



N° W1520411

Décision attaquée : 23 avril 2015 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

MME Corinne X...

C/

STE Lepante

rapporteur : Michèle Graff-Daudret

RAPPORT

CHAMBRE MIXTE 10 FEVRIER 2017

Cette affaire a été renvoyée en Chambre Mixte par arrêt de la 3^{ème} Chambre Civile du 6 octobre 2016.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Par acte du 27 avril 2007, la SCI Lepante, représentée par son mandataire, la société Immobilier Parnasse, a donné à bail d'habitation à Mme X..., à compter du 15 mai 2007, un appartement situé à Nice.

Par acte d'huissier du 29 octobre 2012, la société Immobilier Parnasse a fait délivrer à la locataire un congé avec offre de vente pour le 14 mai 2013 pour un prix de 280 000 euros.

Par acte du 23 mars 2013, Mme X... a assigné la SCI Lepante devant le tribunal d'instance de Nice en nullité du congé.

Par jugement du 18 février 2014, le tribunal a rejeté sa demande.

Par arrêt du 23 avril 2015, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a confirmé ce jugement.

Le 23 juin 2015, Mme X... a formé un pourvoi contre cette décision.

Le 23 octobre 2015, elle a déposé un mémoire ampliatif dans lequel elle développe un moyen de cassation unique et sollicite une indemnité de procédure de 3500 euros.

Le 30 décembre 2015, la SCI Lepante a déposé des premières observations en défense. Elle sollicite une indemnité de procédure de 3 000 euros.

Le 23 février 2015, elle a déposé des observations complémentaires.

La procédure paraît régulière et en état d'être jugée.

2 - Analyse succincte des moyens

Le moyen unique, en 4 branches, fait grief à l'arrêt d'avoir débouté Mme X... de sa demande en nullité du congé et d'avoir ordonné son expulsion.

La 1ère branche est prise d'un manque de base légale au regard des articles 1er et 6 de la loi du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret du 20 juillet 1972, en ce que la cour d'appel s'est bornée à énoncer que la société Parnasse immobilier avait été mandatée pour procéder à la vente du bien au motif qu'elle avait reçu un mandat de gestion et d'administration l'autorisant à délivrer "tous congés", *sans relever l'existence d'un mandat spécial aux fins de délivrer un congé pour vendre* ;

La 2ème branche est prise d'un manque de base légale au regard des articles 1er et 6 de la loi du 2 janvier 1970 et de l'article 72 du décret du 20 juillet 1972, en ce que *la cour d'appel n'a pas recherché, comme elle y était invitée, si la correspondance de la SCI Lepante sur laquelle elle s'est fondée respectait les formalités obligatoires du mandat pour vendre confié à un agent immobilier, et notamment s'il mentionnait une durée et un numéro d'inscription sur le registre des mandats* ;

La 3ème branche est prise d'un manque de base légale au regard de l'article 15 II de la loi du 6 juillet 1989, en ce que *la cour d'appel n'a pas recherché si les locaux étaient précisément décrits dans le congé* ;

La 4ème branche est prise d'une violation de l'article 455 du code de procédure civile, en ce que *la cour d'appel n'a pas répondu au moyen tiré du caractère frauduleux du congé pour vente, le bailleur n'ayant jamais eu l'intention de lui vendre le bien mais souhaitant expulser sa locataire de son logement*.

Le moyen invoqué par la 4^{ème} branche n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation en ce que :

- d'une part, la cour d'appel a, par motifs adoptés, répondu à ce moyen en l'écartant puisque le tribunal a retenu que Mme X... ne pouvait valablement arguer que l'appartement qui lui avait été donné à bail avait déjà été vendu et ce en fraude de ses droits, dans la mesure où il résulte de l'attestation établie par Maître Arnaud, Notaire, que le lot qui avait été vendu était le lot n°7, désigné par erreur comme étant le lot n°8, - et d'autre part, ayant par motifs propres retenu que Mme X... ne démontrait aucun comportement dolosif de la SCI Lepante, elle a par là même répondu, en les écartant, aux conclusions prétendument délaissées.

La 3^{ème} branche se fonde sur la jurisprudence, constante, selon laquelle en matière de congé pour vente délivré sur le fondement de l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989, l'offre de vente doit correspondre très précisément au bien loué, en tous ses éléments. Elle doit porter sur tous les locaux donnés à bail et seulement sur ces locaux.

Ainsi, l'omission d'une partie des lieux loués (cave, parking...) entraîne la nullité du congé (Civ. 3^{ème} 13 juillet 1999 n°97-18.862, Bull n°168 ; Civ. 3^{ème}, 21 juin 2000, n°98-14.043 Bull n°121 ; Civ. 3^{ème}, 6 avril 2004 n°02-21.519 ; Civ. 3^{ème}, 4 mai 2004, n°02-21.557 ; Civ. 3^{ème} 28 avril 2009, n°08-14.037 ; Civ. 3^{ème}, 7 juillet 2009 n°08-14.367 ; Civ. 3^{ème} 9 mars 2010 n°09-12.488).

Mais, à l'inverse, une simple erreur sur la numérotation du lot offert à la vente est indifférente, dès lors qu'il résulte du contenu du congé que le preneur a été clairement informé des conditions de la vente (Civ. 3^{ème}, 28 novembre 2012, n°11-25.529 ; Civ. 3^{ème} 22 janvier 2014 n°12-28.099).

La Chambre Mixte appréciera si la cour d'appel, qui a retenu que "la détermination des lieux offerts à la vente, qui sont les lieux loués, était établie sans ambiguïté et que le fait qu'une erreur figurait dans le bail sur le numéro du lot objet de la location était sans incidence sur la validité du congé qui comportait les conditions de la vente avec la référence du prix et des lieux", a, au regard de la jurisprudence précitée, légalement justifié sa décision, en se demandant si la recherche prétendument omise n'a, ainsi, pas été effectuée, auquel cas un rejet non spécialement motivé de ce moyen pourrait également être envisagé.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

I- L'affaire a été renvoyée en Chambre Mixte, afin que la Chambre se prononce plus spécifiquement sur la question, posée par **la 2^{ème} branche**, en évitant toute divergence de jurisprudence entre les 1^{ère} et 3^{ème} Chambre civiles, qui ont à connaître de ce contentieux.

Cette question est de savoir si un agent immobilier doit disposer d'un mandat exprès et spécial, *obéissant au formalisme de la loi Hoguet du 2 janvier 1970 et de son décret d'application du 20 juillet 1972*, en l'espèce, selon les termes de la deuxième branche, **l'exigence sur le mandat de l'indication de sa durée et du numéro d'inscription au registre des mandats**, pour délivrer valablement au locataire, pour le compte du bailleur, un "congé pour vendre" le logement loué.

Plus précisément, le pourvoi interroge sur la sanction du non-respect de ce formalisme, et invite à une réflexion plus générale sur le régime de la **nullité applicable, absolue ou relative**, en l'occurrence **la partie ayant qualité pour invoquer la nullité tenant au non-respect des formes prescrites par la loi Hoguet**, dès lors que, dans notre espèce, c'est le locataire, qui s'est vu délivrer un congé pour vente, ayant la nature, mixte, de congé et offre de vente, donc un locataire qui pourrait être assimilé à un tiers acquéreur ou tiers contractant, qui se prévaut du non-respect des dispositions de la loi Hoguet aux fins de faire annuler le congé pour vendre.

II- Au préalable, il conviendra de s'interroger sur la question posée par la **première branche**, qui est de savoir si le mandataire, soumis aux dispositions de cette loi, peut, ***pour délivrer congé pour vendre***, se "contenter" d'un mandat d'administration et de gestion, ou s'il doit justifier d'un **mandat spécial** et, le cas échéant, si la cour d'appel a caractérisé un tel mandat.

4 - Les textes :

On indiquera d'emblée que l'agent immobilier est soumis tant aux dispositions de la loi du 2 janvier 1970 qu'à celles du droit commun relatives au mandat.

Les textes visés par le moyen :

Les articles 1er et 6 de la loi du 2 juillet 1970 et 72 du décret du 20 juillet 1972 sont ainsi rédigés :

Article 1 de la loi n°70-9 du 2 juillet 1970 dite loi Hoguet :

Les dispositions de la présente loi s'appliquent aux personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours, même à titre accessoire, aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives à :

- 1° L'achat, la vente, l'échange, la location ou sous-location, saisonnière ou non, en nu ou en meublé d'immeubles bâtis ou non bâtis ;
- 2° L'achat, la vente ou la location-gérance de fonds de commerce ;
- 3° La cession d'un cheptel mort ou vif ;

4° La souscription, l'achat, la vente d'actions ou de parts de sociétés immobilières donnant vocation à une attribution de locaux en jouissance ou en propriété ;

5° L'achat, la vente de parts sociales non négociables lorsque l'actif social comprend un immeuble ou un fonds de commerce ;

6° La gestion immobilière ;

7° A l'exclusion des publications par voie de presse, la vente de listes ou de fichiers relatifs à l'achat, la vente, la location ou sous-location en nu ou en meublé d'immeubles bâtis ou non bâtis.

8° La conclusion de tout contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé régi par les articles L. 121-60 et suivants du code de la consommation.

Article 6 :

I - Les conventions conclues avec les personnes visées à l'article 1er ci-dessus et relatives aux opérations qu'il mentionne en ses 1° à 6°, doivent être rédigées par écrit et préciser conformément aux dispositions d'un décret en Conseil d'Etat :

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 ;

Les modalités de la reddition de compte ;

Les conditions de détermination de la rémunération, ainsi que l'indication de la partie qui en aura la charge.

Les dispositions de l'article 1325 du code civil leur sont applicables.

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.

Toutefois, lorsqu'un mandat est assorti d'une clause d'exclusivité ou d'une clause pénale ou lorsqu'il comporte 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, cette clause recevra application dans les conditions qui seront fixées par décret.

Lorsque le mandant agit dans le cadre de ses activités professionnelles, tout ou partie des sommes d'argent visées ci-dessus 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. La clause prévue à cet effet est appliquée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article 72 du décret n°72-678 du 20 juillet 1972 :

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 (1° à 5°) de la loi susvisée du 2 janvier 1970 sans détenir un mandat écrit préalablement délivré à cet effet par l'une des parties.

Le mandat précise son objet et contient les indications prévues à l'article 73.

Lorsqu'il comporte l'autorisation de s'engager pour une opération déterminée, le mandat en fait expressément mention.

Tous les mandats sont mentionnés par ordre chronologique sur un registre des mandats conforme à un modèle fixé par arrêté conjoint du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre de l'intérieur et du ministre de l'économie et des finances.

Le numéro d'inscription sur le registre des mandats est reporté sur celui des exemplaires du mandat, qui reste en la possession du mandant.

Ce registre est à l'avance coté sans discontinuité et relié. Il peut être tenu sous forme électronique dans les conditions prescrites par les articles 1316 et suivants du code civil.

Les mandats et le registre des mandats sont conservés pendant dix ans.

Les autres textes relatifs :

1°/ au congé pour vendre :

- En application de l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989, le bailleur peut donner congé au preneur d'un bail d'habitation dans trois cas :

- pour reprendre le logement pour l'habiter,
- pour vendre le logement,
- pour un motif sérieux et légitime, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant.

Lorsque le congé est délivré pour vente, le locataire bénéficie d'un droit de préemption, prévu par l'article 15-II de la loi du 6 juillet 1989, qui dispose que le congé doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente projetée, et que ce congé vaut offre de vente au profit du locataire. Cette offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis.

Si le locataire accepte l'offre, la vente est parfaite.

A défaut, à l'expiration du délai de préavis, il est déchu de plein droit de tout titre d'occupation sur le local.

- La loi n°2014-366 du 24 mars 2014 pour l'Accès au Logement et un Urbanisme Rénové dite ALUR a renforcé la protection des locataires d'un bien immobilier en cas de reprise pour habiter ou en cas de vente du bien loué. La loi encadre plus strictement *les délais et les conditions du congé pour vendre.*

2°/ à la nullité :

Jusqu'à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, le régime de la nullité des obligations trouvait son siège dans les articles 1304 à 1314 du code civil, auxquels il sera renvoyé.

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a codifié le régime des nullités, aux articles 1178 à 1185 du code civil, consacrant une distinction entre nullité relative et absolue fondée sur la nature de l'intérêt protégé.

. Article 1179 modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

“La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.

Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé”.

. Article 1180 modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

“La nullité absolue peut être demandée par toute personne justifiant d'un intérêt, ainsi que par le ministère public.

Elle ne peut être couverte par la confirmation du contrat”.

. Article 1181 modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

“La nullité relative ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger.

Elle peut être couverte par la confirmation.

Si l'action en nullité relative a plusieurs titulaires, la renonciation de l'un n'empêche pas les autres d'agir”.

3°/ au mandat :

* Le mandat est régi par les articles 1984 et suivants du code civil. Il sera rappelé que :

L'article 1984, alinéa 1er, du code civil dispose : “Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandat et en son nom.

Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.”

L'article 1987 du code civil distingue mandat général et mandat spécial :

“Il est ou spécial et pour une affaire ou certaines affaires seulement, ou général et pour toutes les affaires du mandant”.

L'article 1988 exige un mandat exprès pour les actes d'aliénation et de constitution d'hypothèques :

“Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration.

S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès”.

* L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a créé un régime général de la représentation, dans un nouveau paragraphe intitulé “la représentation” (articles 1153 et suivants nouveaux du code civil), au sein de la section 2 relative à “la validité du contrat”.

Elle consacre pour l'essentiel les règles du mandat et la jurisprudence rendue sur leur fondement, en clarifiant certains points, en particulier la question de la sanction encourue par l'acte accompli par le mandataire dépourvu de pouvoir.

Le nouvel article 1156 du code civil dispose que la sanction est celle de l'inopposabilité de l'acte au représenté, excepté en présence d'une représentation apparente, mais cet article prévoit désormais que **le tiers contractant peut invoquer la nullité** de l'acte accompli par le représentant lorsqu'il ignorait que ce dernier était dépourvu de pouvoir.

. Article 1156 nouveau du code civil :

“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.

Lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité.

L'inopposabilité comme la nullité de l'acte ne peuvent plus être invoquées dès lors que le représenté l'a ratifié”.

. Article 1158 nouveau du code civil :

“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”.

Sur l'application dans le temps 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, celle-ci entrant en vigueur le 1^{er} octobre 2016, l'ensemble des contrats conclus à compter du 1^{er} octobre 2016 est soumis au droit issu de l'ordonnance. Corrélativement, l'article 9, alinéa 2, de l'ordonnance prévoit que “les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 demeurent soumis à la loi ancienne”.

Si ces nouvelles dispositions ne sont pas applicables rétroactivement, on relèvera, cependant, avec la doctrine (A. Bénabent, Précis Domat, Droit des obligations 15^{ème} éd. n°10), que “d'une part, une bonne partie des nouveaux textes ne sont qu'une mise en forme à droit presque constant, de sorte que l'on ne se trouve véritablement en présence de deux régimes différents que sur très peu de points ; d'autre part, *le phénomène classique d'éclairage rétroactif des nouveaux textes conduira sans doute la jurisprudence à aligner parfois l'ancien régime sur le nouveau*”.

D'autres auteurs expriment la même idée sous une forme différente, estimant que les règles de résolution des conflits de lois dans le temps devraient “conduire à l'application de deux corps de règles distincts suivant la date de conclusion du contrat, étant entendu qu'à mesure de l'écoulement du temps, les “*infiltrations*” du droit issu de la réforme dans l'interprétation des textes originels devraient se faire plus nombreuses” (G. Chantepie, “L'application dans le temps de la réforme du droit des contrats”, AJCA 2016 p 412).

C'est en tous cas l'une des questions que la Chambre devra se poser.

5- Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

I- Sur la nécessité pour l'agent immobilier de disposer d'un mandat spécial aux fins de délivrer congé pour vendre (1^{ère} branche) :

La difficulté vient de la nature juridique du congé pour vendre, qui détermine les règles applicables au mandat.

a) Nature juridique du congé pour vendre :

Les travaux parlementaires de la loi Quillot du 22 juin 1982 et de la loi du 6 juillet 1989 n'évoquent pas la nature juridique du congé pour vendre.

Il résulte de l'article 15 II de la loi du 6 juillet 1989 précité que le congé pour vendre a une double nature : celle d'un congé et celle d'une offre de vente, cette offre valant vente en cas d'acceptation du locataire.

Lorsque le congé est délivré pour vente, le locataire bénéficie, en effet, d'un droit de préemption, prévu par ce texte, qui dispose que le congé doit, à peine de nullité, indiquer le prix et les conditions de la vente projetée, et que ce congé vaut offre de vente au profit du locataire. Cette offre est valable pendant les deux premiers mois du délai de préavis. Si le locataire accepte l'offre, la vente est parfaite. A défaut, à l'expiration du délai de préavis, il est déchu de plein droit de tout titre d'occupation sur le local.

La loi ALUR du 24 mars 2014 a (art. 15, al. 12 de la loi du 6 juillet 1989) introduit une obligation pour le bailleur d'accompagner le congé d'une notice d'information, en renvoyant à un arrêté du ministère du logement pour le contenu de la notice. Or l'arrêté du 29 mai 2015 pris en application de ladite loi mentionne : "Le bailleur doit lui donner congé en lui indiquant le prix et les conditions de la vente. Cela constitue une offre de vente".

En conséquence, le congé pour vente étant indissociable de l'offre de vente, il ne peut être délivré que par ceux qui ont le pouvoir de disposer de l'immeuble concerné. C'est ainsi qu'un congé délivré par un indivisaire sans le consentement des autres est dépourvu d'effet (Civ. 3^{ème}, 8 avril 1999, n°97-15.706, Bull n°88). Mme Vial-Pedroletti écrit, dans le Jurisclasseur civil (Bail à loyer fasc. 134-10 § 17) : "Contrairement en effet au congé pour habiter ou pour motif légitime et sérieux qui sont considérés comme des actes d'administration, le congé pour vendre est qualifié d'*acte de disposition*".

Mandat *exprès* ne se confond toutefois pas avec mandat *spécial*.

L'article 1988 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, exige un mandat *exprès* pour les actes d'aliénation, "le mandat conçu en termes généraux n'embrass(ant) que les actes d'administration".

Selon le droit commun, le mandat *exprès* doit nettement préciser, en vertu de l'article 1988, la nature juridique des actes à consentir, le mandat *spécial*, en vertu de l'article 1987, leur objet.

Selon la loi du 2 janvier 1970, et plus précisément les articles 1^{er} et 6 de la loi, dont la violation est invoquée par la première branche, les conventions conclues avec les agents immobiliers doivent être rédigées par écrit et la preuve de l'existence et de

l'étendue du mandat de gestion immobilière délivrée à un professionnel ne peut être rapportée que par écrit (Civ. 1^{ère}, 20 janvier 1993, n°91-10.894, Bull n°25), le mandat apparent ou la ratification de l'acte ne pouvant tenir en échec ces règles impératives (Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, n°14-17.211 ; Civ. 1^{ère}, 5 juin 2008, n°04-16.638, Bull n°163, dans le cas d'un congé pour vente délivré par un agent immobilier avant de recevoir du propriétaire un mandat de gestion).

En application de l'article 64 du décret du 20 juillet 1972, ce mandat doit préciser l'étendue des pouvoirs du mandataire et l'autoriser expressément à recevoir des biens, sommes ou valeurs à l'occasion de la gestion dont il est chargé (Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, n°98-17.689, Bull n°339).

L'article 72 du décret dispose qu'un agent immobilier ne peut négocier ou s'engager à l'occasion d'opérations spécifiées à l'article 1^{er}, 1° à 5° (au nombre desquelles figure "2° la vente"), sans détenir un "mandat écrit préalablement délivré à cet effet par l'une des parties".

La double nature du congé pour vendre conduit-elle à exiger, pour l'agent immobilier, non seulement un mandat *exprès* pour aliéner, mais aussi un mandat *spécial*, dès lors que le congé porte sur la vente d'un bien précis ("une affaire ou certaines affaires du mandant") et, dès lors surtout, qu'il faut un mandat écrit et répondant aux conditions de l'article 72 du décret du 20 juillet 1972, texte invoqué par le moyen, pour que l'agent immobilier puisse procéder à une vente ?

Etant souligné que le moyen n'invoque pas le caractère non exprès du mandat litigieux, mais, sous le grief d'un manque de base légale, l'absence de mandat spécial, dès lors que le mandat litigieux était un mandat de gestion comportant la possibilité de donner "tous congés".

b) Actes de disposition et mandat de gestion en droit commun :

Sur le fondement du droit commun, et de l'exigence d'un mandat exprès pour les actes d'aliénation, il a été jugé que :

. constitue un mandat exprès d'aliéner la procuration donnée par une personne à une autre qui précise les pouvoirs de cette dernière et qui, *outre le mandat général de gérer et d'administrer tous les biens* qu'elle contient, charge le mandataire de vendre expressément tout ou partie des biens meubles et immeubles lui appartenant et de consentir ces ventes aux prix, charges et conditions que le mandataire aviserait (Civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, n°98-12.800, Bull n°209) ;

. ne constitue pas le mandat exprès confié à un agent immobilier de vendre un immeuble exigé par l'article 1988 du code civil une correspondance qui ne comporte pas expressément un tel mandat (Civ. 1^{ère}, 21 décembre 1976, n°75-11.964, Bull n°421) ;

. le mandat de gérer et d'administrer toutes les affaires concernant l'exploitation d'une ferme n'inclut pas celui de vendre des biens, alors que la procuration ne donne pas en termes exprès pouvoir d'aliéner tout ou partie du domaine (Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1973, n°71-13.053, Bull n°25).

c) Actes de disposition et mandat de gestion de l'agent immobilier :

- il a été jugé sur le fondement du droit commun :

. Un mandat de "gérer l'immeuble et de représenter le propriétaire dans les relations contractuelles avec les tiers" confère au mandataire pouvoir de délivrer un congé pour vente : Civ. 3^{ème}, 2 octobre 1996, n°95-10.342, Bull n°199 : cassation au visa de l'article 1134 du code civil : *Qu'en statuant ainsi (en déclarant nul le congé pour vendre), alors qu'elle avait relevé que la société Paul Gandolfo avait reçu mandat de la société CIEL de gérer l'immeuble et de la représenter dans le cadre des relations contractuelles avec les tiers, d'où il résultait qu'elle avait le pouvoir de délivrer les congés, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ;

. L'agent immobilier qui s'est vu confier un mandat de gestion locative ne peut accomplir que des actes d'administration : tel n'est pas le cas du renouvellement de baux commerciaux : Civ. 1^{ère}, 20 novembre 2001, n°99-10.541 : "Mais attendu qu'après avoir relevé, par une décision motivée, que la mandante avait donné à l'agence immobilière un mandat de gestion générale des immeubles litigieux, la cour d'appel en a déduit à bon droit, que la mandataire ne pouvait accomplir que des actes d'administration et qu'en renouvelant les baux commerciaux sans en informer la mandante, la mandataire avait excédé ses pouvoirs" ;

- et sur le fondement de la loi du 2 janvier 1970 :

. Un mandat de gestion immobilière ne confère pas à l'agent immobilier le droit de vendre le bien : Civ. 1^{ère}, 17 janvier 1973, n°70-14.321, Bull n°25 :

"Vu l'article 21 du décret n°65226 du 25 mars 1965, applicable à la cause ; (texte "ancêtre" de la loi du 2 janvier 1970)

Attendu qu'il résulte de ce texte que tout mandat donné pour des opérations d'achat ou de vente d'immeuble doit être écrit ;

Attendu que, saisie par Y..., agent immobilier, d'une action tendant au paiement par dame Z... d'une commission, en rémunération du concours qu'il avait prêté à ladite dame, en 1967, comme intermédiaire, en vue de la vente d'un immeuble, la cour d'appel a, au motif qu'il existait en la cause un commencement de preuve par écrit résultant d'une comparution personnelle des parties, ordonné une enquête autorisant Y... à établir par témoins l'existence du mandat verbal que dame Z... lui aurait donné de trouver un acquéreur ;

Qu'en statuant ainsi, alors que Y... n'avait pas été en mesure de reproduire un mandat écrit, les juges du fond ont violé le texte susvisé";

. Ni de consentir un bail commercial : Civ. 1^{ère}, 2 décembre 2015, n°14-17. 211 publié : *“Mais attendu que la cour d'appel a retenu à bon droit que la preuve de l'existence et de l'étendue du mandat de gestion immobilière délivré à un professionnel ne peut être rapportée que par écrit ; que ni le mandat apparent ni la ratification de l'acte ne peuvent tenir en échec ces règles impératives ;*

Et attendu qu'ayant constaté que le bail commercial litigieux avait été consenti par le cabinet Laverdet, sans mandat spécial donné par écrit par l'ensemble des coindivisaires, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision” ;

- Et le mandat de vente donné à un agent immobilier ne l'autorise pas à délivrer congé pour vente au locataire à défaut de toute mention emportant autorisation de délivrer un tel congé : Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2006, n°04-19.815, Bull n°393 (et l'arrêt cité, Civ. 1^{ère}, 20 décembre 2000, n°98-17.689, Bull n°339 sur la nécessité pour l'agent immobilier d'un mandat écrit précis) :

“Vu les articles 1er et 6 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ;

Attendu que, selon les dispositions des deux premiers de ces textes qui sont d'ordre public, les conventions conclues avec les personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours aux opérations portant sur les biens d'autrui et relatives, notamment, à la vente d'immeubles, doivent être rédigées par écrit ; qu'aux termes du troisième, le titulaire de la carte professionnelle "transactions sur immeubles et fonds de commerce" doit détenir un mandat écrit qui précise son objet et qui, lorsqu'il comporte l'autorisation de s'engager pour une opération déterminée, fait expressément mention de celle-ci ;

Attendu que pour décider que la société CIT avait reçu de Mme A... mandat de donner à M. B... congé aux fins de vente de l'immeuble que celui-ci occupait en qualité de locataire et en déduire qu'en raison de l'acceptation par M. B... de l'offre de vente attachée à ce congé, la vente dudit immeuble était parfaite, la cour d'appel retient que si le mandat de vendre donné par Mme A... à la société CIT ne précisait pas la nature de la vente envisagée, il résultait de la commune intention des parties que celui-ci était un mandat de vendre un bien libre de toute occupation, comportant l'obligation légale de donner congé au locataire ;

Qu'en se déterminant ainsi alors que selon ses propres constatations le mandat litigieux ne contenait aucune mention emportant autorisation pour la société CIT de délivrer un tel congé, la cour d'appel a violé, par refus d'application, les textes susvisés” ;

Au cas présent, la cour d'appel a retenu que “la SCI Lepante avait donné le 12 juillet 2006 mandat d'administration et de gestion à la société Immobilière Parnasse, que le mandat prévoyait expressément que le mandataire avait le pouvoir de donner tous congés et que la SCI Lepante versait en outre à la procédure une correspondance du 19 octobre 2012 informant la société Immobilière Parnasse de son intention de vendre le bien occupé par Mme X... au terme du bail pour un prix de 280 000 euros, correspondance qui mandatait spécialement la société Immobilière Parnasse pour délivrer congé par l'intermédiaire d'un huissier”.

La Chambre Mixte appréciera la motivation critiquée au regard de l'ensemble des éléments de textes et de jurisprudence précités.

II- Sur les personnes ayant qualité pour invoquer la violation des dispositions formelles de la loi Hoguet du 2 janvier 1970 (2^{ème} branche) :

La deuxième branche du moyen fait grief à l'arrêt attaqué de n'avoir pas recherché si la correspondance retenue par la cour d'appel comme constituant le mandat comportait une clause de durée et un numéro d'inscription sur le registre des mandats.

La loi Hoguet n'a assorti le non-respect de ces prescriptions d'aucune sanction. Elle ne comporte, au demeurant, aucune sanction explicite du non-respect des prescriptions formelles, hormis l'infraction pénale pour perception d'une rémunération en vertu d'un mandat irrégulier et de la nullité spécifique du mandat "qui ne comporte pas une limitation de ses effets dans le temps" prévue par l'article 7 de la loi.

La jurisprudence, de la première comme de la troisième chambre, décide, quant à elle, de manière constante, que le mandat qui n'est pas limité dans le temps ou qui ne comporte pas le numéro d'inscription sur le registre des mandats est nul de nullité absolue (A).

La solution semble devoir être commandée par la finalité poursuivie par le législateur à travers la règle de fond et l'intérêt que celle-ci protège (B).

Mais une réflexion mettant en avant les titulaires du "droit de critique" du contrat peut aussi être envisagée (C).

A) La sanction de la nullité des prescriptions formelles de la loi Hoguet :

a) Nullité relative et nullité absolue :

Tout d'abord, un bref rappel des termes de la distinction en cause :

Sans qu'aucun texte n'emploie ces termes, la doctrine du XIX^{ème} siècle a construit la théorie des nullités sur une opposition : celle qui distingue les nullités relatives et les nullités absolues. Cette opposition était conçue comme devant gouverner tout le régime des nullités : droit de demander la nullité, confirmation, prescription. La prescription de l'action en nullité n'est plus un enjeu de la distinction entre les deux nullités, depuis la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, qui a supprimé la prescription trentenaire pour les nullités absolues (sous réserve de quelques exceptions, en matière de mariage notamment).

La différence de régime qui nous occupe concerne **les personnes aptes à invoquer la nullité de l'acte juridique**, "les titulaires du droit de critique" (Ghestin, Loiseau & Serinet "La formation du contrat" Tome 2 : L'objet et la cause - Les nullités Lextenso éditions 4^e éd. 2013 n°2114).

Dans la théorie classique des nullités, la nullité est tributaire de la gravité du vice : le contrat est nul de nullité absolue, lorsqu'il est dépourvu d'un de ses éléments essentiels. La nullité est relative lorsque la cause de nullité n'affecte pas un élément essentiel de la convention.

Dans la théorie moderne des nullités, développée depuis le début du XX^e siècle, "la nullité relative sanctionne la transgression d'une règle protectrice des intérêts privés, son régime étant défini en contemplation des objectifs qu'elle poursuit : seules les personnes protégées pourront agir en nullité. La nullité absolue sanctionnant la transgression d'une règle protectrice de l'intérêt général, il convient de lui donner un régime qui multiplie les chances d'anéantissement d'un tel contrat : "toute personne intéressée peut agir en nullité" (Droit civil, Les obligations, F. Terré Ph. Simler Y. Lequette, Précis Dalloz 11^e éd. n°393).

L'ordonnance du 10 février 2016 a consacré et, pour A. Bénabent, "solennisé" cette distinction (Droit des obligations, Précis Domat, 15^e éd. n°209 et s.).

Cet auteur précise que "la **nullité relative (à un contractant)** concerne les cas où la règle méconnue protège un intérêt particulier : il en résulte que *seul ce contractant est* en droit d'invoquer la nullité ; ni l'autre partie, ni les tiers ne peuvent être "plus royalistes que le roi" et faire jouer en sa faveur une protection qu'il ne réclame pas lui-même (art. 1181 nouveau)". Et il cite, parmi les principaux cas, le "*vice de forme dans les cas où le formalisme protège une partie*, comme l'assuré, le consommateur ou l'emprunteur". A l'inverse, la **nullité absolue** -indique-t-il- porte sur les "cas où la règle méconnue intéresse l'ordre public. On estime alors que la nullité peut être demandée par toute personne qui y trouve un intérêt, c'est-à-dire qui peut retirer un avantage de la nullité (nouvel art. 1180). Cela concerne donc toutes les parties au contrat, mais encore les tiers (...). L'idée est d'accroître ainsi les chances de voir quelqu'un demander la nullité pour "fragiliser" les contrats contraires à l'ordre public. La nullité absolue concerne la plupart des règles qui ont trait non point aux parties, mais au contrat lui-même". Et de citer l'inobservation des *formes* d'un contrat solennel, *sauf s'il s'agit d'un formalisme protecteur* (consommateur)".

Il a été admis, classiquement, que l'ordre public pouvait revêtir divers aspects, politique, moral, social, et économique, cette dernière catégorie prenant elle-même deux aspects : **l'ordre public de protection** destiné à protéger des catégories faibles (consommateurs, emprunteurs, locataires, etc..) ; **l'ordre public de direction** destiné à transmettre aux différents rouages de l'activité les impulsions que décide l'Etat.

Deux ordres publics, dont certains auteurs (Terré Simler Lequette, préc. n°382) soulignent que “*les frontières ne sont d’ailleurs pas toujours assurées*”. Y. Picod (“Nullité”, Rep. Civ. Dalloz, mars 2013, actualisé juin 2016) estime, lui aussi, que “*le nouveau critère de distinction n’est cependant pas toujours facile à appliquer. D’un côté, la frontière entre l’intérêt général et les intérêts privés est peu aisée à tracer dans certains cas ; c’est d’autant plus vrai que l’utilisation fréquente de la notion de “nullité d’ordre public” comme synonyme de celle de “nullité absolue” conduit à croire que la sanction des lois d’ordre public est la nullité absolue alors que les lois d’ordre public sont simplement celles auxquelles il n’est pas possible de déroger (Ghestin op. Cit. n°97 et 743, citant les règles d’incapacité que les conventions ne peuvent écarter et qui sont pourtant sanctionnées par la nullité relative). D’un autre côté, certaines règles tendent à protéger plusieurs intérêts privés ou un groupe plus large d’individus sans que l’intérêt général soit en cause. Aussi la jurisprudence, marquée par l’empirisme et la tradition, refuse-t-elle de se laisser enfermer dans un système trop rigide*”.

La Cour de cassation exerce un contrôle sur la notion d’ordre public, mais l’examen des décisions montre que ce n’est que rarement qu’elle qualifie expressément la règle litigieuse comme relevant de l’ordre public **de direction**, ce qu’elle fait cependant dans un arrêt (de cassation, Civ. 1^{ère}, 15 mai 2001, n°99-12.498, Bull n°139), qui énonce que “les articles 9 et 11 de la loi du 28 décembre 1966, devenus les articles L. 341-2 et L. 341-4 du Code monétaire et financier ne concernent pas seulement la protection des épargnants, mais aussi celle des autres établissements financiers ; qu’ils relèvent donc de **l’ordre public de direction** lorsqu’ils dressent la liste des établissements pouvant recourir au démarchage”.

L’examen de la doctrine et jurisprudence sur la question de l’ordre public permet d’observer que :

1°- *L’analyse* de la Cour n’est pas celle d’un “bloc” législatif, mais bien un *examen disposition par disposition*, comme le montrent les visas, dans les arrêts, d’articles précis (cf Civ. 1^{ère} 15 mai 2001 préc. et les arrêts (v *infra*) précisant que tel ou tel article de la loi Hoguet (et non la loi Hoguet dans son ensemble) sont d’ordre public ;

2°- *La détermination de la nature absolue ou relative*, par rapport à l’intérêt, général ou particulier, protégé, peut être malaisée. N’est-il pas possible, en effet, de considérer que toute loi qui protège un intérêt particulier n’assure, en réalité, cette protection que dans le but plus lointain, de sauvegarder l’intérêt général ? En d’autres termes, la sauvegarde de l’intérêt particulier, par exemple, de la partie la plus faible, ne participe-t-elle pas de la sauvegarde de l’intérêt général ? (v doctrine préc. ; l’arrêt rendu le 30 janvier 2007 par la 1^{ère} chambre civile (n°05-19.352 Bull n°46) fournit un exemple des hésitations qui peuvent affecter la détermination de la nature relative ou absolue d’une nullité. Il s’agissait en l’espèce de la cession d’un contrat d’édition conclu sans le consentement du représentant de l’auteur, en l’occurrence son fils. La cour d’appel avait qualifié la nullité entachant le contrat de nullité absolue mais la Cour de cassation a corrigé cette

analyse, précisant que la règle avait été édictée dans le seul intérêt patrimonial des auteurs. On devait donc y voir une nullité relative) ;

3°- *Certaines règles traduisent à la fois un ordre public de protection et un ordre public de direction* : dans ce cas, c'est ce dernier, donc la nullité absolue, qui prévaut (Civ. 1^{ère} 15 mai 2001 préc.). C'est ce que rappelle également la doctrine : "Cette dichotomie (ordre public de protection/de direction) doit être relativisée car certaines règles traduisent à la fois un ordre public de protection et de direction. A titre d'exemple, les règles de validité du contrat de travail peuvent être prises tantôt pour protéger le salarié, tantôt pour contrôler la main d'oeuvre (...). Dans ce cas, c'est la nullité absolue qui prévaut" (S. Sana-Chaillé de Néré "Nullités et confirmation", JCL Synthèse, sous article 1304 à 1314 du code civil, novembre 2015) ; Terré, Simler & Lequette, "Les obligations", Précis Dalloz, 11^{ème} édition n°385 : "lorsqu'un intérêt général suffisamment net coexiste avec la protection d'un intérêt particulier, c'est le premier qui commande la nature de la nullité".

4°- *Il n'est pas certain qu'on puisse toujours assimiler ordre public de direction = intérêt général, ordre public de protection = intérêt(s) particulier(s)*. Un auteur a cru distinguer "Les effets pervers de l'ordre public" (J. Ghestin Mélanges Gavalda Dalloz 2001 p 123), observant qu'"une loi a des effets pervers lorsque, tout en atteignant le but recherché, elle a des effets, en quelque sorte secondaires, imprévus ou sous-estimés, contraires à l'intérêt général", des dispositions d'ordre public de direction pouvant avoir des effets contraires à l'intérêt général et/ou, au gré des politiques économiques mettre tantôt l'une, tantôt l'autre partie, en position de force ou de faiblesse, de même que "des dispositions d'ordre public de protection peuvent aggraver la situation de ceux-là même qu'elles entendaient protéger". On ajoutera que toute règle peut être considérée comme ayant un "effet pervers" lorsqu'elle constitue une "prime à la mauvaise foi" ;

5°- En présence d'une règle suscitant une difficulté à cerner l'ordre public ou l'intérêt en cause, et la primauté de l'un sur l'autre, ou "d'effet pervers" (pour reprendre la terminologie de l'auteur précité), on peut se demander s'il ne convient pas de déterminer la nullité, aussi voire préalablement, par rapport à la titularité du droit de critique, donc aux personnes à *qui l'on entend* (dans un souci d'intérêt général au sens large du terme ?) *ouvrir ou réserver le droit d'anéantissement du contrat*.

b) L'état de la jurisprudence :

La jurisprudence de la 1^{ère} chambre civile a, de longue date, retenu le caractère d'ordre public des dispositions de la loi Hoguet, et plus particulièrement de celles portant sur les prescriptions formelles de la loi, tenant notamment à la tenue du registre des mandats et aux mentions devant impérativement y figurer, comme le numéro d'inscription sur le registre des mandats et la durée du mandat. Elle a été rejointe en cela par la 3^{ème} chambre civile.

. Civ. 1^{ère}, 8 octobre 1986, n° 85-10.236, Bull n°234 : “Mais attendu qu'ayant retenu la nullité du mandat exclusif au-delà de la première période, la cour d'appel en a justement déduit, en application des dispositions combinées des articles 6 et 7 de la loi du 2 janvier 1970 et des articles 73 et 78 du décret du 20 juillet 1972, que la société Neveu ne pouvait percevoir aucune somme au titre de ses " peines et soins ", c'est-à-dire de ses activités de recherche, démarche, publicité ou entremise quelconque” ;

. Civ. 1^{ère}, 3 mars 1998, n°96-15.300, Bull n°91 : “Mais attendu, d'abord, que l'arrêt constate que le mandat donné par le propriétaire des terrains à la société foncière Saint-Marc fixe le prix de vente à 31 millions de francs hors taxes, incluant la rémunération du mandataire à la charge du vendeur et que la délégation consentie à la société Kartel prévoit que cette dernière percevra directement ses honoraires auprès de l'acquéreur en sus du prix de vente ; qu'il en déduit, à bon droit, que cette délégation qui n'est pas conforme au mandat originel quant à la charge de la rémunération de l'intermédiaire, est inopérante; qu'ensuite, l'arrêt retient que le mandataire qui prétend à rémunération doit disposer d'un écrit préalable donnant une mission de négociation spécifiant la durée et la teneur du mandat, le montant des honoraires et leur prise en charge et devant être numéroté selon son inscription dans le registre spécial tenu par l'intermédiaire et relève que la lettre par laquelle le représentant de la société GIP s'engage à régler des honoraires de 3,5 % du prix hors taxes des terrains ne remplit pas toutes les conditions précitées ; qu'enfin, dès lors qu'elle avait constaté que la société Kartel n'avait pas respecté les prescriptions d'ordre public de la loi du 2 janvier 1970, la cour d'appel n'avait pas à rechercher si la société GIP, qui en invoquait le bénéfice, était de mauvaise foi” ;

. Civ. 1^{ère}, 26 novembre 1996, n°93-19.917, Bull n°412 :

“Vu l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970 et l'article 72 du décret du 20 juillet 1972 ;

Attendu qu'il résulte de ces textes que l'exemplaire du mandat, qui reste en la possession du mandant, doit à peine de nullité mentionner le numéro d'inscription au registre des mandats ;

Attendu que pour condamner M. C..... à payer à la société International Home Investments la somme de 50 000 francs au titre de l'indemnité compensatrice stipulée au mandat de vente donné par celui-ci suivant acte sous seing privé du 6 décembre 1988, l'arrêt retient que ce mandat était régulier puisque l'exemplaire conservé par l'agence comportait bien un numéro qui avait été reporté à la date à laquelle il avait été signé sur le registre des mandats, et qu'un "double" en avait été remis au mandant ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi sans avoir constaté que le numéro d'inscription figurait sur ce double, la cour d'appel a violé le texte susvisé” ;

. Civ. 1^{ère}, 16 octobre 2001, n°99-16.920, Bull n°253 : “Mais attendu qu'il résulte des articles 6 de la loi du 2 janvier 1970 et 72 du décret du 20 juillet 1972 que l'agent immobilier doit, à peine de nullité, mentionner tous les mandats par ordre chronologique sur un registre des mandats à l'avance coté sans discontinuité et relié, et reporter le numéro d'inscription sur l'exemplaire du mandat qui reste en la possession du mandant ; que la cour d'appel, qui a relevé que l'agent immobilier ne mentionnait pas tous les mandats par ordre chronologique sur le registre qui n'était pas coté sans discontinuité et que l'exemplaire du mandat resté en la possession des mandants ne comportait pas de mention d'un numéro d'enregistrement, a décidé, à bon droit, que le mandat était nul et que la commission prévue n'était pas due” ;

. Depuis un arrêt du 25 février 2003, n°01-00461, la 1^{ère} chambre civile affirme, de manière constante, que “les conventions conclues avec les personnes physiques ou morales qui, d'une manière habituelle, se livrent ou prêtent leur concours aux opérations portant sur les biens d'autrui,

doivent être rédigées par écrit lequel doit respecter les conditions de forme prescrites par le second de ces textes ; qu'à défaut, ces conventions sont nulles et que, ces dispositions, qui sont d'ordre public, peuvent être invoquées par toute partie qui y a intérêt" (cassation au visa des articles 6 de la loi du 2 janvier 1970 et 72 du décret du 20 juillet 1972) ;

. Civ. 1^{ère}, 18 octobre 2005, n°02-16.046, Bull n°363 : "Mais attendu que l'arrêt attaqué, après avoir constaté que le commandement litigieux avait été délivré à la requête de "Mme Raymonde D..., née E..., usufruitière, représentée par son mandataire, la société Satrag, administrateur de biens,..." et relevé que Mme D... se prévalait d'un mandat du 25 mars 1992, a retenu à bon droit que celui-ci, conclu pour une durée d'une année à compter de la date de sa signature, renouvelable tacitement "pour la même période", encourait la nullité édictée par l'article 7 de la loi du 2 janvier 1970, étant dépourvu d'une limitation dans le temps de ses effets, en énonçant exactement que cette nullité d'ordre public, entraînant la nullité du commandement, pouvait être invoquée par toute personne y ayant intérêt ; que la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche visée par la seconde branche du moyen, que ses énonciations rendaient inutile en l'absence de possibilité de confirmation de l'acte atteint d'une nullité absolue, a légalement justifié sa décision" ;

. Civ. 1^{ère}, 10 décembre 2014, n°13-24.352, Bull n°205 : "Mais attendu qu'il résulte de l'article 72 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 que tous les mandats visés par ce texte sont mentionnés sur un registre unique ; qu'ayant constaté que la société Cabinet Bedin tenait un registre pour les mandats de vente et un registre différent pour les mandats de recherche, la cour d'appel a décidé à bon droit que cette pratique n'était pas conforme aux prescriptions de l'article 72 précité, et que le mandat de recherche donné par M. F... à la société Cabinet Bedin, ne satisfaisant pas à cette obligation, était donc nul, de sorte que la société ne pouvait s'en prévaloir au soutien de sa demande en paiement de la commission prévue par le mandat" (rejet) ;

. La 3^{ème} chambre civile statue dans le même sens : Civ. 3^{ème}, 8 avril 2009, n°07-21.610 Bull n°80 :

"Mais attendu qu'il résulte de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970 que les conventions conclues avec des personnes physiques ou morales se livrant ou prêtant d'une manière habituelle leur concours aux opérations portant sur les biens d'autrui doivent respecter les conditions de forme prescrites par l'article 72 du décret du 20 juillet 1972 à peine de nullité absolue qui peut être invoquée par toute partie y ayant intérêt ; qu'ayant relevé que l'agence immobilière n'avait pas, en violation des dispositions édictées par le décret susvisé, mentionné le mandat sur le registre des mandats et porté le numéro d'inscription sur l'exemplaire du mandat remis à Johann G...., la cour d'appel, qui a retenu à bon droit que M. G.... n'était pas engagé envers M. H.... par l'offre formulée en son nom par l'agence immobilière en application d'un mandat irrégulier, a exactement déduit de ce seul motif que la vente du local commercial n'avait pas été conclue" ;

c) Appréciations doctrinales :

- La jurisprudence qui sanctionne la violation des prescriptions de la loi Hoguet, et notamment les prescriptions formelles, par la nullité absolue, est majoritairement approuvée par la doctrine.

- Un auteur, E. Meiller, critique cependant cette solution ("*La distinction du formalisme et de la formalité*" D., 2012 p 160) : "Il y a un domaine où ce recours exagéré à la nullité est patent. Il s'agit du mandat de l'agent immobilier. Dans cette hypothèse, la solution

jurisprudentielle est arrivée à un point où elle est à la fois inopportune et incohérente avec les principes admis”. Cet auteur critique la solution de la nullité absolue, en observant que “le tiers subit donc l’anéantissement de l’acte qu’il a conclu, pour une cause qu’il ne peut suspecter même en examinant scrupuleusement le mandat de son cocontractant. En résulte une grande insécurité juridique, la vérification du mandat de l’agent immobilier ne garantissant pas qu’il ait le pouvoir de passer l’acte. La convention conclue reste menacée par le vice de forme de l’exemplaire du mandat, sans que le tiers puisse s’en protéger grâce à la théorie du mandat apparent.”

M. Meiller propose donc de distinguer le formalisme, d’une part, la formalité, d’autre part, en suggérant que “leur nature et leur finalité diffèrent” et que “par suite, leur sanction doit également être différente” (v *infra*).

B- Finalités poursuivies par le législateur et intérêt protégé :

Si le régime de la sanction, en l’occurrence de la nullité, doit être commandé par la finalité de la règle, quelle est, relativement à la loi Hoguet, et à ses évolutions ultérieures, le but poursuivi par le législateur ?

- Les travaux parlementaires préparatoires de la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 montrent clairement que cette loi visait, à la fois, à réglementer “*sur le plan technique et de la moralité*”, la profession d’agent immobilier, pointée du doigt, en “*organiser les conditions d’accès et d’exercice*”, voire “*assainir*” celle-ci, et, dans le même temps, “protéger les intérêts des acquéreurs “traumatisés par les scandales relativement fréquents qui se déroulent dans l’immobilier”, car “*dans la majorité des cas, l’acquéreur méconnaît tout de la transaction commerciale et de sa méthode*”.

L’article 6 de la loi du 2 janvier 1970 renvoie, dans sa version d’origine comme dans sa version actuelle, à un décret pris en Conseil d’Etat pour déterminer la forme que devront respecter les conventions conclues avec les agents immobiliers. Celles-ci sont précisées, notamment, aux articles 72 et 73 du décret n°72-678 du 20 juillet 1972 pris en application de cette loi.

Pour pouvoir exercer, l’agent immobilier doit disposer d’une carte professionnelle (art. 3 loi 2 janvier 1970). Il sera précisé que les préfectures délivrent, ou plutôt délivraient, deux types de cartes professionnelles, celles portant la mention “*transactions*”, les autres “*gestion immobilière*”. Depuis la loi ALUR¹, “une seule carte est (désormais) nécessaire pour les activités de transaction ou/et de gestion immobilières qui peuvent

¹ Qui a confié le pouvoir de délivrance des cartes professionnelles au président de la chambre de commerce et d’industrie territoriale (CCIT) ou de la chambre de commerce et d’industrie départementale d’Île-de-France ou, lorsque celui-ci exerce lui-même une activité d’intermédiation immobilière réglementée, à son vice-président ;

être exercées cumulativement par la même personne”. La loi ALUR, partant du constat que “la location constitue l’accessoire d’un mandat de gestion” dispense le professionnel de demander la carte “transaction” normalement exigée pour l’activité de location” (article 1-1 de la loi Hoguet).

L’exercice habituel de l’activité de négociateur immobilier impose d’être titulaire de la carte professionnelle visée à l’article 3 de la loi du 2 janvier 1970, dont la délivrance est subordonnée à des conditions strictes, régissant l’accès à la profession (aptitude professionnelle, exigence de moralité, garantie financière, souscription d’une assurance de responsabilité civile professionnelle².

Prévu à l’article 72 du décret du 20 juillet 1972, le registre des mandats, qui doivent être numérotés de manière continue et chronologique, est un moyen de vérifier la détention préalable d’un mandat, par l’intermédiaire, préalablement à toute entremise ou négociation.

- La loi n°2014-366 du 24 mars 2014, pour l’accès au logement et à un urbanisme rénové dite ALUR, n’a pas modifié les articles 1 à 6 de la loi du 2 janvier 1970. Les articles 72 et 73 du décret du 20 juillet 1972 ont également peu évolué depuis leur version d’origine. Mais la loi ALUR a modifié d’autres dispositions de la loi du 2 janvier 1970, dont on peut se demander si elles modifient les intérêts que la loi Hoguet vise à protéger. La loi ALUR fixe, comme deux de ses cinq objectifs prioritaires, la régulation du marché immobilier et la modernisation des professions de l’immobilier.

S’agissant de la régulation du marché et de la modernisation de la profession, sont dénoncés les : *“tarifs injustifiés et excessifs, non-respect des obligations, opacité, coûts de transaction trop élevés (..) autant de mauvaises pratiques qui, tout en étant le fait d’une minorité, ont pu entacher et peser sur l’ensemble du secteur des professions immobilières. Le projet de loi entend donc moderniser en profondeur l’ensemble de ce secteur dont le rôle d’intermédiaire est essentiel au bon fonctionnement des marchés de l’immobilier”*.

² Au titre des conditions de fond, les habilitations étaient, jusqu’au 1er juillet 2015, date d’entrée en vigueur de la réforme instituée par la loi no 2014-366 du 24 mars 2014 pour l’accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR)(2), soumises, comme la délivrance des cartes professionnelles, au contrôle de l’autorité préfectorale. L’apposition du visa du Préfet sur la carte était subordonnée à la justification, par le bénéficiaire, des conditions exigées par les deux derniers alinéa l’article 3 du décret (Crim. 14 juin 1984, B. 218), à savoir :

- l’absence d’interdiction ou d’incapacité d’exercer l’activité d’intermédiaire immobilier,
- ou relèvement d’une incapacité par la juridiction qui l’a prononcée.

Mais cette loi est aussi motivée par une volonté de protéger le consommateur : “*Les dispositions introduites [...] obligent les professionnels à informer leurs clients sur les moyens qu’ils entendent mettre en oeuvre pour accomplir la mission qui leur a été confiée dans le cadre ‘un mandat, qu’il soit simple ou exclusif. Le consommateur sera ainsi en mesure de mieux évaluer la manière dont le professionnel de l’immobilier remplit la tâche pour laquelle il l’a mandaté’.*”

Le terme “consommateur” n’est toutefois pas défini ni dans la loi ni dans l’étude d’impact.

L’étude d’impact de la loi ALUR consacre un important paragraphe au chapitre III de la loi, qui réforme en profondeur les dispositions de la loi du 2 janvier 1970 et de son décret d’application du 20 juillet 1972.

L’étude rappelle, par deux fois, que la loi Hoguet et son décret d’application “*sont d’ordre public*”. Elle précise que “le dispositif législatif et réglementaire a pour objectif d’encadrer la pratique des activités (entrant dans le champ d’application de la loi) afin d’assurer la protection de la clientèle. Les activités à forts enjeux économiques portent sur une préoccupation première, fondamentale, qui consiste à *répondre au besoin de logement*. Elles peuvent aussi avoir pour finalité de *concourir à des investissements*, dans un secteur considéré comme préservé des aléas et, à ce titre, très recherché”. Parmi les mauvaises pratiques dénoncées dans le secteur de la transaction immobilière, l’étude d’impact cite les infractions au registre des mandats comme faisant partie de celles ayant inspiré une réforme de la loi Hoguet.

Le congé pour vente n’est pas mentionné dans l’étude d’impact de cette loi. L’article 15 de la loi du 6 juillet 1989 et ses évolutions sont évoquées, au bénéfice du seul locataire, à propos du délai de préavis dans certains cas précis.

- La loi “Macron” n°2015-990 du 6 août 2015 n’a apporté aucune modification de fond à la loi Hoguet.

Elle s’est bornée à supprimer l’infraction pénale prévue par l’article 17-2 de la loi du 2 janvier 1970, sanctionnant d’une peine d’amende le fait, pour un agent commercial, d’effectuer une publicité en violation de l’article 6-2 ainsi que le fait de ne pas respecter l’obligation de mentionner le statut d’agent commercial prévue au même article.

En résumé, sur les lois récentes, ALUR et Macron, l’étude d’impact confirme explicitement la volonté de protection du locataire, en instituant des “*règles protectrices du locataire en cas de vente du logement qu’il occupe*”, le congé pour vente ne pouvant être délivré par le propriétaire moins de 3 ans après avoir acquis le logement (art. 15 modifié de la loi du 6 juillet 1989). “*La protection conférée au locataire* demeure dans ces conditions meilleure à celle dont il bénéficiait avant la loi ALUR, où le congé pouvait être notifié à la fin du bail quelle que soit l’ancienneté de l’acquisition du bien. Le

locataire a donc l'assurance de pouvoir être maintenu dans son logement pour une période de trois ans lorsque son logement a fait l'objet d'une acquisition en cours de bail", le législateur ayant cependant également exprimé le souci de "*ne pas décourager l'investissement*", et prévu une durée maximale de six ans durant laquelle un bailleur institutionnel ne peut délivrer un congé pour vente après l'acquisition d'un logement. Il est à noter que la loi Macron a supprimé la "mesure prorogeant automatiquement les baux des locataires lors de la division d'un immeuble en plusieurs lots de copropriété (vente à la découpe) dans une zone tendue".

C- Titularité du droit de critique et intérêt protégé :

Quelquefois, le souci de protection, de l'intérêt général ou d'un ou plusieurs intérêts particuliers, peut se dégager, non de la règle de fond, mais en quelque sorte "à rebours" ou *a contrario* de l'ouverture plus ou moins large, réservée par le législateur, lorsqu'elle est prévue par celui-ci, voire par la jurisprudence, de l'action en "contestation" d'un acte.

S'agissant de la jurisprudence, il peut être intéressant de rappeler que celle-ci a évolué quant à la sanction du défaut de signature valable d'un acte authentique pour défaut de pouvoir du mandataire :

D'un côté, l'acte notarié qui n'est pas signé par les parties est entaché de nullité absolue sur le fondement du décret n°71-941 du 26 novembre 1971, d'un autre, la jurisprudence, au visa de l'article 1984 du code civil était constante pour dire que la nullité d'un contrat, pour absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée. Après avoir considéré qu'était nul de nullité absolue le titre exécutoire servant de fondement aux poursuites pour défaut de signature valable de l'acte authentique par le mandataire dépourvu de pouvoir (Civ. 1^{ère}, 12 juillet 2012, n°11-22.637, Bull n° 164 ; Civ. 1^{ère}, 27 février 2013, n°12-16.340 et 12-16.342), -cette jurisprudence étant critiquée par la doctrine (cf S. Piedelièvre, RD banc fin 2012, comm n° 191, qui considérait que "la solution est juridiquement incontestable, mais elle apparaît comme une prime à la mauvaise foi d'un débiteur soucieux de se soustraire à une mesure d'exécution forcée"), la Chambre Mixte, (21 décembre 2012, n° 11-28.688, Bull n°3) a néanmoins admis, dans cette hypothèse, la possibilité d'une ratification du mandat. Et le 2 juillet 2014, la 1^{ère} chambre (n°13-19.626, Bull n°118) a énoncé que "*les irrégularités affectant la représentation conventionnelle d'une partie à un acte notarié ne relèvent pas des défauts de forme que l'article 1318 du code civil sanctionne par la perte du caractère authentique, et partant, exécutoire de cet acte, lesquels s'entendent de l'inobservation des formalités requises pour l'authentification par l'article 41 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971, dans sa rédaction issue de celui n° 2005-973 du 10 août 2005 applicable en la cause ; que ces irrégularités, qu'elles tiennent en une nullité du mandat, un dépassement ou une absence de pouvoir, sont sanctionnées par la nullité relative de l'acte accompli pour le compte de la partie représentée, qui seule peut*

la demander, à moins qu'elle ratifie ce qui a été fait pour elle hors ou sans mandat, dans les conditions de l'article 1998, alinéa 2, du code civil ; que cette ratification peut être tacite et résulter de l'exécution volontaire d'un contrat par la partie qui y était irrégulièrement représentée”.

Dans le rapport sous cette dernière décision, le rapporteur observe que “Depuis lors, cette voie de nullité de l'acte authentique pour défaut de signature, a été fermée aux investisseurs-débiteurs saisis qui ayant commencé d'exécuter les obligations résultant de ce prêt, se sont vus opposer :

. soit que la règle selon laquelle l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte qui n'a pas encore été exécuté s'applique sans qu'il y ait lieu de distinguer entre nullité relative et nullité absolue : Civ 1^{ère}, 24 avril 2013, n°11-27.082, Bull n° 84 ;

. soit que ***l'irrégularité*** tenant à ce que le mandataire n'avait pas la qualité de clerc de notaire exigée dans la procuration ***s'analyse non pas en un défaut de signature de l'acte mais en une absence de pouvoir du mandataire, sanctionnée par une nullité relative***, susceptible d'être couverte par une ratification ultérieure : Civ.1^{ère}, 13 décembre 2012, n°11-11.592 ; 22 janvier 2014, n° 12-28.298.

Cette solution a été réitérée par un arrêt du 15 janvier 2015 (Civ. 1^{ère} n°13-12.479, Bull n°10), qui a cassé une décision ayant retenu que “les discordances existant entre la procuration et l'acte de prêt sur la date à laquelle l'offre de prêt a été acceptée touchent à l'objet de la procuration et caractérisent un défaut de forme au sens de l'article 1318 du code civil”, au motif que “les divergences qu'elle constatait n'affectaient que la représentation conventionnelle de M. I.... à l'acte de prêt”.

Elle a reçu un accueil favorable de la part de la doctrine, N. Cayrol (RTDCiv. 2015 p 455) la qualifiant de “bonne nouvelle”, tandis qu'un autre auteur, L. Leveneur, (CCConsommation 2014, comm : 238) soulignait la prise en compte par la 1^{ère} chambre civile de la ratification de l'acte qui peut résulter de l'exécution volontaire par la partie irrégulièrement représentée.

Le législateur “agit” également sur l'ouverture de l'action, eu égard aux intérêts protégés :

Ainsi, à titre d'exemple, en matière de procédures collectives, les personnes ayant qualité à demander la révocation du contrôleur (créancier désigné à sa demande par le juge-commissaire pour assister le mandataire judiciaire) a évolué avec la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Dans les procédures ouvertes avant le 1^{er} janvier 2006, la demande de révocation pouvait être faite par le juge-commissaire, le ministère public, l'administrateur, le représentant des créanciers ou le liquidateur (art. L. 621-13 ancien, alinéa 4, du code de commerce). Désormais, l'article L. 621-10, dernier alinéa, du code de commerce réserve au ministère public l'exclusivité de la

requête en révocation du contrôleur, laquelle doit être fondée sur la nécessité de préserver l'intérêt général dans les procédures collectives. La doctrine en déduit que les contrôleurs ont acquis, avec la loi nouvelle, une plus grande indépendance, propre à assurer la protection de l'intérêt général recherchée par les règles de fond.

S'agissant du **mandat de droit commun**, si l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 consacre pour l'essentiel les règles du mandat et la jurisprudence en la matière, elle insère, cependant, dans le code civil, des dispositions relatives à la représentation, qui s'inspirent des principes européens d'harmonisation du droit, et permettent de définir un *régime général de la représentation*, quelle que soit sa source (conventionnelle, légale ou judiciaire). Par ailleurs, l'article 1156 "vient clarifier les sanctions du dépassement de pouvoir", la première étant l'inopposabilité à l'égard du représenté (alinéa 1), "en consacrant la théorie de l'apparence développée par la jurisprudence" et, nouveauté, en prévoyant "une seconde sanction en cas de dépassement de pouvoir : **le tiers contractant peut, désormais, agir en nullité lorsqu'il ne savait pas que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir** (alinéa 2). Ces sanctions n'étant applicables qu'**en l'absence de ratification** du représenté (alinéa 3).

En décidant que "lorsqu'il ignorait que l'acte était accompli par un représentant sans pouvoir ou au-delà de ses pouvoirs, le tiers contractant peut en invoquer la nullité", le législateur du 10 février 2016 entend mettre un terme à la jurisprudence, constante et concordante, entre les chambres, qui, après avoir, un temps, retenu la nullité absolue (Civ. 1^{ère}, 9 juin 1976, n°73-10.157, Bull n°213 ; Civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, n°99-15.294, Bull n°193 ; Civ. 3^{ème}, 6 octobre 2004, n°01-00.896, Bull n° 166 ; Com, 21 septembre 2010, n°09-11.707, Bull n° 138), ou l'inopposabilité (Civ. 1^{ère}, 23 novembre 1976, n° 75-11.525, Bull n°361), énoncent de manière constante que "*la nullité d'un contrat en raison de l'absence de pouvoir du mandataire, qui est relative, ne peut être demandée que par la partie représentée*" (Civ. 1^{ère}, 2 novembre 2005, n°02-14.614, Bull n° 395, D. 2005, 2824 ; RTDciv. 2006 138 obs. P.Y Gautier ; Civ. 1^{ère}, 9 juillet 2009, n°08-15.413, CCConsommation 2009 n°260 obs. L. Leveneur).

Un auteur considère que la réforme autorisant désormais le tiers contractant à invoquer la nullité de l'acte accompli par le représentant lorsqu'il ignorait que ce dernier était dépourvu de pouvoir dépasse "*le dualisme trop manichéen des nullités*" (H. Barbier, "contrat conclu par un dirigeant décédé : nullité relativeet pourquoi pas absolue ?", RTD civ. 2016 p 105).

Car le droit de critique, réservé jusque là au seul représenté, n'est pas pour autant ouvert à toute partie intéressée. S'ajoute au bénéficiaire initial de ce droit, une autre partie nommément désignée, dont le législateur a ainsi expressément traduit l'atteinte potentielle à ses intérêts par l'absence ou le dépassement de pouvoir du représentant.

L'éventualité d'une voie médiane entre nullité absolue et nullité relative a déjà été entrevue par un auteur, quant aux conséquences de la sanction : *“Sans doute, cette distinction entre nullité absolue et nullité relative n'a plus la rigueur qu'on lui a longtemps attribuée. En particulier, l'idée se fait jour que certaines nullités pourraient être mixtes, empruntant une partie de leur régime à la nullité absolue et une autre partie à la nullité relative (JCL Civil Code, Art. 1304 à 1314, fasc. 40 ou Notarial Répertoire, V° Contrats et obligations, fasc. 128 à 130). Mais cette conception nouvelle n'a pas encore fait son chemin en jurisprudence. L'habitude reste d'attacher au caractère absolu ou relatif de la nullité, globalement, toutes les conséquences qui en découlent, qu'il s'agisse des personnes qualifiées pour invoquer la nullité ou de la possibilité ou de l'impossibilité de couvrir la nullité par une confirmation de l'acte”*. (Sandrine Sana-Chaillé de Néré *“Fasc. 30 : Contrats et Obligations. - Nullité ou rescision des conventions.- Cas de nullité”*, JCL code civil, sous les articles 1304 à 1314, 23 juin 2014 mise à jour 9 juin 2016), encore qu'un tempérament à la nullité absolue pour non-respect du formalisme peut être vu dans la jurisprudence qui décide que lorsque le mandat comporte une clause de renouvellement tacite, la nullité n'est encourue que pour les périodes de renouvellement et non pour la période initiale (Civ. 1^{ère}, 22 mai 1985, n°84-10.572, Bull n° 159).

On pourrait peut-être d'ores et déjà déceler un assouplissement de la stricte dualité, critiquée par certains auteurs, dans certains tempéraments apportés par la jurisprudence à la nullité absolue pour non-respect du formalisme :

. Après avoir cassé une décision ayant énoncé que *“la loi du 2 janvier 1970, qui a pour but la protection de la clientèle, était inapplicable à la convention litigieuse, relative à un simple apport d'affaire et conclue entre deux commerçants, “professionnels de l'immobilier”* (Civ. 1^{ère}, 17 décembre 1991, n°90-11.935, Bull n°351), la première chambre retient que l'exigence d'un mandat écrit délivré préalablement à toute intervention n'est pas applicable dans les rapports entre l'agent immobilier et son propre mandataire, également agent immobilier, puisqu'il s'agit là de rapports entre professionnels (Civ. 1^{ère}, 7 février 1995, n°93-14.158, Bull n°68) ;

. La doctrine voit également un assouplissement de la rigueur de la sanction du non-respect des prescriptions de forme prévues par la loi du 2 janvier 1970 dans l'hypothèse où *“la forme imposée ne vise qu'à défendre les tiers, cette finalité condui(san)t logiquement à écarter la nullité dès l'instant que la protection de ces derniers n'est pas indispensable”* (Ghestion, Loiseau & Serinet *“La formation du contrat ; Tome 2 : l'objet et la cause - les nullités”* Lextenso éditions, 4^{ème} éd. 2013 p 2193). La première chambre a ainsi jugé qu'il résultait de la combinaison de l'article 1165 du code civil et de l'article 73 du décret du 20 juillet 1972 que les mentions relatives à la commission ne doivent figurer à la fois dans le mandat et dans l'engagement des parties à l'opération que lorsque tout ou partie de cette commission est à la charge d'une personne autre que le mandant (Civ. 1^{ère}, 14 juin 1984, n°83-12.556, Bull n°198). L'intérêt des tiers n'est en effet menacé en aucune manière par l'absence des mentions sur les autres engagements lorsque le mandant est seul tenu de verser la commission. Mais la

solution est peut-être à rechercher dans une application littérale de l'article 73, alinéa 2, du décret du 20 juillet 1972.

Les nouvelles dispositions sur le droit commun de la représentation sont-elles de nature à affecter les solutions retenues en droit de l'intermédiation immobilière ?

C'est l'avis d'un auteur, 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). Cet auteur estime que "les intermédiaires dits immobiliers, dont le statut spécial est prévu par la loi n°70-9 du 2 janvier 1970 et le décret n°72-678 du 20 juillet 1972, seront fatalement "impactés" par la nouvelle donne législative..". Selon cet auteur, "il faudra désormais, en droit de l'intermédiation immobilière et pour les contrats de mandat et assimilés qui seront conclus à partir du 1^{er} octobre 2016, compter avec les nouveaux articles 1153 à 1161 du code civil, même si ces textes, quoique tout à fait inédits d'un point de vue "architectural", ne révolutionneront pas le fond de la matière dès l'instant qu'ils ne font, à quelques exceptions ou nuances près, qu'entériner des règles déjà consacrées de manière sectorielle ou de manière générale par le législateur et/ou la jurisprudence".

Un autre auteur, G. Wicker (*Le nouveau droit commun de la représentation dans le code civil*, Dalloz 2016, p 1942) propose de cerner ainsi le champ d'application de la loi nouvelle : "En ce qu'elle (la théorie de la représentation) constitue un paragraphe de la section traitant de la validité du contrat, les textes proposés n'envisagent la représentation qu'en tant que modalité du contrat intéressant sa formation ou ses effets. Son objet se limite par conséquent aux seuls rapports externes, c'est-à-dire aux rapports qui se nouent entre, d'une part, le représenté ou le représentant, et, d'autre part, le tiers contractant". Ou encore : "Son objet se limitant ainsi aux seules questions qui intéressent la formation du contrat et ses effets, le droit commun de la représentation ne traite donc de ce mécanisme qu'en tant que condition de validité du contrat".

Cette analyse est intéressante pour la question qui nous occupe.

L'auteur qui critique la nullité absolue comme sanction des irrégularités de forme du mandat de l'agent immobilier, E. Meiller, suggère de distinguer "*les formalités*, au sens étroit (qui) sont extérieures à la formation du contrat. Elles se bornent à permettre la conclusion ou à en assurer l'entière exécution. Elles se distinguent donc du *formalisme*, (qu'on oppose le plus souvent au consensualisme, définition considérée comme critiquable par l'auteur) puisque ce dernier désigne l'ensemble des prescriptions auxquelles la loi assujettit l'expression de la volonté lors de la formation du contrat. S'ensuivent -selon cet auteur- deux différences essentielles de régime entre formalité et formalisme. La première est que, si l'inobservation du formalisme conduit à l'anéantissement de l'acte (solennité) ou à sa non-prise en compte (preuve), il n'en va pas de même pour les formalités, qu'elles soient antérieures (publicité préalable des

bans pour le mariage à l'étranger d'époux français) ou postérieures (enregistrement, duquel l'auteur rapproche le numéro d'inscription sur le registre des mandats).

En définitive, plusieurs d'interrogations peuvent, à l'aune de la loi applicable au litige, et le cas échéant, des "infiltrations" ou éclairages des lois postérieures, guider la réflexion :

- La recherche d'une sanction doit-elle se borner à appliquer l'équation ordre public de direction = nullité absolue/ ordre public de protection = nullité relative, ou bien doit-elle inclure une distinction entre le formalisme, entendu comme une "formalité intrinsèque" à la formation du contrat, et les formalités qui, antérieures ou postérieures, lui seraient extérieures, et, dans l'affirmative, l'absence de mention, sur l'exemplaire du mandat de l'agent immobilier relèverait-elle de la première ou de la seconde catégorie ? Autre déclinaison possible de la question : La règle de forme dont le non-respect est dénoncé par le moyen -qu'elle soit dénommée formalisme ou formalité- pourrait-elle, pour reprendre un raisonnement tenu en d'autre matière, être *analysée en une absence de pouvoir* ou une *contestation du pouvoir* du mandataire agent immobilier ? Et quelles sanctions ces distinctions appelleraient-elles ?

- La recherche d'une sanction ne devrait-elle pas, en tout état de cause, être guidée par le but en vue duquel la règle a été instituée, et dans ce cas, l'obligation de porter le numéro de registre sur l'exemplaire du mandat de l'agent immobilier, *resté en la possession du mandant* (dont le tiers contractant n'a donc par hypothèse pas connaissance), vise-elle à assurer la protection du mandant et uniquement de celui-ci ? Ou bien l'intérêt du tiers contractant ou d'autres tiers (agents immobiliers concurrents par exemple) voire l'intérêt général sont-ils également en jeu ? Et à qui cet intérêt protégé commande-t-il d'ouvrir l'action ?

Nombre de projet(s) préparé(s) : 2