

L'interdiction du représentant de se porter contrepartie et d'agir

n conflit d'intérêts

Nicolas VAN DAMME

*Professeur invité à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Centre de droit privé
Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles
Collaborateur scientifique à la KULeuven, Instituut voor Contractenrecht
Avocat au barreau de Bruxelles*

Sander VAN LOOCK

*Assistant à l'Université Saint-Louis – Bruxelles, Centre de droit privé
Collaborateur scientifique à la KULeuven, Instituut voor Verbintenissenrecht
Avocat au barreau de Bruxelles*

Introduction

1. Nouvel article 1.8 du Code civil à partir du 1^{er} janvier 2023, relatif à la représentation. L'ancien Code civil ne contenait pas de disposition générale relative à la figure de la représentation. Le nouvel article 1.8 du Code civil comble cette lacune dans une certaine mesure en confirmant quelques acquis issus de la doctrine et de la jurisprudence. Selon son paragraphe 1^{er}, « il y a représentation lorsqu'une personne est habilitée à accomplir un acte juridique avec un tiers pour le compte d'une autre personne ».

2. Consécration du principe général de droit interdisant la contrepartie et... les conflits d'intérêts en cas de représentation. Lors des travaux parlementaires, un amendement¹ a été introduit pour inclure dans l'article 1.8 du Code civil la confirmation du principe général de droit selon lequel un représentant ne peut pas intervenir en cette qualité lorsque son intérêt va à l'encontre de celui du représenté (« l'interdiction de se porter contrepartie » ou « l'interdiction du contrat avec soi-même »). L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil dispose en effet :

« Quiconque doit accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui ne peut se porter contrepartie de celui-ci ni intervenir en

¹ Doc. parl., Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/003, p. 14.

cas de conflit d'intérêts. Un tel acte juridique est nul à moins que le représenté y ait expressément ou tacitement consenti.»

3. Plan. Le principe général de droit interdisant au représentant de se porter contrepartie ayant fait l'objet d'une consécration législative, il nous semble utile d'en préciser les contours. Dans la présente contribution, nous analyserons dès lors successivement le fondement de ce principe (Section 1), son champ d'application (Section 2), sa sanction (Section 3) avant de conclure (Section 4).

Section 1 Fondement

4. Consécration d'un processus jurisprudentiel et doctrinal. La consécration législative de l'interdiction de se porter contrepartie dans l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil est la consécration d'un processus jurisprudentiel et doctrinal. Même si cette interdiction a plusieurs applications légales, c'était surtout l'article 1596 de l'ancien Code civil qui était important dans ce processus. C'est la raison pour laquelle nous nous concentrons sur cet article.

Sous-section 1

Évolution vers un principe général de droit

5. Racines de droit romain. L'interdiction de se porter contrepartie trouve ses racines en droit romain. Les *Digestes* prévoyaient une interdiction pour un officier public d'acheter des biens dont la vente se faisait par son ministère, que ce soit par lui-même ou par interposition d'une autre personne : « *Non licet ex officio, quod administrat quis, emere quid vel per se vel per aliam personam* »². Il s'agissait dès lors d'une interdiction pour les fonctionnaires de se porter contrepartie, non pas pour des représentants en général. Il est précisé que cette interdiction en droit romain n'était pas applicable aux ventes aux enchères³.

6. Réception du droit romain et élargissement par le Code Napoléon de 1804. Cette règle a directement inspiré les rédacteurs du Code civil français. Dans ses règles consacrées au contrat de vente, le projet de Cambacérès de 1794 contenait un article 832 selon lequel « nul ne peut acheter ni par lui-même, ni par personnes interposées, les biens dont il a l'administration »⁴.

² Dig. 18.1.46. Voy. également : O. LE CLERCQ, *Le droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations*, V, Liège, Duvivier, 1811, p. 378.

³ R. TROPLONG, *Commentaire de la vente*, I, Paris, Hingray, 1856, 255, n° 187.

⁴ CAMBACÉRÈS, *Projet de Code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents*, Paris, Imprimerie Nationale, Messidor an IV, p. 184.

L'interdiction, dans cet article, avait une portée très générale et interdisait à toutes les personnes ayant l'administration d'un bien de l'acheter lui-même.

Cette disposition fut finalement reprise, de manière moins générale toutefois, par le Code Napoléon, notre ancien Code civil, à l'article 1596 :

« Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées :

- les tuteurs, des biens de ceux dont ils ont la tutelle ;
- les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre ;
- Les administrateurs, de ceux des communes ou des établissements publics confiés à leurs soins ;
- Les officiers publics, des biens nationaux dont les ventes se font par leur ministère ».

Le but de cette disposition était évident, selon Portalis : « Les raisons de sûreté et d'honnêteté publiques qui motivent ces défenses sont trop évidentes pour qu'il soit nécessaire de les développer. » Ses propos semblent surtout viser les officiers publics comme à Rome. En effet, précise-t-il, « on voulait écarter d'eux jusqu'au soupçon de mêler des vues d'intérêt privé avec les grands intérêts publics confiés à leur sollicitude »⁵.

Le tribun Faure, lors de sa communication au Tribunal, semblait donner une portée plus générale à cet article qui ne se limiterait pas aux catégories énumérées par l'article 1596 : « Sans cesse attentif à prévenir les fraudes, il défend à tous ceux qui ont des biens à vendre, pour tout autre compte que le leur, de s'en rendre adjudicataires ni par eux-mêmes ni sous le nom d'autres personnes interposées. » Le tribun fonde cette interdiction sur le besoin d'éviter des conflits d'intérêts : « On n'a pas voulu mettre l'intérêt personnel aux prises avec le devoir »⁶. Ensuite, il donne une illustration concrète de la problématique : « [...] [E]n un mot, les divers agens qui vendent pour le compte d'autrui, doivent, par devoir, faire en sorte d'obtenir le plus haut prix possible, puisque c'est le plus grand avantage de ceux qu'ils représentent. S'il leur était permis de se rendre adjudicataires, leur propre intérêt les inviterait à vendre au plus bas prix »⁷. Pour lui, la solution était simple : « Cet inconvénient disparaît au moyen de la prohibition »⁸.

Selon Grenier, c'est la morale qui motive cette interdiction : « La crainte que des idées suggérées par la cupidité ne prissent la place des sentiments

⁵ PORTALIS, « Présentation au Corps législatif et exposé des motifs », in P.A. FENET (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, Paris, 1829, p. 116.

⁶ FAURE, « Communication officielle au Tribunal », in P.A. FENET (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, XIV, Paris, 1829, p. 155.

⁷ FAURE, *ibid.*, p. 155 et 156.

⁸ FAURÉ, *ibid.*, p. 156.

d'affection et de désintéressement qui doivent animer des administrateurs ne permet pas qu'ils puissent se rendre adjudicataires des biens dont l'administration leur est confiée »⁹.

Tandis que ces idées d'éviter des conflits d'intérêts et de moralité avaient une large portée, la règle telle qu'elle est contenue dans l'article 1596 de l'ancien Code civil restait néanmoins limitée. L'interdiction est en effet limitée à quatre (catégories de) personnes qui ne peuvent pas se rendre adjudicataires d'un bien vendu en vente publique. Les autres personnes et les autres modes de vente ne sont en principe pas visés  la lettre du dispositif. En ce qui concerne les mandataires, il est seul  interdit à ceux-ci d'acheter les biens du mandant qu'ils doivent vendre pour lui, et non pas la transaction inverse, à savoir vendre les biens au mandant qu'ils doivent acheter pour lui¹⁰.

7. Portée précise de l'article 1596 de l'ancien Code civil et évolution. L'article 1596 de l'ancien Code civil étant clairement fragmentaire et incomplet,  question s'est posée de savoir quel en était le domaine d'application précis.

Certains auteurs favorisaient une interprétation stricte de l'article 1596 de l'ancien Code civil en s'inspirant de la devise « tout ce qui n'est pas interdit est permis ».

Un de ces partisans était F. Laurent. Il défendait une interprétation restrictive de l'article 1596 de l'ancien Code civil. Conformément à sa philosophie du droit,¹¹ il était d'opinion que ce n'était pas à la doctrine de combler des lacunes de la loi : « Ainsi il y a  absence de la loi, et la doctrine vient combler cette lacune en se fondant sur une prétendue incompatibilité. Cela s'appelle, à la lettre, faire la loi »¹².

Par contre, E. Arntz ne se contentait pas de ces limitations. Pour cet auteur, l'article 1596 de l'ancien Code civil est l'expression d'un principe général de droit et ne doit pas être interprété restrictivement : « Il ne faut pas considérer les prohibitions portées dans le chapitre II de ce titre du Code comme déroatoires au droit commun. Elles sont établies en partie comme conséquences d'autres principes généraux de droit, en partie pour mieux assurer la réalisation d'autres principes. Il résulte de là qu'il ne faut pas toujours

⁹ GRENIER, « Discussion devant le Corps Législatif », in P.A. FENET (dir.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, op. cit. p. 156.

¹⁰ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, Anvers, Intersentia, 1997, p. 97, n° 93.

¹¹ G. BAERT, « Prof. François Laurent een eeuw later (1810-1887-1987) », *T.P.R.*, 1990, (37) pp. 108-109, n° 90 ; D. HEIRBAUT, « Weg met De Page? Leve Laurent ? Een pleidooi voor een andere kijk op de recente geschiedenis van het Belgische privaatrecht », *T.P.R.*, 2017, (267) pp. 282-287, n° 16-19.

¹² F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXIV, Bruxelles, Bruylant, 1877, p. 58, n° 46.

les interpréter restrictivement. Ainsi, l'incapacité peut résulter de l'esprit de ces dispositions sans être prévue par le texte littéral »¹³.

Après lui, ce sont surtout les travaux d'H. De Page qui ont joué un rôle important dans le développement du principe général de droit. Dans son *Traité*, il écrit qu'« il existe dans notre droit un principe général qui défend au mandataire de se constituer contrepartie du mandant pour l'exécution de l'acte qu'il est chargé d'accomplir »¹⁴. Dans plusieurs dispositions, et dans l'article 1596 de l'ancien Code civil en premier lieu, cet auteur voit des applications de ce principe. Pour H. De Page, ce principe n'était même qu'une des incidences d'une règle plus générale encore, celle qui défend à une personne d'agir dans le même acte en deux qualités différentes (à titre personnel, et comme mandataire ou chargé, à titre quelconque, des intérêts d'autrui), en raison de l'opposition d'intérêts¹⁵.

8. Généralisation et confirmation d'un principe général de droit par la Cour de cassation. Dans son arrêt du 7 décembre 1978, la Cour de cassation a consacré l'existence du principe général de droit. Selon la Cour, « si l'acte accompli au mépris du principe général de droit qui s'oppose à ce que le mandataire d'une partie agisse aussi comme contrepartie de son mandant est nul, cette nullité n'est que relative et peut être couverte par le mandant agissant en connaissance de cause »¹⁶. Cet arrêt confirme l'existence d'un principe général de droit interdisant à un mandataire de se porter contrepartie et clarifie le fait que sa violation est sanctionnée par la nullité relative. La Cour ne fait toutefois pas référence à l'article 1596 de l'ancien Code civil. Seul le sommaire de la *Pasicrisie* y fait référence¹⁷.

Ce n'est que trois ans plus tard que la Cour de cassation, par son arrêt du 24 septembre 1981, donne une interprétation large à l'article 1596 de l'ancien Code civil, en considérant que « l'article 1596, alinéa 3, du Code civil ne s'applique non seulement aux ventes aux enchères, mais aussi aux ventes de gré à gré ». La Cour ajoute que « la prohibition de l'article 1596, alinéa 3, du Code civil peut s'appliquer même lorsque le mandant a fixé le prix auquel le bien peut être vendu, cette seule circonstance n'impliquant pas la cessation du mandat »¹⁸.

¹³ E. ARNTZ, *Cours de droit civil français*, III, Bruxelles, Bruylant, 1879, p. 471, n° 930.

¹⁴ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, Bruxelles, Bruylant, 1975, p. 410, n° 411.

¹⁵ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *ibid.*, pp. 410-411, n° 411.

¹⁶ Cass., 7 décembre 1978, *Pas.*, 1979, I, p. 408.

¹⁷ J.-Fr. ROMAIN, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », in *Les conflits d'intérêts*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 121, n° 16.

¹⁸ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas.*, 1982, I, 125.

Si la formulation du principe général de droit dans les années 1970-1980 était encore restreinte à l'article 1596 de l'ancien Code civil, l'arrêt du 18 mars 2004 lui donne une portée bien plus générale : « 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 ; que l'acte ainsi accompli est nul par nature ». De ce principe, la Cour de cassation déduit 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 »¹⁹.

Enfin, dans son arrêt du 13 septembre 2012, la Cour précise que la **l'interdiction de l'article 1596**, alinéa 3, de l'ancien Code civil subsiste aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin au mandat et que le mandant peut y mettre fin par l'accomplissement de l'acte qui est l'objet du mandat²⁰.

9. Consécration et extension législative dès le 1^{er} janvier 2023. Le 1^{er} janvier 2023 entreront en vigueur les nouveaux Livres 1^{er} et 5 du Code civil. Le nouvel article 1.8, paragraphe 6, du Code civil « confirme la règle selon laquelle un représentant ne peut intervenir en cette qualité lorsque son intérêt va à l'encontre de celui du représenté »²¹. L'interdiction semble avoir une portée encore plus générale en ce qu'elle prévoit que « quiconque doit accomplir des actes juridiques pour le compte d'autrui ne peut se porter contrepartie de celui-ci *ni intervenir en cas de conflit d'intérêts* » (nous soulignons). Dès lors, sont interdites non seulement les situations dans lesquelles le représentant se porte contrepartie, mais aussi les situations dans lesquelles il **agit pas comme contrepartie mais en simple conflit d'intérêts**. C'est le cas, nous allons le voir, du « double mandat » (voy. *infra*, n° 20).

Sous-section 2

Ratio legis

10. Conflit d'intérêts au sein d'une même personne. La *ratio legis* de l'interdiction dans l'article 1596 de l'ancien Code civil et le principe général interdisant la contrepartie en cas de représentation est le danger des conflits d'intérêts.

Que faut-il entendre par « conflits d'intérêts » ? L'intérêt désigne ce qui est pris en considération par une personne, ce qui compte pour elle²².

¹⁹ Cass., 18 mars 2004, R.G. n° C.02.0249.N, *Pas.*, 2004, p. 458.

²⁰ Cass., 13 septembre 2012, R.G. n° C.11.0730.F, *Arr. Cass.*, 2012, liv. 9, p. 1940 ; *Pas.*, 2012, liv. 9, p. 1667 ; *R.W.*, 2013-2014, liv. 28, p. 1100, note B. VAN DEN BERGH ; *T.B.O.*, 2013, liv. 3, p. 116 ; *T. Not.*, 2013, liv. 10, p. 556.

²¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1805/003, p. 14.

²² P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », *RTD com.*, 2005, n° 11.

La notion de « conflit d'intérêts » peut alors être définie de manière extrêmement large si on la comprend comme étant l'opposition d'intérêts de personnes distinctes²³. Ainsi, l'intérêt privé s'oppose à l'intérêt général, l'intérêt individuel à l'intérêt familial, l'intérêt de l'employeur à l'intérêt de l'employé, l'intérêt du créancier à l'intérêt du débiteur, etc.²⁴. Ce n'est toutefois pas sous cet angle qu'il faut concevoir la notion de « conflit d'intérêts » nécessaire à l'application de l'interdiction de se porter contrepartie.

Le conflit d'intérêts doit plutôt se définir comme « la situation dans laquelle les intérêts personnels d'une personne sont en opposition avec ses devoirs »²⁵. En d'autres termes, le conflit d'intérêts doit résider au sein d'une même personne²⁶. Il ne s'agit donc pas d'un conflit d'intérêts inhérent à tout contrat (vendeur-acheteur ; maître de l'ouvrage-entrepreneur...), mais bien d'un conflit d'intérêts qui existe au sein d'une même personne et plus particulièrement lorsque les intérêts personnels de cette personne entrent en conflit avec ses devoirs vis-à-vis d'une autre personne²⁷. Le conflit d'intérêts peut aussi concerner la situation dans laquelle les devoirs qu'a le représentant envers différents représentés sont en opposition. Dans ce cas-là, le conflit d'intérêts réside toujours au sein d'une même personne, à savoir le représentant, qui se trouve dans une situation dans laquelle les intérêts des personnes respectives qu'il représente sont inconciliables ou en opposition. C'est l'hypothèse du double mandat (voy. *infra*, n° 21).

11. Solution radicale et préventive pour éviter des conflits d'intérêts.

Les travaux préparatoires de l'article 1596 de l'ancien Code civil, que nous avons évoqués plus haut, démontrent l'intention du législateur d'éviter qu'un mandataire soit déchiré par le choix qu'il aurait à faire entre la poursuite de ses propres intérêts et de ceux de son mandant. Bien qu'il y ait différentes possibilités de gérer des conflits d'intérêts²⁸, le choix a été posé en faveur d'une solution aussi claire que radicale : la prohibition est sanctionnée par une nullité. Comme le disait le tribun Faure, le danger des conflits d'intérêts « disparaît au moyen de la prohibition »²⁹.

La prohibition de se porter contrepartie dans l'article 1596 de l'ancien Code civil est considérée comme une obligation de résultat pour le mandataire.

²³ Voy. également M. KRUIHOF, « Wanneer vormen tegenstrijdige belangen een belangenconflict? », in *Van Alle Markten. Liber Amicorum Eddy Wymeersch*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 575 et s.

²⁴ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, op. cit., p. 3, n° 2.

²⁵ P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », op. cit., p. 1, n° 1 ; Ph. ERNST, *ibid.*, p. 5, n° 4.

²⁶ Ph. ERNST, *ibid.*, p. 4, n° 3.

²⁷ *Ibid.*, p. 5, n° 4.

²⁸ Voy. *Ibid.*, pp. 105-115.

²⁹ FAURE, « Communication officielle au Tribunalat », op. cit., (150) p. 156.

La simple violation de cette prohibition constitue dès lors une inexécution fautive du mandat par le mandataire et pourra engager sa responsabilité vis-à-vis du mandant³⁰. La vente conclue au mépris de l'interdiction est en outre frappée de nullité relative³¹. L'article 1596 de l'ancien Code civil vise clairement à étouffer dans l'œuf chaque conflit d'intérêts virtuel, la protection préventive du mandant étant primordiale. La sanction frappe dès l'instant où la prohibition est violée, sans examen concret ou une mise en balance des intérêts³². Le résultat concret de l'opération n'est pas pertinent. Le mandant ne doit pas démontrer un préjudice. B. Van den Bergh considère à juste titre que cet article instaure *de facto* une présomption légale de lésion dans le chef du mandant lorsque son mandataire se porte contrepartie³³.

Comme nous le verrons plus loin (voy. *infra*, n^{os} 20 et 38), cette sanction radicale est nuancée par la « théorie de la nullité inappropriée » consacrée par le nouveau Code civil.

Section 2

Champ d'application

12. Champ d'application de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil.

 Conformément à l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil, quiconque accomplit des actes juridiques pour le compte d'autrui ne peut se porter contrepartie de celui-ci ni intervenir en cas de conflit d'intérêts. Un tel acte juridique est nul à moins que le représenté y ait expressément ou tacitement consenti³⁴.

L'acte juridique accompli en méconnaissance de ce principe est parfois appelé « l'acte juridique avec soi-même » (DE : *Selbstkontrahierung*)³⁵. En réalité, cet acte juridique est celui « dans lequel intervient une seule personne [...],

³⁰ B. VAN DEN BERGH, « Het aankoopverbod voor lasthebbers krachtens art. 1596 BW: pleidooi voor een rechterlijke belangenafweging i.p.v. een absolute wettelijke onbekwaamheid », *R.W.*, 2013-2014, p. 1102, n^o 5.

³¹ B. VAN DEN BERGH, *ibid.*, p. 1102, n^o 5.

³² Cass., 24 septembre 1981, R.G. n^o 6372, *Pas.*, 1982, I, 125.

³³ B. VAN DEN BERGH, *op. cit.*, p. 1102, n^o 5.

³⁴ Comp. en droit allemand : § 181 BGB : « Sauf autorisation contraire, un représentant ne peut accomplir un acte juridique au nom du représenté avec lui-même en son nom propre ou en tant que représentant d'un tiers, à moins que cet acte ne consiste exclusivement en l'exécution d'une obligation. » En droit français : art. 1161 C. civ. : « En matière de représentation des personnes physiques, un représentant ne peut agir pour le compte de plusieurs parties au contrat en opposition d'intérêts ni contracter pour son propre compte avec le représenté. »

³⁵ P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *R.C.J.B.*, 2022, p. 630, n^o 20 ; J.-Fr. ROMAIN, *Droit des obligations*, vol. 1, syllabus, Bruxelles, PUB, 2021, p. 86, n^o 56 ; P. A. FORIERS, *Les obligations*, t. 1, syllabus, ULB, 2016-2017, p. 58, n^o 53 ; P. VAN OMMESSLAGHE, *Les obligations*, I, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 134, n^o 60 ; J.-Fr. ROMAIN, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », *op. cit.*, pp. 102 et 103, n^o 6 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, Bruxelles, Bruylant, 1964, p. 411, n^o 448.

mais en deux qualités juridiques différentes, en raison du fait qu'indépendamment de sa propre personnalité, elle en représente une autre »³⁶.

Nous analyserons ci-après le champ d'application de cette disposition qui nous semble avoir été encore élargi par la réforme du Code civil. Nous y reviendrons.

Sous-section 1

Champ d'application personnel (*ratione personae*)

12. Tout représentant (contractuel, légal ou organique) qui se porte contrepartie. L'article 1.8 du Code civil ayant une portée générale, il s'applique à toute forme de représentation. L'interdiction de se porter contrepartie s'applique donc aux représentants légaux (les parents, les tuteurs, l'administrateur d'un majeur protégé), conventionnels et organiques³⁷. Les « praticiens de l'insolvabilité » au sens de l'article I.22 du Code de droit économique sont également soumis à l'interdiction de se porter contrepartie³⁸. L'interdiction est générale et s'applique tant aux représentants de personnes privées qu'aux représentants de personnes publiques (art. 1596 anc. C. civ.)³⁹.

14. Le contournement de l'interdiction via une interposition de personnes ? L'interdiction de se porter contrepartie peut-elle être valablement contournée via une interposition de personnes ?

Ainsi, le représentant peut-il interposer une personne morale dont il détient les parts sociales pour contourner l'interdiction de contrepartie ? Le représentant qui est chargé de vendre un immeuble pour le compte du représenté pourrait ainsi être amené à faire appel à une personne morale qu'il contrôle ou un proche agissant comme « homme de paille » pour se porter contrepartie.

L'« interposition de personnes » a pour but de masquer un rapport juridique (in)direct entre deux personnes (A et C) en plaçant une autre personne (B) entre les deux premières⁴⁰. Par le biais d'un intermédiaire, la personne fondamentalement concernée par la règle de droit (le maître de l'affaire) tente d'échapper à son application⁴¹.

³⁶ H. DE PAGE, *ibid.*, II, p. 411, n° 448.

³⁷ W. HAU et R. POSECK, « § 181 BGB », in *BeckOK BGB*, Munich, Beck, 2022, n°s 4-5 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », in *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, De Gruyter, 2019, n°s 16-18.

³⁸ *Ibid.*, n° 10.

³⁹ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, op. cit., p. 101, n° 102.

⁴⁰ N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 453, n° 279 ; B. VIAL-PEDROLETTI, *L'interposition de personnes dans les sociétés commerciales*, thèse, Université Aix-Marseille, 1986, p. 3 ; P. BOURGUIGNON, *Notion juridique de l'interposition de personne*, Paris, Sirey, 1906, p. 1.

⁴¹ N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, *ibid.*, p. 453, n° 279 ; S. SIEKER, *Umgehungsgeschäfte*, Tubingue, Mohr Siebeck, 2001, p. 56.

L'article 1596 de l'ancien Code civil prévoyait expressément que l'interdiction s'appliquait aussi aux personnes interposées. Le nouvel article 1.8, paragraphe 6, du Code civil n'en dit mot. Faut-il en déduire que l'interposition de personne sera efficace dès le 1^{er} janvier 2023 pour neutraliser l'interdiction de se porter contrepartie ? Non.

Il y aura toutefois « fraude à la loi »  hibée dès lors que cette interposition sert à voiler un conflit d'intérêts  ent entre le représentant et le représenté⁴². Cette interposition frauduleuse doit être établie⁴³. L'intention frauduleuse est en soi non pertinente à cet égard⁴⁴. Il suffit de démontrer que la personne interposée n'agit pas de manière autonome mais bien comme « homme de paille » laissant ainsi le conflit d'intérêts inchangé entre le représentant et le représenté. Tant que ce conflit d'intérêts subsiste, l'interdiction  l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil sera d'application.

Puisque la fraude constitue un fait juridique au sens strict, la preuve peut se faire par toutes voies de droit (art. 8.8 C. civ.)⁴⁵.

Sous-section 2

Champ d'application matériel (*ratione materiae*)

A. Une représentation

15. Une personne est habilitée à accomplir un acte juridique avec un tiers pour le compte d'autrui. L'interdiction de se porter contrepartie s'applique tout d'abord uniquement aux cas de « représentation ». Il y a « représentation » lorsqu'une personne est habilitée à accomplir un acte juridique avec un tiers pour le compte d'une autre personne (art. 1.8, § 1^{er}, C. civ.). La représentation est donc plus large que le mandat. Le mandat est le *contrat* par lequel une partie, le mandant, charge une autre personne, appelée le mandataire, du pouvoir de la représenter, qu'elle accepte, afin de réaliser, en son nom et pour son compte, un acte juridique⁴⁶. On l'a vu, un représentant peut aussi être institué par une loi ou par décision de justice.

⁴² Cass. fr. (3^e civ.), 2 juillet 2008, n° 07-15.509 ; M. THIOYE, « Achat par une société ayant le même gérant que la société mandataire : l'interposition doit être établie », *AJDI*, 2022, p. 302 ; N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, *ibid.*, pp. 453-454 ; F. COHET, « Nullité d'une vente consentie au mandataire : confirmation et préjudices indemnifiables », *AJDI*, 2017, p. 222 ; Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, *op. cit.*, pp. 101 et 102, n° 103 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, IV, pp. 107 et 108, n° 72.

⁴³ Cass. fr. (3^e civ.), 20 octobre 2021, n° 20-18.792 ; M. THIOYE, « Achat par une société ayant le même gérant que la société mandataire : l'interposition doit être établie », *op. cit.*, p. 302 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *ibid.*, IV, p. 108, n° 72.

⁴⁴ Voy. N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, *op. cit.*, p. 715.

⁴⁵ N. VAN DAMME, *ibid.*, p. 399, n° 245 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, *op. cit.*, IV, p. 108, n° 72.

⁴⁶ P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *op. cit.*, p. 609, n° 3.

L'interdiction de la contrepartie ne s'applique pas aux contrats d'entreprise ou plus largement lorsqu'une personne est habilitée par une autre de réaliser des *faits juridiques au sens strict* (une fraude, un acte matériel ou autre fait à l'exclusion d'un acte juridique) pour son compte. Il est évident qu'il se poseront, dans la pratique, des problèmes de qualification de la relation juridique. Ainsi, un agent immobilier qui est chargé de trouver (pas de conclure un contrat) un candidat-acheteur pour le compte d'un propriétaire d'immeuble ne sera pas un représentant mais agira en vertu d'un contrat d'entreprise. En effet, dans ce cas, la mission de l'agent immobilier se réduit à annoncer la mise en vente du bien, à prospecter le marché, à faire visiter les lieux et à mettre en contact le propriétaire et les candidats acquéreurs⁴⁷. Si l'agent immobilier se propose lui-même comme acquéreur, il n'y aura pas de conflit d'intérêts, le propriétaire pouvant accepter ou refuser la proposition de son plein gré (sauf en cas d'abus de circonstances)⁴⁸. Cependant, l'interdiction sera applicable aux contrats d'entreprise qui contiennent un élément (accessoire) de représentation. Dans ce cas, les règles de la représentation sont applicables⁴⁹.

16. Représentation parfaite ou imparfaite. L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil s'applique sans distinction à toute forme de représentation, que celle-ci soit parfaite ou imparfaite⁵⁰. Cependant, dans la représentation imparfaite, c'est-à-dire lorsque le représentant accomplit cet acte en son propre nom, mais pour le compte de la personne représentée (art. 1.8, § 1^{er}, C. civ.), un autre problème se pose lorsque le représentant accomplit un acte juridique multilatéral (un contrat) qui suppose, par définition, la rencontre de plusieurs volontés *distinctes*. Ainsi, J.-Fr. Romain soulève qu'« en se portant contrepartie, le commissionnaire ou prête-nom contracte seulement avec lui-même, au titre d'une seule volonté et non de deux consentements distincts [...]. Il en résulte en principe la nullité relative du contrat ». Cette particularité ne se posera toutefois pas lorsque le représentant imparfait contracte avec lui-même via une personne interposée (voy. *infra*, n° 22). Il y aura alors certes deux volontés distinctes (sauf en cas de simulation), mais cela n'empêchera nullement l'interdiction de la contrepartie de jouer en cas de conflits d'intérêts. Dans les autres hypothèses, lorsque le représentant imparfait (prête-nom, commissionnaire) contracte avec lui-même, la question se pose en effet de savoir si le contrat

⁴⁷ P. WÉRY, *ibid.*, p. 619, n° 12 ; V. SAGAERT, B. TILLEMANS et A.L. VERBEKE, *Vermogensrecht in kort bestek*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 468, n° 1185.

⁴⁸ F. COHET, « Nullité d'une vente consentie au mandataire : confirmation et préjudices indemnifiables », *AJDI*, 2017, p. 222.

⁴⁹ Voy. à ce sujet S. VAN LOOCK, « Commentaar artikel 1984 BW », *Artikelsgewijze Commentaar Bijzondere Overeenkomsten*, 2015, n° 54.

⁵⁰ J.-Fr. ROMAIN, « Du contrat avec soi-même et des conflits d'intérêts : théorie générale dans le droit commun de la représentation, fondée sur le principe de bonne foi et applications en droit financier », *op. cit.*, p. 107, n° 7.1.2.

est formé en vertu de deux consentements distincts⁵¹. Nous pensons que oui. En effet, le prête-nom ou le commissionnaire agit pour le compte du prêteur de nom ou du commettant qui, dans son rapport avec le premier, exprime sa volonté de vouloir former un contrat. De l'autre côté, le cocontractant est le prête-nom ou le commissionnaire, et celui-ci, par hypothèse, sait qu'il agit pour le compte du prêteur de nom ou du commettant. Il y a donc bien deux volontés distinctes, même si ces volontés sont exprimées par une seule personne. Dans ce cas, l'interdiction de se porter contrepartie jouera pleinement.

B. Dans l'accomplissement d'un acte juridique

17. Tout acte juridique multilatéral ou unilatéral. L'interdiction de se porter contrepartie s'applique à tout acte juridique, peu importe qu'il s'agisse d'un acte juridique multilatéral⁵² ou unilatéral. L'application de l'interdiction à tous actes unilatéraux peut, au premier abord, surprendre. Pourtant, comme nous l'avons vu, la *ratio legis* de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil est de neutraliser les conflits d'intérêts. C'est la raison pour laquelle l'on admet généralement que l'interdiction s'applique aussi aux actes juridiques unilatéraux réceptifs. En effet, si le représentant est à la fois le destinataire et l'auteur de l'acte juridique unilatéral réceptif (résiliation, licenciement, mise en demeure, réception, etc.), il y a (potentiellement) conflit d'intérêts⁵³. Les actes réceptifs ne sont formés et ne produisent leurs effets qu'à partir du moment où ils ont été adressés à leur destinataire et où ceux-ci ont pu en prendre connaissance⁵⁴.

L'application aux actes juridiques unilatéraux de l'interdiction de se porter contrepartie ne se limite pas, selon nous, aux actes réceptifs⁵⁵. Une décision prise par un organe d'administration au nom et pour le compte d'une personne morale constitue un acte juridique unilatéral⁵⁶. Cette décision peut être prise en conflits d'intérêts lorsque les intérêts de la personne morale ne coïncident pas avec ceux de ses organes. Ceci est confirmé par les articles 5:76, 6:64, 7:96 et 7:115 du Code des sociétés et associations (C.S.A.) relatifs au règlement des conflits d'intérêts des administrateurs dans la SRL, la SC et la SA⁵⁷. Dans une contribution récente, A. Jansen rappelle

⁵¹ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, op. cit., pp. 58-65.

⁵² Par ex. : la vente (art. 1596 anc. C. civ.) ; la donation ou libéralité (Mons, 17 juin 2014, J.L.M.B., 2018, p. 947, obs. V. PALM ; Mons, 24 mars 2016, R.G.D.C., 2016, p. 528).

⁵³ *Ibid.*, n° 6.

⁵⁴ P. VAN OMMESLAGHE, *Les obligations*, in De Page, *Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 1070.

⁵⁵ *Contra* : W. HAU et R. POSECK, « § 181 BGB », op. cit., n° 9 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », op. cit., n° 9.

⁵⁶ S. DE DIER, *Nietigheid van bestuursbesluiten in een vennootschap*, Roulers, Roularta, 2016, n° 45 ; C. SPIERINGS, *De eenzijdige rechtshandeling*, Deventer, Kluwer, 2016, n° 2.4.10.

⁵⁷ Voy. également S. DE DIER, *ibid.*, n° 257 et s.

que des conflits d'intérêts similaires peuvent exister dans le chef des délégués à la gestion journalière⁵⁸.

Pareillement, l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil s'appliquera à la renonciation au droit réel par son titulaire (art. 3.15, 5°, C. civ.), à la promesse de récompense, à une offre publique d'acquisition, etc., dès lors qu'il existe un conflit d'intérêts entre le représentant et le représenté. Une « contrepartie » au sens strict du terme n'est pas nécessaire.

18. Les actes de procédure ne sont pas soumis à l'interdiction de se porter contrepartie. La question s'est posée de savoir si l'interdiction de se porter contrepartie s'applique aux actes de procédure⁵⁹. Un « acte de procédure »⁶⁰ est « un acte accompli dans le cadre d'une procédure mue en justice ou sous le contrôle de la justice, émanant des parties, de leurs mandataires ou des auxiliaires du juge »⁶¹. Il peut donc s'agir d'actes établis par les parties ou leurs conseils, par un huissier de justice, le greffier, un notaire, un témoin, un expert, etc.⁶². L'acte de procédure est-il soumis à l'interdiction de se porter contrepartie ? Un organe de la société peut-il établir des actes de procédure alors qu'il y a conflit d'intérêts avec la société ?

Il faut considérer que les actes de procédure répondent à une autre logique que les actes juridiques et sont soumis à un autre jeu de règles spécifiques⁶³. Les actes de procédure sont soumis à des règles spécifiques en matière de nullité (art. 860-867 C. jud.)⁶⁴ et sont de la sorte exclus des règles relatives à la nullité des actes juridiques du Code civil⁶⁵.

Comment régler les problèmes de conflits d'intérêts dans le cadre de l'établissement d'actes de procédure ? Ces problèmes seront réglés en dehors du droit de la procédure civile. Ainsi, un organe qui méconnaît les règles applicables aux conflits d'intérêts en droit des sociétés pourra être responsable vis-à-vis de la société pour le dommage qui en résulterait pour cette

⁵⁸ A. JANSEN, « L'Amendement. Loyauté bien ordonnée commence par les délégués (à la gestion journalière) », *T.R.V.-R.P.S.*, 2022, pp. 348 et s.

⁵⁹ SCHUBERT, « § 181 BGB », in *Münchener Kommentar zum BGB*, Munich, Beck, 2021, n° 21 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 27.

⁶⁰ Ces actes se distinguent des décisions des juges et sont appelés « actes juridictionnels » (A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Liège, Faculté de droit de l'Université de Liège, 1987, p. 113, n° 117).

⁶¹ Cass., 28 avril 1988, R.G. n° 8285, *Ann. dr. Liège*, 1989, p. 185, note G. DE LEVAL ; *Arr. Cass.*, 1987-1988, p. 1088 ; *Bull.*, 1988, p. 1028 ; *J.T.*, 1989 (abrégé), p. 277 ; *Pas.*, 1988, I, p. 1028 ; *R.W.*, 1989-1990 (abrégé), p. 161, note.

⁶² P. Taelman, C. Van Severen et J. Van Doninck, « Herstel van vormgebreken in het burgerlijk procesrecht », in *Efficiënt procederen voor een goede rechtsbedeling*, Malines, Kluwer, 2016, p. 309, n° 3.

⁶³ SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 27. Voy. également P. Taelman, C. Van Severen et J. Van Doninck, *ibid.*, p. 309, n° 3.

⁶⁴ Ces règles relatives à la nullité des actes de procédures ne s'appliquent pas aux actes juridictionnels (Cass., 6 février 1984, *J.J.T.*, 1984, p. 109 ; A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 113, n° 117).

⁶⁵ I. CLAEYS et T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Anvers, Intersentia, 2022, pp. 524-525, n° 682.

dernière. Dans le cas où un acte de procédure aurait été accompli au nom d'une personne en l'absence de toute représentation légale sans qu'elle l'ait ordonné, permis ou ratifié, même tacitement, elle pourra demander au juge de le déclarer non avenu (art. 848 C. jud.).

C. Pour autant qu'il existe un conflit d'intérêts ?

1. Position du problème

19. Évolution : de l'article 1596 de l'ancien Code civil à l'article 1.8, paragraphe 6 du Code civil. Nous l'avons vu, la majorité de la jurisprudence et de la doctrine, sous l'empire de l'article 1596 de l'ancien Code civil, s'accorde, à tort, sur le fait qu'aucune marge d'appréciation n'est laissée au juge lorsque le représentant s'est porté contrepartie (voy., *supra* n° 11)⁶⁶. Nous pensons que le nouveau régime de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil doit au contraire s'apprécier *in concreto*.

En effet, compte tenu de la *ratio legis* de la disposition qui est de sanctionner les actes établis en conflit d'intérêts par le représentant, nul besoin d'une telle sanction en l'absence d'un tel conflit.

Par ailleurs, comme nous le verrons, le nouveau droit des contrats introduit dans notre Code civil la « théorie de la nullité appropriée »⁶⁷ selon laquelle « le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée » (art. 5.57, al. 2, C. civ.). Cette disposition a d'ailleurs été consacrée de manière anticipative⁶⁸ par la Cour de cassation dans ses arrêts du 7 novembre 2019 et 22 janvier 2021⁶⁹. La nullité serait ainsi particulièrement inappropriée en cas d'absence de conflit d'intérêts (voy. *infra*, n° 37).

⁶⁶ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas.*, 1982, I, p. 125.

⁶⁷ N. VAN DAMME, « Le point sur le sort de l'assurance se rapportant à une activité ou une situation illicite », *For. ass.*, 2022, p. 181, n° 17.

⁶⁸ Voy. à propos de l'application anticipative par la jurisprudence des dispositions non encore entrées en vigueur du nouveau Code civil : I. CLAEYS et T. TANGHE, « Nabeschouwing – Wetsvoorstel verbintenissen : anticiperend toepassen of interpreteren », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1477-1480 ; E. DIRIX, « Rechtspraak en nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1158-1160 ; L. CORNELIS, « Rechtspraak en nieuw BW: vooruitlopen en teruggrijpen zijn aan de wetgevers voorbehouden », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1437-1438 ; E. DIRIX, « Antwoord op de kanttekening van Ludo Cornelis », *R.W.*, 2020-2021, pp. 1439-1440.

⁶⁹ Cass., 22 janvier 2021, R.G. n° C.19.0303.N, *NjW*, 2021, liv. 441, 348, note M. MEIRLAEN ; *M.C.P.*, 2021, liv. 1, p. 118 ; *R.W.*, 2021-2022, liv. 25, p. 998, note D. WILLEMS ; *Entr. et dr.*, 2021, liv. 3, p. 260 ; *T.B.O.*, 2021, liv. 4, p. 266, note S. VERHOEVEN et A. VERSCHAVE ; Cass. (1^{re} ch.), 7 novembre 2019, R.G. n° C.19.0061.N ; *Amén.*, 2020 (reflet F. ONCLIN), liv. 4, p. 251 ; *J.T.*, 2020 (sommaire), liv. 6838, p. 893, note E. DE DUVE ; *NjW*, 2019, liv. 413, p. 895, note M. MEIRLAEN ; *R.A.B.G.*, 2020, liv. 3, p. 189 ; *Rev. not. b.*, 2020, liv. 3153, p. 713, note F. ONCLIN ; *R.W.*, 2020-2021, liv. 23, p. 900, note S. MEYS ; *R.G.D.C.*, 2020, liv. 8, p. 475, note F. PEERAER ; *T.B.O.*, 2020, liv. 1, p. 43, note F. PEERAER ; *T. Not.*, 2020, liv. 1, 10, note M. MEIRLAEN et A. SOETE.

20. Nécessité d'un conflit d'intérêts *in concreto* : analyse au cas par cas. L'interdiction prévue à l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ne s'applique donc pas de manière absolue à toute forme de représentation. Elle ne s'applique que lorsqu'il existe réellement un potentiel conflit d'intérêts⁷⁰.

C'est dès lors à tort que la cour d'appel d'Anvers a décidé qu'en vertu du principe général selon lequel l'on ne peut intervenir en différentes qualités dans un seul et même acte juridique, un époux ne pourrait constituer son conjoint comme mandataire en vue de l'établissement de l'inventaire préalable au divorce par consentement mutuel⁷¹. Comme le soulignent fort justement G. Van Oosterwijck et P. Wéry, « il est difficile d'admettre qu'il y ait un réel conflit d'intérêts dans la phase préliminaire, dans laquelle le notaire ne fait que constater la présence matérielle d'une série d'objets mobiliers corporels au domicile de la conjointe et du conjoint »⁷².

À juste titre, la cour d'appel de Mons a-t-elle jugé, dans le cadre d'une vente publique d'un bien appartenant au failli, qu'en se portant surenchérisseur en tant que curateur *qualitate qua*, ce dernier ne représente pas le saisi failli, mais bien l'ensemble des créanciers et qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts entre le saisi failli et son curateur. Ainsi, rien ne doit empêcher le curateur de surenchérir lorsque le prix auquel a été adjugé l'immeuble du failli lui paraît trop bas. Il peut ainsi, sans être taxé de spéculation, faire rentrer le bien dans la masse pour plus tard, à un moment qui lui paraîtra plus favorable, le faire à nouveau exposer en vente⁷³.

En droit allemand, en revanche, il semble que l'absence de conflit d'intérêts s'analyse de manière abstraite et non concrète de sorte que, dès lors qu'une situation typique ne crée pas de conflit d'intérêts, l'interdiction de contrepartie (§ 181 BGB) ne s'applique pas⁷⁴.

2. Situations d'(in)application

a) Le double mandat

21. Le double mandat est visé par l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Le « double mandat » vise la situation dans laquelle le mandataire

⁷⁰ P. WÉRY, *Le mandat*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 169, n° 105-c). Dans le même sens : B. VAN DEN BERGH, « Het aankoopverbod voor lasthebbers krachtens art. 1596 BW: pleidooi voor een rechterlijke belangenafweging i.p.v. een absolute wettelijke onbekwaamheid », *op. cit.*, p. 1105. Comp. en droit allemand : SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 6.

⁷¹ Anvers, 16 mai 1990, *Not. Fisc. M.*, 1990, p. 181, note G. VAN OOSTERWIJCK.

⁷² P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 169, n° 105-c) ; G. VAN OOSTERWIJCK, « Lastgeving tussen echtgenoten en boedelbeschrijving voorafgaandelijk echtscheiding door onderlinge toestemming », note sous Anvers, 16 mai 1990, *Not. Fisc. M.*, 1990, pp. 182-187.

⁷³ Mons, 17 novembre 1976, *Rev. not. b.*, 1977, p. 66.

⁷⁴ SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 6 et 8.

accomplit un acte juridique, non pas pour son compte personnel, mais pour celui de deux mandants dont les intérêts sont antagoniques. Il n'y a donc *a priori* pas d'opposition d'intérêts entre celui du représentant et ceux des représentés, mais entre ceux des représentés. Nous avons vu toutefois qu'il existe un « conflit d'intérêts » dès lors qu'une même personne (le représentant) se trouve dans une situation dans laquelle les devoirs qu'elle a envers différents représentés sont en opposition (voy. *supra*, n° 10). Comme l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ne vise pas seulement les actes établis par le représentant en « contrepartie » du représenté, mais plus généralement l'intervention par le représentant « en cas de conflit d'intérêts », il semble que l'interdiction de contrepartie consacrée par cet article s'applique aussi au double mandat.

22. Réparation du préjudice causé pour manquement au devoir de loyauté par le représentant. À juste titre a-t-il été évoqué par la doctrine que la figure juridique contrevient du « double mandat », elle aussi, au devoir de loyauté⁷⁶ du représentant. Comme le souligne P. Wéry, « la tentation existe, en effet, pour un mandataire chargé, par exemple, de vendre et d'acheter une même marchandise, de privilégier l'un de ses mandants au détriment des intérêts de l'autre »⁷⁷.

Dès lors, P. A. Foriers se pose la question de savoir « si on ne doit pas considérer que le mandataire représentatif qui accepte un double mandat à l'insu de ses mandants manque à la loyauté vis-à-vis de chacun de ses contractants et est tenu de réparer le préjudice éventuellement subi par eux du chef de ce manquement, mais qu'il est pour le reste demeuré dans les limites de son double pouvoir de représentation ? »⁷⁸. Nous pensons qu'une réponse affirmative à cette question s'impose⁷⁹.

Enfin, notons que la déontologie des avocats interdit, en principe, le double mandat précisément pour éviter que le double mandataire privilégie un mandant sur l'autre⁸⁰.

b) *La représentation « du même côté » de l'acte juridique*

23. Pas d'interdiction pour autant qu'il n'y ait pas de conflit d'intérêts. L'interdiction de se porter contrepartie ne joue que lorsqu'il y a

⁷⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 172, n° 109.

⁷⁶ La loyauté est également à la base de l'interdiction de se porter contrepartie : P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *op. cit.*, p. 630, n° 20.

⁷⁷ P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 172, n° 109.

⁷⁸ P. A. FORIERS, *Les obligations*, t. 1, *op. cit.*, p. 60, n° 55.

⁷⁹ Dans le même sens, P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », *op. cit.*, n°s 62 et s. ; V. SIMONART, « Conclusions générales », in *Les conflits d'intérêts*, *op. cit.*, p. 325, n° 37.

⁸⁰ Voy. également en France : P.-F. CUIF, *ibid.*, n° 15.

conflits d'intérêts. Elle ne s'applique pas lorsque le représentant agit à la fois pour lui-même et au nom du représenté, tout en étant du même côté de l'acte juridique et donc sans se porter contrepartie à l'acte. Lorsque deux personnes se portent acquéreurs d'un même immeuble, l'un d'entre eux peut à la fois représenter l'autre et à la fois se représenter lui-même. Il n'y a pas de conflits d'intérêts puisque le représentant et le représenté se trouvent du même côté de l'acte juridique (la vente)⁸¹. Évidemment, l'absence de conflit d'intérêts peut cesser et peut naître en cours de formation d'un acte juridique ou d'une procédure. Dans ce cas, nous pensons que l'interdiction de se porter contrepartie pourrait trouver à s'appliquer.

c) La société unipersonnelle

24. L'interdiction de contrepartie ne joue pas. La question s'est posée de savoir si l'interdiction de se porter contrepartie joue aussi dans les sociétés unipersonnelles⁸². Une réponse négative s'impose. Les articles 5:76, paragraphe 4, et 7:102, paragraphe 1^{er}, *in fine*, du CSA vont en ce sens et précisent à cet égard que, même en cas de conflit d'intérêts entre l'administrateur et la société, « lorsque l'administrateur unique est également l'actionnaire unique, il peut prendre la décision ou réaliser l'opération lui-même »⁸³.

d) L'accord du représenté sur les conditions de l'acte juridique

25. Le représentant se porte contrepartie à l'acte selon les conditions établies par le représenté. Lorsque le représentant se porte contrepartie à l'acte juridique selon les conditions précises établies par avance par le représenté, se pose la question de savoir s'il y a bien conflit d'intérêts au sens de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Le propriétaire d'un bien qui fait appel à un agent immobilier pour mettre en vente son immeuble et signer la vente, et qui précise que la vente peut être conclue dès lors que le prix « X » est offert par un candidat-acquéreur doit-il être protégé par l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ? Y a-t-il réellement un conflit d'intérêts ? Dans cette hypothèse précise, il nous semble que non.

Nous avons vu que la Cour de cassation a considéré, dans son arrêt du 24 septembre 1981, que, « la prohibition de l'article 1596, alinéa 3, du Code civil peut s'appliquer même lorsque le mandant a fixé le prix auquel le bien peut être vendu, cette seule circonstance n'impliquant pas la cessation du

⁸¹ W. HAU et R. POSECK, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 8 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », *op. cit.*, n° 8.

⁸² SCHILKEN, *ibid.*, n° 31. § 35, alinéa 3 *GmbHG* prévoit expressément que, lorsque toutes les parts sociales de la société sont détenues par un associé ou, à côté de celles-ci, par la société et qu'il en est également le gérant unique, le paragraphe 181 du Code civil s'applique à ses actes juridiques avec la société.

⁸³ H. BRAECKMANS et R. HOUBEN, *Handboek vennootschapsrecht*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 284, n° 597.

mandat »⁸⁴. Nous pensons toutefois que cette jurisprudence peut être abandonnée aujourd'hui compte tenu de la *ratio legis* de l'interdiction et de la théorie de la « nullité inappropriée » introduite par le Code civil (voy. *supra*, n° 20 et *infra* n° 37).

La situation est quelque peu différente lorsque le propriétaire du bien et l'agent s'accordent sur un prix « minimum » de vente, sous-entendant que l'agent fera tout pour obtenir un prix supérieur à ce prix minimum. Si l'agent se porte contrepartie et offre le prix minimum, irement, le représenté mérite la protection de l'article 1.8, paragraphe 6, Code civil. Qu'en est-il lorsque l'agent immobilier communique avant la mise en vente du bien un « prix minimum » et un « prix maximum » pour le bien et qu'il se porte contrepartie en offrant un prix intermédiaire entre ces deux prix ? La réponse est déjà plus délicate. Il nous semble que cette situation ne pourra être résolue à partir de l'interdiction de se porter contrepartie, mais bien à partir de l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions.

e) *L'accord du représenté sur la contrepartie ou le conflit d'intérêts*

26. Écartement de l'interdiction en cas d'accord par le représenté sur la contrepartie ou le conflit d'intérêts. L'interdiction de se porter contrepartie ne joue pas lorsque le représenté y a consenti expressément ou tacitement (art. 1.8, § 6, *in fine* C. civ.)⁸⁵.

Un exemple classique est celui du mandat hypothécaire. Via ce mandat, le débiteur d'un crédit donne mandat à sa banque de constituer une hypothèque sur l'immeuble pour un certain montant défini à l'avance, à une date ultérieure lorsqu'elle estime cela nécessaire (par ex. lorsque le débiteur ne s'acquitte pas de ses paiements pour le crédit). Cette technique fut autrefois critiquée sur la base de l'interdiction de se porter contrepartie. En effet, la banque serait à la fois le représentant du débiteur du crédit et contrepartie à la constitution de l'hypothèque. C'est la raison pour laquelle l'on suggère souvent de ne pas donner cette « procuration hypothécaire » à la banque, mais à une personne liée à la banque⁸⁶. Comme indiqué plus haut, il n'est pas certain que l'interposition d'une personne contrôlée par l'organisme bancaire ayant consenti le crédit soit efficace pour contourner l'interdiction prévue à l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil. Toutefois, en l'espèce, le recours à l'interposition de personnes n'est

⁸⁴ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas.*, 1982, I, p. 125.

⁸⁵ P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 170, n° 105-c) ; P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts. Essai d'un principe juridique en droit privé », *op. cit.*, n° 60 ; M. EKELMANS, « Contrats d'intermédiaires », in *Les conflits d'intérêts*, *op. cit.*, p. 14 ; Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, *op. cit.*, pp. 102 et 103, n° 106. Voy. également : art. 1161 C. civ. français ; Cass. req. (fr.), 22 mai 1905, *D.*, 1906, I, p. 33 ; Cass. req. (fr.), 11 janvier 1900, *D.*, 1909, I, p. 530 ; Gand, 18 mai 1876, *Pas.*, 1877, II, p. 15.

⁸⁶ F. T KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, pp. 309 et 310, n° 614.

pas nécessaire puisque le représenté autorise la contrepartie. L'interdiction de se porter contrepartie est donc écartée de manière conventionnelle⁸⁷.

Selon la cour d'appel de Bruxelles, en matière de réorganisation judiciaire des entreprises en difficulté (voy. art. XX.77 et s. C.D.E.), la loi n'interdit pas au créancier de donner procuration au débiteur ou au conseil de ce dernier pour participer au vote  le plan. Le créancier qui donne mandat au débiteur pour voter en faveur d'un plan renonce de manière conventionnelle à l'application de l'interdiction de se porter contrepartie⁸⁸. Il nous semble toutefois que l'établissement d'un accord au moins implicite est nécessaire pour écarter l'application de l'interdiction de contrepartie dans cette hypothèse.

Qu'en est-il lorsqu'un agent immobilier, chargé de vendre un bien immobilier, acquiert directement ou indirectement (par personne interposée) l'immeuble au prix fixé par le mandant (le propriétaire de l'immeuble) ? Peut-on en déduire un accord (implicite) de la part du mandant ? Puisque le mandant reçoit ce qu'il veut (à savoir le prix qu'il voulait recevoir pour son bien), y a-t-il conflit d'intérêts ? La Cour de cassation française adopte une position très stricte et considère que l'interdiction faite au mandataire d'acquérir par lui-même ou par personne interposée le bien qu'il est chargé de vendre s'applique même si la vente se fait au prix fixé par le mandant⁸⁹.

27. Principe supplétif, sauf disposition contraire impérative ou d'ordre public. La prohibition de se porter contrepartie est supplétive de volonté et il est donc permis d'y déroger par les parties⁹⁰. L'on ne peut toutefois pas y déroger, si l'interdiction fait l'objet d'une application spéciale impérative ou d'ordre public (*lex specialis derogat legi generali*)⁹¹, comme c'est le cas des dispositions relatives aux conflits d'intérêts dans les sociétés⁹². Pareillement, l'article 499/10, paragraphe 1^{er}, de l'ancien Code civil dispose qu'à l'exception du conjoint, l'administrateur ne peut acquérir les biens de la personne protégée, ni directement ni par personne interposée, sauf moyennant l'autorisation spéciale du juge de paix. L'article 411 de l'ancien Code civil prévoit une interdiction similaire pour le tuteur et le subrogé tuteur en ce qui concerne les biens du mineur. Ces dispositions sont d'ordre public de sorte que l'on ne peut y déroger par convention⁹³.

⁸⁷ Comp. P. WÉRY, *Le mandat*, op. cit., p. 170, n° 105-c).

⁸⁸ Bruxelles, 17 janvier 2013, D.A.O.R., 2014/109, p. 144. *Contra* : J.-P. RENARD et V. RENARD, « Vote par procuration d'un plan de réorganisation : mode d'emploi », obs. sous Bruxelles, 3 mars 2011, J.L.M.B., 2011, p. 997, n° 7.

⁸⁹ Cass. fr. (civ., 1^{re} ch.), 27 janvier 1987, n° 84-16.113.

⁹⁰ P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », op. cit., p. 632.

⁹¹ Voy., sur ce principe, la contribution de C. BOTMAN dans le présent ouvrage.

⁹² P. A. FORTIERS, *Les obligations*, t. 1, op. cit., p. 59, n° 53.

⁹³ J.P., Anvers, 29 janvier 2019, J.J.P., 2019, p. 266 (Le mandat extrajudiciaire prévoit une clause selon laquelle le mandataire peut, au nom du mandataire, agir avec lui-même comme partie adverse à l'égard de tous

28. Pluralité de mandants : accord nécessaire de tous. Si un mandataire représente plusieurs mandants, l'accord de tous les mandants sera nécessaire pour écarter l'interdiction de se porter contrepartie⁹⁴.

f) Actes neutres ou avantageux pour le représenté et actes en exécution d'une obligation

29. Actes neutres ou avantageux. Une réduction téléologique de la prohibition peut la rendre inapplicable à des actes qui sont neutres ou (*a fortiori*) avantageux pour le représenté⁹⁵. En droit allemand, le paragraphe 181 BGB n'est pas applicable à ce genre d'actes où il n'y a objectivement aucun risque de conflit d'intérêts pour le représenté⁹⁶. La *Bundesgerichtshof* a par exemple jugé que l'interdiction n'avait pas lieu de s'appliquer à la donation de tapis orientaux par une mère à son enfant mineur⁹⁷. Ainsi, la mère s'était portée donatrice d'une part et agissait en tant que représentante de l'enfant mineur en ce qui concerne l'acceptation de cette donation.

30. Exécution d'une obligation. Le paragraphe 181 *in fine* BGB dispose que l'interdiction de se porter contrepartie ne s'applique pas aux actes qui ne sont que l'exécution d'une obligation. Dans ces cas, le représenté était déjà engagé par cette obligation et son exécution n'est que ce qui était déjà convenu⁹⁸. Il n'y a donc pas de conflit d'intérêts.

31. Transposition en droit belge. Les deux exceptions précitées consacrées en droit allemand pourraient également s'appliquer *mutatis mutandis* en droit belge sur la base d'une réduction téléologique de la prohibition.

les actes juridiques, dont notamment la vente de biens. En outre, le mandataire a un droit de préemption sur l'appartement qui appartient au mandant. L'article 490/2, § 1^{er}, al. 4, C. civ. dispose que le juge de paix désigne un mandataire *ad hoc* lorsque les intérêts du mandataire sont en opposition avec ceux du mandant. Cet article a pour conséquence qu'il ne peut être dérogé conventionnellement dans le cadre d'un mandat extrajudiciaire au principe général selon lequel il est interdit pour un mandataire d'agir comme partie adverse du mandant).

⁹⁴ P. DIDIER, « La représentation dans le nouveau droit des obligations », *JCP G*, 2016, p. 996.

⁹⁵ Dans le cadre d'une réduction téléologique, on constate qu'une disposition légale est formulée de manière plus large que ce que son objectif nécessite réellement. En ce sens, il y a un vide législatif, puisque la disposition légale ne prévoit pas d'exception nécessaire. Cette lacune est comblée en limitant (c'est-à-dire en réduisant) l'application de cette disposition aux cas visés par son objectif. Voy. sur la réduction téléologique : S. VAN LOOCK, « Het Hof van Cassatie erkent de buitengerechtelijke ontbinding: driemaal is scheepsrecht », *R.D.C.*, 2020, pp. 502 et 503, n° 14 ; N. VAN DAMME, *Wetsontduiking. Fraus legis*, op. cit., pp. 159 et 160 ; W. VAN GERVEN, *Algemeen deel in Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, p. 58, n° 18 ; C.-W. CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 44, n° 35 ; K. LARENZ et C.-W. CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995, pp. 209 et 210.

⁹⁶ SCHUBERT, « § 181 BGB », op. cit., n° 34 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », op. cit., n° 32.

⁹⁷ BGH, 25 avril 1985, NJW, 1985, 2407.

⁹⁸ SCHUBERT, « § 181 BGB », op. cit., n° 99 ; SCHILKEN, « § 181 BGB », op. cit., n° 61.

Sous-section 3

Champ d'application temporel (*ratione temporis*)

32. Fin de la représentation. L'interdiction de se porter contrepartie subsiste aussi longtemps qu'il n'a pas été mis fin à la représentation⁹⁹. C'est notamment le cas lorsque le mandat a été révoqué par le mandant¹⁰⁰ ou si la représentation légale ou judiciaire prend fin.

33. Révocation tacite de la représentation par l'accomplissement de l'acte par le représenté. La représentation contractuelle (le mandat) peut être révoquée à tout moment par le mandant (art. 2004 anc. C. civ.). Le mandataire n'agissant plus comme représentant du représenté, l'interdiction de se porter contrepartie ne joue plus. Dans son arrêt du 13 septembre 2012, la Cour de cassation a considéré que « l'accomplissement de l'acte qui est l'objet du mandat par le mandant lui-même vaut révocation tacite de ce mandat »¹⁰¹. Ainsi, le propriétaire d'un immeuble qui fait appel à un agent immobilier pour mettre en vente son bien et signer l'acte de vente, mais procède lui-même à l'accomplissement de la vente en trouvant un acquéreur, révoque tacitement le mandat octroyé à l'agent immobilier. En effet, l'objet du mandat devient impossible à réaliser. Dès lors, si l'acquéreur du bien s'avère être l'agent immobilier en question, la vente ne pourra être attaquée **au visa** de l'interdiction de se porter contrepartie¹⁰².

Section 3

Conséquences juridiques

Sous-section 1

Nature de la prohibition

34. Position traditionnelle et critique. L'interdiction de se porter contrepartie est traditionnellement considérée comme instaurant une incapacité spéciale¹⁰³. Cette position a été remise en cause à juste titre dans la doctrine moderne. Un régime d'incapacité est généralement imposé pour protéger

⁹⁹ Cass., 13 septembre 2012, R.G. n° C.11.0730.F ; Arr. Cass., 2012, liv. 9, p. 1940 ; Pas., 2012, liv. 9, p. 1667 ; R.W., 2013-2014, liv. 28, p. 1100, note B. VAN DEN BERGH ; T.B.O., 2013, liv. 3, p. 116 ; T. Not., 2013, liv. 10, p. 556 ; P. WÉRY, « Examen de jurisprudence (1991 à 2021). Les contrats spéciaux. Le mandat – le prêt à usage et le prêt de consommation – Le dépôt », *op. cit.*, p. 631, n° 20.

¹⁰⁰ P. WÉRY, *ibid.*, p. 631, n° 20.

¹⁰¹ Cass., 13 septembre 2012, R.G. n° C.11.0730.F ; Arr. Cass., 2012, liv. 9, p. 1940 ; Pas., 2012, liv. 9, p. 1667 ; R.W., 2013-2014, liv. 28, p. 1100, note B. VAN DEN BERGH ; T.B.O., 2013, liv. 3, p. 116 ; T. Not., 2013, liv. 10, p. 556.

¹⁰² B. VAN DEN BERGH, « Het aankoopverbod voor lasthebbers krachtens art. 1596 BW: pleidooi voor een rechterlijke belangenafweging i.p.v. een absolute wettelijke onbekwaamheid », *op. cit.*, p. 1104.

¹⁰³ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, V, *op. cit.*, p. 387, n° 384.

l'incapable, tandis que l'interdiction de se porter contrepartie ne poursuit pas la protection du représentant, mais du représenté¹⁰⁴. F. Laurent remarquait déjà que l'article 1596 de l'ancien Code civil était différent que les incapacités en général¹⁰⁵.

35. Position moderne : détournement de pouvoir. La doctrine moderne considère que l'interdiction de se porter contrepartie crée un manque de pouvoir dans le chef du représenté. Vu le risque des conflits d'intérêts, le représentant n'a pas le pouvoir de contracter¹⁰⁶. Comme l'écrit Ph. Pétel, « [d]ans le cas général, c'est-à-dire s'il n'autorise pas le mandataire à se porter contrepartiste, il est évident que ce donneur d'ordre n'envisage même pas une telle éventualité. En effet, [...] le conflit d'intérêts qui naîtrait d'une telle opération créerait un danger inacceptable pour lui. On ne peut donc pas raisonnablement supposer que le mandant ait accepté ce risque. [...] En faisant la contrepartie alors que le mandant a implicitement exclu cette possibilité, le mandataire méconnaît ses instructions. Plus précisément, il dépasse les limites de ses pouvoirs »¹⁰⁷.

En se constituant contrepartie, le représentant excède les bornes de son pouvoir : il n'avait pas le pouvoir de traiter avec lui-même¹⁰⁸.

Sous-section 2

Sanctions

36. Position dominante : nullité. À l'instar de l'article 1596 de l'ancien Code civil et de la jurisprudence de la Cour de cassation, l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil dispose que l'interdiction est sanctionnée par une nullité (relative). Comme nous l'avons évoqué plus haut en ce qui concerne l'article 1596 de l'ancien Code civil (voy. *supra*, n° 11), cette sanction radicale semble s'appliquer dès l'instant où la prohibition est *surprise*, sans mise en balance des intérêts en jeu et même sans que le mandant doive démontrer un préjudice. Par exemple, même si le mandant a indiqué le prix auquel il était disposé à vendre, l'interdiction s'applique¹⁰⁹.

37. Critique par B. Van den Bergh. Dans sa note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2012, B. Van den Bergh critique la sévérité de

¹⁰⁴ B. TILLEMANS, « Totstandkoming en kwalificatie van de koop », in *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2001, n° 1623.

¹⁰⁵ Voy. déjà F. LAURENT, *Principes de droit civil français*, XXIV, Bruxelles, Bruylant, 1877, p. 60, n° 50.

¹⁰⁶ B. TILLEMANS, « Totstandkoming en kwalificatie van de koop », *op. cit.*, n° 1623.

¹⁰⁷ Ph. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Litec, 1988, pp. 141 et 142, n° 218.

¹⁰⁸ Ph. ERNST, *Belangenconflicten in naamloze vennootschappen*, *op. cit.*, p. 137, n° 147. Avec des réserves : P. WÉRY, *Le mandat*, *op. cit.*, p. 169, n° 105-c).

¹⁰⁹ Cass., 24 septembre 1981, R.G. n° 6372, *Pas*, 1982, I, p. 125.

la sanction de l'interdiction de se porter contrepartie. Il argumente en disant que la nullité doit être une sanction sur mesure, **dans la lumière de** la nature et du but poursuivi par la règle méconnue. Il ex  par ailleurs, dit-il à juste titre, d'autres mécanismes pour le représenté pour attaquer les actes posés par son représentant si ceux-ci le préjudicient. Sur la base d'une interprétation socio-téléologique de l'article 1596 de l'ancien Code civil, cet auteur milite en faveur d'une balance des intérêts *in concreto* dans l'application de cet article (voy. *supra*, n° 20).

38. Réforme en *stoemelings* ? La théorie de la « nullité inappropriée ».

Le texte de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil semble reprendre la sanction de nullité dans toute sa sévérité. Mais les apparences peuvent être trompeuses. Le nouvel article 5.57, alinéa 2, du Code civil contient une atténuation intéressante de la sanction de nullité. À l'instar de la conception moderne de la nullité, cet article dispose que « le contrat demeure valable dans les cas prévus par la loi ou lorsqu'il résulte des circonstances que la sanction de la nullité ne serait manifestement pas appropriée, eu égard au but de la règle violée ». C'est la théorie de la « nullité inappropriée »¹¹⁰.

Même s'il s'agit d'une exception à la règle générale, « la disposition permet, dans des cas spécifiques, d'écarter la sanction de la nullité au profit d'une autre sanction plus appropriée, voire même dans certains cas d'éviter l'application de toute sanction »¹¹¹. Pour écarter la sanction de nullité, le juge peut, selon les travaux préparatoires, entre autres tenir compte du but de la règle violée, de toute sanction qui pourrait être imposée en vertu de la règle violée, de la gravité de la violation, des attentes raisonnables des parties, etc.

Une lecture conjointe des articles 1.8, paragraphe 6, et 5.57, alinéa 2, du Code civil permet d'atténuer la sévérité aveugle de la sanction traditionnelle de l'interdiction de se porter contrepartie et donne au juge la possibilité de faire une balance des intérêts. Le juge peut tenir compte du résultat concret de l'opération, comme par exemple le fait que le représenté n'est pas lésé par l'acte établi par son représentant ou le fait que le prix était égal ou plus élevé que le prix minimum envisagé par le représenté. Si une autre sanction, par exemple des dommages et intérêts ou l'inopposabilité de l'acte, ou encore aucune sanction sont manifestement plus appropriées, le juge peut écarter la sanction de nullité.

39. Critique du choix pour la nullité. Vu que l'interdiction dans l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil n'instaure pas une incapacité, mais

¹¹⁰ N. VAN DAMME, « Le point sur le sort de l'assurance se rapportant à une activité ou une situation illicite », *op. cit.*, p. 181, n° 17.

¹¹¹ *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n° 55-1806/001, p. 64.

s'explique par l'idée d'excès de pouvoir, on peut s'interroger sur le choix du législateur de prévoir la nullité comme sanction. Le mépris de l'interdiction étant un détournement de pouvoir, la sanction est déjà prévue par l'article 1998, alinéa 2, de l'ancien Code civil : « [Le mandant] n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà [du pouvoir qui lui a été donné], qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. » Le représentant n'est pas lié par l'acte fait par le représentant dépassant ses pouvoirs.

Conclusion

40. Une réforme qui en cache une autre ? L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil consacre le principe général interdisant de se porter contrepartie en droit positif. Même si cela semble être une simple codification à droit constant, la réforme va plus loin. L'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil ne vise pas seulement les cas où le représentant se porte contrepartie, mais aussi tout autre conflit d'intérêts dans son chef. Plus important encore, la réforme du régime des nullités a, par ricochet, des conséquences importantes sur la sanction classique de la violation de l'interdiction. Le nouvel article 5.57, alinéa 2, du Code civil donne au juge le pouvoir de faire une balance d'intérêts concrète en sanctionnant le mépris de l'article 1.8, paragraphe 6, du Code civil.