

Mandat apparent et loi Hoguet (1)

AJDI 2008 p.879

Moussa Thiyoé, Maître de conférences à l'université de Toulouse Capitole, chargé de cours à l'IEJUC

Le mandat d'entremise est soumis, si besoin est de le rappeler, à un lourd formalisme qui se décline, entre autres, par l'exigence d'un mandat écrit préalablement à toute intervention de l'agent immobilier (ou assimilé), sachant que celui-ci ne peut s'engager directement au nom et pour le compte du mandant que si son mandat comporte, en outre, une clause expresse et spéciale en ce sens (art. 6 I, de la loi n° 70-9 du 2 janv. 1970 et art. 72 et 73 du décret n° 72-678 du 20 juill. 1972). En effet, l'existence d'un écrit, préalablement à toutes activités d'entremise, est une condition de validité du mandat sanctionnée par une nullité d'ordre public (Civ. 1^{re}, 15 mai 1982, Bull. civ. I, n° 159), et, subséquemment, par la privation de tout droit à rémunération au titre des activités que l'agent immobilier aurait menées (Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, AJDI 2001. 919, obs. Thiyoé ; 2 oct. 2001, *ibid.* 2002. 156, obs. Thiyoé ; 15 mai 2002, *ibid.* 2002. 552 ; 25 juin 2002, *ibid.* 2003. 370, obs. Thiyoé ; CA Paris, 12 sept. 2002, *ibid.* 2003. 455, obs. M. Thiyoé ; Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, *ibid.* 2004. 484, obs. Thiyoé ; 12 mai 2004, *ibid.* 2004. 909, obs. Thiyoé ; 25 janv. 2005, *ibid.* 2005. 756, obs. Thiyoé ; 20 mars 2007, *ibid.* 2007. 766, obs. Thiyoé ; 30 oct. 2007, aff. n° 06-19.210, Légifrance) et même de tous dommages-intérêts sur le fondement d'un quasi-contrat ou de la responsabilité civile (Civ. 1^{re}, 28 juin 1988, Bull. civ. I, n° 210 ; 19 juill. 1988, *ibid.*, n° 241 ; RDI 1989. 67, obs. Tomasin ; 3 févr. 2004, préc.).

Au-delà de l'exigence d'un mandat écrit, il résulte de l'article 72, alinéa 3, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 que le mandat d'entremise ne donne à l'intermédiaire le pouvoir de s'engager au nom et pour le compte du mandant d'entremise que s'il comporte, par ailleurs, une clause expresse et spéciale en ce sens : « *Lorsqu'il comporte l'autorisation de s'engager pour une opération déterminée, le mandat en fait expressément mention.* » Ainsi, force est de s'interroger sur le véritable sens ou portée du « *mandat d'entremise* » : s'agit-il d'une simple entremise ou d'une véritable procuration. Par les deux termes qui la composent, la formule « *mandat d'entremise* », très usitée tant dans la pratique professionnelle et doctrinale qu'en jurisprudence, est très équivoque et, partant, reste une source d'incertitudes, voire de contradictions (V. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action, 2006-2007, n° 4826). En effet, elle renvoie à deux formules contractuelles dont la nature, la portée et, par voie de conséquence, le régime juridiques sont traditionnellement dissociés : d'une part, le contrat de représentation parfaite que constitue le mandat, convention par laquelle une personne (appelée mandant) donne à une autre (appelée mandataire) le pouvoir, que celle-ci accepte, d'accomplir en son nom, pour son compte et sans subordination un ou plusieurs actes juridiques, comme une vente ; d'autre part, le contrat de louage

d'ouvrage que constitue (entre autres) l'entremise ou courtage, le courtier ou entremetteur se bornant à rapprocher d'éventuelles parties sans signer lui-même l'acte juridique que seules ces parties pourraient, le cas échéant, conclure directement (V. De Quenaudon, J.-Cl. Civ., v° Mandat, Fasc. 10, n° 44).

Cette distinction, très nette en droit commun, aurait dû conduire à éviter l'emploi de la notion de « *mandat d'entremise* » (qui semble receler une contradiction). Pourtant, celle-ci est aujourd'hui bien entrée dans la terminologie du droit immobilier, la jurisprudence en faisant régulièrement mention et état, notamment pour préciser la portée exacte de la mission et des pouvoirs confiés à l'agent immobilier. En effet, par application des dispositions de l'article 72, alinéa 3, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, la Cour de cassation énonce constamment que « *le mandat d'entremise donné à une personne se livrant ou prêtant son concours de manière habituelle à une opération visée à l'article 1^{er} de la loi du 2 janvier 1970 ne lui permet pas d'engager son mandant pour l'opération envisagée à moins qu'une clause de ce mandat ne l'y autorise expressément* » (Civ. 1^{re}, 27 juin 2006, aff. n° 04-20.693, Juris-Data, n° 034291 ; Rappr. Paris, 19 sept. 1994, RDI 1994. 670, obs. Tomasin ; Civ. 1^{re}, 7 mars 1995, D. 1995. IR. 93Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, RDI 1996. 245, obs. Tomasin). Une autre décision, plus précise, indique même qu'« un mandat d'entremise consist[e] en la recherche de clients et la négociation, qui ne permet pas à ce dernier d'engager son mandant pour l'opération envisagée à moins qu'une clause de ce mandat ne l'y autorise expressément » (Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, AJDI 2005. 153, obs. Thioye).

Ainsi, le « *mandat d'entremise* » ne constitue, en l'absence d'une clause spéciale et expresse conforme aux dispositions de l'article 72, alinéa 3, du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, qu'un simple courtage ne conférant, juridiquement, qu'une mission de recherche de clients et de négociation du contrat projeté. Autrement dit, à défaut d'une telle stipulation contractuelle (rare en pratique), l'agent immobilier est privé du pouvoir d'engager directement son soi-disant « *mandant* », et, dès lors, tout acte juridique (de vente ou de location) directement signé au nom et pour le compte du client encourra une nullité relative que seul ce dernier pourra demander (Civ. 1^{re}, 2 nov. 2005, Bull. civ. I, n° 395 ; RTD civ. 2006. 138, obs. P.-Y. Gautier : « La nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée » ; *Contra*, Civ. 3^e, 15 avr. 1980, D. 1981. IR. 314, retenant la nullité absolue et l'exclusion de la prescription de cinq ans). En effet, puisque seules « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » (art. 1134 c. civ.), celle signée par l'agent immobilier sans pouvoir ne peut pas, du fait de sa nullité, donner lieu à une réalisation forcée (Civ. 1^{re}, 8 juill. 1986, Bull. civ. I, n° 194 ; RDI 1986. 481, obs. Tomasin ; Versailles, 29 sept. 1989, RDI 1990. 98, obs. Tomasin).

En l'absence de ratification spontanément et librement opérée par le mandant (art. 1998, al. 2, c. civ.), seule une éventuelle mise en oeuvre de la théorie de l'apparence permettait traditionnellement au tiers contractant d'annihiler, dans ses rapports avec le pseudo-mandant, les effets de la nullité de l'acte (V. Civ. 1^{re}, 31 mai 1983, Bull. civ. I, n° 161 ; 22 mai 1991, JCP N 1992. II. 372, note Levener ; 6 janv. 1994, Bull. civ. I, n° 1 ; RDI 1994. 266, obs. Tomasin : ayant relevé que les acheteurs d'un bien immobilier étaient entrés en relation avec un agent immobilier en répondant à l'annonce que celui-ci avait fait paraître dans un journal local, que cet agent immobilier avait signé le compromis de vente en qualité de mandataire, et ayant retenu qu'il n'était pas d'usage qu'en

pareilles circonstances des acquéreurs, qui étaient l'un chaudronnier et l'autre sans profession, exigent de la part d'un agent immobilier connu la présentation du mandat l'autorisant à vendre l'immeuble pour le compte du propriétaire, une cour d'appel peut en déduire la croyance légitime des acheteurs aux pouvoirs du prétendu mandataire ; 7 juin 1995, Bull. civ. I, n° 240 ; Civ. 3^e, 7 févr. 1996, aff. n° 94-14.784, Légifrance ; Civ. 1^{re}, 23 mars 1999, AJDI 1999. 643 ; Toulouse, 1^{re} ch., 24 juill. 2003, Loyers et copr., 2004, n° 83, obs. Vial-Pedroletti ; Civ. 1^{re}, 12 mai 2004, AJDI 2004. 909, obs. M. Thiolye ; 14 déc. 2004, *ibid.* 2005. 153, obs. Thiolye ; Civ. 3^e, 25 mai 2005, n° 03-19.411). Et c'est sur ce dernier point que l'arrêt rapporté, un grand arrêt sans aucun doute comme l'illustrent ses modalités de diffusion (arrêt marqué FS-P+B+R+I), semble porter une nette (r)évolution en sacrifiant purement et simplement la théorie de l'apparence sur l'autel de la spécialité et de l'impérativité des dispositions de la loi Hoguet et de son décret d'application. En effet, alors que la Cour d'appel de Paris avait cru pouvoir ou devoir caractériser un mandat apparent pour « *valider* » une vente faite par un agent immobilier dont le mandat ne donnait aucune autorisation de s'engager au nom et pour le compte du mandant, la Cour de cassation, elle, a choisi de juger sans détour, sous le visa des articles 1^{er} et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972, que « *le mandat apparent ne peut tenir en échec ces règles impératives* ». Ainsi, désormais, dans les domaines comme celui des intermédiaires immobiliers où un mandat écrit et formaliste est impérativement exigé, la théorie de l'apparence est déclarée institution « *non grata* » quand bien même ses conditions de fond seraient réunies (Cass., ass. plén., 13 déc. 1962, D. 1963. 277, note J. Calais-Auloy : « Le mandant peut être engagé sur le fondement d'un mandat apparent, même en l'absence d'une faute susceptible de lui être reprochée, si la croyance du tiers à l'étendue des pouvoirs du mandataire est légitime, ce caractère supposant que les circonstances autorisaient le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs » ; Com. 23 janv. 2007, CCC 2007. 11, obs. Levener). Après l'y avoir admis, par une application de l'adage « *Error communis facit jus* » (« *L'erreur commune fait le droit* ») et par une atténuation de la rigueur de certains principes d'évidence (principe de l'effet relatif des conventions, principe de l'indépendance des personnes, devoir de fidélité du mandataire, règle « *Nemo plus juris [...]* »), la haute juridiction vient ainsi de bouter hors du domaine de la loi Hoguet un outil juridique dont le domaine, pourtant *a priori* général, a tendance à se rétrécir de plus en plus (on sait, par exemple, que la jurisprudence refuse habituellement de l'appliquer au profit des tiers en cas de dépassement de ses pouvoirs de gestion par un époux : Civ. 1^{re}, 24 mars 1981, Bull. civ. I, n° 99 ; Defrénois 1982. 1653, obs. Champenois). La loi du 2 janvier 1970 et le décret du 20 juillet 1972 comptant parmi les règles du droit positif, nul sujet de droit n'est censé les ignorer puisqu'il existe une présomption légale de connaissance de la loi (selon la maxime « *Nemo censetur ignorare legem* » de laquelle il résulte que « tout citoyen, volens nolens, est [...] réputé juriste malgré lui, non seulement qu'il fasse souvent du droit sans le savoir mais encore qu'il soit censé le connaître pendant qu'il l'ignore », *in* Roland et Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., n° 291, p. 579). Ainsi, peu chaut à la première Chambre civile de la Cour de cassation le fait pour une personne d'en ignorer les dispositions d'autant que celles-ci sont impératives, voire d'ordre public. Certes, l'ignorance du droit (immobilier) constitue une erreur de droit, mais celle-ci n'est pas en principe excusable puisque, notamment, l'environnement juridique qui entoure spécialement les activités et les opérations d'entremise immobilière est tel qu'il n'autorise pas (ou plus !) les tiers qui traitent avec un agent immobilier à ne pas vérifier les limites exactes des pouvoirs de ce dernier. Les mandants sont ainsi rassurés et les « *tiers contractants* » traitant avec des intermédiaires immobiliers plus que jamais prévenus de la fermeture, sous réserve d'un nouvel

ordre, de la voie de rattrapage ou de contournement qu'offrait la théorie de l'apparence. Alors, tant pis pour ceux d'entre eux qui, n'ayant pas pris la peine ou le temps de s'informer sur les textes « *réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce* », apprendront, à leurs dépens, la dureté de ces dispositions-là. Cela dit, à une époque marquée par une réelle inflation législative, le débat sur le caractère kafkaïen, voire démagogique, de la fiction selon laquelle « *nul n'est censé ignorer la loi* » a sans aucun doute de beaux jours devant lui.

Mots clés :

PROFESSIONS * Agent immobilier * Mandat d'entremise * Mandat écrit * Exclusivité * Compromis de vente