs, les acquéreurs peuvent invoquer les effets de l'acte du mandataire, qui n'a pas excédé les pouvoirs à lui conférés, dans le chef des mandants. C'est en vain que les vendeurs arguent de l'absence de contact direct avec les acheteurs dès lors qu'ils avaient l'obligation de décrire précisément le bien qu'ils mettaient en vente par l'intermédiaire d'un agent immobilier ».

Les vendeurs avaient à leur tour intenté une action en garantie contre l'agent immobilier, se fondant sur la faute qu'aurait commise ce dernier dans l'exécution de son mandat. La Cour d'appel a rejeté cette demande : « à suivre le raisonnement adopté par les vendeurs, il faudrait ériger en faute le fait pour l'agence immobilière de ne pas avoir suspecté la véracité des propos tenus par ses clients et des informations fournies par ceux-ci. Il n'est nullement démontré que l'agent immobilier aurait manqué au moindre de ses devoirs par négligence ou incompétence ». Sur ce point précis, on relèvera que doctrine et jurisprudence se montrent d'habitude plus strictes, considérant que si le client est certes le mieux placé pour décrire les caractéristiques du bien qu'il souhaite mettre en vente, l'agent immobilier, en sa qualité de professionnel, dispose quant à lui de la compétence et des connaissances requises pour analyser et interpréter correctement les données qui lui sont

107. Civ. Louvain, 27 novembre 2002, *T. app.*, 2003/2, p. 17.
108. Faits résumés par B. KOHL dans *La vente immobilière – Chronique de jurisprudence 1990-2010, op. cit.*, p. 126.
109. B. KOHL, *La vente immobilière – Chronique de jurisprudence 1990-2010, op. cit.*, p. 127.
110. Liège, 6 juin 2011, *J.L.M.B.*, 2012, p. 1428.

transmises[111]. Ainsi l'agent immobilier est le mieux placé pour poser les questions adéquates lorsque le particulier ne lui fournit pas spontanément les informations utiles parce qu'il n'en mesure pas la pertinence[112].

II.4.3. Mandat de vente et force majeure

A. La faute du mandataire ne constitue pas une cause étrangère exonératoire

35. Principe – Le principe de transparence, selon lequel « le fait du mandataire est le fait du mandant »[113], implique que le mandataire est tenu des fautes commises par son mandataire dans l'exécution de sa mission, qu'il s'agisse des fautes de gestion du mandataire vis-à-vis du mandant ou de celles commises dans l'exécution de la convention passée avec le tiers contractant.

Le mandant ne peut donc, pour échapper aux conséquences des fautes de son mandataire, ériger celles-ci en cause étrangère libératoire[114]. Ainsi par exemple, si le mandataire de l'acheteur laisse passer le délai dans lequel il avait été chargé d'exercer une option d'achat sur un bien, l'acheteur ne pourra exciper de cette faute de son mandataire pour invoquer un cas de force majeure et obtenir que l'option puisse encore être exercée en dehors du délai initial. Le concept de force majeure est ainsi appliqué dans toute sa rigueur : la force majeure ne sera admise qu'en l'absence de faute, non seulement dans le chef de la partie concernée, mais également dans celui de son mandataire[115].

36. Jurisprudence de la Cour de cassation – Dans un arrêt du 27 avril 2010, la Cour de cassation a rappelé clairement le principe sus-énoncé : « Les fautes ou négligences du mandataire engagent le mandant lorsqu'elles

111. B. DUBUISSON et P. WÉRY, « La conclusion du contrat de vente par l'entremise d'un agent immobilier », *in La mise en vente d'un immeuble*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 29.
112. Bruxelles, 28 janvier 1999, *J.L.M.B*, 2000, p. 756.
113. LAURENT, *Principes*, t. XXVIII, éd. 1877, p. 55, cité par P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 339.
114. Cass., 24 janvier 1974, *J.T.*, 1974, p. 463 ; P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 340. Voy. concernant le dépassement de délais de recours : Cass., 8 novembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 279 ; Cass., 9 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1203 ; Bruxelles, 12 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1214.
115. J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 103. Aussi ne peut-on invoquer la force majeure lorsque l'avocat, mandataire de son client, a oublié de signifier une décision dans le délai légal, ou a laissé passer un délai d'appel par négligence (Cass. 9 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1203) comme dans ce cas d'espèce où le fils d'un avocat avait oublié de poster la lettre enjoignant l'huissier de dénoncer l'appel (Bruxelles, 12 mai 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1214).

ont été commises dans le limites du mandat et ne peuvent constituer en soi pour le mandant une cause étrangère, un cas fortuit ou de force majeure »[116].

B. L'arrêt du 9 novembre 2011 de la Cour de cassation

37. Assimilation de la faute de l'huissier de justice à un cas de force majeure – Dans un arrêt du 9 novembre 2011, la Cour de cassation considère que la faute de l'huissier de justice peut constituer un cas de force majeure justifiant la prorogation des délais légaux de recours « du temps durant lequel le condamné s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de former son recours »[117]. Il s'agit là d'une évolution remarquable de la jurisprudence de la Cour de cassation qui mérite d'être signalée en raison des effets qui pourraient en résulter dans certains domaines d'application du mandat, et notamment en matière de vente.

38. Fondements avancés par la Cour – À la lecture de l'arrêt, il apparaît que la Cour, suivant en cela les conclusions de l'avocat général D. Vandermeersch, a tout d'abord été guidée par les spécificités propres à l'huissier de justice, auquel le Code judiciaire confère, notamment, un monopole particulier et dont il balise la compétence territoriale[118]. La Cour considère en substance qu'à partir du moment où le justiciable est tenu de s'en remettre à un officier public pour l'accomplissement d'un acte de procédure, il ne serait pas équitable[119] que le défaut d'accomplissement de cet acte prive le justiciable du droit à un nouveau procès. La Cour décide par conséquent que ce qui aurait dû classiquement constituer une faute de gestion dans les rapports entre mandant et mandataire, justifiant le cas échéant une action en responsabilité, devient une cause étrangère exonératoire dans le chef du mandant. Au yeux de la Cour, les monopoles matériels et territoriaux conférés aux huissiers de justice « impliquent que la faute ou la négligence de cet officier ministériel puisse être considérée comme un cas de force majeure permettant de proroger le délai légal d'opposition du temps durant lequel le condamné s'est trouvé dans l'impossibilité absolue de former son recours ».

Il apparaît ensuite que l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme a exercé une influence certaine sur la décision de la Cour. La règle du procès équitable avait d'ailleurs déjà été mise en évidence par G. Closset-Marchal, J-F van Drooghenbroeck, S. Uhlig et A. Decroës dans leur examen de jurisprudence de 2006 lorsqu'ils se posaient,

116. Cass., 27 avril 2010, *R.W.*, 2010-2011, p. 1475 et note B. De Smet.
117. Cass. (2e ch.), 9 novembre 2011, RG n° P.11.1027.F, www.juridat.be.
118. R. Salzburger, « La faute contractuelle commise par l'huissier de justice-mandataire constitue-t-elle un cas de force majeure pour son mandant ? », note sous Cass. (2e ch.), 9 novembre 2011, *R.G.D.C.*, 2012, pp. 445 et s.
119. Cette notion étant entendue en l'espèce au sens de l'article 6.1.de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, expressément visé par l'arrêt.

à la lumière de la jurisprudence européenne, la question de l'équité d'un mécanisme aboutissant à ce que « le justiciable qui fait confiance aux intervenants professionnels auxquels il doit légalement recourir, doive supporter les conséquences de leurs erreurs »[120].

39. Une décision à portée plus générale ? – Mais en l'occurrence, la Cour de cassation distingue clairement deux questions en énonçant d'une part que la faute de l'huissier constitue un cas de force majeure et d'autre part que le refus de lui reconnaître cette qualité constitue une violation de l'article 6.1. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. On peut donc légitimement se demander si la Cour n'a pas entendu poser en principe que la faute commise par le mandataire en situation de monopole légal puisse constituer un cas de force majeure dans le chef du mandant lorsque cette faute le place dans l'impossibilité d'accomplir l'acte faisant l'objet de la mission du mandataire[121]. Il va de soi qu'une telle jurisprudence pourrait avoir un impact non négligeable en matière de vente lorsqu'un tel monopole légal existe.

40. Admissibilité du principe au regard de la conception moderne de la force majeure – Ce principe peut-il être admis au regard des conditions d'application de la force majeure ? On sait à cet égard que dans sa conception moderne, la force majeure doit s'apprécier « par rapport à l'obligation que le débiteur doit concrètement assumer » et donc en définitive à l'aune « du degré de diligence incombant à celui dont la responsabilité est recherchée ».[122] Cette approche correspond à ce que la doctrine flamande qualifie de « *schuldleer* » par opposition à la théorie de la « *ontoerekenbare onmogelijkheid* » ou impossibilité d'exécution non imputable au débiteur[123].

Cette jurisprudence trouve écho auprès des juridictions d'appel du pays[124]. Reprenant la définition proposée par P. van Ommeslaghe, la cour d'appel de Bruxelles l'a encore confirmé dans un récent arrêt du 27 janvier 2011 en des

120. *R.C.J.B.*, 2006, p. 95 ; dans le même sens, voy. note sous Bruxelles, 27 février 2006, *J.T.*, 2006, p. 197.
121. On est d'autant plus tenté d'adopter cette lecture de l'arrêt que dans une décision ultérieure concernant un appel introduit tardivement par un avocat, la Cour a également distingué le moyen tiré de la force majeure d'une part et du texte européen d'autre part, et semble avoir considéré qu'à défaut d'existence d'un cas de force majeure dans une telle hypothèse, le texte européen ne pouvait suffire à lui seul à fonder une extension du délai de recours (Cass., 13 février 2013, P.120685N/2, www.juridat.be).
122. P van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, *op. cit*, p. 1384.
123. R. Kruithof, « Schuld, risico en overmacht bij de niet-nakoming van contractuele verbintenissen – een rechtsvergelijkende benadering », *in Hommage à R. Dekkers*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 281 et s. ; E. Dirix et A. Van Oevelen, « Kroniek van het verbintenissenrecht (1985-1992) », *R.W.*, 1992-1993, p. 1249.
124. Gand (16e ch.) 27 février 2004, *T.G.R.*, 2004, p. 197 ; Mons, 19 février 2001, *R.G.A.R.*, 2002, p. 13.571 ; Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, www.juridat.be ; Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be.

termes particulièrement clairs : « la force majeure peut être définie comme un événement à caractère insurmontable et, selon certains, imprévisible, indépendant de toute faute du débiteur, qui empêche ce dernier d'exécuter ses obligations ou de se conformer aux normes exclusives de faute, tout en restant dans les limites de la diligence que l'on peut attendre de lui ».[125] [126] Ainsi, les traits de caractère attribués à la force majeure (irrésistibilité, inévitabilité, imprévisibilité) prennent sens en ce qu'ils servent à déterminer *l'impossibilité – non fautive – d'exécution de l'obligation*. Cette exigence est appréciée au regard du contenu de l'obligation et à l'aune des diligences raisonnablement requises du débiteur.

41. Application à l'hypothèse de l'intermédiation obligatoire – Si l'on applique ces principes au cas soumis à la censure de la Cour de cassation, la faute de l'huissier de justice mandataire consiste à ne pas avoir exercé son recours dans le délai légal. Cette faute du mandataire, qui a mal (en l'occurrence pas) exécuté l'objet de sa mission, se confond classiquement avec celle du mandant par l'effet de la représentation. Ceci se justifie d'autant plus, selon les mots de Laurent, par le fait que le mandant doit subir les conséquences d'avoir mal choisi son mandataire (*culpa in eligendo*) : « il a induit les tiers à traiter avec un homme qui ne méritait par leur confiance »[127].

Dans la rigueur des principes, il ne saurait donc être question de force majeure puisque l'impossibilité à laquelle le mandant est confronté résulte de « sa propre » faute.

42. Proposition d'analyse – Mais dans le cas d'espèce, ladite impossibilité pour le mandant de bénéficier d'une nouvelle procédure ne semble pas réellement résulter d'une faute qui lui serait imputable puisque s'agissant d'un monopole légal, seul le mandataire peut poser certains actes déterminés, le mandant ne pouvant que l'inviter à le faire en temps utile. En d'autres termes, il n'aurait pas été pas possible pour le mandant de se dispenser d'un recours à un mandataire et d'accomplir l'acte directement par lui-même. On ne pourra pas non plus objecter que le mandant doit subir les conséquences du choix de son mandataire puisque (i) il a été obligé de le désigner et (ii) il ne s'est pas engagé sur sa probité vis-à-vis des tiers, celle-ci résultant de sa qualité de mandataire légal (et dans le cas de l'huissier de justice d'officier public).

125. 2004/AR/1114, www.juridat.be.
126. Dans ce contexte jurisprudentiel, il est étonnant de lire la position du Sénat de Belgique, qui à l'occasion de l'examen d'une proposition de loi destinée à introduire la notion de force majeure pour les organes des sociétés, considère que « la majeure partie de la jurisprudence et de la doctrine souscrit à « la théorie de l'impossibilité non imputable » (Doc. Sénat, session extraordinaire 9 septembre 2010, 5-74/1).
127. T. XXVIII, éd. 1877, p. 56.

On pourrait donc considérer que dans la situation examinée, le mandant est confronté à une impossibilité d'accomplir un acte juridique sans qu'il puisse être question d'une faute dans son chef dans la mesure où dans les événements qui l'ont précédé ou accompagné :

- la défaillance du mandataire légal n'était pas raisonnablement prévisible
- la faute du mandataire légal, à l'origine de l'impossibilité, ne peut se confondre avec celle du mandant en raison de la particularité de la représentation qui s'inscrit dans un monopole légal ;
- le mandant ne pouvait à aucun moment se substituer au mandataire pour accomplir directement et personnellement l'acte litigieux. Il ne dispose donc d'aucun moyen pour surmonter ou résister à l'événement de force majeure[128].

43. Impact potentiel en matière de vente par représentation obligatoire – À y regarder de plus près, la question est susceptible de déborder largement de la sphère du mandat de l'huissier de justice, et peut se concevoir dans toute situation où un mandataire détient un monopole pour l'accomplissement de certains actes que le mandant est impuissant à accomplir personnellement. On peut songer notamment à des actes que les notaires seraient tenus de poser suite ou dans le cadre de la passation d'un acte authentique de vente[129]. Ainsi en matière de baux à ferme, l'article 48 de la loi du 4 novembre 1969 dispose que « le propriétaire ne peut vendre le bien de gré à gré à une personne autre que le preneur qu'après avoir mis celui-ci en mesure d'exercer son droit de préemption. À cet effet, *le notaire notifie au preneur le contenu de l'acte* établi sous condition suspensive de non-exercice du droit de préemption, l'identité de l'acheteur exceptée. *Cette notification vaut offre de vente* »[130]. On peut également évoquer les régimes de préemption organisés par le Code wallon de l'urbanisme, de l'aménagement du territoire, du Patrimoine et de l'énergie, qui prévoit en son article 176 que « §1 Toute aliénation d'un droit réel immobilier soumis au droit de préemption est subordonnée à une déclaration préalable d'intention de son titulaire adressée par envoi recommandé à la poste simultanément au Gouvernement et à la commune. [...] §2. En cas de vente publique, *la déclaration visée au paragraphe 1er est faite par le notaire* chargé de procéder à la vente au moins soixante jours avant la première séance d'adjudication. En cas de revente par suite de l'exercice du droit de surenchère, la déclaration est faite par le notaire dès réception des surenchères. Elle indique en outre la date et les

128. Liège, 15 décembre 2003, 1999RG3235, www.juridat.be ; Bruxelles, 25 janvier 2000, 91/AR/2778, www.juridat.be.
129. Qui n'est pas en tant que telle assimilable à un mandat (*Rép. not.*, t.XI (Droit notarial), n° 226).
130. Nous soulignons.

modalités de la vente. »[131] On songe encore, en région flamande, aux droit de préemption mis en place par le Code flamand du logement au profit de certaines institutions publiques et qui obligent ici le Notaire à procéder aux notifications requises dans un délai déterminé, sous peine de voir l'institution bénéficiaire du droit en question subrogée purement et simplement à l'acquéreur initial[132]. La question peut également se poser s'agissant de l'obligation du Notaire de procéder à l'inscription hypothécaire[133].

En matière financière, la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers[134] oblige toute personne qui souhaite exécuter une transaction sur des instruments financiers émis par des entreprises ou organismes admis aux négociations sur un marché réglementé à passer par un intermédiaire dit qualifié, à savoir essentiellement des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement (article 24).[135] Dans ce contexte, on peut se demander, sur la base de la jurisprudence de la Cour de cassation, quelle serait la situation d'un vendeur qui se retrouverait dans l'impossibilité de respecter un engagement à défaut pour son mandataire d'avoir accompli l'acte dont il avait été chargé dans le délai imposé (par exemple si un débiteur qui s'était engagé envers son créancier à rembourser les sommes dues dans un délai déterminé au moyen de la réalisation de valeurs mobilières lui appartenant, est incapable de procéder au paiement en raison d'une défaillance de l'intermédiaire financier chargé de réaliser les titres[136]).

II.4.4. Problématique des ventes conclues en dehors des pouvoirs du mandataire

44. Principe – Le mandant n'est pas tenu « de ce qui a pu être fait au-delà [...] ». La règle énoncée à l'article 1998 du Code civil pose en principe que le mandant ne peut être lié par un acte conclu en son nom et pour son

131. Nous soulignons.
132. Decreet van 15 juli 1997 houdende de Vlaamse Wooncode (art. 85 à 89).
133. Voy. toutefois P. WÉRY, *Le mandat*, *Rép. Not.*, T. IX, l. VII, n° 56 et références citées.
134. *Mon. b.*, 4 septembre 2002.
135. La relation entre le client et l'intermédiaire peut être, selon les hypothèses rencontrées, qualifiée de contrat de commissionnement ou de mandat. En matière de gestion de fortune, S. Delaey plaide pour une application des règles générales du mandat : « Rekening houdend met de bedoeling van de contracterende partijen enrzijds en de aard van de contractuele prestaties anderzijds, halen de regels van de lastgeving volgens ons over het algemeen de bovenhand » (S. DELAEY, *De contractuele verhouding inzake portefeuillebeheer : op de wip tussen MiFID en privaatrecht*, p. 175).
136. En admettant que la force majeure puisse, dans ce type de situation, être admise, compte tenu du caractère pécuniaire de l'obligation inexécutée (sur les évolutions de la jurisprudence en matière d'obligations pécuniaires, voy. J.-F. GERMAIN et Y. NINANE, « Force majeure et imprévision en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 100 et s.).

compte s'il s'avère qu'il n'avait pas donné pouvoir au mandataire à cet effet. Le même acte ne liera d'ailleurs pas le mandataire lui-même, l'article 1997 du Code civil disposant que celui-ci n'est pas personnellement soumis aux engagements qu'il contracte, pourvu qu'il ait fait état de sa qualité de mandataire. Du point de vue du tiers, le problème peut se régler de trois manières, (i) grâce à une ratification de l'acte par le mandant, (ii) par le recours à la figure du mandat apparent (iii) par la mise en cause de la responsabilité du mandataire indélicat[137]. Nous examinerons dans les lignes qui suivent les deux premières possibilités.

A. Ratification de la vente

45. Notion – La ratification est l'acte juridique unilatéral par lequel le mandant va, expressément ou tacitement, exprimer la volonté d'être engagé par un acte juridique qui en principe ne le lie pas, ayant été conclu par le représentant sans pouvoir de représentation. Elle opère en général avec effet rétroactif, sous réserve des droits acquis par les tiers[138].

La ratification est expressément prévue par le Code civil à l'article 1998, alinéa 2 qui dispose : « il [le mandant] n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement ». Comme le souligne P Wéry, ce texte ne doit pas être interprété littéralement : la ratification permet d'une manière générale de couvrir l'absence de tout pouvoir de représentation, en ce compris l'hypothèse où l'acte juridique aurait été accompli en vertu d'un mandat nul[139]. La ratification peut être notifiée après que la validité de l'acte a été contestée. Dans un arrêt du 28 septembre 2012, la Cour de cassation a ainsi confirmé que le demandeur en cassation pouvait ratifier un pourvoi déposé sans mandat, même après que la validité du pourvoi a été contestée (en l'occurrence par le biais d'une demande en désaveu fondée sur l'artilce 848 al 3 du Code judiciaire)[140].

46. Ratification tacite – La ratification peut être tacite sans pour autant que le silence du mandant puisse à lui seul être interprété comme tel. Le juge du fond devra déduire des circonstances de la cause si ce silence révèle

137. Généralement considérée comme une responsabilité quasi-délictuelle ouvrant le plus souvent le droit à des dommages et intérêts, bien qu'une réparation en nature soit également envisageable (cf. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *op. cit.*, p. 87).
138. S'agissant de la question complexe des effets de la ratification sur les droits acquis par les tiers, nous renvoyons aux développements consacrés à cette question par P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, n°s 68 et s. ainsi que par P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le Mandat (1991-2004) », *op. cit.*, pp. 87 et s.
139. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 328 ; B. TILLEMAN, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 203. Pour un exemple en matière de congé, cf. CT Mons, 13 novembre 2012, 2011/AM/439, www.juridat.be.
140. Cass., 28 septembre 2012, C100331N-C100466N, www.juridat.be.

l'existence d'une ratification. La Cour de cassation exerce à cet égard un contrôle in concreto consistant à vérifier « si, de ses constatations, le juge a pu légalement déduire cette décision »[141]. Dans un arrêt du 19 janvier 2010, la cour d'appel de Mons a précisé que la ratification est requise même si le mandat conclu entre les vendeurs et un agent immobilier prévoit que la ratification ne sera sollicitée « qu'en cas de besoin »[142]. En effet, une telle précision est propre au contrat de mandat et il n'appartient pas au tiers acquéreur d'en revendiquer les effets internes, l'agent immobilier demeurant libre, s'il l'estime nécessaire, de solliciter la ratification en considération de la vente envisagée.

47. Acte accompli par le mandataire en son nom propre – Le mécanisme de ratification est applicable pour autant que le mandataire ait agi au nom et pour le compte de son mandant, mais au-delà de ses pouvoirs ou en l'absence de tout pouvoir. Dans un arrêt du 24 octobre 2008[143], la Cour de cassation a examiné le cas d'une entreprise de construction qui avait conclu en son nom personnel un contrat de vente d'appartements avec deux acheteurs. L'acte authentique n'étant pas passé, les acquéreurs avaient agi contre le propriétaire des appartements en remboursement de l'acompte, mais également contre la société de construction, qu'ils considéraient comme mandataire au motif que son engagement de vendre avait été ratifié par les propriétaires. La Cour a décidé ce qui suit : « La ratification, par le propriétaire du bien vendu, de la vente conclue par une autre partie sans procuration et en son nom personnel, est valable en droit ; le cocontractant acheteur, qui n'est toutefois pas tenu de donner des effets juridiques à cette ratification parce qu'on ne peut lui imposer une autre partie contractante, mais qui accepte la ratification, est ainsi en droit d'intenter des actions en matière contractuelle contre le propriétaire en tant que mandant vendeur et conserve alors également le droit de citer en justice la partie qui est intervenue en nom propre, sur la base des obligations contractées par cette partie en son nom personnel. (Art. 1165, 1984, 1997 et 1998 C.civ.) »[144].

P. Wéry souligne que la ratification au sens de cet arrêt « s'écarte de la ratification classique d'un acte, lorsque celui-ci a été accompli au nom et pour compte d'autrui. D'une part, le tiers contractant n'est pas tenu d'attribuer des effets juridiques à cette ratification. D'autre part, si le tiers contractant

141. Cass., 6 juin 2011, C.10.0186.F, www.juridat.be. La ratification post-mortem par les héritiers du mandant n'étant toutefois pas possible (Liège, 10 juin 2005, 2003RG1706, www.juridat.be).
142. *J.L.M.B.*, 2010, p. 1036.
143. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 328.
144. Cass., 24 octobre 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 2361 ; *T. Not.*, 2009, liv. 11, 617 et note I. SAMOY ; *R.W.*, 2009-2010, p. 68-71 et note R. JANSEN ; B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 705.

accepte cette ratification, la personne qui est intervenue en son nom propre reste tenue aux côtés du mandant »[145].

ß. Mandat apparent et vente

48. Principe – Il est généralement admis que quatre conditions sont requises pour pouvoir invoquer l'apparence lorsqu'aucune faute extracontractuelle ne peut être reprochée au pseudo-mandant : (i) il faut une situation apparente qui est contraire à la réalité ; (ii) il faut que le tiers soit de bonne foi et n'ait pu, compte tenu des circonstances, ignorer cette situation réelle (condition de bonne foi subjective et objective) ; (iii) l'apparence dont est victime le tiers de bonne foi doit être imputable au comportement du mandant[146] ; (iv) il faut que le tiers contractant soit victime d'un préjudice au cas où la situation apparente se verrait privée de tout effet.

49. Une situation apparente contraire à la réalité – Le mandat apparent suppose qu'un acte soit posé par un pseudo-mandataire en l'absence de tout pouvoir de représentation. S'agissant de l'acte en tant que tel, il n'est pas requis qu'il soit licite[147]. Dans un arrêt du 6 janvier 2011, la cour d'appel de Gand l'a expressément rappelé à propos d'une convention conclue avec un agent immobilier qui devait être considérée comme nulle au regard de la loi sur les pratiques de marché. Dans le même esprit, une banque peut être considérée comme le mandant apparent de l'un de ses agents coupable d'un détournement de fonds[148].

50. La croyance légitime du tiers – Il faut que le pseudo-mandataire ait éveillé dans le chef du tiers la croyance qu'il intervient en qualité de mandataire du pseudo-mandant[149]. La bonne foi du tiers est une question de fait, qui comme le souligne la Cour de cassation dans un arrêt du 26 octobre 2012, peut se déduire « de la nature des actes posés par le mandataire et des circonstances particulières dans lesquelles ils ont été faits ».[150]

51. (suite) Vente et vérification de la qualité du vendeur – En matière de vente, les circonstances commandent souvent de vérifier la qualité de son

145. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 328.
146. Cette condition, d'abord exigée par la doctrine, a été confirmée par la Cour de cassation (Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 54 ; Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1162).
147. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *in Chronique de jurisprudence en matière de contrats spéciaux*, C.U.P., Liège, Anthemis, 2011, p. 336.
148. Mons, 22 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 658.
149. Voy. à ce sujet les nombreux exemples cités par P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le Mandat (1991-2004) », *op. cit.*, pp. 92 et s.
150. C.11.0168.N, www.juridat.be.

interlocuteur. C'est notamment le cas pour les ventes de biens immobiliers détenus en copropriété. Comme le souligne la cour d'appel de Mons dans un arrêt du 25 juin 2010, « Pour prétendre au bénéfice de la théorie du mandat apparent, il convient que la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du pseudo-mandataire soit légitime. Cette croyance est légitime lorsque les circonstances l'autorisent à ne pas vérifier les pouvoirs de son interlocuteur. Tel n'est pas le cas lorsqu'un candidat acquéreur n'a des contacts qu'avec un seul des copropriétaires et qu'il résulte des circonstances que le candidat-acquéreur n'a pu ignorer que la vente de l'immeuble intervenait dans le cadre d'une séparation, voire d'un divorce des vendeurs. S'agissant d'un achat immobilier important le candidat acquéreur ne pouvait se dispenser de vérifier les pouvoirs de son interlocuteur.L'époux se présentant auprès du candidat-acquéreur pour négocier seul la vente manque à la bonne foi et à une élémentaire loyauté dans les négociations avec le candidat-acquéreur et engage sa responsabilité »[151].

52. (suite) Ventes à l'intervention du notaire – De nombreuses ventes posent la question du mandat apparent dans le chef du notaire. Si l'acquéreur ne peut invoquer l'existence d'un mandat apparent lorsque les termes de l'offre ou du compromis font clairement apparaître que le notaire n'est pas autorisé à conclure la vente[152], d'autres situations sont plus délicates.

Dans une affaire où un candidat acheteur invoquait que le notaire des vendeurs était le mandataire de ceux-ci et avait accepté, en leur nom, la vente d'un terrain, la cour d'appel de Bruxelles a estimé que l'acheteur ne prouvait pas que le notaire avait suggéré une telle apparence[153]. Si le notaire était bien présent aux réunions entre les parties, il ne s'était en revanche jamais comporté comme un mandataire. L'arrêt souligne que les vendeurs étaient eux-mêmes bien présents aux réunions, et la présence du notaire pouvait tout à fait s'expliquer par le fait qu'il allait ensuite se charger de l'acte, ou même qu'il était chargé d'une mission de courtage. Dès lors, la circonstance que le candidat-acheteur voit le notaire comme celui des vendeurs (ses « clients ») n'implique pas qu'il soit pseudo-mandataire de ceux-ci. De plus, le candidat acheteur étant un développeur de projets immobiliers, il devait s'assurer que des personnes qui déclaraient agir pour compte et surtout au nom d'autres, lui fournissent une procuration régulière. La Cour d'appel a dès lors rejeté la demande de résolution de la « pseudo » vente aux torts des vendeurs, cette vente n'ayant en réalité jamais été conclue.

53. (suite) Ventes conclues sous réserve de l'accord du propriétaire – La question du mandat apparent se pose également dans le cas des ventes

151. Mons, 25 juin 2010, *J.L.M.B.*, 2012, liv. 11, p. 513.
152. Civ. Bruxelles, 13 avril 2000, *Rev. not. b.*, 2000.
153. Bruxelles, 11 janvier 2011, *R.G.D.C.*, 2012, p. 513.

conclues sous réserve de l'approbation du propriétaire. Dans une espèce où le compromis de vente avait été signé par les pseudo représentants d'un propriétaire incapable, sous la condition suspensive de la désignation d'un administrateur provisoire de ses biens et de l'autorisation du juge de paix, la cour d'appel de Liège a décidé que les candidats acquéreurs ne pouvaient, à la lecture du compromis, légitimement croire que les signataires représentaient valablement le propriétaire du bien, et qu'il ne pouvait donc y avoir mandat apparent[154]. La cour d'appel de Mons a adopté la même position dans un arrêt du 19 janvier 2010, où une agence immobilière, signataire d'un compromis, avait refusé de se porter fort pour les vendeurs et avait prévu une réserve formelle de ratification par ces derniers[155].

54. Imputabilité de l'apparence au mandant – Depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 20 juin 1988, il n'est plus nécessaire, pour se prévaloir de la théorie du mandat apparent, de prouver une faute à charge de celui qui a créé l'apparence de pouvoir[156]. Ceci a encore été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 octobre 2012 : « Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, non seulement dans le cas où il a fautivement créé l'apparence, mais également en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime ».

S'il n'est plus nécessaire d'établir la faute dans le chef du pseudo-mandant, à tout le moins faut-il que l'apparence soit imputable au comportement du pseudo-mandant[157]. C'est ainsi par exemple que, comme l'a souligné la cour d'appel de Liège dans un arrêt du 5 juin 2012, une vente ne pourra jamais être conclue par mandat apparent lorsque le pseudo-mandant est un mineur, la condition d'imputabilité faisant par hypothèse défaut dans son chef.[158]

La Cour de cassation a récemment eu l'occasion de rappeler l'importance de cette condition, dans une affaire où se posait la question de savoir si l'apparence, dans le chef du notaire d'un propriétaire immobilier, d'un mandat d'adresser une offre de vente au fermier était ou non imputable à ce dernier[159]. La Cour de cassation relève que selon la juridiction d'appel : « le propriétaire "s'est rendu chez son notaire, [...], en septembre 2006, non pas seulement pour obtenir des précisions quant à la possibilité de vendre

154. Civ. Liège, 13 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 703.
155. *J.L.M.B.*, 2010, p. 1036.
156. Cass., 20 juin 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 1258.
157. Cass., 20 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 54 ; Cass., 25 juin 2004, *Pas.*, 2004, p. 1162 ; Cass., 2 septembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 300.
158. 2011/RG/728, www.juridat.be.
159. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 338.

les terres agricoles occupées en bail à ferme par les [demandeurs], mais bien également pour connaitre les intentions des locataires quant à leur éventuel intérêt pour l'achat de ces terres ; qu'après cette entrevue, la défenderesse a écrit une lettre en ce sens aux demandeurs le 19 septembre 2006 et en a réservé copie au défendeur, lequel n'a émis aucune observation quant à son contenu ; et que la défenderesse a adressé l'offre litigieuse du 16 octobre 2006 au notaire des demandeurs à la suite d'une nouvelle entrevue avec le défendeur, après que les demandeurs eurent manifesté leur intérêt pour cet achat »[160]. La Cour de cassation a décidé que le juge d'appel n'avait pu déduire légalement de ces constatations l'absence d'imputabilité de l'apparence dans le chef du propriétaire immobilier.

55. Exigence d'un préjudice dans le chef du tiers si la situation apparente devait être privée de tout effet – Il convient de préciser que seul le tiers cocontractant, victime de l'apparence peut se prévaloir du mandat apparent, et non pas le pseudo-mandataire lui-même. Il est libre d'invoquer un tel mandat apparent, ou au contraire de ne pas en faire état[161].

56. Mandat apparent et effets réels – Un jugement du tribunal de première instance d'Hasselt du 31 janvier 2000 traite comme suit la question des effets réels d'un mandat apparent en matière de vente immobilière[162] : « Le transfert de propriété du vendeur à l'acheteur se réalise au moment de l'échange des consentements. Il en résulte que le second défendeur [le mandataire primitif] a vendu une parcelle de terrain qui ne lui appartenait pas. La vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599 du Code civil). La théorie de la confiance légitime ou de l'apparence ne trouve pas à s'appliquer en ce qui concerne le droit de propriété : la croyance légitime née dans le chef de l'acheteur que le vendeur est le propriétaire ne peut en tant que tel entrainer que l'apparence puisse être tenue comme véritable. Le droit réel du véritable propriétaire prime sur le droit d'action que l'acheteur tire du contrat de vente. [...] Le véritable propriétaire dispose d'une action en revendication, étant donné que le contrat de vente ne lui est pas opposable en vertu de l'article 1165 du Code civil ».

Le contenu de cette décision laisse quelque peu perplexe. Si l'on peut concevoir que le mandat apparent n'entraîne pas *ipso facto* les effets réels associés à un transfert de propriété (particulièrement en ce qui concerne l'opposabilité aux tiers), comme serait susceptible de le faire un mandat de droit commun coulé en la forme authentique, pourquoi l'acheteur ne pourrait-il pas se prévaloir de l'apparence pour revendiquer à son profit

160. Cass., 2 septembre 2010, *R.G.D.C.*, 2011, note F. GEORGE.
161. P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) », *op. cit.*, p. 339 ; Civ. Dendermonde, 19 septembre 2002, *T. App.*, 2004, p. 23.
162. Civ. Hasselt, 31 janvier 2000, *R.G.D.C.*, 2001, p. 173.

l'accomplissement par le mandant vendeur des actes nécessaires à la réalisation de ces effets réels ? B. Tilleman considère sur ce point que le mandat apparent sort en principe ses effets au niveau des obligations personnelles du pseudo mandant[163].

III. Vente et représentation imparfaite

III.1. Vente conclue par un commissionnaire

III.1.1. Notion générale et caractéristiques

57. Définition – La loi du 5 mai 1872 portant révision des dispositions du Code de commerce relatives au gage et à la Commission[164] définit le commissionnaire comme « celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social, pour le compte d'un commettant », afin d'accomplir, contre rémunération un ou plusieurs acte(s) juridique(s) de nature commerciale[165]. Le représentant agit ainsi en son nom, mais pour le compte d'un tiers, à la connaissance de l'autre partie au contrat, mais sans cependant divulguer le nom de ce tiers[166].

58. Absence de représentation et coexistence de deux contrats – La majorité de la doctrine et de la jurisprudence belges considère que le contrat de commission ne fait naître aucun mécanisme de représentation, même imparfaite, au sens propre du terme, entre le commettant et le commissionnaire. En effet, même si le commettant est sans doute destiné à recueillir le bénéfice et les charges de l'acte du commissionnaire, il n'entre, à aucun moment en relation avec le tiers contractant[167]. Il n'y a donc pas d'effet de substitution qui joue ; deux contrats parallèles coexistent : (i) le contrat de commission entre le commissionnaire et le commettant ; (ii) le contrat entre le commissionnaire et un tiers, sous réserve bien entendu d'un accord

163. B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 744.
164. *Mon.*, 7 mai 1872.
165. Liège, 6 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 544.
166. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, p. 632.
167. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, p. 632 ; P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *op. cit.*, p. 228 ; Cass., 25 octobre 1963, *Pas.*, 1964, I, p. 204 ; Cass., 22 octobre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 229 : « Le commissionnaire a seul qualité pour agir en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, dans les contestations nées des contrats conclus par lui pour le compte de son commettant ; il agit ainsi en nom propre et n'est pas tenu de faire la preuve d'un préjudice personnel » ; Cass., 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 384 : « Le commissionnaire doit assurer l'exécution du contrat conclu pour le compte du commettant mais en agissant sous son propre nom et en s'engageant personnellement envers les tiers avec lesquels il contracte. » ; Cass, 9 décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 672 : « En règle, le commissionnaire a seul qualité pour agir en justice dans les contestations nées des contrats conclus par lui en son propre nom ou sous un nom social pour le compte du commettant. »

entre le commissionnaire et le tiers en vertu duquel le permier se réserve la possibilité de se substituer ultérieurement son commettant[168]. Dans un arrêt du 4 mars 2003, la cour d'appel de Bruxelles évoque à cet égard le cas du commissionnaire agissant « pour compte de qui il appartiendra ». Selon cette formule, « le commissionnaire agit en nom personnel mais se réserve le droit de faire connaître ultérieurement l'identité de son commettant »[169]. Il est en effet acceptable que le tiers, s'il est informé et accepte que le commissionnaire puisse se faire substituer ultérieurement par un tiers à désigner, accepte également le risque de voir le commissionnaire, devenu alors représentant, disparaître du lien contractuel.

59. Conséquence au niveau du transfert de propriété – Selon cette lecture, le transfert de propriété ne s'opère pas directement entre le tiers vendeur ou acheteur et le commettant. La propriété transite par le patrimoine du commissionnaire[170].

P.A. Foriers explique comme suit le mécanisme de la *commission à l'achat* : « Agissant comme acheteur, le commissionnaire qui agit en son nom propre acquiert nécessairement la propriété des biens achetés comme tout acheteur à l'égard de son vendeur. Il va de soi que le commissionnaire, une fois cette propriété acquise, a l'obligation de la retransférer à son mandant pour compte duquel il a agi. Et l'on peut admettre à cet égard que s'agissant d'une commission à l'achat portant sur des choses individualisées, la nature de l'opération implique que les parties sont convenues que la propriété des choses acquises par le commissionnaire sera immédiatement transférée au commettant. Le principe du transfert de propriété solo consensu consacré par le Code civil aboutit dès lors à la conséquence que le commissionnaire ne devient propriétaire de la chose individualisée qu'il a acquise que l'espace d'un instant, cette chose passant immédiatement dans le patrimoine du commettant. La propriété est donc transférée, en principe, immédiatement au commettant lors de l'achat – ou plus exactement en matière commerciale lors de la délivrance au commissionnaire – mais ensuite d'une double mutation, la première résultant de la vente, la seconde de la convention de commission »[171].

60. (suite) Émergence d'une thèse divergente – I. Samoy défend la thèse que le commissionnaire agit en tant que représentant (imparfait) du

168. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. I, p. 633.
169. 1999AR1643, www.juridat.be.
170. P.A. Foriers, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *in Les obligations contractuelles*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 228.
171. P.A. Foriers, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », *op. cit.*, pp. 228-229.

commettant[172]. Le commettant (représenté imparfait) devient donc par l'effet de la représentation le titulaire direct de tous les droits découlant de la vente : réels (le droit de propriété d'une chose achetée) et personnels (le droit de revendiquer le prix de la vente)[173].

Selon d'autres auteurs, cet « effet réel » peut être déduit d'une part de l'article 103 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, qui octroie au commettant un droit de revendication en cas de faillite du commissionnaire et d'autre part, du privilège du commissionnaire prévu à l'article 14 de la loi du 9 juillet 1972[174]. Ces deux dispositions démontreraient que le commissionnaire

172. Les différents cas de représentation médiate ou imparfaite ont été étudiés de manière approfondie par Ilse Samoy (I. Samoy, *Middelijke vertegenwoordinging*, Anvers-Oxford, 2005, 762 pp. ; pour un résumé de ladite thèse, voy. I. Samoy, « Actuele topics van conventionele vertegenwoordiging » *in* V. Sagaert et D. Lambrecht, *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Anvers, Intersienta, 2009). L'auteur y propose un nouveau cadre de pensée et un nouveau vocabulaire en matière de représentation, qui permettrait de repenser la distinction entre représentation parfaite et imparfaite. L'auteur part tout d'abord d'une nouvelle définition de la représentation, celle-ci étant définie comme le mécanisme juridique qui permet qu'une personne « le représentant » réalise un acte juridique pour le compte d'une autre personne, le représenté, qui lui donne à cet égard un pouvoir de représentation, acte dont les effets juridiques seront attribués au représenté. Ensuite, elle estime qu'il faut distinguer les effets internes et les effets externes de la représentation. Il faut d'abord se demander quels sont les effets juridiques que visent le représentant et le représenté. Dans un second temps, il faut s'interroger sur l'effet externe de la représentation. Le tiers cocontractant est en effet un tiers par rapport à la convention entre le représentant et le représenté, par lequel ils se sont mis d'accord sur un mécanisme de représentation. Le tiers ne devra subir l'effet interne visé par les parties que si cet effet interne est opposable. Enfin, I. Samoy part du principe que les termes « en nom propre » ou « au nom de » peuvent avoir deux significations distinctes : une signification juridique et une signification de fait. Le fait d'agir en son nom propre au sens juridique se situe au niveau de l'effet interne : qu'ont voulu le représenté et le représentant ? Un représentant agit en son propre au sens juridique lorsqu'il a l'intention de s'engager personnellement au contrat à conclure. Le fait d'agir en son propre au sens factuel se situe au niveau des effets externes : dans quelle mesure le représenté et le représentant peuvent-ils opposer aux tiers ce dont ils ont convenu ? Un représentant agit en son nom propre au sens factuel lorsqu'au moment de la conclusion du contrat il ne révèle pas au tiers l'existence ou l'identité du représenté. Bien que les nouvelles distinctions s'écartent, sur plusieurs points, du droit actuel, celles-ci permettent, selon l'auteur, d'expliquer toute une série de solutions qui sont déjà appliquées actuellement en pratique, même si ces solutions n'appliquent pas en tant que telle la nouvelle terminologie proposée. Ainsi, les implications du nouveau cadre d'analyse proposé par I. Samoy sont surtout importantes au niveau des recours directs que le commettant peut avoir contre le tiers contractants et inversément (B. Tilleman *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 765).
173. I. Samoy, « Actuele topics van conventionele vertegenwoordiging » *in* V. Sagaert et D. Lambrecht, *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Anvers, Intersienta, 2009, p. 109.
174. E. Dirix, « De rechtsverhouding tussen principaal, commissionair en derde », *in Liber Amicorum Jacques Herbots*, Anvers, Kluwer, 2002, p. 106 ; A. Van Oevelen, « De rechtsverhouding tussen de beeldende kunstenaar en de galeriehouder », *in* F. Swennen, *Kunst en recht*, Anvers, Intersienta, 2007, p. 125 ; L. Simont, « Le problème de la représentation dans le contrat de commission sur marchandises », *T.B.H.*, 1956, p. 314.

ne devient à aucun moment propriétaire des marchandises. Le privilège du commissionnaire est considéré comme un « gage » occulte ; or personne ne peut bénéficier d'un gage sur ses propres actifs. Ainsi, le droit de propriété serait transféré immédiatement du patrimoine du commettant à celui du tiers-acheteur (dans le cas d'une commission-vente) ou inversément (dans le cas d'une commission-achat). Quant à l'article 103 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, cette disposition octroie un droit de revendication au commettant à la vente, en cas de faillite de son commissionnaire, sur les biens détenus par le commissionnaire en vue de revente pour compte du commettant. Elle est donc lue comme une application particulière de la règle générale selon laquelle les biens qui appartiennent à des tiers et se retrouvent dans la masse de la faillite, peuvent être revendiqués par leur propriétaire. Ainsi, le législateur reconnaitrait par cette disposition que le commettant est directement détenteur des droits réels qui résultent de l'acte juridique que le commissionnaire a réalisé pour son compte. L'attribution directe des droits réels au commettant serait un effet du mécanisme de représentation[175].

61. (suite) Position de la jurisprudence – Indépendamment de la jurisprudence de la Cour de cassation déjà citée, les juridictions du fond semblent divisées sur cette question des effets réels de l'acte passé par le commissionnaire[176]. Ainsi, un arrêt de la cour d'appel de Liège en matière de commission à la vente par un antiquaire considère que l'œuvre vendue est passée un instant dans le patrimoine du commissionnaire, avant d'être transmise à l'acheteur.

En revanche, un arrêt de la cour d'appel de Liège[177] et un arrêt de la cour d'appel d'Anvers ont considéré qu'il y avait un transfert direct du droit réel entre le patrimoine du commettant et celui du tiers-cocontractant[178] : « En cas de faillite du commissionnaire, le commettant peut revendiquer les marchandises que le commissionnaire détenait pour son compte et se faire payer le prix des marchandises vendues que le tiers acheteur devait encore »[179 180].

De même, la cour d'appel de Bruxelles semble avoir considéré, dans un arrêt du 21 mars 2002, que la propriété de la chose ne transitait pas par le patrimoine du commissionnaire[181]. L'affaire concernait des clients qui avaient passé des ordres d'achat de valeurs mobilières à l'intervention d'un

175. H. DE PAGE, *Traité*, V, 1975, p. 371-37 ; I. SAMOY, « Actuele topics van conventionele vertegenwoordiging », *op. cit.*, pp. 109-110.
176. B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, pp. 804-805.
177. Liège, 18 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1772.
178. Anvers, 20 août 1990, *T.R.V.*, 1990, p. 538.
179. Voy. Liège, 18 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1772.
180. Liège, 6 novembre 2001, *J.T.*, 2002, p. 544.
181. Bruxelles, 21 mars 2002, *R.D.C.*, 2003, liv. 1, p. 71.

intermédiaire professionnel[182]. L'intermédiaire avait déposé les titres dans le coffre de son agence, et ceux-ci avaient été dérobés suite à un vol avec effraction. La Cour rappelle d'abord que « la convention qui intervient entre l'intermédiaire professionnel et son client pour l'acquisition de valeurs mobilières émises par un tiers est qualifiée de commission. Les rapports entre le commettant et le commissionnaire sont régis par les règles du mandat ». Elle estime ensuite qu'après avoir exécuté, en tant que commissionnaire, son ordre de souscription, l'intermédiaire devait encore veiller, dès lors que ces titres étaient livrables physiquement, à en assurer la remise effective aux intimés, ainsi que la garde jusqu'à cette remise : « qu'ainsi, aux obligations de [l'appelante] envers les intimés découlant de son contrat de commission, ont succédé les obligations inhérentes à une convention de dépôt, telles qu'elles sont déterminées par les articles 1927 et suivants du Code civil ; qu'elle devait ainsi apporter dans la garde de ces titres qu'elle détenait pour le compte des intimés, non seulement les mêmes soins que ceux apportés dans la garde des choses lui appartenant mais davantage dès lors qu'elle s'offrait elle-même pour recevoir pareil dépôt s'inscrivant dans le cadre d'une opération pour laquelle elle recevait une commission ». La Cour a donc considéré que le commissionnaire était en faute pour n'avoir pas pris, « en tant que dépositaire », les précautions élémentaires qui s'imposaient pour éviter le vol. À la lecture de l'arrêt, il faut conclure que si aucune faute n'avait été retenue dans le chef de l'intermédiaire, les clients auraient dû supporter les conséquences du vol (les risques de la chose étant ainsi restés à leur charge).

Dans une affaire qui a été soumise au tribunal de commerce de Furnes[183], une partie avait remis au propriétaire d'un magasin une série de pièces antiques et d'oeuvres d'art, afin de les vendre. Le propriétaire du magasin ayant été victime d'un vol, les objets n'avaient pu être restitués. Le tribunal considère d'abord que la relation entre les parties doit être qualifiée de contrat de commission, et plus particulièrement de commission à la vente. Il énonce ensuite qu' « en tant que commissionnaire, la défenderesse était tenue d'empêcher que les biens de la demanderesse soient endommagés ou volés ; elle n'était cependant pas tenue de les assurer. À la fin du contrat de commission, la défenderesse était tenue de restituer les biens donnés en consignation ; cette obligation de restitution doit être qualifiée comme une obligation de résultat du commissionnaire »[184]. En mettant ainsi les risques à charge du commettant (à condition que le commissionnaire n'ait commis aucune faute

182. Les ordres de bourse étant traditionnellement considérés comme des contrats de commission, les intermédiaires de bourse agissant en leur nom propre, sans révéler l'identité du donneur d'ordre pour lequel ils interviennent (Anvers, 18 novembre 1997, *R.G.D.C.*, 1998/4-5, p. 377).
183. Comm. Furnes, 16 avril 2003, *R.W.*, 2004-05, p. 1148.
184. Traduction libre.

dans la survenance du vol), le tribunal semble implicitement considérer qu'il n'y a pas eu transfert de propriété entre commettant et commissionnaire.

III.1.2. Effets attachés au mécanisme de représentation imparfaite

62. Appréciation des vices de consentement – Les liens juridiques n'existant à l'origine qu'entre le commissionnaire et la personne avec qui il contracte[185], les vices du consentement doivent bien entendu être appréciés dans le chef du commissionaire.

63. Incidences pratiques et illustrations – La question de l'existence ou non d'un lien juridique direct entre le commettant et le tiers acheteur ou vendeur revêt une importance toute particulière en cas de manquement du commissionnaire ou de faillite de celui-ci.

Si l'on suit l'approche classique selon laquelle il n'y a de lien juridique qu'entre le commissionnaire et la personne avec laquelle il contracte, seul le commissionnaire sera responsable de l'exécution de la vente ; inversément seul le commissionnaire pourra revendiquer les droits résultant de la convention[186] : « le commissionnaire engage sa responsabilité personnelle en sa qualité de vendeur, puisque l'acheteur a suivi la foi du commissionnaire. Il est indifférent à cet égard que l'acheteur sache ou non que son vendeur était un commissionnaire agissant pour le compte d'un commettant »[187]. C'est du reste la position adoptée par la Cour de cassation[188].

Agissant dans ce cadre, le commissionnaire devra bien entendu rendre compte de son activité au commettant. Dans l'affaire déjà citée du 6 novembre 2001, la cour d'appel de Liège a été amenée à appliquer ce principe à propos d'une dissolution amiable d'une vente décidée d'autorité par le commissionnaire[189]. Un antiquaire avait confié à une salle de vente une huile sur toile à mettre en vente au cours d'une vente publique cataloguée. Le tableau avait été vendu lors le jour de la vente mais il s'était avéré ensuite que la peinture était une imitation. Alors que ses conditions générales énonçaient à l'époque clairement « il ne sera admis aucune réclamation de quelque nature que ce soit, même si celle-ci a pour objet la description au catalogue, une fois l'adjudication prononcée », la salle vente avait décidé de rembourser l'acquéreur du tableau, acceptant ainsi amiablement la dissolution de la vente. La Cour a considéré qu'une telle dissolution était admise mais que le commissionnaire pouvait avoir à s'en justifier à l'égard du commetttant : « si le contrat de vente qui se noue entre le commissionnaire et l'acheteur est pour le commettant un

185. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, 2010, p. 632.
186. *Ibidem*.
187. Bruxelles, 8 novembre 1979, *J.T.*, 1980, p. 315.
188. Cf décisions et extraits cités sous la note infrapaginale 167.
189. *J.T.*, 2002, p. 544.

acte auquel il est étranger, il reste qu'il est en droit de demander au commissionnaire de se justifier d'avoir accepté une entorse aux conditions qu'il avait lui-même fixées et auxquelles les adjudicataires étaient en principe soumis ». La Cour précise également que « l'annulation amiable de la vente a pour conséquence que l'objet litigieux est resté dans le patrimoine du vendeur ; que si l'on admet qu'en cas de vente la propriété de la chose vendue transite un instant par le patrimoine du commissionnaire pour ensuite passer chez l'acquéreur en sorte qu'une double mutation de propriété s'opère, l'annulation de la seconde mutation se répercute en sens inverse en direction du commettant qui est censé n'avoir pas perdu la propriété de la chose ».

III.2. Vente conclue par un prête-nom

III.2.1. Notion générale et caractéristiques

64. Définition – La Cour de cassation définit la convention de prête-nom comme « un contrat par lequel une personne accomplit un contrat en son nom propre mais pour le compte d'un mandant dont le nom n'apparait pas à l'égard des tiers »[190]. Le prête-nom conclut la vente en son nom propre et en se présentant comme une partie à cette convention, alors qu'il agit pour compte d'un tiers *dont il ne révèle ni le nom ni l'existence* et auquel sera transféré ensuite le bénéfice de la convention conclue[191].

65. Distinction avec la commission – Le mécanisme de la vente ou de l'achat par prête-nom est très proche de celui de la commission. Le commissionnaire n'a l'obligation de taire que le nom de son commettant mais non sa qualité de commissionnaire, alors que le prête-nom ne peut révéler ni le nom de son mandant, ni sa qualité de mandataire non-représentatif[192].

L'hypothèse est à distinguer de celle où le mandataire oublie de mentionner sa qualité[193].

66. Référence à la simulation – Selon une partie importante de la doctrine, le prête-nom constitue un cas d'application de la simulation. Il est donc régi par les règles générales de celle-ci, notamment en ce qui concerne ses conditions de validité et ses effets[194]. Il en résulte que le tiers contractant (et non

190. Cass., 15 janvier 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 602. Cette définition est confirmée dans un arrêt subséquent (Cass., 26 janvier 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 1094).
191. P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, p. 434.
192. P.A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle » *in Les obligations contractuelles*, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, p. 231.
193. B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 696.
194. Voy. à ce propos l'analyse et les références citées par P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, t. I, pp. 437 et s.

celui qui se cache derrière le prête-nom) peut agir en déclaration de simulation, auquel cas la représentation sortira tous ses effets.

III.2.2. Effets attachés au mécanisme de représentation imparfaite

67. Appréciation des vices de consentement – Tout comme pour la commission, c'est directement dans le chef du prête-nom qu'il convient d'apprécier l'existence de vices de consentement. De même, le tiers cocontractant pourra invoquer le dol du prête-nom pour tenter d'obtenir la nullité du contrat.

III.2.3. Prête-nom et intention frauduleuse

68. Principe – Le contrat de prête-nom est en principe licite. Il faut cependant excepter le cas où la constitution de prête-nom pour l'exercice d'une action en justice a « pour effet de nuire aux droits de la partie adverse ou dissimule une fraude à la loi »[195].

69. Prête-nom et aspects pénaux – Un contrat de vente conclu par un prête-nom peut-il être qualifié de faux en écriture ? On rappellera que l'infraction de faux en écriture requiert la réunion de plusieurs éléments. Il faut tout d'abord l'élément matériel que constitue l'altération de la vérité par un des modes prévus par la loi dans un écrit protégé par la loi et pouvant causer un préjudice. Il faut ensuite l'élément moral, à savoir l'intention frauduleuse ou le dessein de nuire[196]. La doctrine rappelle que l'intention criminelle est un élément essentiel, puisqu'il trace à lui seul la frontière entre le « faux criminel » et la « simulation civile »[197]. Un arrêt récent du tribunal correctionnel de Bruxelles a confirmé qu'une simulation pouvait constituer un faux pénalement répréhensible lorsque l'auteur de la simulation est « animé d'une intention frauduleuse ou d'un dessein de nuire et que la simulation cause un préjudice à des tiers »[198].

70. La simulation par « prête nom » ou par recours à un « homme de paille » pour conserver la discrétion, ne peut être considérée, en soi, comme une simulation frauduleuse, sauf si le but de l'opération est de contourner une obligation légale ou de détourner des biens au préjudice de créanciers[199].

195. Cass., 25 novembre 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 218, cité par P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence relative au contrat de mandat (2000-2010) »», *op. cit.*, p. 266.
196. J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 204.
197. J. SPREUTELS, F. ROGGEN, E. ROGER FRANCE, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 233.
198. Corr. Bruxelles (49e ch.), 25 janvier 2012, *Dr. pén° entr.*, 2012, liv. 2, p. 119.
199. P. VAN OMMESLAGHE, « La vie quotidienne dans l'entreprise et le droit pénal : pratiques tolérées, pratiques interdites », *Le risque pénal dans la gestion des entreprises*, séminaire CD.V.A., 24-25 janvier 1991, p. 75, n° 17.

III.3. Vente avec déclaration de command

III.3.1. Notion générale et caractéristiques

71. Définition – La vente avec déclaration de command est « celle qui réserve à l'acheteur la faculté de se substituer comme acheteur véritable (command) une autre personne à désigner par lui et à l'égard de laquelle seule le contrat produira ses effets : à défaut, l'acheteur (commandé) aura acquis pour son compte propre »[200]. Le mécanisme consiste concrètement à convenir avec le vendeur que l'acheteur initial, mandataire sans représentation, deviendra le représentant de l'acheteur véritable dans un second temps et s'effacera par conséquent du rapport contractuel par l'effet de la substitution[201].

On trouve des références à la vente avec déclaration de command dans le Code judiciaire en matière de vente sur saisie exécution immobilière (article 1590 du Code judiciaire), ou encore à l'article 159 du Code des droits d'enregistrement[202].

72. Formation – Pour être valable, la faculté d'élire command doit en principe avoir été formellement indiquée dans l'acte de vente[203]. En effet, elle doit être acceptée par le vendeur, qui sans son accord ne pourrait se voir imposer un autre cocontractant que celui avec lequel il a conclu la vente[204].

73. Intérêt du mécanisme – L'objectif de ce type de vente est souvent de dissimuler l'identité de l'acquéreur afin de ne pas compromettre la perspective d'une vente en raison de facteurs liés à la personnalité du réel acheteur. Une autre utilité mentionnée par la doctrine est le cas où l'acheteur agit au nom d'un groupe et où il convient de se réserver un délai de réflexion pour déterminer qui sera au sein du groupe l'attributaire du bien. Cette hypothèse se rencontre fréquemment dans les ventes d'actions, les actions achetées devant être réparties entre les différentes sociétés membres du groupe acheteur[205].

74. Distinction avec la vente conclue au nom d'une société en formation – Il ne faut pas confondre la vente avec déclaration de command et la vente conclue au nom d'une société en formation.

L'article 60 du Code des sociétés prévoit que ceux qui, au nom d'une société en formation et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quel que titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si la société a déposé l'extrait

200. B. KOHL, La vente immobilière-Chronique de jurisprudence 1990-2010, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 376.
201. P.A. FORIERS et F. GLANSDORFF, *Contrats spéciaux*, T.1, Bruxelles, P.U.B., 2000, p. 200.
202. P.A. FORIERS et F. GLANSDORFF, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 199.
203. Sauf en matière de ventes publiques forcées – voy. art. 1590, al. 1er, du Code judiciaire.
204. P.A. FORIERS et F. GLANSDORFF, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 202.
205. P.A. FORIERS et F. GLANSDORFF, *Contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 201.

visé à l'article 68 du Code des sociétés dans les deux ans de la naissance de l'engagement et si ces engagements sont repris par elle dans les deux mois suivant le dépôt précité. Dans ce dernier cas et si les conditions sont remplies, l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine[206].

Certaines clauses prêtent parfois à discussion comme ce fut le cas dans l'affaire qui a donné lieu au jugement du tribunal de première instance de Bruxelles le 11 janvier 2006[207], que nous développerons plus amplement dans la seconde partie du rapport consacrée à la conclusion d'une vente par une société (voy. *infra* n° 124).

75. Aspects fiscaux – La vente immobilière avec élection de command pose essentiellement des difficultés en matière fiscale : l'administration fiscale craint qu'une telle opération dissimule en réalité deux ventes successives qui devraient en principe donner lieu à une double perception des droits d'enregistrement. Dès lors, le Code des droits d'enregistrement prévoit un certain nombre de formalités auxquelles sont soumises les ventes avec déclaration de command, pour être valables sur le plan fiscal. Il faut « a) que la faculté de déclarer command ait été réservée dans l'acte d'adjudication ou de vente ;b) que la déclaration soit faite par acte authentique ; c) qu'elle soit notifiée par exploit d'huissier de justice au receveur de l'enregistrement ou que l'acte soit présenté à la formalité au plus tard le premier jour ouvrable qui suit celui de l'adjudication ou du contrat ». À défaut de respect de ces conditions, l'administration considérera qu'il y a deux ventes (à condition bien entendu que le command accepte la déclaration de command)[208].

III.3.2. Effets attachés au mécanisme de représentation imparfaite

76. Appréciation des vices de consentement – Tout comme pour la commission ou le prête-nom, la validité du consentement est examinée dans le chef du commandé. Par ailleurs, le command doit formuler son acceptation valablement. À défaut, elle pourra être déclarée nulle sans toutefois que cette nullité n'affecte le command, ce dernier étant tenu d'acheter pour lui-même *ou* pour le command[209].

206. Sur la vente par ou à une société en formation, voir ci-dessous point 123.
207. Civ. Bruxelles, 11 janvier 2006, *Rec. gén° enr. not.*, 2006, p. 323, note A. CULOT.
208. A. CULOT, « La vente immobilière et les droits d'enregistrement », *in La vente, un contrat usuel très réglementé*, CUP, 2006, p. 62.
209. H. DE PAGE, *Traité*, t. IV, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 304.

IV. Une hypothèse particulière : la vente conclue par le représentant d'une société

IV.1. La vente au nom d'une société existante

77. Problématique – Il nous a semblé intéressant d'aborder quelques problématiques liées à l'intervention des organes d'une société lors de la conclusion du contrat de vente, même si la matière dépasse le strict cadre de la représentation. En effet, la conclusion d'actes juridiques par les organes d'une société donne lieu à certaines problématiques proches de celles du mandat. De plus, la société n'agit pas seulement par le biais de ses organes, elle peut aussi être représentée par un mandataire, ce qui donnera lieu à l'application des règles en matière de représentation au sens classique.

78. Questions pratiques – Lorsqu'une société conclut un contrat de vente par l'intermédiaire de l'un de ses organes ou d'un mandataire particulier, plusieurs questions peuvent se poser :

- l'organe ou le mandataire est-il habilité à prendre la décision de vendre ?
- si une vente est soumise à une autorisation préalable, quelle est la conséquence d'une absence d'autorisation ?
- quelles sont les conséquences d'une décision d'autorisation irrégulière (par exemple prise par un organe incompétent, ou par un organe irrégulièrement composé) ?
- *quid* si la décision d'une société de conclure une vente est affectée de vices de consentement ? Comment apprécie-t-on ces vices ?
- *quid* si la société commet un dol ? Comment apprécie-t-on si un dol a été commis ? Doit-il avoir été le fait de l'ensemble des membres de l'organe ou d'un membre seulement ?

Avant de proposer certaines pistes de réponses à ces questions[210], il convient de rappeler brièvement quelques principes applicables en matière de représentation des sociétés.

210. On notera que pour le reste, c'est le régime du droit commun de la vente qui s'applique, en cas de vente ou d'achat conclu par une personne morale. Il faut cependant noter que si le prix consiste en des actions d'une société, le contrat devra alors être qualifié d'apport en société. Si le prix consiste en des effets de capitaux externes (obligations) ou un autre bien immobilier, le contrat sera qualifié de contrat d'échange (D. MEULEMANS, « Toepasselijke wetgeving op vastgoedcontracten gesloten door een rechtspersoon », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 4).

IV.1.1. Première hypothèse : intervention d'un organe

A. Notion d'organe

79. Pas d'intervention du mécanisme de la représentation – Si tant l'organe de représentation que le mandataire de la société sont susceptibles d'agir au nom et pour le compte de celle-ci, leur situation juridique diffère toutefois de manière radicale. En effet, l'organe s'identifie avec la société en matière de faits et actes juridiques, ce qui n'est pas le cas du mandataire[211]. Les actes que l'organe accomplit dans le cadre de ses pouvoirs sont donc à l'égard des tiers, ceux de la personne morale elle-même[212].

Comme l'énonce P. Van Ommeslaghe, « l'application de la théorie de l'organe, qui concerne l'activité des personnes morales et notamment la conclusion par elles des actes juridiques, n'implique aucune représentation : les personnes morales agissent à l'intervention de leurs organes qui sont les vecteurs immédiats de leur volonté et de leur action extérieure sans qu'intervienne le mécanisme de la représentation »[213].

Les membres qui composent l'organe ne contractent donc aucune responsabilité personnelle pour les engagements pris pour la société dans l'exercice de leurs fonctions[214]. Ce principe est consacré par l'article 61 du Code des sociétés qui énonce que « les sociétés agissent par leurs organes [...]. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société ».

80. Détermination des organes par la loi – C'est la loi (et en particulier le Code des sociétés) qui détermine quelles personnes sont revêtues de la qualité d'organe. La loi peut soit imposer de manière impérative certains organes pour certaines sociétés (par exemple le conseil d'administration pour la société anonyme), soit permettre aux statuts de prévoir un organe, dont elle trace les contours, mais sans en imposer la création[215].

81. Énumération des organes et de leurs pouvoirs – Les pouvoirs des différents organes des sociétés sont déterminés par le Code des sociétés et par les statuts[216].

211. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, Diegem, Kluwer, 1996, p. 699.
212. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. 1, 1re éd., Bruxelles, Bruylant, 1954, p. 258.
213. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, t. I, *op. cit.*, p. 631.
214. J. Van Ryn, *Principes de droit commercial*, t. 1, 1re éd., *op. cit.*, p. 259 ; S. Hirsch, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 79.
215. P. Van Ommeslaghe, « La théorie de l'organe : évolutions récentes », *in Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 767.
216. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, p. 702 : X. Dieux et P. Van Ommeslaghe, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1992, p. 649.

Toute société est dotée d'un *organe de délibération*, l'assemblée générale, qui rassemble les associés et dont les décisions sont celles de la société elle-même[217].

Les sociétés sont aussi dotées d'*organes de gestion*, qui prennent les décisions englobant les actes d'administration et les actes de disposition[218]. Dans la société anonyme, l'organe central de gestion est le conseil d'administration, à côté duquel la loi prévoit le comité de direction et les délégués à la gestion journalière. L'organe de gestion journalière est composé d'un ou plusieurs délégués, qui disposent des pouvoirs de gestion et de représentation pour les actes qui relèvent de la gestion journalière[219]. L'organe de gestion de la société privée à responsabilité limitée est constitué par un ou plusieurs gérants.

Les *organes de représentation* sont, en principe, identiques aux organes de gestion[220]. Ils assurent la représentation de la société dans les actes juridiques et en justice. Dans certaines formes de sociétés (les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés à responsabilité limitée), les statuts peuvent confier les fonctions de représentation à un ou plusieurs administrateurs ou gérants[221], ceux-ci acquérant alors la qualité d'organes de représentation[222].

À côté de ces organes, les sociétés sont également dotées *d'organes de contrôle* et d'*organes de liquidation*[223].

217. Y. De Cordt, C. Delforge, T. Léonard et Y. Poullet, *Manuel de droit commercial*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2009, p. 161.
218. J. Malherbe, Y. De Cordt, P. Lambrecht, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 263.
219. O. Caprasse, « La délégation à la gestion journalière et les mandats particuliers dans la société anonyme », *J.T.*, 2011, p. 225 ; S. Hirsch, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 89. Selon la définition classique retenue par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 septembre 1968, relèvent de la gestion journalière les actes ou opérations qui ne dépassent pas les besoins de la vie quotidienne de la société, ou les besoins qui tant en raison du peu d'importance qu'ils représentent, que de la nécessité d'une prompte solution à atteindre, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration (Cass., 17 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 61). Voy. aussi A. François et R. Vander Eeckt, « De vertegenwoordiging van een (naamloze) vennootschap na de zogenaamde Wet corporate governance bij het sluiten van vastgoedcontracten », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, Gand, Larcier, 2009, p. 111.
220. M. Coipel, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 184 ; J. Malherbe, Y. De Cordt, P. Lambrecht, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 264.
221. Articles 257, 522 et 657 du Code des sociétés.
222. P. Hainaut-Hamende et G. Rauco, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 526.
223. Y. De Cordt, C. Delforge, T. Léonard et Y. Poullet, *Manuel de droit commercial*, *op. cit.*, p. 161.

82. Publicité de la qualité d'organe. Les tiers doivent pouvoir déduire la qualité d'organe de la loi et des statuts, moyennant la publicité requise[224]. Celle-ci se fait via les Annexes au *Moniteur belge*.

Comme c'est le cas en droit commun du mandat, pour qu'une société soit liée par les actes posés par son organe, il faut que celui-ci ait fait savoir qu'il intervenait au nom de la société[225]. C'est au juge du fond qu'il appartient de déterminer en quelle qualité la personne physique a agi en vérifiant *in concreto* quelle a été à cet égard l'intention réelle des parties[226] [227].

La Cour de cassation a récemment rappelé ces principes dans un arrêt du 13 décembre 2012, dans lequel elle considère que les juges d'appel ont légalement pu décider que « si la [demanderesse] a effectivement signé deux traites, sous la rubrique "aval pour compte du tiré", en indiquant sa qualité d'administrateur-délégué, il convient toutefois de relever, à l'instar du premier juge, que cette indication est dépourvue de toute valeur juridique, puisqu'elle n'a pas renseigné la société qu'elle entendait représenter en qualité d'aval" et que "de surcroît, si elle ne voulait pas s'engager personnellement comme aval, mais le faire au nom et pour le compte d'une personne morale, [la demanderesse] aurait alors dû, comme elle l'a fait pour le tiré, indiquer le nom et l'adresse de ladite personne morale tout en apposant sa signature personnelle, suivie éventuellement de sa qualité d'organe ou mandataire »[228].

B. Distinction entre le pouvoir de gestion interne et le pouvoir de représentation externe

83. Principe – En ce qui concerne la société anonyme, la société en commandite par actions et la société privée à responsabilité limitée, il convient

224. Y. De Cordt, C. Delforge, T. Léonard et Y. Poullet, *Manuel de droit commercial*, *op. cit.*, p. 161 ; S. Hirsch, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 92.
225. Comm. Bruxelles, 24 février 2006, *R.W.*, 2006-07, p. 1211 ; X. Dieux et P. Van Ommeslaghe, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1992, p. 649.
226. X. Dieux et P. Van Ommeslaghe, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1992, p. 649.
227. Cette qualité peut, dans certaines circonstances, être portée à la connaissance du tiers ultérieurement, comme ce fut le cas dans une affaire où une personne avait émis une offre de vente sans mentionner sa qualité de gérant d'une SPRL, où cette qualité n'avait cependant été contestée par personne et où les factures avaient ensuite été émises en mentionnant le numéro de TVA de la SPRL en question (Anvers, 17 mai 2005, *J.D.S.C.*, 2009, p. 146, cité par B. Tilleman *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 695).
228. Cass., 13 décembre 2012 (C.12.0204.F/1), www.juridat.be.

de distinguer, depuis la loi du 6 mars 1973[229], la gestion interne et la représentation externe de la société[230].

Appliquée par exemple en matière de vente d'immeuble par une société, cette distinction s'illustre comme suit : l'organe de gestion compétent doit d'abord prendre la décision concernant l'opération en question (par exemple la décision d'acheter un bien immobilier à un certain prix et à des conditions et modalités définies) ; ensuite, l'organe de représentation doir mettre en œuvre cette décision (la signature de l'acte d'achat aux conditions et prix déterminés par l'organe compétent)[231].

84. Conséquence en matière de dépassement de pouvoir – Dans la sphère externe, l'organe de représentation engage valablement la société sans devoir être couvert par une décision de l'organe compétent sur le plan interne[232]. Par conséquent, la société ne pourra en principe pas opposer aux tiers que l'organe de représentation a agi sans délibération préalable de l'organe de gestion compétent ou que des irrégularités ont été commises dans le processus de décision interne[233].

Si tout ce qui concerne la gestion interne ne peut être opposé par la société aux tiers, inversément, les tiers ne peuvent pas non plus se prévaloir à l'égard de la société de la méconnaissance du processus de décision interne

229. Loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales, *M.B.*, 26 juin 1973. Cette loi a transposé les principes de la première directive sur les sociétés pour la société anonyme, la société en commandite par actions et la société privée à responsabilité limitée (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, 2e alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers, *J.O.C.E.*, n° L 65 du 14 mars 1968).
230. M. Coipel, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 193 ; S. Hirsch, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 81. Pour ces sociétés, la doctrine néerlandophone parle de « *prokurasysteem* » (J. Ronse, *De vennootschapswetgeving 1973*, Gand, Story-Scienta, 1973, p. 149, cité par J. Van Bael, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, Gand, Larcier, 2009, p. 66).
231. D. Meulemans, « De beslissingsbevoegdheid binnen de vennootschap », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 42.
232. S. Hirsch, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 81.
233. À l'exception cependant des compétences légales ou du principe de spécialité légale, voy. *infra* n° 85.

ou du dépassement des pouvoirs[234]. Il est en effet admis que l'inopposabilité de tout ce qui concerne la sphère interne est « bilatérale »[235].

En l'absence de décision valable quant à une vente, la société sera donc en principe liée, mais bien entendu, les membres de l'organe de représentation pourront engager leur responsabilité sur le plan interne (notamment, en ce qui concerne la société anonyme, sur la base des articles 527 et 528 du Code des sociétés)[236].

85. Exceptions – Dépassements de pouvoirs opposables – Dans la société anonyme, la société privée à responsabilité limitée, la société en commandite simple, les seuls dépassements de pouvoirs opposables aux tiers concernent

- le principe de la spécialité légale : selon ce principe, les sociétés commerciales ne peuvent être constituées qu'en vue de l'exploitation d'une activité dans un but de lucre[237]. La violation de ce principe par les organes de représentation implique l'absence de tout engagement de la société envers les tiers : elle pourra être invoquée tant par la société que par les tiers[238].
- le non-respect de l'organisation légale des pouvoirs des organes sociaux entraine également l'absence d'engagement valable de la société[239]. Ce sera par exemple le cas si le conseil d'administration prend une décision que la loi réserve à l'assemblée générale (par exemple

234. B. TILLEMAN, *L'administrateur de société, statuts, fonctionnement interne et représentation*, Bruxelles, La Charte, 2005, pp. 593 et 600 et s. ; A. BENOIT-MOURY, « Représentation des sociétés de capitaux et limitations relatives à l'objet social », *R.C.J.B.*, 1989, note sous Cass., 12 novembre 1987, p. 413 ; M. COIPEL, « À propos des conséquences d'une décision prise de façon irrégulière par le conseil d'administration d'une SA », *J.D.S.C.*, 2010, p. 79. Il faut cependant nuancer cette solution en ce qui concerne les actes unilatéraux dont le destinataire parait pouvoir opposer à la société, à bref délai, un excès de pouvoir : S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 110.
235. M. COIPEL, « À propos des conséquences d'une décision prise de façon irrégulière par le conseil d'administration d'une SA », *J.D.S.C.*, 2010, p. 79.
236. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 81.
237. X. DIEUX et P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1992, p. 636.
238. Voy. à ce sujet S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 82 et les références citées. On relèvera aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005 (qui a fait l'objet d'importantes critiques), qui, selon les auteurs, paraît rattacher l'existence du but de lucre dans les sociétés commerciales à la fois à la capacité et aux pouvoirs des organes sociaux (Cass., 30 septembre 2005, *R.D.C.*, 2006, p. 1032 et obs. P.A. FORIERS, « Spécialité légale – spécialité statutaire et but de lucre. Quelques observations sur l'arrêt de la Cour de cassation du 30 septembre 2005 »).
239. X. DIEUX et P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1992, p. 638.

la dissolution de la société[240] ou si un délégué à la gestion journalière pose un acte qui excède la notion de gestion journalière[241]).

86. Exceptions – Les tiers de mauvaise foi – Le Code des sociétés prévoit que la société à responsabilité limitée, la société anonyme et la société en commandite par actions sont engagées par les actes de leurs organes d'administration qui excèdent l'objet social, sauf si la société établit la mauvaise foi du tiers, au motif qu'il savait que l'acte dépassait l'objet social ou ne pouvait l'ignorer, sans que la seule publication des statuts ne suffise pour constituer cette preuve[242].

En ce qui concerne les autres excès de pouvoirs, bien que les textes légaux ne le prévoient pas expressément, la doctrine considère que la règle de l'inopposabilité des restrictions statutaires ou autres au pouvoir de représentation des organes ne vaut qu'à l'égard des « tiers de bonne foi »[243]. Des discussions existent quant à ce qu'il faut entendre par tiers « de bonne foi », encore que tous les auteurs s'accordent sur le fait que la seule publication des restrictions au *Moniteur belge* ne suffit pas à établir que le tiers est de mauvaise foi[244].

Comme le relève Y. De Cordt, le droit des sociétés, de manière générale, tend à préserver la validité des sociétés et de leurs actes, en limitant les possibilités d'en obtenir la nullité[245]. Le Code des sociétés privilégie l'octroi de dommages et intérêts en faveur des personnes lésées, par la mise en cause de la responsabilité des fondateurs, des actionnaires et des administrateurs[246].

87. Illustration : le conseil d'administration comme organe principal de gestion et de représentation de la société anonyme – La distinction entre gestion interne et représentation externe peut être illustrée par le régime applicable au conseil d'administration de la société anonyme.

88. Organe central de gestion – Comme on l'a mentionné ci-dessus, dans la société anonyme, l'organe central de gestion est le conseil d'administration.

240. Article 181 du Code des sociétés.
241. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 91.
242. Articles 258, 526 et 657 du Code des sociétés.
243. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1, *op. cit.*, p. 225 ; S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 105.
244. L. SIMONT, « La loi du 6 mars 1973 modifiant la législation relative aux sociétés commerciales », *R.P.S.*, 1974, p. 43, n° 44 ; S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 105.
245. Y. DE CORDT, « Les enjeux de l'affaire Fortis », *R.P.S.*, 2009, p. 354.
246. *Idem.*

Les pouvoirs réservés à l'assemblée générale sont peu nombreux[247] et c'est le conseil d'administration qui dispose des compétences résiduelles[248].

L'article 522, § 1, du Code des sociétés consacre ce principe : « Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet social de la société, à l'exception de ceux que la loi réserve à l'assemblée générale.

Les statuts peuvent apporter des restrictions aux pouvoirs du conseil d'administration. Ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs seraient convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

L'article 522 du Code des sociétés rappelle ainsi que les questions de gestion interne ne sont en principe pas opposables aux tiers[249].

C'est donc le conseil d'administration qui est l'organe compétent pour décider d'une opération de vente, qu'elle soit mobilière ou immobilière. Les statuts peuvent bien entendu prévoir des dérogations à cette compétence générale du conseil d'administration et disposer que certains types de ventes (limitations qualitatives) ou les ventes à concurrence de certains montants (limitations quantitatives) seront soumis à l'approbation de l'assemblée générale[250]. Ces restrictions au pouvoir de gestion du conseil d'administration ne sont cependant pas opposables aux tiers de bonne foi.

Notons que si la conclusion de ventes immobilières est une activité fréquente de la société anonyme, une décision de l'organe de gestion journalière sera suffisante[251].

89. Organe central de représentation – Le conseil d'administration est également doté de la compétence générale de représentation de la société anonyme[252]. Le conseil d'administration agit en tant que collège, ce qui signifie

247. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 621.
248. P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, *op. cit.*, p. 500 ; A. FRANÇOIS et R. VANDER EECKT, « De vertegenwoordiging van een (naamloze) vennootschap na de zogenaamde Wet corporate governance bij het sluiten van vastgoedcontracten », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 112.
249. À condition qu'ils soient « de bonne foi », conformément aux principes exposés ci-avant. Voy. *supra* n° 86.
250. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 84 ;Y. DE CORDT, « Les enjeux de l'affaire Fortis », *R.P.S.*, 2009, p. 356, note (6).
251. A. FRANÇOIS et R. VANDER EECKT, « De vertegenwoordiging van een (naamloze) vennootschap na de zogenaamde Wet corporate governance bij het sluiten van vastgoedcontracten », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 112.
252. Selon l'article 526 du Code des sociétés, « la société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs ayant qualité pour la représenter conformément à l'article 522, § 2, par les membres du comité de direction, ou par le délégué à la gestion journalière, même si ces actes excèdent l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ». Ainsi, cet article énumère les principaux organes de représentation : le conseil d'administration, les administrateurs ayant qualité pour la représenter, les membres du comité de direction et le délégué à la gestion journalière.
253. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 84.
254. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 624.
255. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 85.
256. A. FRANÇOIS et R. VANDER EECKT, « De vertegenwoordiging van een (naamloze) vennootschap na de zogenaamde Wet corporate governance bij het sluiten van vastgoedcontracten », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 115.

que, sauf dispositions statutaires contraires, la signature d'une majorité des administrateurs est nécessaire pour la conclusion du contrat de vente[253].

Les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers, les administrateurs en question acquérant la qualité d'organes de représentation. On a vu ci-dessus que les restrictions apportées par les statuts au *pouvoir de gestion* ne sont pas opposables aux tiers. Par opposition à de telles dispositions limitant les pouvoirs de gestion, les dispositions relatives au *pouvoir de représentation* sont elles, sous certaines conditions, opposables aux tiers[254].

Il faut immédiatement préciser que si de telles délégations du pouvoir de représentation sont opposables, il n'en va pas de même d'éventuelles restrictions à ce pouvoir de représentation, qui, quant à elles, sont inopposables[255].

C'est ce que prévoit expressément l'article 522, § 2, du Code des sociétés : « le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenus, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées ».

Ainsi la clause qui impose, par exemple, la signature de deux administrateurs pour représenter la société peut s'analyser comme une clause relative au pouvoir de représentation, étant donc opposable aux tiers. En revanche, la clause qui impose l'approbation de deux administrateurs pour toute décision jusqu'à un certain montant, et de la majorité des administrateurs pour les actes au-delà de ce montant, ne sera pas opposable, constituant une restriction à une délégation générale de représentation. C'est ce que l'on appelle la règle du « tout ou rien »[256].

Comme le souligne la doctrine, les limites entre les deux systèmes (pouvoir de gestion – pouvoir de représentation) et les effets des différentes clauses ne sont pas toujours clairs[257].

On notera qu'en tout état de cause, une société ne pourra pas rester passive lorsque des engagements sont pris en son nom en violation d'une clause de représentation générale opposable, sous peine de se voir appliquer la théorie du mandat apparent[258] ou de la ratification[259]. Ainsi, la cour d'appel de Gand a-t-elle considéré que la non-contestation en temps utile d'une facture relative à une convention signée par un de ses administrateurs, en dehors de son pouvoir de représentation, avec un client commerçant, impliquait dans le chef de la société une confirmation tacite de cette convention[260].

IV.1.2. Seconde hypothèse : intervention d'un mandataire

A. Notion

90. Possibilité de délégations particulières – À côté de l'intervention de ses organes de représentation, la société peut déléguer des pouvoirs particuliers à des mandataires. De telles délégations doivent porter sur des pouvoirs spéciaux et ne peuvent viser qu'une ou plusieurs affaires déterminées ou une série d'affaires du même ordre. Cette exigence fait écho à la distinction opérée par l'article 1987 du Code civil, aux termes duquel le mandat est « ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant »[261]. Elle s'explique par le fait qu'un membre d'un organe est censé exercer ses compétences en personne.

En pratique, c'est le conseil d'administration qui décidera et octroiera un tel mandat à un mandataire particulier. Il faut toutefois souligner que c'est bien la société elle-même qui sera le mandant (et non pas le conseil d'administration, à défaut de personnalité juridique distincte)[262].

91. Délégations à des administrateurs – Dans certains cas, le conseil d'administration peut donner un mandat particulier à certains administrateurs ;

257. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 625 ; P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, *op. cit.*, p. 528.
258. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 625.
259. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 122.
260. Gand, 10 mars 2008, *D.A.O.R.*, 2008, p. 221, cité par J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 625.
261. O. CAPRASSE, « La délégation à la gestion journalière et les mandats particuliers dans la société anonyme », *J.T.*, 2011, p. 227 ; B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, pp. 677-680.
262. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis op. cit.*, p. 626.

dans cette hypothèse, ces administrateurs agiront en qualité de mandataires et non d'organes[263].

92. Forme – La procuration qui a pour objet l'accomplissement d'actes sous la forme authentique (par exemple la passation d'un acte authentique de vente) doit être établie sous la même forme. Dans tous les autres cas (par exemple la signature du compromis de vente), la forme du mandat est libre[264].

B. Distinction avec la représentation organique

93. Le mandataire n'incarne pas la personne morale – L'organe incarne la personne morale et s'identifie à elle[265], ce qui n'est pas le cas du mandataire.

94. Pas de distinction entre pouvoir interne et pouvoir externe – La distinction fondamentale entre pouvoir de gestion et pouvoir de représentation ne s'applique qu'aux organes et pas aux mandataires[266]. Il en va également ainsi en ce qui concerne les autres règles du droit des sociétés résultant de la transposition de la première directive sur les sociétés, à savoir l'inopposabilité des restrictions limitant les pouvoirs des organes et l'inopposabilité des dépassements de l'objet social, à l'égard des tiers de bonne foi[267].

Dès lors, la société pourra invoquer qu'elle n'est pas liée en cas de non-respect, par ses mandataires, de ces limitations, sous réserve des mécanismes correcteurs qui peuvent être invoqués lorsqu'il y a représentation irrégulière : régime de l'apparence ou mécanisme de la ratification[268]. Alors que l'apparence peut seulement être invoquée par les tiers (elle ne crée de droits que dans leurs chefs), la ratification peut leur être imposée[269].

95. Preuve des pouvoirs – Une autre différence entre représentation organique et représentation par un mandataire est que l'organe établit ses pouvoirs vis-à-vis des tiers par sa qualité d'organe et par les publications requises

263. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, p. 701.
264. A. FRANÇOIS et R. VANDER EECKT, « De vertegenwoordiging van een (naamloze) vennootschap na de zogenaamde Wet corporate governance bij het sluiten van vastgoedcontracten », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 116 ; B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, pp. 628-629.
265. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit*, p. 699 ; S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 114.
266. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 115.
267. *Idem.*
268. P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes. Constitution et fonctionnement*, *op. cit.*, p. 531.
269. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 122.

aux Annexes au *Moniteur belge*[270]. Le mandataire, quant à lui, sera amené, même s'il n'y est pas tenu, à justifier l'existence et l'étendue de ses pouvoirs par la production des documents qui en attestent[271]. La règle selon laquelle les irrégularités dans la nomination des membres des organes sont en principe inopposables aux tiers ne s'étend pas à celles affectant la nomination d'un mandataire[272].

96. Conclusion – En conclusion, le tiers qui conclut une vente avec un mandataire d'une société devra s'assurer que[273] :

- la procuration a été donnée au mandataire par un organe compétent ;
- le mandat est particulier, c'est-à-dire qu'il concerne une opération particulière ;
- l'opération envisagée entre bien dans les limites du mandat qui a été octroyé.

IV.1.3. Effets particuliers attachés à la vente par ou avec le représentant d'une société

A. Vente par une société et vices de consentement

1) *Mécanisme d'imputation des facteurs subjectifs*

97. Appréciation dans le chef du mandataire ou de l'organe – On a vu ci-dessus en matière de mandat que les vices de consentement sont en principe à rechercher dans le chef du mandataire. Pour décider si une vente conclue par un mandataire est affectée de vices de consentement ou a été accomplie de bonne ou de mauvaise foi (par exemple en cas de dissimulation de la présence d'amiante dans un bâtiment), il faut donc en premier lieu examiner la volonté du mandataire et non celle du mandant[274]. En ce qui concerne l'organe, dans la mesure où il incarne la société et exprime sa volonté, les vices de consentement dont il est victime dans l'accomplissement des actes juridiques sont tout naturellement des vices du consentement de la société

270. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1, 1re éd., *op. cit.*, p. 259 ; J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 100.
271. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1, *op. cit.*, p. 186.
272. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 115.
273. A. FRANÇOIS et R. VANDER EECKT, « De vertegenwoordiging van een (naamloze) vennootschap na de zogenaamde Wet corporate governance bij het sluiten van vastgoedcontracten », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 112.
274. B. TILLEMAN, *Le Mandat*, Diegem, Kluwer, 1999, p. 206. Voy. *supra* nos 30 et s.

elle-même[275]. La société peut donc clairement invoquer ceux-ci pour poursuivre l'annulation desdits actes[276].

De manière générale, les personnes morales se voient ainsi imputer les facteurs subjectifs (erreur, violence morale, bonne foi, fraude, intention frauduleuse..) inhérents à certains actes ou faits juridiques accomplis par leurs mandataires et organes[277].

La transmission des éléments psychologiques du représentant au représenté n'est ni automatique, ni illimitée[278]. Étant donné que l'acte accompli est en principe le produit de la volonté du représentant, cette transmission des éléments psychologiques au représenté est inséparable de l'acte ou du fait accompli par le représentant en cette qualité[279]. Il en résulte que si une personne morale « a plusieurs organes indépendants, on considérera la bonne foi de la personne qui a agi en fait »[280].

98. Application en ce qui concerne les organes collégiaux – Comme le rappellent certains auteurs, si l'application du principe d'imputation des facteurs psychologiques de l'organe à la personne morale est aisée pour les organes individuels, elle soulève des difficultés pour les organes collégiaux[281]. En effet, ces facteurs subjectifs devront s'apprécier, concrètement, dans le chef non de l'organe lui-même, qui n'a pas la personnalité juridique, mais des personnes en faisant partie[282]. Si cette appréciation peut s'opérer facilement par exemple pour le gérant d'une société privée à responsabilité limitée, la question est plus délicate pour le conseil d'administration d'une société anonyme qui est par hypothèse composé de plusieurs membres.

99. Critère d'imputation classique – Comme l'écrivent V. Simonart et T. Tilquin, « s'il existe des règles de majorité ou d'unanimité pour la prise de décisions dans l'ordre interne, elles ne concernent pas l'imputation subjective des

275. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 232.
276. B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, Die Keure, 2005, p. 693.
277. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit*, p. 769 ; B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, *op. cit.*, 2005, p. 691.
278. P.A. FORIERS, « Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique », *in Liber amicorum Bernard Glansdorff*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 214.
279. P.A. FORIERS, « Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique », *in Liber amicorum Bernard Glansdorff*, *op. cit.*, p. 215.
280. R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1921, p. 233, cité par P.A. FORIERS, « Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique », *in Liber amicorum Bernard Glansdorff*, *op. cit.*, p. 215.
281. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, p. 770 ; B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, *op. cit.*, p. 692
282. T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit*, p. 770.

facteurs juridiques »[283]. Selon la doctrine classique, la mauvaise foi d'un seul membre d'un organe collectif ne peut avoir pour effet que l'organe entier doit être considéré comme étant de mauvaise foi et la question doit être réglée par analogie avec ces règles de majorité[284]. « Ainsi, la fraude des administrateurs n'est imputable à la société que si ceux-ci ont le pouvoir de représenter la société et ont conclu l'acte litigieux ou si la majorité des administrateurs qui ont pris la décision en vertu de laquelle l'acte litigieux a été conclu étaient animés d'une intention frauduleuse ».[285]

Au-delà de ce critère « classique » d'imputation, P.A. Foriers rappelle que la mauvaise foi d'un seul membre d'un organe pourrait tout de même engager la responsabilité civile de la société, par exemple si on peut lui reprocher une ignorance suite à des lacunes au niveau de son contrôle ou son organisation interne. De même, la responsabilité de la société pourrait être engagée sur la base de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil suite au fait qu'un préposé aurait commis une faute en ne partageant pas avec d'autres certaines de ses connaissances. Dans de tels cas, si toutes les conditions de la responsabilité sont remplies, la réparation en nature pourrait consister à traiter la société comme si elle avait réellement eu connaissance du fait en question[286].

100. Le « vouloir collectif »[287] – Plusieurs auteurs proposent d'étendre le critère d'imputation des facteurs subjectifs, au-delà de l'application des règles de majorité, aux actes individuels des membres d'organes de gestion ou de représentation lorsque leur volonté devait apparaître aux yeux des tiers comme celle de la société[288].

La technique d'imputation des faits et intentions juridiques serait ainsi élargie à toute personne à laquelle l'organisation de la société a confié la volonté de la société et ce, compte tenu de l'éclatement du pouvoir au sein de la société et vu le caractère complexe et diffus des mécanismes de création d'une volonté collective[289].

Ces auteurs plaident ainsi pour une responsabilité directe de la société en dehors d'une stricte application de la théorie de l'organe[290].

283. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit*, p. 770.
284. R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Paris, Rousseau, 1921, p. 233.
285. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, p. 770.
286. P.A. Foriers, « Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique », *in Liber amicorum Bernard Glansdorff*, *op. cit.*, pp. 223-224.
287. Pour un exposé de cette tendance, voy. P.A. Foriers, « Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique », *in Liber amicorum Bernard Glansdorff*, *op. cit.*, pp. 223-224.
288. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, p. 770.
289. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, 1996, p. 696.
290. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, pp. 696-697 ; J. Vananroye, « Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties », *T.P.R.*, 2004, p. 768.

L'idée est que si des faits peuvent être considérés comme relevant d'une personne morale aux yeux d'un homme normalement prudent et diligent, ils seront imputés à cette personne morale sans qu'il soit nécessaire au préalable de rechercher l'organe qui a agi en fait[291]. On se rapproche finalement ici de la théorie de l'apparence[292].

2) *Le vice de consentement dont la société est victime*

101. Principe – Si le représentant de la société, mandataire ou organe, se prononce sur une acquisition d'actifs et commet par exemple une erreur (excusable) sur la substance de ceux-ci, la société pourra, conformément au droit commun, invoquer l'existence d'un vice de consentement[293].

102. Illustrations – Dans un arrêt du 18 juin 1925, la Cour de cassation a fait application des articles 1109 et suivant du Code civil, en ce qui concerne une décision d'une assemblée générale donnant décharge aux administrateurs, sur la base d'un bilan ne reflétant pas la réalité[294]. Un arrêt récent de la Cour de cassation confirme l'application de ce principe, en énonçant que, sur la base des articles 1108, alinéa 2 et 1984 du Code civil, « le mandant peut demander l'annulation du chef d'un vice de consentement dans son chef d'un acte juridique posé par le mandataire à un moment où celui-ci était devenu incapable en fait d'exprimer sa volonté, alors qu'il ne l'était pas au moment de sa désignation »[295]. Il s'agissait en l'espèce d'un bail commercial conclu, le 26 octobre 2005, par une société, dont l'administrateur-délégué, désigné en 2003, « souffrait au moins depuis le 11 octobre 2005 d'une psychopathologie manifeste et grave qui porte dans une mesure très importante à sa capacité de jugement ».

291. J. Vananroye, « Toerekening aan rechtspersonen en andere organisaties », *T.P.R.*, 2004, p. 768. Voy. cependant pour une remise en question de ce critère du « vouloir collectif » : P.A. Foriers, « Rêves et pensées de personnes morales. Observations sur l'imputabilité d'éléments psychologiques aux sociétés dotées de la personnalité juridique », *in Liber amicorum Bernard Glansdorff*, *op. cit.*, pp. 223-224. Selon cet auteur, « le mécanisme de la représentation, tempéré par la prise en compte du rôle effectif de la partie représentée dans l'acte accompli par représentation et par l'application des principes de la responsabilité civile, permet [à mon sens] de répondre plus aisément à la nécessité d'un équilibre de solutions nuancées prenant en compte les intérêts en présence ».
292. T. Tilquin et V. Simonart, *Traité des sociétés*, t. I, *op. cit.*, p. 760.
293. Dans ce sens : Y. Schoentjes-Merchiers, « La nullité des décisions d'organes de sociétés, et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit », *R.C.J.B.*, 1983, p. 269 ; D. Willermain, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », *in Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 80.
294. Cass., 18 juin 1925, *Pas.*, 1925, I, p. 274, cité par Y. Schoentjes-Merchiers, « La nullité des décisions d'organes de sociétés, et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit », *R.C.J.B.*, 1983, p. 273.
295. Cass., 7 janvier 2010, *R.G.D.C.*, 2011, p. 21 et note F. Georges.

3) *Le vice de consentement dont la société est l'auteur*

103. Principe – Le dol ou la violence que commet l'organe ou le mandataire d'une société lors de la conclusion de la vente est un acte de la société elle-même[296].

104. Illustration – Si des administrateurs se rendent coupables d'un dol lors de la négociation d'une convention de cession d'actions[297], ce dol sera imputable à la société et le cocontractant pourra poursuivre l'annulation de la vente en question. Le dol pourra par ailleurs donner lieu, le cas échéant, à une action en responsabilité extracontractuelle du tiers contre la société ou contre les membres de l'organe concerné[298] (la faute aquilienne commise par l'organe d'une société dans l'exercice de ses fonctions, engageant la société sur la base de l'article 1382 du Code civil[299]).

4) *Le vice de consentement affectant la décision sous-jacente de l'organe*

105. Le vice de consentement conçu comme un excès de pouvoir (article 64 du Code des sociétés) – L'article 64 du Code des sociétés distingue différentes causes de nullité des décisions prises par l'assemblée générale d'une société (mais dont il est admis qu'elles s'appliquent, par analogie aux autres organes de la société[300]). L'une de ces causes est « tout autre excès de pouvoir ou de détournement de pouvoir », auquel on peut rattacher les vices de consentement. L'article 1109 du Code civil peut ainsi être appliqué à la déclaration de volonté que constitue le vote du membre d'un organe de la société, si ce vote a eu lieu sous l'emprise d'une erreur, d'un dol ou d'une

296. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 232.
297. Voy. au sujet du dol commis dans le cadre de cession d'actions : Y. DE CORDT, « La réticence dolosive et le devoir de loyauté dans le cadre des cessions d'actions », *R.D.C.*, 2008, p. 164.
298. Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 février 2001, il était reproché à des gérants d'une SPRL d'avoir dissimulé la survenance prochaine de travaux de nature à porter atteinte à l'exploitation de son commerce par un futur locataire dans les lieux loués, lors de la négociation d'un bail qui avait été effectivement conclu. Le locataire avait recherché la responsabilité personnelle des gérants, que le juge du fond avait mis hors cause. (*Pas.*, 2001, p. 94. et pour une critique P. VAN OMMESLAGHE, « La théorie de l'organe : évolutions récentes », *in Liber Amicorum Michel Coipel*, *op. cit.*, p. 783). Voy. aussi Cass. 20 juin 2005, *J.L.M.B.*, 2005 et p. 1199, cité par P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *Actualités de quelques contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 86).
299. Cass., 7 septembre 1950, *R.P.S.*, 1951, p. 114 ; M. WIJCKAERT, « Bedrog van de raad van bestuur bij kapitaalverhoging », note sous Cass., 9 novembre 1987, *T.R.V.*, 1988, p. 356.
300. D. WILLERMAIN, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », *in Actualités en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 83 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 613 ; K. GEENS, M. WYCKAERT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – vennootschappen 1999-2010 », *T.P.R.*, 2012, p. 258.

violence[301]. Il se pourrait ainsi que certaines informations aient été dissimulées aux membres de l'organe ou que des informations trompeuses leur aient été fournies[302]. Dans cette hypothèse, le vote des membres de l'organe ayant pris part à la décision sera affecté d'un vice de consentement, ce qui devrait conduire à ne pas les prendre en compte dans le calcul de la majorité[303].

On notera que l'article 178 du Code des sociétés ouvre l'action en nullité à « tout intéressé » et ajoute : « n'est pas recevable à invoquer la nullité celui qui a voté en faveur de la décision attaquée, sauf le cas ou son consentement a été vicié, ou qui expressément ou tacitement a renoncé à s'en prévaloir, à moins que la nullité ne résulte d'une règle d'ordre public ». Cet article prend donc expressément en compte le vice de consentement d'un actionnaire en autorisant celui qui a voté en faveur d'une décision à obtenir la nullité de celle-ci s'il prouve que son consentement a été vicié[304].

106. Approche arithmétique ou appréciative – Dans un arrêt du 26 avril 1948, la Cour de cassation a estimé que le juge du fond n'avait pu valablement décider que la violence ayant empêché un actionnaire de prendre part au vote avait entrainé la nullité de ce vote pour vice de consentement sans constater que le nombre d'actions détenues par cet actionnaire était susceptible d'influencer ce vote.

Cette solution « arithmétique » est cependant critiquée. En effet, il se peut qu'une décision soit prise sous l'influence d'une erreur ou de manœuvres dolosives provoquées par certains associés ou par des administrateurs. Une solution « appréciative » est préférée par plusieurs auteurs, celle-ci prenant en compte le fait que des membres correctement informés peuvent modifier l'opinion des autres[305].

301. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 201.
302. D. WILLERMAIN, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », *in Actualités en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 80.
303. D. WILLERMAIN, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », *in Actualités en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 80 ; F. DE BAUW nuance cependant cette solution, voy. *Les assemblées générales dans les sociétés anonymes*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 323 et s.
304. D. WILLERMAIN, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », *in Actualités en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 81, note 86.
305. J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1967, p. 364, cité par M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 201. Comme l'écrit Y. Schoentjes-Merchiers, « Faut-il, suivant la décision de la Cour de cassation, qu'un nombre suffisant d'actionnaires demande l'annulation du vote émis par erreur ou sous l'influence du dol ? Faut-il s'en tenir à ce calcul numérique entre le chiffre des suffrages positifs et celui des suffrages négatifs ? Le vote est précédé d'une délibération au cours de laquelle s'échangent des arguments et s'affrontent des influences, déterminantes du vote des associés.
Tout actionnaire a le droit d'assister à l'assemblée générale, non pas seulement pour y faire nombre, mais aussi pour y prendre part à la délibération. Ne peut-on pas soutenir qu'un des actionnaires dont le consentement a été vicié aurait pu, si tel n'avait pas été le cas, attirer

107. Effets de la nullité au niveau interne et à l'égard des tiers – Quelle est l'incidence de la nullité d'une décision de l'assemblée générale ou du conseil d'administration sur la convention qui a été conclue avec un tiers sur la base de cette décision ?

Dans l'ordre interne, la décision, tant qu'elle n'a pas été mise en œuvre par un acte de représentation, peut être annulée[306]. On rappellera que l'article 179 du Code des sociétés permet au demandeur, si des motifs graves le justifient, de solliciter en référé la suspension de l'exécution de la décision attaquée[307].

En revanche, à partir du moment où la décision a été mise en œuvre par un organe de représentation ou un mandataire agissant dans les limites de ses pouvoirs, elle ne peut être anéantie à l'égard des tiers de bonne foi[308].

Les tiers pourront toutefois soulever la nullité de la décision d'un organe dans la mesure où l'article 178 du Code des sociétés, précité, ouvre ce droit non seulement aux personnes ayant participé à la délibération, mais également à « tout tiers intéressé ». Il faut cependant que le tiers établisse qu'il dispose d'un intérêt à agir et que la règle dont il prétend qu'elle a été violée est destinée à le protéger (sauf si cette règle est d'ordre public)[309]. Ce tiers intéressé, qui obtiendrait en justice la nullité de la décision d'un organe, pourra-t-il ensuite invoquer cette nullité pour se dégager de ses obligations envers la société ?

M. Coipel estime que le tiers, à supposer qu'il ait obtenu la nullité d'une décision d'un organe, peut s'en prévaloir : « On notera que si la nullité est demandée par la société elle-même, l'annulation n'aura d'effets que dans l'ordre interne et sera inopposable aux tiers de bonne foi ; la société ne pourra donc pas soutenir qu'elle n'a pas été engagée. La bilatéralité dont il a été question ci-dessus ne joue donc pas dans cette hypothèse : la protection des tiers de bonne foi joue, certes, comme pour tout ce qui concerne la sphère interne, mais si ce sont les tiers qui invoquent et obtiennent l'annulation, ils

l'attention des autres actionnaires sur les manœuvres tendant à vicier le consentement, et ainsi provoquer un revirement de majorité ? Dès lors, ne faut-il pas professer la nullité de toute délibération votée par l'effet d'une manœuvre frauduleuse ou à la faveur d'une telle manœuvre ? » (Y. SCHOENTJES-MERCHIERS, « La nullité des décisions d'organes de sociétés, et en particulier la nullité pour violation d'un principe général de droit », *R.C.J.B.*, 1983, p. 274).

306. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 194.

307. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 786.

308. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 184 ; M. COIPEL, « À propos des conséquences d'une décision prise de façon irrégulière par le conseil d'administration d'une SA », obs. sous Cass., 26 janvier 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 79.

309. D. WILLERMAIN, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », *in Actualités en droit des sociétés*, *op. cit.*, p. 95.

peuvent s'en prévaloir »[310]. On rappellera ici qu'en cas d'excès de pouvoir ou de toute autre cause de représentation irrégulière, la société est en principe libre de ratifier ou non l'acte posé[311]. Le tiers ne peut en principe remettre l'acte en cause avant l'expiration du délai prévu pour la ratification[312]. Ainsi dans le cas d'une vente, ceux qui l'ont conclue avec la société ne peuvent invoquer l'irrégularité pour se dégager de l'acte, lorsque la société a ratifié l'acte en question[313].

108. Illustration : l'arrêt *Fortis* – Dans l'affaire *Fortis*[314], la cour d'appel de Bruxelles a fait référence, parmi beaucoup d'autres considérations, au vice de consentement susceptible d'avoir affecté les décisions du conseil d'administration. La Cour relève ainsi « il découle également des constatations de la cour reprises dans l'exposé des faits que les membres des conseils d'administration considéraient subir des pressions inacceptables de la part des autorités publiques, être contraints de décider ce qu'ils ne voulaient en réalité pas et manquer d'éléments factuels essentiels pour se forger une opinion raisonnablement étayée. Selon leurs propres déclarations, la volonté de tiers semble avoir été prépondérante »[315]. La Cour en conclut : « Il ne semble donc pas exclu, prima facie, que les décisions des 3, 5 et 6 octobre et les actes qui ont été accomplis en exécution de celles-ci, sont affectés d'un vice de consentement ».

Prenant par ailleurs en considération les autres irrégularités attribuées aux décisions litigieuses, la Cour a considéré que « les actionnaires étaient susceptibles d'en obtenir l'annulation en vertu des articles 64 et 179 du Code des sociétés, qui s'appliquent par analogie aux décisions du conseil d'administration, notamment en raison d'un excès de pouvoir »[316].

Ce raisonnement nous semble poser question. Comme le souligne Y. De Cordt, le Code des sociétés n'envisage pas expressément la possibilité pour les actionnaires d'introduire une action en annulation contre les décisions des

310. M. COIPEL, « À propos des conséquences d'une décision prise de façon irrégulière par le conseil d'administration d'une SA », obs. sous Cass., 26 janvier 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 80. On notera que la décision en question concernait une décision unilatérale de licenciement, par une société, de délégués du personnel. Voy. aussi *infra* n° 110.

311. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 81.

312. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1, 1re éd., *op. cit.*, p. 415 (à propos des droits des tiers en cas de nullité des actes d'administration). Voy. aussi les modalités d'application de la ratification et la délicate question de la réserve des droits acquis par des tiers dans l'intervalle : S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 81 ; P.A. FORIERS et JAFFERALI, « Le mandat (1991 à 2004) », *Actualités de quelques contrats spéciaux*, *op. cit.*, p. 96.

313. J. VAN RYN, *Principes de droit commercial*, t. 1, 1re éd., *op. cit.*, p. 415.

314. Voy. aussi *infra* n° 111.

315. Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, pp. 62 et s. (point n° 73).

316. Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, pp. 62 et s. (point n° 75).

organes d'administration, de gestion et de représentation[317]. Si, comme on l'a vu, l'article 64 du Code des sociétés peut être appliqué aux décisions du conseil d'administration, il faut que le demandeur en nullité soit un « tiers intéressé » au sens de l'article 178 du Code des sociétés (et notamment que la règle dont il prétend qu'elle a été violée soit destinée à le protéger)[318]. On peut donc se demander si des actionnaires individuels peuvent se prévaloir d'un vice de consentement dans le chef des administrateurs lors de la conclusion d'un contrat.

Il nous semble que la violence évoquée par la cour d'appel aurait en réalité été suceptible de jouer un rôle à différents niveaux.

Celle-ci aurait pu être invoquée par la société elle-même, dans le cadre d'une demande en annulation des conventions pour vice de consentement. En effet, si en vertu des principes d'imputabilité des facteurs subjectifs, on arrive à la conclusion que le consentement lui-même de la société est vicié, celle-ci peut demander la nullité de la vente conclue conformément au droit commun.

D'autre part, la violence aurait pu être invoquée par les administrateurs individuels eux-mêmes, qui en ont été victimes, pour demander l'annulation des décisions prises par le conseil d'administration, en appliquant par analogie les articles 64 et 178 du Code des sociétés (« tout autre excès de pouvoir »). Comme nous l'avons vu, une telle annulation ne peut, en règle, avoir d'effets que dans l'ordre interne lorsque la décision a déjà été mise en oeuvre dans l'ordre externe. Elle pourrait toutefois se justifier pour empêcher que de nouveaux engagements soient pris sur la base de la même délibération.

B. Vente par une société et excès de pouvoirs internes

109. Position de la question – Il est fréquent en pratique que des opérations de ventes ou d'acquisition d'actifs fassent l'objet de restrictions aux pouvoirs du conseil d'administration au profit d'une procédure d'autorisation par l'assemblée générale. Compte tenu des régles énoncées ci-avant, une vente accomplie par les administrateurs malgré de telles restrictions internes liera en principe la société vis-à-vis des tiers.

Pourrait-on néanmoins soutenir que le consentement de la société n'a pas valablement été donné (et donc poursuivre la nullité de la vente sur cette base) en l'absence d'autorisation préalable de l'assemblée générale ? La réponse nous paraît négative. En effet, à partir du moment où les administrateurs concluent la vente sur la base de leur pouvoir de représentation, la

317. Y. De Cordt, « Les enjeux de l'affaire Fortis », *R.P.S.*, 2009, p. 353.
318. D. Willermain, « L'annulation et la suspension des décisions des organes des sociétés », *in Actualités en droit des sociétés, op. cit.*, p. 95.

question du vote préalable de l'assemblée générale relève de l'ordre interne. L'existence d'un consentement valable devra dans cette hypothèse s'apprécier dans le chef des administrateurs. L'absence d'autorisation préalable de l'assemblée générale pourra donner lieu à des responsabilités internes à la société mais ne permet pas de considérer qu'il n'y a pas eu de consentement dans son chef. L'organe de représentation engage la société « sans devoir être couvert » par une décision prise par l'organe de gestion compétent sur le plan interne[319].

110. Jurisprudence de la Cour de cassation – Dans un arrêt du 26 janvier 2009, la Cour de cassation fait application des principes énoncés ci-dessus : « La circonstance qu'une décision soit arrêtée par le conseil d'administration d'une société alors qu'il n'est pas régulièrement composé n'a pas pour effet que cette décision, fût-elle de nature à être annulée, n'engagerait pas la société que représente ce collège »[320]. La Cour de cassation confirme ainsi que lorsqu'une décision prise par un organe légal de gestion n'est pas régulière, les tiers ne peuvent prétendre que la décision n'est pas imputable à la société dès l'instant où celle-ci a été valablement représentée[321].

111. L'affaire *Fortis* – La question de l'effet d'une clause limitant les compétences du conseil d'administration en matière de vente d'actifs peut être illustrée par les décisions rendues dans le cadre de l'affaire Fortis[322].

Dans cette affaire, certains actionnaires de Fortis avaient tenté de faire annuler les cessions d'actifs significatifs de Fortis décidées par le conseil d'administration notamment sur la base du fait que la charte de gouvernance d'entreprise (le Fortis Governance Statement) conférait à l'assemblée générale le pouvoir d'approuver « les décisions d'une portée telle qu'elles affectent l'identité de la société, notamment le transfert à un tiers d'une partie importante de l'entreprise ou de l'une de ses filiales, désengageant Fortis de ses activités de banque ou d'assurance ; l'acquisition ou la cession par Fortis ou l'une de ses filiales, d'une participation dans le capital d'une société modifiant de plus de 33% le montant des capitaux propres au sens strict de Fortis publié dans ses derniers comptes annuels »[323]. Cette clause constituait donc une limitation aux pouvoirs de gestion du conseil d'administration.

319. S. Hirsch, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés, op. cit.*, p. 81.
320. Cass., 26 janvier 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 71, note M. Coipel.
321. M. Coipel, « À propos des conséquences d'une décision prise de façon irrégulière par le conseil d'administration d'une SA », obs. sous Cass., 26 janvier 2009, *J.D.S.C.*, 2010, p. 80 ; K. Geens, M. Wyckaert *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – vennootschappen 1999-2010 », *T.P.R.*, 2012, p. 261.
322. Pour une description plus détaillée de cette affaire, voy. K. Geens, M. Wyckaert *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – vennootschappen 1999-2010 », *T.P.R.*, 2012, pp. 271 et s. ; Brüls, "L'intérêt social" de Fortis ? Une histoire à suivre », *J.L.M.B.*, 2009, pp. 408 et s.
323. Article II.3.2 du Fortis Governance Statement.

Le Fortis Governance Statement avait reçu une consécration statutaire puisque l'article 14, a. des statuts de la société disposait que « le conseil d'administration délibérera et décidera en accord avec les règles définies par le Fortis Governance Statement modifié de temps à autre ».

Dans son ordonnance du 18 novembre 2008, Mme le président du tribunal de commerce de Bruxelles avait rappelé la portée limitée d'une éventuelle intégration statutaire du Fortis Governance Statement, au regard de l'article 522, §1er, du Code des sociétés : « que le dépassement tel qu'invoqué par les demandeurs de ses pouvoirs par le conseil d'administration de Fortis n'ayant un effet que purement interne à la société, seul l'engagement de la responsabilité du conseil d'administration vis-à-vis de la société devrait le cas échéant être invoqué »[324].

L'arrêt rendu par la cour d'appel de Bruxelles le 12 décembre 2008[325] retient une solution différente, dont la motivation est, selon la doctrine, difficile à cerner[326]. En effet, l'arrêt a retenu la violation des statuts et du Fortis Governance Statement parmi les causes de suspension des décisions prises par le conseil d'administration, alors même que l'arrêt avait rappelé à titre liminaire l'effet purement interne d'une clause statutaire de restriction de pouvoirs[327]. La Cour a décidé que le juge pouvait estimer que la décision de cession des actifs était *prima facie* entachée d'illégalité et qu'il pouvait, en conséquence, en ordonner la suspension et enjoindre la société à convoquer une assemblée générale pour qu'elle se prononce sur cette cession[328].

Comme le souligne C. Brüls, on peut se demander s'il convenait de suspendre les décisions litigieuses du conseil d'administration et d'ordonner la tenue d'une assemblée générale afin de procéder au vote sur une approbation, *a posteriori*, des décisions prises par le conseil d'administration. En effet, à l'évidence, les tiers concernés par ces décisions, dont BNP Paribas, ne pouvaient pas savoir qu'en vertu du Fortis Governance Statement, une approbation de l'assemblée générale était requise[329]. Dès lors, ces restrictions ne leur étaient en principe pas opposables[330].

324. Comm. Bruxelles (réf.) 18 novembre 2008, *J.T.*, 2008, p. 703.
325. Bruxelles, 12 décembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 62.
326. A. AUTENNE et R. AYDOGDU, « La transparence dans la loi du 6 avril 2010 visant à renforcer le gouvernement d'entreprise », *Dr. Banc. Fin.*, 2010, p. 170.
327. A. AUTENNE et R. AYDOGDU, « La transparence dans la loi du 6 avril 2010 visant à renforcer le gouvernement d'entreprise », *Dr. Banc. Fin.*, 2010, p. 170.
328. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 623.
329. C. BRÜLS, « L'"intérêt social" de Fortis ? Une histoire à suivre », *J.L.M.B.*, 2009, p. 422.
330. Notons que la Cour de cassation a cassé la décision de la cour d'appel par un arrêt du 19 février 2010 (Cass., 19 février 2010, *J.T.*, 2010, p. 140) au motif que « par aucune considération, l'arrêt ne répond à cette défense circonstanciée par laquelle la demanderesse soutenait que l'ensemble des demandes des défendeurs était, à défaut d'urgence, dépourvu de fondement en raison de la mise en péril de l'intérêt général ».

C. Ventes soumises à certaines procédures particulières en vertu du Code des sociétés

1) *Conflits d'intérêts*

112. Principe – Le Code des sociétés contient certaines dispositions applicables en cas de conflit d'intérêt dans le chef d'un membre d'un organe de gestion, c'est-à-dire lorsque ce membre a, « directement ou indirectement, un intérêt opposé de nature patrimoniale à une décision ou à une opération soumise au collège de gestion »[331]. La vente conclue entre la société et l'un de ses administrateurs (ou un membre de la famille de ce dernier) est un exemple type de conflit d'intérêt. La règle fait clairement écho au devoir de loyauté du mandataire, en particulier à l'interdiction faite au mandataire de se porter contrepartie, tel qu'on la connait en droit commun[332].

La situation de conflit d'intérêt ne fait toutefois pas obstacle à la conclusion de la vente pour autant que les procédures prévues aux articles 259, 523 et 524*ter* du Code des sociétés soient respectées[333].

113. Sanction – En cas de violation de la procédure prévue en matière de conflit d'intérêt, la vente peut-elle être remise en question même si la société est par ailleurs régulièrement représentée au niveau externe au moment de sa conclusion ?

Les articles 259, 523, 524 et 524*ter* du Code des sociétés prévoient que la société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues aux articles en question, si l'autre partie à ces décisions ou opérations avait ou devait avoir connaissance de cette violation (ce qui sera, par hypothèse, le cas de l'administrateur qui conclurait une vente avec la société). On retrouve ici la règle de la distinction entre gestion interne et représentation externe. Les questions de gestion interne n'intéressent pas les tiers, pour autant que ceux-ci ignorent légitimement la règle interne transgressée.

331. Articles 259, 523 et 524*ter* du Code des sociétés. L'article 524 du Code des sociétés prévoit quant à lui une procédure particulière applicable aux conflits d'intérêts intragroupe au sein de sociétés cotées.
332. Voy. *supra* n° 13.
333. Voy. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, pp. 633 et s. ; B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 617.

2) *Assistance financière*

114. Principe – L'article 629 du Code des sociétés, tel que modifié par l'arrêté royal du 8 octobre 2008[334], prévoit une procédure très stricte à respecter par les sociétés anonymes, qui souhaitent avancer des fonds, consentir des prêts ou donner des sûretés en vue de l'acquisition de leurs actions ou de leurs parts bénéficiaires par un tiers, sous réserve de quelques exceptions limitatives[335]. Ce régime interne s'applique souvent lorsqu'une société entend procéder à une acquisition au moyen d'un financement interne. On peut donc s'interroger sur l'incidence, à l'égard des tiers, de l'irrégularité d'une vente conclue au mépris de ces dispositions.

115. Sanction – La doctrine estime que le non-respect de l'article 629 du Code des sociétés est sanctionné, au niveau civil, par la nullité de l'opération illicite[336].

Selon la majorité des auteurs, la nullité se justifie par le fait que l'article 629 du Code des sociétés est d'ordre public (s'agissant d'une disposition tendant au maintien du capital). L'acquisition opérée en violation de cet article serait ainsi entachée d'une cause illicite, et donc nulle[337]. S'agissant d'une nullité absolue[338] et dans la mesure où la loi ne prévoit aucune atténuation au profit des tiers de bonne foi (comme c'est le cas en matière de conflit d'intérêt), ces derniers devraient subir toutes les conséquences de la dissolution du contrat[339] [340].

334. Arrêté royal modifiant le Code des sociétés conformément à la Directive 2006/68/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 septembre 2006 modifiant la Directive 77/91/CEE du Conseil en ce qui concerne la constitution d'une société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital, *M.B.*, 30 octobre 2008.

335. A. COIBION et G. DE PIERPONT, « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *in Droit des sociétés, Millésime 2011*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 38.

336. K. TROCH, *Ondernemingsfinanciering bij de overname van vennootschappen*, Gand, Larcier, 2011, p. 93 ; A. COIBION et G. DE PIERPONT, « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *in Droit des sociétés, Millésime 2011*, *op. cit.*, p. 48 ; J.-P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, « Juridische aspecten van de (Leveraged) Management Buy-Out », *T.B.H.*, 1989, pp. 127-128.

337. P. VAN OMMESLAGHE, « Le maintien du capital des sociétés anonymes », *Ann. Fac. Dr. UCL*, 1985, p. 172 ; J.-P. BLUMBERG et R. NIEUWDORP, « Juridische aspecten van de (Leveraged) Management Buy-Out », *T.B.H.*, 1989, pp. 127-128.

338. Comm. Charleroi, 29 août 2002, *D.A.O.R.*, 2002, p. 433 ; Liège, 2 avril 2009, *T.B.H.*, 2009, p. 965 ; Bruxelles, 4 septembre 2007, *T.R.V.*, 2008, p. 304 ; Comm. Ypres, 3 juin 2002, *T. Fin. R.*, 2005.

339. K. TROCH, Ondernemingsfinanciering bij de overname van vennootschappen, *op. cit.*, p. 95.

340. La mise en œuvre de la sanction de la nullité suscite cependant certaines questions suite au nouveau régime introduit par l'arrêté royal du 8 octobre 2008 et l'introduction d'une procédure à respecter en matière d'assistance financière (en lieu et place d'une interdiction de principe, assortie d'exceptions). Bien que le nouveau régime n'ait pas apporté de modification sur ce point, il est permis de se demander si toute entorse à n'importe laquelle des multiples conditions énoncées à l'article 629 du Code des sociétés, doit donner lieu à la nullité de l'opération (A. COIBION et G. DE PIERPONT, « Assistance financière, rachat d'actions propres et apports en nature : assouplissement nécessaire ou coup d'épée dans l'eau ? », *in Droit des sociétés, Millésime 2011*, *op. cit.*, p. 48 ; J. RICHELLE et E. JANSSENS, « Financiële bijstand : van principiële verbod tot voorwaardelijke toelating », *Dr. Banc. Fin.*, 2009, p. 124.)

3) *Vente de l'entièreté des actifs de la société*

116. Position de la question – Il existe certaines discussions sur la question de savoir quel organe est compétent pour décider de la vente de l'intégralité du patrimoine de la société[341]. Dans un jugement du 5 octobre 1992, le tribunal de première instance de Malines a considéré qu'une telle décision relevait de la compétence de l'assemblée générale, dans la mesure où la vente de l'entièreté du patrimoine de la société entraine la dissolution virtuelle de celle-ci[342].

117. Pas d'exception à la compétence générale de l'organe de gestion – Cependant, comme le rappellent à juste titre certains auteurs, la vente par une société de son patrimoine immobilier ne mène pas automatiquement à sa dissolution virtuelle. Rien n'empêche que la société loue les locaux nécessaires à son exploitation ou à l'exercice de ses activités[343]. Par conséquent et en l'absence de réglementation légale spécifique à cet égard, la compétence générale de gestion du conseil d'administration reste d'application[344].

De manière plus générale, le conseil d'administration peut donc vendre tout ou partie des actifs de la société, sans que cela soit assimilé à une dissolution virtuelle nécessitant l'accord de l'assemblée générale[345]. De même, la décision de vendre le fonds de commerce d'une société peut valablement être prise par son conseil d'administration[346].

Dans un jugement du 24 mai 2000, le tribunal de commerce de Mons a suivi cette approche, en décidant que « La vente par le conseil d'administration d'environ six septièmes des actifs immobiliers d'une société excède manifestement la gestion courante. Une telle opération ne peut cependant

341. D. MEULEMANS, « De beslissingsbevoegdheid binnen de vennootschap », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 57.

342. Civ. Malines, 5 octobre 1992, *R.W.*, 1995-96, p. 884.

343. D. MEULEMANS, « De beslissingsbevoegdheid binnen de vennootschap », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 57.

344. C. BRÜLS, « L'"intérêt social" de Fortis ? Une histoire à suivre », *J.L.M.B.*, 2009, p. 421 ; Y. DE CORDT, « Les enjeux de l'affaire Fortis », *R.P.S.*, 2009, p. 357 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 622.

345. C. CLOTTENS, note sous Anvers, 2 mars 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 197-198 ; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 622.

346. Y. DE CORDT, « Les enjeux de l'affaire Fortis », *R.P.S.*, 2009, p. 357.

pas être assimilée à la dissolution pure et simple de la société et relève dès lors de la sphère de compétence du conseil d'administration »[347].

D. Vente par une société et mandat apparent

118. Principe – On a vu que le Code des sociétés contient un certain nombre de règles, découlant de la distinction entre pouvoir interne et pouvoir externe, qui protègent les tiers en cas de dépassement de pouvoirs des organes de représentation de certaines sociétés et dispensent ainsi les tiers d'obligations d'investigation (par exemple, lorsque l'absence de pouvoir résulte de limitations statutaires ou de la répartition des compétences entre les administrateurs, ou d'un dépassement de l'objet social).

En dehors de l'application de ces règles, la société anonyme, la société privée à responsabilité limitée et la société en commandite par actions ne seront en principe, pas engagées par les actes des mandataires ou organes qui excèdent leurs pouvoirs. Les tiers peuvent cependant espérer la ratification par l'organe compétent de l'acte accompli sans pouvoir ou avoir recours au mécanisme du mandat apparent, lorsque les conditions de celui-ci sont remplies[348], à savoir (i) l'existence d'une situation apparente qui est contraire à la réalité ; (ii) la croyance légitime du tiers ; (iii) l'imputabilité du comportement à la société et ; (iv) l'existence d'un préjudice dans le chef du tiers au cas où la situation apparente se verrait privée de tout effet[349]. Rappelons que le recours au mandat apparent n'est en principe qu'une faculté pour le tiers contractant qui peut choisir, au contraire, de se considérer comme délié des obligations qu'il avait souscrites envers la société pseudo-mandataire[350].

119. Croyance légitime du tiers et système légal de publication – Il est intéressant de s'interroger sur l'une des conditions du mandat apparent que constitue l'erreur légitime ou la croyance légitime du tiers, et sur la spécificité de cette condition, appliquée en matière de représentation des sociétés.

Le tiers qui conclut une vente avec une société peut et, en principe, doit vérifier si la personne qui agit est un organe légal et est légalement habilitée

347. Comm. Mons, 24 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 837 ; K. GEENS, M. WYCKAERT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – vennootschappen 1999-2010 », *T.P.R.*, 2012, p. 156.
348. G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes », *R.P.S.*, 2001, p. 324 ; X. DIEUX et P. VAN OMMESLAGHE, « Les sociétés commerciales. Examen de jurisprudence », *R.C.J.B.*, 1992, p. 652.
349. B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, pp. 718 et s. Voy. aussi *supra* n^os^ 48 et s.
350. Bruxelles, 17 février 1982, *J.T.*, 1982, p. 513, cité par G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes », *R.P.S.*, 2001, p. 324.

à représenter la société[351]. Cette qualité sera vérifiée par le tiers sur la base des publications parues aux Annexes du *Moniteur belge* relatives à la société concernée[352].

120. (suite) Le système légal de publication – obstacle à la confiance légitime ? – Quelles sont alors les conséquences si un tiers agit avec des personnes qui se présentent comme étant les administrateurs d'une société, alors que suivant les publications au *Moniteur belge*, tel n'est pas le cas ? Une partie de la doctrine considère qu'un tiers, dans ces circonstances, peut rarement invoquer qu'il a pu croire légitimement en une situation apparente imputable au pseudo-mandataire, étant donné que nul n'est censé ignorer la loi et vu le système légal de publication[353]. C'est pourquoi, « les conditions d'application du mandat apparent sont sans doute plus difficiles à établir dans les cas où la société est représentée par un organe que lorsqu'elle agit par un mandataire spécial »[354].

La jurisprudence et la doctrine françaises adoptent elles aussi cette position[355].

121. (suite) Appréciation *in concreto* – Selon la formule employée par W. Derycke, « la faveur de la théorie de l'apparence, car c'est bien une faveur, ne doit pas dégénérer en un antidote à la crédulité et à la nonchalance »[356].

351. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, t. XII, 2.1, *op. cit.*, p. 222 ; S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 92.
352. J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 100.
353. F. PARREIN, « De tweehandtekeningsclausule in een n.v., de stilzwijgende aanvaarding van een factuur en de schijnvertegenwoordiging », note sous Gand, 10 mars 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 231 ; B. TILLEMAN, *Bestuur van vennootschappen*, *op. cit.*, p. 723 ; B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 726.
354. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 119.
355. Cass. fr., 4 mai 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 727 ; P. LE CANNU, « Qu'importe l'apparence si l'on a le registre », note sous Cass. fr., 4 mai 1993, *Bull. Joly*, 1993, p. 728. Selon une doctrine française, « la théorie du mandat apparent ne peut s'appliquer que si le cocontractant a été victime d'une erreur légitime. Or en l'espèce, le tiers a commis une erreur de droit, qui n'est pas a priori légitime puisque nul n'est censé ignorer la loi » (Y. GUYON, « Le créancier garanti ne peut pas provoquer la théorie du mandat apparent pour pallier le défaut de pouvoir du président qui a donné la caution de la société sans autorisation du conseil d'administration », note sous Cass. fr., 24 février 1987, *Rev. soc.*, 1987, p. 409, cité par F. PARREIN, « De tweehandtekeningsclausule in een n.v., de stilzwijgende aanvaarding van een factuur en de schijnvertegenwoordiging », note sous Gand, 10 mars 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 231).
356. W. DERIJCKE, « Mandat apparent et non-protestation de facture, ou quand Mithridate chambre les panacées », *R.P.S.*, 1999, p. 260, cité par F. PARREIN, « De tweehandtekeningsclausule in een n.v., de stilzwijgende aanvaarding van een factuur en de schijnvertegenwoordiging », note sous Gand, 10 mars 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 231.

À l'inverse, on peut se demander s'il est raisonnable d'« exiger qu'une personne demande les statuts d'une société employant son interlocuteur et l'extrait publié au *Moniteur belge*, lorsque l'interlocuteur se présente comme l'organe de représentation de la société »[357].

La possibilité d'invoquer le mandat apparent serait en définitive fonction des circonstances, ces dernières pouvant justifier, dans certains cas, que le tiers ne consulte pas les publications parues au *Moniteur belge*[358]. Parmi ces éléments, on peut citer la nature de l'acte (par exemple une vente immobilière), sa gravité ou son urgence. De même, les conditions anormales de l'acte devraient amener le tiers à prendre des précautions avant de s'engager[359].

Les données personnelles du tiers, telles que sa conduite, ses attitudes, ses qualités ou ses aptitudes seront également un élément d'appréciation de la légitimité de son comportement ou de son ignorance[360].

La jurisprudence illustre ainsi la diversité des solutions qui peuvent être retenues en fonction des circonstances propres à chaque espèce.

Dans un arrêt du 10 mars 2008[361], la cour d'appel de Gand a décidé que le tiers pouvait se prévaloir, sur la base du mandat apparent, d'une convention signée par un seul administrateur d'une société, malgré l'existence d'une clause de double signature publiée au *Moniteur belge*, étant donné que deux administrateurs étaient présents lors des réunions. Ces réunions étaient de plus organisées dans le bureau de l'administrateur-délégué.

Dans un arrêt du 18 février 1999, la cour d'appel de Bruxelles a décidé qu'il n'y avait pas de mandat apparent lorsque le pseudo-mandataire et le tiers contractant se connaissaient personnellement et que rien n'accréditait l'idée que le pseudo-mandataire assumait des fonctions dirigeantes au sein de la société pseudo-mandante. La prudence élémentaire commandait alors au tiers cocontractant de demander au pseudo-mandataire de justifier ses pouvoirs. Il en allait d'autant plus ainsi que l'opération concernée était d'une certaine importance[362].

357. G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes », *R.P.S.*, 2001, p. 343.
358. F. PARREIN, « De tweehandtekeningsclausule in een n.v., de stilzwijgende aanvaarding van een factuur en de schijnvertegenwoordiging », note sous Gand, 10 mars 2008, *R.D.C.*, 2008, p. 231 ; K. GEENS, M. WYCKAERT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – vennootschappen 1999-2010 », *T.P.R.*, 2012, p. 161.
359. G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes », *R.P.S.*, 2001, p. 341.
360. G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation les sociétés anonymes », *R.P.S.*, 2001, p. 343.
361. Gand, 10 mars 2008, *J.D.S.C.*, 2009, p. 152 ; *R.D.C.*, 2008, p. 221 et note F. PARREIN.
362. Bruxelles, 18 février 1999, *R.P.S.*, 1999, p. 243. Voy. aussi Bruxelles, 10 mai 1999, *R.P.S.*, 2000, p. 245.

Dans un arrêt du 7 novembre 1999, la cour d'appel de Bruxelles a décidé qu'une banque ne pouvait se prévaloir d'un mandat apparent à l'égard d'une société alors qu'elle connaissait les agissements troubles des pseudo-mandataires et ne s'était fait remettre aucune pièce justificative élémentaire[363].

En revanche, dans un arrêt ultérieur[364], la cour d'appel de Bruxelles a accepté la théorie du mandat apparent, invoquée par une société d'assurance, quant à la validité de la signature, par un seul administrateur, d'un avenant à une police d'assurance, alors qu'il existait une clause de double signature. La cour a pris en considération la circonstance que la police initiale avait déjà été signée par un seul administrateur, et que la société l'avait exécutée sans remarque ni réserve. Dès lors, il n'appartenait pas à la société d'assurance de redemander les statuts dans le cadre des négociations de l'avenant à cette police initiale. La cour a estimé que tant l'élément d'imputabilité que l'erreur légitime étaient établis et que la société était donc liée sur la base d'une représentation apparente[365].

122. Imputabilité de l'apparence à la société – Une autre condition du mandat apparent est l'imputabilité à la société de la situation apparente[366].

Cette condition est parfois liée à celle de la croyance légitime. Dans un jugement du 15 décembre 2006, le tribunal de commerce de Bruxelles, a d'abord considéré que la condition de croyance légitime était remplie dans le chef du tiers, dans la mesure où les commandes avaient été effectuées, par un technicien à l'insu d'une société, sur du papier à en-tête, au moyen de documents de l'entreprise portant la mention « ceci vaut BON DE COMMANDE ». Le tribunal semble ensuite imputer cette apparence à la société, puisqu'il ajoute expressément que celle-ci « n'a qu'à s'en prendre à elle-même d'avoir autorisé son personnel non mandaté à faire usage de documents émanant d'elle qui portent la mention "ceci vaut BON DE COMMANDE" »[367].

363. Bruxelles, 7 novembre 1999, *R.P.S.*, 1999, p. 353.
364. Bruxelles, 28 septembre 2007, *R.D.C.*, 2008, p. 784.
365. S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 119.
366. À ce sujet, voy. G. COLLARD, « De la notion d'imputabilité et de légitimité en matière d'apparence de pouvoir de représentation des sociétés anonymes », *R.P.S.*, 2001, p. 331 ; M. GRÉGOIRE et M. VON KUEGELGEN, « Le mandat – aspects controversés », *in Les contrats spéciaux*, Formation permanente CUP, vol. XXXIV, 1999, p. 195 ; B. TILLEMAN *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – Bijzondere overeenkomsten : tussenpersonen (1999-2009) », *T.P.R.*, 2010, p. 735.
367. Comm. Bruxelles, 15 décembre 2006, *R.G.D.C.*, 2007, p. 641, cité par S. HIRSCH, « Le pouvoir de représentation et la preuve », *in Preuve et information dans la vie des sociétés*, *op. cit.*, p. 121.

IV.2. Vente conclue au nom d'une société en formation

IV.2.1. Notion générale et caractéristiques

123. Définition légale – Selon l'article 60 du Code des sociétés : « À défaut de convention contraire, ceux qui, au nom d'une société en formation, et avant l'acquisition par celle-ci de la personnalité juridique, ont pris un engagement à quelque titre que ce soit, en sont personnellement et solidairement responsables, sauf si la société a déposé l'extrait visé à l'article 68 dans les deux ans de la naissance de l'engagement et si ces engagements sont repris par elle dans les deux mois suivant le dépôt précité. Dans ce dernier cas, l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine »[368].

Cet article, qui prévoit que certaines personnes peuvent agir « au nom d'une société en formation », n'est pas une hypothèse de représentation à proprement parler, mais il s'y apparente[369].

124. Distinction avec la déclaration de command – Certains auteurs comparent cette figure juridique avec le mécanisme de la vente avec déclaration de command[370] : lorsque l'acte est repris par la société, le « promoteur » est réputé ne jamais avoir contracté. Comme l'acheteur commandé, il disparaît du rapport juridique et n'a plus aucune responsabilité ni envers le cocontractant ni envers la société « qu'il a représenté et directement engagé »[371].

S'il existe certaines similitudes, il faut cependant bien distinguer les deux mécanismes. La vente avec déclaration de command est celle qui réserve à l'acheteur la faculté de se substituer comme acheteur véritable (command) une autre personne à désigner par lui et à l'égard de laquelle seule le contrat produira ses effets[372]. La déclaration de command implique donc un certain choix qui est expressément réservé à l'acheteur quant à l'identité du véritable acheteur final. En revanche, dans le cas de l'achat par une société en formation, l'identité de l'acheteur final est connue dès le départ. Même si la société en formation reste finalement libre de reprendre ou non l'engagement

368. Pour une étude approfondie du mécanisme, voy. S. GILCART, *La société en formation. Une étude du mécanisme sui generis de l'article 60 du Code des sociétés*, Bruxelles, Kluwer, 2004.
369. Le mécanisme est d'ailleurs considéré par certains comme une forme de représentation imparfaite (J. RONSE, *De vennootschapswetgeving*, Gand, Story-Scienta, 1973, p. 56 et R. TAS, *Comm. V. en V.*, Antwerpen, Kluwer, 2002, 60-7, n° 6, cités par J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 95).
370. Sur cette notion, voy. *supra* n° 71.
371. J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 95.
372. B. KOHL, *La vente immobilière, chronique de jurisprudence 1990-2010*, *op. cit.*, p. 376 ; P.A. FORIERS et F. GLANSDORFF, *Contrats spéciaux*, T.1, Bruxelles, P.U.B., 2000, p. 199.

dès qu'elle est constituée, le « promoteur », à la différence de l'acheteur « commandé », n'a aucune liberté à ce sujet.

Dans un jugement du 11 janvier 2006, le tribunal de première instance de Bruxelles a considéré que lorsque des acheteurs déclaraient acheter « pour eux-mêmes ou leur conjoint ou pour une société à constituer », il ne s'agissait pas d'un achat au nom d'une société en formation, mais bien d'une vente avec déclaration de command. Le tribunal a en effet estimé que certes l'identité de celui (ou ceux) qui serai(en)t le(s) véritable(s) acheteur(s) n'était pas totalement inconnue au moment de la signature du compromis, vu l'énumération limitative, mais qu'une incertitude demeurait, puisque selon les termes du compromis de vente, l'achat de l'immeuble par une société en formation ne constituait qu'une seule des possibilités laissées ouvertes, ce qui permettait de considérer que la vente contenait une déclaration de command[373].

125. Distinction avec le porte-fort – La jurisprudence qualifie parfois le mécanisme de l'article 60 du Code des sociétés d'engagement de porte-fort[374].

Dans un arrêt du 18 avril 2006, la cour d'appel d'Anvers décide ainsi : « La personne qui prend un engagement pour une société en formation se porte fort. Cela implique qu'une personne déterminée se porte fort que la société reprendra l'engagement dans un délai déterminé et qu'elle s'engage à honorer personnellement cet engagement si la société ne procède pas à la reprise de cet engagement dans les délais.

Si la société ne reprend pas ou reprend tardivement l'engagement, la personne qui s'est portée fort en cas d'achat d'un immeuble est tenue au paiement du droit d'enregistrement proportionnel et elle en est responsable.

En aucun cas il ne peut être question, en cas de reprise tardive d'un engagement, d'une double vente qui (en cas de vente d'un immeuble) donnerait lieu à une double perception des droits d'enregistrement »[375].

Il y a cependant lieu de distinguer clairement les deux figures juridiques, notamment au motif que la promesse de porte-fort ne fait naître qu'une obligation de faire dans le chef du promettant, qui se résout en dommages-intérêts[376]. C'est ce que rappelle un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 11 février 2002 dans les termes suivants : « La différence majeure entre la promesse de porte-fort de l'article 1120 du Code civil et l'engagement pris par le promoteur au nom d'une société en formation, au sens de l'article 13*bis* L.C.S.C. (art. 60, C. soc.) est que dans la première hypothèse, l'obligation se limite à obtenir l'assentiment du tiers, sous peine de dommages et intérêts,

373. Civ. Bruxelles, 11 janvier 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2006, p. 323, note A. CULOT ; B. KOHL, *La vente immobilière, chronique de jurisprudence 1990-2010*, *op. cit.*, p. 379.
374. J.P. Westerlo, 3 novembre 2000, *A.J.T.*, 2001-02, p. 511.
375. Anvers, 18 avril 2006, *Rec. gén. enr. not.*, 2006, p. 318
376. P.A. FORIERS et F. GLANSDORFF, *Contrats spéciaux*, T. 1, *op. cit.*, p. 206.

tandis que, dans le second cas, le promoteur est responsable personnellement de la mise en oeuvre de toutes les dispositions de la convention »[377].

126. (suite) Le porte-fort combiné à l'article 60 du Code des sociétés – La promesse de porte-fort peut cependant s'avérer utile, lorsque, insérée dans une clause du contrat liant le promoteur au tiers, elle permet tantôt d'*atténuer* la rigueur du mécanisme légal, au bénéfice du promoteur, tantôt, au contraire, d'en *renforcer* les effets en faveur du tiers[378] : *l'atténuer* s'il est stipulé dans la convention de vente que, par dérogation à la règle de responsabilité de l'article 60 du Code des sociétés, le promoteur/acheteur d'un immeuble ne s'engage que comme le ferait un porte-fort, au sens de l'article 1120 du Code civil[379] ; *la renforcer* si le promoteur, même en cas de ratification et reprise des engagements par la société après sa constitution, se porte fort de la bonne exécution par la société des engagements pris en son nom[380] (par exemple en ce qui concerne les obligations de paiement si des délais de paiement du prix ont été consentis par le vendeur).

127. (suite) Le porte-fort combiné à l'article 60 du Code des sociétés – Interprétation – La jurisprudence confirme que l'article 60 du Code des sociétés est applicable, même si les promoteurs agissant au nom de la société en formation, ont simultanément déclaré s'en porter fort[381].

Cependant de telles clauses peuvent poser des problèmes d'interprétation. L'arrêt précité du 11 février 2002 de la cour d'appel de Bruxelles concernait précisément une affaire où les acheteurs avaient déclaré se porter fort pour la future société dans le cadre d'une vente immobilière[382]. Après avoir rappelé la différence essentielle entre le mécanisme du porte-fort et l'article 60 du Code des sociétés, la Cour a estimé que la clause invoquée posait un problème d'interprétation. Selon la Cour, lorsqu'une personne se porte fort pour une société en formation, cette clause *peut* s'interpréter comme une convention contraire dérogatoire au mécanisme de l'article 60 du Code des sociétés. Par une telle clause, il *se peut* que le promoteur ne s'engage qu'en qualité de simple porte-fort et ne soit redevable, à défaut de ratification par la société, que d'un dédommagement envers son cocontractant. La Cour a dès lors invité les parties à préciser quelles étaient leurs intentions au moment de l'engagement. Elle estime en effet « qu'il apparaît de ce qui précède qu'en

377. Bruxelles, 11 février 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 51, note S. GILCART.
378. S. GILCART, note sous Bruxelles, 11 février 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 51.
379. S. GILCART, note sous Bruxelles, 11 février 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 51 ; M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, , T. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 161.
380. S. GILCART, note sous Bruxelles, 11 février 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 51 ; M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, T. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 161.
381. J.P. Anderlecht, 14 avril 1997, *R.P.S.*, 1998, p. 126.
382. Bruxelles, 11 février 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 51, note S. GILCART.

vue d'une solution pertinente du litige, il est indispensable que les parties fassent connaitre leur point de vue quant aux différentes qualifications possibles de la convention conclue et de leurs actions (action issue d'une promesse de porte-fort, en inexécution du contrat de vente, en responsabilité de personnes qui ont pris un engagement au nom d'une société en formation, ou autres encore), ainsi qu'au sujet des conséquences qui en découlent ; qu'il est par conséquent requis, en ce qui concerne ces moyens soulevés d'office, d'ordonner la réouverture des débats »[383].

IV.2.2. Champ d'application de l'article 60 du Code des sociétés

128. Une société « en formation » – Une société qui se voit reconnaître la personnalité juridique par le législateur, n'acquiert cette personnalité, en application de l'article 2, § 4, du Code des sociétés, qu'au moment où l'acte constitutif est déposé au greffe du tribunal de commerce pour publication[384]. C'est seulement à partir de ce moment que les compétences de représentation dévolues à ses organes deviennent effectives[385].

Jusqu'à ce dépôt, la société est « en formation » et les règles que l'on a exposées ci-dessus sur la représentation des sociétés ne sont pas encore applicables.

129. Une société suffisamment identifiée – Il faut également que la société en formation soit suffisamment identifiée. Dans un jugement du 14 juin 2006, le tribunal de commerce d'Hasselt estime ainsi que « Le fait que la société concernée qui a été constituée sous un autre nom a les mêmes activités que celles visées par la société en formation et que le promoteur de la société en formation est au service de la société constituée ne suffit pas comme preuve de l'identité entre la société en formation et la société constituée si cette dernière conteste l'identité »[386]. Un raisonnement similaire est tenu par le juge de paix de Westerlo dans une décision du 29 juin 2001 : « une reprise effective par la société des engagements contractés en son nom n'aura lieu à l'égard de sa partie adverse que s'il existe une identité entre la société en formation et la société repreneuse. Ceci implique que la société en formation doit être déjà suffisamment déterminée ou déterminable pour que l'on puisse raisonnablement admettre que la reprise émane de la société au profit

383. Voy. l'arrêt *in fine* (Bruxelles, 11 février 2002, *J.D.S.C.*, 2003, p. 51).
384. X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 439.
385. J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten », *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 90.
386. Comm. Hasselt (1re ch.), 14 juin 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 345, note R. TAS. Voy. également Gand, 12 avril 1995, *T.R.V.*, 1996, p. 566. Cette décision considère qu'il faut que la société ultérieurement constituée soit bien celle pour le compte de laquelle les promoteurs ont déclaré agir.

de laquelle on a agi. En outre, il faut qu'existe en principe une concordance entre les caractéristiques de la société en formation et la société finalement constituée »[387].

Qu'en est-il si la personne déclare s'engager au nom et pour le compte de la société, mais sans préciser que cette dernière est encore en formation ? On pourrait alors considérer que la convention est nulle dans la mesure où la société n'existe pas au moment de sa conclusion[388]. Cette nullité pourrait être invoquée par le tiers pour incapacité du cocontractant ou sur la base d'une erreur sur la personne[389]. Une telle solution aboutirait toutefois à dégager personnellement le pseudo-représentant de toute obligation personnelle à l'égard du tiers, le plaçant ainsi dans une situation plus favorable que celle où il aurait aurait été de bonne foi en révélant l'inexistence de la société. On peut se demander si dans un tel cas, la personne qui s'engage ne doit pas au contraire être tenue personnellement de l'engagement sauf si celui-ci est repris dans les deux ans conformément au prescrit de l'article 60.

130. Qualité de la personne qui s'engage – Selon les termes de l'article 60 précité, l'engagement au nom de la société en formation peut être pris par une personne « à quelque titre que ce soit ». Il ressort de cette formulation générale qu'il ne doit exister aucun lien formel entre la personne qui prend l'engagement initial et la société au nom et pour le compte de laquelle elle s'engage[390]. Cette personne, ce « promoteur » de la société, peut mais *ne doit pas* être ou devenir associé ou gérant de la société et cette personne ne doit pas non plus nécessairement agir comme fondateur pour que l'article 60 soit applicable[391].

131. Nature des engagements visés – L'article 60 du Code des sociétés ne prévoit pas plus de limitation en ce qui concerne la nature de l'engagement envisagé, il peut s'agir de tout acte juridique (contrat ou acte unilatéral, mobilier ou immobilier, réel ou personnel, quelle que soit la contrevaleur).

L'hypothèse d'une vente (mobilière ou immobilière) entre donc clairement dans le champ des opérations visées par l'article 60 du Code des sociétés.

387. J.P. Westerlo, 29 juin 2001, *A.J.T.* 2001-02, 560, note ; *J.D.S.C.* 2003, 73, note S. GILCART.
388. C. BROCAL, « Société en formation – reprise des engagements dans les délais », *J.D.S.C.*, p. 84.
389. S. GILCART, *La société en formation*, *op. cit.*, p. 113.
390. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 255.
391. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, T. XII, 2.1., *op. cit.*, p. 158. Il ne faut pas confondre la responsabilité d'un tel « promoteur » avec la responsabilité des fondateurs telle qu'elle est prévue notamment à l'article 229 du Code des sociétés pour la SPRL et à l'article 456 du Code des sociétés pour la SA.

Il faut cependant souligner que dans la mesure où l'engagement en question doit être repris par la société une fois qu'elle est constituée, il est nécessaire qu'il soit en rapport avec la spécialité de la société et contribue à la réalisation de son objet social.

La notion d'« engagement » ne vise pas seulement les obligations qui découlent de cet engagement, mais peut aussi concerner les droits qui y sont attachés[392], comme par exemple les actions judiciaires nées du contrat de vente[393].

IV.2.3. Sort de la vente entre la conclusion de l'acte et la reprise des engagements – condition résolutoire

132. Vente sous condition résolutoire – Il est acquis aujourd'hui que le promoteur est lié sous la condition résolutoire de l'acquisition par la société de la personnalité juridique par dépôt de l'acte constitutif de la société au greffe du tribunal de commerce conformément à l'article 68 du Code des sociétés[394].

Ceci a pour conséquence que les contrats de vente conclus sous le bénéfice de l'article 60 du Code des sociétés peuvent être exécutés immédiatement à charge du promoteur, s'ils comprennent des obligations immédiatement exigibles, et même s'ils contiennent des obligations dont le terme échoit avant l'expiration des délais légaux dans lesquels la reprise doit intervenir[395]. En effet, lorsque des engagements sont pris sous condition résolutoire, leur exigibilité n'est pas différée dans le temps, comme elle le serait s'il s'agissait d'une condition suspensive[396].

Le promoteur peut donc exercer les différents droits et recours résultant du contrat de vente, comme par exemple l'exception d'inexécution[397]. Si le contrat ne contient aucun délai particulier relatif à la prise d'effet de la vente, il pourra revendiquer *erga omnes* la qualité de propriétaire et prendre

392. Cass., 14 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 717, note S. GILCART ; *T.R.V.* 2001, p. 90, note R. TAS.
393. Anvers, 12 mars 2001, *R.G.D.C.*, 2004, liv. 8, p. 432, note R. TAS. Voy. aussi J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 257.
394. Cass., 14 septembre 2000, *R.D.C.*, 2001, p. 717, note S. GILCART ; X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 511 ; C. BROCAL, « Société en formation – reprise des engagements dans les délais », *J.D.S.C.*, 2011, p. 83 ; K. GEENS, M. WYCKAERT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – vennootschappen 1999-2010 », *T.P.R.*, 2012, p. 116 ; C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire », *in Droit des obligations*, Limal, Anthemis, 2011, p. 194.
395. X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 511 ; Cass., 14 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 90.
396. C. EYBEN et J. ACOLTY, « La condition suspensive et la condition résolutoire », *in Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 194.
397. X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 511.

des engagements additionnels relatifs au bien acheté, comme par exemple la conclusion d'un contrat de bail ou d'un emprunt hypothécaire[398]. Ces engagements additionnels seront censés pris au nom de la société en formation tout comme l'engagement initial[399].

Dans certains cas, il pourra donc être prudent pour le promoteur de s'organiser contractuellement pour que la prise d'effet de la vente soit synchronisée avec la date de reprise de celle-ci par la société à constituer. Au contraire, le cocontractant aura quant à lui tout intérêt à ce que l'obligation ou la prestation du « promoteur » soit réalisée immédiatement et complètement à la naissance de l'engagement[400].

IV.2.4. Conditions pour la reprise de l'engagement

133. Délai maximal de reprise – Le législateur prévoit deux conditions temporelles cumulatives pour que l'engagement soit valablement attribué à la société et que la personne qui est principalement liée par le contrat et qui est responsable de cet engagement soit libérée :

- la société doit avoir déposé l'extrait de son acte constitutif dans les deux ans de la naissance de l'engagement ;
- la société doit, dans les deux mois suivant le dépôt de l'extrait de l'acte constitutif, avoir procédé à la reprise de l'engagement.

134. Formalités de reprise – La ratification, par la société, des engagements contractés pour son compte n'est soumise à aucun formalisme particulier[401].

L'exécution de l'obligation par la société, à condition qu'elle résulte d'actes non équivoques (comme par exemple le paiement du prix en cas d'achat au nom d'une société en formation) est en principe suffisante[402].

Il faut cependant qu'une telle reprise « tacite » soit certaine. La Cour de cassation a rappelé ce principe dans un arrêt du 17 avril 1989. L'affaire concernait le rachat d'un fonds de commerce par les futurs associés d'une

398. S. GILCART, *La société en formation*, *op. cit.*, p. 300.
399. J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 96.
400. J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 97.
401. X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 513 ; J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 92.
402. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, T. XII, l.II, *op. cit.*, p. 158.

société en formation[403]. Après la constitution de la société, les associés avaient affirmé que cette dernière avait repris tacitement leurs obligations, étant donné qu'elle devait nécessairement acquérir un fonds de commerce et les stocks correspondants ; dans le cas contraire, la société n'aurait pas d'objet. La Cour a estimé que « ce fait ne peut servir de preuve de la reprise tacite étant donné que l'objet de la société est plus étendu que l'activité pour laquelle la prétendue acquisition était nécessaire ». Ce faisant, la Cour de cassation confirme qu'une reprise tacite des engagements, si elle est possible, doit cependant être certaine.

Dans un jugement du 14 juin 2006, le tribunal de commerce d'Hasselt a également écarté la reprise des engagements contractés au nom d'une société en formation au motif « qu'aucune reprise expresse n'a eu lieu et qu'il ne ressort non plus d'aucun élément de fait que la société finalement constituée a repris les engagements de la société en formation »[404].

135. Information à communiquer à la société – On notera que la société doit pouvoir décider en toute indépendance de la reprise ou non des engagements et doit aussi être informée de manière complète sur la portée et le contenu des engagements à reprendre.

136. Caractère supplétif – Les termes « à défaut de convention contraire... » de l'article 60 du Code des sociétés sont clairs : cette disposition n'est pas d'ordre public ou impérative. Comme nous l'avons vu plus haut, rien n'empêche dès lors le promoteur d'alléger ou d'aggraver sa responsabilité[405] notamment dans ce dernier cas s'il est convenu d'allonger le délai légal de deux ans[406].

137. Cas particulier de la vente affectée d'une condition suspensive – Si la vente est conclue sous « la condition suspensive » de la reprise de l'acte par la société en formation, elle ne prendra finalement jamais naissance dans l'hypothèse où la société n'est pas constituée. Comment analyser une telle figure juridique ?

Selon certains auteurs, il s'agit d'un engagement purement postestatif non pas dans le chef du promoteur mais dans celui de la société en formation : le cocontractant doit donc savoir que son « contrat » reste incertain pendant un maximum de deux ans[407]. Ces auteurs analysent un tel contrat comme étant,

403. Cass., 17 avril 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 319, note J. SNYERS.
404. Comm. Hasselt (1re ch.), 14 juin 2006, *T.R.V.*, 2007, p. 345, note R. TAS.
405. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 257 ; C. BROCAL, « Société en formation – reprise des engagements dans les délais », *J.D.S.C.*, 2011, p. 82.
406. M. COIPEL, « Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de sociétés », *Rép. Not.*, T. XII, l.II, *op. cit.*, p. 161.
407. J. VAN BAEL, « De vertegenwoordiging van de vennootschap bij het sluiten van vastgoedcontracten » *in Het sluiten van vastgoedcontracten door een vennootschap of een vereniging*, *op. cit.*, p. 94.

dans le chef du cocontractant une offre unilatérale de contracter adressée à une contrepartie « incertaine ». On peut rapprocher cette situation de celle d'un engagement de vendre sous réserve de l'accord du propriétaire[408] : le cocontractant accepte que le contrat de vente soit formé uniquement si l'autre partie marque son accord. Cet engagement serait ainsi, au même titre que tout engagement par volonté unilatérale, irrévocable pendant le délai légal. Cette solution a le mérite d'éviter l'écueil de la nullité associée à une condition suspensive purement potestative (on ne pourrait d'ailleurs pas parler ici de condition puisque le consentement futur de la société en formation est un élément essentiel de l'accord).

IV.2.5. Effets de la reprise

138. Effet rétroactif – Le respect des conditions de l'article 60 du Code des sociétés entraîne d'une part pour le promoteur sa disparition du rapport contractuel et d'autre part pour la société, dont la personnalité morale rétroagit, la substitution pure et simple au promoteur dans le rapport contractuel vis-à-vis des tiers[409] : « l'engagement est réputé avoir été contracté par la société dès l'origine ». La reprise a donc lieu avec effet rétroactif[410] sans qu'un nouveau consentement du cocontractant ne soit requis.

Il en résulte notamment que si la société devient insolvable, le cocontractant ne pourra plus se retourner contre le « promoteur » qui a conclu originairement l'engagement au nom de la société en formation[411].

Il en résulte également que la reprise n'emporte pas de nouvelle mutation immobilière au regard des droits d'enregistrement[412] : la société est considérée comme étant depuis le début, l'acheteur du bien immobilier en question[413].

En revanche, si la reprise n'a pas lieu dans les délais légaux, c'est le promoteur qui devient définitivement propriétaire de l'immeuble[414]. Dans ce cas, la constitution ultérieure de la société et la déclaration par cette dernière d'une reprise des droits et obligations relatifs à la vente immobilière ne lui

408. Voy. *supra* n[os] 8 et s.
409. S. GILCART, *La société en formation*, *op. cit.*, pp. 57 et 58.
410. X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 512.
411. J. MALHERBE, Y. DE CORDT, P. LAMBRECHT, P. MALHERBE, *Droit des sociétés. Précis*, *op. cit.*, p. 256.
412. Comm. Charleroi, 14 juin 2000, *F.J.F.*, 2001/236, p. 697.
413. Sur les questions relatives à la publicité des actes translatifs de propriété immobilière au travers du régime de la transcription à la Conservation des hypothèques, voy. S. GILCART, *La société en formation*, *op. cit.*, pp. 280 et s.
414. X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 513.

permettra plus de devenir rétroactivement propriétaire. Dans une décision du 7 avril 2003, le président du tribunal de commerce de Bruxelles a ainsi décidé qu'« à défaut de reprise par une société effectivement constituée, les promoteurs sont les propriétaires de l'immeuble acquis au nom de la société » et a interdit « à quiconque, et notamment à la société SA B(...) de passer acte de vente de l'immeuble litigieux et de faire transcrire un tel acte, si ce n'est la requérante elle-même en sa qualité de venderesse »[415].

139. Étendue de la reprise – Lorsque la société reprend la vente, elle reprend de manière large l'ensemble des obligations et des droits qui y sont liés[416].

Ce principe est confirmé par la Cour de cassation[417] et est régulièrement appliqué par la jurisprudence[418].

Dans une ordonnance du 8 février 2005, le président du tribunal de commerce de Louvain, a ainsi décidé que « Des actes contraires aux usages honnêtes en matière commerciale commis par une personne au nom d'une société en formation, qui reprend ultérieurement à son compte les obligations du fondateur, doivent être reprochés à cette société »[419].

140. Reprise et vices de consentement – Quelles sont les conséquences de la reprise lorsque l'engagement initial du promoteur est affecté d'un vice (incapacité, vice de consentement, absence de cause, illicéité de l'objet) ?[420] En d'autres termes, la reprise de l'engagement d'acheter par la société couvre-t-elle les vices du consentement dont serait affecté le contrat de vente ? Selon S. Gilcart, deux possibilités peuvent être envisagées : la société peut soit se prévaloir du vice dont a été victime le promoteur « mandataire » et exiger la nullité du contrat soit renoncer à invoquer la nullité de l'acte en procédant par exemple à l'exécution de son obligation[421].

415. Prés. Civ. Bruxelles, 7 avril 2003, *J.D.S.C.*, 2004, 94, note S. GILCART.
416. X. DIEUX et Y. DE CORDT, « Examen de jurisprudence (1991-2005) – Les sociétés commerciales », *R.C.J.B.*, 2008, p. 511.
417. Cass., 14 septembre 2000, *T.R.V.*, 2001, p. 90 et note R. TAS.
418. Anvers, 12 mars 2001, *T.R.V.*, 2004, p. 432 ; Bruxelles, 6 février 2007, *R.D.C.*, 2009, p. 26, note R. HARDY.
419. Prés. Comm. Louvain, 8 février 2005, *T.R.V.*, 2007, p. 349. Le tribunal a retenu la responsabilité de la société, à l'exclusion de celle du promoteur, ce qui est critiquable selon certains auteurs. En effet, s'agissant de l'imputation de faits illicites, ces auteurs estiment qu'il n'y avait pas de raison de ne pas retenir la responsabilité tant de la société, que du promoteur (K. GEENS, M. WYCKAERT *et al.*, « Overzicht van rechtspraak – vennootschappen 1999-2010 », *T.P.R.*, 2012, p. 117).
420. S. GILCART, *La société en formation*, *op. cit.*, p. 438.
421. S. GILCART, *La société en formation*, *op. cit.*, p. 440.