

5. Il ressort de l'arrêt que:

– les 18 octobre 2011 et 10 novembre 2011, la société anonyme Habitat Concept Solutions, dont le demandeur était l'administrateur délégué, a conclu avec la défenderesse des conventions de location et de location-vente de matériel roulant;

– le demandeur a signé les conventions précitées en sa qualité d'administrateur délégué de la société anonyme Habitat Concept Solutions;

– les conditions générales, reprises au verso des conventions précitées, indiquent: « CODEBITEUR: lorsque le matériel est pris en location par une société, ce n'est pas seulement cette société qui est tenue au respect et à l'exécution de la convention, mais également, à titre personnel, solidairement et indivisiblement avec le locataire, le dirigeant, le gérant ou le fondé de pouvoir qui a signé la convention au nom de la société. En conséquence, le signataire s'engage aussi personnellement, solidairement et indivisiblement avec la société pour laquelle il agit, à respecter toutes les dispositions prévues dans la convention et les conditions générales de cette convention »;

– le 25 février 2013, après la déclaration de faillite de la société Habitat Concept Solutions, la défenderesse a cité le demandeur en tant que prétendu codébiteur pour les conventions précitées.

6. La circonstance que le demandeur, en sa qualité d'administrateur délégué de la société anonyme Habitat Concept Solutions, a signé les conventions, implique que seule cette

société a contracté avec la défenderesse et peut dès lors être considérée comme ayant accepté les conditions générales de ces conventions. Le demandeur n'est pas lié par ces conventions en son nom propre, et est à considérer comme un tiers au sens de l'article 1165 du Code civil.

7. En considérant qu'« en signant la convention, le signataire a marqué son accord sur les conditions générales, qui font partie intégrante de la convention », qu'« en acceptant ces conditions générales, l'administrateur délégué qui signe au nom de la société a aussi marqué son accord pour s'engager en tant que codébiteur solidaire, et qu'à cette fin, il n'est pas requis qu'il signe une seconde fois, en son nom propre, la convention », de sorte que « le demandeur s'est engagé, comme codébiteur, à payer les factures en relation avec la convention », le juge d'appel n'a pas légalement justifié sa décision.

Le moyen, en cette branche, est fondé.

Par ces motifs,

La Cour

Casse l'arrêt attaqué;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt cassé;

Réserve les frais pour qu'il soit statué sur ceux-ci par le juge de renvoi;

Renvoie la cause devant la cour d'appel de Bruxelles.

Note

L'arrêt du 27 janvier 2017 de la Cour de cassation: vers une timide reconnaissance de la théorie de l'organe?

Guillaume Carion¹

1. Introduction. Au fil des décennies, les personnes morales, sujets de droit à part entière, sont devenues des acteurs incontournables de la vie des affaires et de l'activité économique.

Dotées de la personnalité morale, les sociétés ont la même capacité que les personnes physiques² et interviennent ainsi à la conclusion de nombreux contrats. Une personne morale dispose en outre d'un patrimoine, de droits et d'obligations qui lui sont propres, distincts de ceux de ses associés.

Contracter avec une personne morale n'est dès lors pas sans risque pour un créancier qui, ultérieurement confronté à la

faillite ou la dissolution judiciaire de son cocontractant personne morale, verra bien souvent ses moyens d'action limités au seul patrimoine de la société sans pouvoir atteindre les personnes physiques par l'entremise desquelles agissait son cocontractant défaillant.

Une pratique s'est alors développée pour intégrer au contrat ou dans les conditions générales l'accompagnant, certaines clauses destinées à emporter l'engagement personnel du signataire aux côtés de la personne morale pour laquelle ce dernier agit.

L'arrêt commenté, prononcé le 27 janvier 2017 par la Cour

¹ Avocat au barreau de Tournai.

² J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 207.

de cassation, en est une illustration et nous amène à nous interroger sur les effets de ces clauses au regard des principes qui sous-tendent la théorie de l'organe.

2. Plan. Dans un premier temps, nous reviendrons donc sur les termes de l'arrêt du 27 janvier 2017 de la Cour de cassation et sur les circonstances du litige qui en est l'origine.

1. L'ARRÊT DU 27 JANVIER 2017 DE LA COUR DE CASSATION

3. Faits à l'origine du litige. Les circonstances à l'origine de l'espèce dont la Cour de cassation fut amenée à connaître sont simples mais néanmoins fréquentes et non dénuées de conséquences concrètes.

Le litige opposait la société anonyme A.T.L.-RENTING, société de leasing, à monsieur V.P., demandeur en cassation, lequel était l'administrateur délégué de la société anonyme Habitat Concept Solutions.

Les 18 octobre et 10 novembre 2011, la S.A. Habitat Concept Solutions a conclu avec A.T.L.-RENTING des conventions de location et location-vente de matériel roulant.

La conclusion de ces conventions fut réalisée à l'intervention du demandeur en cassation, V.P., qui signa les contrats en sa qualité d'administrateur délégué d'Habitat Concept Solutions.

La société de leasing, soucieuse de se prémunir contre un éventuel défaut d'exécution de son cocontractant, avait pris soin de faire figurer dans ses conditions générales reprises au verso des conventions précitées, la clause suivante :

« CODEBITEUR: lorsque le matériel est pris en location par une société, ce n'est pas seulement cette société qui est tenue au respect et à l'exécution de la convention, mais également, à titre personnel, solidairement et indivisiblement avec le locataire, le dirigeant, le gérant ou le fondé de pouvoir qui a signé la convention au nom de la société. En conséquence, le signataire s'engage aussi personnellement, solidairement et indivisiblement avec la société pour laquelle il agit, à respecter toutes les dispositions prévues dans la convention et les conditions générales de cette convention. »

La société anonyme Habitat Concept Solutions fut déclarée en faillite par jugement du 24 octobre 2012.

Entendant récupérer les loyers impayés, majorés des intérêts de retard, la société de leasing assigna l'administrateur délégué V.P., le considérant codébiteur solidaire de la dette de la société en faillite, en vertu de la clause précitée figurant aux conditions générales.

4. Arrêt du 29 octobre 2015 de la cour d'appel d'Anvers. L'administrateur délégué contestait cette qualité

Nous nous intéresserons ensuite à la construction juridique de la théorie de l'organe en matière contractuelle et aborderons la controverse dont elle fait l'objet depuis quelques années.

Nous tenterons enfin de dégager les enseignements de l'arrêt commenté du 27 janvier 2017 et d'identifier un éventuel positionnement de la Cour de cassation dans le débat entourant la théorie de l'organe.

de codébiteur dans son chef, soutenant ne pas être personnellement lié par la clause litigieuse puisqu'il n'avait signé les conventions de location qu'en sa seule qualité d'administrateur délégué d'Habitat Concept Solutions et non en son nom personnel. La cour d'appel d'Anvers ne suivit toutefois pas cette argumentation et fit droit à la demande de la société de leasing A.T.L.-RENTING.

La cour d'appel d'Anvers considéra ainsi, dans son arrêt du 29 octobre 2015, qu'en signant les conventions litigieuses, le signataire avait marqué son accord sur les conditions générales qui en faisaient partie intégrante, acceptant de la sorte de s'engager personnellement comme codébiteur solidaire, sans qu'il soit requis qu'il ait signé les conventions une seconde fois en son nom propre.

5. Décision de la Cour de cassation. Dans l'arrêt commenté du 27 janvier 2017, la Cour de cassation rappelle les différents principes légaux applicables, suivant lesquels :

- le consentement de la partie qui s'oblige est une condition essentielle pour la validité d'une convention (art. 1108 C. civ.);
- les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165 C. civ.);
- les sociétés agissent par leurs organes; les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société (art. 61, § 1^{er}, C. soc., alors applicable – devenue aujourd'hui l'art. 2:49 CSA).

Après avoir procédé à ce rappel, la Cour de cassation retient :

« 4. Il suit du rapprochement de ces dispositions légales qu'une convention conclue par une société lie uniquement cette société et non la personne physique qui a conclu la convention au nom de la société en sa qualité d'organe de celle-ci.

Cette personne physique ne peut être considérée comme codébiteur que si elle s'y est engagée en nom propre. »

Ainsi, pour la Cour de cassation, dès lors que le demandeur avait signé les conventions en sa qualité d'administrateur délégué de la société anonyme Habitat Concept Solutions, seule cette société avait contracté avec le « lessor » et accepté les conditions générales accompagnant ces conven-

tions. Ces conditions générales n'étaient donc pas opposables à l'administrateur délégué à titre personnel.

La Cour, considérant l'administrateur délégué comme tiers aux conventions litigieuses au sens de l'article 1165 du Code

civil, casse l'arrêt rendu le 29 octobre 2015 par la cour d'appel d'Anvers pour ne pas avoir légalement justifié sa décision.

2. LA THÉORIE DE L'ORGANE: UNE CONSTRUCTION JURIDIQUE CONTROVERSÉE

6. La théorie de l'organe et ses caractéristiques. La théorie de l'organe est apparue et s'est développée dans la seconde partie du XIX^e siècle, dans le sillage de la conceptualisation de la personnalité morale et principalement sur impulsion du droit administratif³.

La personnalité morale procède d'une fiction juridique reconnaissant comme sujet de droit une entité créée par l'homme aux fins de poursuivre des intérêts différents de ceux des personnes physiques qui l'animent⁴.

Il en découle qu'une personne morale ne peut s'exprimer et agir par elle-même mais requiert l'intervention de personnes physiques qui décideront et agiront en ses lieux et place et constitueront ainsi le support de son activité. Ces personnes physiques qui, par l'effet de la loi, forment le support de l'expression de la personne morale et la représentent tant en justice qu'à l'égard des tiers dans l'accomplissement d'actes et/ou de faits juridiques, reçoivent la qualification d'organes⁵.

L'idée centrale sur laquelle repose la théorie de l'organe et soutenue par de nombreux auteurs de doctrine, est celle de l'« incarnation » ou l'« absorption » organique⁶.

Ainsi et à tout le moins en matière contractuelle, les actes de l'organe, pour autant qu'il agisse dans les limites de ses fonctions⁷, sont ceux de la personne morale elle-même et n'engagent aucunement l'organe⁸.

Dans l'ordre externe, l'organe « incarne » la personne morale, sa personnalité se trouvant absorbée par cette der-

nière⁹. L'organe « est » la société¹⁰, « sans que doive jouer le mécanisme de la représentation »¹¹.

Ce postulat d'absorption de la personnalité propre de l'organe par la personne morale fut jadis consacré par notre Cour de cassation, notamment dans son arrêt du 31 mai 1957¹²:

« Attendu que l'être moral ne peut agir qu'à l'intervention de personnes physiques, ses organes; que ceux-ci n'agissent en cette qualité et dès lors ne s'identifient avec l'être moral que s'ils restent dans les limites de leurs attributions. »¹³.

La théorie de l'organe, et partant la figure juridique de l'organe, ont également trouvé écho auprès du législateur belge.

Ainsi, en vertu de l'article 2:49 du nouveau Code des sociétés et des associations (anciennement art. 61, § 1^{er}, C. soc.):

« Les sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société. »

D'autres dispositions du nouveau Code des sociétés et des associations tendent par ailleurs à confirmer l'existence d'une véritable identification de l'organe à la personne morale dans le domaine des relations entretenues par cette dernière avec les tiers.

On épingle notamment:

— l'article 7:93 du Code des sociétés et des associations

³ M. COIPEL, « Que reste-t-il de la théorie de l'organe ? », *R.P.S.*, 2010/1-2, pp. 167-168. Pour un aperçu plus complet des origines et des considérations historiques entourant la théorie de l'organe, voir not. V. SIMONART, « La théorie de l'organe », in Y. POULLET, P. WERY et P. WYNANTS, *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 714 à 718.

⁴ J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Précis de droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 206; Cass., 28 avril 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 1087.

⁵ M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés. Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de société », *Rép. not.*, t. XII, Livre 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 184, n° 280; P. VAN OMMESSLAGHE, « La théorie de l'organe: évolutions récentes », in *Liber Amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 765.

⁶ V. SIMONART, *o.c.*, p. 719; P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1263; K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigen en venootschappen*, Deel II, *De venootschap, A. Algemeene deel*, Malines, Kluwer, 2011, p. 455.

⁷ Sous réserve de l'existence de certaines dispositions légales spécifiques du droit des sociétés dérogeant à ce principe.

⁸ Y. DE CORDT, note sous Cass., 20 juin 2005, *R.P.S.*, 2005, pp. 204 et 205; H. CULOT et C. DELFORGE, « *Bis repetita placent*: faut-il signer deux fois un contrat conclu en une double qualité? », *R.P.S.*, 2018, p. 130.

⁹ V. SIMONART, « La quasi-immunité des organes en droit privé » (note sous Cass. 7 novembre 1997), *R.C.J.B.*, 1999, p. 753; A. COIBION, « Responsabilité extracontractuelle des administrateurs ou gérants: retour à une interprétation orthodoxe de la théorie de l'organe », *R.D.C.-T.B.H.*, 2006/4, p. 421.

¹⁰ K. GEENS et M. WYCKAERT, *Verenigen en venootschappen*, Deel II, *De venootschap, A. Algemeene deel*, Malines, Kluwer, 2011, p. 455.

¹¹ P. VAN OMMESSLAGHE, *Droit des obligations*, II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1263.

¹² Cass., 31 mai 1957, *R.C.J.B.*, 1958, p. 283.

¹³ Nous mettons en évidence.

(ancien art. 522 C. soc.) qui dispose, pour les sociétés anonymes, que: « *Le conseil d'administration a le pouvoir d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à la réalisation de l'objet 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 ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées. Il en va de même pour une répartition des tâches entre les administrateurs.* »¹⁴,

- l'article 7:94 du Code des sociétés et des associations (ancien art. 526 C. soc.) prévoit quant à lui que: « *La société est liée par les actes accomplis par le conseil d'administration, par les administrateurs et par les délégués à la gestion journalière qui, conformément à l'article 7:93, § 2, ont le pouvoir de la représenter même si ces actes excèdent son objet, à moins que la société ne prouve que le tiers en avait connaissance ou qu'il ne pouvait l'ignorer, compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve.* »

Ainsi, sur le plan contractuel, une personne morale peut se trouver liée à l'égard de tiers par les actes juridiques posés par son organe quand bien même ce dernier aurait excédé ses pouvoirs ou la spécialité statutaire de la société.

Sous réserve de la théorie de l'apparence ou sauf ratification ultérieure du sujet représenté, une telle situation ne pourrait par contre être rencontrée sous l'empire du mécanisme de la représentation, dont le mandat constitue la figure de proue, le représenté ne pouvant se voir opposer un acte posé par le truchement d'un représentant sans pouvoir à cet effet¹⁵.

7. La remise en cause de la théorie de l'organe – Les partisans du mandat. Si la théorie de l'organe semble être admise par une majorité de la doctrine, il n'en demeure pas moins qu'elle possède malgré tout ses détracteurs. Un courant doctrinal, bien que minoritaire, appelle ainsi depuis quelques années à « *un réexamen radical de la théorie traditionnelle de l'organe* »¹⁶, voire à son abandon pur et simple¹⁷.

Le professeur Jeroen Delvoie, notamment, considère que:

« *La théorie de l'organe ne semble pas faire plus qu'appor-*

ter un nom quelque peu coloré à des phénomènes juridiques ressortissant du droit privé classique, tels que la représentation, le mandat et la responsabilité du fait d'autrui. »¹⁸.

La position adoptée par les opposants à la théorie de l'organe tend à soutenir que le recours à la fiction juridique de l'incarnation organique pour justifier l'imputation d'actes juridiques posés par des personnes physiques au sujet de droit incorporel qu'est la personne morale, se révélerait, en réalité, inutile. Le droit commun du mandat suffirait en soi à fonder l'action de la personne morale dans ses relations avec les tiers¹⁹.

L'une des principales caractéristiques du mandat réside dans la règle de la transparence du mandataire, pour autant que ce dernier agisse dans la limite de ses pouvoirs²⁰. Dès lors, par l'effet du mécanisme de la représentation parfaite qu'implique le mandat, « *le fait du mandataire est le fait du mandant* »²¹. Les actes juridiques réalisés par le mandataire en exécution du mandat lui ayant été confié sont dès lors dénués d'effet à son égard. Ils sont directement et intégralement imputés au mandant.

C'est sur cette base que le professeur Michel Coipel, bien qu'originellement défenseur de la théorie de l'organe²², estime aujourd'hui que le mandat permettrait d'expliquer, en matière contractuelle, l'imputation directe à la personne morale d'actes juridiques passés par son organe de représentation, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir aux images de l'incarnation, de l'absorption ou de l'identification que prône la théorie de l'organe²³.

8. Règle de transparence vs principe d'absorption. De prime abord, on constate une certaine similarité entre la règle de la transparence caractérisant le mandat et le principe de l'absorption sur lequel repose la théorie de l'organe. A l'analyse, la similarité n'est pourtant qu'apparente.

En effet, suivant la théorie de l'organe, lorsque l'organe intervient, sa personnalité est « absorbée » par celle de la personne morale (cf. *supra*, n° 6). L'organe « *est ainsi partie intégrante – une excroissance – de la personne morale avec laquelle il fait corps et forme un tout indissoluble* »²⁴. Il résulte de cette absorption que lorsque l'organe de la personne morale consent en cette qualité à la conclusion d'un

¹⁴. Pour les SRL, voir art. 5:73, § 1^{er}, CSA.

¹⁵. P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », in X., *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2000, p. 240.

¹⁶. M. COIPEL, « Introduction au droit des sociétés et autres groupements », in *Guide juridique de l'entreprise*, 2^e éd., Diegem, Kluwer, 2002, Livre 1.11, pp. 23 à 25.

¹⁷. J. DELVOIE, « La théorie de l'organe en droit privé belge: le temps est venu de tourner la page », *R.P.S.*, 2012/1, pp. 5 à 67.

¹⁸. *O.c.*, p. 9.

¹⁹. *O.c.*, pp. 19 et s.; M. COIPEL, « Que reste-t-il de la théorie de l'organe? », *R.P.S.*, 2010/1-2, p. 172.

²⁰. A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WERY, *Droit des contrats spéciaux*, 3^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2014, pp. 429 et 430; P. WERY, « Mandat », *Rep. not.*, t. IX, *Contrats divers*, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 201.

²¹. Fr. LAURENT, *Principes*, t. XXVIII, 1877, p. 52, cité par A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WERY, *o.c.*, p. 429.

²². M. COIPEL, « Dispositions communes à toutes les sociétés. Dispositions de droit civil et commercial applicables aux actes de société », *Rep. not.*, t. XII, Livre 2/1, Bruxelles, Larcier, 1982, p. 184, n° 280.

²³. M. COIPEL, « Que reste-t-il de la théorie de l'organe ? », *R.P.S.*, 2010/1-2, p. 172.

²⁴. Y. DE CORDT, note sous Cass., 20 juin 2005, *R.P.S.*, 2005, p. 204.

contrat, c'est la volonté même de la personne morale qu'il exprime, mais non sa volonté propre.

En revanche, dans la figure juridique du mandat, si le mandataire s'efface effectivement de la relation contractuelle qui s'établit directement entre le mandant et le tiers contractant, c'est après avoir exprimé sa volonté propre d'agir en exécution de sa mission de mandataire, dans le respect des limites de ses pouvoirs. A la différence de l'organe d'une société, la personnalité du mandataire ne disparaît donc pas au profit de celle de son mandant en se confondant à cette dernière.

Le professeur Foriers témoigne d'ailleurs, dans son analyse des aspects de la représentation en matière contractuelle, de cette différence entre le mécanisme de la représentation propre au mandat et le principe de l'incarnation organique. Il enseigne à cet égard que:

« Le contrat conclu à l'intervention d'un représentant n'est pas un simple produit de la volonté du représenté censée exprimée par le représentant. Le représentant exprime sa propre volonté lorsqu'il accomplit un acte juridique au nom et pour le compte d'autrui », d'où l'idée que la validité du consentement s'apprécie dans le chef du représentant. »²⁵.

Dans le même sens, le professeur Patrick Wéry n'indique-t-il pas:

- « **Une fois** que le mandataire a rempli son office, il s'efface. (...) »²⁶;
- « **Bien que provenant du mandataire**, les actes sont ainsi dénués d'effet à son égard. »²⁷.

Cette absence d'absorption de la personnalité du mandataire nous semble, par ailleurs, également corroborée par la circonstance que les actes posés par ce dernier en dehors de ses pouvoirs ne lient, en principe, pas le mandant (art. 1992, al. 2, C. civ.) tandis que la personne morale se trouve, quant à elle, légalement liée par les actes de son organe quand bien même ils excèdent ses pouvoirs ou la spécialité statutaire de la société (voir not. art. 7:93 et 7:94 CSA).

L'objet et l'ambition de la présente contribution n'est certainement pas de trancher la controverse qui anime et oppose les plus éminents auteurs quant à l'opportunité ou non d'expliquer l'activité de la personne morale à la lumière de la théorie de l'organe. Notre volonté consiste cependant à identifier une éventuelle prise de position de notre Cour suprême dans le cadre de son arrêt du 27 janvier 2017, lequel doit également être mis en perspective avec la jurisprudence ultérieure de la Cour. Il est évident que la problématique de la représentation des personnes morales en matière contractuelle est ardue et laisse le champ libre à l'interprétation dans cet espace de réflexion dominé par la fiction juridique.

3. LA POSITION DE COUR DE CASSATION

9. L'arrêt du 27 janvier 2017 et ses enseignements.

Dans son arrêt du 27 janvier 2017, la Cour de cassation pose qu'une convention conclue à l'intervention d'une personne physique en sa qualité d'organe lie uniquement la société. La personne physique ne pourrait ainsi, selon la Cour, être considérée codébitrice des engagements de la société que si elle s'y est engagée en son nom propre.

Dès lors, après avoir constaté, sur la base des faits de l'espèce soumise à son office, que le demandeur en cassation n'avait signé les conventions litigieuses qu'en sa qualité d'administrateur délégué de la personne morale, la Cour estima que seule la société devait être considérée comme ayant contracté et accepté les conditions générales qui accompagnaient ces conventions.

Dans leur intéressant commentaire de cet arrêt du 27 janvier 2017, les professeurs Henri Culot et Catherine Delforge soulignent que la Cour admettrait un phénomène curieux sur le plan juridique, à savoir qu'« *il serait possible pour un indi-*

vidu d'être d'accord avec un contrat et en même temps de ne pas y consentir car il agit en deux qualités différentes »²⁸.

Selon ces auteurs, il ne pourrait être déduit de cet arrêt une quelconque exigence absolue de la Cour de cassation sur une double signature des conventions pour les raisons suivantes. D'une part, la juridiction se trouvait limitée par la procédure de cassation qui lui est propre et qui lui interdit de réexaminer les faits de la cause. D'autre part, la motivation adoptée par la cour d'appel d'Anvers dans son arrêt entrepris était incomplète.

Henri Culot et Catherine Delforge relèvent ainsi, notamment, qu'il est possible de consentir à un contrat (*negotium*) sans en signer expressément l'*instrumentum* et font donc grief à la cour d'appel d'Anvers d'avoir omis de constater à partir du commencement de preuve par écrit que constituait le contrat, complété de présomptions entourant sa conclusion, un accord de l'organe de s'engager en son nom personnel²⁹. Ils font ainsi état de ce qu'« *A supposer que l'instru-*

²⁵. P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », in X., *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2000, p. 240 et Ph. PETEL, *Les obligations du mandataire*, Paris, Itec, 1988, n° 182 cité par P.-A. FORIERS.

²⁶. P. WERY, « Mandat », *Rép. not.*, t. IX, *Contrats divers*, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 201. Nous soulignons.

²⁷. *O.c.*, n° 201. Nous soulignons.

²⁸. H. CULOT et C. DELFORGE, « *Bis repetita placent*: faut-il signer deux fois un contrat conclu en double qualité? » (note sous Cass., 27 janvier 2017), *R.P.S.*, 2018, p. 131.

²⁹. C'est d'ailleurs le raisonnement qu'avait tenu la cour d'appel de Gand (Gand, 10 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 307) qui avait considéré qu'un acte notarié signé une seule fois par un dirigeant d'entreprise valait comme commencement de preuve par écrit de son engagement personnel de caution, lequel pouvait être complété par la présomption de l'intention du dirigeant de s'engager à ce titre en son nom propre.

mentum ne prouve aucun engagement de l'administrateur délégué parce qu'il n'était pas signé en son nom personnel, il ne s'ensuivait pas nécessairement que le signataire n'était pas partie au contrat, considéré comme negotium, qui est un acte consensuel. »³⁰.

Néanmoins, le phénomène dénoncé comme curieux par ces deux auteurs l'est en réalité moins si l'on souscrit et se raccroche au principe de l'« absorption » constituant le socle même de la théorie de l'organe.

Puisque l'organe « incarne » la personne morale lorsqu'il agit en cette qualité, il « est » la personne morale et s'identifie à elle. Sa personnalité propre disparaît donc, se mêlant pleinement à celle de la personne morale pour n'exprimer que la seule volonté de cette dernière. C'est d'ailleurs cette idée que le professeur Van Ommeslaghe défend lorsqu'il indique que l'organe s'identifie à la personne morale « *sans que doive jouer le mécanisme de la représentation* »³¹.

Le raisonnement développé par Henri Culot et Catherine Delforge et consistant à inférer, au départ d'un commencement de preuve par écrit accompagné de présomptions, un accord de l'organe de s'engager personnellement bien qu'il n'ait expressément fait mention dans l'*instrumentum* que de sa seule qualité d'organe³², pourrait s'analyser comme s'inscrivant dans le sillage du courant doctrinal minoritaire prônant une remise en question de la théorie de l'organe à la faveur du droit commun du mandat.

En effet, pour rappel, puisque le mandat n'entraîne aucune disparition de la personnalité juridique du mandataire (cf. *supra*, n° 8), lorsque ce dernier agit au nom et pour le compte de son mandant, il le fait par l'expression de sa personnalité propre, sans se confondre avec lui³³. Or, ce n'est que si l'on considère que l'organe de la personne morale ne s'identifie pas pleinement à cette dernière qu'il serait alors possible de déduire, au départ de circonstances externes qualifiées de présomptions, l'existence dans son chef d'une *volonté propre* de s'engager personnellement à l'acte et ce, malgré le fait que, dans l'*instrumentum*, il n'ait fait référence qu'à sa seule qualité d'organe.

Faut-il déduire de la formulation adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt commenté du 27 janvier 2017, lorsqu'elle indique qu'une personne physique ayant la qualité d'organe d'une personne morale « *ne peut être considérée comme codébiteur que si elle s'est engagée en nom*

propre »³⁴, un quelconque parti pris de la Cour dans la controverse opposant les défenseurs de la théorie de l'organe et de son mécanisme d'incarnation organique, à la doctrine appelant à un abandon ou réexamen profond de cette théorie?

Nous ne le pensons pas.

La Cour a effectivement estimé que seule la société Habitat Concept Solutions était contractuellement engagée puisque son administrateur délégué n'avait signé les conventions litigieuses qu'en cette unique qualité. Néanmoins, dans l'arrêt commenté, la Cour ne pousse pas davantage le raisonnement et ne se prononce notamment pas sur l'éventuelle possibilité de déduire, à partir d'un faisceau de présomptions entourant un commencement de preuve par écrit, l'existence d'une autre qualité dans le chef du signataire que celle d'organe exprimée à l'acte. Nous rejoignons donc l'avis des professeurs Culot et Delforge lorsqu'ils soutiennent que « *la Cour de cassation a estimé n'avoir d'autre choix que la cassation, vu l'interdiction qui lui est faite de réexaminer les faits et en présence d'une affirmation trop tranchée, dans l'arrêt entrepris, selon laquelle la personne concernée avait accepté le contrat 'en sa qualité d'administrateur délégué'* »³⁵.

Il convient de se montrer d'autant plus réservé qu'à l'occasion d'un précédent arrêt du 27 mai 2013, la Cour avait considéré que l'organe d'une société qui agit au nom et pour le compte de celle-ci sans le faire savoir de façon expresse ou tacite se présente comme agissant à titre personnel et, partant, est personnellement engagé³⁶. Par cette position, la Cour semblait alors s'écarter du principe de l'« incarnation organique » pour rapprocher la figure de l'organe du droit commun du mandat.

10. Nouvel arrêt récent dans un cas similaire. Alors que l'arrêt commenté du 27 janvier 2017 nous laissait perplexe, la Cour de cassation fut à nouveau amenée à se prononcer, par un récent arrêt du 21 décembre 2018³⁷, sur l'épineuse question de l'imputabilité des engagements découlant d'une convention signée par l'organe d'une société.

La Cour fut cette fois saisie d'un pourvoi dirigé contre un jugement du 4 décembre 2017 rendu en dernier ressort par le tribunal de première instance d'Anvers, division Anvers.

Le cas d'espèce soumis au tribunal portait sur une convention signée par l'administrateur d'une ASBL, qui prévoyait

³⁰ H. CULOT et C. DELFORGE, « *Bis repetita placent*: faut-il signer deux fois un contrat conclu en double qualité? » (note sous Cass., 27 janvier 2017), *R.P.S.*, 2018, p. 131.

³¹ P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1263.

³² Voir égal. à cet égard: Gand, 10 janvier 2005, *R.G.D.C.*, 2007, p. 307.

³³ P.-A. FORIERS, « Aspects de la représentation en matière contractuelle », in X., *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Ed. du Jeune Barreau, 2000, p. 240.

³⁴ Cass., 27 janvier 2017, C.16.0141.N, *R.P.S.*, 2018, p. 128.

³⁵ H. CULOT et C. DELFORGE, « *Bis repetita placent*: faut-il signer deux fois un contrat conclu en double qualité? » (note sous Cass., 27 janvier 2017), *R.P.S.*, 2018, p. 134.

³⁶ Cass., 27 mai 2013, C.12.0249.F, *Pas.*, 2013/5, p. 1159.

³⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 21 décembre 2018, C.18.0204.N, *R.P.S.-T.R.V.*, pp. 670-673.

des obligations tant à charge de la personne morale qu'à charge du signataire-personne physique.

Le juge du fond, s'appuyant sur la mise en page graphique de la convention litigieuse, avait relevé que le défendeur, administrateur de l'ASBL, n'apparaissait à l'acte que dans son en-tête, sans indication de son adresse personnelle et sans mention d'aucune autre donnée relative à sa personne. Le juge avait également constaté que, sous la signature de l'administrateur, ne figurait que la référence à l'ASBL. Sur la base de ces considérations de fait, le tribunal de première instance d'Anvers jugea que la signature de la convention par l'administrateur liait uniquement l'ASBL et non son organe à titre personnel; la stipulation d'obligations personnelles versées dans le corps du contrat à charge de l'administrateur ne pouvant constituer qu'un commencement de preuve par écrit en application de l'article 1347 du Code civil.

Ainsi, dans la motivation de son jugement du 4 décembre 2017, le premier juge évoquait cette fois – sans néanmoins la retenir – la notion de commencement de preuve par écrit dans le cadre de son appréciation de l'existence d'une éventuelle volonté de l'administrateur de s'engager personnellement.

La Cour de cassation, rejetant le pourvoi dirigé contre ce jugement, s'exprima en ces termes:

« *Uit het vorenstaande volgt dat wanneer een akte zowel verbintenissen van een rechtspersoon als persoonlijke verbintenissen van de bestuurder bevat, de handtekening uitlopend als bestuurder ook de instemming van de ondertekenaar met de persoonlijke verbintenissen omvat wanneer er geen twijfel kan bestaan dat de ondertekenaar zich met deze ondertekening ook persoonlijk heeft willen verbinden. Het voorhanden zijn van deze bedoeling wordt door de feitenrechter beoordeeld aan de hand van de intrinsieke elementen van de akte.* »

La Cour de cassation enseigne donc que, pour qu'un administrateur de société puisse être considéré comme personnellement tenu des obligations stipulées à son égard par un contrat qu'il n'a signé qu'en faisant référence à sa seule qualité d'organe, il ne peut exister *aucun doute* quant à l'intention de cet administrateur de s'engager également à titre personnel en signant ce contrat. La Cour poursuit en apportant une précision importante par rapport à son précédent arrêt du 27 janvier 2017 puisqu'elle indique que l'existence de cette intention certaine dans le chef de l'administrateur doit s'apprécier à partir des éléments *intrinsèques* de l'acte.

Ainsi, si dans la première partie de sa motivation, la Cour faisait mine d'ouvrir le champ au raisonnement visant à déduire un engagement personnel de l'administrateur aux

côtés de la personne morale de présomptions entourant la conclusion du contrat³⁸, elle semble néanmoins refermer cette porte en exigeant que ce consentement apparaisse de manière certaine et non équivoque (sans « *aucun doute* ») des éléments « *intrinsèques* » de l'acte (*l'instrumentum*).

Cet apparent rejet de la possibilité d'inférer de présomptions externes au contrat une volonté propre de l'administrateur – distincte de l'engagement exprimé par la société –, pourrait s'analyser comme un ralliement de la Cour à la cause des partisans de la théorie de l'organe et de son principe d'absorption de la personnalité de l'organe par la personne morale pour laquelle il agit.

Une telle analyse ne vaut cependant qu'à la condition d'adhérer au postulat suivant lequel un mandataire, lorsqu'il agit, ne s'identifie pas pleinement à son mandant – ne disparaissant de la relation conclue avec le tiers contractant qu'après avoir rempli son office –, à la différence de l'organe qui, quant à lui, ne fait qu'un avec la personne morale.

Il convient donc de se montrer prudent.

En tout état de cause, quand bien même pourrait-on déceler dans cet arrêt du 21 décembre 2018 une quelconque reconnaissance des mécanismes de la théorie de l'organe par la Cour de cassation, elle n'en demeurerait pas moins timide, les termes utilisés par la Cour dans sa motivation étant eux-mêmes sujets à plusieurs interprétations.

11. Le nouveau droit de la preuve – Liberté de preuve contre une entreprise. A l'époque où fut prononcé le jugement ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 2018, seuls les engagements commerciaux étaient soumis au régime de la preuve libre alors consacré par l'article 25 du Code de commerce.

Ainsi, lorsque les fonctions de gérant, administrateur ou administrateur délégué étaient exercées par des personnes physiques, ces dernières étaient couvertes par le régime de la preuve réglementée prévu par le Code civil puisque les fonctions précitées ne conféraient pas la qualité de commerçant. L'existence d'obligations contractuelles dans le chef de ces organes-personnes physiques devaient dès lors être prouvée, en principe, par un écrit (art. 1341, al. 1^{er}, C. civ.), sauf à pouvoir apporter cette preuve par témoignages et/ou présomptions en présence d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.)³⁹.

Par sa loi du 15 avril 2018 portant réforme du droit des entreprises, le législateur belge a toutefois significativement réformé le système de la preuve libre en abrogeant les articles du Code de commerce traitant de la preuve en matière commerciale, pour introduire dans le Code civil un article 1348bis au sein d'une nouvelle section intitulée

³⁸. H. CULOT et C. DELFORGE, « *Bis repetita placent*: faut-il signer deux fois un contrat conclu en double qualité? » (note sous Cass., 27 janvier 2017), R.P.S., 2018, p. 131; Gand, 10 janvier 2005, R.G.D.C., 2007, p. 307.

³⁹. Gand, 10 janvier 2005, R.G.D.C., 2007, p. 307.

« *Preuve par et contre les entreprises* ». Ainsi, le champ d'application du régime de la preuve libre, jusqu'alors réservé aux seuls commerçants, a été étendu à toutes les entreprises définies à l'article I.1, 1^{er}, du Code de droit économique⁴⁰.

Si le droit de la preuve a, à nouveau, été réformé par la loi du 19 avril 2019 entrant en vigueur le 1^{er} novembre 2020 prochain, force est toutefois de constater que l'article 8.11 du nouveau Code civil reproduit en substance, sous réserve de quelques légères modifications, le contenu de l'article 1348*bis* du Code civil⁴¹.

L'article I.1, 1^{er}, a) du Code de droit économique attribue notamment la qualité d'entreprise à « *toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant* ».

Faut-il dès lors considérer un administrateur, un gérant ou un délégué à la gestion journalière comme constituant une entreprise au sens du Code de droit économique, de telle sorte que la preuve de leur éventuel engagement personnel aux côtés de la personne morale pourrait être apportée par tous moyens de droit (ou « *par tous modes de preuve* » suivant la formulation de l'art. 8.11 nouveau C. civ.)?

Cette question, aux incidences non négligeables, est actuellement controversée.

Ainsi, si les cours d'appel de Bruxelles et de Liège reconnaissent la qualité d'entreprise à la fonction de gérant lorsque celle-ci recouvre une activité professionnelle exercée à titre indépendant⁴², telle n'est toutefois pas la position adoptée par la cour d'appel de Mons qui estime, quant à elle, que la notion d'entreprise repose sur un critère d'organisation, ce

qui suppose la démonstration d'une activité professionnelle « *structurée et stable* »; critère faisant fréquemment défaut dans le chef de l'organe d'une société⁴³.

Reconnaître la qualité d'entreprise à un dirigeant personne physique, organe de société, auquel on tenterait de faire personnellement supporter des obligations découlant d'un contrat signé par ses soins, permettrait de recourir au système de la preuve libre pour tenter de démontrer l'intention de cet administrateur ou gérant de s'engager à titre personnel.

La partie supportant la charge de la preuve du consentement personnel de l'organe serait ainsi admise à recourir aux cinq modes de preuves consacrés par le Code civil, soit (1) la preuve par écrit signé, (2) la preuve testimoniale, (3) la preuve par présomption, (4) le serment et (5) l'aveu⁴⁴.

Il est néanmoins permis de s'interroger sur l'incidence concrète d'une assimilation d'un organe-personne physique à une entreprise, donnant accès au système de la preuve libre à son encontre, dès l'instant où la Cour de cassation, par son arrêt précité du 21 décembre 2018⁴⁵, avait déjà rejeté ou à tout le moins sérieusement limité, en présence d'un commencement de preuve par écrit, la possibilité de recourir aux présomptions; exigeant pour rappel que le consentement personnel de l'organe apparaisse de manière certaine et non équivoque (sans « *aucun doute* ») des éléments « *intrinsèques* » de l'acte (l'*instrumentum*).

Il conviendra donc nécessairement, pour être plus précisément fixé à cet égard, d'attendre que la Cour soit une nouvelle fois amenée à se prononcer sur cette problématique à la lumière du nouveau droit de la preuve.

4. CONCLUSIONS

12. Il nous semble évident que les derniers arrêts des 27 janvier 2017 et 21 décembre 2018 de la Cour de cassation ne sonneront certainement pas le glas de la controverse opposant les défenseurs de la théorie de l'organe aux adeptes du mandat.

13. Certains enseignements pratiques, utiles notamment aux praticiens du droit des affaires, peuvent toutefois être dégagés de l'arrêt commenté du 27 janvier 2017 de la Cour de cassation, complété par celui du 21 décembre 2018.

Ainsi, la méthode consistant à faire signer un contrat en

autant de reprises que de qualités en lesquelles s'engage le/les signataire(s) nous semble désormais superflue. Si une telle pratique a nécessairement le mérite d'écarter toute incertitude quant à l'identification des différents sujets de droit contractuellement liés, elle peut cependant se révéler d'une extrême lourdeur en présence d'épaisses conventions, dont il convient de parapher chaque feuillet outre les éventuelles annexes à y joindre.

A notre sens et comme le suggéraient déjà les professeurs Henri Culot et Catherine Delforge⁴⁶, nous pensons qu'il faut mais qu'il suffit d'indiquer expressément et de manière non

⁴⁰. G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », in *La réforme du droit de la preuve*, C.U.P., vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 154.

⁴¹. G. FRUY et L. DEBROUX, *o.c.*, pp. 157-158.

⁴². Liège, 2 avril 2019, *R.D.C.*, 2019/4, p. 578; Bruxelles, 21 décembre 2018, *R.D.C.*, 2019/4, p. 575.

⁴³. Mons, 5 février 2019, *R.D.C.*, 2019/4, p. 558.

⁴⁴. G. FRUY et L. DEBROUX, « La preuve contre les entreprises », in *La réforme du droit de la preuve*, C.U.P., vol. 193, Liège, Anthemis, 2019, p. 166.

⁴⁵. Cass. (1^{re} ch.), 21 décembre 2018, C.18.0204.N, *R.P.S.-T.R.V.*, pp. 670-673.

⁴⁶. H. CULOT et C. DELFORGE, « *Bis repetita placent*: faut-il signer deux fois un contrat conclu en double qualité? » (note sous Cass., 27 janvier 2017), *R.P.S.*, 2018, p. 134.

équivoque, en tête du contrat, les qualités en lesquelles interviennent les signataires. Il sera également opportun de rappeler ces différentes qualités au-dessous de la signature unique apposée sur le document par chaque intervenant.

Si l'arrêt du 27 janvier 2017 n'a pu suffire à convaincre les praticiens d'abandonner la méthode de signatures multiples des conventions lorsque les parties s'engagent en qualités diverses, le nouvel arrêt du 21 décembre 2018 nous paraît cependant mettre un terme aux dernières incertitudes à cet égard.