

Obstacles au droit à rémunération et à indemnisation de l'agent immobilier : pas de renvoi de QPC

Moussa Thioye, Professeur à l'université Toulouse 1 Capitole, membre de l'IEJUC

AJDI 2023 p.54

Point besoin d'être grand clerc pour constater et comprendre que le droit à rémunération de l'agent immobilier est une course d'obstacles (V. C. Jamin, La rémunération des agents immobiliers : une course d'obstacles, Dr. et patr. 5/1994. 35 s. ; M. Thioye, Les obstacles juridiques au droit à rémunération de l'agent immobilier, RLDA, juin 2012. 34 ; Civ. 1^{re}, 26 mai 2011, n° 10-30.698, AJDI 2011. 881, obs. M. Thioye), de même que son droit à indemnisation est un chemin pavé d'embûches (Civ. 1^{re}, 16 nov. 2016, n° 15-22.010, D. 2016. 2399 ; AJDI 2017. 218, obs. M. Thioye) tant et si bien que nous avons été tenté de parler de « crépuscule du droit à indemnisation de l'agent immobilier à l'aube du droit à l'égoïsme des tiers » (V. Point de vue de M. Thioye, AJDI 2019. 249). Telle est la volonté du législateur et, en écho à cette volonté, telle est la politique de la jurisprudence censée être la « bouche qui prononce les paroles de la loi » (Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre VI, chap. V, cité par S. Belaïd, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, LGDJ, 1974, préf. M. Villey, p. 44).

Cela dit, avec la constitutionnalisation sans cesse grandissante du droit privé et, de surcroît, l'avènement du mécanisme du contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois (via la consécration par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 des « questions prioritaires de constitutionnalité » ou QPC), s'est posée et a été posée, à l'aune de certains textes ou principes fondamentaux, la question de la constitutionnalité des dispositions de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et, en particulier, de certaines des dispositions de son article 6, I : « Aucun bien, effet, valeur, somme d'argent, représentatif d'honoraires, de frais de recherche, de démarche, de publicité ou d'entremise quelconque, n'est dû aux personnes indiquées à l'article 1^{er} [agents immobiliers notamment] ou ne peut être exigé ou accepté par elles, avant qu'une des opérations visées audit article [ventes immobilières notamment] ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties. »

C'est ainsi que, à l'occasion du pourvoi qu'elle a pu former contre un arrêt rendu le 7 septembre 2021 par la cour d'appel de Rennes, à propos de la demande en paiement d'une clause pénale après le refus de son mandant de réaliser la vente avec la personne qu'elle lui avait présentée, une agence immobilière a, par mémoire distinct et motivé, demandé de renvoyer au Conseil constitutionnel deux questions prioritaires de constitutionnalité aussi étroitement liées qu'allaient l'être les réponses qui leur seront données.

En premier lieu, « l'article 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 porte-t-il atteinte à la liberté

d'entreprendre et à la liberté contractuelle en interdisant la rémunération de l'intermédiaire tant que l'opération projetée n'est pas réalisée, même lorsque c'est le mandant qui refuse sans justification de conclure la vente objet du contrat d'entremise » ? Il y a, entre les lignes et même au cœur de cette question, un authentique réquisitoire contre un principe textuel et jurisprudentiel qui serait attentatoire aux libertés d'entreprendre et de contracter de l'agent immobilier en permettant à son donneur d'ordre de le priver de droit à rémunération par une faculté de refus discrétionnaire de transformer l'essai qui lui a été pourtant servi sur un plateau. Autrement dit, pour l'auteur de la demande de renvoi de la QPC, l'agent immobilier serait, à cause d'une « disposition législative [qui] porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit » (article 61-1 de la Constitution), purement et simplement livré au bon vouloir de « son » mandant qui serait ainsi, en définitive, le seul véritable maître du jeu contractuel parce que maître plénipotentiaire tant de son propre destin que du destin financier de son intermédiaire.

En second lieu, « l'article 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, tel qu'interprété par la Cour de cassation, porte-t-il atteinte au principe de responsabilité en ce qu'il exclut que soit regardé comme fautif le mandant qui, ayant confié à un intermédiaire la recherche d'un vendeur ou d'un acheteur, refuse sans aucune raison de conclure la vente projetée » ? On peut aisément lire dans cette interrogation « dénonciatrice » une critique ouverte et acerbe d'un droit positif qui, pour l'auteur de la demande de renvoi de la QPC, offrirait au mandant une immunité (un « bouclier juridique ») ou, pis, une infaillibilité (une « machine à blanchir ») quand bien même il aurait, « sans aucune raison » autre que celle tirée de son bon vouloir ou de sa toute-puissance, empêché unilatéralement la réalisation effective et « actée » de l'opération évoquée à l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970.

Mais, ne se rendant pas aux raisons invoquées au soutien des deux questions « jumelles », la Cour de cassation a, par l'arrêt commenté, estimé qu'il n'y avait pas lieu de les renvoyer au Conseil constitutionnel pour élucidation parce que, premièrement, elles ne sont pas nouvelles (donc rebattues) et, deuxièmement, elles ne présentent pas un caractère sérieux (donc dénuées de pertinence).

Voilà ainsi affirmée, d'une part, une absence de nouveauté des QPC posées puisque, selon la haute juridiction, aucune des questions formulées ne porte sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, même si les dispositions législatives contestées - celles de l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 - n'avaient pas déjà été déclarées conformes à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision dudit Conseil.

Et voilà surtout posée, d'autre part, une absence de pertinence des QPC énoncées puisque aucune des deux questions soulevées n'est considérée par la Cour régulatrice comme présentant un caractère sérieux.

Il en va ainsi, d'abord, de la première question, « en ce que l'interdiction pour l'agent immobilier de percevoir une quelconque rémunération en l'absence de conclusion effective de l'opération projetée, quelle qu'en soit la raison, est fondée sur le motif d'intérêt général tenant à la nécessaire réglementation des pratiques des professionnels visés à l'article 1^{er} de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 afin d'assurer l'information, la protection et la liberté contractuelle de leurs clients. Il n'en

résulte pas d'atteinte disproportionnée à leur liberté contractuelle et à leur liberté d'entreprendre au regard de l'objectif poursuivi par le texte, dès lors qu'en cas de faute commise par le mandant ayant privé le mandataire de sa rémunération, une jurisprudence constante lui permet d'engager la responsabilité de son mandant, et qu'une dérogation à cette interdiction est en outre possible lorsque le client agit pour les besoins de ses activités professionnelles ». L'ordre public de direction qui, sans préjudice de l'ordre public de protection, innerve la loi du 2 janvier 1970 et le décret du 20 juillet 1971 explique et même justifie, selon la Cour de cassation, une atteinte à la liberté contractuelle (dont l'entière valeur constitutionnelle reste d'ailleurs discutée) et à la liberté d'entreprendre des agents immobiliers d'autant moins disproportionnée que :

- d'une part, il résulte des dispositions de l'article 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 qu'il peut être conventionnellement dérogé au principe d'interdiction de tout paiement avant la réalisation définitive de l'affaire lorsque le mandant agit dans le cadre de ses activités professionnelles (les juges du droit auraient, du reste, pu ajouter à leur motivation que le texte susmentionné, complété par les articles 78 et 78-1 du décret du 20 juillet 1972, prévoit également que « lorsqu'un mandat [...] comporte une clause aux termes de laquelle des honoraires sont dus par le mandant, même si l'opération est conclue sans les soins de l'intermédiaire », cette clause de garantie et de versement de rémunération doit recevoir application dans les conditions réglementairement fixées) ;

- d'autre part, le mandant ayant empêché, par sa faute (sur laquelle V. *infra*), la réalisation de l'opération et ainsi privé le mandataire de sa rémunération peut bel et bien engager sa responsabilité contractuelle et être ainsi contraint de réparer le dommage causé à son cocontractant.

L'absence de caractère sérieux est ensuite retenue par la Cour de cassation s'agissant de la seconde question, « en ce que le contrat conclu entre l'agent immobilier et son client étant, sauf disposition expresse contraire, un contrat d'entremise, l'agent ne dispose pas du pouvoir d'engager son client, de sorte que celui-ci est libre de conclure ou non l'opération, et son seul refus ne peut, par nature, être constitutif de la faute susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de son mandataire. Il ne peut en résulter aucune atteinte au principe de responsabilité ». Ainsi, puisque la nature juridique du contrat liant l'agent immobilier à son donneur d'ordre est, en l'absence d'une clause spéciale et expresse conforme aux dispositions de l'article 72, alinéa 3, du décret de 1972, celle d'un simple contrat d'entremise ou de courtage ne permettant pas au premier d'engager le second pour l'opération envisagée (V. Civ. 1^{re}, 14 déc. 2004, n° 03-10.528, AJDI 2005. 153, obs. M. Thioye ; 27 juin 2006, n° 04-20.693, AJDI 2006. 938, obs. M. Thioye ; Civ. 3^e, 17 juin 2009, n° 08-13.833, D. 2009. 2724, note N. Dissaux ; AJDI 2010. 155, obs. M. Thioye ; RTD com. 2010. 183, obs. B. Bouloc), la Cour de cassation en déduit que la liberté de ce dernier de conclure ou non l'opération fait que « son seul refus ne peut, par nature, être constitutif de la faute susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de son mandataire » (sachant que, selon une certaine jurisprudence, il n'y a faute punissable que « s'il est établi que le mandant a conclu l'opération en privant le mandataire de la rémunération à laquelle il aurait pu légitimement prétendre » : Civ. 1^{re}, 16 nov. 2016, n° 15-22.010, D. 2016. 2399 ; AJDI 2017. 218, obs. M. Thioye ; dans le même sens, V. Civ. 1^{re}, 28 juin 2012, n° 10-20.492, D. 2012. 1821 ; RTD civ. 2012. 743, obs. P.-Y. Gautier). Il s'ensuit, selon les hauts juges, qu'« il ne peut en résulter aucune atteinte au principe de responsabilité » civile dont le principe et le régime sont, en droit commun, posés par le code civil en ses articles 1231-1 et suivants (à propos de la responsabilité contractuelle) et ses articles 1240 et suivants (au sujet de la

responsabilité extracontractuelle).

Conseil pratique

Avec cette décision rapportée, les agents immobiliers sont invités à adhérer, *volens nolens*, à une position qui leur est pourtant défavorable : il n'y a rien, dans les obstacles législatifs et réglementaires à leur droit à rémunération et/ou à leur droit à indemnisation, qui soit de nature à porter une atteinte disproportionnée à leur liberté d'entreprendre et de contracter ou une atteinte quelconque au principe de responsabilité civile de leurs mandants !

Mots clés :

PROFESSIONS * Agent immobilier * Rémunération * Indemnisation * QPC