

CHRONIQUE IMMOBILIÈRE

Agents immobiliers

3743

Droit à commission

Étude par

Alix BELLACHE,

Association des juristes en droit immobilier

Quel est le sort de la prétention à commission de l'intermédiaire quand il a négocié la vente d'un bien immobilier mais que l'acte sous seing privé n'est pas réitéré par acte authentique ou bien est régularisé avec un tiers substitué à l'acquéreur initial ?

La position de la Cour de cassation sur cette question paraît simple.

Dans une hypothèse où le mandant et propriétaire avait refusé de contracter avec la personne présentée par le professionnel, la première Chambre a reconnu à ce mandataire un droit à des dommages et intérêts en cas de faute du vendeur (1).

Cette décision reconnaît *a contrario* un droit à commission s'il y a eu promesse synallagmatique de vente.

La même année, en 1987 (2), la troisième Chambre, après avoir relevé que la vente était devenue parfaite par l'effet de la renonciation par les acquéreurs au bénéfice de la condition suspensive d'obtention d'un prêt stipulée à leur seul profit, a considéré que l'intermédiaire avait droit à une rémunération malgré la non-passation de l'acte authentique du fait du vendeur (3).

En 1993, la Haute Cour rejette le pourvoi d'un vendeur au motif que « le compromis, s'il n'a pas été réalisé finalement par acte authentique, n'en constatait pas moins l'engagement des deux parties et leur accord sur la chose et sur le prix objet du mandat donné et justifiait le paiement de la commission prévue à ce mandat » (4).

L'apparente limpidité de la solution, à supposer que l'intervention de l'agent immobilier ait été régulière (5), est obscurcie par l'interférence de règles relatives aux avant-contrats de vente, d'exigences particulières de la loi Hoguet

relatives à la stipulation de la charge des honoraires et du droit de préemption.

Il s'avère que son droit à commission, qui suppose une véritable vente (I) et un débiteur clairement prédéterminé (II), n'est pas remis en cause par l'exercice ultérieur d'un droit de préemption (III) mais pose difficulté quand la non-réitération est imputable à la partie à la vente non tenue directement de le rémunérer (IV).

I. — Seule une vente immobilière effectivement conclue ouvre un droit à commission

A. — La loi Hoguet (6) exige une vente parfaite au sens de l'article 1589 du Code civil (7).

Cette condition exclut les contrats offrant une option entre vendre (acquérir) ou renoncer tels que la promesse unilatérale de vente, le pacte de préférence ou le contrat de « réservation » (8).

Elle exclut aussi l'avant-contrat de promesse de vente où les parties ont entendu faire de la passation de l'acte authentique non pas une simple modalité d'exécution mais un élément de formation du contrat de vente.

(6) L. n° 70-9, 2 janv. 1970, art. 6, al. 3 :

Aucun bien, effet, valeur, somme d'argent, représentatif de commissions, de frais de recherche, de démarchage, de publicité ou d'entremise quelconque, n'est dû aux personnes indiquées à l'article 1^{er} 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.

(7) C. civ., art. 1589, al. 1^{er} :

La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a un consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix.

(8) Daniel Tomasin, *La rémunération des agents immobiliers* : RD imm. 1989, 2, n° 30, p. 137.

(1) Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 1987 : Bull. civ. I, n° 313, p. 225.
(2) Pour des références plus anciennes, V. Hélène Mazon, *La défaillance d'une partie engagée par un compromis de vente et la commission de l'agent immobilier* : JCP 1994, éd. N, prat. 3148, n° 6.
(3) Cass. 3^e civ., 17 juin 1987, Momaur c/ Alimi.
(4) Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1993, Donzaud c/ Mercier.
(5) Existence d'un mandat préalable notamment : V. *Juris Pratique FNAIM* 1994, 1, p. 115 et 2, p. 412.

Ce contrat préparatoire « ne produit aucun des effets de la vente : il ne transfère pas la propriété — ni immédiatement ni à terme —, et ne crée pas d'obligations caractéristiques de la vente. » (9)

En définitive, seul le « compromis » peut être efficace.

B. — Le droit à rémunération demeure éventuel si le compromis contient une condition suspensive ou une clause de dédit (10).

En ce qui concerne la clause de dédit, cette règle d'ordre public de direction :

— est, dès lors qu'est constatée par les juges l'existence d'une faculté de rétractation moyennant abandon d'une somme, appliquée quelle que soit la qualification donnée par les parties (11) ;

— et rend radicalement nulle la stipulation d'honoraires de l'agent immobilier à la charge de la partie renonçante (12).

S'agissant d'une condition suspensive, cette disposition impérative interdit au professionnel d'être rétribué avant sa réalisation (13) même si son bénéficiaire, pour l'obtention d'un prêt par exemple, a manqué de diligence pour recourir à l'emprunt prévu (14).

II. — Le droit à rémunération suppose un débiteur nettement et définitivement prédéterminé

Il résulte des textes (15) et de la jurisprudence :

— que le débiteur de la commission (acquéreur/vendeur) (ou les deux) doit être indiqué dans le mandat d'entremise,

— que ce débiteur, s'il n'est pas le mandant initial du professionnel, doit notamment en application du principe pas encore totalement désuet de la relativité des conventions (16), confirmer dans le compromis « l'obligation » aussi mise antérieurement à sa charge,

— et que le débiteur mentionné dans le mandat doit être identique à celui spécifié dans l'acte de vente.

Ainsi que le souligne un notaire à propos des obligations de sa profession : « Son premier réflexe doit donc toujours être, avant de rédiger son compromis de vente, de demander à l'agent immobilier une copie de son mandat, afin de

vérifier comment il a été rédigé en ce qui concerne la charge de la commission.

Le compromis ne peut, à cet égard, être que la fidèle reproduction du mandat » (17).

À défaut de respect de l'une des deux premières conditions (18) ou de concordance relativement au « chargé de la commission » (19), l'intermédiaire ne peut exiger ou recevoir aucune rémunération et toute convention d'honoraires antérieure ou concomitante à la régularisation est absolument nulle.

Ce n'est qu'après la passation de l'acte authentique que l'agent immobilier pourra obtenir une rétribution par une convention de gré à gré en reconnaissance des services rendus (20).

III. — Le droit à commission n'est pas affecté par l'exercice ultérieur d'un droit de préemption

Contrairement à l'affirmation d'une partie de la doctrine, le droit à honoraires acquis n'est pas remis en question en cas de préemption postérieure.

Il est vain de se demander si telle ou telle faculté d'acquiescer par préférence constitue *a priori* un droit de substitution ou un droit d'acquisition prioritaire par antériorité.

Il faut et il suffit que la prestation réussie de l'agent immobilier ait été la cause de l'exercice du droit de préemption.

Si la commission était stipulée à la charge de l'acquéreur, le substitué, qu'il s'agisse d'une personne privée (21) ou publique (22) « devra exécuter en bloc toutes les clauses et conditions de la vente projetée sous la seule réserve qu'elles ne soient pas exagérées. » (23)

Si c'est le vendeur qui est le débiteur désigné, il reste tenu malgré le changement d'acquéreur (24).

À l'inverse, le professionnel qui, même muni d'un mandat exclusif, se contente de proposer la vente au titulaire d'un droit de préemption, lequel l'accepte, n'accomplit pas une prestation justifiant rémunération (25).

Bilan

L'intervention régulière de l'agent immobilier ne génère un droit à commission que par la réunion d'au moins cinq conditions :

- un engagement valant vente ;
- l'antériorité de cette vente par rapport à la date d'exercice d'un droit de préemption ;
- le non-exercice d'une faculté de dédit ;
- la réalisation des conditions suspensives ;
- la désignation claire et définitive du débiteur.

L'agent immobilier augmente ses chances de rémunération quand le débiteur est son propre mandant initial (le « mandant du mandat préalable » qu'il soit vendeur ou acquéreur) (26).

Reste à résoudre une ultime question très gênante en pratique : que peut faire l'intermédiaire pour se prémunir

(17) V. H. Mazon, *préc.*, n° 12.

(18) Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 1991 : *Bull. civ. I*, n° 34, p. 21.

(19) Cass. 1^{re} civ., 3 avr. 1990, SARL Cogefim c/ Rohman.

(20) Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 1991 : *préc.*

(21) Cass. 1^{re} civ., 8 avr. 1970 : *Bull. civ. I*, n° 107, p. 86 ; — 17 juin 1981 : *Bull. civ. I*, n° 221, p. 181.

(22) *Juris Pratique FNAIM* 1994, 1, p. 225.

(23) Cass. 1^{re} civ., 17 juin 1981, *préc.*

(24) Cass. 3^e civ., 9 juill. 1980 : *Bull. civ. III*, n° 134, p. 100.

(25) Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1988 : *Bull. civ. I*, n° 183, p. 128.

(26) Cette simplification prévient aussi les incidents fiscaux :

La commission sera tenue pour un supplément de prix (soumis à l'impôt) lorsque le vendeur a donné mandat de vendre à l'agent immobilier et que la commission est finalement payée par l'acquéreur au lieu et place du vendeur (D. Tomasin, *préc.*, n° 41 et renvoi n° 129, p. 141).

(9) Joanna Schmidt-Szalewski, *Le rôle de l'acte authentique dans la vente immobilière* : *RD imm.* 1989, 2, p. 156, B.

(10) D. n° 72-678, 20 juill. 1972, art. 74 :

Lorsque l'engagement des parties contient une clause de dédit ou une condition suspensive, l'opération ne peut être regardée comme effectivement conclue pour l'application du troisième alinéa de l'article 6 de la loi susvisée du 2 janvier 1970, s'il y a dédit ou tant que la faculté de dédit subsiste, ou tant que la conditions suspensive n'est pas réalisée.

(11) Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1981 : *Bull. civ. I*, n° 370, p. 313 ; — 17 nov. 1993 : *Bull. civ. I*, n° 337, p. 233.

(12) Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1993 : *préc.* ; — 19 déc. 1983 : *Bull. civ. I*, n° 305, p. 273.

(13) Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1988 : *Bull. civ. I*, n° 184, p. 128.

(14) Cass. com., 13 févr. 1990, Agis c/ Hauvieux.

(15) D. 20 juill. 1972, art. 73 :

Al. 2. — Le mandat doit préciser si cette rémunération est à la charge exclusive de l'une des parties à l'opération ou si elle est partagée. Dans ce dernier cas, les conditions et modalités de ce partage sont indiquées dans le mandat et reprises dans l'engagement des parties. Le montant de la rémunération ou de la commission, ainsi que l'indication de la ou des parties qui en ont la charge, sont portés dans l'engagement des parties. Il en est de même, le cas échéant, des honoraires de rédaction d'actes et de séquestre.

Al. 3. — Le titulaire de la carte ne peut demander, ni recevoir, directement ou indirectement, des commissions ou des rémunérations à l'occasion de cette opération d'une personne autre que celles mentionnées comme en ayant la charge dans le mandat et dans l'engagement des parties.

(16) C. civ., art. 1165 :

Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent pas au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 (*stipulation pour autrui*).

contre un impayé dans l'hypothèse où la non-réitération résulte de la défaillance de la partie non débitrice de sa rémunération ?

Il paraît délicat et inéquitable de réclamer son dû à un mandant apparemment privé du bénéfice de l'opération.

D'autre part, nos développements montrent que le recours à une clause mettant la commission directement à la charge de cette partie défaillante est vouée à l'échec.

IV. — La garantie du droit à rémunération par l'aménagement du compromis

A. — Les propositions et formulaires (27) rencontrés quelquefois suscitent des réserves.

Il a été imaginé d'insérer, d'abord dans le mandat préalable si possible et/ou dans le compromis, une clause pénale pour inexécution transférant, dans les rapports vendeur-acquéreur, la charge de la commission sur la tête de la partie normalement non débitrice mais en l'occurrence défaillante (28).

Dans le cadre du mandat, cette prédétermination « distributive » du débiteur paraît peu compatible avec le choix limité imposé par le décret du 20 juillet 1972 (29).

Plus généralement, le recours à une clause pénale pour inexécution présente au moins deux inconvénients :

— si le mandant (acquéreur ou vendeur) obtient après une longue procédure un jugement condamnant son cocontractant à régulariser la vente, il ne pourra simultanément faire jouer cette clause pénale (30).

Cette solution n'incitera pas le mandant initial à accepter la charge de la commission et ce type d'arrangement ;

(27) H. Mazon, *préc.*

(28) *Art. préc.*, n^{os} 14 s.

(29) *D. 20 juill. 1972, art. 73, al. 2, préc.*

(30) *Application C. civ.*, art. 1229 :

La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard.

— psychologiquement et techniquement, la clause pénale pour inexécution peut avoir le même effet d'appel que la clause de dédit : offrir une « porte de sortie ».

Selon les circonstances et son montant, elle pourra être interprétée comme une véritable clause de dédit (pas de droit à commission).

Si elle est considérée comme une vraie sanction pour inexécution, le juge peut en réduire le montant.

B. — Il faut une clause pénale pour retard à exécuter

C'est ce schéma qu'a validé la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 17 juin 1987 (31).

Le compromis portait sur la vente d'une villa au prix de 1.760.000 F. La commission, à la charge de l'acquéreur, était de 80.000 F. La clause pénale stipulée en cas de simple retard prévoyait une indemnité de 270.000 F « en ce compris la commission ».

Le vendeur défaillant a été condamné par la cour d'appel à la fois à passer l'acte authentique et à verser à l'acquéreur les 270.000 F prévus.

La Haute Juridiction a rejeté le pourvoi du vendeur en écartant notamment la règle de non-cumul de l'article 1229 du Code civil, inapplicable quand la clause pénale est stipulée pour retard.

L'efficacité optimale de ce mécanisme de garantie suppose :

- la désignation du mandant initial comme débiteur de la rémunération,
- et l'indication dans l'acte de vente sous seing privé :
 - d'une date-butoir pour la passation de l'acte authentique,
 - et d'une clause pénale :
 - au bénéfice du mandant initial de l'agent immobilier,
 - pour retard à régulariser imputable à son cocontractant ;
 - et dont le montant englobe la commission due par le mandant initial.

(31) *V. supra note 3.*

NOTES PRATIQUES

3744

Prêts

Prêts PAP. Prêts à taux révisables. Valeur au 15 avril 1996 (Avis CFF n° 49, 15 avr. 1996).

En application de l'article 9 de l'arrêté du 29 juillet 1977 relatif aux prêts aidés par l'État pour la construction de logements en accession à la propriété modifié par les arrêtés des 27 avril 1984 et 29 janvier 1991, le Crédit Foncier a calculé la valeur au **15 avril 1996** des indices servant de base à la révision du taux des prêts consentis à taux révisables.

Pour le troisième trimestre 1996, cette valeur s'établit à :

— **6,00 %** pour les PAP à taux révisables du régime 1984 ;

— **5,70 %** pour les PAP à taux révisables du régime 1991.

Les valeurs de l'indice de référence pour les PAJ, calculé par le Crédit Foncier de France, s'établissent, pour le troisième trimestre 1996, à **6 %** « régime 1984 » et **5,70 %** « régime 1991 » (contre respectivement **6,40 %** et **6,30 %** pour le deuxième trimestre 1996).

La deuxième valeur de **5,70 %** sert de référence pour la première révision des PAJ mis en place au cours du troisième trimestre 1994 ; pour la troisième année de remboursement, les taux (1) restent les mêmes qu'à l'origine.

(1) En effet, la variation de l'indice étant infime, les PAP à taux révisable gardent leur taux d'origine, c'est-à-dire :

- **6,45 %** (PAJ sur 15 ans)
- **6,60 %** (PAJ sur 18 ans)
- **6,70 %** (PAJ sur 20 ans).