

## **L'indemnisation de l'agent immobilier, via une clause pénale, demeure un chemin semé d'embûches**

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

AJDI 2022 p.776

Nous avons déjà eu l'occasion de faire constater, dans les colonnes de la présente revue, que si la rémunération de l'agent immobilier est souvent présentée, à juste titre, comme une « course d'obstacles » (Ch. Jamin, La rémunération des agents immobiliers : une course d'obstacles, Dr. et patr. 5/1994. 35), la voie qui mène à son indemnisation constitue aussi, sans aucun doute, une autre course d'obstacles puisque le chemin qui y mène est long et abondamment semé d'embûches (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 nov. 2016, n° 15-22.010, D. 2016. 2399 ; AJDI 2017. 218, obs. M. Thioye). La jurisprudence en témoigne régulièrement et, à ce propos, l'illustration fournie par l'arrêt rapporté est quasiment dépourvue de toute originalité puisque la solution y retenue est loin d'être inédite et, d'une certaine manière, est assez rebattue de nos jours. En effet, le principe qui y est rappelé et appliqué par la Cour de cassation est celui consacré par l'article 6, I, alinéa 8, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 : « 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<sup>er</sup> (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 ».

En l'espèce, M<sup>me</sup> [M] avait, par mandat exclusif de vente, confié à la société AGI, agent immobilier, la vente d'un appartement. Aux termes de ce mandat, la mandante s'engageait expressément à verser à la société mandataire, en cas d'inexécution de cet engagement, une indemnité compensatrice forfaitaire égale au montant de la rémunération prévue au mandat (il s'agissait ainsi, clairement, d'une clause pénale qui est admise par les articles 6, I, de la loi du 2 janvier 1970 et 78 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 dès lors, d'une part, qu'elle « résulte d'une stipulation expresse d'un mandat dont un exemplaire a été remis au mandant » et, d'autre part, qu'elle y « est mentionnée en caractères très apparents »). Et, sur le fondement de ce mandat dont la validité n'a jamais été remise en question, l'agence immobilière a, le 8 février 2016, informé la mandante du fait qu'elle avait trouvé un acquéreur au prix stipulé au mandat avant de lui notifier, le 4 mars 2016, une mise en demeure à laquelle la destinataire ne répondra qu'en indiquant qu'elle ne souhaitait plus vendre l'appartement considéré. Invoquant alors une violation de l'obligation spécialement souscrite par la mandante d'accepter purement et simplement toute offre d'achat présentée par son entremise et conforme aux stipulations du mandat, l'agence immobilière allait assigner la première en paiement de l'indemnité compensatrice convenue à titre de clause pénale.

La cour d'appel de Rouen, dans un arrêt infirmatif, allait accueillir cette demande d'indemnisation aux motifs suivants : le refus de M<sup>me</sup> [M] de conclure la vente avec les acquéreurs trouvés par la société AGI constituait une violation fautive de son engagement d'une durée de trois mois de signer

au prix, charges et conditions convenus toute promesse de vente ou tout compromis éventuellement assorti d'une demande de prêt immobilier avec tout acquéreur présenté par le mandataire.

Appelée à son tour à se prononcer sur l'affaire, la première chambre civile de la Cour de cassation va, par la décision rapportée, commencer par rappeler, sous le visa des articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi du 2 janvier 1970, le principe suivant : « Aucun bien, effet, valeur, somme d'argent, représentatif de commissions [sic], de frais de recherche, de démarche, de publicité ou d'entremise quelconque, n'est dû aux personnes visées par le premier ou ne peut être exigé ou accepté par elles avant qu'une des opérations qui y sont visées ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties. » Et, selon la Cour régulatrice, « il en résulte que le mandat d'entremise donné à l'une de ces personnes ne lui permet pas d'engager son mandant pour l'opération envisagée à moins qu'une clause ne l'y autorise expressément, de sorte que le refus du mandant de réaliser la vente avec une personne qui lui est présentée par son mandataire ne peut lui être imputé à faute pour justifier sa condamnation au paiement de dommages-intérêts, à moins qu'il ne soit établi que ce mandant a conclu l'opération en privant le mandataire de la rémunération à laquelle il aurait pu légitimement prétendre ». Il s'ensuit alors, selon les hauts juges, que la cour d'appel de Rouen a violé les articles 1<sup>er</sup> et 6 de la loi du 2 janvier 1970 en statuant comme elle l'a fait « alors qu'il résultait de ses constatations que la vente n'avait pas été effectivement conclue, de sorte que l'agent immobilier ne pouvait se prévaloir des dispositions de la clause litigieuse » (laquelle emportait obligation de conclure la vente sauf à payer l'indemnité compensatrice forfaitaire contractuellement prévue même en l'absence de faute imputable au mandant).

À première vue, la décision ainsi rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation semble se borner à faire fidèlement écho à une abondante et constante jurisprudence qui, en l'absence de preuve d'une faute imputable au mandant, dénie à l'intermédiaire tout droit à indemnisation sur le fondement d'une clause pénale dès lors que l'opération à laquelle il a concouru n'a pas été effectivement et définitivement réalisée (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, Bull. civ. I, n° 209 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 nov. 2007, n° 05-100.10, AJDI 2008. 696, obs. M. Thioye ; 25 nov. 2010, Bull. civ. I, n° 241 ; 20 oct. 2011, n° 10-25.199, AJDI 2012. 369, obs. M. Thioye ; 28 juin 2012, Bull. civ. I, n° 143 ; 27 nov. 2013, n° 12-13.897, D. 2013. 2845, obs. Y. Rouquet ; AJDI 2014. 467, obs. M. Thioye ; RTD civ. 2014. 111, obs. H. Barbier ; RTD com. 2014. 391, obs. B. Bouloc ; 5 mars 2015, Droit et ville 80/2016, p. 218, obs. M. Thioye ; 16 nov. 2016, préc.).

Toutefois, , à y regarder de plus près, larrêt sous étude retient, à la différence de la plupart des décisions susmentionnées, une conception très étroite, voire très restrictive, de la faute que le mandataire est recevable et bien fondé à reprocher à son mandant ayant unilatéralement bloqué le processus de la vente et, ainsi, volontairement ôté à l'opération litigieuse toute chance d'être « effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties ». En effet, alors que la majorité des décisions se contentaient de faire référence à la « faute » imputable au mandant sans enfermer celle-ci dans un cadre exigu et rigide, celle du 15 juin 2022 ne retient la faute punissable que s'il est « établi que ce mandant a conclu l'opération en privant le mandataire de la rémunération à laquelle il aurait pu légitimement prétendre » (dans le même sens, V. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2012, préc. ; 16 nov. 2016, préc.). Dès lors, la condamnation du mandant suppose que, au lieu de s'être négativement contenté d'empêcher la réalisation de l'opération en refusant de «

transformer l'essai » brillamment servi par son mandataire, il ait été offensif et ait conclu l'affaire au nez et à la barbe de ce dernier (directement ou par l'intermédiaire d'un autre agent immobilier). Et c'est ainsi que la Cour de cassation a encore, comme dans son arrêt du 16 novembre 2016, décidé de « neutraliser » la clause pénale litigieuse nonobstant le fait que la mandante avait unilatéralement décidé de faire dérailler l'affaire pour la seule et simple raison « qu'elle ne souhaitait plus vendre l'appartement ».

Cela dit, nous demeurons toujours persuadé qu'il était juridiquement pertinent et possible de considérer comme fautive une telle attitude - d'autant plus que le mandat litigieux était exclusif et conférait ainsi un monopole d'action à la société AGI - et, partant, d'ordonner le versement de l'indemnité conventionnelle forfaitaire quand bien même la mandante n'aurait pas conclu l'opération directement ou par l'entremise d'un autre agent immobilier (V. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 oct. 2003, préc. : attendu « que le refus du mandant de réaliser la vente avec une personne qui lui est présentée par son mandataire ne peut être assimilé à l'acte écrit contenant l'engagement des parties ; que l'agent immobilier n'a donc pas droit à la commission prévue par le mandat, mais seulement à des dommages-intérêts s'il prouve une faute de son mandant qui l'aurait privé de la réalisation de la vente » ; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mars 2015, préc.). En effet, même s'il est incontestable que la spécialité et l'impérativité du statut des intermédiaires immobiliers sont telles qu'il doit primer sur les règles générales ou communes à tous les contrats (C. civ., art. 1105, al. 3), il n'y a, à notre avis, rien dans les dispositions de la loi du 2 janvier 1970 et du décret du 20 juillet 1972 qui permette à un mandant de prendre des libertés, en toute impunité, avec des engagements contractuels qui ont été valablement souscrits à l'aune de ces dispositions dont on connaît la légendaire rigidité. Il est certaines ressources du droit commun des obligations contractuelles qui, parce qu'elles sont précieuses, doivent demeurer intactes dans toutes les sphères contractuelles : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits » (C. civ., art. 1103) et ils doivent, impérativement, être « exécutés de bonne foi » (C. civ., art. 1104). Il s'ensuit que « la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut [...] demander réparation des conséquences de l'inexécution » (C. civ., art. 1217) et, ainsi, « le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts [...] s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure » (C. civ., art. 1231-1).

### **Conseil pratique**

En l'absence d'une opération effectivement conclue et constatée dans un seul acte écrit contenant l'engagement des parties, l'agent immobilier ne peut se prévaloir efficacement d'une clause pénale stipulée dans le mandat, pour obtenir ainsi le paiement d'une indemnité compensatrice de sa perte de rémunération, que s'il prouve que le mandant a fautivement conclu l'opération en le privant ainsi des honoraires auxquels il aurait pu légitimement prétendre.

### **Mots clés :**

PROFESSIONS \* Agent immobilier \* Mandat de vente \* Clause d'exclusivité \* Engagement de vendre \* Clause pénale