

Les incidences « sur mesure » de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 sur le mandat de gestion immobilière

Moussa THIOYE maître de conférences à l'université Toulouse Capitole, membre de l'IEJUC

Loyers et Copropriété n° 1, Janvier 2017, étude 1

Parce que le mandat de gestion immobilière est un contrat et, plus précisément, un contrat de mandat, le droit qui le gouverne est fatalement et logiquement « impacté » par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, au-delà de ses apports généralistes intéressant ou pouvant intéresser tous les contrats, ce grand texte a mis en place, pour la première fois dans l'histoire du droit français, une théorie générale de la représentation dans laquelle une place de choix est accordée au contrat de représentation parfaite dont le mandat de gestion immobilière constitue une parfaite illustration.

1. - Apports généraux du nouveau droit commun des obligations contractuelles. - Au cœur des perspectives gouvernementales et des discussions doctrinales depuis plus d'une dizaine d'années, la réforme du droit des obligations conventionnelles est, avec la publication de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, entrée en vigueur le 1er octobre 2016 pour tous les contrats conclus à partir de cette date(1) . Il s'agit, incontestablement, d'une réforme majeure dont les traces resteront indélébiles même si, à bien des égards, le texte susmentionné n'a fait que permettre de graver (ou de graver différemment ou plus généreusement) sur le marbre du Code civil des règles et solutions consacrées depuis longtemps par la jurisprudence ou par le législateur lui-même (2). Il apparaît, en effet, que le sillon tracé par cette célèbre ordonnance est très profond pour tous les objets et sujets de droit français... des obligations conventionnelles parmi lesquels il y a les contrats et professionnels immobiliers et, en particulier, les actes et acteurs juridiques de l'intermédiation dite immobilière régis par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et le décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 (3). Au-delà de son impact macrojuridique ou généraliste sur le régime des contrats pour la réalisation desquels ils sont « missionnés » par leurs clients (contrats translatifs ou locatifs énumérés à l'article 1er de la loi Hoguet)(4), la réforme a des incidences microjuridiques ou « spécifiqueistes » notables sur les actes juridiques par lesquels les intermédiaires immobiliers peuvent et doivent être légalement habilités à prêter leurs services (mandats et actes assimilés). On peut ainsi mesurer, s'agissant spécialement du mandat de gestion immobilière lato sensu (incluant, d'une part, l'activité de gestion locative et, d'autre part, l'exercice des fonctions de syndic de copropriété), les apports substantiels notables de l'ordonnance du 10 février 2016 avec la consécration, pour la première fois, d'une théorie générale (certes incomplète) de la représentation juridique. Mais il convient, à ce propos, de souligner que la promesse de porte-fort – dont le régime juridique a été fidèlement reconduit par l'ordonnance précitée avec, certes, quelques légères modifications formelles dans un souci de simplification et de la clarification – ne relève pas de la théorie de la représentation proprement dite parce que, tout simplement, il s'agit d'une « fausse représentation » (5) qui, à ce titre, ne cadre pas naturellement avec le mandat de gestion immobilière.

2. - Consécration d'une théorie générale, certes incomplète, de la représentation fonctionnelle.

- La réglementation impérative spéciale instituée par la loi du 2 janvier 1970 et le décret du 20 juillet 1972 constitue un dispositif juridique dont l'objet et le but sont, outre de contrôler l'accès et l'exercice des activités professionnelles d'intermédiation immobilière, de gouverner la formation et l'exécution des actes juridiques pouvant ou devant être passés entre les intermédiaires concernés et leurs donneurs d'ordre. On trouve ainsi, dans le catalogue des instruments contractuels strictement encadrés, les conventions de mandat de gestion immobilière qui concernent les administrateurs de biens que sont, en premier lieu, les gérants locatifs(6) et, en second lieu, les syndics de copropriété exerçant leurs fonctions dans le cadre de la loi du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis (7). Or, l'on sait que le mandat est, pour ainsi dire, « lié par le nombril »(8) à la représentation ou intermédiation juridique qui désigne, de manière générale, le mécanisme par lequel le représentant accomplit, pour le compte du représenté, un ou plusieurs actes juridiques dont les effets actifs et passifs se produisent directement dans le patrimoine de ce dernier(9). Il en va ainsi parce que le mandat a toujours été présenté et analysé, à juste titre, comme la « représentation parfaite », comme l'archétype ou le modèle même de la représentation fonctionnelle dès lors que le représentant mandataire agit ouvertement au nom (en faisant preuve de transparence) et pour le compte du mandant représenté (« en considération du maître de l'affaire »). Il s'ensuit que, par la seule notion de représentation, l'analyste peut aisément saisir un premier portrait panoramique très net des incidences de l'ordonnance du 10 février 2016 sur le régime du mandat de gestion immobilière. En effet, quand bien même la représentation serait un mécanisme juridique multiséculaire, il a fallu attendre cette ordonnance pour voir le législateur français – désormais soucieux de reconnaître son autonomie et sa portée en la décrochant officiellement du mandat stricto sensu (10) tenter de lui consacrer, enfin, une théorie générale (11) même si celle-ci demeure incomplète. Il nous semble préférable, du reste, de parler de simples bribes de théorie générale de la représentation puisqu'il est évident que le paragraphe nouveau consacré à l'institution (*C. civ., art. 1153 à 1161*) est encore loin d'en épuiser tous les aspects conceptuels, notionnels et fonctionnels. Cela dit, il importe dorénavant, en droit de l'intermédiation immobilière et, en particulier, pour les contrats de mandat de gestion immobilière conclus à partir du 1er octobre 2016(12), de composer avec les nouveaux articles 1153 à 1161 du Code civil même si ces textes, certes inédits « architecturalement » et à forte charge symbolique, ne bouleversent pas le fond de la matière puisque, à quelques exceptions ou nuances près, ils n'ont fait que codifier dans la « Constitution civile de la France »(13) des règles déjà consacrées çà et là par le législateur lui-même et/ou par la jurisprudence. Il apparaît, en effet, que les nouveaux textes relatifs à la représentation juridique en général sont bel et bien inspirés des vieux textes relatifs au mandat en particulier même si un « décrochage »(14) doit être relevé sur quelques points rarement majeurs.

3. - Affirmation de la nécessité du représentant de disposer d'un pouvoir de représentation.

- « *Le représentant légal, judiciaire ou conventionnel n'est fondé à agir que dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés* ». En ces termes, le nouvel article 1153 du Code civil ne fait que rappeler, à l'instar des articles 1984, 1989 et 1998 du même code relatifs au mandat, un des piliers de la représentation fonctionnelle que représente le besoin juridique pour tout représentant, comme le mandataire de gestion immobilière, d'être préalablement habilité et de rester fidèle et loyal en s'abstenant d'aller au-delà de ses attributions ou missions. En effet, outre la nécessaire volonté de représenter, le représentant doit avoir le pouvoir de réaliser la représentation puisque l'intention de créer des droits et/ou des devoirs au profit ou à la charge du représenté ne peut être valablement fondée et efficace que si cette volonté du représentant est complétée et mise en synchronie avec le moyen ou pouvoir – conventionnel comme dans le mandat de gestion immobilière ou

« institutionnel » – de surmonter l'obstacle que dresse devant elle le principe de l'indépendance des personnes.

4. - Détermination de l'étendue des pouvoirs du représentant. - « *Lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration* » (C. civ., art. 1155, al. 1er) alors que, « *lorsque le pouvoir est spécialement déterminé, le représentant ne peut accomplir que les actes pour lesquels il est habilité et ceux qui en sont l'accessoire* » (C. civ., art. 1155, al. 2). Ainsi, par ces dispositions-là, le nouvel article 1155 du Code civil rappelle clairement celles de l'article 1988, alinéa 1er, du même code : « *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration* » tandis que, « *s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès* ». Toujours est-il que le mandat de gestion locative est celui par lequel le gérant réalise, au nom et pour le compte du propriétaire, l'ensemble des actes usuels d'administration et de conservation du ou des immeubles gérés (à l'exclusion des actes de disposition comme, par exemple, une vente même si celle-ci est exceptionnellement permise dans les conditions drastiques posées par l'article 69 du décret du 20 juillet 1972) : conservation, entretien ou amélioration de l'immeuble ; conclusion de baux et suivi de leur exécution par les parties avec possibilité de « recevoir des sommes représentant des loyers, charges, indemnités d'occupation, prestations, cautionnements, avances sur travaux, et, plus généralement, tous biens, sommes ou valeurs dont la perception est la conséquence de l'administration des biens d'autrui » conformément aux dispositions de l'article 64 du décret du 20 juillet 1972. Quant au syndic de copropriété, un organe dont la présence est impérative dans le cadre de la copropriété des immeubles bâtis, il est conventionnellement chargé, notamment, des fonctions suivantes : assurer l'exécution des dispositions du règlement de copropriété et des délibérations de l'assemblée générale ; administrer l'immeuble, pourvoir à sa conservation, à sa garde et à son entretien et, en cas d'urgence, faire procéder de sa propre initiative à l'exécution de tous travaux nécessaires à la sauvegarde de celui-ci ; représenter le syndicat de copropriétaires dans tous les actes civils et en justice dans les cas déterminés par les textes...

5. - Position du principe général de l'absence de dessaisissement du représentant conventionnel. - Alors que « *l'établissement d'une représentation légale ou judiciaire dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant* » (C. civ., art. 1159, al. 1er), « *la représentation conventionnelle laisse au représenté l'exercice de ses droits* » (C. civ., art. 1159, al. 2). Cette dernière règle, manifestement élevée au rang de principe général, ne doit toutefois pas être prise comme une règle absolue puisque, sans aucun doute, elle doit s'effacer en présence d'une règle ou clause d'exclusivité (15). Et l'on voit mal comment, après avoir conclu un mandat de gestion immobilière dans lequel le dessaisissement du mandant est sans doute une condition d'efficacité du mandat, le mandant pourrait, sous prétexte qu'il aurait conservé l'exercice de ses droits, continuer à gérer lui-même le bien sans risquer de prendre des libertés avec son devoir de coopération (16).

6. - Affirmation des obligations du représentant nées de la représentation. - « *Lorsque le représentant agit dans la limite de ses pouvoirs au nom et pour le compte du représenté, celui-ci est seul tenu de l'engagement ainsi contracté* ». En rappelant en ces termes les effets juridiques de la représentation dans les rapports *inter parties*, le nouvel article 1154, alinéa 1er, du Code civil n'a fait qu'édicter pour la représentation en général une règle déjà posée pour le mandat en particulier par l'article 1998, alinéa 1er, du même code : « *le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné* ». Il en va ainsi parce que, comme le mandataire (de gestion immobilière) en particulier, tout représentant est censé accomplir le ou les actes juridiques pour le compte du représenté – qui doit alors les assumer – et l'on parle alors, pour désigner cette situation, de *contemplatio domini*.

7. - Distinction des sanctions, d'une part, de l'absence ou du dépassement de pouvoirs du représentant et, d'autre part, du détournement de ses pouvoirs. - « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté* », sauf s'il l'a ratifié (C. civ., art. 1156, al. 1er et 3), alors que, « *lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli* », sauf si le tiers n'avait pas connaissance du détournement ou pouvait légitimement l'ignorer (C. civ., art. 1157). Ainsi, tout en faisant une distinction plus ou moins opportune, au niveau des sanctions encourues, entre l'absence ou le dépassement de pouvoirs du représentant comme le mandataire de gestion immobilière et le détournement de ses pouvoirs, l'ordonnance du 10 février 2016 fait écho, avec certes plus de précisions et de clarté, aux dispositions de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil selon lequel le mandant « *n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement* ».

8. - Consécration de la théorie de la représentation apparente et, par une limitation de celle-ci, d'une action interrogatoire ad hoc. - « *L'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est inopposable au représenté, sauf si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison du comportement ou des déclarations du représenté* » (C. civ., art. 1156, al. 1er in fine), alors que, « *lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier peut invoquer la nullité de l'acte accompli si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait l'ignorer* » (C. civ., art. 1157). Ainsi, en allant à rebours des dispositions littérales de l'article 1998, alinéa 2, du Code civil mais en se conformant à la jurisprudence qui a accueilli depuis longtemps la théorie du mandat apparent au nom de l'idée de sécurité juridique des tiers de bonne foi exprimée par l'adage « *error communis facit jus* », l'ordonnance du 10 février 2016 a expressément consacré la théorie de la représentation apparente. On sait néanmoins que, s'agissant des opérations d'intermédiation immobilière comme la gestion immobilière, la jurisprudence traditionnellement favorable à l'application de la théorie du mandat apparent a été abandonnée depuis que plusieurs arrêts successifs de la Cour de cassation ont choisi de sacrifier la théorie de l'apparence sur l'autel de la spécialité et de l'impérativité des dispositions de la loi du 2 janvier 1970 et du décret du 20 juillet 1972 (17)(cette dernière solution devrait pouvoir être maintenue quand on sait que, en faisant sien l'adage « *specialia generalibus derogant* », le nouvel article 1105 du Code civil dispose que les règles générales ou communes à tous les contrats ne s'appliquent que sous réserve des règles particulières parmi lesquelles comptent les dispositions de la loi Hoguet).

Toujours est-il que, en enrichissant le dispositif, le nouvel article 1158 du Code civil a mis en place de façon inédite, sans doute pour restreindre le domaine de la théorie de la représentation apparente en « responsabilisant » tant les éventuels tiers sceptiques que les supposés représentés avertis, une action doctrinalement qualifiée d'interrogatoire : « *le tiers qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant conventionnel à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure, peut demander par écrit au représenté de lui confirmer, dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, que le représentant est habilité à conclure cet acte* » ; « *l'écrit mentionne qu'à défaut de réponse dans ce délai, le représentant est réputé habilité à conclure cet acte* »(18). Mais, aux termes du nouvel 1156, alinéas 2 et 3, « *lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut* (au lieu de se prévaloir de la théorie de l'apparence pour le « sauver ») *en invoquer la nullité* », tant que le représenté ne l'a pas ratifié. Ce texte permet ainsi au tiers contractant de bonne foi de poursuivre, en exclusivité (19), l'annulation de l'acte accompli par le pseudo-représentant ou par le représentant abusif ou déloyal. Il vient, par là même, briser une certaine jurisprudence bien connue selon laquelle l'acte passé par un

mandataire sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs est frappé d'une nullité relative que seul le mandant peut demander (20).

9. - Installation d'un double dispositif de lutte contre les conflits d'intérêts. – « *Un représentant ne peut (...) contracter pour son propre compte avec le représenté* » et, le cas échéant, « *l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié* » (C. civ., art. 1161). Ainsi, sous peine de nullité de l'acte litigieux, on interdit ainsi au représentant en général et au mandataire en particulier, sauf exception légale ou conventionnelle, de se porter contrepartiste directement ou par personne physique ou morale interposée (on parle parfois, pour décrire cette situation originale et suspecte, de « contrat avec soi-même ») (21). Ces nouvelles règles, relatives à la représentation en général, rappellent vivement les dispositions classiques de l'article 1596 du Code civil même si le domaine de ce texte, qui relève du droit spécial de la vente, est plus étroit : « *ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes, ni par personnes interposées : (...) les mandataires des biens qu'ils sont chargés de vendre* ».

Mais, en innovant cette fois-ci, le nouvel article 1161 du Code civil prévoit, en outre, qu'« *un représentant ne peut agir pour le compte des deux parties au contrat* » et que, si tel est le cas, « *l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié* ». Cette nouvelle règle de droit commun, qui prohibe la « double représentation » (à ne pas confondre avec le choix concerté ou convenu d'un représentant commun par deux mandants(22)), va manifestement au rebours de la jurisprudence qui, admettant depuis longtemps le « double mandatement », considère que l'intermédiaire immobilier (l'agent immobilier titulaire d'un mandat de transaction ou, exceptionnellement, l'administrateur de biens investi d'un mandat de vente dans les conditions drastiques posées par l'article 69 du décret du 20 juillet 1972) a droit à rémunération, voire à double rémunération, s'il était titulaire pour une même affaire de deux mandats croisés valables et que son intervention a été déterminante dans la réalisation effective et définitive de l'opération(23). Il n'est donc pas exclu que la Cour de cassation soit contrainte ou conduite, à l'avenir, à revenir sur son admission de la pratique du « mandat double » qui, après avoir toujours été moralement ou déontologiquement douteuse(24), deviendrait ainsi juridiquement illicite.

10. - Affirmation de l'engagement personnel du représentant imparfait ayant contracté en son nom personnel. - La transparence dans la représentation parfaite que constitue le mandat (de gestion immobilière) explique que, à l'égard des tiers, seul le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire et que, a contrario, le mandataire n'est, en principe, guère tenu personnellement (C. civ., art. 1997). Ces règles organisant le jeu de la représentation parfaite sont classiques, mais encore faut-il, pour qu'elles s'appliquent pleinement, que le représentant ait fait preuve de transparence et de clarté dans ses rapports avec les tiers. En effet, il découle d'une jurisprudence déjà bien ancrée(25), désormais consacrée pour la représentation en général par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, que, « *lorsque le représentant déclare agir pour le compte d'autrui mais contracte en son propre nom, il est seul engagé à l'égard du cocontractant* » (C. civ., art. 1154, al. 2). En d'autres termes, l'opacité due au représentant fait naître, le cas échéant, un sérieux inconvénient pour lui, en l'occurrence un statut de débiteur direct du tiers, même si cela ne l'empêche pas de se retourner par la suite contre le représenté.

11. - Affirmation de la règle de cessation de plein droit de la représentation en cas de survenance d'une incapacité frappant le représentant en cours de mission. – « *Les pouvoirs du représentant cessent s'il est atteint d'une incapacité ou frappé d'une interdiction* ». Ainsi, le nouvel article 1160 du Code civil rappelle les textes relatifs au mandat et, précisément,

l'article 2003 du Code civil aux termes duquel le mandat prend fin en cas de survenance, en cours de contrat, d'une incapacité venue frapper le mandataire (ou, d'ailleurs, le mandant). Si, a priori, on pourrait s'étonner de cette disposition vu que la capacité du mandataire n'est pas une condition de validité du mandat (*C. civ., art. 1990*), la solution est plutôt logique et bienvenue puisqu'il est incontestable que l'incapacité survenue en cours de mandat en modifie, substantiellement, les données dès lors que, selon toute vraisemblance, le mandant n'aurait pas contracté si cette nouvelle situation-là était d'ores et déjà établie ou seulement pressentie au moment de l'échange des consentements. ■

Mots clés : Gestion immobilière. - Mandat. - Incidences de l'ordonnance du 10 février 2016.

(1) Seules quelques dispositions, instituant des actions dites interrogatoires en doctrine, sont, selon l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance du 10 février 2016, rétroactivement applicables aux contrats en cours avant le 1er octobre 2016 : celles de l'article 1123, al. 3 et 4, à propos du pacte de préférence ; celles de l'article 1158 à propos de la représentation ; celles de l'article 1183 à propos de la confirmation forcée d'un acte nul.

(2) Il y a, néanmoins, quelques dispositions constitutives de « bris de jurisprudence » comme, par exemple, celles de l'article 1121 aux termes duquel le contrat est réputé être conclu « *au lieu où l'acceptation est parvenue* » (consécration de la « théorie de la réception » au détriment de la « théorie de l'émission ») ou encore celles de l'article 1124, alinéa 2, selon lequel « *la révocation de la promesse (unilatérale de contrat) pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* » (consécration du principe de l'exécution forcée en lieu et place de la règle antérieure de la réparation par équivalent monétaire)...

(3) V. M. Thioye, *L'impact de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 sur le droit de l'intermédiation immobilière* : AJDI 2016, p. 340 et s.

(4) Le régime juridique de ces opérations objet de l'intermédiation dite immobilière (opérations portant sur les biens d'autrui) relève, avant tout, du droit commun des contrats sur lequel l'impact de la réforme est notable sur de nombreux aspects comme, par exemple, ceux relatifs à la négociation contractuelle (*C. civ., art. 1112 et s.*), à la théorie de l'offre et de l'acceptation (*C. civ., art. 1113 et s.*), au déséquilibre contractuel (*C. civ., art. 1165, 1170, 1171, 1195*), aux sanctions de l'inexécution contractuelle (*C. civ., art. 1217 et s.*), etc.

(5) V. A. Bénabent, *Droit des obligations* : LGDJ-Lextenso, 15e éd., 2016, p. 62.

(6) Variante de la catégorie plus large de « gestion immobilière », le mandat de gestion locative est celui par lequel l'administrateur de biens réalise, au nom et pour le compte du propriétaire, l'ensemble des actes usuels d'administration et de conservation du ou des immeubles gérés.

(7) L'activité du syndic de copropriété est régie par plusieurs textes dont certains relèvent du statut de la copropriété des immeubles bâtis (*L. n° 65-557, 10 juill. 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis et D. n° 67-223, 17 mars 1967*) et d'autres, le cas échéant, du statut des intermédiaires immobiliers (*L. 2 janv. 1970 et D. 20 juill. 1972*), le tout sans préjudice des apports du droit commun des contrats en général et du mandat en particulier.

(8) Selon l'expression de L. S. Senghor, *Prière aux masques*, in *Œuvre poétique* : Éd. Seuil, 1990, p. 23.

(9) Le droit positif français n'ayant toujours pas consacré une conception unitaire de la représentation, la conception de celle-ci est plurielle et, pour l'essentiel, orientée dans deux principales directions dont l'une est dite « réelle » (la représentation désignant ici le fait de montrer ou de rendre une chose ou, parfois, une personne) et l'autre, retenue dans l'ordonnance n° 2016-131

du 10 février 2016, dite « fonctionnelle » (la représentation constituant ici la technique juridique par laquelle le représentant se substitue au représenté dans la passation d'un acte juridique).

(10) V. N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* : Dalloz, 2015, p. 48.

(11) V. M. Mekki, *Réforme du droit des obligations : la représentation* (C. civ., art. 1153 et s. nouv.) : JCP N 2016, 1255 : « pour la première fois, le législateur consacre un ensemble de dispositions à la technique de la représentation aux articles 1153 et suivants du Code civil, dispositions applicables, sauf disposition contraire, à tous les cas de représentation (légale, judiciaire et conventionnelle) ». – G. Durand-Pasquier, *Courte liste didactique des modifications portées par l'ordonnance réformant le droit des contrats : focus sur les conditions de validité du contrat* (2e partie : consentement, représentation, représentation, contenu) : Constr.-Urb. 2016, comm. 53 : « les textes (...) dotent pour la première fois le Code civil d'un véritable régime général de la représentation ».

(12) Il n'y a, parmi ces textes, que l'article 1158 que l'ordonnance du 10 février 2016 (art. 9, al. 3) a déclaré applicable également, à partir du 1er octobre 2016, aux contrats conclus avant cette date (il y aura ainsi, à ce propos, une rétroactivité de la réforme puisqu'elle va régir des situations juridiques nées avant son entrée en vigueur).

(13) J. Carbonnier, *Le Code civil*, in P. Nora, *Les lieux de mémoire*, t. II, *La nation*, p. 293 et s., cité par Y. Gaudemet, *Le Code civil*, « Constitution civile de la France », in *Le Code civil : un passé, un présent, un avenir* : Dalloz, 2004, p. 297 et s.

(14) Selon l'expression de N. Dissaux et Ch. Jamin, *préc.*, p. 48.

(15) Du reste, la clause d'exclusivité est expressément admise, certes sous bénéfice d'inventaire, par l'article 78 du décret du 20 juillet 1972 et, le cas échéant, elle permet ainsi au mandant de réserver au mandataire la réalisation de l'opération en s'interdisant de traiter lui-même l'affaire ou de la faire traiter par un autre mandataire.

(16) En vertu de l'obligation de bonne foi contractuelle, le mandant doit mettre le mandataire en mesure d'exécuter sa mission, tant activement que passivement en s'abstenant d'entraver son action.

(17) Cass. 1re civ., 31 janv. 2008, n° 05-15.774 : *JurisData* n° 2008-042512 ; *Bull. civ.*, I, n° 30 ; *JCP N* 2008, 1197, obs. S. Piedelièvre ; *D.* 2008, p. 485, obs. Y. Rouquet ; *AJDI* 2008, p. 879, obs. M. Thioye. – Cass. 1re civ., 5 juin 2008, n° 04-16.368 : *JurisData* n° 2008-044197 ; *Bull. civ.* I, n° 163 ; *D.* 2008, p. 1693, obs. Y. Rouquet ; *AJDI* 2008, p. 882, obs. M. Thioye. – Cass. 1re civ., 11 déc. 2008, n° 08-10.162 : *JurisData* n° 2008-046235 ; *AJDI* 2009, p. 380, obs. M. Thioye. – Cass. 1re civ., 28 avr. 2011, n° 10-14.894 : *JurisData* n° 2011-007604 ; *AJDI* 2011, obs. M. Thioye.

(18) V. C. civ., art. 1120 nouveau : « le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières ».

(19) En effet, le représenté, lui, ne peut se prévaloir en aucun cas de l'opposabilité de l'acte ou de sa nullité si le tiers est de bonne foi : l'acte accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs n'est opposable au représenté que si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant (C. civ., art. 1156, al. 1er et 3) et, lorsque le représentant détourne ses pouvoirs au détriment du représenté, ce dernier ne peut invoquer la nullité de l'acte accompli que si le tiers avait connaissance du détournement ou ne pouvait légitimement l'ignorer (C. civ., art. 1157).

(20) V. Cass. 1re civ., 25 mai 1992, n° 90-19.969 : *JurisData* n° 2011-007604 ; *Bull. civ.*, I, n° 156. – Cass. 1re civ., 2 nov. 2005, n° 02-14.614 : *JurisData* n° 2005-030522 ; *Bull. civ.*, I, n° 395 ; *RTD civ.* 2006, p. 138, obs. P.-Y. Gautier. – Cass. 1re civ., 9 juill. 2009, n° 08-15.413 : *JurisData* n° 2009-049329 ; *Contrats, conc. consom.* 2009, comm. 260, note L. Leveneur. – V.

toutefois, *Cass. 1re civ.*, 9 juin 1976, n° 73-10.157 : *Bull. civ.*, I, n° 213 ; *JCP G* 1976, IV, 257 : le contrat conclu par un mandataire dépourvu de pouvoir à la suite du décès du mandant est nul de nullité absolue.

(21) V. G. Durand-Pasquier, *article préc.*, spéc. p. 6.

(22) V. M. Mekki, *article préc.*, spéc. p. 12 : « le mandataire commun choisi par deux parties ne devrait pas, par exemple, être concerné par l'article 1161 du Code civil ».

(23) *Cass. 1re civ.*, 13 mai 1998, n° 96-17.374 : *JurisData* n° 1998-002133 ; *Bull. civ.*, I, n° 169 : « attendu qu'aucune disposition de ces textes [art. 1er et s. de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 72 et s. du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972] ne fait obstacle à ce qu'un agent immobilier détienne un mandat d'un vendeur et un mandat d'un acquéreur pour une même opération ; qu'il en résulte que le droit à commission existe pour chacun des mandats dès lors que sont satisfaites les exigences prescrites par les articles 6 de la loi et 73 du décret ». – *Cass. 1re civ.*, 9 avr. 2015, n° 14-13.501 : *JurisData* n° 2015-007551 ; *AJDI* 2016, p. 58, obs. M. Thioye.

(24) La pratique est, du reste, désormais interdite par l'article 9 du Code de déontologie des agents immobiliers, des administrateurs de biens, des syndics de copropriété et des marchands de listes tel qu'il résulte du décret n° 2015-1090 du 28 août 2015.

(25) *Cass. 3e civ.*, 17 oct. 1972, n° 71-12.672 : *Bull. civ.*, III, n° 528.