

## ■ Vente

### 10 336 - Les effets de la défaillance fautive de la condition suspensive dans un contrat de vente

1° Ayant constaté que le montant du crédit, prévu dans l'acte, que l'acquéreur devait solliciter, était de 300 000 F, ramené à 150 000 F dans un additif, et qu'en réalité, il avait demandé l'octroi de prêts d'un montant supérieur, soit 994 256 F, puis 786 100 F, la cour d'appel a pu déduire de ce manquement de l'acquéreur à son obligation de solliciter un prêt correspondant aux caractéristiques définies dans la promesse de vente, qu'il avait empêché la réalisation de la condition suspensive.

2° Aucune somme d'argent n'est due, à quelque titre que ce soit, à l'agent immobilier avant que l'opération pour laquelle il a reçu un mandat écrit ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte contenant l'engagement des parties ; 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 du 2 janvier 1970, s'il y a dédit ou tant que la faculté de dédit subsiste ou tant que la condition suspensive n'est pas réalisée ; pour condamner l'acquéreur à payer à l'intermédiaire de la vente immobilière une somme au titre de la commission, l'arrêt attaqué retient que la responsabilité de l'acquéreur dans le défaut de réalisation de la condition suspensive entraîne le paiement de la commission à l'agence immobilière ; en statuant ainsi, alors qu'à défaut de réalisation effective de l'opération, l'agent immobilier n'a pas droit au paiement de la commission contractuellement prévue, la cour d'appel a violé l'article 6, alinéa 3, de la loi du 2 janvier 1970 et l'article 74 du décret du 20 juillet 1972.

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 mai 1999 ; M<sup>me</sup> Hainaux, épouse Zanetta c/ Époux Jolly et a. [arrêt n° 887 P+B].

Mots-clés : 1° Vente - Promesse synallagmatique de vente - Condition suspensive d'obtention d'un prêt - Défaillance du fait de l'acquéreur - Obligation de solliciter un prêt correspondant aux caractéristiques définies dans la promesse - Manquement (oui) - Montant du crédit demandé supérieur au montant prévu à l'acte. 2° Agents immobiliers - Rémunération - L. 2 janv. 1970, art. 6, al. 3 - D. 20 juill. 1972, art. 74 - Vente sous condition suspensive d'obtention d'un prêt - Défaillance du fait de l'acquéreur - Commission due (non) - Opération effectivement conclue (non).

Juris-Classeur : Contrats-Distribution, Fasc. 1180.

#### LA COUR - (...) Sur le premier moyen :

• Attendu, selon l'arrêt attaqué (CA Poitiers, 3 sept. 1996), que, par acte du 2 octobre 1991, M<sup>me</sup> Zanetta a acquis des époux Jolly un fonds de commerce et les locaux dans lesquels était exploité ce fonds, sous la condition suspensive de l'obtention d'un prêt de 300 000 F, la commission de l'agent immobilier, la société Akor, étant fixée à 47 440 F ; qu'elle a versé entre les mains du notaire une somme de 70 000 F devant rester acquise aux vendeurs si la condition suspensive ne se réalisait pas dans le délai prévu, par la faute ou la négligence de l'acquéreur ; que la Banque popu-

laire Angers Vendée (la banque) n'ayant pas accepté la demande de financement présentée par M<sup>me</sup> Zanetta, les parties ont rédigé, le 18 décembre 1991, un additif aux termes duquel les vendeurs baissaient le prix de vente et M<sup>me</sup> Zanetta s'engageait à déposer un nouveau dossier de prêt uniquement pour le montant de l'acquisition et pour une somme qui ne pouvait dépasser 150 000 F et à justifier de l'accord de la banque au plus tard le 31 décembre 1991, la commission de l'agent immobilier étant ramenée à 32 000 F ; que la banque a informé, le 15 janvier 1992, M<sup>me</sup> Zanetta qu'il ne lui était pas possible de donner une suite favorable à sa demande ; que, le 13 février 1992, M<sup>me</sup> Zanetta a assigné aux fins d'obtenir le remboursement de la somme de 70 000 F les époux Jolly et la société Akor qui, reconventionnellement, ont réclamé le paiement de la somme de 70 000 F et le paiement de la commission d'intermédiaire stipulée ;

• Attendu que M<sup>me</sup> Zanetta fait grief à l'arrêt de la condamner à payer aux époux Jolly la somme de 30 000 F au titre de la clause pénale, alors, selon le moyen, « qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que M<sup>me</sup> Zanetta a effectivement sollicité à deux reprises le prêt nécessaire à l'acquisition ; que, dès lors, en lui imputant la défaillance de la condition suspensive, par des motifs inopérants tirés de la sollicitation d'une seule banque et de demandes de financement excédant ce qui aurait été prévu, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil » ;

• Mais attendu qu'ayant constaté que le montant du crédit, prévu dans l'acte, que M<sup>me</sup> Zanetta devait solliciter, était de 300 000 F, ramené à 150 000 F dans un additif, et qu'en réalité, elle avait demandé l'octroi de prêts d'un montant supérieur, soit 994 256 F, puis 786 100 F, la cour d'appel a pu déduire de ce manquement de M<sup>me</sup> Zanetta à son obligation de solliciter un prêt correspondant aux caractéristiques définies dans la promesse de vente qu'elle avait empêché la réalisation de la condition suspensive ;

• D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

#### Mais sur le second moyen :

• Vu l'article 6, alinéa 3, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970, ensemble l'article 74 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ;

• Attendu qu'aucune somme d'argent n'est due, à quelque titre que ce soit, à l'agent immobilier avant que l'opération pour laquelle il a reçu un mandat écrit ait été effectivement conclue et constatée dans un seul acte contenant l'engagement des parties ; que 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 condition suspensive n'est pas réalisée ;

• Attendu que pour condamner M<sup>me</sup> Zanetta à payer à l'intermédiaire de la vente immobilière, la société Akor, la somme de 32 000 F au titre de la commission, l'arrêt retient que la responsabilité de M<sup>me</sup> Zanetta dans le défaut de réalisation de la condition suspensive entraîne le paiement de la commission à l'agence immobilière ;

• Qu'en statuant ainsi, alors qu'à défaut de réalisation effective de l'opération, l'agent immobilier n'a pas droit au paiement de la commission contractuellement prévue, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

#### Par ces motifs :

• Casse et annule, mais seulement en ce qu'il condamne M<sup>me</sup> Zanetta à payer à la société Akor, intermédiaire dans la vente immobilière, la somme de 32 000 F, l'arrêt rendu le 3 septembre 1996, entre les parties, par la Cour d'appel de Poitiers ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Limoges ;

• Condamne la société Akor aux dépens ;

• Vu l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile, condamne M<sup>me</sup> Zanetta à payer aux époux Jolly la somme de 9 000 F ; (...).

MM. Beauvois, prés., Philippot, cons.-rapp., Weber, av. gén. ; SCP Tiffreau, M<sup>e</sup> Vuitton, av.

**Note :** Si, pour reprendre la formule de Michel Villey, le droit est « l'art du partage » (1), on peut estimer, à la lecture de cet arrêt,

(1) M. Villey, Philosophie du droit, Précis Dalloz, t. I, 4<sup>e</sup> éd., 1986, p. 186, n° 124.

que la Cour de cassation n'a pas souhaité adopter une telle philosophie. C'est en effet l'absence d'harmonie dans le traitement des situations en cause qui, de prime abord, étonne. Voilà une opération économique globale qui a pour pivot l'obtention d'un crédit bancaire, laquelle obtention détermine d'une part l'efficacité d'une vente conclue sous condition suspensive, d'autre part, par ricochet, la bonne exécution du mandat d'un agent immobilier et donc sa rémunération. L'interdépendance juridique entre ces différents contrats laissait donc augurer d'une similitude des réponses que la Cour de cassation s'est, pourtant, refusé à donner. Pour quelles raisons ?

Reprenons brièvement les faits. M<sup>me</sup> Zanetta a conclu le 2 octobre 1991, par l'entremise d'un agent immobilier, la société Akor, une promesse synallagmatique de vente d'un fonds de commerce (et des murs), le tout sous condition suspensive d'obtention d'un prêt de 300 000 F. L'acte, modifié par un avenant en date du 18 décembre 1991, comportait une clause aux termes de laquelle M<sup>me</sup> Zanetta versait la somme de 70 000 F entre les mains du notaire chargé de la vente, cette somme devant demeurer acquise aux cédants au cas où les conditions suspensives ne se réaliseraient pas dans le délai prévu, et ce par la faute ou la négligence du cessionnaire. Or la banque, sollicitée à deux reprises pour des financements très supérieurs aux montants indiqués dans l'acte, rejeta systématiquement la demande de crédit, empêchant l'opération de vente de se réaliser.

Condamnée, en première instance et en appel, à payer aux époux Jolly une somme de 30 000 F, au titre de la clause pénale - réduite à cette occasion -, M<sup>me</sup> Zanetta doit également payer la commission de l'intermédiaire. Par un arrêt de cassation partielle, la Cour suprême confirme le jeu de la clause pénale prévue par le contrat, mais paradoxalement refuse à l'agent immobilier la rémunération de son travail au motif que : « à défaut de réalisation effective de l'opération, l'agent immobilier n'a pas droit au paiement de la commission contractuellement prévue ».

Cette dissociation, qui peut sembler fâcheuse, n'est pourtant que le fruit d'une application rigoureuse de la loi. De l'article 1134 du Code civil d'abord, sous le régime duquel se place la force obligatoire de la clause pénale, des articles 6, alinéa 3, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 et 74 du décret n° 72-678 du 20 juillet 1972 ensuite, qui subordonnent l'attribution de la rémunération de l'agent immobilier, non pas à l'exécution de sa mission, mais à la conclusion effective de l'opération de vente.

Y avait-il « opération effectivement conclue » au sens de la loi Hoguet et de son décret d'application ? Telle était la question cen-

trale qui allait engendrer une distorsion des solutions : si l'opération était considérée comme « effectivement conclue », une rémunération était alors due, mais l'application de la clause pénale était stoppée ; si l'opération n'était pas considérée comme « effectivement conclue », une somme forfaitaire devait être payée au titre de la clause pénale, mais l'attribution d'une commission à l'intermédiaire était alors bloquée. Encore fallait-il accepter de combiner le jeu de la clause pénale avec les dispositions de l'article 1178 du Code civil qui énonce que : « la condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement ».

C'est donc la question, directement soulevée par l'espèce, de l'incidence de la condition suspensive, précisément de sa défaillance, sur le jeu de la clause pénale d'une part (1), sur l'attribution de la rémunération de l'agent immobilier d'autre part (2), qui va retenir toute notre attention, ici.

### 1 - Condition suspensive et clause pénale

La nature des engagements contractuels sur lesquels la présente décision a porté ne semble pas poser de problèmes particuliers.

Quant au contrat, il s'agit ici d'une promesse de vente synallagmatique valant vente (2), mais vente sous condition suspensive (3), la promesse n'ayant aucune véritable autonomie (4).

Quant à la clause allouant au vendeur une somme d'argent forfaitaire en cas d'inexécution par l'acheteur de son obligation de demander un prêt conforme aux stipulations contractuelles, elle produit un double effet, comminatoire et sanctionnateur (5), caractéristique d'une clause pénale (6).

Quelle est l'incidence de la condition suspensive sur l'efficacité de cette clause pénale ?

Une telle incidence est double et s'analyse en termes de combinaison (A) et d'exclusion (B).

### A - Le jeu de la condition suspensive combiné avec le jeu de la clause pénale

A priori, l'introduction d'une condition suspensive dans le contrat principal devrait rendre inefficace la clause pénale. En effet, soit la condition n'est pas réalisée et le contrat, caduc (7), rend caduque ladite stipulation contractuelle (8), soit la condition se réalise et aucune inexécution de l'obligation de diligence dans la demande du prêt bancaire ne peut être reprochée à l'acquéreur. Enfin, *pendente conditione*, la clause contractuelle est dénuée de toute force obligatoire.

(2) La promesse de vente vaut vente dans la mesure où ce prêt ne constitue pas, aux yeux des parties, un élément essentiel à la formation de la vente elle-même, au point que son absence empêcherait la rencontre des volontés d'acquiescer et de vendre. Un élément non essentiel peut être « essentialisé » par les parties et conférer à la promesse une certaine autonomie (il s'agira « d'un avant-contrat synallagmatique de vente », cf. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1998, n° 80), par exemple la rédaction d'un acte authentique (cf. R.-N. Schütz, L'exécution des promesses de vente : Defrénois 1999, art. 37021, p. 833 et s., spéc. n° 19).

(3) Si la promesse est sous condition suspensive, la vente le devient ipso facto : en ce sens, explicitement, V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juill. 1999 : Defrénois 1999, art. 37079, n° 97, obs. D. Mazeaud (arrêt de cassation rendu au visa des articles 1589 et 1168 du Code civil).

(4) F. Collart Dutilleul, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988, spéc. n° 110 à 126 ; pour l'auteur (n° 127), le contrat préparatoire autonome « tend à la formation d'un autre contrat dont l'un des éléments constitutifs fait actuellement défaut ».

(5) D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, n° 92-151.

(6) Il ne peut s'agir d'une indemnité d'immobilisation : prix de l'option dont profite le bénéficiaire d'un contrat de promesse unilatérale, une telle indemnité n'a ni caractère sanctionnateur, ni caractère indemnitaire. En ce sens, F. Bénac-Schmidt, Le contrat de promesse unilatérale de vente, LGDJ, 1983, n° 41 et s. - Également, indirectement, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 déc. 1984 : D. 1985, chron. p. 544 et s., obs. F. Bénac-Schmidt, et de manière ferme, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 déc. 1995 : Defrénois 1996, art. 36354, n° 62, obs. D. Mazeaud et art. 36358, n° 80, obs. Ph. Delebecque (sur cet arrêt, Ph. Pierre, Le prix

de l'exclusivité dans les promesses de vente onéreuses : JCP G 1996, I, 3981). Il ne peut s'agir non plus d'une clause de dédit car, comme l'indique D. Mazeaud, in *La notion de clause pénale*, op. cit. note (5), spéc. n° 281 à 330, et spéc. n° 313, « la cause de la faculté de dédit (est) donc la liberté d'exécution ou plus exactement de rétractation alors que la cause de la clause pénale (est) la garantie de l'exécution ». - La jurisprudence est en ce sens, cf. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 9 janv. 1991 : D. 1991, chron. p. 481, obs. G. Paisant. - Également, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 avr. 1996 : D. 1996, somm. p. 329, obs. D. Mazeaud. - Sur ces points, A. Benet, *Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale* : JCP G 1987, I, 3274.

(7) La défaillance de la condition entraîne la caducité du contrat (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 1999, n° 1121-1139).

(8) Toutes les sommes échangées entre les parties doivent être restituées à leurs titulaires : pour le cas d'un acompte sur le prix, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 mai 1984 : RD imm. 1985, p. 70. - Également Cass. com., 6 févr. 1996 : Bull. civ. IV, n° 44 ; JCP G 1996, IV, 1094 ; Juris-Data n° 000386 (l'absence de réclamation de l'acompte est une preuve de la renonciation au bénéfice de la défaillance). Il n'en va pas de même pour le dédit si cette faculté a déjà été exercée, car dans ce cas la rétractation du consentement a déjà eu lieu, anéantissant le contrat, cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 1983 : Bull. civ. I, n° 305. - Si la faculté n'est pas exercée, le dédit est restitué, cf. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 mars 1973 : Bull. civ. III, n° 176. - Et, plus récemment, Cass. com., 1<sup>er</sup> juill. 1997, n° 1710, Guérin c/ Vacher (inédit). La solution est identique en matière de crédit à la consommation (C. consom., art. L. 312-16, al. 2).

En réalité, si le contrat, en son ensemble, peut être subordonné à l'accomplissement d'un événement ultérieur, ce n'est que dans la mesure où le caractère conditionnel d'une obligation principale comme celle de payer le prix, rejaillit sur tout le contrat. Mais il existe certaines obligations qui ne subissent pas le même sort, conservant, en toute indépendance, un caractère pur et simple.

C'est le cas de l'obligation qui est ici garantie par la clause pénale : l'obligation de solliciter un prêt conforme aux mentions du contrat. Pure et simple, cette obligation de diligence est douée d'une force obligatoire dès sa création et n'est pas affectée par le jeu de la condition suspensive. Elle confère de ce fait à la clause pénale, qui en est l'accessoire et la garantie (9), une force obligatoire identique dès sa stipulation, lui permettant d'échapper au sort réservé aux autres sommes échangées entre les parties en cas de caducité du contrat. La clause survit à la caducité et peut, au contraire, être mise en œuvre.

Ainsi, dès l'inexécution illicite de l'obligation garantie, ici de l'obligation de diligence, la clause a vocation à s'appliquer. Mais dans ce cas, il faut également compter avec l'article 1178 du Code civil qui réputé accomplie la condition défaillante au cas où cette défaillance est imputable au débiteur.

## B - Le jeu de la condition suspensive, exclusif du jeu de la clause pénale

L'article 1178 du Code civil permet de passer outre la défaillance matérielle de la condition, provoquée par le débiteur, en instituant une réalisation fictive de cette condition (10).

Il existe donc deux cas différents de réalisation, matérielle et juridique. Dans le premier cas, que l'on ne rencontre pas ici, la clause pénale n'a aucun titre à jouer. Dans le second cas, en revanche, la clause pénale trouve pleinement à s'appliquer mais elle entre alors en concurrence avec l'article 1178 du Code civil.

Dans notre espèce, la défaillance fautive de M<sup>me</sup> Zanetta, c'est-à-dire l'inexécution de son obligation de diligence, produit deux effets : elle permet de faire jouer la clause pénale ; elle permet de réputer accomplie la condition. Peut-on cumuler l'un et l'autre de ces effets ?

La réponse est négative si l'on s'en tient à la décision de la Cour de cassation, laquelle permet le jeu de la clause pénale et interdit la rémunération de l'agent immobilier au motif que l'opération n'est pas réalisée et donc, implicitement, que la condition n'est pas répu-

tée accomplie. Il semblerait ainsi qu'elle exclut le cumul (11) des deux sanctions de la défaillance. Comment expliquer ce choix ?

Selon l'article 1229 du Code civil, le bénéficiaire d'une clause pénale ne peut « demander en même temps le principal et la peine » (12). Le principal, c'est l'exécution forcée non pas du contrat en général, mais de l'obligation garantie par la clause, précisément de l'obligation de diligence ; la peine, c'est la sanction contractuelle de l'inexécution. Or il n'existe pas de meilleure exécution forcée de l'obligation de diligence que celle qui découle de l'article 1178 du Code civil : la condition, empêchée d'être réalisée au mépris de l'obligation de diligence, est réputée accomplie. Les conséquences de la défaillance fautive prévues à l'article 1178 du Code civil peuvent être assimilées à une réalisation forcée, non pas simplement de la condition, mais plus fondamentalement de l'obligation de loyauté ou de diligence. Dès lors, selon la règle du non-cumul entre le principal et la peine, le bénéficiaire de la clause doit choisir entre l'application de l'article 1178 du Code civil, à l'exclusion de toute sanction contractuelle, et l'application de la clause pénale, à l'exclusion de toute sanction légale. En faisant prévaloir le jeu de la clause pénale, comme le souhaitait le bénéficiaire de cette clause, la Cour de cassation aurait, finalement, écarté la sanction prévue à l'article 1178 du Code civil (13) que, du reste, elle n'avait plus besoin de citer. La peine l'aurait emporté sur le principal.

## 2 - Condition suspensive et rémunération de l'agent immobilier

Le choix laissé au bénéficiaire de la clause entre l'application de la clause pénale et la réalisation forcée de la vente étend ses effets à la rémunération de l'agent immobilier (14) dont le législateur a subordonné l'attribution à la « conclusion effective de l'opération » principale à laquelle l'intermédiaire a participé.

Dans une première hypothèse, l'exécution de la peine est exigée : la condition n'étant pas réputée accomplie, le contrat est caduc et la rémunération n'est pas due. Dans une seconde hypothèse, l'exécution forcée est demandée à travers le jeu de l'article 1178 du Code civil : la condition étant réputée accomplie, le contrat est pleinement efficace et la rémunération de l'agent est de droit (15).

Mais, au-delà du lien introduit par le législateur (16) entre la rémunération de l'agent immobilier et la conclusion effective du contrat (A), on pourrait imaginer une relation plus profonde entre le contrat principal, qui a nécessité l'entremise de l'intermédiaire, et le

(9) Sur ce point, cf. D. Mazeaud, op. cit. note (5), n° 90-193, spéc. n°s 152 et s. ; également, C. Hugon, Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat : JCP G 1994, I, 3790.

(10) L'obligation conditionnelle devient, par l'intercession de la loi, une obligation pure et simple si la défaillance fautive est prouvée par le créancier de l'obligation conditionnelle (cf. Cass. com., 15 déc. 1992 : Bull. civ. IV, n° 410 ; JCP G 1993, IV, 526 ; Juris-Data n° 002765) et peut être imputée au débiteur (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 1983 : Bull. civ. I, n° 279). L'indemnité d'immobilisation reste acquise au bénéficiaire (cf. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 avr. 1986 : JCP G 1988, II, 21033, obs. G. Liet-Veaux) de même que toute autre somme versée à titre d'acompte (cf. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 févr. 1987 : RTD civ. 1988, p. 542, obs. J. Mestre).

(11) On pourrait tenir un autre raisonnement : la Cour de cassation appliquerait, implicitement, l'article 1178 du Code civil en réputant accomplie la condition défaillante et constaterait aussitôt l'absence, inéluctable (le prêt n'étant pas obtenu), d'exécution de l'obligation de payer le prix. En ce sens, Cass. com., 17 nov. 1998 : Bull. civ. IV, n° 269 (publication partielle) qui rappelle (en réponse aux deux premiers moyens) que la condition suspensive « par application de l'article 1178 du Code civil, était réputée accomplie, et qu'elle (le débiteur de l'obligation conditionnelle) devait réparer le préjudice subi par sa cocontractante du fait de la "résiliation" de l'accord ». En ce sens également, J.-J. Taisne, J.-Cl. Civil Code, Art. 1175 à 1180, n° 70. Par ailleurs, ce schéma conduit à accorder à l'agent immobilier sa rémunération, le contrat étant effectivement conclu, indépendamment de toute résolution ultérieure (cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 1998 : Rev. Administrer 1998, n° 304, p. 62, obs. J.-M. Moysse).

(12) D. Mazeaud, op. cit. note (5), n° 158-161.

(13) Si l'article 1178 du Code civil est à la source d'une obligation légale de loyauté (cf. F. Collart Dutilleul, op. cit. note (4), n°s 241 et s., qui suggère d'y voir « une obligation de faire son possible pour que l'événement arrive » ou « une obligation de ne rien faire pour empêcher sa réalisation »), de nature impérative, la sanction de son inexécution

semble supplétive de volonté et pourrait être écartée par les parties. De même que l'on peut renoncer à une condition (cf. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juill. 1999, préc. note [3]), l'on peut renoncer « à se prévaloir des conséquences juridiques de la défaillance de la condition suspensive » (Cass. com., 6 févr. 1996, préc. note [8]), et par extension des conséquences d'une défaillance fautive.

(14) Sur la question de la rémunération du mandataire, A. Bellache, Droit à commission : JCP N 1996, n° 23, prat. 3743 ; Ch. Jamin, La rémunération des agents immobiliers : une course d'obstacles : Dr. et patrimoine mai 1994, p. 35 et s. ; D. Tornasin, La rémunération des agents immobiliers : RD imm. avr.-juin 1989, p. 125 et s. ; M. Bergel, Observations sur le droit à rémunération de l'agent immobilier : JCP N 1989, I, p. 73 ; M. Dagot, Le droit à commission de l'agent immobilier : JCP N 1986, I, p. 255 et s. ; S. Sanz, Le droit à commission de l'agent immobilier : RTD civ. 1981, n° 3, p. 507 et s.

(15) Sauf à considérer que la réalisation fictive de la condition résultant de l'article 1178 du Code civil a une nature différente de la réalisation purement matérielle de la condition, interdisant à la Cour de considérer l'opération comme effectivement conclue. Sur ce point, J.-M. Moysse, G. Amoyel, M. Le Roy Wyler, L'agent immobilier, 1998, Delmas, n° 1010, qui cite une jurisprudence de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 12 décembre 1979, qui distingue la réalisation matérielle qui permet une rémunération de l'agent et la réalisation juridique (C. civ., art. 1178) qui ne la permet pas. C'est une jurisprudence critiquable qui semble confondre réalisation de la condition et réalisation de l'opération. La loi Hoguet exige une réalisation matérielle de l'opération finale, réalisation acquise quelle que soit la nature de la réalisation de la condition, juridique ou matérielle.

(16) Sur le lien entre la rémunération et la vente sous condition suspensive, H. Mazeiron, La défaillance d'une partie engagée par un compromis de vente et la commission de l'agent immobilier : JCP N 1994, n° 47, Prat. 3148 ; également, D. Montoux, Compromis de vente, Clauses relatives à la rémunération de l'intermédiaire en cas de défaillance de l'un des parties : JCP N 1996, n° 23, doct. p. 825 et s.

contrat accessoire de mandat auquel l'intermédiaire est totalement partie (B).

**A - La rémunération de l'intermédiaire, accessoire du contrat de vente**

La cause (17) de l'obligation de rémunération contractée par le mandant, l'acquéreur dans notre espèce, se situe non pas dans l'obligation du mandataire, censée être réciproque, d'accomplir sa mission, mais dans la conclusion effective de l'opération finale.

Un tel mécanisme paraît doublement critiquable.

Il établit une première distorsion (18) entre la nature de la mission du mandataire qui se contente de rapprocher les parties et l'exigence d'une conclusion effective du contrat pour obtenir sa rémunération. Simple courtier quand il exerce sa mission (19), l'agent immobilier devient un véritable commissionnaire (20) quand il réclame sa rémunération.

Il établit une seconde distorsion entre d'une part le bénéficiaire d'une clause pénale qui peut, en cas de défaillance fautive, écarter le jeu de l'article 1178 du Code civil au profit de l'exécution de la clause pénale, et d'autre part le mandataire qui, en cas de défaillance fautive, ne peut exiger aucune rémunération lorsque l'article 1178 du Code civil est écarté, le contrat de vente étant caduc.

S'il semble difficile de remédier à la première distorsion, la loi Hoguet n'appelant qu'une interprétation stricte en raison, en particulier, de ses dispositions pénales, il est possible de résoudre la seconde distorsion en autorisant le mandataire à mettre en cause la responsabilité du mandant sur le fondement du contrat de vente, autrement dit, que l'on admette l'existence d'un ensemble contractuel.

On passe alors du caractère accessoire de la rémunération au caractère accessoire du contrat de mandat lui-même.

**B - Le contrat de mandat accessoire du contrat de vente**

Si la Cour de cassation se refuse à accorder « une commission contractuelle » à l'agent, on pourrait tout de même concevoir que ce dernier puisse obtenir des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'il a subi du fait de la faute de son mandant résultant de l'inexécution de l'obligation contractuelle de diligence née du contrat de vente.

En l'espèce, une telle faute révèle une certaine mauvaise foi aussi bien dans l'exécution du contrat de vente que dans l'exécution du contrat de mandat. Dès lors, la responsabilité du mandant pourrait être engagée directement sur le fondement du contrat de mandat qui le lie à son mandataire, rendant inutile le recours à la notion de groupe de contrats. Mais, si le mandant n'avait pas été le débiteur de l'obligation de diligence mais son créancier, le mandataire n'aurait eu aucun titre à agir contre son mandant, dont la responsabilité eût été hors de cause. En revanche, un fondement contractuel, tiré de la notion d'ensemble contractuel, aurait permis au mandataire d'agir contre le débiteur de l'obligation de diligence, certes tiers au contrat de mandat mais assurément partie au groupe de contrats.

Cela suppose qu'au-delà du lien de principal à accessoire institué par la loi, entre l'opération de vente et la rémunération, la Cour de cassation reconnaisse au groupe de contrats constitué par la vente, le prêt et le mandat, la qualité d'ensemble contractuel (21). Une telle initiative, qui aurait permis de sauver une situation déséquilibrée, n'aurait pu cependant aboutir qu'au prix d'un élargissement important de la notion d'ensemble contractuel (22), que sans doute la Cour suprême n'était pas prête à admettre.

Jean-Luc ELHOUËISS,  
ATER à l'Université Panthéon-Assas,  
Docteur en droit

(17) Une certaine jurisprudence distingue entre l'exigibilité de la commission qui résulte de la réalisation de la vente et le fait générateur de la commission qui résulte de la conclusion du mandat : cf. Cass. com., 17 févr. 1998 ; Dr. et patrimoine juin 1998, n° 61, obs. C. Saint-Alary-Houin ; JCP G 1998, II, 10053, rapp. J.-P. Rémy.

(18) Une telle distorsion ne se rencontre pas en droit commun où le mandataire est rémunéré dès qu'il a accompli sa mission (C. civ., art. 1999 et 2000).

(19) Cf. P.-Y. Gautier, Ph. Malaurie, L. Aynès, Contrats spéciaux, Cujas, 13<sup>e</sup> éd., 1999-2000, n° 539 ; en ce sens également, J. Huet, Les principaux contrats spéciaux, 1996, LGDJ, n° 31514.

(20) À la différence du courtier qui se contente de rapprocher les parties pour obtenir sa rémunération, le commissionnaire ne peut recevoir sa commission qu'une fois l'opération effectivement conclue (cf. F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 1998, n° 665).

(21) L'indivisibilité entre les contrats de mandat et de vente pourrait constituer le fondement d'une telle qualification (cf. J. Moury, De l'indivisibilité entre les obligations et les contrats : RTD civ. 1994, p. 255 et s.).

(22) M. Billiau, E. Putman, J.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 130, Obligations au profit des tiers, spéc. n°s 85-96.

