

Les obstacles juridiques au droit à rémunération de l'agent immobilier

Moussa THIOYE

Maître de conférences à l'Université Toulouse Capitole

Membre de l'IEJUC

À l'origine et au cœur de la plupart des litiges mettant en présence les agents immobiliers, le droit à rémunération de ceux-ci suppose, pour exister et être exigible, la réponse à de très nombreuses exigences formelles et substantielles qui constituent autant d'obstacles à surmonter et dont on trouve, très régulièrement, des échos jurisprudentiels parfois retentissants. En effet, à supposer réunies les impressionnantes conditions d'accès dont la carte professionnelle obligatoire est, sans doute, l'interprète emblématique, ces intermédiaires doivent encore satisfaire à des conditions d'exercice se déclinant, pour l'essentiel, en termes de formalisme contractuel (par l'exigence d'une intervention parfaitement régulière) et de dynamisme professionnel (par l'exigence d'une intervention absolument concluante).

[Cass. 1re civ., 8 mars 2012, no 11-10.871, P+BCass. 1re civ., 8 mars 2012, no 11-14.234, P+B+ICass. 1re civ., 22 mars 2012, no 11-13.000, P+B+ICass. 1re civ., 5 avr. 2012, no 11-15.569, P+B+ICass. 3e civ., 12 avr. 2012, no 10-28.637, P+B]

INTRODUCTION

1. Foisonnement des obstacles. Le droit à rémunération (ou à commission *lato sensu*) constitue, pour un agent immobilier, une contrepartie qui se mérite d'autant plus que les manœuvres factuelles ou juridiques souvent faites par ses interlocuteurs pour l'en priver sont aussi diverses que subtiles (cf. Bergel J.-L., *Observations sur le droit à rémunération de l'agent immobilier*, JCP N 1989, I, p. 73). En effet, les nombreuses conditions, positives ou négatives, auxquelles ce droit – très « contentiogène » – est juridiquement subordonné sont tellement rigoureuses, voire rigides, qu'un auteur a pu le présenter, avec justesse, comme une « course d'obstacles » (Jamin Ch., *La rémunération des agents immobiliers : une course d'obstacles*, Dr. & patr., mai 1994, p. 35). Rappelons, si besoin en est, que les activités dites de transaction sur immeubles et fonds de commerce (ou biens assimilés) sont, entre autres, spécialement réglementées par la loi no 70-9 du 2 janvier 1970 (dite loi Hoguet) et par le décret no 72-678 du 20 juillet 1972 dont les dispositions doivent, sur de nombreux points, être complétées ou suppléées par des règles générales tirées du droit civil ou encore du droit commercial. Il s'agit là d'un statut d'ordre public (cf. Cass. 1re civ., 27 janv. 1987, no 85-15.233, Bull. civ. I, no 22, RDI 1987, p. 256, obs. Tomasin D.), assorti de sanctions pénales, qui pose deux séries de conditions constituant pour les personnes physiques ou morales intéressées autant d'obstacles à surmonter avant d'être bien fondées à « passer à la caisse » (pour une étude approfondie, cf. Thioye M., *Droit des intermédiaires immobiliers*, Litec, 2010, nos 185 et s.).

2. Obstacles tenant aux conditions d'accès à la profession. Il y a, en amont de l'exercice des activités, des conditions d'accès au statut dont les objectifs sont de moraliser la profession, de s'assurer de la compétence ainsi que de la « crédibilité » des intermédiaires et, partant, d'assurer la protection de leur clientèle. Il s'évince, en effet, de l'article 3, al. 1er, de la loi Hoguet et de l'article 1er du décret du 20 juillet 1972 que l'activité d'agent immobilier ne peut être exercée que par les personnes physiques ou morales titulaires d'une carte professionnelle, délivrée par le préfet, portant la mention « Transactions sur immeubles et fonds de commerce » et, éventuellement, la mention « Non-détention de fonds » ainsi que, le cas échéant, la mention « Absence de garantie financière ». Sachant que cette carte, d'une durée décennale depuis la réforme opérée par le décret no 2005-1315 du 21 octobre 2005, ne peut être délivrée qu'aux personnes qui satisfont à certaines conditions caractéristiques d'une sorte de « tenue correcte » : justifier de leur aptitude professionnelle ; justifier, sauf dispense, d'une garantie financière permettant le remboursement des fonds, effets ou valeurs déposés et spécialement affectée à ce dernier ; contracter une assurance contre les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle ; ne pas être frappées d'une des incapacités ou interdictions d'exercer définies par le texte. Ainsi, l'exercice de l'activité sans la carte professionnelle requise expose l'agent immobilier de fait, sans préjudice des sanctions pénales (aux termes de l'article 14 de la loi du 2 janvier 1970, est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende le fait de se livrer ou prêter son concours, d'une manière habituelle, même à titre accessoire, à des opérations d'entremise et de gestion des immeubles et fonds de commerce sans être titulaire de la carte professionnelle ou après l'avoir restituée ou en ayant omis de la restituer après injonction de l'autorité administrative compétente, CA Rennes, ch. corr. 3, 13 mars 2003, no 02/01147), à des sanctions civiles consistant, notamment, dans la privation de tout droit à rémunération (Cass. 1re civ., 5 avr. 2012, no 11-15.569, à paraître au Bulletin, RLDA 2012/71, no 4027, AJDI 2012, obs. Thioye M. à paraître : quand bien même elle détiendrait un mandat écrit, ne peut prétendre à aucune rémunération la personne ayant exercé une activité habituelle de négociateur immobilier sans être titulaire de la carte professionnelle exigée par l'article 1er de la loi du 2 janvier 1970. Cf. également Cass. 1re civ., 15 mai 2007, no 06-17957, AJDI 2008, p. 505 : une société ayant exécuté un mandat sans être titulaire de la carte professionnelle exigée ne peut prétendre à aucune rémunération. Cf. toutefois CA Rouen, ch. 1, 5 févr. 2003, no 01/00537, SARL Comes c/ SCI Le Pré vert : le mandant ne saurait invoquer la violation de l'article 3 de la loi du 2 janvier 1970 par le mandataire, non titulaire d'une carte professionnelle, pour obtenir le remboursement des commissions déjà versées en connaissance de cause). Et, lorsqu'il s'agit d'un collaborateur (comme un agent commercial) habilité par un agent immobilier à négocier, s'entremettre ou s'engager pour le compte de ce dernier, ce « commercialisateur », qui ne peut être qu'une personne physique (Cass. 1re civ., 8 févr. 2005, no 02-10.643, AJDI 2005, p. 856, obs. Thioye M. CE, 6e et 1re ss-sect. réunies, 8 juin 2006, no 262639, SARL JCM, AJDI 2006, p. 852, obs. Thioye M.), doit justifier de sa qualité et de l'étendue de ses pouvoirs par la production d'une attestation d'habilitation délivrée par le titulaire de la carte professionnelle après avoir été visée par le préfet compétent (L. no 70-9, 2 janv. 1970, art. 4, al. 1er, et D. no 72-678, 20 ; juill. 1972, art. 9, al. 1er). Et, à défaut, cet « agent commercial immobilier » de fait ne pourrait prétendre à aucune rémunération quand bien même il détiendrait un mandat écrit (Cass. 1re civ., 5 avr. 2012, no 11-15.569, préc.).

Le droit à rémunération de l'agent immobilier suppose que soient surmontés deux principaux types d'obstacles, les uns tenant au formalisme rigide gouvernant le « mandat d'entremise » et les autres étant liés au dynamisme déterminant ou probant attendu du « mandataire ».

3. Obstacles tenant aux conditions d'exercice de la profession. Il y a, une fois l'accès au statut reconnu au regard des exigences précitées (situation que nous supposerons, par la suite, dans le cadre de la présente étude), des conditions d'exercice des activités professionnelles dont les finalités sont spécialement de contrôler les agents immobiliers ainsi soumis à une exigence de « savoir-vivre professionnel » et, par-là, de protéger leurs mandants ou assimilés, de même que les cocontractants de ces derniers. Force est alors de souligner, à ce propos, que le droit à rémunération de ces intermédiaires professionnels suppose spécialement que soient surmontés deux principaux types d'obstacles, les uns tenant au formalisme rigide gouvernant le « mandat d'entremise » (I) et les autres étant liés au dynamisme déterminant ou probant attendu du « mandataire » (II).

I.– OBSTACLES TENANT À L'EXIGENCE D'UNE INTERVENTION RÉGULIÈRE DE L'AGENT : LE FORMALISME RIGIDE DU « MANDAT D'ENTREMISE »

4. Le mandat d'entremise est soumis à un formalisme rédactionnel et probatoire (A) dont la violation a, notamment, pour effet de priver l'agent immobilier de tout droit à rémunération quand bien même il aurait effectivement réalisé des activités au service de son donneur d'ordre (B).

Modalités et portée du formalisme : formalisme ad solemnitatem et, partant, ad probationem

5. Un mandat écrit est exigé préalablement à toute intervention de l'intermédiaire (1o) sachant que le contenu dudit contrat est lui-même surveillé puisque certaines mentions y sont imposées (2o) alors que d'autres y sont seulement tolérées sous certaines conditions (3o), voire purement et simplement interdites (4o).

1.– Obstacle tenant à l'exigence d'un mandat écrit préalablement à toute intervention

6. Nécessité d'une procuration. Faisant écho à l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970, l'article 72, alinéa 1er, du décret du 20 juillet 1972 dispose clairement que « le titulaire de la carte professionnelle portant la mention « Transactions sur immeubles et fonds de commerce » ne peut négocier ou s'engager à l'occasion d'opérations spécifiées à l'article 1er (1o à 5o) de la loi (...) sans détenir un mandat écrit préalablement délivré à cet effet par l'une des parties ». Ainsi, l'exigence structurelle d'une procuration signée (CA Aix-en-Provence, ch. 1 A, sect. civ., 9 mai 2000, no 95/21072, SARL AGIM c/ Nous. CA Nîmes, ch. 2, sect. A, 11 janv. 2005, no 04/03462, EURL Maisona 2000 c/ Benabdelkader) et en cours de validité (CA Pau, ch. 1, 9 sept. 1998, no 97000514, Immo Pro c/ Maret), antérieurement à toute démarche de négociation (la tendance jurisprudentielle semble aller dans le sens d'une conception stricte de la notion de négociation visée par l'article 72 du décret de 1972 puisque, pour qu'il y ait « négociation proprement dite », encore faut-il que l'intermédiaire ait « dépassé le stade de la simple publicité » ou, en d'autres termes, des « démarches publicitaires unilatérales » [Cass. crim., 15 déc. 1987, no 84-94.134,

Bull. crim., no 460. Cass. 1re civ., 2 oct. 2007, no 05-18.706, Bull. civ. I, no 312, AJDI 2008, p. 611, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 28 avr. 2011, no 10-13.870, AJDI 2011, p. 719, obs. Thioye M.], « revêt un caractère solennel et non probatoire » (CA Rennes, ch. 1 A, 22 sept. 1998, no 9701582, SARL Agence immobilière Durand c/ Toti) sachant que l'instrumentum requis doit naturellement répondre à certaines conditions et, notamment, interpréter une véritable opération contractuelle (Cass. com., 17 nov. 1980, no 78-15.770, Bull. civ. IV, no 375, p. 302 : un « bon de commission » ne constitue pas le mandat écrit préalable et spécial au sens de la loi du 2 janvier 1970. Cass. 1re civ., 4 nov. 1986, no 85-14.395, Bull. civ. I, no 246, RDI 1987, p. 256, obs. Tomasin D.: une simple lettre écrite par le mandant ne peut constituer un mandat. Cass. 1re civ., 6 oct. 1993, 2 arrêts, nos 91-18.231 et 91-10.747, Bull. civ. I, nos 266 et 267 : le droit à commission ne peut être fondé sur un simple « bon de visite » signé par l'acheteur. Cass. 1re civ., 8 avr. 2010, no 09-12.007, AJDI 2011, p. 156, obs. Thioye M. : une simple lettre ne peut valoir mandat. Cf. toutefois, CA Paris, 25 nov. 1993, RDI 1994, p. 70, obs. Tomasin D. : un bon de commission a pu être considéré comme une reconnaissance de dettes valable entre commerçants pour services rendus antérieurement à l'établissement d'une promesse de vente et soumis au droit commun) et satisfaire aux dispositions de l'article 1325 du Code civil. Il s'ensuit, de toute évidence, que l'agent immobilier ayant prêté son concours en violation de l'une quelconque de ces nombreuses exigences ne saurait utilement se prévaloir d'un quelconque droit à rémunération (voir infra, no 16). Cela dit, il s'évince de la jurisprudence majoritaire de la Cour de cassation que l'exigence considérée n'est pas applicable – du fait de l'inapplicabilité même de la loi Hoguet – dans les relations de sous-contrat ou de concours entre, d'une part, un agent immobilier et, d'autre part, ses confrères (Cass. 1re civ., 7 févr. 1995, no 93-14.158, Bull. civ. I, no 68, RDI 1995, p. 346, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 3 janv. 1996, no 93-21.281, Bull. civ. I, no 1, RDI 1996, p. 244, obs. Tomasin D.) ou ses collaborateurs indépendants ou agents commerciaux (Cass. 1re civ., 13 mai 1997, no 95-10.755, Bull. civ. I, no 152, Dr. et Patrimoine, nov. 1997, p. 72, obs. Saint-Alary-Houin C. Cass. 1re civ., 14 mars 2000, no 97-14.055, Administrer févr. 2001, p. 42, obs. Beaugendre S. Cass. 1re civ., 28 janv. 2003, no 00-21.758, Bull. civ. I, no 20, AJDI 2004, p. 51, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 13 nov. 2003, no 02-10.229, AJDI 2004, p. 142, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, no 01-03.021, Bull. civ. I, no 210. Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, no 02-11.138, AJDI 2005, p. 237, obs. Thioye M. Cass., 1re civ., 31 janv. 2008, no 06-20.254, inédit au Bull. civ. Contra : Cass. com., 7 juill. 2004, no 02-18.135, Bull. civ. IV, no 147, D. 2004, AJ, p. 2230, obs. Rouquet Y, AJDI 2005, p. 236, obs. Thioye M. Rappr. Cass. 1re civ., 3 mars 1998, no 96-15.300, Bull. civ. I, no 91, RDI 1998, p. 282, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 28 janv. 2010, no 08-70.341, AJDI 2010, p. 819, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 17 févr. 2011, no 10-13.980, AJDI 2011, p. 393, obs. Thioye M.).

2.– Obstacle tenant à l'obligatorieté de certaines clauses

7. Mention relative à la durée du mandat. Complétant l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970, l'article 7 de la même loi dispose que « sont nulles les promesses et les conventions de toute nature relatives aux opérations visées à l'article 1er qui ne comportent pas une limitation de leurs effets dans le temps » (plus clairement, l'article 138, al. 1er, du décret no 96-478 du 31 mai 1996 dispose expressément, s'agissant des géomètres-experts, que « le mandat d'entremise

immobilière précise (...) à peine de nullité, sa durée de validité »). Ainsi, la durée du mandat d'entremise doit, ad solemnitatem, être limitée dans le temps même si cette durée ne lie pas véritablement le donneur d'ordre dès lors qu'il peut l'abréger, librement, sous la seule réserve de l'abus de droit (Cass. 1re civ., 8 juill. 1994, nos 92-14.346, Bull. civ. I, no 234) et des dispositions spécialement prévues par l'article 78 du décret de 1972 lorsqu'un mandat est assorti d'une clause d'exclusivité, d'une clause pénale ou d'une clause aux termes de laquelle une commission sera due par le mandant même si l'opération est conçue sans les soins de l'intermédiaire. Avec ou sans exclusivité (Cass. 1re civ., 6 déc. 1994, nOS 92-15.370 et 92-15.371, Bull. civ. I, no 356), le mandat d'entremise de l'agent immobilier doit alors comporter, à peine de nullité absolue du contrat (voir infra, no 16) et, subséquemment, de privation de tout droit de l'intermédiaire à rémunération (voir infra, no 16), l'indication d'un terme extinctif – marque du contrat à durée déterminée – et, plus précisément, d'un terme extinctif certain (Cass. 1re civ., 6 mars 2001, no 98-16.826, Bull. civ. I, no 52, AJDI 2001, p. 919, obs. Thioye M. Rappr. Cass. 1re civ., 22 avr. 1986, nos 84-17.187 et 84-17.356, Bull. civ. I, no 92, RDI 1989, p. 63, obs. Tomasin D. Cf. toutefois Cass. 1re civ., 7 janv. 1997, no 94-21.605, RDI 1997, p. 266 et 609, obs. Tomasin D.). Il est dès lors recommandé aux intermédiaires de faire preuve de prudence et de dextérité rédactionnelle lorsqu'ils entendent stipuler, comme c'est souvent le cas, un mécanisme de reconductibilité tacite de leur mandat. La jurisprudence considère, en effet, qu'un « mandat à durée déterminée, mais contenant une clause de renouvellement indéfini par tacite reconduction, n'est pas limité dans le temps » et doit être, par conséquent, frappé d'une nullité absolue (Cass. 1re civ., 5 mai 1982, no 81-11.028, Bull. civ. I, no 159, RDI 1982, p. 535, obs. Saint-Alary-Houin C. Rappr. Cass. 1re civ., 18 oct. 2005, no 02-16.046, Bull. civ. I, no 363). De son côté, la Commission des clauses abusives a pu déclarer abusives les clauses ne limitant pas la durée du mandat ou prévoyant sa tacite reconduction pour une période indéfinie et estimé qu'il convenait, par conséquent, de contracter pour une durée fixe et déterminée ou de limiter le nombre des renouvellements (cf. Recomm. CCA no 2003-02, 18 sept. 2003, BOCCRF, 12 mars 2004, p. 238). Et, pour enfoncer radicalement le clou, le projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, présentée en Conseil des ministres le 1er juin 2011, a prévu d'ajouter à l'article 7 de la loi Hoguet un second alinéa qui devrait permettre de considérer comme « réputée non écritetoute clause autorisant la reconduction tacite de la convention parvenue à son terme » (cf. Rouquet Y., Volet immobilier du projet de loi « protection des consommateurs », D. 2011, p. 1558).

8. Mentions relatives à la rémunération de l'agent immobilier. Aux termes de l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970, « les conventions conclues avec les personnes visées à l'article 1er (...) et relatives aux opérations qu'il mentionne en ses 1o à 6o, doivent être rédigées par écrit et préciser (...) les conditions de détermination de la rémunération, ainsi que l'indication de la partie qui en aura la charge ». Et, dans le sillon ainsi tracé par le législateur, diverses précisions sont apportées par l'article 73, alinéas 1er à 3, du décret du 20 juillet 1972 à propos spécialement de l'agent immobilier : « le titulaire de la carte professionnelle portant la mention "Transactions sur immeubles et fonds de commerce", son ou ses représentants légaux ou statutaires, s'il s'agit d'une personne morale, qui doit recevoir le mandat prévu à l'article 72 ne peut demander, ni recevoir directement ou indirectement, d'autre rémunération ou commission à l'occasion d'une opération spécifiée à l'article 1er (1o à 5o) de la loi (...) du 2 janvier 1970 que celle dont les

conditions de détermination sont précisées dans le mandat » ; « le mandat doit préciser si cette rémunération est à la charge exclusive de l'une des parties à l'opération ou si elle est partagée » sachant que, « dans ce dernier cas, les conditions et modalités de ce partage sont indiquées dans le mandat et reprises dans l'engagement des parties » ; « le montant de la rémunération ou de la commission, ainsi que l'indication de la ou des parties qui en ont la charge sont portés dans l'engagement des parties » ; « le titulaire de la carte ne peut demander ni recevoir, directement ou indirectement, des commissions ou des rémunérations à l'occasion de cette opération d'une personne autre que celle mentionnée comme en ayant la charge dans le mandat et dans l'engagement des parties ».

9. Il résulte de ce dispositif législatif et réglementaire que les stipulations relatives au montant ainsi qu'au débiteur de la rémunération de l'agent immobilier doivent être impérativement déterminées ou déterminables (CA Paris, 25e ch., sect. B, 5 juill. 2002, no 2000/22270, Vacher c/ SARL Pharmagence, AJDI 2003, p. 368, obs. Thioye M.), dans les mêmes termes, dans le mandat d'entremise et dans l'acte conclu sur la base dudit mandat. Ainsi, l'acte d'engagement final des parties (il s'agit, usuellement, d'une vente) doit être, s'agissant du montant et de la charge de la rémunération due à l'intermédiaire, la fidèle reproduction du mandat d'entremise (cette reproduction de la clause de prix dans l'engagement final permettant de l'opposer au cocontractant du mandant qui, sans cela, pourrait opportunément invoquer le principe de la relativité des conventions pour ne pas avoir à exécuter la dette stipulée à sa charge dans le mandat, cf.Cass. 3e civ., 6 déc. 1972, no 71-13.575, Bull. civ. III, no 660. CA Aix-en-Provence, 1re ch. B, 15 févr. 1996, JCP G 1996, IV, 333). Et ces exigences font l'objet, depuis très longtemps, d'une interprétation et d'une application rigoureuses par la jurisprudence. En effet, il en découle, d'une part, que l'agent chargé de la vente d'un immeuble ou assimilé ne peut demander, directement ou indirectement, de rémunération à l'occasion de cette opération à une personne autre que celle uniformément mentionnée comme en ayant la charge dans le mandat et dans l'engagement des parties (Cass. 1re civ. 20 mars 1979, no 77-15.431, Bull. civ. I, no 94. Cass. 1re civ., 22 mai 1985, no 84-10.572, Bull. civ. I, no 159. Cass. 1re civ., 26 nov. 1985, no 84-16.407, Bull. civ. I, no 317. Cass. 1re civ., 19 juill. 1988, no 87-11.703, Bull. civ. I, no 242, RDI 1989, p. 479, obs. Tomasin D. CA Paris, 15e ch., 13 juin 1991, RDI 1991, p. 356, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 3 févr. 1993, no 90-10.103, Bull. civ. I, no 46, RDI 1993, p. 235, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 9 nov. 1999, no 97-11.898, Bull. civ. I, no 292. Cass. 1re civ., 28 nov. 2000, no 97-18.684, Bull. civ. I, no 303. Cass. 1re civ., 2 oct. 2001, no 99-11.508, AJDI 2002, p. 154, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 25 juin 2002, no 00-12.061, AJDI 2003, p. 370, obs. Thioye M. CA Paris, 2e ch., sect. B, 12 sept. 2002, AJDI 2003, p. 455, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, no 01-13.868, AJDI 2004, p. 658, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 13 juill. 2004, no 02-10.991, AJDI 2005, p. 325, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 21 févr. 2006, no 04-14.538, AJDI 2006, p. 485, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 13 mars 2007, no 05-12.270, Bull. civ. I, no 101, AJDI 2007, p. 411, obs. Rouquet Y. Cass. 1re civ., 15 mai 2007, no 05-14.253, AJDI 2008, p. 506, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 8 oct. 2009, no 08-14.968, AJDI 2010, p. 406, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 6 janv. 2011, no 09-71.243, Bull. civ. I, no 1, JCP N 2011, 128, D. 2011, p. 240, obs. Rouquet Y., AJDI 2011, p. 643, obs. Thioye M.). Il s'ensuit, notamment, que l'agent immobilier ne pourrait pas utilement demander à un acquéreur, sur la seule base d'un simple « bon de visite » qu'il lui a fait signer, de lui verser une rémunération

lorsque les conditions de détermination précitées ne sont pas réunies ou lorsque la vente est, à tort ou à raison, directement conclue avec le vendeur (Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, no 01-13.868, préc.). D'autre part, il résulte des dispositions précitées que, au-delà de l'indispensable précision du débiteur de la commission, le montant de la rémunération de l'agent immobilier doit être suffisamment déterminé ou déterminable dans le mandat d'entremise (dont le régime s'écarte, sur ce point, de celui du mandat de droit commun qui échappe depuis toujours à l'exigence traditionnelle d'un prix prefixé, Cass. req., 11 mars 1824, S. 1825, 1, 133. Cass. req., 7 févr. 1855, S. 1855, 1, 527) et repris dans l'acte de vente (cela dit, « si le mandat prévoit une rémunération forfaitaire, celle-ci peut être modifiée lorsque le prix de vente ou de cession retenu par l'engagement des parties est différent du prix figurant dans le mandat », D. no 72-678, art. 75). Force est d'ailleurs de souligner, à ce sujet, que la simple référence au « tarif agence », sans autre précision, ne permet pas de satisfaire aux exigences légales imposant la détermination ou déterminabilité des honoraires des intermédiaires immobiliers (Cass. 1re civ., 19 juill. 1988, no 87-11.703, préc. Cass. 1re civ., 25 juin 2002, no 00-12.061, préc.) puisque ceux-ci sont librement fixés par les parties depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (C. com., art. L. 410-1 et s.) et l'abrogation subséquente de l'arrêté du 6 février 1974 (cette liberté vaut pour les agents immobiliers même s'ils sont toujours tenus au respect des exigences de l'article L. 113-3 du Code de la consommation aux termes duquel « tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix »). Il convient, en outre, de noter que la fixation régulière de la rémunération de l'agent immobilier ne met pas nécessairement celui-ci à l'abri d'une éventuelle réduction judiciaire de ses honoraires (Cass. 1re civ., 2 juin 1993, no 91-10.578, Bull. civ. I, no 198. CA Douai, ch. 1, 25 janv. 1999, no 97/02450, Ramos c/ SARL Movimmo. Cf. toutefois Cass. 1re civ., 19 janv. 1970, no 68-13.859, Bull. civ. I, no 23 : les juges ne peuvent réduire la somme que le mandant a, en connaissance des services rendus, reconnu devoir au mandataire à titre de commission après l'exécution du mandat).

Ce formalisme est exigé ad solemnitatem et entraîne, en cas de non-observation, la nullité absolue du contrat et, par voie de conséquence, la perte par l'agent immobilier de tout droit à rémunération.

10. Mentions relatives au maniement de fonds et à la reddition de comptes. L'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 dispose que « les conventions conclues avec les personnes visées à l'article 1er (...) et relatives aux opérations qu'il mentionne en ses 10 à 60, doivent être rédigées par écrit et préciser (...) les conditions dans lesquelles ces personnes sont autorisées à recevoir, verser ou remettre des sommes d'argent, biens, effets ou valeurs à l'occasion de l'opération dont il s'agit » ainsi que « les modalités de la reddition de compte » qui figure, selon l'article 1993 du Code civil, parmi les obligations principales de tout mandataire. Et, dans le sillage du principe général ainsi posé ad substantiam, l'article 76, alinéa 1er, du décret du 20 juillet 1972 précise spécialement que l'agent immobilier n'est autorisé à manier des fonds « que dans la mesure et dans les conditions précisées par une clause expresse du mandat » alors que l'article 77 précise, quant à lui, les conditions dans lesquelles cet intermédiaire doit informer son mandant de l'accomplissement du mandat de vendre ou d'acheter.

11. Mention du numéro d'inscription au registre des mandats sur l'exemplaire du mandat resté en la possession du mandant. Sachant que tous les mandats de l'agent immobilier doivent être mentionnés par ordre chronologique sur un registre des mandats conforme à un modèle fixé par arrêté (D. no 72-678, art. 72, al. 4), l'article 72, alinéa 5, du décret du 20 juillet 1972 dispose que le numéro d'inscription sur ledit registre doit à son tour être reporté sur l'exemplaire du mandat en possession du mandant. Posant des problèmes aigus lorsque le contrat de mandat est passé à distance ou par correspondance (cf. Thioye M., op. cit., nos 513 et 514), ce formalisme est exigé ad solemnitatem et entraîne, en cas de non-observation, la nullité absolue du contrat et, par voie de conséquence, la perte par l'agent immobilier de tout droit à rémunération (voir infra, no 16. L'acte passé sur la base du mandat irrégulier est lui-même frappé de nullité, Cass. 3e civ., 8 avr. 2009, no 07-21.610, Bull. civ. III, no 80, AJDI 2010, p. 890, obs. Thioye M.). En effet, puisque ce qui est nul ne produit aucun effet, l'agent négligent ne peut réclamer aucune rémunération, ni se rabattre sur une quelconque voie de rattrapage comme celle de la responsabilité civile (voir infra, no 16).

3.– Obstacle tenant à la surveillance de certaines clauses facultatives

12. À côté des mentions obligatoires, d'autres clauses peuvent être facultativement prévues même si elles doivent être nécessairement expresses pour que l'intermédiaire soit recevable à s'en prévaloir.

13. Clauses pénales, d'exclusivité ou de « garantie de rémunération ». Il résulte des dispositions de l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 que le mandat d'entremise peut être valablement assorti, sous certaines conditions, d'une clause d'exclusivité (sur la licéité de la clause d'exclusivité, cf. CA Versailles, ch. 3, 28 janv. 2005, no 03/03922, SA Kéops Entreprise c/ SARL Immobilière du particulier. Sur les conséquences de l'absence d'exclusivité, cf. Cass. 1re civ., 16 mai 2006, no 04-20.477, AJDI 2007, p. 52, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 30 mai 2006, no 04-11.208, AJDI 2007, p. 52, obs. Thioye M.), d'une clause pénale (Cass. 1re civ., 2 déc. 1992, no 91-10.594, Bull. civ. I, no 298, RDI 1993, p. 236, obs. Tomasin D. : le mandataire qui a un mandat contenant une clause pénale ne peut la faire jouer que s'il a exécuté parfaitement son mandat et que le mandant a refusé de conclure) ou d'une clause aux termes de laquelle une commission sera due par le mandant même si l'opération est conclue sans les soins de l'agent immobilier (CA Caen, 13 avr. 1989, JCP N 1989, p. 46. Rappr. Cass. 1re civ., 18 févr. 1997, no 94-22.118, RDI 1997, p. 68, obs. Tomasin D.). La licéité ainsi reconnue est, néanmoins, subordonnée à la réunion des conditions posées par l'article 78, alinéa 1er, du décret du 20 juillet 1972 : l'une ou l'autre des clauses considérées « ne peut recevoir application que si elle résulte d'une stipulation expresse d'un mandat dont un exemplaire a été (immédiatement) remis au mandant » (Cass. 3e civ., 12 avr. 2012, no 10-28.637, à paraître au Bulletin, RLDA 2012/72, no 4087, AJDI 2012, obs. Thioye M. à paraître. Cf. également Cass. 1re civ., 25 févr. 2010, no 08-14.787, Bull. civ. III, no 45, AJDI 2010, p. 820, obs. Thioye M. : la remise immédiate d'un des exemplaires du mandat comportant une clause d'exclusivité est exigée pour sa validité même. CA Lyon, 1re ch. civ. B, 26 oct. 2010, no 10/01518, Rosso c/ Second, AJDI 2011, p. 230, obs. Thioye M.) et « est mentionnée en caractères très apparents » (CA Aix-en-Provence, ch. civ. 1 A, 7 oct. 2002, no 98/19568, Defraiteur c/ SARL Agence Tourretaine. CA Colmar, ch. civ. 2, sect. A, 8 sept. 2005, no 2A03/03102, Boulghobra c/ SA Habitat Gestion Plus), la

sanction étant la nullité du mandat (CA Paris, 17 oct. 1964, D. 1965, somm. 35. Cass. 1re civ., 24 mai 1989, no 88-10.126, Bull. civ. I, no 208, RDI 1989, p. 479, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 17 sept. 2003, no 01-01.413). On ajoutera, à ces restrictions formelles, la possibilité de dénonciation anticipée du contrat contenant l'une quelconque de ces clauses (D. no 72-678, art. 78, al. 2 et s.).

14. Clause attributive du pouvoir de s'engager au nom et pour le compte du mandant. À condition d'en faire expressément et spécialement mention, le mandat écrit donné à un agent immobilier peut autoriser celui-ci à s'engager dès qualité au nom et pour le compte du mandant pour une opération déterminée (D. no 72-678, art. 72, al. 3. Cf. Cass. 1re civ., 6 mars 1996, no 93-19.262, Bull. civ. I, no 114, RDI 1996, p. 245, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 14 déc. 2004, no 03-10.528, AJDI 2005, p. 153, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 27 juin 2006, no 04-20.693). 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 du 20 juillet 1972, qu'un simple courtage ne conférant, juridiquement, qu'une mission de recherche de clients et de négociation du contrat projeté (Cass. 3e civ., 12 avr. 2012, no 10-28.637, préc. Rappr. Cass. 3e civ., 17 juin 2009, no 08-13.833, Bull. civ. III, no 148, AJDI 2010, p. 155, obs. Thioye M.). 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 directement signé au nom et pour le compte de ce dernier sera frappé de nullité (Cass. 1re civ., 2 nov. 2005, no 02-14.614, Bull. civ. I, no 395, RTD civ. 2006, p. 138, obs. Gautier P.-Y. Dans le même sens, Cass. 1re civ., 25 mai 1992, no 90-19.969, Bull. civ. I, no 156. Cass. 1re civ., 9 juill. 2009, no 08-15.413, Contrats, conc., consom. 2009, comm. 260, note Leveneur L. Rappr. Cass. 3e civ., 15 avr. 1980, no 78-15.836, Bull. civ. III, no 73. Cass. 3e civ., 6 oct. 2004, no 01-00.896, Bull. civ. III, no 166) et, partant, insusceptible de réalisation forcée (Cass. 1re civ., 8 juill. 1986, no 84-15.731, Bull. civ. I, no 194, RDI 1986, p. 481, obs. Tomasin D. CA Versailles, 29 sept. 1989, RDI 1990, p. 98, obs. Tomasin D.). Il s'ensuit, eu égard à l'insensibilité actuelle de la Cour de cassation à la théorie du mandat apparent (Cass. 1re civ., 31 janv. 2008, no 05-15.774, Bull. civ. I, no 300, D. 2008, p. 485, obs. Rouquet Y., JCP N 2008, 1197, obs. Piédelièvre S., AJDI 2008, p. 879, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 11 déc. 2008, no 08-10.162, AJDI 2009, p. 380, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 28 avr. 2011, no 10-14.894, AJDI 2011, p. 721, obs. Thioye M., RLDA 2011/64, no 3646, note Brena S. Rappr. Cass. 1re civ., 7 juill. 1992, no 90-21.779, RDI 1993, p. 95, obs. Tomasin D.), que seule une ratification spontanément et librement opérée par le mandant (C. civ., art. 1998, al. 2) pourrait permettre de « sauver » l'acte abusivement passé par l'agent immobilier.

4.– Obstacle tenant à l'interdiction de certaines clauses

15. Clauses abusives et clauses particulières. Sans préjudice des clauses qui pourraient être déclarées abusives sur le fondement des articles L. 132-1 et R. 132-1 et s. du Code de la consommation (cf. Recomm. CCA no 2003-02, 18 sept. 2003, préc.), il s'évince de l'article 76, alinéa 2, du décret du 20 juillet que « le mandat d'acheter ou de prendre à bail un bien non identifié ne doit contenir aucune clause fixant à l'avance le montant des dommages-intérêts ou du dédit éventuellement dû par la partie qui ne remplirait pas ses engagements ». Il va sans dire que cette règle a pour objectif de protéger les candidats acquéreurs ou locataires qui, ayant

donné mandat en ce sens, pourraient se retrouver pris dans le « piège » d'une clause pénale ou d'une clause de dédit parce qu'ils ne voudraient ou ne pourraient plus acheter ou louer.

Sanctions du formalisme : nullité du mandat et privation subséquente de droit à rémunération

16. Sanction chirurgicale et déni de tout droit à commission ou à indemnisation. En cas d'inobservation de l'une quelconque des règles formalistes édictée par la loi Hoguet et son décret d'application (voir supra, nos 5 et s.), le mandat d'entremise, dont la preuve doit être rapportée par écrit (Cass. 3e civ., 19 déc. 1995, no 94-12.596, Bull. civ. III, no 473. Rappr. Cass. 1re civ., 20 déc. 2000, 2 espèces, nos 98-17.689 et 98-19.648, Bull. civ. I, no 339, AJDI 2001, p. 638, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 13 déc. 2005, no 03-19.323, AJDI 2006, p. 586, obs. Thioye M.), est incontestablement frappé de nullité (Cass. 1re civ., 5 mai 1982, no 81-11.028, préc. Cass. 1re civ., 4 nov. 1986, no 85-14.395, préc. Cass. 1re civ., 6 déc. 1994, no 92-15.370 et 92-15.371, préc. Cass. 1re civ., 18 oct. 2005, no 02-16.046, préc. Notons toutefois, si l'on se réfère strictement à l'article L. 132-1, al. 6 et 8, du Code de la consommation, que « les clauses abusives sont réputées non écrites » de sorte que « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses », Cass. 1re civ., 30 oct. 2007, no 06-11.032, AJDI 2008, p. 612, obs. Thioye M.). Il s'agit, plus précisément, d'une nullité absolue (Cass. 1re civ., 5 mai 1982, no 81-11.028, préc.) qui constitue un moyen de pur droit que peut soulever d'office la Cour de cassation (Cass. 1re civ., 13 avr. 1983, no 82-11.121, Bull. civ. I, no 120). Et une fois l'irrégularité constatée et la nullité prononcée, il s'ensuit, par application de l'adage « quod nullum est, nullum producit effectum » (« que du néant, rien ne puisse sortir »), que l'intermédiaire est légalement privé de tout droit à rémunération au titre des activités qu'il aurait menées (Cass. 1re civ., 8 mars 2012, 2 espèces, nos 11-10.871 et 11-14.234, à paraître au Bulletin, RLDA 2012/71, nos 4030 et 4029, AJDI 2012, obs. Thioye M. à paraître. Cf. également Cass. 3e civ., 28 oct. 1980, no 79-12.072, Bull. civ. III, no 164, RDI 1982, p. 534, obs. Saint-Alary Houin C. Cass. 1re civ., 22 avr. 1986, nos 84-17.187 et 84-17.356, préc. Cass. 1re civ., 8 oct. 1986, no 85-10.236, Bull. civ. I, no 234. Cass. 1re civ., 27 janv. 1987, 3 espèces, nos 85-11.206, 85-15.233 et 85-11.276, Bull. civ. I, nos 21, 22 et 23, RDI 987, p. 255, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 24 mai 1989, no 88-10.126, préc. Cass. 1re civ., 20 janv. 1993, no 91-13.729, JCP G 1993, IV, 79. Cass. 1re civ., 26 nov. 1996, no 93-19.917, Bull. civ. I, no 412, RDI 1997, p. 609, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 3 mars 1998, no 96-15.300, préc. Cass. 1re civ., 6 mars 2001, no 98-16.826, préc. Cass. 1re civ., 2 oct. 2001, no 99-11.508, préc. Cass. 1re civ., 2 oct. 2001, no 99-13.961, AJDI 2002, p. 156, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, no 99-16.920, Bull. civ. I, no 253, AJDI 2002, p. 62. Cass. 1re civ., 15 mai 2002, no 00-13.247, AJDI 2002, p. 552. Cass. 1re civ., 25 juin 2002, no 00-12.061, préc. CA Paris, 5 juill. 2002, préc. CA Paris, 12 sept. 2002, AJDI 2003, p. 455, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 17 sept. 2003, no 01-01.413, préc. Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, no 01-17.763, Bull. civ. I, no 26, AJDI 2004, p. 484, obs. Thioye M. Cass. 3e civ., 12 mai 2004, no 03-13.977, AJDI 2004, p. 909, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 13 juill. 2004, no 02-10991, préc. Cass. 1re civ., 16 nov. 2004, no 02-10.301, AJDI 2005, p. 415, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, no 02-10.764, AJDI 2005, p. 756, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 20 mars 2007, no 06-12.770, AJDI 2007, p. 766, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 2 oct. 2007, no 05-18.706, préc. Cass. 1re civ., 8 oct. 2009, no 08-14.968, préc.) et même de tous dommages-intérêts sur

le fondement d'un quasi-contrat ou de la responsabilité civile (Cass. 1re civ., 22 mars 2012, no 11-13.000, à paraître au Bulletin, RLDA 2012/71, no 4028, AJDI 2012, obs. Thioye M. à paraître : la gestion d'affaires, qui implique la ratification ultérieure par le maître de l'affaire ou la démonstration *a posteriori* de l'utilité de la gestion, est incompatible avec les dispositions d'ordre public de la loi du 2 janvier 1970 et du décret du 20 juillet 1972, qui exigent l'obtention par le titulaire de la carte professionnelle « transactions sur immeubles et fonds de commerce » d'un mandat écrit préalable à son intervention dans toute opération immobilière. Cf. également Cass. 1re civ., 28 juin 1988, no 87-12.104, Bull. civ. I, no 210. Cass. 1re civ., 19 juill. 1988, no 86-19.158, Bull. civ. I, no 241, RDI 1989, p. 67, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 3 févr. 2004, no 01-17.763, préc.). Tout cela sans préjudice des sanctions pénales encourues en pareille occurrence sur le fondement de l'article 16 de la loi du 2 janvier 1970 (Cass. crim., 15 déc. 1987, no 84-94.134, préc.).

17. Il y a toutefois, dans cet océan de sévérité, un îlot d'indulgence puisqu'il est admis (bien que la nullité en cause soit absolue) que le client puisse venir « confirmer » le mandat irrégulier en promettant une rémunération postérieurement à la réalisation définitive de l'affaire, novant ainsi, peut-être, son obligation naturelle (née du fait que les opérations ont été réalisées malgré l'irrégularité du mandat) en obligation civile (cf. toutefois Cass. 1re civ., 6 janv. 2011, no 71.243, préc. : « est dépourvu d'effet tout acte portant engagement de rémunérer les services d'un agent immobilier en violation des règles impératives ci-dessus rappelées (dispositions résultant de la combinaison des articles 6 de la loi du 2 janvier 1970 et 72 et 73 du décret du 20 juillet 1972), excluant qu'une obligation naturelle soit reconnue en ce domaine »). En effet, la jurisprudence admet la validité de l'engagement du mandant ou de son cocontractant de rémunérer l'agent dès lors qu'il est porté dans une convention ultérieure et intervenant après la réitération de la vente immobilière par acte authentique (Cass. 1re civ., 5 oct. 1982, no 81-14.279, Bull. civ. I, no 271, RDI 1983, p. 249, obs. Saint-Alary Houin C. CA Paris, 8e ch. B, 20 mai 1988, RDI 1989, p. 134, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 29 janv. 1991, no 89-15.129, Bull. civ. I, no 34, RDI 1991, p. 236, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 3 févr. 1993, no 90-10.103, préc. Cass. 1re civ., 6 mars 2001, no 98-16.826, préc. Cass. 1re civ., 2 oct. 2001, no 99-13.961, préc. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, no 02-10.764, préc. Cass. 1re civ., 21 févr. 2006, no 04-14.538, AJDI 2006, p. 485, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 13 mars 2007, no 05-12.270, préc. Cass. 1re civ., 30 oct. 2007, no 06-19.210, AJDI 2008, p. 695, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 26 mai 2011, no 10-30.698, AJDI 2011, p. 881, obs. Thioye M.). Mais cette réserve, somme toute relative, ne doit jamais occulter le fait que la vocation de l'agent immobilier à être rémunéré reste étroitement dépendante du respect du formalisme de son mandat. Et quand bien même cette première série d'obstacles formels serait surmontée, le droit à rémunération n'en serait pas pour autant assuré puisqu'il suppose, en outre, que l'intermédiaire ait fait preuve d'un dynamisme ayant effectivement permis la réalisation définitive de l'opération à laquelle il a prêté son concours.

La jurisprudence admet la validité de l'engagement du mandant ou de son cocontractant de rémunérer l'agent dès lors qu'il est porté dans une convention ultérieure et intervenant après la réitération de la vente immobilière par acte authentique.

II.– OBSTACLES TENANT À L’EXIGENCE D’UNE INTERVENTION CONCLUANTE DE L’AGENT : LE DYNAMISME DÉCISIF REQUIS DU « MANDATAIRE »

18. « Aucun bien, effet, valeur, somme d’argent, représentatif de commissions, de frais de recherche, de démarche, de publicité ou d’entremise quelconque, n’est dû aux personnes indiquées à l’article 1er ou ne peut être exigé ou accepté par elles, avant qu’une des opérations visées audit article ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l’engagement des parties ». Il découle de ce principe, posé par l’article 6, I, de la loi du 20 janvier 1970 pour tous les intermédiaires immobiliers, que le droit à rémunération de l’agent immobilier valablement mandaté implique de surmonter, d’une part, un obstacle tenant à l’exigence de son intervention déterminante dans la réalisation de l’opération (B) et, d’autre part, un obstacle tenant à l’exigence d’une opération effectivement conclue par les parties et constatée dans un seul acte écrit (A).

Exigence d’une opération effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit

19. Il résulte des dispositions de l’article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 qu’aucune forme de rémunération ne peut être juridiquement due à un intermédiaire immobilier avant que l’opération à laquelle il prête son concours n’ait été « effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l’engagement des parties » (toutes sommes perçues, en violation de ces dispositions, doivent être restituées avec intérêts au taux légal à compter de la notification, valant mise en demeure, de la décision ouvrant droit à restitution [CA Caen, ch. 1, sect. civ., 11 oct. 2005, no 04/00145, Iliou Luciani c/ Tirard. CA Bourges, ch. civ., 2 nov. 2005, no 05/00240, Messageon c/ SARL Immoval 58. Cass. 1re civ., 7 déc. 2005, no 04-18.069]). Deux conditions cumulatives sont ainsi exigées puisque l’opération doit être, d’une part, effectivement conclue (1o) et, d’autre part, constatée dans un seul acte écrit contenant l’engagement des parties (2o).

1.– Une opération effectivement conclue

20. Problématique générale. En vertu de la théorie individualiste de l’autonomie de la volonté, tout contrat est, en principe, censé se former automatiquement « par le seul consentement des parties » sur les éléments essentiels, avec les conséquences qui en résultent et, notamment, sa force obligatoire inter partes(C. civ., art. 1134 et 1135). Il s’agit là d’un principe général du droit français des obligations qui trouve en matière de vente une application particulière aux articles 1583 et 1589, al. 1er, du Code civil (sur un rappel de ce principe, CA Douai, ch. 1, 25 janv. 1999, no 97/02450, Ramos c/ SARL Movimmo : la vente étant pas parfaite, les parties étant tombées d’accord sur la chose et sur le prix, l’agent immobilier a droit à sa rémunération. CA Rouen, ch. 1, cab. 1, 7 nov. 2001, no 98/05897, SOCAF c/ Lebreton : la vente n’étant pas parfaite, faute d’accord sur la chose, l’agent immobilier n’a pas droit à sa rémunération). Néanmoins, il arrive que, par le jeu de règles ou de techniques légales ou conventionnelles (formalisme, condition, faculté de dédit, droit de préemption, etc.), une incertitude continue de planer, malgré la rencontre des volontés, sur l’irrévocabilité ou la naissance même des obligations contractuelles. L’exigence d’une « opération effectivement conclue » prend, dès lors, tout son sens dès l’instant qu’une affaire ne peut pas être considérée comme réalisée, au sens de la loi Hoguet, tant qu’elle ne peut pas être considérée comme définitivement « acquise ».

21. Applications particulières. À ce propos, l'article 74 du décret du 20 juillet 1972 dispose, « lorsque l'engagement des parties contient une clause de dédit », que « l'opération ne peut être regardée comme effectivement conclue par l'application du dernier alinéa du I de l'article 6 de la loi (...) du 2 janvier 1970 s'il y a dédit ou tant que la faculté de dédit subsiste... » et, partant, le droit à rémunération ne doit pas être considéré comme constitué (Cass. 1re civ., 9 déc. 1981, no 80-13.356, Bull. civ. I, no 370. Cass. 1re civ., 19 déc. 1983, no 82-14.097, Bull. civ. I, no 305, RDI 1984, p. 211, obs. Saint-Alary-Houin C. Cass. 1re civ., 17 nov. 1993, no 91-18.773, Bull. civ. I, no 337. Cass. 1re civ., 18 mars 1997, no 95-16.135, Bull. civ. I, no 100. Cass. 1re civ., 15 mai 2001, no 95-17.098, Bull. civ. I, no 131). Il en va de même, selon les mêmes dispositions, en cas de défaillance d'une condition suspensive (telle que l'obtention d'un prêt) qui avait été insérée dans l'engagement des parties, cette défaillance fût-elle provoquée par la faute du débiteur (comme un acquéreur ayant, par négligence, simple convenance personnelle ou purs caprices, fait avorter l'opération considérée. Cass. com., 15 déc. 1987, no 84-14.443, Bull. civ. IV, no 271. Cass. 1re civ., 7 juin 1988, no 87-10.611, Bull. civ. I, no 170. Cass. 1re civ., 10 déc. 1996, no 95-11.797, RDI 1997, p. 267, obs. Tomasin D. Cass. 3e civ., 19 mai 1999, no 97-14.529, Bull. civ. III, no 120. Cass. 1re civ., 8 janv. 2002, no 99-11.983, AJDI 2002, p. 631, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 3 juin 2003, no 01-01.282, AJDI 2003, p. 789, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 15 nov. 2005, no 02-13.378, AJDI 2006, p. 303, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 29 nov. 2005, no 02-16.862, AJDI 2006, p. 303, obs. Thioye M. Cass. 3e civ., 11 mars 2009, no 07-20.509, Bull. civ. III, no 60, D. 2009, AJ, p. 873, obs. Rouquet Y., AJDI 2009, p. 648, obs. Thioye M. Contra : Cass. 3e civ., 13 janv. 1999, no 96-15.448, Administrer oct. 1999, p. 55, obs. Gaborieau D. Cass. 1re civ., 21 juin 2005, no 03-13.067). Il a aussi été jugé, sur le fondement des mêmes sources textuelles, que le défaut de réitération d'un compromis de vente par acte authentique – formalité élevée par les parties au rang d'élément constitutif de leur consentement et qualifiée par elles de condition suspensive stipulée dans l'intérêt exclusif du vendeur – marque l'échec de l'opération immobilière et, partant, l'interdiction faite à l'intermédiaire d'exiger ou de percevoir la moindre commission ou somme d'argent quelconque (Cass. 1re civ., 22 mars 2005, no 02-13.887. Cass. 1re civ., 24 sept. 2009, no 08-17.244). De même, tant que le délai de rétractation posé par l'article L. 271-1, al. 1er, du Code de la construction et de l'habitation n'est pas expiré, l'opération n'est pas considérée comme effectivement conclue et, dès lors, l'agent immobilier qui s'est entremis dans l'affaire n'a pas droit à sa rémunération (TGI Paris, 10 juin 2010, no 08/11632, SARL AABEI c/ époux Caradec et autres, AJDI 2011, p. 157, obs. Thioye M.). La jurisprudence récente considère, en outre, que l'agent immobilier n'a pas vocation à être rémunéré en l'absence de réalisation effective et définitive de l'opération du fait de l'annulation de l'acte initialement conclu grâce à lui même si cet anéantissement est la sanction d'un dol commis par son mandant vis-à-vis du tiers-contractant (Cass. 3e civ., 25 févr. 1987, no 85-13.654, Bull. civ. III, no 36. Cass. 1re civ., 20 mars 2007, no 06-12.770, préc. Contra : Cass. 1re civ., 16 oct. 1963, Bull. civ. I, no 441. Cass. 1re civ., 23 juill. 1973, no 72-11.495, Bull. civ. I, no 495. Dagot M., Le droit à commission de l'agent immobilier, JCP N 1986, I, p. 255 et s., spéc. p. 257).

22. Néanmoins, dans l'hypothèse où la vente pour laquelle l'agent immobilier a prêté ses soins a donné lieu à l'exercice d'un droit de préemption, la jurisprudence estime que tout préempteur (Cass. 3e civ., 19 juill. 1982, no 81-11.080, Bull. civ. III, no 180, RDI 1983, p. 249, obs. Saint-

Alary Houin C. Cass. 3e civ., 18 oct. 1989, no 88-12.929, Bull. civ. III, no 194. Cass. 3e civ., 10 mars 1993, no 90-19.578, Bull. civ. III, no 36, Administrer juill. 1994, p. 47, note Tomasin D. Cass. 1re civ., 26 mars 1996, no 93-17.574, Bull. civ. I, no 153, RDI 1997, p. 103, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 9 mars 1999, no 96-21.259, Bull. civ. I, no 79. Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, no 02-18.746, AJDI 2006, p. 484, obs. Thioye M. Cass. 3e civ., 26 sept. 2007, no 06-17.337, Bull. civ. III, no 158. Cass. 3e civ., 8 juin 2010, no 09-14.949, Bull. civ. III, no 112, JCP N 2010, 1252, note Barbièri J.-J. Cf. toutefois Cass. 1re civ., 6 janv. 2011, no 09-71.243, préc. : en cas d'exercice de son droit de préemption par la commune et de rétrocession consentie par cette dernière au candidat acquéreur initial, l'agent immobilier n'a pas droit à rémunération de la part du bénéficiaire de la rétrocession), sauf s'il s'agit d'un locataire-habitant (Cass. 1re civ., 14 juin 1988, no 86-17557, Bull. civ. I, no 183. Cass. 3e civ., 17 déc. 2008, no 07-15.943, Bull. civ. III, no 210), doit acquitter les honoraires de l'intermédiaire même si le prix d'acquisition du bien préempté est inférieur à celui qui avait été initialement convenu entre vendeur et acquéreur (Cass. 1re civ., 24 janv. 2006, no 02-18.746, préc.). Par ailleurs, dès lors que l'opération a été « effectivement conclue » grâce à l'intermédiaire, la jurisprudence reconnaît à celui-ci son droit à sa commission quand bien même l'exécution de ladite opération se heurterait par la suite à une carence de l'une des parties, à une décision de résolution amiable ou à la mise en œuvre d'une clause résolutoire (Cass. 1re civ., 6 nov. 1996, no 94-16.786, Bull. civ. I, no 212, RDI 1996, p. 246, obs. Saint-Alary-Houin C., RDI 1997, p. 102, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 17 févr. 1998, no 95-21.751, Bull. civ. I, no 60, RDI 1998, p. 281, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, no 02-21.139, AJDI 2004, p. 578. Contra : Cass. 1re civ., 28 mars 2000, no 97-12.737, Bull. civ. I, no 100. Cass. 1re civ., 2 avr. 2009, no 07-16.651, AJDI 2009, p. 815, obs. Thioye M.).

2.– Une opération constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties

23. Principe quasi absolu. En complément de l'exigence d'une opération effectivement conclue, l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 subordonne, en principe (le principe d'interdiction de tout paiement avant la réalisation définitive de l'affaire, pénalement sanctionné [L. no 70-9, art. 18], fait néanmoins l'objet de deux atténuations prévues par l'article 6, I, de la loi Hoguet), l'existence et l'exigibilité du droit à rémunération de l'agent immobilier à l'existence d'une opération constatée dans un seul et même acte écrit contenant l'engagement des parties (Cass. 1re civ., 4 déc. 1963, Bull. civ., no 534. CA Aix, 2e ch., 25 mars 1983, JCP N 1986, 120. Cass. 1re civ., 7 juill. 1998, no 96-17.784, Bull. civ. I, no 235. Une décision de justice déclarant l'opération parfaite valant, le cas échéant, l'acte écrit exigé par le législateur, Cass. 1re civ., 24 sept. 2009, no 00-21.964, Bull. civ. I, no 213). Il va sans dire que l'objectif poursuivi par cette règle est, principalement, d'informer les parties sur les conditions et la charge de la rémunération et, accessoirement, de prévenir d'éventuelles fraudes pouvant émaner de l'agent qui, sans cela, serait tenté de se faire payer deux fois par chacune des parties (par exemple en faisant signer une promesse unilatérale de vente à l'une et une promesse unilatérale d'achat à l'autre). Toujours est-il que la jurisprudence applique la règle avec rigueur et rappelle constamment que les parties doivent s'être engagées dans un seul et même acte écrit pour que la rémunération soit due (Cass. 1re civ., 27 janv. 1981, no 79-15.587, Bull. civ. I, no 27. CA Toulouse, 1re ch., 26 oct. 1992, RDI 1993, p. 519, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 7 juill. 1998,

no 96-17.784, préc. Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, no 01-00.814, Bull. civ. I, no 209). Il s'ensuit qu'il ne suffit pas que le consentement des parties soit constaté dans deux promesses d'achat et de vente croisées (Cass. 1re civ., 18 juin 1980, no 79-10.809, Bull. civ. I, no 190), de même que le seul mandat signé par le vendeur ainsi qu'un bon de visite signé par l'acquéreur ne peuvent, isolément, fonder le droit à rémunération (Cass. 1re civ., 28 nov. 2000, no 97-18.684, préc. Cass. 1re civ., 3 avr. 2002, no 99-20.206 : Bull. civ. I, no 103, AJDI 2002, p. 406 : l'acquéreur ne peut être obligé au paiement de la commission sur le fondement du mandat et du bon de visite lorsque le contrat de vente ne contient aucune mention relative à la commission. Cass. 1re civ., 27 avr. 2004, no 01-13.868, préc.). D'ailleurs, force est de souligner, en matière de ventes immobilières, qu'une jurisprudence considère que l'opération n'est pas « intégralement accomplie » lorsque « les parties n'ont jamais signé d'acte notarié de vente » (CA Versailles, ch. 1, sect. 2, 22 avr. 2003, no 02/00323, SARL Rosare Immobilier c/ Tisserand. Cf. toutefois Cass. 1re civ., 9 déc. 2010, no 09-71.205, Bull. civ. I, no 253, AJDI 2011, p. 553, obs. Thioye M. : « attendu que l'acte écrit contenant l'engagement des parties, auquel l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970 subordonne le droit à rémunération ou à commission de l'agent immobilier par l'intermédiaire duquel l'opération a été conclue, n'est pas nécessairement un acte authentique ») et que l'actuel article 73 du décret du 20 juillet 1972 subordonne expressément l'exigibilité et le paiement de la rémunération de l'agent immobilier à la constatation de l'opération par acte authentique (Toutefois, « lorsque le mandant agit dans le cadre de ses activités professionnelles, tout ou partie des sommes d'argent (...) qui sont à sa charge peuvent être exigées par les personnes visées à l'article 1er avant qu'une opération visée au même article n'ait été effectivement conclue et constatée » [L. no 70-9, art. 6-I]. En outre, dans l'hypothèse où l'opération réalisée ne doit pas être suivie d'un acte authentique comme soumise à la publicité foncière, la rémunération de l'intermédiaire est immédiatement exigible après la signature de l'acte sous seing privé [Réd. min. no 84402, JOAN Q 2 mai 2006, p. 4746, JCP N 2006, act. 354, p. 899]). Et l'on rapprochera opportunément ces règles de la jurisprudence selon laquelle, en l'absence de droit légal à rémunération, est valable l'engagement du mandant de rémunérer l'agent dès lors que cet engagement est porté dans une convention postérieure à la réitération de la vente par acte authentique (voir supra, no 17).

Exigence d'une intervention déterminante de l'agent immobilier

24. Nécessaire efficacité des diligences accomplies. Sachant que la charge de la preuve lui en revient (Cass. 1re civ., 28 avr. 1998, no 96-13.739, Administrer juin 1999, p. 59. Cass. 1re civ., 6 juin 2000, no 97-14.081, Administrer févr. 2001, p. 43, obs. Beaugendre S.), l'agent immobilier ne peut exciper d'un droit à rémunération juridiquement causé que si son intervention, selon des formes diverses telles que publicité, recherches, démarchage, visites, négociation..., a été essentielle ou, en d'autres termes, décisive dans l'accomplissement de la mission qui lui a été confiée (Cass. 1re civ., 26 mai 2011, no 10-30.698, préc. : l'agent immobilier ne peut prétendre à la rémunération convenue dans le mandat dont il est titulaire si le bien objet de la vente conclue par son entremise n'est pas celui désigné dans le mandat). Autrement dit, ses diligences doivent avoir permis d'aboutir, selon la formule de l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970, à une opération « effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties ». Il s'agit là d'un principe posé depuis longtemps

par la jurisprudence (Cass. req., 12 janv. 1863, DP 1863, I, p. 302) et qui est réitéré, dans une interprétation a contrario, par l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 et par l'article 78, al. 1er, du décret du 20 juillet 1972 aux termes desquels le mandat peut être valablement assorti d'une « clause aux termes de laquelle une commission sera due par le mandant, même si l'opération est conclue sans les soins de l'intermédiaire » (bien que curieuse, une telle clause permet, le cas échéant, à l'agent immobilier de faire valoir son droit à rémunération quand bien même son intervention n'aurait pas été véritablement déterminante dans la réalisation de l'opération).

Si cette règle est, a priori, simple à mettre en œuvre, il arrive que son application suscite, dans certains cas complexes, quelques difficultés sur lesquelles les tribunaux et, notamment, la Cour de cassation sont régulièrement amenés à se prononcer : « lorsqu'un agent immobilier, bénéficiaire d'un mandat, fait visiter à une personne l'immeuble mis en vente et qu'ensuite le vendeur traite directement avec cette personne, l'opération est réputée effectivement conclue par l'entremise de cet agent, lequel a alors droit au paiement de la commission convenue, sauf à tenir compte du prix de vente réel de l'immeuble et des circonstances ou fautes de l'agent immobilier » (Cass. 1re civ., 14 nov. 2000, no 98-10.629, Bull. civ. I, no 288. Dans le même sens, Cass. 1re civ., 17 nov. 1993, no 91-19.366, Bull. civ. I, no 323. Cass. 1re civ., 8 juill. 1994, no 92-14.346, préc. Cass. 1re civ., 15 mai 2002, no 00-14.897, AJDI 2002, p. 552) (et, du reste, l'agent immobilier fautivement ou frauduleusement empêché par le mandant de réaliser effectivement l'affaire devrait pouvoir engager la responsabilité contractuelle dudit mandant et obtenir des dommages-intérêts compensatoires. Cf. Cass. 1re civ., 28 mars 1984, no 83-10.182, Bull. civ. I, no 117. Cass. 1re civ., 16 oct. 1984, no 82-12.823, Bull. civ. I, no 259, RDI 1985, p. 77, obs. Tomasin D. CA Paris, ch. A, 21 mai 1985, RDI 1985, p. 399, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 22 juill. 1986, no 85-11.928, Bull. civ. I, no 213, RDI 1987, p. 364, obs. Tomasin D. Cass. 1re civ., 1er déc. 1987, no 84-17.276, Bull. civ. I, no 313. Cass. 1re civ., 19 juill. 1988, no 86-19.158, préc. Cass. 1re civ., 13 mars 1996, no 94-14.035, Dr. et Patrimoine, mai 1996, p. 3. Cass. 1re civ., 29 avr. 1997, no 95-12.792, Dr. et Patrimoine, mai 1997, p. 73. Cass. 1re civ., 13 mai 1998, no 96-15.192, Administrer juin 1999, p. 59. Cass. 1re civ., 15 févr. 2000, no 97-19.429, Bull. civ. I, no 46. Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, no 01-00.814, préc. Cass. 1re civ., 15 mai 2001, no 98-20.507, AJDI 2001, p. 1014, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 25 juin 2009, 2 espèces, nos 08-15.523 et 08-16.491, AJDI 2010, p. 243, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 28 janv. 2010, no 09-10.352, AJDI 2011, p. 468, obs. Thioye M. Cass. 3e civ., 8 juin 2010, no 09-14.949, préc. Cass. 1re civ., 25 nov. 2010, no 08-12.432, Bull. civ. I, no 241) ; « lorsque le mandant a donné à plusieurs mandataires le mandat non exclusif de vendre un même bien, il n'est tenu de payer une rémunération ou commission qu'à celui par l'entremise duquel l'opération a été effectivement conclue, au sens de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970, et cela même si l'acquéreur lui avait été précédemment présenté par un autre agent immobilier... » (Cass. 1re civ., 16 oct. 1984, no 82-12.823, préc. Rappr. Cass. 1re civ., 18 mars 1975, no 74-10.465, Bull. civ. I, no 109. Cass. 1re civ., 22 juill. 1986, no 85-11.928, préc. Cass. 3e civ., 15 févr. 2000, no 97-19.429, préc. Cass. 1re civ., 9 juill. 2002, 2 espèces, nos 00-13.410 et 01-00.627, Bull. civ. I, no 184. Cass. 1re civ., 16 mai 2006, no 04-20.477, préc. Cass. 1re civ., 30 mai 2006, no 04-11.208, préc. Cass. 1re civ., 25 juin 2009, 2 espèces, nos 08-15.523 et 08-16.491, préc. TGI Paris, 10 juin 2010, no 08/11632, AJDI 2011, p. 157, obs. Thioye M. Cass. 1re civ., 25 nov. 2010, no 08-12.432, Bull. civ. I, no 241) ; l'intervention d'un agent immobilier doit être

considérée comme avoir été déterminante dans la réalisation de la vente dès lors que son mandant a été déclaré adjudicataire du bien qu'il lui avait présenté et fait visiter et pour lequel il avait effectué toute démarche utile auprès du mandataire liquidateur (CA Paris, ch. 16, sect. B, 15 déc. 2000, no 1999/11752, SARL Etude Parisienne c/ Xu Zhen Kuan).

Il est difficile, voire impossible, de résister à la tentation de considérer que l'aphorisme « toute peine mérite salaire » ne sied pas toujours lorsqu'il s'agit d'un tel intermédiaire professionnel.

CONCLUSION

25. Dureté de la loi et impuissance de la morale. Eu égard à toutes les conditions, aussi nombreuses que lourdes, auxquelles sont subordonnées l'existence ainsi que l'exigibilité du droit à rémunération de l'agent immobilier, il est difficile, voire impossible, de résister à la tentation de considérer que l'aphorisme « toute peine mérite salaire » ne sied pas toujours lorsqu'il s'agit d'un tel intermédiaire professionnel (cf. Tomasin D., La rémunération des agents immobiliers, RDI 1989, p. 125 et s., spéc. No 1 : « la rigueur des obstacles que la Cour suprême oppose, dans certains cas, aux prétentions des agents pourrait conduire à douter de l'existence dans notre droit contemporain de leur droit à rémunération »). Il ne lui suffit pas, en effet, d'avoir rendu effectivement des services pour pouvoir prétendre, juridiquement, à une créance de prix. Indépendamment des diverses « conditions d'accès... » auxquelles il doit satisfaire en amont et dans la perspective de son « installation » (voir supra, no 2), il doit, en aval de celle-ci, observer scrupuleusement moult « conditions d'exercice... » (voir supra, nos 4 et s.) qui sont autant d'embûches juridiques parsemant la voie pouvant ou devant mener à sa rémunération effective. Le fait de prendre des libertés avec l'une quelconque de ces exigences – dont la carte professionnelle requise et le mandat formaliste sont incontestablement les illustrations les plus visibles – expose l'intermédiaire immobilier indélicat ou maladroit à diverses sanctions parmi lesquelles il y a, notamment, la privation pure et simple de tout droit à rémunération. Cette dernière sanction pourrait, lorsque l'agent immobilier a effectivement fait preuve de dynamisme et ainsi permis la réalisation effective d'une opération, sembler moralement injuste ou inéquitable du fait de l'enrichissement (économie) qu'elle procure au « client » et à l'appauvrissement corrélatif (perte subie ou gain manqué) qu'elle inflige à l'intermédiaire. Pourtant, la solution n'en reste pas moins totalement fondée d'un point de vue juridique (« non omne quod licet honestum est » ! [« ce qui est permis n'est pas toujours honnête » !]) dès lors que l'agent immobilier – qui est un intermédiaire sous haute surveillance – a prêté son concours à une opération visée par la loi Hoguet sans la « tenue correcte exigée » et/ou sans le « savoir-vivre professionnel » requis. « Dura lex, sed lex » (« La loi est dure, mais c'est la loi ») d'autant plus que, même acquis, le droit à rémunération reste encore à conquérir sous l'angle de son paiement (il en va ainsi parce que tous les instruments de paiement ne sont pas admis [D. no 72-678, art. 56] et que, malgré le principe civiliste de solidarité des commandants éventuels [C. civ., art. 2002], l'agent immobilier constitue un créancier chirographaire qui, pour le recouvrement de ses honoraires, est dépourvu de privilège légal ou de droit de rétention ; il ne lui est pas davantage permis d'opérer une compensation entre les sommes éventuellement perçues à l'occasion de son mandat et celles qui lui sont dues au titre de la rémunération).